

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.675 - AM (2009/0200796-2)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
RECORRENTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROCURADOR : ARTHUR OLIVEIRA DE CARVALHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO. AÇÃO PENAL. INDÍGENA. ASSISTÊNCIA DA FUNAI.

I . Índio denunciado por crime de toxico que pede assistência da FUNAI, todavia recusada pelo Juiz ao entendimento de que por possuir documentos e viver na cidade o indígena está integrado.

I I . *Habeas-corpus* , Mandado de Segurança e Apelação, concomitantes, para reformar o indeferimento de assistência e liberdade provisória, e contra a condenação respectivamente.

I I I . Mandado de Segurança que se conhece pois o indeferimento da assistência pleiteada pela FUNAI constitui ato administrativo para quem não é parte, dispensando a exigência de inexistência de recurso com efeito suspensivo.

I V . Apuração da condição de indígena que deve observar a inteligência constitucional (art. 231 CF) e que não cabe à jurisdição criminal.

V . Aferição do direito à assistência legal (art. 11-B, § 6º L. 9.028/95) pela autarquia fundacional que compete à Justiça Federal.

V I . Recurso em mandado de segurança provido para anular o processo da ação penal desde a denúncia, bem como da sentença e do acórdão, pondo-se o réu em liberdade e remetendo-se os autos à Justiça Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.675 - AM (2009/0200796-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

O indígena Aldeson Carvalho dos Santos, pertencente à etnia Kokama da aldeia São José em Santo Antonio do Içá/AM, fronteira com a Colômbia, foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33 da lei nº 11.343/2006, por ter sido encontrado na posse de substância entorpecente (cocaína) na cidade de Manaus/AM, tendo sido preso em flagrante em setembro de 2007.

Foi realizado exame antropológico dando como verdadeira a condição de indígena do réu, bem assim foram juntados documentos com as informações sobre identidade e os registros correspondentes na FUNAI.

A Procuradoria da FUNAI, por conta disso e atendendo solicitação da mãe do preso requereu intervenção no feito em assistência ao indígena, mas a autoridade impetrada indeferiu-a ao argumento de que o réu já se encontrava integrado à sociedade.

O *habeas-corpus* entrementes impetrado pela FUNAI perante o Tribunal de Justiça local buscava a liberdade provisória do indígena paciente e insistia na intervenção em favor do réu, que até o momento não havia sido apreciado pela 2ª Câmara Criminal.

Diante desse quadro, a FUNAI então, concomitantemente ajuizou este mandado de segurança perante a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Amazonas, sendo impetrado o mesmo Juiz de Direito da 2ª Vara (V.E.C.U.T.E.).

O Tribunal denegou a ordem requerida (e os embargos declaratórios) por entender que o indígena está integrado à sociedade, possuindo título de eleitor, CPF, certificado de dispensa militar e outros documentos, faltando assim legitimidade à FUNAI para representá-lo ou assisti-lo judicialmente.

Daí o presente recurso ordinário, sustentando que o indígena detém essa condição de acordo com as características da legislação correspondente, e que cabe legalmente à FUNAI sua representação (art. 11-B, § 6º da Lei nº 9.028/95 c/c art. 2º, II da Lei nº 6.001/73) independente da suposta integração à sociedade, requisito esse que não tem relevância depois da Constituição de 1988.

