



**Poder Judiciário  
JUSTIÇA FEDERAL  
Seção Judiciária do Paraná  
1ª Vara Federal de Paranaguá**

Rua Faria Sobrinho, 100 - Bairro: Centro - CEP: 83203-000 - Fone: (41) 3420-1050 - Email: prpar01@jfpr.jus.br

**AÇÃO PENAL N° 5002882-22.2015.4.04.7000/PR**

**AUTOR:** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**RÉU:** VALDENEI DA SILVA

**ADVOGADO:** RAMONN BALDINO GARCIA

**INTERESSADO:** FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

**SENTENÇA**

**1. RELATÓRIO**

Trata-se de ação penal pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra WERÁ/VALDENEI DA SILVA, denunciado pela suposta prática do delito previsto pelo art. 217-A c/c 226, II e art. 71 do CP, ao argumento de que teria praticado estupro de vulnerável contra sua enteada na tribo de Guaraqueçaba.

Os fatos foram narrados na denúncia, apresentada em 14/02/2014 pelo Ministério Público do Estado do Paraná ao Juízo da Vara Criminal da Comarca de Antonina/PR, nos seguintes termos (ev. 1, PROCJUDIC1, p. 5):

*"Em dias e horários não especificados nos autos, mas certo de que no período compreendido entre os anos de*

*1*

*2010 e 2013, em continuidade delitiva, na Aldeia Kuaray Guatá Pôrã, localidade do Cercô Grande, no município de Guaraqueçaba, Comarca de Antonina, o denunciado **VALDENEI DA SILVA**, valendo-se da condição de padrasto, de forma consciente e voluntária, ciente da ilicitude de sua conduta, praticou conjunção carnal com a vítima J.Y.D.S, pessoa vulnerável em razão da idade, hoje com 13 anos (cf. certidão de nascimento de fl. 16), conforme Laudo de Exame de Conjunção Carnal n.º 1420/2013, acostado às fls. 35/36 dos autos. Do ato praticado resultou gravidez na vítima. O recém-nascido veio à óbito em circunstâncias não esclarecidas."*

As investigações foram processadas pela Polícia Civil nos autos de inquérito nº **55788/2013** a partir das informações contidas no ofício 536/2013 e seus anexos, que foram encaminhados à Delegacia de Polícia de Antonina pelo Ministério Público do Estado do Paraná.

Decretou-se a prisão preventiva de Valdenei da Silva em **01/08/2013** (ev. 1, PROCJUDIC1, p. 60). O mandado de prisão foi cumprido em **12/02/2014** (ev. 1, PROCJUDIC1, p. 97).

A Advocacia-Geral da União apresentou pedido de revogação da prisão preventiva e/ou concessão de liberdade provisória, ou ainda, a colocação do réu em regime de semiliberdade sob a responsabilidade da FUNAI (ev. 1, PROCJUDIC1, p. 100). Após manifestação contrária do MP, o pedido foi indeferido (ev. 1, PROCJUDIC1, p. 143).

Na sequência, o Juízo Estadual indeferiu o pedido de habilitação da Procuradoria Federal ao argumento de que não foi constituída para o exercício da defesa do réu, além de não estarem preenchidas nenhuma das hipóteses do Estatuto do Índio para intervenção haja vista o réu estar plenamente integrado à sociedade, sendo inclusive professor da rede estadual de ensino (ev. 1, PROCJUDIC1, p. 150).

**A denúncia foi recebida em 17/02/2014** (ev. 1, PROCJUDIC1, p. 115).

Citado em 09/05/2014, o réu deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar resposta. A defesa nomeada pelo Juízo Estadual apresentou resposta à acusação, alegando, em síntese, que: *os fatos evidenciam o desvio de personalidade do indígena, em razão de pertencer a uma cultura diferenciada. Aduziu ser perceptível que o acusado sofre de algum distúrbio mental ou psicológico e/ou diferenciação antropológica devido ao processo de aculturação por permanecer índio segundo seus costumes tribais do grupo étnico Guarani da aldeia Kuaray Guatá Porá da localidade da terra indígena de Cercos Grande, Município de Guaraqueçaba/PR, uma vez que sua conduta reiterada foge totalmente da normalidade de um índio aculturado.*

A decisão que confirmou o recebimento da denúncia, após afastar a alegação de inépcia e a possibilidade de absolvição sumária do réu, indeferiu os pedidos de realização de exame de insanidade mental e de perícia antropológica feitos pela defesa. Aquela mesma decisão deferiu os pedidos de realização de prova pericial por meio de exame de estudo de gravidez e abortamento pela vítima J.Y.D.S, assim como a realização de diligências na Aldeia Kuaray Guatá Porá, precisamente no local conhecido como Bambuzal, para a localização, perícia legal e recolhimento do cadáver de recém-nascido da vítima J.Y.D.S. (ev. 1, PROCJUDIC1, p. 205).

Contra os indeferimentos, a defesa dativa impetrhou *Habeas Corpus* requerendo a realização de perícia antropológica, psicológica e psiquiátrica no acusado, assim como a nulidade parcial do processo, a partir do indeferimento deste mesmo pedido, e a realização de exame toxicológico de dependência alcoólica (ev. 1, PROCJUDIC1, p. 218 e 222).

Na sequência, foi juntado aos autos o laudo do exame de conjunção carnal nº 1420/2013 - ALGB realizado na vítima J.Y.D.S. (ev. 1, PROCJUDIC1, p. 226).

Em 25/08/2014, o Juízo Estadual realizou audiência de instrução, na qual foram ouvidas a testemunha Isabel Goulart da Costa e a informante Tereza Gonçalves, mãe da vítima J.Y.D.S. No mesmo ato, o juízo deferiu o pedido do MP para manifestação posterior

acerca da testemunha ausente Rosângela de Fátima Pimentel, bem como determinou a reinquirição da informante Tereza Gonçalves acompanhada por tradutor para a língua Guarani (ev. 1, PROCJUDIC1, p. 247 a 250).

