

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO MP EM AÇÃO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE MÓDULO**

**Luan de Azevedo Monteiro**

**A violação da violação: uma análise crítico-constitucional da  
criminalização dos povos indígenas**

**RIO DE JANEIRO**

**2023**

**Sumário:** 1. Introdução. 2. 2. Do objeto da pesquisa: o acórdão da Apelação Nº 0005381-95.2008.4.03.6108; 2.1 Da escolha pelo acórdão da Apelação nº 0005381-95.2008.4.03.6108; 2.2 Sobre o contexto dos conflitos na região de Bauru; 2.3 O acórdão. 3. Da análise crítico-constitucional. 4. Considerações finais. 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Em 31 de maio de 2021, foi realizada audiência pública<sup>1</sup> na Comissão de Legislação Participativa a fim de avaliar a gravidade das denúncias de criminalização do movimento indígena feitas por antropólogos, lideranças políticas, parlamentares, pesquisadores e advogados. Nela, foi debatido o uso da lei penal para deslegitimar, perseguir e inviabilizar militantes, organizações e formas de ação política do movimento indígena.

Pouco tempo antes da audiência, havia sido publicado o relatório “Uma anatomia das práticas do silenciamento indígena: relatório sobre criminalização e assédio das lideranças indígenas no Brasil”<sup>2</sup> elaborado e publicado pela Indigenous People Rights International (IPRI) em parceria com a Articulação dos Povos Indígenas no Brasil (APIB). Em apertada síntese, o relatório, em suas mais de 160 páginas, oferece um panorama geral da maneira com que as lideranças indígenas são assediadas judicialmente e criminalizado no Brasil, e mais, também expõe casos concretos em que esse essa criminalização resultou no silenciamento de militantes indígenas. Nesse sentido, tanto o relatório quanto a sua divulgação por meio de audiência pública na Câmara dos Deputados tornam-se um marco no enfrentamento a um problema que vem tomando o Poder Judiciário brasileiro: a criminalização das ações políticas dos povos indígenas.

Dentre outras coisas, este relatório aponta números e práticas graves contra os direitos dos indígenas. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça<sup>3</sup> a população indígena encarcerada aumentou mais de 500% entre 2005 e 2019. De acordo com o relatório mencionado anteriormente, isto acontece porque quando lideranças indígenas tensionam em favor do fortalecimento democrático por meio da sua militância, os recursos do poder punitivo estatal são movimentados para estigmatizar, reprimir e penalizar lutas sociais individuais e coletivas por direitos humanos. Em especial, contra as lideranças indígenas que buscam defender os direitos fundamentais dos indígenas ou ampliá-los. Segundo a pesquisadora Ana Carolina Vieira, participante da produção do relatório referido:

“[...] criminalização de lideranças é forma de ataque aos corpos e organizações indígenas. Cada vez mais, o Estado se estrutura para tratar os indígenas nessa linguagem. No Mato Grosso do Sul, onde pesquisamos para a Apib, a criminalização atinge 24 pessoas, todas ligadas à luta pela terra.

---

<sup>1</sup> CALVI, Pedro. Assédio judicial: a criminalização dos movimentos indígenas. Congresso Nacional. 2021.

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/assedio-judicial-a-criminalizacao-dos-movimentos-indigenas> Acesso em: 30 abr. 2023.

<sup>2</sup> Disponível em: <https://apiboficial.org/files/2021/05/UMA-ANATOMIA-DAS-PRA%CC%81TICAS-DE-SILENCIAMENTO-INDI%CC%81GENA-1.pdf> Acesso em : 30 abr. 2023.

<sup>3</sup> Disponível em: < <https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>> Acesso em: 30 abr. 2023.

Essa é a resposta que o Estado dá à luta pelos direitos indígenas. E tudo faz parte de um repertório mais amplo de repressão, com ameaças e assassinatos, implementados de forma mais conjunta. Quando as milícias particulares não conseguem, entra o Estado com a sua arma, a criminalização”.<sup>4</sup>

Ainda de acordo com o relatório, trata-se de verdadeira institucionalização da prática de assédio judicial contra indígenas que buscam militar em favor de direitos constitucionalmente garantidos a eles, mas que não são efetivados adequadamente. O Estado torna-se, portanto, parte da perseguição contra indígenas já perpetradas pelo agronegócio e garimpeiros<sup>5</sup>.

Tendo esse cenário em vista, o objetivo do presente trabalho se concentra em compreender essa criminalização de ações políticas realizadas por indígenas por meio da análise de caso concreto. Para isso, foi selecionado o caso do cacique Anildo Lulu e do vereador Paulo Roberto Sebastião. Os dois foram condenados por cárcere privado enquanto a comunidade indígena Araribá liderava uma manifestação contra o fechamento da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) na região de Bauru.

Dessa forma, foi feita uma pesquisa em duas etapas. Na primeira, foi realizada a pesquisa bibliográfica e a seleção do acórdão analisado. Na segunda, foi realizada a análise crítico-constitucional do acórdão responsável pela condenação do cacique Anildo Lulu e do indígena Paulo Roberto Sebastião.