Observo que embora constasse o Juízo da 2ª Vara Criminal de Entorpecentes

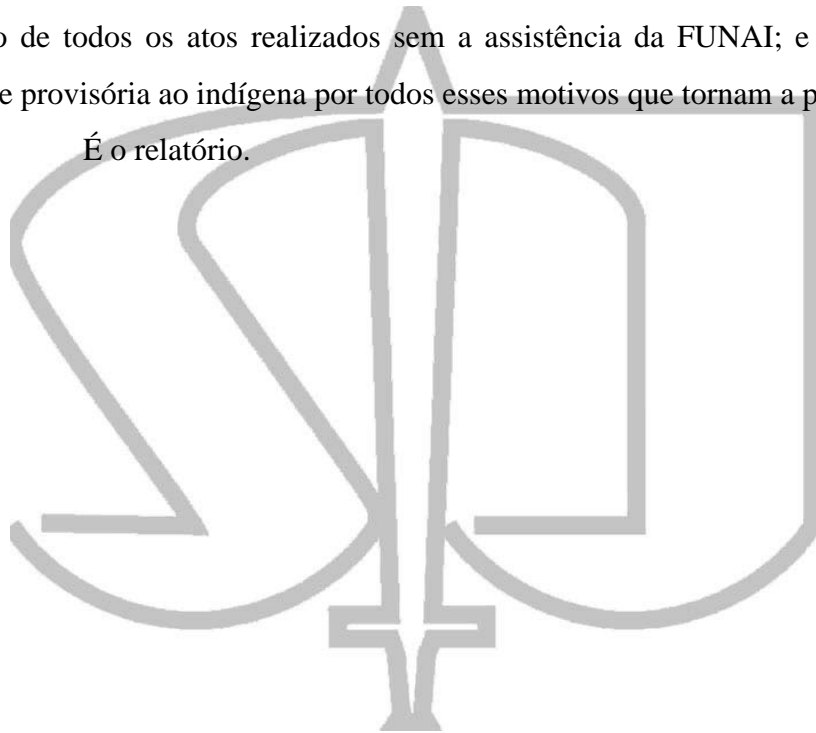
Superior Tribunal de Justiça

de Manaus como recorrido, foi o Ministério Público do Estado do Amazonas que contrarrazoou o recurso da FUNAI, manifestando-se na mesma linha do acórdão recorrido.

Registro que a ação penal, independentemente dos requerimentos da impetrante, seguiu seu curso culminando com a condenação do réu.

Perante esta Corte, oficiou o Ministério Público Federal pela Subprocuradoria-Geral da República opinando a) pelo reconhecimento da legitimidade da FUNAI para intervir na ação penal a que responde o indígena; b) pela declaração de competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito (penal); c) pela anulação de todos os atos realizados sem a assistência da FUNAI; e d) pela concessão de liberdade provisória ao indígena por todos esses motivos que tornam a prisão ilegal.

É o relatório.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.675 - AM (2009/0200796-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Como visto do relatório, todas as questões da causa em discussão estão relacionadas entre si e principalmente à que constitui o precedente lógico de toda a discussão que é o reconhecimento da condição de indígena do então réu na ação penal e paciente no *habeas-corpus* e ora recorrente.

Quanto ao cabimento em si do mandado de segurança, penso que a omissão na prestação jurisdicional pode constituir constrangimento ou coação ilegal.

É que a despeito da impetração e do próprio *habeas-corpus*, a ação penal instaurada contra o então paciente e impetrante seguiu seus trâmites até a sentença condenatória em 18.09.2008 a qual por sua vez foi confirmada pelo Tribunal de Justiça em 08.06.2009 (DJ-e/AM 15.06.2009 edição 294, p. 10/11) ao negar provimento à sua apelação.

Ou seja, apesar da impetração do *habeas-corpus* e do mandado de segurança contra a decisão judicial que, *durante o processo da ação penal*, indeferiu a assistência da FUNAI, a condenação transitou em julgado.

Ora, o exercício de mandado de segurança não é vedado para discutir decisão judicial pois a alegada omissão em julgar o pedido de assistência constitui ato administrativo com relação a terceiro que não integra a relação processual. Também por isso, logicamente, não opera aqui a exigência legal de inexistência de recurso com efeito suspensivo para a impetração contra ato judicial.

Nessa linha, a impetração pode ser conhecida contra omissão da justiça criminal, seja do juiz de primeiro grau seja do tribunal.

A ação penal portanto desenvolveu-se sem qualquer ressalva e o trânsito em julgado poderia parecer inalterável.

Cuida-se, pois, de investigar, sucessivamente, a condição jurídica do indígena para aferição da legitimidade da FUNAI, e, assim, da assistência ao réu e da competência da Justiça Federal; e, no limite, do possível sucesso da medida mandamental para a avaliação da nulidade ou não de todo o processo da ação penal a despeito do trânsito em julgado e, então, da própria legalidade da prisão.

Superior Tribunal de Justiça

Examino.

Sustenta a FUNAI que o réu na ação penal por crime de entorpecente é indígena da etnia *Kokama* da aldeia São José situada no município de Santo Antonio do Içá/AM, fronteira com a Colômbia, e que diante de tal fato cabe-lhe a assistência legal, ao que contrapõe o Tribunal de Justiça a irrelevância dessa condição por estar o indígena inteiramente integrado e adaptado na sociedade.

Trata-se, assim, em primeiro lugar de saber como se identifica a condição do indígena e o regime de indigenato.