Em 29/09/2014, foi ouvida a testemunha Rosângela de Fátima Pimentel e reinquirida a informante Tereza Gonçalves, acompanhada pelo intérprete Rivelino Gabriel de Castro indicado pela FUNAI, bem como interrogado o réu. **Naquele mesmo ato, o Juízo Estadual, a fim de esclarecer os costumes indígenas pelos quais o réu alegou se orientar, determinou a realização de perícia antropológica (ev. 1, PROCJUDIC2, p. 52).**

**No ev. 1, PROCJUDIC2, p. 71, consta informação a respeito da diligência realizada, por investigador da Polícia Civil, em duas oportunidades, na Aldeia *Kuaray Guatá Porá*, na localidade de Cercô Grande no município de Guaraqueçaba/PR, no intuito de localizar o cadáver de recém-nascido da vítima J.Y.D.S., que supostamente teria sido enterrado na localidade denominada Bambuzal. A diligência, no entanto, foi infrutífera.**

Laudo de exame de verificação de aborto nº 1132/2014 - ACC realizado na vítima J.Y.D.S. juntado no ev. 1, PROCJUDIC2, Página 74.

**No ev. 1, PROCJUDIC2, p. 123, a defesa dativa juntou cópia da decisão proferida, em 30/10/2014, no HC nº 1253526-1 do TJPR impetrado em favor do réu, na qual foi parcialmente concedida a ordem para determinar a realização de perícia antropológica e exame de insanidade mental no réu. Na mesma petição, a defesa requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita.**

Juntada cópia da decisão prolatada nos autos de incidente de insanidade mental nº 0001312-70.2014.8.16.0043, que determinou a suspensão do trâmite da ação penal (ev. 1, PROCJUDIC2, p. 140).

**No ev. 1, PROCJUDIC2, p. 161 a 165, foi anexada aos autos cópia da decisão prolatada pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná que julgou extinto, sem resolução do mérito, o HC 1.294.429-3, impetrado pela FUNAI. Naquela decisão ficou consignado que, ao Juízo Federal, incumbia a apreciação do pedido feito pela FUNAI para o ingresso no feito, assim como o cabimento da assistência legal daquela entidade ao réu. Também foi declarada nula a decisão hostilizada (fl. 122 dos autos nº 0001178-77.203.8.16.00431), assim como todos os atos que a sucederam, seguida da determinação de remessa dos autos da ação penal nº 0001178-77.2013.8.16.0043 a uma das varas criminais do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Curitiba.**

A ordem foi acolhida pelo Juízo Estadual que determinou a remessa dos autos ao Juízo Federal de Curitiba (ev. 1, PROCJUDIC2, p. 167). Em face dessa decisão, a defesa dativa apresentou embargos de declaração solicitando o arbitramento de honorários. Tal pedido, porém, não foi apreciado ao argumento de que todos os requerimentos relacionados ao feito deveriam, a partir daquele momento, serem apreciados pelo Juízo Federal competente (ev. 1, PROCJUDIC2, p. 182).

O Ministério Público Federal opinou pela remessa dos autos a esta subseção judiciária uma vez que Guaraqueçaba-PR está na circunscrição deste Juízo.

A competência foi declinada no ev. 11.

No ev. 20, o *parquet* pugnou pela anexação dos áudios das audiências realizadas no Juízo Estadual, bem como pela intimação da Procuradoria Federal especializada junto à FUNAI para manifestação formal acerca de seu interesse na defesa do réu.

**Tais pedidos foram deferidos por este juízo, assim como determinado o envio de ofício à FUNAI solicitando o encaminhamento do laudo antropológico, já antes solicitado àquela autarquia (ev. 21).**

**Nos ev.s 24 e 25, foram juntados os áudios/vídeos das audiências realizadas pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Antonina/PR e mencionadas no ev. 1 (PROCJUD1 – fls. 189/190 – e PROCJUD2 – fls. 204, 308/311).**

No ev. 28, ao réu, representado tecnicamente por Procurador Federal, solicitou: **a)** nomeação do procurador federal que subscreveu a petição para o exercício de sua defesa; **b)** prorrogação do prazo, em trinta dias, para a apresentação do laudo antropológico; **c)** revogação da ordem de prisão preventiva do réu, com a concessão ao acusado do direito de responder ao processo em regime especial de semiliberdade, na forma preconizada pelo artigo 56 da Lei Federal 6.001/73 e das Convenções Internacionais 169 da OIT e do Pacto de San José da Costa Rica. Tais pedidos foram parcialmente acolhidos no ev. 30.

No ev. 33, o MPF manifestou-se pela fixação da competência da Justiça Federal para julgar o feito, assim como pela manutenção da prisão preventiva do réu.

Por cautela, antes de apreciar o pedido de revogação ou manutenção da prisão preventiva do réu, foi determinada a realização de pré-laudo antropológico. Na mesma decisão, foi nomeada para a realização do laudo a perita Ana Elisa de Castro Freitas, doutora em antropologia social pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS) e Professora da UFPR, assim como designada a audiência de custódia para a oitiva do réu.

Certidão da oficiala que acompanhou a diligência para a realização do pré-laudo antropológico foi juntada no ev. 55.

**No ev. 75, foi apresentado pré-laudo antropológico elaborado pela Dra Ana Elisa de Castro Freitas.**

**Em 23/03/2015**, foi realizada a audiência de custódia, com a presença do Ministério Público Federal, na pessoa de seu ilustre representante, Dr. Adriano Barros Fernandes; do Procurador Federal, representante da Fundação Nacional do Índio -FUNAI, na qualidade de defensor do acusado, Dr. Derli Cardozo Fiúza, Siape 0446517 (presente por videoconferência na Subseção Judiciária de Curitiba/PR); do intérprete, Sr. Rivelino Gabriel de Castro; do réu Valdenei da Silva; do representante da FUNAI, Sr. Carlos Eduardo Ravazolo, matrícula 1821793 e da antropóloga Drª Ana Elisa de Castro Freitas.