No Capítulo 2, será contextualizado o conflito que originou a manifestação realizada pela comunidade Araribá e suas demandas bem como descreve em detalhes o acórdão analisado, assim, evidenciando as razões que motivaram sua condenação, o lastro probatório em que elas foram fundamentadas, enfim, esmiuçando todo o necessário para a posterior crítica constitucional do acórdão.

Posteriormente, no Capítulo 3, é feita, por fim, a análise crítico-constitucional do referido acórdão. Dessa maneira, colocando em contraste os direitos fundamentais e princípios resguardados pela Constituição Federal no que diz respeito aos cidadãos no geral e, em especial, os indígenas, com o acórdão.

Por último, nas Considerações Finais, dedica-se a apresentação dos resultados obtidos por meio da análise do acórdão selecionado, ou seja, as conclusões que puderam ser extraídas da análise crítico-constitucional do caso.

---

<sup>4</sup> CALVI, Pedro. 2021. Op. Cit.

<sup>5</sup> Ataques e criminalização contra os povos indígenas e seus defensores no Brasil são os mais graves do mundo”, afirma relatora da ONU. Conselho Indigenista Missionário. 21 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://cimi.org.br/2018/09/ataques-e-criminalizacao-contra-os-povos-indigenas-e-seus-defensores-no-brasil-sao-os-mais-graves-do-mundo-afirma-relatora-da-onu/>>

## **2. DO OBJETO DA PESQUISA: O ACÓRDÃO DA APELAÇÃO Nº 0005381-95.2008.4.03.6108**

Antes de se proceder a análise do mencionado acórdão, é importante tanto contextualizar a manifestação que motivou a prática dos fatos processados na Ação Penal quanto descrever a denúncia, a sentença, a defesa dos acusados, enfim, todo o material necessário para a análise crítico-constitucional presente no próximo Capítulo. Não por outro motivo, estes são os objetivos do presente capítulo.

### **2.1 Da escolha pelo acórdão da Apelação nº 0005381-95.2008.4.03.6108**

No sistema de justiça brasileiro, os conflitos criminais podem ter três competências: estadual, federal ou justiça especial (como a militar ou eleitoral). Cada um irá se organizar em suas instituições e territórios e, todos, sem exceção, devem obedecer a regra do duplo grau de jurisdição. Ou seja, todo conflito criminal deve ter uma resposta do Poder Judiciário e, esta resposta tem o direito de ser revista por órgão superior ao menos uma vez.

No caso da justiça federal, que é o objeto de nossa análise, sua organização, na primeira instância, ocorre por seções judiciárias em todos os estados da federação. No caso da segunda instância, ela ocorre por cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), que atuam em suas respectivas regiões jurisdicionais. Sendo sua distribuição a seguinte: TRF 1ª Região (Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins), TRF 2ª Região (Espírito Santo e Rio de Janeiro), TRF da 3ª Região (Mato Grosso do Sul e São Paulo), TRF da 4ª Região (Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina) e TRF da 5ª Região (Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe).

Apesar da proteção dada pela Constituição Federal à regra de duplo grau de jurisdição, o caminho até que ela se realize é longo. Para que o conflito seja analisado por desembargadores, é necessário que ele seja investigado pela polícia, que pode arquivar o caso, depois, ele deve ser analisado pelo Ministério Público (que também pode arquivar, decidir pela realização de um acordo de não persecução penal ou alternativamente instaurar um processo judicial), e, somente caso o Ministério Público opte pela denúncia, ele deve ser contestado pela defesa, julgado pelo magistrado de primeira instância, e, por último, deve ser novamente contestado por uma ou ambas as partes por meio de recurso. Em nosso contexto, estes recursos, em especial, a apelação criminal, foi o que resultou no acórdão aqui analisado.

Vale ressaltar que, de um ponto de vista institucional, os acórdãos são decisões hierarquicamente superiores, o que resulta, inclusive, em precedentes e jurisprudências. E mais, em virtude de sua hierarquia, elas são instrumentos importantes para fundar e consolidar paradigmas jurídicos<sup>6</sup>. Eles indicam aos juízes de primeira instância a forma de julgar desejada e que não será, eventualmente, reformada<sup>7</sup>. Não por outro motivo, a escolha do presente trabalho foi pela análise de um acórdão.

Apesar disso, ainda há algumas ressalvas a serem feitas sobre o estudo de acórdãos - ressalvas essas que, vale dizer, não invalidam de modo algum as características recentemente apontadas. Em primeiro lugar, como foi dito, o caminho até a segunda instância é longo, de maneira que nem todos os crimes em que se realizam o mencionado assédio judicial chegam a esse ponto. Em segundo, as informações que constam no acórdão não necessariamente correspondem às informações importantes do feito, na realidade, elas se restringem somente aos pontos mais controvertidos levantados pelas partes.

Logo, com o objetivo de sanar as problemáticas levantadas no parágrafo anterior, se escolhe apenas um acórdão representativo do assédio judicial escolhido em virtude da repercussão do caso<sup>8</sup>. Desse modo, será possível analisar os pormenores do acórdão, incluindo os pontos não tão controvertidos ou com pouco destaque.