O parecer do MPF disserta longamente sobre o tema, podendo-se, quanto a esse ponto, resumir suas conclusões na ementa que ali oferece:

“Necessidade de aplicação das disposições do estatuto do Índio em consonância com a nova ordem constitucional, que repele e até repulsa a política assimilacionista que o inspirou. Adoção, pelo juízo coator, de conceito cientificamente ultrapassado à luz da Antropologia, conduzindo a interpretações indevidas acerca dos povos indígenas e estimulando a homogeneização arbitrária de sua cultura.

“Irrelevância da posse de documentos de identificação civil (título de eleitor, carteira de reservista e CPF), os quais são próprios de cidadãos brasileiros, e, no caso de índios, sem se lhes exigir ou presumir o abandono das origens étnicas. Inconsistência do argumento de que a intervenção da FUNAI objetiva livrar o índio de sua responsabilidade penal.

*“Parecer do MPF pelo conhecimento e provimento do recurso ou concessão de habeas-corpus, a fim de (i) reconhecer o direito pleiteado pela recorrente; (ii) declarar a competência da Justiça Federal; (iii) anular todos os atos processuais realizados por juízo incompetente *ratione personae* e *materiae* sem assistência da FUNAI; e (iv) conceder, *incontinenti*, a liberdade ao indígena indevidamente preso, que, ademais, está submetido a disciplina carcerária incompatível com as normas protetivas do estatuto do Índio.”*

Não há nenhuma discussão nos autos quanto à *condição étnica* de indígena do ora recorrente. O que se recusa na sentença é a necessidade de assistência ante a constatação, pelo juiz criminal (o impetrado), da suficiente integração do indígena ao meio social dito civilizado e assim afastar a suposta incapacidade decorrente da condição de indígena, o que segundo esse julgador então dispensaria a assistência de acordo com as disposições da lei estatutária dos índios.

É preciso verificar se o regime constitucional atual em face dos índios (art. 231

Superior Tribunal de Justiça

e 232 CF) comporta a interpretação contrária da sentença e do acórdão.

A meu ver, definitivamente não. E disso faz perfeita resenha o parecer do MPF.

De fato, o Estatuto do Índio, foi concebido e editado ao tempo da Constituição anterior tendo recebido da legislação infraconstitucional civil alguns conceitos que mais tarde foram clara e sistematicamente rejeitados pelo texto constitucional atual e até mesmo pelo próprio Código Civil de 2002.

Ou seja, atualmente não se cuida mais de *tutela* como mecanismo de proteção e gradativa integração do índio à sociedade, do mesmo modo que a assistência que o órgão indigenista exerce não é a de atuação em suprimento da incapacidade civil, nem se cuida de integrá-lo à sociedade.

Em outros termos, não se trata mais do pressuposto de incapacidade para definir a intervenção da FUNAI.

Hoje, a designação de índios integrados, ou em vias de integração ou isolados constitui quando muito metodologia interna da instituição para definição de suas políticas públicas.

Por consequência, tecnicamente, não se fala mais em índio dessa ou daquela condição de integração, mas simplesmente em índio ou não índio.

E para a definição da condição de índio, a antropologia e a lei dão critérios para os quais é irrelevante o grau de integração.

Recentemente, adotando normativo da Convenção OIT 169 o Estado brasileiro (Decreto nº 5.051, DO de 20.04.2004) acolheu formalmente, como critério de identificação, a *autoidentificação*, de tal modo que, para fins legais, é indígena quem se sente, se comporta ou se afirma como tal, de acordo com os costumes, organização, usos, língua, crenças e tradições indígenas da comunidade a que pertença.

O conteúdo nuclear desse estado decorre do regime constitucional do art. 231 da CF que relaciona a condição e direitos dos indígenas com a existência de organização, língua, crenças, usos e costumes próprios, pouco importando se são os índios mais ou menos familiarizados com os usos e costumes não índios, ou se possuem documentação e exercem direitos de cidadania não índia.

De resto, são inúmeras as manifestações da doutrina acadêmica a respeito como anota o parecer, não se podendo mais considerar os critérios da Lei nº 6.001/73 na sua

Superior Tribunal de Justiça

literalidade, cabendo, ao contrário, leitura e interpretação conforme a inspiração constitucional superveniente.

Sendo esse o critério prestigiado constitucionalmente, o fundamento da sentença e do acórdão, afirmando sumariamente o contrário, além de equivocado, faz incorrer em erro manifesto a sentença condenatória e o acórdão da Câmara Criminal revisora.

Não fosse isso, cabe apenas à jurisdição civil (estadual ou federal) a definição da condição de desenvolvimento ou capacidade social e de estado das pessoas quando isso se revela questão processual na ação penal.