**No mesmo ato, foi concedida a liberdade provisória com medidas cautelares ao réu, consoante decisão proferida no ev. 30.**

Juntado Ofício 9 / CTLPAR / 2015, encaminhado pelo coordenador técnico local da FUNAI, informando a condução do réu até a Aldeia Araçáí, conforme determinação do ev. 30 (ev. 91).

Reiterado o pedido de arbitramento dos honorários advocatícios devidos ao defensor nomeado pela Justiça Estadual, Dr. Ramon Baldino Garcia (ev. 95, PET1), que foram arbitrados no ev. 99.

Em atenção ao determinado no incidente de insanidade oposto pela defesa (autos 5002882220154047000), foram suspensos o andamento da presente ação penal, bem como o prazo para a resposta à acusação (ev. 120).

No ev. 133, procurando conhecer, dentro do que é possível em exercício comparativista, a experiência jurídica guarani, à medida que se pretende identificar e afirmar, em termos teóricos e pragmáticos, a existência de uma cultura jurídica indígena, determinou-se à secretaria a reserva de datas para a realização de "*Escuta Étnica*" (próximo ao que prevê o art. 481 e segs. do CPC) nas tribos de Guaraqueçaba e de Piraquara para que fossem realizadas as perguntas mencionadas naquela decisão às autoridades indígenas lá existentes e demais indígenas indicados por eles mesmos como necessários de serem ouvidos.

Nos autos 5002888-29.2015.4.04.7000, a defesa desistiu expressamente da perícia médica, assim como o MPF se manifestou pela insustentabilidade do incidente de insanidade mental do acusado. Com isso, em 13/07/2018 (ev. 88 daqueles autos) foi prolatada sentença que reputou prejudicado o incidente, com a ressalva de que o mérito do laudo antropológico elaborado seria analisado nestes autos principais.

No ev. 144, determinou-se o prosseguimento deste feito, com a concessão de prazo à defesa do réu para a apresentação de resposta à acusação.

A defesa do acusado apresentou resposta à acusação no ev. 148. Aduziu, em síntese: **a)** que o Procurador Federal está legitimado a defesa judicial em favor dos índios, individual ou coletivamente considerados, consoante estabelece a Portaria nº 839 de 18 de junho de 2010 da AGU; **b)** inépcia da denúncia, por ausência de exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias; **c)** incapacidade do silvícola, necessidade penal de se aferir por perícia o grau de imputabilidade dos índios, antes de julgá-los por condutas proibidas para os culturalmente brancos; **d)** que, embora o caput do art. 7.º da Lei nº 6.001/73 prescreva que o regime de assistência ou tutela aplica-se tão-só aos índios não integrados, não deve o juiz arrogar-se conhecimento antropológico específico e julgar, segundo seus próprios, leigos e exclusivos critérios, a integração ou não do silvícola à comunhão nacional, pois o juízo de integração só pode ser feito com a consideração da opinião de profissionais com conhecimento a respeito da mentalidade dos índios; **e)** apenas mediante atos formais e oficiais, o índio e a comunidade indígena adquirem capacidade civil plena; **f)** é reduzido o poder de agir em juízo dos índios, uma vez que são relativamente incapazes em virtude de legislação específica a eles aplicável, qual seja, o Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973), portanto, qualquer que seja o polo em que figure um índio na relação jurídica processual, há de ser preenchido pela entidade encarregada legalmente de assistir o silvícola, ou seja, pela Fundação Nacional do Índio; **g)** o laudo pericial antropológico produzido nos autos do Incidente de Insanidade Mental **5002882-29.2015.4.04.7000** constitui prova suficiente a demonstrar inimputabilidade do acusado e hábil a subsidiar o MM. Juízo no tocante a aplicação do art. 56, *caput*, do Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973); **h)** as provas até agora colhidas revelam grande probabilidade de o fato imputado ao réu enquadrar-se em uma das excludentes de ilicitude, sendo que o Laudo Pericial Antropológico amplia o entendimento de que os fatos narrados na denúncia guardam relação com os aspectos culturais e sociais do grupo étnico Guarani.

Ao final, a defesa requereu o acolhimento da preliminar de inculpabilidade do acusado em razão de sua inimputabilidade penal comprovada pelo laudo antropológico e, por consequência, sua absolvição sumária. Quanto ao mérito, aduziu que o réu não cometeu os fatos descritos na denúncia e que a impugnação completa será feita após a instrução. Arrolou cinco testemunhas.

No ev. 162, o MPF, por informou que não compareceria às *Escutas Étnicas* determinadas no ev. 133.

Certificado nos autos que, nos dias **17/08/2018 (Aldeia Cerco Grande)** e **20/08/2018 (Aldeia Araçai)**, foram realizadas as *Escutas Étnicas* determinadas pela decisão do ev. 133, as quais foram registradas em mídias, que se encontram arquivadas em secretaria (ev. 165).

Apresentada extemporaneamente a resposta à acusação pelo advogado dativo (ev. 166), requerendo, em síntese: a rejeição da denúncia em razão da comprovada insanidade/grau do de entendimento diferenciado; realização de prova pericial na vítima de estado de gravidez, bem assim de diligência na Aldeia de Cerco Grande para localização do cadáver do suposto recém-nascido filho da vítima.

No ev. 167, a perita apresentou síntese da *Escuta Étnica* realizada pelo juízo.

**Em manifestação no ev. 168, o MPF, revendo os termos da denúncia ofertada pelo Ministério Público Estadual, e seguindo entendimento que já havia esboçado na audiência de custódia, requereu a absolvição sumária do acusado sob o argumento central da não culpabilidade do acusado por se tratar de "erro culturalmente condicionado".**

Apontamentos criminais do réu juntados no ev. 02.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

### 2. 1. Preliminares

Antes de ingressar no mérito propriamente dito, buscando a regularidade do processo e do procedimento, passo à sua análise preliminar.

