

REVISTA CEJ

ISSN 1414-008X
Ano XXVI
n. 83, jan./jun. 2022

**Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

83



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA EM RELAÇÃO À ATUAÇÃO ESTATAL DIANTE DE “CRIMES INDÍGENAS”

27

BRAZILIAN JURISPRUDENCE IN RELATION TO STATE ACTION IN THE FACE OF “INDIGENOUS CRIMES”

Tainá Viana

RESUMO

O artigo demonstra que práticas culturais nativas podem ser consideradas como um crime culturalmente motivado por meio da aplicação de causas supraleais de exclusão da ilicitude consubstanciadas na teoria multiculturalista *cultural defense*. Este trabalho busca ser um farol para iluminar as obscuridades que envolvem os povos indígenas e que, por enquanto, seguem ve-ladas pelo interesse político estatal.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; crimes culturalmente motivados; direitos hu-manos; excludente de ilicitude; índios Guarani; multiculturalismo.

ABSTRACT

The article aims at demonstrating that native cultural practices can be considered as a culturally motivated crime through the application of supralegal causes of exclusion of illegality embodied in the multiculturalist cultural defense theory. This paper aims to illuminate the obscurities that involve indigenous peoples and which, for the time being, remain veiled by state political interests.

KEYWORDS

Constitutional Law; culturally motivated crimes; human rights; excluding illegality; Guarani indians; multiculturalism.

1 INTRODUÇÃO

Tratar-se-á aqui de singelas exposições acerca de práticas culturais indígenas historicamente e colonialmente consideradas como crimes diante do ordenamento jurídico brasileiro, seja pela conotação de incapacidade dada aos nativos em 1973 com o advento do Estatuto do Índio, seja pela desconsideração das normas internacionais relativas aos direitos indígenas quanto à sua autodeterminação e auto-organização, bem como pela total ignorância ao direito constitucional, que lhes é assegurado desde 1988, de viverem de acordo com sua cultura.

Frente à larga, histórica e/ou atual coletânea de normativas direcionadas a direitos humanos nativos, e sua conseqüente e constante violação, necessário se faz a exposição, ainda que breve, de alguns julgados e casos encontrados sobre práticas culturais, no Brasil, que foram analisadas de forma errônea, preconceituosa, ultrapassada e colonial. Bem como, a aparição de raros casos em que as legislações supralegais e constitucionais foram acatadas em prol dos indígenas, mostrando, portanto, a conhecida figura da insegurança jurídica enraizada no nosso rol jurisprudencial brasileiro.

Assim, por meio dos métodos hipotético-dedutivo e hipotético-comparativo, mostrar-se-á um compilado de decisões emblemáticas somadas a uma pincelada acerca do contexto histórico do sistema de julgamento pátrio quanto a situações que envolvam acusados indígenas no sistema penal e criminal passado e atual.

Diante disso, buscar-se-á trazer possibilidades de adequação do Estado à realidade cultural e cotidiana dos sistemas internos de organização indígena, como também o respeito e a aplicação do que é previsto legalmente, tanto no âmbito interno como internacional, em relação aos povos originários no Brasil.

2 BREVE EXPOSIÇÃO QUANTO À JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Nesse tópico serão expostos os principais aspectos presentes na forma de julgamento dos processos que envolvam indígenas no sistema judicial brasileiro.

Mas, antes de se adentrar nos temas aqui a serem propostos, importante se faz que tragamos o conceito de “colonialidade” a ser trabalhado ao longo dessa análise. Assim, entende-se ser adequado o sentido dado por Anibal Quijano, no final dos anos 1980 e no início dos anos 1990, sendo que, para ele, a colonialidade se manifesta como uma elaboração intelectual do processo de modernidade que produz uma perspectiva de conhecimento e um modo de produzir conhecimento com um *caráter do padrão mundial de poder: colonial/moderno, capitalista e eurocentrado* (QUIJANO, 2005). Para o autor, *essa perspectiva e modo concreto de produzir conhecimento se reconhecem como eurocentrismo* (Idem).

A partir disso, tem-se que, segundo Silva ([2021?]), é notório o fato de que [...] *o direito indígena existe, e como tal serve, num primeiro momento, a desmascarar o tema indígena como sendo apenas um problema ou uma questão*, já em um segundo momento [...] *tenta ele regular, direta ou indiretamente, alguns aspectos, e não todos, das relações travadas nas áreas indígenas*.

De pronto, destaca-se que pode ser reconhecida aos povos indígenas uma jurisdição própria para solver os impasses internos de suas aldeias, com base nas diretrizes multiculturais cons-

tantes na Constituição Federal de 1988, as quais, a partir daí, fizeram com que cessasse, ao menos teoricamente, a posição assimilacionista que foi historicamente implementada pela legislação brasileira (BRASIL, 1988; ANTONELLO, 2019a). Acontece que essa alternativa pouco tem sido acolhida pelo nosso sistema jurisdicional. Entretanto, nas hipóteses em que os delitos ocorram fora dos limites tribais, isto é, se deem entre os agrupamentos indígenas distintos ou que sejam aptos a ofender os direitos humanos, poderá haver a incidência da jurisdição brasileira, com atuação pautada nas balizas normativas do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), da Portaria n. 839 da Advocacia-Geral da União (2010), da Resolução 287 do Conselho Nacional de Justiça (2019) e da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004; HERINGER JÚNIOR, 2019).

Por força do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, tem-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Assim, não só o procedimento de demarcação de terras pode ser levado ao Judiciário, como se admite o questionamento sobre esse aceitar ações que envolvem outros assuntos indígenas (VILLARES, 2013). E, segundo Pereira ([2021?]):

Ao assumir o caráter pluriétnico da nação brasileira, que não se esgota nas diferentes etnias indígenas, como evidencia o parágrafo 1º do art. 215, a Constituição de 1988 tornou impositiva a aplicação analógica do tratamento dado à questão indígena e aos demais grupos étnicos. Assim, diante desse novo padrão de respeito à heterogeneidade da regulamentação ritual da vida, impõe-se a exata compreensão das pautas de conduta que agora orientam os diversos atores sociais, em particular os agentes públicos e políticos.

Ademais, pelo fato de os povos nativos serem encobertos pelos direitos humanos sob a ótica nacional e internacional, quanto à consulta prévia dos indígenas sobre a demarcação e uso de suas terras, bem como no tocante aos seus direitos políticos e organizacionais, há de se referir a existência da possibilidade de as comunidades indígenas, como sujeitos de direitos, pleitearem suas causas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sendo que o Brasil é membro da Organização dos Estados Americanos (OEA) e assinou o Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, portanto, é submetido a tal legislação supralegal (BRASIL, 1992a).