Por conseguinte, mesmo que os acórdãos, assim como toda decisão que pode ser objeto de pesquisa, tenham seus aspectos menos favoráveis a análise aqui pretendida, sua importância para a construção da jurisprudência nacional é unânime.

## **2.2 Sobre o contexto dos conflitos na região de Bauru**

Antes da decisão, deve-se ter em mente o que gerou a manifestação que originou os fatos apurados. Em 20 de maio de 2008, os indígenas da comunidade Araribá, da cidade de Avaí/SP, bloquearam a rodovia Bauru-Marília. Em síntese, suas reivindicações eram a nomeação de um representante indígena para a Administração da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) na região bem como a manutenção da sede regional em Bauru.

Isto porque, naquele contexto - e isto efetivamente aconteceu posteriormente - estava sendo confirmada pela FUNAI a possibilidade da transferência da sede regional para o litoral

---

<sup>6</sup> COACCI, T. A pesquisa com acórdãos nas ciências sociais: algumas reflexões metodológicas. Revista Mediações, Londrina, v. 18, n. 2, p. 86-109, dez. 2013. p. 102.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Índios de Avaí são condenados por cárcere privado. Terras Indígenas. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/noticia/170252> Acesso em: 30 abr. 2023.

de São Paulo<sup>9</sup>, que, vale pontuar, fica a cerca de 400km da cidade de Bauru, antiga sede regional. Para a cidade de Santos, naquela época a principal candidata a ocupar o lugar da sede regional da FUNAI, seriam cinco (5) horas de carro, a depender do trânsito.

Com o receio de que o afastamento da FUNAI pudesse levar a um agravamento de conflitos na região, cerca de 30 caciques que lideram mais de mil indígenas da região de Bauru e até do Rio de Janeiro iniciaram um levante em 2007 – ano anterior ao fato - com o fim de que a mudança não fosse realizada, e, caso fosse, ao menos fosse nomeado um nome indicado por eles. Naquele momento, era indicado o José Carlos Gabriel (Poty), presidente do Núcleo de Tradições Indígenas.

Além disso, vale mencionar, decisão pela mudança de sede ocorreu no contexto de um conflito entre os indígenas e o antigo administrador Newton Machado Bueno, que estava sendo cobrado presencialmente na sede de Bauru, e, segundo o jornal que cobriu a disputa<sup>10</sup>, em uma tentativa de manter o controle, registrou boletim de ocorrência na Polícia Federal contra os indígenas. As manifestações continuam desde maio de 2007 até 28 de junho quando Newton Machado Bueno é afastado do cargo e é nomeado Cristino Machado como administrador substituto. No entanto, elas voltam posteriormente após novas tentativas de se realizar a mudança da sede da FUNAI para o Litoral Paulista, assim, perdurando essas manifestações até o final de 2009, quando a mudança efetivamente acontece. Dentre elas, há a ação política que gerou os fatos denunciados e processados no acórdão aqui analisado.

### **2.3 O acórdão**

Como foi dito anteriormente, os fatos ocorrem durante a manifestação realizada na rodovia Bauru-Marília no dia 20 de maio de 2008. Nela, cerca de quatro aldeias com quatro caciques e uma comunidade de 300 indígenas estão bloqueando o trânsito dos dois sentidos da Rodovia Comandante João Ribeiro de Barros. Durante o bloqueio, comparecem a polícia federal, a polícia rodoviária, a polícia militar e servidores da FUNAI de Bauru. Após algum diálogo, a pista é liberada. Depois disso, os servidores da FUNAI Arnor, Ednilson Sebastião e Mario de Camilo - os dois últimos de origem indígena e que moram na aldeia Kopenoty - seguem para a reserva Araribá, nas aldeias Teraguá e Kopenoty a fim de tratar das reivindicações dos manifestantes.

Contudo, durante a negociação, os três servidores são proibidos de sair do local até que fosse fornecida uma resposta adequada da Direção Nacional da FUNAI, em Brasília. Cerca de

---

<sup>9</sup> SANTANA, Ricardo. Bauru perde a região da FUNAI. 27 de setembro de 2007. Disponível em: <<https://sampi.net.br/bauru/noticias/2517280/regional/2007/09/bauru-perde-a-regional-da-funai>> Acesso em: 1 mai. 2023.

<sup>10</sup> SANTANA, Ricardo. Op. Cit. 2007.

dois depois, em 22 de maio de 2008, eles são liberados em virtude do presidente da FUNAI ter encaminhado carta autorizando o deslocamento de 12 (doze) lideranças indígenas da região para Brasília com o objetivo de negociarem sobre a mudança da Unidade Regional da FUNAI em Bauru. Em razão desse cerceamento da liberdade de ir e vir dos servidores da FUNAI, o cacique Anildo Lulu e o indígena Paulo Roberto são denunciados como incurso 3 (três) vezes no artigo 148, §2º, c/c artigo 29 e 70 do Código Penal. Ou seja, denunciados pelo crime de cárcere privado qualificado com especial sofrimento moral às vítimas. Processado o feito, foram condenados pelo mesmo crime quanto a Adenor e cárcere privado simples contra Edenilson e Mario de Camilo.