#### (a) Pressupostos processuais

A relação jurídica processual pressupõe a configuração de elementos subjetivos e objetivos tanto no plano existencial quanto no de validade, a fim de que seja reconhecida pelo ordenamento jurídico.

Deste modo, vislumbro nos autos que estão presentes, no plano da existência, os seguintes pressupostos subjetivos: (i) autor com capacidade de ser parte (Ministério Público Federal, art. 129, I da CF e art. 24 do CPP); (ii) juiz com jurisdição; e (iii) réu com capacidade de ser parte (maior de idade e capaz). Também estão presentes os pressupostos objetivos: (i) pedido veiculado por petição inicial (denúncia); e (ii) citação efetivada com prova nos autos.

No plano de validade, verifico que estão presentes os seguintes pressupostos subjetivos: (i) autor com capacidade processual e postulatória, porque independe de assistente ou representante (Ministério Público Federal); (ii) juiz competente, segundo o art. 109 da CF, art. 70 do CPP; e (iii) juiz imparcial, porque não impedido e nem suspeito.

Verifico, ainda, a presença dos pressupostos objetivos intrínsecos: (i) citação válida; (ii) atos devidamente informados às partes pelas intimações e notificações constantes nos autos; (iii) efetivação do contraditório pela resposta à acusação e pela presença da FUNAI; (iv) realização do direito de defesa (vista como o direito de se informar, de se manifestar, e de

apresentar todos os meios de prova válidos e de ver os seus argumentos considerados, ao menos neste momento inicial do processo); (v) intervenção do Ministério Público Federal em todos os atos do processo; (vi) procedimento adequado, segundo o art. 400 do CPP (L. 11719/08); (vii) inexistência de causas extintivas de punibilidade (art. 107 do CP); (viii) ausência de nulidade absoluta (inexistentes as causas do art. 564 com as exceções do art. 572 do CPP de prejuízo relativo); (ix) existência de laudo antropológico nos termos do art. 159 e segs. do CPP; (x) bem como os demais pressupostos constitucionais. Também, dos extrínsecos: (i) ausência de litispendência; (ii) ausência de coisa julgada; (iii) ausência de perempção; e (iv) ausência de suspensão condicional do processo.

### **(b) Condições da Ação**

A relação jurídica processual, embora seja distinta da relação jurídica material (Oskar von Bülow), a ela se relaciona, impondo um conceito de ação como direito subjetivo público que se tem de exigir do Estado uma prestação jurisdicional, desde que esteja de algum modo vinculado a uma causa concreta (Enrico Liebman). Por isso, o exercício do direito de ação não é meramente abstrato e pressupõe o preenchimento de algumas condições, as quais entendo, na esteira de doutrina crítica, como: (i) *tipicidade aparente*, a qual exige que o fato posto pela denúncia preencha os elementos de um tipo penal; (ii) *punibilidade concreta*, impondo a inexistência de causas materiais ou processuais de extinção da punibilidade; (iii) *legitimidade de parte*, a depender da natureza da ação, se privada ou pública a ser manejada por quem a lei atribui a titularidade da ação penal; (iv) *justa causa*, fundamental, que exige ao impulso inicial indícios de autoria do fato supostamente delituoso e prova da materialidade do fato.

Feitas tais considerações, passo a análise do caso concreto:

Trata-se de fato que desde o primeiro momento aparentava se tratar de delito de estupro de vulnerável, à medida que preenchia os elementos descritivos do art. 217-A do Código Penal. Assim, estava presente a primeira condição - tipicidade aparente, ainda que esta tenha sido revista neste ato. Não vislumbro quaisquer causas que indicam a existência de fatos processuais (como perempção) ou materiais (art. 107 do CP) que levem à sua extinção, preenchendo, portanto, a segunda condição - punibilidade concreta. Também vislumbro que o crime cometido é de ação penal pública, cabendo ao Ministério Público Federal o seu exercício, o que perfaz a terceira condição - legitimidade de parte. Por fim, entendo igualmente presentes 'indícios' de autoria, visto que o réu Werá/Valdenei da Silva é a pessoa cuja mãe da vítima fez a comunicação à coordenação da escola indígena, bem como presente os depoimentos da vítima e familiares, e "laudo de exame de conjunção carnal", preenchendo a quarta e última condição da ação - justa causa.

### **(c) Impossibilidade constitucional do reconhecimento da Jurisdição Indígena**

A questão dos autos é absolutamente complexa se quiser ser refletida a partir de um diálogo multicultural dos direitos humanos e não apenas a partir da autoridade, do monismo e da onipresença do direito estatal brasileiro, já que a resposta seria simples: subsunção do fato por este magistrado do ato praticado pelo acusado ao delito do art. 217-A do CP, após a devida análise dos termos usuais de uma sentença criminal. Por esta razão, algumas questões teóricas, excepcionalmente, precisam ser estendidas para uma melhor compreensão.

Naturalmente, tratando-se de um fato a que se poderia denominar, consoante parcela da doutrina, de um "delito culturalmente motivado", à medida que o que se discute é um eventual fato aceito pela cultura indígena guarani do litoral paranaense - "direito inoficial" (Tercio Sampaio) ou de um delito grave perante o Direito Estatal pátrio - "direito oficial",

poderia se sustentar com clareza a necessidade de que tal conduta fosse tão somente analisada pela própria comunidade indígena, afastando a jurisdição estatal federal. Dito em outros termos: cumpriria à "jurisdição indígena" e não à "jurisdição oficial" o conhecimento do delito, o seu encaminhamento e a sua resposta comunitária.

Portanto, antes de prosseguir na análise do caso penal posto em juízo, há de se superar esta preliminar da possibilidade ou não deste magistrado em aceitar e reconhecer a jurisdição indígena, algo já feito esporadicamente no Brasil, derrogando normas constitucionais, como a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CR/88). Isto pressupõe um exame mais criterioso da CR/88, no que tange aos direitos indígenas, e, especialmente, uma eventual legitimidade para o seu reconhecimento, no quadro constitucional, pelo Poder Judiciário.