Uma das principais questões a serem enfrentadas pelos indígenas, no tocante à tutela de seus direitos, é o fato de a jurisprudência brasileira ter entendido, equivocadamente, que o laudo antropológico-cultural poderá ser dispensado quando o juiz puder aferir a responsabilidade penal do nativo por meio da teoria da imputabilidade pela falta de desenvolvimento mental, chegando até a adotar uma presunção de que o indígena socializado, que fala Português e possui diploma escolar, seria então passível de responsabilização criminal (BRASIL, 2005c). Porém, desde logo, frisa-se que isso não se admite, visto que, segundo Villares (2013): [...] *o índio pode sim se mostrar apto a todos os atos da vida, mas, internamente, sem o entendimento perfeito do caráter ilícito da conduta ou mesmo, entendendo a ilicitude, não podendo agir diferente por sua cultura assim exigir*.

Dessa forma, entende-se que essa presunção geral, a qual nega a análise ao caso concreto e dispensa o uso de provas téc-

nicas no processo penal, priva o nativo da justiça equitativa e reafirma o histórico de opressão vivenciado por essa minoria ao longo dos tempos. Para Villares (2013): *Julgar o índio através de uma presunção, sem analisar com profundidade o contexto social em que está inserido e seus valores culturais, é atingir o respeito ao diferente e violar o artigo 231 da Constituição, ferindo mortalmente os direitos fundamentais dos índios e o próprio Estado Democrático de Direito.*

Conforme Toledo (1984), para a aferição do injusto penal, o julgador terá de analisar o fato em dois momentos: o primeiro destinado à verificação da tipicidade; e o segundo atinente à constatação ou não, de uma causa de excludente de ilicitude.

Diante disso, ao estudar diversos julgados, verificou-se que aos casos que envolvam réus nativos, por vezes, aplica-se o erro de proibição como excludente, com base no grau de integração do agente (o que não se sugere neste trabalho), bem como também se aplicam, raramente, as excludentes de ilicitude advindas de causas supraleais, baseadas na *cultural defense* (que é o que se sugere). Esse último modelo (*cultural defense*) mostra-se um instrumento capaz, no Direito Penal brasileiro, de afastar a responsabilidade penal do nativo de uma forma que não coloque em pauta discriminatoriamente sua capacidade mental.

Para Cunha (1987): [...] *na verdade, o que deveria estar claro é que a posição especial dos índios na sociedade brasileira lhes advém de seus direitos históricos nesta terra: direitos constantemente desrespeitados mas essenciais para sua defesa e para que tenham acesso verdadeiro a uma cidadania da qual não são os únicos excluídos.*

Portanto, segundo Pereira ([2021?]), [...] *sendo o direito um conjunto de representações sociais, toda a normatividade que contemple esses grupos étnicos tem que se pautar por sua compreensão de vida, sob pena de inconstitucionalidade e carência de eficácia, pois é em função da insubmissão desses valores indígenas que deve se basear a consciência coletiva.*

E, sempre que estejam em causa de interesses de grupos étnicos, a aplicação do direito pelo juiz se sujeita ao mesmo postulado da inteligibilidade. A despeito de já se ter abandonado a orientação positivista, compreendidas as situações de fato e entendidas as normas como esferas axiológicas, que não se resolvem em um sistema lógico-formal do tipo hipotético-dedutivo, vê-se o julgador diante de premissas, valores e experiências dos quais não compartilha e para os quais necessita de tradução, de modo que se revela sua essência subjacente (PEREIRA, [2021?]). Pois, a pretensão de impor padrões culturais por meio da força repressiva do Direito Penal não condiz com a necessidade de respeito às manifestações culturais (MARTINS, 2017). Visto que [...] *somente com base na mútua identificação e no diálogo sobre a diferença com o outro é possível estabelecer um denominador comum que respeite as manifestações culturais como expressão da dignidade da pessoa humana* (HURTADO POZO, 2001).

Nessa senda, como bem expõe Pereira ([2021?]), [...] *o Direito não escapa à finitude da razão humana e não está absolutamente alheio à experiência vivida da sociedade concreta. Antes de ser universal, é contingente, buscando atualidade a cada aplicação.* Assim, com a intenção de ser aplicada a metodologia hipotética-comparativa, mostrar-se-á alguns julgados

brasileiros e, também, internacionais sobre o assunto, na tentativa de fazer clara a disparidade e o antagonismo nas decisões do Poder Judiciário quanto ao tema, motivo pelo qual se faz tão necessária a consideração prática deste artigo.

3 SÍNTESE DE JULGADOS INDÍGENAS

Com o intuito de exemplificar a questão aqui trabalhada, iniciar-se-á a explanação sintática de alguns julgados emblemáticos que demonstram todo o problema da controvérsia e dos antagonismos vivenciados pelos indígenas nas decisões judiciais do País.

A primeira casuística, trata-se do *Habeas Corpus* n. 85198, do Estado do Maranhão, julgado pelo STF em 11 de novembro de 2005 (BRASIL, 2005c). Essa demanda refere-se ao crime de tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma praticado por réu indígena. Sem adentrar no mérito da questão, é necessário explanar os aspectos legais e procedimentais adotados no julgamento em tela (BRASIL, 2005c).

Nesse julgado, conforme se extrai da decisão, o paciente fora considerado como integrado à comunhão nacional, portanto, inserido nos termos do art. 4º, inciso III, do Estatuto do Índio, sujeito desta forma às leis penais impostas aos cidadãos comuns brasileiros, e com isso houve a dispensa, pelo juízo, do laudo antropológico ante a justificativa de que:

[...] *É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção.* (BRASIL, 2005c, grifo nosso)

Do trecho da ementa colacionada, percebe-se que a decisão de dispensa do laudo antropológico se deu de forma arbitrária, pois tal prova técnica, realizada por um antropólogo, foi substituída pela percepção e convicção do julgador não especialista no assunto, e essa fora aferida apenas com base nos autos do processo e na figura física do acusado (BRASIL, 2005c). Tal entendimento contraria as prerrogativas constantes na Constituição (BRASIL, 1988), na Resolução n. 267 do CNJ (BRASIL, 2019), na Portaria n. 839 da Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2010) e na Convenção n. 169 da OIT (BRASIL, 2004), pois, entende-se, na contemporaneidade, que o laudo antropológico é peça fundamental no julgamento de indígenas, visto que tal prova técnica é essencial para aferir elementos socioculturais importantes para o deslinde da questão.