A autoria de Anildo Lulu é fundamentada pelo fato de ser cacique de uma das aldeias envolvidas bem como ser o representante dos manifestantes com relação à imprensa e às negociações. Quanto a autoria de Paulo Roberto, que era vereador e estava acompanhando a manifestação, sua participação é alicerçada no depoimento de uma das vítimas, do relatório policial e do Boletim de Ocorrência. Vale ressaltar, exclusivamente elementos do inquérito policial. Diz sobre isso a sentença condenatória:

“[...] PAULO ROBERTO, por sua vez, informou que acompanhou a manifestação, pois fazia os registros fotográficos, porém, atribuiu a liderança exclusivamente a ANILDO. Quanto ao cárcere das vítimas, corroborou o interrogatório do codenunciado (fls. 45/46). A autoria é certa quanto aos dois denunciados. Apesar de dizerem nos interrogatórios que a liderança do movimento só era exercida por ANILDO, é notória a participação de PAULO ROBERTO, que se extrai dos depoimentos das vítimas (fls. 23/26), de relatório policial (fls. 13/14) e do Boletim de Ocorrência de fl. 29 [...]”<sup>11</sup>

No acórdão, a fim de fundamentar as autorias, são feitas ainda outras elaborações. É dito o seguinte:

“[...] Nesse passo, com razão o sentenciante ao afirmar que, ainda que assim não fosse, restaria no presente caso, a teoria do domínio do fato, pois Anildo era o cacique dos Terena e Paulo Roberto exercia forte influência no grupo e ambos se reuniram com os demais indígenas para perpetrar o delito”.<sup>12</sup>

Quanto às provas que fundamentaram a condenação elas são, basicamente, o depoimento das próprias vítimas em juízo e o interrogatório dos acusados que, vale dizer, com exceção da vítima Arnor, o único branco entre os servidores da FUNAI em cárcere é

---

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal. 0005381-95.2008.4.03.6108. Relator: Desembargador Federal Mauricio Kato. São Paulo, SP. 11 de outubro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. 22 de outubro de 2019. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/7727410> Acesso em: 1 mai. 2023.

<sup>12</sup> Ibidem.



relativamente contrastante com o teor do acórdão. Em sede judicial, há o depoimento de policiais, contudo, eles não são mencionados como fundamento de decidir no acórdão. Em respeito a uma tentativa de síntese do presente texto, não irei colocar os depoimentos em sua íntegra. Contudo, acredito que eles podem ser resumidos nos seguintes trechos:

“[...] **Arnor**, em juízo, afirmou que se recorda dos fatos noticiados nos jornais, que era servidor do Funai, chefe de administração[...] que ficou do dia 20 para o dia 21 ; na aldeia ficou sentado num chapeuzinho de palha, não houve num primeiro momento espancamento, ameaça de morte, machucar, tentou sair através de diálogo mas não foi permitido; foi bem tratado mas numa situação dessas nunca se é bem tratado, comeu mas não era uma coisa natural, que forneceram alimentação; que ficava a maior parte do tempo sentado, que dormiu no sofá em uma antiga casa; que não esperava aquilo por parte deles, porque sempre manteve bom relacionamento; que pensou eles estavam usando o depoente para conseguir o que queriam, que ficou triste, que chegou a chorar [...]

**Edenilson Sebastião** afirmou que era representante da Funai em Araribá, indicado pela administração regional da Funai em Bauru [...] Como eram bastante indígenas não sabe quem liderava o movimento, foi com carro da aldeia, estava sendo conduzido por indígenas, que ficou numa casa sede da Funai, que foi extinta, dentro da aldeia, que ficou 2 ou 3 dias, [...] que não sentiu medo de morrer, a pressão não era muita; [...] o, que confirma as declarações na polícia no sentido de que os réus eram líderes do grupo, além de outros, que era mais participação do que liderança, que cada aldeia tem lideranças, que Anildo era cacique, que Paulo liderava o grupo juntamente com outras lideranças e caciques. [...]

**Mario de Camilo** relatou que na época trabalhava na Funai [...] Anildo era cacique e Paulo era da liderança, que foram para a aldeia e foram para a sede e ficaram lá porque a questão não foi resolvida, então ficaram lá e as lideranças, [...] haviam vários na liderança, membros, não se lembra especificamente, mas se lembra dos dois réus [...] não houve pressão mas não deixavam ir embora, que era a comunidade inteira, que não sabe quem determinou que ficasse [...]que não houve pressão, não teve nada físico , que após o delegado da polícia federal conversar com os índios foi liberado, que Edenilson morava lá[...] <sup>13</sup>”

No que diz respeito ao interrogatório dos réus, eles podem ser resumidos nestes trechos:

“[...] Interrogado, Anildo Lulu declarou que [...] o movimento era do grupo inteiro, das quadro aldeias, que Paulo Roberto também participou , que tradicionalmente não se toma decisão sozinho, foram os quatro caciques e a

---

<sup>13</sup> Ibidem.

comunidade, mais de 300 indígenas tomavam a decisão, que se manifestou favoravelmente pela manutenção das vítimas, mas todos decidiram assim, não se recorda especificamente de Paulo [...] Ficaram cerca de dois dias, Que ficou preocupado com Arnor porque ele não era da origem indígena mas trocou telefonemas para tranquilizar a família dele, que não se lembra especificamente de Paulo [...]