A leitura dos únicos dispositivos que tratam da "questão indígena" da CR/88, arts. 231 e 232, de maneira mais específica, para além da proteção de direitos fundamentais, em momento algum menciona o reconhecimento da "jurisdição indígena", logo, expressa ou implicitamente a Constituição não abordou a temática, mantendo-se "apenas" (embora de grande avanço em relação à tradição que vinha desde o texto de 1934) em torno da cidadania (incluindo direito de petição especial ao Poder Judiciário), cultura e do território indígenas. De nenhum dispositivo pode ser extraído, mesmo em perspectivas contemporâneas hermenêuticas, que há alguma forma de autorização ou reconhecimento para a manifestação da "jurisdição indígena". Quase tudo mesmo o que se produz doutrinariamente acaba por se redundar, com evidente importância, sobre o "indigenato como posse própria". O texto constitucional menciona o reconhecimento da "organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e direitos originários e permanentes sobre as terras ocupadas" (em sentido amplo, compondo as da sua remoção territorial, exploração e do espaçamento indispensável às atividades produtivas, à preservação dos recursos necessários e à sua reprodução).

Avançando, analisando-se as discussões constituintes, também não se consegue chegar à conclusão diversa. Lendo-se as 194 páginas das atas das reuniões da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias da Assembléia Nacional Constituinte, fruto dos encontros que se deram entre 07/abr/87 e 25/maio/87 no Senado Federal, apesar de bastante democrática (dentro das possibilidades) com a oitiva de respeitadas(os) especialistas, Carlos Marés, Paulo Moreira e, sobretudo, Manuela Carneiro da Cunha, bem como lideranças indígenas, não houve debate algum sobre a "jurisdição indígena". Tampouco se verifica nos 17 artigos do anteprojeto com emendas (originários da UNI/CIMI etc.) apresentado como resultado das reuniões qualquer disposição a respeito. A discussão foi receosa, em especial por força do temor de se recuar historicamente na luta pela disciplina constitucional da matéria (Rosane Lacerda). Isto portanto me faz crer, ainda mais, na impossibilidade do seu reconhecimento por um juiz de primeiro grau.

Haveria, eventualmente, de se pensar numa implementação a fôrceps pelo Poder Judiciário, contudo, penso que um exame mais cauteloso das constituições latino-americanas pode igualmente refrear este espírito instituidor. Analisando as constituições latino-americanas mais recentes, todas gravadas com a mesma marca colonizadora, é possível perceber três grandes grupos de cartas políticas:

(i) aquelas que não reconhecem a questão indígena expressa: Chile (CR/1980, exceto a *Ley Indígena* de 1993, art. 54);

(ii) aquelas que apenas reconhecem as culturas indígenas em suas mais diversas facetas (língua, cultura, costumes ancestrais, valores culturais, formas de vida, formas de organização social, proteção territorial, auto-organização, gestão, proteção étnica estatal etc.);

Panamá (CR/1972, art. 86), Guatemala (CR/1985/1993, art. 66), Nicarágua (CR/1986, art. 89), Argentina (CR/1994, art. 75, XVII), Paraguai (CR/1992, art. 63 "la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución - convém aqui esclarecer que se trata de questão controversa na própria doutrina jurídica paraguaia, haja vista que ainda hoje lutam os movimentos indigenistas paraguaiaos para o reconhecimento de uma jurisdição indígena, como se pode ver no encontro de 2015 dos 47 líderes dos povos originários denominado de *Conversatorio La Justicia que queremos las comunidades indígenas del Paraguay*), por fim, Brasil (CR/1988, art. 231 e 232).

(iii) aquelas que reconhecem com maior ou menor grau a existência de uma jurisdição indígena autônoma: Colômbia (CR/1991, art. 246 - "que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República"), Peru (CR/1993, art. 149 "siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona"), Venezuela (CR/1999, art. 260 "que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público"), México (CR/1917/2001, art. art. 2º, A, II "sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres"), Equador (CR/2008, art. 57, X "de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos ... no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes", art. 171 "que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales"; Bolívia (CR/2009, art. 180, II "la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus proprias autoridades ... la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía", art. 192 "La jurisdicción indígena originaria campesina conocerá todo tipo de relaciones jurídicas ... decidirá en forma definitiva... Sus decisiones no podrán ser revisadas por la jurisdicción ordinaria", art. 193 "toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina .. para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originária campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo del Estado".

Inobstante Bolívia, México e Equador se destaquem no regramento da questão jurisdicional indígena em termos constitucionais (estes em ordem decrescente de adensamento normativo), todas as Cartas Políticas afirmam a necessidade da lei regulamentar o modo como o diálogo entre as jurisdições ocorrerá - Equador: art. 171 "la Ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria", e ainda avança ao proibir os juízes de privar de liberdade ou fazer prevalecer suas decisões sobre a decisão indígena, art. 189 "En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena"; México: art. 2º, A, II "La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes"; Bolívia: art. 193, II "Una ley determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originária campesina con la jurisdicción ordinaria" - Colombia: art. 246 "La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional" - Peru: art. 149 "La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

Portanto, examinando o conjunto destas Constituições Políticas, há de se perceber que parcela significativa reconhece a jurisdição indígena, mas ao mesmo tempo todas as que reconhecem, determinam que o Poder Legislativo promova a regulação legal da coordenação entre a jurisdição indígena e a jurisdição estatal. Portanto, mostrando-se como "normas de eficácia limitada", se ainda tiver validade esta categoria, prevem a necessidade de esclarecer legalmente os termos desta coordenação.