Nessa mesma linha foi a defesa da Subprocuradora-Geral da República, Deborah Macedo Dupratt de Brito Pereira, alegando que, quando se tratar de julgamento de réu indígena, [...] *deveria ser respeitada a pluralidade étnica e cultural, o que demandaria a necessária intervenção antropológica em todos os atos do processo, pois sem essa aferição o julgador não seria capaz de compreender os fatos* (BRASIL, 2005c). A impetrante justificou tal alegação com base nos arts. 215, caput, § 1º, e 216, incisos I e II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como dos arts. 1º, "a" e "b" e 2º da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004; 2005c).

A subprocuradora destacou que o art. 56 do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973) prevê a necessidade de estudo antropológico para

a avaliação do grau de integração do indígena acusado e que essa avaliação pode refletir na atenuação da pena, em caso de condenação (BRASIL, 2005c). Por fim, a impetrante ressaltou que o art. 56 do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973) diz que basta ser “índio” para que a ele seja concedida a atenuante de pena e o regime de semiliberdade em habitação próxima a sua aldeia (BRASIL, 2005c). No entanto, conforme conferido anteriormente, as acertadas alegações da procuradora não foram acolhidas.

O art. 56 em comento deve ser interpretado a partir de sua recepção contextualizada com a Constituição atual que constrói o sistema indígena a partir de sua diversidade cultural, de seus códigos culturais, reforçando-se que, no exame antropológico, não será constatado o grau de integração, muito menos será desvendada a capacidade mental do réu, pois esse entendimento há muito fora superado, mas sim aferida a sua forma de percepção quanto ao ordenamento macro e a legislação desse, bem como sua visão acerca das normas e tradições internas da comunidade. Ou seja, trata-se de uma análise cultural, étnica e etnicopsicológica.

Do trecho da sentença condenatória colacionada ao habeas corpus em análise, extrai-se, também, que o julgador federal constatou a incorporação à sociedade do indígena acusado pelo fato de ele liderar as ações da quadrilha de traficantes dizendo: *Ora, não há como considerar sem cultura uma pessoa capaz de praticar tais atos criminosos, os quais exigem sim, muita perspicácia por parte dos membros da quadrilha a qual integra o paciente* (BRASIL, 2005c). De tantos problemas evidenciados nesse trecho da decisão, o maior deles se atém ao fato de o acusado ter sido considerado incapaz de articular um crime ou que o termo “sem cultura” foi empregado, erroneamente, para dizer que o indígena que é mesmo indígena não é capaz de ter perspicácia para articular grandes ações (BRASIL, 2005c). Aqui, sem entrar no mérito, claramente, evidencia-se o fator discriminatório e pejorativo aplicado aos indígenas que sofrem a persecução penal estatal.

Ocorre que essa decisão, e tantas outras que nela se apoiam, fere o direito constitucional do indígena de se autodeclarar como tal e de, portanto, ter um procedimento especial de julgamento consubstanciado nessa autodeclaração apenas. Denota-se que há de se falar, inclusive, em vedação ao devido processo legal, ao amplo contraditório e em cerceamento de defesa no caso exposto (BRASIL, 1988), pois a aferição do caráter étnico de um réu que se identifica como indígena e tem inclusive sobrenome indígena (Adalto Viana Guajajara da Silva) deve, substancialmente, ser dada pelo estudo social e antropológico e não pela percepção e convicção de um magistrado não tecnicamente apto para tal ato (BRASIL, 2005c).

O segundo caso estudado se atém ao Habeas Corpus n. 0032144-66.2017.4.01.0000, oriundo do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que trata de um crime cometido por indígena em território brasileiro, considerando o réu como integrado à comunhão nacional e inserido nos termos do art. 4º, inciso III, do Estatuto do Índio, sujeito assim às leis penais impostas aos cidadãos comuns brasileiros (BRASIL, 2017a). Esse caso ocorreu no estado de Rondônia e se deu por meio de denúncias anônimas que apontavam indígenas, pertencentes à etnia Suruí, do interior da Terra Indígena Sete de Setembro, partici-

pando da lavra garimpeira ilegal de diamantes (BRASIL, 2017a). As denúncias relatavam que os indígenas se encontravam divididos em dois grandes agrupamentos, sendo um deles integrado por aqueles que concediam auxílio ao Projeto Carbono da FUNAI (exploração de atividades legais) e o segundo dedicado a oferecer amparo à lavra garimpeira ilegal (BRASIL, 2017a). Veja-se parte da ementa da decisão sobre o caso:

[...]. 7. O Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento no sentido de que “a pretendida aplicação da atenuante de que cuida o art. 56, parágrafo único, da Lei n. 6.001/1973 somente tem incidência ao indígena não integrado socialmente, não assim àquele já incorporado à comunhão nacional e no pleno exercício dos seus direitos civis, ainda que conserve usos, costumes e tradições características de sua cultura (AgRg no RHC 79.210/SC, Sexta Turma, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 20/04/2017). 11. Ordem de habeas corpus denegada (BRASIL, 2017a, grifo nosso).

Denota-se que o supramencionado julgado foi interpretado na seara criminal de acordo com os valores, já superados, que circundavam o Código Civil de 1916, baseado na assimilação dos povos indígenas (BRASIL, 1916; 2017a). De acordo com esse ultrapassado ponto de vista, a verificação da capacidade penal para fins de responsabilização do indígena, pela prática de atos criminosos, modifica-se de acordo com o grau de inserção desse na sociedade brasileira. Esse grau de inserção é comumente dividido nas categorias de isolados, em vias de integração e integrados. De acordo com o ponto de vista legal, o indivíduo tido como isolado é isento de pena em face de ser considerado como inimputável, devido à sua incapacidade de autocompreensão quanto à natureza ilícita da conduta cultural praticada.

De diferente forma, o indígena tido como integrado, colocar-se sob os regramentos da jurisdição penal, em razão da sua aptidão para compreender os regramentos de igual maneira dos outros cidadãos brasileiros. Por último, o indígena, em vias de integração, é aquele que deverá ser submetido à produção de laudo pericial antropológico, para fins de verificação do grau de percepção que ele possui em relação ao ato praticado, sendo a partir disso redirecionado a uma das duas alternativas antecedentes (ANTONELLO, 2019a).

Sobre isso, o autor Baltazar Júnior traz sua percepção da seguinte forma: *A imputabilidade do índio deverá ser verificada mediante perícia, a fim de verificar sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato criminoso, consideradas as particularidades de sua cultura e costumes.*

Ocorre que, conforme dispõe o citado autor, entende-se não ser suficiente essa visão delimitada e ultrapassada quanto ao do grau de integração do réu indígena nos julgamentos de um ato praticado por motivação cultural. Compreende-se que se faz exigível, em qualquer situação, quando envolva réu nativo, a análise técnica antropológica e etnológica. Nessa senda, Baines (2013) é cirúrgico ao dizer que isso é reflexo de:

Paradoxos e ambivalências de uma legislação indigenista de uma sociedade pluralista que reconhece os direitos diferenciados dos povos indígenas ao mesmo tempo em que os operadores do direito aplicam o princípio de que todos são iguais perante a lei.