Paulo afirmou que é vereador por três mandatos consecutivos, que na época era vereador [...] que registrou fotos, recebeu delegado federal, fez contato com deputado Federal para ajudarem [...] que Arnor é um morador de Bauru e a mudança para Itanhaém ia prejudica-lo, também para Ednilson, porque cargos iam ser extintos, que participou da manifestação somente por meio fotográfico, que os caciques se reuniram e decidiram que era o meio mais fácil de conseguir o que queriam [...]”<sup>14</sup>

Dito isso, verifica-se alguns fatos não jurídicos que merecem destaque: (1) duas das três vítimas são indígenas; (2) duas das vítimas, Ednilson e Mario de Camilo, moram na mesma aldeia em que eles estariam em cárcere privado; (3) com exceção de Arnor, que chorou por se sentir usado, nenhum deles relatou qualquer sofrimento físico, psíquico ou sequer pressão por parte dos indígenas; (4) novamente, com exceção de Arnor, todos apontam que Paulo e Anildo eram somente duas das várias lideranças presentes na tomada de decisão pelo cárcere privado das vítimas.

Sobre as alegações levantadas pelas defesas, a que mais chama a atenção é que a defesa de Paulo argumenta que o laudo antropológico comprova a ausência de dolo por parte dos dois réus. Entretanto, por honestidade acadêmica, é necessário afirmar que não foi possível ter acesso ao laudo para confrontar a versão da defesa, em virtude dos autos serem físicos e ao menos no momento da presente pesquisa, não estarem disponíveis para consulta online.

\Apesar disso, pode-se relatar uma problemática envolvida com relação ao laudo antropológico. Inicialmente, o Ministério Público Federal tentou oferecer a denúncia sem o laudo, o que gerou a rejeição de denúncia pela Justiça Federal de Bauru, pois, sem o laudo não era possível verificar o potencial conhecimento de ilicitude dos seus atos. Somente com a apresentação do laudo em sede de Recurso em Sentido Estrito foi possível que a denúncia fosse recebida.

### **3. DA ANÁLISE CRÍTICO-CONSTITUCIONAL**

Antes de se dedicar a análise constitucional do referido julgado, deve-se pontuar brevemente alguns aspectos sobre o uso da teoria do domínio do fato. Apesar de este ser um

---

<sup>14</sup> Ibidem.

artigo com foco constitucional, é necessário pontuar que quando o Desembargador Mauricio Kato diz que mesmo que ainda que não fosse comprovada a autoria pelos réus em razão do depoimento das vítimas, ela estaria comprovada pela teoria do domínio do fato pela influência de Paulo e pela posição de Anildo, ele comete um erro quanto ao manejo da teoria.

De forma resumida, os erros são que não há como apontar a possibilidade de aplicar o uso da teoria do domínio do fato sem dizer qual manifestação concreta da teoria está sendo manejada - isto é, se é o caso do domínio funcional, domínio da organização ou domínio da ação - e a posição do agente por si só não justifica a aplicação da teoria.

A tentativa de justificar a incidência da teoria em virtude de uma determinada posição ou da possibilidade de influenciar os autores imediatos, em hipótese alguma pode ser considerada suficiente. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência das Cortes superiores rechaçam completamente essa espécie de justificativa. Sobre isso, Alaor Leite e Luis Greco<sup>15</sup>, afirmam:

Na prática: a teoria do domínio do fato não condena quem, sem ela, seria absolvido; ela não facilita, e sim dificulta condenações. Sempre que for possível condenar alguém com a teoria do domínio do fato, será possível condenar sem ela.

Passemos aos mitos. A teoria não serve para responsabilizar um sujeito apenas pela posição que ele ocupa. No direito penal, só se responde por ação ou por omissão, nunca por mera posição.

O dono da padaria, só pelo fato de sê-lo, não responde pelo estupro cometido pelo funcionário; ele não domina esse fato — noutras palavras, ele não estupra, só por ser dono da padaria.<sup>16</sup>

No mesmo sentido, há julgados no Superior Tribunal Federal que assentam a impossibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato em decorrência exclusiva da posição ou cargo do réu. Em especial, destacam-se:

Direito Processual Penal. Falta de correlação entre conduta e denúncia. Crimes de responsabilidade de prefeito e vereador. Individualização da conduta de cada agente. Denúncia inepta. (...) 3. A responsabilidade penal é sempre subjetiva, por isso que é absolutamente inadmissível a atribuição, em sede penal, de responsabilidade objetiva pela prática criminosa, consistente na atribuição de um resultado danoso a um indivíduo, unicamente em razão do cargo por ele exercido. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentou a compreensão de que “A circunstância objetiva de alguém ser meramente sócio ou de exercer cargo de direção ou de administração em sociedade empresária não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa[...]. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com