Isto leva este julgador à seguinte conclusão: (a) primeiro, que o texto constitucional pátrio se filiou àquelas constituições de reconhecimento cultural e não jurisdicional, pois, se assim o quisesse fazer o teria feito, sobretudo por ser a CR/88 recente, e já bastante inserida nos modernos diálogos constitucionais com a população; (b) segundo, que a inovação de reconhecimento pleno da jurisdição indígena no Brasil deve ser feito com cautela, no Congresso Nacional, com representatividade indígena (algo que, infelizmente, nem ainda sequer existe, exceto por figuras históricas isoladas), levando em conta a particularidade da colonização portuguesa face a espanhola na América Latina, a fim de fugir à cegueira contumaz do eurocentrismo constitucional brasileiro dos dois últimos séculos no que tange à questão indígena; (c) terceiro, que se trata da "instituição" de um feixe de competências e toda uma jurisdição peculiar, cuja validade não pode estar nas mãos de um juiz singular e ser uma norma de reconhecimento nos termos hartiano; (d) quarto, que eventual reconhecimento da jurisdição indígena, porque além da previsão legal e da positivação constitucional, não deve ser feito por controle difuso, senão concentrado no Supremo Tribunal Federal, cuja interpretação arejada, com audiências públicas, participação de juristas, antropólogos e indígenas, poderá melhor analisar os impactos deste reconhecimento que não de modo temeroso por um juízo de primeiro grau; (e) quinto, que o reconhecimento implicaria um problema pragmático, haja vista que a inexistência de reconhecimento constitucional também implicou a inexistência de obrigatoriedade da legislação infraconstitucional coordenar a jurisdição estatal e a indígena, logo, cumpriria à decisão judicial avançar também neste campo regulamentador, sobretudo em relação ao caso em análise, que nem sequer indígenas já fizeram propriamente o uso de sua jurisdição na questão supostamente criminal existente, como bem afirmado pela perita em seu laudo (além do fato de que eles mesmos, conforme se pode concluir das *Escutas Étnicas* realizadas, entendem de modo controverso que deveriam se auto julgar, mas que em alguns momentos o Estado poderia atuar em seu favor e processar indígenas, enfim, algo que demanda aprofundado debate); (f) sexto, o reconhecimento da jurisdição indígena sem uma maior regulamentação não impediria, eventualmente, que o indígena escolhesse a jurisdição a qual gostaria de se submeter, se ordinária ou indígena, algo eventualmente arbitrário; (g) sétimo, ultrapassar de modo temerário os quadros das jurisdições/competências estatais pode implicar a necessidade do reconhecimento irrefletido de outras jurisdições, como quilombolas, campesinas, caiçaras, ribeirinhas, ciganas, faxinalenses etc., e que, se não forem reconhecidas, poderão representar fator discriminatório ainda maior, sobretudo porque ao seu lado não está o Estado, como o está nas questões indígenas, via AGU, FUNAI etc. Neste particular, certamente caberia uma distinção, que é a "ontologia indígena", um tanto peculiar em relação às outras culturas, haja vista que a língua, a cosmologia, a mundividência, a relação com o espaço físico, a organização política conduzem a uma forma de existência e de inter-relacionamento de membros de maneira absolutamente diversa se visto o conjunto destas minorias.

Isto não quer dizer que não deveria existir "jurisdição indígena", muito pelo contrário, deveria, mas em perspectiva de "autocontenção judicial", entendo que o julgador monocrático deve ser prudente sob pena de gerar situações desiguais nas próprias desigualdades, criando um elenco discriminatório de minorias via judicial ou impedindo a própria execução das decisões indígenas. Reconhecer a jurisdição indígena em decisão de primeiro grau, embora seja relevante em termos de reconhecimento de autonomia indígena, é perigoso ante a ausência de debates mais democráticos e em outros foros sobre o assunto, como dito, podendo representar certa irresponsabilidade judicial neste caso ao meu ver. Na linha dworkiana, a inexistência da "força gravitacional de decisões passadas", de "critérios explicitamente previstos anteriormente" ou mesmo de "argumentos de princípios já refletidos publicamente" sobre a jurisdição indígena podem conduzir a uma decisão judicial arriscada, tenramente discricionária e inconseqüente, expondo uma "teia de raciocínio inconsútil", cujas costuras e emendas não conseguem, ao meu ver, serem escondidas ou postas numa trama semântica construtiva e em cadeia de argumentos dogmático-políticos, se não débil e sem integridade jurídica.

Ademais, no caso em tela, o que por ora já se adianta argumentativamente, é que o fato não se trata de crime perante o regramento indígena, enquanto o seria para o direito estatal brasileiro. Então, seguindo as mais bem elaboradas constituições latino-americanas, suso mencionadas, que reconhecem a jurisdição indígena de modo autônomo, desde que "não contraria às leis da República, à Constituição e aos tratados de direitos humanos", neste peculiar, o direito das mulheres e a proteção das crianças poderiam ficar ofuscados, o que não haveria de ser negligenciado pelas instituições estatais.

Então, inobstante a relevância do debate ser cada vez mais amplo e irrestrito no Brasil sobre a jurisdição indígena, entendo que cumpre à Justiça Federal processar fatos que tenham saído, ainda que a contragosto (como ressalta o laudo, já que a mãe da menina tão somente comunicou a professora da escola de que a filha não estava indo às aulas em decorrência do suposto abuso sexual e não com vistas a levar ao conhecimento público uma *notitia criminis*) da esfera indígena e chegado ao conhecimento das instituições repressivas estatais, ainda que num viés de *pluralismo dialógico*, como adiante mais bem analisado no diálogo entre rationalidades diversas (Boaventura Santos).

## 2.2. Mérito

### (a) Por um pluralismo efetivo: *pluralismo jurídico dialógico*

Parece-me, contudo, mais eficaz e certamente alvissareiro que se caminhe num campo de reconhecimento da materialidade do "direito indígena", pois, um "pluralismo substancial", visto nesta perspectiva, ao passo que conduz a discussão para um "constitucionalismo pluricultural", implica revisitar a tormentosa noção do Estado-Nação no Brasil (que tanto marginalizou e excluiu o povo indígena), e se aproximar de uma teoria do direito balizada na plurietnicidade e na plurinacionalidade, algo já presente nas mais recentes constituições, sobretudo a equatoriana e a boliviana.