Por último, a crítica que se faz aos julgados anteriores é quanto a não consideração das prerrogativas constantes no Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), na Resolução n. 267 do CNJ (Brasil, 2019), na Portaria n. 839 da AGU (2010) e na Convenção n. 169 da OIT (BRASIL, 2004), visto que não fora aplicado o procedimento instrutório de acordo com os direitos processuais conferidos aos povos indígenas enquanto réus. Tanto que se percebe que fora denegado o pedido de não encarceramento do réu indígena em um dos casos expostos (art. 56, parágrafo único, da Lei n. 6.001 de 19 de dezembro de 1973) (BRASIL, 1973).

Nesse mesmo sentido crítico, tem-se o posicionamento de Pereira (2017):

[...]. *Na jurisprudência, começando pelas cortes superiores, há o reflexo do senso comum, estabelecendo parâmetros equivocados de tratamento aos indígenas, calcados na visão idílica de que o índio 'verdadeiro' é o 'silvícola', habitante das selvas, nu de arco e flecha na mão, caçando para sobreviver e falando uma língua desconhecida.*

[...] *Tome-se o exemplo do estado de Roraima: há diversas comunidades indígenas próximas a cidades, cujos índios falam português, vestem roupas, usam automóveis e telefones celulares, votam e frequentam a vida urbana. Deixaram de ser índios, 'evoluiram' e 'se tornaram civilizados'? Claro que não!*

[...]. *A Convenção 169/OIT estabelece um conceito internacionalizado de índio, como aquele descendente de populações originárias que preserva a consciência individual de identidade indígena.*

[...]. *É preciso que os operadores do Direito fujam da noção preconceituosa do indígena, como sendo, necessariamente, 'nu e sem coisa alguma cobrindo suas vergonhas, trazendo nas mãos arco e setas', como descrevia a carta de Pero Vaz de Caminha ao rei de Portugal. O índio moderno não deixará de ser índio por usar roupas modernas, falar ao celular e navegar na internet.* (grifo nosso)

Mas, apesar dessa majoritária visão judicial inconstitucional, em um caso semelhante aos expostos, no HC n. 604898, de Mato Grosso do Sul, cujo relator foi o Ministro Felix Fischer, a defesa obteve um desfecho positivo (BRASIL, 2020a). O ministro julgador, ao analisar o caso de uma tentativa de homicídio, praticada por um agente indígena, considerou em seu julgamento a linha de defesa trazida pela defensoria pública estadual que pleiteava a aplicação da Resolução n. 267 do CNJ (2019), bem como da Constituição (BRASIL, 1988), e requeria, liminarmente, a nulidade da instrução e da sentença de pronúncia pela ausência do laudo antropológico, visto as circunstâncias expostas nos autos, quais sejam: a autodeclaração do réu e o fato de ele ter residido em aldeia indígena antes do fato (BRASIL, 2020a).

O julgador, então, invocou o disposto na Portaria n. 839 da AGU (2010) e acatou o pedido liminar da impetrante em favor do paciente indígena, *in verbis*:

Na hipótese, prima facie, tem-se que a Resolução CNJ n. 287, de 25/6/2019, para a sua incidência, não exige que a pessoa desconheça o vernáculo brasileiro ou mesmo que resida em determinada comunidade, bastando que as pessoas 'se identifiquem como indígenas'.

Assim, sem adentrar, nesta análise perfunctória, a questão da efetiva condição de indígena ou da demonstração, ou não, da efetiva necessidade do laudo antropológico, assim

como da comprovação do eventual prejuízo pela inexistência do laudo no feito principal, entendo prudente, por ora, conceder o pedido liminar, parcialmente, para apenas suspender o feito na origem até que haja a devida instrução dos autos, a r. manifestação do d. Ministério Público Federal e da d. Advocacia Geral da União.

Por este motivo, defiro o pedido liminar, parcialmente, para suspender o feito principal na origem até decisão definitiva ou superveniente nesta impetração (BRASIL, 2020a, grifo do autor).

No HC n. 40884, do Paraná, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Relator Ministro Fonseca, ao analisar o caso de dois menores indígenas acusados de estupro, também decidiu pela necessidade do exame antropológico e psicossocial para aferir qual a medida socioeducativa seria mais adequada aos pacientes e decidiu pela anulação da decisão que determinou a internação dos menores sem a realização das provas técnicas (BRASIL, 2005d). Nesse caso, entende-se que o magistrado agiu de acordo com a Lei n. 6.001/1973 (BRASIL, 1973) e com a Lei n. 8.069/1990 (BRASIL, 1990a).

Já no Processo n. 021/2.10.0012312-91, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo

RS, que se refere a um conflito ocorrido entre indígenas, dentro da aldeia, pode-se observar um julgado que utiliza uma interpretação de ordem multicultural para solução do conflito criminal ocorrido no interior do Estado do Rio Grande do Sul, na aldeia do acampamento indígena do município de Mato Castelhano, conhecido como Caso Kogja (BRASIL, 2014a). No entanto, ao mesmo tempo, observam-se elementos de violência praticada contra a mulher, que apontam um ilícito e que a legislação pátria não alberga, apresentando-se como um paradoxo (BRASIL, 2014a).

Os atos praticados, nesse caso, correspondem a tipos penais brasileiros. Em face disso, a indígena que foi vítima, ciente da legislação, dirigiu-se às autoridades brasileiras, dando notícia do fato ocorrido na aldeia (BRASIL, 2014a). Dessa forma, deu-se, então, o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, que cuidou de incriminar os nativos agressores pela prática do crime de tortura (conforme as definições contidas no art. 1º, inciso II, combinado com os incisos II e III, do § 4º, do mesmo artigo, da Lei Federal n. 9.455 de 1997, na forma do art. 29, caput, do Código Penal) (BRASIL, 1940; 1997; 2014a). Na sequência, o processo criminal foi julgado pelo magistrado Orlando Faccini Neto, titular da 2ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo, autuado sob o n. 021/2.10.0012312-9, e, na sentença, o magistrado considerou a defesa cultural no âmbito do Direito brasileiro. Veja-se o trecho correspondente:

[...] *tem fundamento constitucional e é reforçado pelo Estatuto do Índio, na medida em que se tolera a aplicação de sanções penais ou disciplinares contra os membros da tribo, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida, ainda, a pena de morte (BRASIL, 2014a).*

Ainda, especifica o magistrado que:

[...] *na espécie, o instrumento que lesou e, de certa forma, é verdade, até restringiu a liberdade da vítima, era o meio ao alcance dos acusados, representantes legítimos daquele gru-*

po indígena, de corrigir o comportamento do membro, para eles, infrator (BRASIL, 2014a).