É que ao Juiz criminal está vedada a aferição da condição civil das pessoas, em particular quando dependente de complexa apuração de variados fatores, ou, como está na lei processual, de “*questão de difícil solução*”, sendo claro que aí é preciso recorrer-se à jurisdição própria.

No processo penal, a questão prejudicial heterogênea (art. 93, §§ CPP) assim verificada pela prévia necessidade de definir se o réu é indígena ou não -- *eis que daí resultam consequências importantes tanto para o prosseguimento da ação penal quanto, e sobretudo, para a eventual aplicação de penalidade uma vez que a lei estatutária do índio prevê inclusive modo próprio à condição indígena de cumprimento de pena* -- obriga o juiz a suspender o andamento processual até sua resolução ou durante o prazo fixado.

O que não pode ser admitido, como ocorreu, é que o Juiz criminal avance sobre jurisdição civil que não detém para resolver questão que está fora de sua competência.

O juiz impetrado, adotando para si critério da lei civil que imaginava correto, por isso se equivocou, e levou o colegiado ao mesmo erro, de ter o indígena réu como “*integrado*” pela posse de documentos comuns aos não índios (CPF, identidade civil, título de eleitor, etc..), e pois excluindo-o sem discussão da condição de indígena e de sujeição à legislação especial, quando essa não é hoje a inteligência constitucional.

No entanto, se o réu afirmou-se indígena corria-lhe, em princípio, a presunção favorável dessa condição, de tal sorte que cabia ao magistrado apreciar o tema, ainda mais tendo a instituição indigenista postulado a intervenção como assistente em socorro do réu, que, bem ou mal, afirmava a legitimidade dessa intervenção.

De qualquer modo, na forma da Lei nº 9.028, de 1995 (art. 11-B, § 6º), que defere à Procuradoria-Geral da FUNAI a responsabilidade pelas atividades judiciais de interesse *individual* ou coletivo dos índios, o réu tinha direito à assistência do órgão

Superior Tribunal de Justiça

indigenista.

Por outro lado, para saber se a FUNAI e o réu tinham direito, ou se seu requerimento deveria ser acolhido ou não, certo é que o Juízo Estadual do Amazonas e o Tribunal de Justiça não detinham competência de jurisdição para tanto.

O parecer do MPF, quanto a esse ponto, relaciona vários precedentes no sentido de que a *autarquia fundacional* FUNAI inclui-se entre os entes que se sujeitam à competência da Justiça Federal (art. 109, I, CF, aí compreendidas as *causas* de qualquer modalidade e espécie).

Por esta razão, ao pleitear a intervenção a autarquia em referência tinha direito a ter seu requerimento apreciado pela Justiça Federal, do mesmo modo que é à Justiça Federal que cabe definir se a assistência pleiteada é de molde a alterar competência ou não.

Por uma ou outra razão, não é à Justiça Estadual do Amazonas que competia deliberar a respeito, incidindo em nulidade plena a atuação da jurisdição absolutamente incompetente.

De tudo resulta que a sentença e o acórdão que deliberaram sobre a condição indígena integrado do ora recorrente para afastar a pretensão de assistência da FUNAI fez o processo incorrer em duas graves nulidades: a) afirmou ser o réu índio *integrado* e isso não mais existe na disciplina constitucional, como de qualquer modo caberia ao juízo civil competente assentar a condição de índio no sentido técnico para submetê-lo ao regime jurídico correspondente; e b) recusou a assistência da FUNAI exercitando competência de jurisdição que não detém em face da autarquia fundacional.

Ante esse quadro, o mandado de segurança impetrado para reformar a decisão judicial que recusou a assistência deve ser concedido para anular o processo penal *desde o recebimento da denúncia inclusive* (o requerimento da FUNAI é anterior ao recebimento da denúncia) bem assim a sentença e o acórdão, devendo os autos da ação penal serem encaminhados à Justiça Federal do Amazonas para apreciar a denúncia, e se for o caso, daí por diante conduzir a demanda penal como lhe parecer de direito.

Por fim, estando a prisão do réu do mesmo modo prejudicada pelas nulidades mencionadas, deve ser ele posto em liberdade imediatamente, sem prejuízo das eventuais medidas a serem determinadas pela Justiça Federal.

Nesses termos, *dou provimento* ao recurso.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2009/0200796-2

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 30.675 / AM
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080027622 20080027622000200

PAUTA: 03/11/2011

JULGADO: 22/11/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

PROCURADOR : ARTHUR OLIVEIRA DE CARVALHO E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.