<sup>15</sup> GRECO, Luis; LEITE, Alaor. Fatos e mitos da teoria do domínio do fato. **Conjur.** 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-18/luis-greco-alaor-leite-fatos-mitos-teoria-dominio-fato> Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>16</sup> Ibidem.

culpa(“nullumcrimensine culpa”), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do “versari in reillicita”, banida do domínio do direito penal da culpa”<sup>17</sup>

Imputar a alguém uma conduta penal tão somente pelo fato de ocupar determinado cargo significa, na prática, adotar a responsabilização objetiva na esfera penal. Ao contrário. A responsabilização penal nos crimes comissivos impõe a regra de certeza acerca da conduta criminosa praticada, não podendo ser suprida por ilações, por mais coerentes ou lógicas que se apresentem, decorrentes da exclusiva condição de ser prefeito.<sup>18</sup>

Dito isso, é perceptível o equívoco no manejo da teoria do domínio do fato. Feito esse primeiro aviso, passemos à análise crítico-constitucional do acórdão. Em primeiro lugar, verifica-se uma direta infração ao princípio do contraditório.

A Constituição Federal<sup>19</sup>, no art. 5º, inciso LV, amplia o direito de defesa garantindo o contraditório e a ampla defesa a todos os litigantes em processo judicial ou administrativo. No entanto, como todo princípio e direito fundamental, ele admite mitigações. Dentre elas, a mais importante está inexistência de contraditório e da ampla defesa no caso de inquéritos policiais em virtude de se tratar de procedimento administrativo pré-processual. Dessa forma, os direitos extraídos do princípio do contraditório são negados nessa fase, como o direito de manifestação das partes, direito de ver seus argumentos considerados e tantos outros tão importantes para a garantia de justiça. Por esse motivo, não é possível aceitar sentença fundamentada exclusivamente em elementos colhidos em inquéritos policiais.<sup>20</sup>

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para considerar nulo esse tipo de sentença. Sobre isso, diz o Ministro Sepúlveda Pertence:

“Não se olvide, entretanto, que a peça inquisitorial serve para formar a opinião delicti e alicerçar a instauração da ação penal. Não pode ser a base ou fundamento de uma decisão condenatória, isto é, sem respaldo em elemento probante produzido durante a instrução criminal, sob pena de ferir o princípio constitucional do contraditório. (...) Concluindo, prova exclusivamente produzida em inquérito policial, sem respaldo em qualquer elemento probante colhido em juízo, não se presta para alicerçar sentença condenatória. Este decisum é nulo por inobservar a garantia constitucional do contraditório”<sup>21</sup>

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. 88.875. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. 07 de dezembro de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. 09 de março de 2012.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. 898. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF. 12 de abril de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. 13 de maio de 2016.

<sup>19</sup> DO BRASIL, Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2010.

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. Série IDP. 18ª edição, 2023. Saraiva Educação SA, 2023, p. 962.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 331.133. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. 25 de fevereiro de 2004. **Diário de Justiça**. 25 de fevereiro de 2004.

Conforme relatado no Capítulo antecedente, o Desembargador Mauricio Kato extrai a participação de Paulo Roberto é evidenciada por meio de depoimentos das vítimas, dados em sede policial durante o inquérito, pelo boletim de ocorrência e, por fim, pelo relatório final da investigação. Ou seja, seriam somente por provas foram produzidas sem o crivo do contraditório e da ampla defesa. E, portanto, provas nulas por inconformidade com princípios constitucionais.

Em segundo lugar, verifica-se também uma infração ao princípio constitucional da culpabilidade com o uso do argumento do índio aculturado. Na seara constitucional, o princípio da culpabilidade tem como base os incisos XVII e XLVI do artigo 5º da Constituição Federal<sup>22</sup>. O primeiro inciso consagra a obrigatoriedade de que seja provada e declarada a culpabilidade de um agente que seja autor ou partícipe de um fato atípico e ilícito. O segundo trata da individualização da pena.

Como elementos ou acepções, há um triplo conceito ao princípio da culpabilidade<sup>23</sup>. Em primeiro lugar, entende-se a culpabilidade como fundamento da pena. Aqui, exige-se uma série de requisitos para a aplicação da pena como a capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude, inexigibilidade de conduta diversa. No segundo conceito, há a culpabilidade como medição de pena, isto é, como o limite da pena a ser aplicada na medida em que o indivíduo é culpado pelo ato. Em terceiro lugar, há a culpabilidade como conceito contrário a responsabilidade objetiva. Nessa acepção, ninguém deve responder por fato em que não tenha participado com dolo ou culpa, com poucas exceções que nada mais são do que mitigações do princípio constitucional da culpabilidade. Em síntese, para o caso do acórdão analisado deve-se ter em mente que a Constituição Federal garante ao princípio da culpabilidade três consequências materiais: (1) Sem dolo ou culpa não há pena; (2) Não há responsabilidade objetiva por simples cargo de liderança ou pelo resultado; (3) É necessário potencial consciência da ilicitude.