O juiz assentou, também, que [...] *punições dessa natureza fazem parte da cultura daqueles indígenas, as quais ganham serventia frente ao desrespeito das normas internas do grupo* (BRASIL, 2014a).

Ademais, o julgador destacou a relevância da não intervenção do Direito Penal brasileiro na resolução de conflitos internos das aldeias indígenas, por afetar a igualdade de tratamento e a organização entre os membros da comunidade (BRASIL, 2014a). Veja-se:

Se sob o fundamento da cultural defense, isto é, o argumento de seguir as regras de sua própria cultura, cogitar-se de uma ausência de ilicitude, no fim das contas serão estabelecidos padrões diferentes de atuação estatal, conforme a origem e filiação das vítimas; em outras palavras, a proteção jurídica que beneficiaria alguns, não alcançaria membros de outra comunidade, de maneira a afrontar-se o princípio da igualdade. Portanto, o fato se afigura contrário ao Direito (BRASIL, 2014a).

Diante do explanado, o magistrado então absolveu todos os réus com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal brasileiro (BRASIL, 2014a). Ressalta-se que, posteriormente, em sede de recurso de apelação, a competência para apuração do ilícito foi declinada para a Justiça Federal, pois se entendeu que:

Não havendo dúvida de que o julgamento do crime passa, necessariamente, pela análise dos costumes e tradições de tribo indígena, assume o fato caráter coletivo, uma vez que a questão – no caso concreto, uma ‘ata’ em que, segundo os réus, constariam as normas que os integrantes da tribo deveriam seguir e foram desrespeitadas pela ofendida – interessa a toda comunidade silvícola. Assim, a competência é absoluta da Justiça Federal (BRASIL, 2014b)¹.

Assim, para a explanação deste estudo e de acordo com a revisão bibliográfica trabalhada anteriormente, é veemente a relevância dos julgados pró-indígenas quanto aos atos culturais nativos em geral, visto que o entendimento dos magistrados nos casos colacionados se baseou na defesa cultural, com fundamento fulcral para a resolução do conflito de origem étnico-cultural, respeitando o ordenamento interno, fundamentando-se justamente na teoria multiculturalista, mais precisamente na *cultural defense*, que se entende como sendo a teoria adequada aos conflitos indígenas, como já foi defendido aqui.

Importante constar que o entendimento da competência federal para julgar os casos que envolvam réus indígenas (estabelecida pelo art. 231, bem como por força do disposto nos incisos IV e XI do art. 109, ambos da Carta Magna (BRASIL, 1988) e de acordo com os arts. 8º, 9º, 10º e 12º, da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004), por vezes, ainda é também questionada e afastada pelo Poder Judiciário. Como se pode perceber do debate enfrentado no HC n. 158657, do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Celso de Melo (BRASIL, 2019).

Um julgado paradigmático que não pode ficar de fora deste sucinto estudo jurisprudencial é o Recurso Extraordinário (RE) n. 1270202, do Paraná, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2020c). No caso deste RE, a parte requerente foi a FUNAI e a parte requerida o Ministério Público Federal (MPF)

(BRASIL, 2020c). Trata-se de um recurso interposto contra a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que ratificou a sentença condenatória de primeiro grau (BRASIL, 2020c). Em síntese, refere-se a um cacique condenado por porte ilegal de armas em que, na decisão, fora desconsiderada sua especialidade indígena ante a avaliação do magistrado de que o acusado era integrado à cultura dominante e, por isso, afastada foi a aplicação do art. 56, do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973; 2020c). Do texto do acórdão se extraem os seguintes trechos:

[...] A excludente de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa é aplicável apenas quando comprovado, de forma irrefutável, que era impossível ao agente adotar postura diversa em razão das situações que enfrenta no momento do cometimento do ilícito.

A aplicação do parágrafo único do art. 56 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio) é limitada aos indígenas em fase de aculturação. Evidenciado, nos autos, que o apelante está integrado à sociedade, não há falar na concessão do regime especial de semiliberdade (BRASIL, 2020c).

Discordando de tal decisão, o cacique Valdir José Kokoj dos Santos, assistido pela FUNAI, interpôs o recurso extraordinário em análise alegando contrariedade ao § 2º e ao inciso LVII, do art. 5º, bem como aos arts. 231 e 232, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988; 2020c). Sustentou, também, que integrava grupo étnico minoritário (indígena), constitucionalmente reconhecido nos termos do art. 231 da Constituição Federal, e que o acórdão recorrido infringiu direito constitucional ao afastar a alegação do réu pelo direito ao cumprimento de eventual pena em regime especial de semiliberdade em sua Reserva Indígena de Origem (art. 56 do Estatuto do Índio) (BRASIL, 1973; 1988; 2020c). Ainda, contestou a decisão pela inaplicabilidade da Convenção 169 da OIT, que impede que indígenas sejam recolhidos às penitenciárias comuns na intenção de resguardar a condição peculiar de indígena e sua cultura, pois conforme o art. 9º da Convenção, se o agente indígena pratica o fato sem consciência do caráter delituoso de sua conduta, em razão dos valores culturais do seu povo, estas características culturais devem ser levadas em conta pelas autoridades e tribunais, quando se pronunciam sobre questões penais, o que não fora observado no julgado em tela (BRASIL, 2004; 2020c).

Por fim, a defesa também pleiteou que a pena deveria ser atenuada pela simples condição de indígena, não havendo de se condicionar a pretensão de atenuação da reprimenda ao grau de integração, pois a Constituição Federal de 1988 migrou de um regime de tutela dos povos indígenas para um regime de proteção desses e enfatiza que deveria ser excluída ou reduzida a pena em razão do fato da inexigibilidade de conduta diversa, visto que em comunidade indígenas as armas encontradas são entregues ao cacique de modo que seria inexigível conduta diversa por parte dele, porque, como líder indígena, possuía a missão de velar pela segurança dentro da sua comunidade (BRASIL, 1988; 2020c). Frente a isso, o HC no STJ restou concedido a fim de evitar a execução provisória da sanção restritiva de direitos (BRASIL, 2020c).