Esse reconhecimento num plano material me parece até mesmo mais robusto do que a "simples" aceitação da jurisdição indígena, não apenas porque, pelo diálogo entre rationalidades jurídicas, permite a interferência da jusmundividência indígena na juscompreensão estatal, mas porque evita que se localize nas esferas jurisdicionais indígenas questões menores ou uma espécie de "tribalização" dos sistemas jurídicos, fenômeno comum nos países latino-americanos de matrizes espanholas usualmente denominado de "*folklorismo jurídico*" (Magdalena Gómez).

Entendo que a aceitação da jurisdição indígena não conduz, ainda que em termos pedagógicos, se pudesse se sustentar, a um efetivo pluralismo. Penso que o pluralismo jurídico se efetiva quando a multinormatividade se encontra diante de um diálogo (eis porque um "pluralismo dialógico"), com concessões mútuas, alterações normativas recíprocas, interpenetrações de rationalidades, aceitações de semelhanças e diferenças, costuras pragmáticas de efetividade e verdadeiro respeito ético e não apenas jurídico ou moral. Talvez aqui esteja uma forma de efetivação do projeto emancipatório tão necessário aos indígenas brasileiros (Déborah Duprat). Reconhecer que a conduta do acusado deve ser refletida pela Justiça Federal (leia-se, direito estatal) à luz da *experiência jurídica guarani*, por se tratar de um suposto "delito culturalmente motivado" (aqui visto como um comportamento de um sujeito pertencente a um grupo étnico minoritário considerado delito pela cultura jurídica dominante, mas aceito como normal ou aprovado pela cultura do grupo ao qual pertence - Cristina De Maglie), ao meu ver, implica um verdadeiro direito de participação dos povos indígenas na construção de direitos frente ao Estado e não apenas um respeito a um lugar isolado na

quadratura constitucional. Penso que reconhecer o isolamento jurisdicional e jusnormativo não é muito distante em perspectiva epistemológica do assimilacionismo total que ainda marca a história da relação índio-estado brasileiro.

Quando a intersecção entre a normatividade indígena e a normatividade estatal se opera em termos materiais, evita-se uma opacidade do próprio ordenamento jurídico oficial, e se caminha em direção a um verdadeiro reconhecimento do outro (a que já se chegou a chamar de selvagem). A escuta de que éticas diversas podem existir (algo que usualmente o objetivismo ético adotado pela teoria do direito na tradição que remonta desde os códigos de virtude socráticos tanto emperra), ao meu ver só se consubstancia quando o direito estatal, via atuação do Poder Judiciário, ao relatar a si mesmo enquanto normatividade reconhece possibilidades normativas no outro, na linha butleriana, e, portanto, aceita o "diferente" e sua mundividência como possibilidades existenciais legítimas, abrindo, enfim, a "localidade do nós à universalidade do outro", em termos de direitos humanos (Melina Fachin). Então, o caso em tela remete, na opinião deste magistrado, à necessidade de compreensão da *experiência jurídica guarani* para uma eventual subsunção "típica, antijurídica, culpável" ou não.

### **(b) Reconhecimento do etnocentrismo jurídico e suas categorias**

Neste exercício de "multinormatividade dialógica", entendo que a análise da "conduta" do acusado, como adiante se fará pragmaticamente no ato de julgar, não pode partir das categorias jurídicas da cultura dominante, isto é, não se pode olhar o "direito guarani", melhor dito a *experiência jurídica guarani*, com olhos de uma teoria do direito penal formulado no seio do pensamento neocolonizador. É ética e institucionalmente incoerente que o ato praticado na aldeia de Cerco Grande (Guaraqueçaba) pelo indígena, que pouco ou quase nada comprehende do português, seja julgado nesta sentença a partir da racionalidade jurídica do *civil law* incorporada pelos códigos criminais adotados no país desde os anos trinta do séc. XIX.

As instituições jurídicas, a definição dos delitos, a teoria informante dos fatos criminosos, a que se usa em todas as demais sentenças criminais a fim de julgar imputações delitivas a um acusado, se usadas aqui pura e simplesmente reforçam, ao meu ver, um eurocentrismo jurídico e se mostram contraditórias à leitura da experiência guarani, ignorando por completo sua ontologia jurídica, cujas marcas são bastante distantes do direito estatal brasileiro, sobretudo penal, porque gravadas, como ocorre em toda a América Latina pela oralidade, orientação cosmológica, caráter coletivista etc. (Orlando Aragón Andrade/Thais Luzia Colaço).

Partir de perspectivas cotidianamente aceitas impede ler o que a antropologia jurídica já o fez há muito quando percebeu que *direitos tradicionais* estão mais próximos de um *direito modelo* e menos de um *direito sanção*, clássica distinção entre culturas de vergonha e de culpa (Ruth Benedict); que direitos tradicionais são flexíveis por essência, seja em termos de autoridade, de jurisdição, de acomodação de fatos a preceitos normativos, de formas variadas de punições e não estáveis e nem uniformes etc., sem que isso represente necessariamente arbitrariedade e irracionalidade.

Penso que me valer de categorias tradicionais reafirma uma *colonização jurídica* (Norbert Rouland/Michel Alliot), estimulando mutações forçadas nas *experiências jurídicas indígenas*, aculturações e transferências irresponsáveis, que impedem a leitura de hibridismos ocorridos, de heterogeneidades existentes e de reconhecimento de autonomias normativas e axiológicas. É preciso fazer um esforço jusantropológico e ignorar teoricamente possíveis reflexões sobre o indígena brasileiro estar *situado* ou fazer *parte* do Brasil (algo que tem sido revisitado e revolvido por Viveiros de Castro na etnologia entre clássicos e contatos

interétnicos) nesta decisão, optando por decidir a questão do acusado Werá/Valdenei da Silva de modo não engajado, mas pluralista e com cautela com a *cultura jurídica indígena*, ainda bastante incipiente em termos de leitura justeórica.