São justamente estas consequências do princípio da culpabilidade que entram em conflito com a sentença e acórdão condenatórios de Anildo Lulu e Paulo. A começar, utiliza-se a teoria do domínio do fato neste caso como uma possibilidade de aplicação de responsabilidade objetiva. Não há sequer uma fundamentação para a aplicação da teoria. Basicamente, se justifica a potencial aplicação dela somente pelo fato de Anildo Lulu ocupar posição como cacique e Paulo, que naquele momento não ocupava nenhuma posição de destaque no contexto da aldeia, ser culpado por ser influente. Sobre isso, pode-se dizer que não é a primeira vez – e não será a última – que o Poder Judiciário é acusado de utilizar a

---

<sup>22</sup> DO BRASIL, Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2010.

<sup>23</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco**. Revista dos Tribunais, ano 3, n 11. 1995. P. 121.

teoria do domínio do fato como fundamento para imputação de responsabilidade objetiva à revelia do princípio da culpabilidade. Nesse sentido, há artigo de Pedro Henrique Ramos e Adriano Sousa Costa em que tratam de julgado do Superior Tribunal de Justiça onde definem como: “[...] A prevelecer essa distorção, serviria a teoria, ao arrepio da intenção de Roxin, como institucionalização da responsabilidade objetiva.”<sup>24</sup>

Além disso, nos conceitos de necessidade de dolo ou culpa para a pena e da necessidade de potencial conhecimento da ilicitude, também há infração ao princípio da culpabilidade. Ocorre que, no caso tratado, a atenuante presente no Estatuto do Índio foi afastada pelo Desembargador Mauricio Kato em razão da suposta adaptação dos réus à sociedade civil. E mais, na sentença proferida pelo magistrado Joaquim Alves Pinto<sup>25</sup> e depois ratificada pelo acórdão aqui analisado, a suposta adaptação dos indígenas à sociedade civil seria demonstrada porque:

“[...] demonstram fluência na língua portuguesa e adaptação aos costumes da sociedade não indígena. Ainda cursou o ensino médio [cacique Anildo Lulu], tem formação em enfermagem e habilitação para dirigir veículos automotores. Ainda possui conta bancária, usa telefone celular [...] Já Paulo Roberto, apesar de domiciliado na aldeia indígena, [...] cursou o ensino médio, tem formação em técnico agrícola e é servidor público concursado [...] Sendo assim, as impressões periciais de indiscutível correlação entre a tradição ancestral do grupo e as condutas apresentadas pelos réus no momento e circunstâncias apresentadas não são aptas a afastar a imputabilidade penal”

Vale ressaltar, no presente caso, apesar de não ter sido possível analisar o laudo antropológico, ele foi afastado pela sentença. Isto porque, segundo o relatório da sentença, o laudo antropológico apontava que dentro da cultura indígena o ato perpetrado pelos indígenas era considerado heroísmo, ante a sua cultura e tradição. Assim, as suas ações, dentro do seu contexto cultural condizem com seus valores e costumes, na medida em que encontram respaldo na tradição milenar e em sua experiência coletiva como grupo. Possivelmente, foi com este fundamento do laudo antropológico que a defesa de Paulo alegou a ausência de dolo.

Segundo o relatório mencionado no início do texto, é prática comum do Poder Judiciário a utilização da figura do “índio integrado” como forma de legitimar a perseguição criminal de lideranças indígenas. Diz o relatório:

---

<sup>24</sup> COSTA, Adriano Sousa et al. A teoria do domínio do fato e sua extensão punitiva. **Conjur**. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-nov-03/academia-policial-teoria-dominio-fato-extensao-punitiva> > Acesso em: 1 mai. 2023.

<sup>25</sup> BRASIL. 1ª Vara Federal de Bauru. Ação Penal. 0005381-95.2008.4.03.6108. Juiz Joaquim Alves Pinto. Bauru, SP. 19 de setembro de 2016.

“O que a maioria da sociedade brasileira parece ter dificuldade de entender, segundo nossos entrevistados, é que os valores de suas culturas não se perdem com o convívio com a cultura não indígena. Como ensina Ramos, o fato de um indígena usar roupa, relógio de pulso, sandália havaiana ou radiotransmissor faz um índio se tornar branco tanto quanto um colar de contas, uma pulseira de fibra, uma rede de algodão ou uma panela de barro transformam um branco em índio. Assim, quando a rotulação de um indígena como aculturado/integrado é feita por um magistrado as consequências são ainda mais graves do que quando ocorre pela população em geral, pois resulta, não raro, na dispensa da perícia antropológica, na desconsideração da diversidade histórico-cultural e no dilatamento do número de indígenas encarcerados no Brasil.”<sup>26</sup>

No mesmo sentido, diz o procurador da República Luiz Fernando Villares:

“O entendimento do idioma nacional, alguma escolaridade, a convivência com a sociedade nacional ou o direito de votar fazem presunção de responsabilidade criminal na visão desses julgados. Considerar por aspectos externos de fácil apreensão que o índio é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento faz parte da arrogância do direito, e do julgador, que reputa ter ciência bastante para julgar sem auxílio de técnicos. Ver aspectos formais como o grau de escolaridade, o entendimento do idioma oficial, título de eleitor etc. é privilegiar a verdade formal em detrimento do mundo real. O índio pode mostrar-se externamente 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 diferentemente por sua cultura assim exigir”<sup>27</sup>

Vale adicionar, essa interpretação quanto ao indígena “aculturado” quando analisada à luz da Constituição Federal, é, no mínimo, ultrapassada. Em 1988, o paradigma de integração é rompido pela presente Constituição. Não há espaço para discutir sua aplicabilidade.