Ao analisar, então, o caso dos autos no STF, a Ministra Cármen Lúcia decidiu, corretamente, nos seguintes termos:

Prospera a alegada contrariedade ao § 2º do art. 5º da Cons-

tuição da República, pela não observância da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, norma com status supralegal e na qual se dispõe sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada pela República Federativa do Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional com a edição do Decreto Legislativo n. 142/2002, promulgada pelo Decreto n. 5.051/2004, e consolidada no Decreto n. 10.088/2019, inc. LXXII do art. 2º, anexo LXXII.

No art. 56 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio), regula-se a aplicação da legislação penal a membros dos povos indígenas, em conjunto com as disposições da Convenção n. 169 da OIT, quanto à forma de repressão de delitos cometidos por indígenas.

Em cumprimento ao § 2º do art. 5º da Constituição da República, deve-se observar o sistema integrado de normas oriundas de convenções e tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil junto com as normas do direito interno.

Na espécie, o Superior Tribunal de Justiça atenuou a pena de multa ao mínimo legal (fl. 370, vol. 5). As penas impostas ao recorrente estão no mínimo legal.

A conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade é compatível com o disposto no art. 10, item 2, da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (fl. 111, vol. 5), portanto não configura contrariedade ao §2º do art. 5º da Constituição da República.

Está prejudicado o pedido de aplicação da atenuante de pena por ser indígena (caput do art. 56 da Lei n. 6.001/1973), pois a pena foi imposta ao recorrente no mínimo legal.

A imposição de pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) com regime de cumprimento de pena diverso do regime especial de semiliberdade descumpra o § 2º do art. 5º da Constituição da República, pois incompatível com a Convenção n. 169 da OIT, da qual a República Federativa do Brasil é parte.

Este Supremo Tribunal concluiu, em julgado paradigma, que basta a condição de indígena para a aplicação do regime especial de semiliberdade: [...] Atenuação da pena (art. 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/1973. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte (HC n. 85.198, Relator o Ministro Eros Grau, Primeira Turma, DJ 9.12.2005). Na espécie, se houver descumprimento da atual pena restritiva de direitos imposta, o juízo da execução somente poderá definir, se for o caso, o regime especial de semiliberdade, não se acolhendo a pena de encarceramento, como previsto na Convenção n. 169 da OIT. Pelo exposto, considerando-se a definição legal de regime especial de semiliberdade (parágrafo único do art. 56 da Lei n. 6.001/1973) e o art. 10 da Convenção n. 169 da OIT, dou parcial provimento ao recurso extraordinário (art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) para declarar a inaplicabilidade de regime diverso daquele especial de semiliberdade pela condição de indígena do paciente, sendo aquele o único regime possível de ser definido, se for o caso de descumprimento da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, a ser decidido pelo juízo da execução penal (BRASIL, 2020c, grifo nosso).

Cumpra mencionar, neste tópico, a nova Instrução Normativa n. 4, de 22 de janeiro de 2021, que buscou defi-

nir outros novos critérios específicos de heteroidentificação a serem observados pela FUNAI, sob a justificativa de aprimorar a proteção de povos e indivíduos indígenas para execução de políticas públicas (BRASIL, 2021). O tema que envolve essa normativa da FUNAI, o plano de contingência acerca da Covid-19 e os povos indígenas desencadeou a interposição da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 709, no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, que pleiteou a não homologação desse plano. Isso porque, a ideia desse plano governamental, que buscou o chamado novo critério de heteroidentificação, era desconsiderar o direito a autodeclaração indígena com o intuito maior de não vacinar os nativos em larga escala, ou seja, por meio desse novo critério, que seria aferido de forma objetiva (aparência física, terras demarcadas e grau de integração), seria decidido quem iria receber a imunização ou não (BRASIL, 2020b) (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI), 2021). Tamanho é o absurdo de tal proposta que a ADPF tratou de não homologar a Instrução Normativa n. 4 nesse ponto discriminatório, pois o relator do caso pregou o critério isonômico entre os indígenas que vivem em zona urbana e os indígenas aldeados, e ainda decidiu que a União teria de:

Constituir um documento único, dividido em 3 partes (sem prejuízo dos eixos já contemplados na atual minuta), a saber: Parte 1: medidas gerais destinadas a todos os Povos Indígenas; Parte 2: medidas específicas, voltadas ao atendimento e expansão dos serviços de saúde aos Povos Indígenas situados em TIs não homologadas; e Parte 3: medidas específicas destinadas ao isolamento de invasores e à contenção de novas invasões (BRASIL, 2020b).

O Ministro Barroso criticou a existência de “dados conflitantes e informações contraditórias” por parte do governo federal, e a [...] persistente insistência da FUNAI em diferenciar entre indígenas, o que já foi vedado por este Tribunal e parece estar sendo ignorado”, determinando então a suspensão da Instrução n. 4 da FUNAI por “inconstitucionalidade e inconveniência”, e, ainda, definiu como inaceitável a postura do governo federal de limitar as ações de combate à pandemia apenas aos povos vivendo em terras indígenas homologadas (BRASIL, 2020b). Também criticou a resolução por restringir a identidade indígena com base em critérios “vinculados ao território”, o que contraria a Constituição Federal (BRASIL, 1988), a Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004) e a decisão anterior do STF (BRASIL, 2020b) (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2021). Por fim, dispôs crucialmente que:

[...] a identidade de um grupo como povo indígena é, em primeiro lugar, uma questão sujeita ao autorreconhecimento pelos membros do próprio grupo, ela não depende da homologação do direito à terra. Ao contrário, antecede o reconhecimento de tal direito (BRASIL, 2020b).

Desse caso jurídico é possível absorver a latente tentativa de, nos dias atuais e mesmo em meio a uma pandemia mundial, rejeitar os direitos identitários dos povos nativos no Brasil. Verifica-se, assim, o negacionismo ao estado pluriétnico e ao texto da Constituição Federal de 1988, o que reforça mais uma vez a necessidade de ser trazida ao âmbito acadêmico e jurídico

a discussão acerca dos direitos fundamentais dos povos indígenas em nosso País (BRASIL, 1988).

Por fim, afere-se que a grande questão aqui não é a criminalização dos indígenas mas, sim, construir pontes para a concretização do texto normativo, seja no aspecto sociocultural, seja na proteção de crianças, ambos com o mesmo status constitucional de aplicação. Um dos paradoxos que se apresenta é este evidenciado pela *colisão* entre garantias de mesmo status normativo que aparentam não ser conciliáveis. Assim, a tarefa do Judiciário em construir uma decisão que observe as sutis nuances das diferentes violências perpetradas, culturais e físicas, e que reconheça todos os valores normativos envolvidos, é hercúlea. Portanto, a via mais fácil seria aquela que retrocede em direção ao texto que submetia os indígenas à tutela, tratando-os como incapazes. Por sua vez, a via mais difícil seria a que reconhecesse a diversidade cultural sem que esse reconhecimento apagasse outras garantias fundamentais, pois [...] *para os índios, também está na hora de voltar ao Estado de Direito* (CUNHA, 1987).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao que se percebe dos julgados colacionados aqui, o indígena responderá juridicamente pelo cometimento do ato considerado ilegal quando suas características subjetivas forem capazes de demonstrar que, ao tempo do ato, ele era capaz de compreender o caráter ilícito da conduta praticada. E, assim, serão então afastadas as garantias constantes no Estatuto do Índio, tendo em vista que essas são consideradas como exclusivas à proteção cultural do indígena que não é integrado à sociedade brasileira. Isso se dá pela visão ultrapassada de que só nesses casos é necessária a preservação de sua organização social, sua língua, suas crenças, seus costumes e suas tradições nativas. Nesse ponto, percebe-se que essa estruturação judicial se coaduna claramente ao modelo assimilacionista-igualitário, uma vez que a estruturação jurídico-penal macro, vigente no Brasil, observa o modelo canônico tradicional do Direito Penal, marcado pela indiferença quanto aos padrões normativo-culturais existentes em grupos etnoculturais diversos e minoritários.

De todo o exposto, denota-se que essa estrutura jurídica busca a absorção e integração dos grupos minoritários e diferenciados à sua ordem comum majoritária, a fim de que se alcance uma sociedade que seja culturalmente homogênea e uma (ANTONELLO, 2019a). Com isso, [...] *por fazer parte de uma minoria, as comunidades indígenas sofrem discriminação e muita pressão para assimilar-se com a cultura das sociedades que as cercam, comprometendo a continuidade da sua própria cultura ancestral* (AMORIM; TEIXEIRA, 2019).

De forma bem clara, observa-se que, no Brasil, a solução da questão indígena, sob a ótica do multiculturalismo, tem-se dado, ano após ano, pela aplicação pontual do modelo de assimilação-igualitária. Conforme tal entendimento, para a não incidência do ordenamento macro aos nativos, exige-se deles a completa e absoluta ausência de integração ao padrão de civilização vivenciado nas zonas urbanas do País, ou seja, estando eles fora de suas aldeias, obtendo conhecimento educacional, trabalhando de forma convencional, são então vedados do exercício de sua cultura matriz, de seus hábitos tradicionais e de

pensarem de acordo com a sua aldeia, abdicando, assim, de ser indígena (ANTONELLO, 2019a).

De acordo com esse modelo, quando o indígena sai da tribo ou incorpora qualquer comportamento social diverso do que se espera de alguém que seja nativo, ele automaticamente perde o direito de manter suas convicções e ideais indígenas, passando a responder como um cidadão comum. Sobre essa *obrigatoriedade* de adequação, Antonello (2019a) expõe que, mesmo existindo um dever constitucional de respeito às peculiaridades intrínsecas dos povos indígenas, *tal tutela não se mostra limitada, emergindo, então, o dever de compatibilizar as atividades dos povos originários com o sistema jurídico constitucional brasileiro, sob pena de incidência do direito penal*.

Ainda, considerando a relevância jurídica do tema no ambiente acadêmico e no meio prático da advocacia pública e privada, tem-se a pretensão de não serem esgotados aqui os debates relativos ao grande leque de situações conflitantes relacionadas aos povos indígenas na esfera nacional e internacional. Os dilemas nativos possuem inúmeros vieses de abordagem e alcançam várias linhas de pensamento, tendo este projeto apenas partido da questão histórica, passado pelos conflitos legais com base cível, constitucional, internacional, penal, bem como por leis esparsas, até se chegar à análise de casos concretos que englobaram esse universo de assuntos delicados e ainda pouco conhecidos ou habitados pelos juristas.

A dita motivação psíquica, antes exposta, é prevalecente ao fator da consciência de ilícito, dos praticantes de atos culturais, o que justifica a necessidade de análise do seio comunitário ao qual pertence o nativo que vier a ser réu diante do ordenamento pátrio. Pois, dessa forma, poder-se-á constatar a dissonância axiológica entre os dois sistemas, dando-lhe segurança jurídica para que tenha acesso a um procedimento especial de julgamento que seja capaz de atender as suas particularidades frente ao ordenamento macro. Visto que é imprescindível o acompanhamento dos acusados indígenas por um antropólogo e pelo órgão indigenista competente como efetiva forma de respeito aos direitos humanos e constitucionais aos quais fazem jus.

NOTA

- 1 Importante referir que, nesse julgado, houve uma interpretação de absolvição dos réus indígenas sob o argumento da diversidade cultural. No entanto, evidenciou-se a situação de violência perpetrada contra mulher, a qual não há qualquer apoio ou incentivo a esse respeito nesta pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Brasil). Portaria AGU n. 839, 18 de julho de 2010. Disciplina e estabelece critérios para a atuação dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal na defesa de direitos indígenas. *Normas da AGU*, Consolidadas: 1993-2013, ed. comemorativa, Caderno 2, p. 354-355, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/norma%20sem%20numero/Normas%20da%20AGU%20pareceres.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022. p. 354-355.
- AMORIM, André Ricci de; TEIXEIRA, Sílvia Gabriel. A evolução do direito internacional dos direitos dos povos tradicionais: uma análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, e12889, p. 1-25, 21 jan. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e12889>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. *Crimes culturalmente motivados: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural no ordenamento jurídico*