Além disso, pode-se pensar a infração ao princípio da culpabilidade realizada por meio do afastamento do laudo antropológico e do afastamento da referida atenuante como também uma infração ao princípio da dignidade da pessoa humana e seu conteúdo jurídico, na medida

---

<sup>26</sup> Disponível em: <https://apiboficial.org/files/2021/05/UMA-ANATOMIA-DAS-PRA%CC%81TICAS-DE-SILENCIAMENTO-INDI%CC%81GENA-1.pdf> Acesso em : 30 abr. 2023

<sup>27</sup> VILLARES, Luiz Fernando. Direito penal e povos indígenas. Juruá Editora, 2010, p. 447.

em que é desconsiderada a autonomia individual e coletiva dos indígenas enquanto grupo social<sup>28</sup>.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir do conteúdo desenvolvido até aqui, é possível constatar um grau relevante de discrepância entre diversos princípios dispostos na Constituição em face do referido acórdão.

Por fim, a principal conclusão a que se chega por meio da presente pesquisa foi que as inconstitucionalidades perpetradas pelo acórdão analisado não são incomuns, e, principalmente, dizem respeito a um contexto muito maior de silenciamento das manifestações políticas dos povos indígenas por meio da criminalização de atos que, conforme dito pelo laudo antropológico afastado pela sentença e pelo acórdão, são atos de heroísmo ante a sua cultura e tradição.

---

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Saraiva Educação SA, 2017, p.246.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ataques e criminalização contra os povos indígenas e seus defensores no Brasil são os mais graves do mundo”, afirma relatora da ONU. **Conselho Indigenista Missionário**. 21 de setembro de 2018. Disponível em: <https://cimi.org.br/2018/09/ataques-e-criminalizacao-contra-os-povos-indigenas-e-seus-defensores-no-brasil-sao-os-mais-graves-do-mundo-afirma-relatora-da-onu/>

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Saraiva Educação SA, 2017.

BRASIL. 1ª Vara Federal de Bauru. Ação Penal. 0005381-95.2008.4.03.6108. Juiz Joaquim Alves Pinto. Bauru, SP. 19 de setembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. 898. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF. 12 de abril de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. 13 de maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. 88.875. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. 07 de dezembro de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. 09 de março de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 331.133. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. 25 de fevereiro de 2004. **Diário de Justiça**. 25 de fevereiro de 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal. 0005381-95.2008.4.03.6108. Relator: Desembargador Federal Mauricio Kato. São Paulo, SP. 11 de outubro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. 22 de outubro de 2019. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/7727410>  
Acesso em: 1 mai. 2023.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco**. Revista dos Tribunais, ano 3, n 11. 1995.

CALVI, Pedro. Assédio judicial: a criminalização dos movimentos indígenas. **Congresso Nacional**. 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/assedio-judicial-a-criminalizacao-dos-movimentos-indigenas> Acesso em: 30 abr. 2023.

COACCI, T. **A pesquisa com acórdãos nas ciências sociais: algumas reflexões metodológicas**. Revista Mediações, Londrina, v. 18, n. 2, p. 86-109, dez. 2013.

COSTA, Adriano Sousa et al. A teoria do domínio do fato e sua extensão punitiva. **Conjur**. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-nov-03/academia-policial-teoria-dominio-fato-extensao-punitiva> > Acesso em: 1 mai. 2023.

Disponível em: <https://apiboficial.org/files/2021/05/UMA-ANATOMIA-DAS-PRA%CC%81TICAS-DE-SILENCIAMENTO-INDI%CC%81GENA-1.pdf> Acesso em : 30 abr. 2023.

Disponível em: < <https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias> > Acesso em: 30 abr. 2023.

DO BRASIL, Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2010.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato. **Conjur**. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-18/luis-greco-alaor-leite-fatos-mitos-teoria-dominio-fato>> Acesso em: 08 set. 2020.

Índios de Avaí são condenados por cárcere privado. Terras Indígenas. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/noticia/170252> Acesso em: 30 abr. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. Série IDP. 18ª edição, 2023. Saraiva Educação SA, 2023.

SANTANA, Ricardo. Bauru perde a regional da FUNAI. 27 de setembro de 2007. Disponível em: < <https://sampi.net.br/bauru/noticias/2517280/regional/2007/09/bauru-perde-a-regional-da-funai> > Acesso em: 1 mai. 2023

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito penal e povos indígenas**. Juruá Editora, 2010.