- brasileiro. 2019a. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019.
- ANTONELLO, Anuska. Crimes culturalmente motivados e modelos de direito penal: o tratamento jurídico-penal conferido aos povos indígenas. In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires (org.). Coletânea do III Seminário Internacional Tutelas à Efeivação de Direitos Indisponíveis. 3. ed. Porto Alegre: Editora FMP, 2019b. p. 169-182.
- BAINES, Stephen G. Criminalização de Indígenas no Sistema Penitenciário de Roraima, Brasil. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 37., 2013, São Paulo. *Anais*[...]. São Paulo: Anpocs, 2013. Disponível em: <http://anpocs.com/index.php/papers-37-encontro/st/st28>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. *Decreto Lei n. 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. *Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. *Decreto Lei n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cnr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992a*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969). Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. Resolução n. 4, de 22 de janeiro de 2021. Definir novos critérios específicos de heteroidentificação que serão observados pela FUNAI, visando aprimorar a proteção dos povos e indivíduos indígenas, para execução de políticas públicas. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 159, n. 17, p. 58-59, 26 jan. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4-de-22-de-janeiro-de-2021-300748949>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. *Lei Federal n. 9.455, de 7 de abril de 1997*. Define os crimes de tortura e dá outras providências, Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus n. 40884 Paraná*. Habeas Corpus. Estupro. Menores indígenas. Ausência de laudo antropológico e social. Dúvidas quanto ao nível de integração. Nulidade. Impetrante: Murillo José Digiácomo. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca, 9 de maio de 2005d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor?num_registro=200500007260&dt_publicacao=09/05/2005. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 604898 Mato Grosso do Sul*. Recurso em sentido estrito, tentativa de homicídio. Preliminar de nulidade afastada. Mérito: pronúncia mantida pretensão de afastamento das qualificadoras do motivo fútil e feminicídio não acolhida recurso defensivo não provido. Impetrante: Cleidisson Lopes Gonçalves. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Felix Fischer, 14 de agosto de 2020a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/920079820/habeas-corporus-hc-604898-ms-2020-0202326-0>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Federal (1. Turma). *Habeas Corpus n. 85198 Maranhão*. Habeas Corpus. Crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma praticados por índio. laudo antropológico. desnecessidade. atenuação da pena e regime de semiliberdade. Paciente: Adauto Viana Guajajara da Silva. Relator: Min. Eros Grau, 11 de novembro de 2005c. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762532/habeas-corporus-hc-85198-ma>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas Corpus n. 158657 Rio Grande do Sul*. Índios. Delitos cuja prática foi-lhes atribuída pelo Ministério Público estadual: extorsão agravada, esbulho possessório, incêndio doloso e participação em organização criminosa. A questão da competência penal para o processo e julgamento de crimes praticados por indígenas ou contra eles cometidos. Inexistência, no caso, de correlação entre os delitos atribuídos aos pacientes e qualquer disputa ou conflito em torno de direitos indígenas (CF, art. 109, inciso XI) [...]. Recorrente: Caroline Dias Hilgert e outro(a/s). Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Melo, 18 de setembro de 2018a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631877925/habeas-corporus-hc-158657-rs-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Recurso Extraordinário n. 1270202 Paraná*. Decisão recurso extraordinário. Penal. Processo penal. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Crime praticado por indígena. Inobservância da convenção 169 da organização internacional do trabalho: afronta ao §2º do art. 5º da constituição da república. Direito ao regime especial de semiliberdade. Precedente [...]. Recorrente: Valdir José Kokoj dos Santos. Recorrido: Ministério Público Federal Relatora: Min. Cármen Lúcia, 29 de julho de 2020c. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1154698943/recurso-extraordinario-re-1270202-pr-5002805-4020164047012/inteiro-teor-1154698948>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709 Distrito Federal*. Direito constitucional e sanitário. plano geral de enfrentamento e monitoramento da covid-19 para povos indígenas. não homologação. Requerente: APiB e outros. Requerido: AGU. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 21 de outubro de 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). *Habeas Corpus n. 0032144-66.2017.4.01.0000 Rondônia*. Processo penal. Habeas corpus. Artigos 2º da lei 8.176/1991, 55 da lei 9.605/1998 e 2º da lei 12.850/2013. Garimpo em terras indígenas. Paciente silvícola [...]. Impetrante: Maurício Amorim Dourado e outros. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Ji-Paraná RO. Relator: Desembargador Federal Nelson Bello, 16 de agosto de 2017a. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00321446620174010000&pA=&pN=321446620174010000>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Resolução n. 287, de 25 de julho de 2019*. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.
- CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *STF suspende resolução da Funai que restringia autodeclaração indígena*. Brasília, DF: CIMI, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/03/stf-suspende-resolucao-funai-restringia-auto-declaracao-indigena/#:~:text=O%20ministro%20Roberto%20Barroso%2C%20do,de%20identidade%20dos%20povos%2-0ind%3%ADgenas>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- HERINGER JÚNIOR, Bruno. Direito penal e povos autóctones no Brasil: ordem normativo dos e para os índios. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, v. 15, n. 85, p. 115-136, jan. 2019.
- HURTADO POZO, José Hurtado. Responsabilidad penal, derechos humanos y diferencias culturales. In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO, Julio (org.). *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 2001.
- MARTINS, Charles Emil Machado. A “Farra do Boi” e os crimes culturalmente motivados. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 82, p. 35-84, jan. 2017/abr. 2017. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/156/23>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- PEREIRA, André Paulo dos Santos. O índio como sujeito de proteção jurídica específica. *Revista Consultor Jurídico*, ConJur, São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-nov-27/indio-sujeito-protecao-juridica-especifica#_ftn3. Acesso em: 12 mar. 2022.
- PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. O estado pluriétnico. In: [BRASIL. Procuradoria Geral da República. (6. Câmara Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais), Brasília, DF, 2000?]. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83433/PEREIRA_DMDB_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 mar. 2022.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina.

In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, set. 2005. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em 12 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação criminal n. 70062972922*. Apelação crime. Tortura. Direitos indígenas. Delito decorrente de desrespeito a uma norma da tribo na qual se inserem réus e vítima. Envolvimento de costumes e tradições indígenas. Relativização da súmula 140 do STJ. Competência da Justiça Federal. Apelantes: Ministério Público. Apelados: Dorvalino Kogja Joaquim, Maurílio Joaquim e Jose Beto da Silva. Desembargador-Relator: Luiz Mello Guimarães, 21 de agosto de 2014b. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 12 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Sentença criminal n. 021/2.10.0012312-9*. [...] tem fundamento constitucional e é reforçado pelo Estatuto do Índio, na medida em que se tolera a aplicação de sanções penais ou disciplinares contra os membros da tribo, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida, ainda, a pena de morte [...]. Autor: Ministério Público. Réus: Dorvalino Kogja Joaquim, Maurílio Joaquim e Jose Beto da Silva. Julgador: Orlando Faccini Neto, 21 de agosto de 2014a. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 12 mar. 2022.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Direito indígena, direito coletivo e multiculturalismo. In: [BRASIL. Procuradoria Geral da República. (6. Câmara Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais), Brasília, DF, 2006?]. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83425/SILVA_PTG_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 mar. 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VIANA, Tainá; BECKHAUSEN, Marcelo. Crimes culturalmente motivados: o abandono de gemelares Guarani sob a perspectiva do direito. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. (org.). *Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da escola superior do Ministério Público da União*. Brasília, DF: ESMPU, 2020. *E-book* (p. 706-721). Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao>. Acesso em: 12 mar. 2022.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2013.

Artigo enviado em 11/4/2022.

Artigo aprovado em 5/7/2022.

Tainá Viana é formada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), mestranda em Direito na Universidade Federal de Pelotas (UFPel) e aluna convidada do PPGD da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra em 2019/2021.