A teoria do direito usual, se aceita aqui, mesmo em toda a sua complexidade teórica e seus desenvolvimentos analíticos e argumentativos, confirma, e mais, valida a denunciada *colonialidade do poder* que tanto serviu e ainda serve, na história indigenista latino-americana, à *colonialidade do ser* (Aníbal Quijano), ratificando a leitura da superioridade da *experiência jurídica estatal* em face da *experiência jurídica guarani*. Manter-se assim é ignorar o discurso periférico, a *transmodernidade* (Enrique Dussel) e o *pensamento crítico fronteiriço* (Walter Mignolo) em prol da simples e insustentável planificação e homogeneização do direito penal tradicional.

Distanciar-se da *teoria do direito* tradicional, neste caso penal posto em juízo, é ao meu ver uma forma de um "dar-se conta jurídico" de *subjetividades marginais* em relação à *subjetividade hegemônica*, abrindo espaço, em termos de alteridade, para o reconhecimento de que o *direito estatal*, em especial o direito penal, tal qual recepcionado no Brasil, cumpre ainda mais um papel de reafirmar a subalternidade indígena e revigorar o lugar de fala e de *dever-ser* das instituições jurídicas aplicadas pelo Estado, em especial, pela Justiça Federal neste momento, a quem cumpre decidir questões culturais e não apenas individuais indígenas. É preciso reconhecer que não há um *ponto zero*, por analogia ao discurso científico (Santiago Castro-Gómez), quando o direito estatal analisa condutas praticadas por indígenas contra indígenas (algo naturalmente diverso e bem mais complexo, talvez, se envolvesse não-índios), mas sim e sempre mais uma forma de exclusão, criminalizada, típica latino-americana, do *inferior*, do *seio* e do *selvagem* (Eugenio Zaffaroni).

Entendo, portanto, que é preciso fazer um *giro descolonial* (Maldonado Torres) e desconstruir discursivamente a *teoria do direito* a partir do reconhecimento de uma outra leitura do fenômeno jurídico, cujo lugar de partida está na *experiência jurídica guarani* e não no *ordenamento jurídico estatal*. Especialmente relatada e falada de indígena para branco e não o inverso (eis porque a *Escuta Étnica* é indispensável). Por isso, não vejo outra saída, por ora, se não avançar numa das formas possíveis de conhecimento da *cultura jurídica indígena*, e dela me valer nesta decisão para analisar o enquadramento mais apropriado da conduta perpetrada pelo indígena Werá/Valdenei da Silva perante um regramento normativo.

### (c) Experiência jurídica guarani

A partir das duas *Escutas Étnicas* realizadas nas tribos de Cerco Grande (lugar do fato ocorrido e origem do acusado) e de Araçáí (lugar em que o acusado se encontra atualmente cumprindo a medida restritiva de liberdade imposta no ev. 78), convém fazer uma interpretação sobre a peculiaridade das tratativas dadas pelos índios guaranis às questões sociais e individuais controvertidas, e, deste modo, a partir das falas dos próprios indígenas, tentar extrair de modo bastante sintético o que se poderia denominar de *experiência jurídica guarani* (*ao menos do litoral paranaense*), e talvez, cumprir o mandamento bastante genérico (e não visto nestes termos usualmente) do art. 231 da CR/88 ao falar em "reconhecidos aos índios sua organização social, costumes...".

Por certo, como dito anteriormente, não se pode dizer que os índios guaranis possuem de fato um Direito (ainda que nas suas falas surja a expressão "lei guarani"), nos termos como nós, brancos, usualmente o definimos e estudamos sistematicamente nos bancos escolares. Tentar identificar a existência de um Direito nestes termos é um erro, a uma, porque se trata de regras com essencialidades completamente distintas, as quais se aproximam apenas vagamente em alguns aspectos de moralidade e de religiosidade, e, a duas, porque não se pode

esquecer, e é contra isto que se propõe os termos desta sentença, que usualmente o Estado se colocou na redução da diferença e da alteridade (Pierre Clastres), e, sobretudo, que houve e continua a existir uma prática trágica de sombreamento de experiências jurídicas diversas, que talvez se possa chamar de um "*etnojuricídio*" operado pela hegemonia violenta do *ordenamento jurídico estatal*.

Nesta linha, com base nas falas dos indígenas ouvidos nas *Escutas Étnicas* (cujas mídias se encontram arquivadas em secretaria), passo a tracejar os contornos, ou, ao menos, as variáveis de localização no saber da existência de uma autêntica experiência jurídica nos povos guaranis do litoral paranaense, e, com isso, tentar esboçar em que termos esta *experiência jurídica guarani*, interpretada por este magistrado, pode servir a realizar a subsunção do ato praticado pelo acusado Werá/Valdenei da Silva perante a mundividência jurídica guarani e seu regramento e não perante o ordenamento jurídico brasileiro.

A compreensão desta experiência, pela ausência de um roteiro acadêmico mais preciso de que este julgador possa se socorrer, não pode fugir, como sói acontecer em leituras feitas de um lugar exterior, da escolha inevitável de filtros de análise partindo da experiência jurídica hegemônica, ainda que bastante abertos os olhares e os ouvidos à captura, sem preconceito, de experiências diferentes e singulares como a guarani, cujo desconhecimento deste magistrado era quase, se não inexistente, até o presente caso.

Por esta razão, entendeu-se por bem conduzir as perguntas a partir de cinco blocos de compreensão, a fim de permitir uma leitura mais cristalina e pedagógica desta experiência jurídica: a) metafísica normativa; b) contornos da juridicidade; c) características jurídicas; d) instituições jurídicas; e, e) pragmática jurídica. A ideia desta divisão foi de, nos termos do roteiro intelectivo adotado por Tercio Sampaio, entender o que é a juridicidade do direito e como ele se singulariza; como nasce a partir das fontes jurígenas; como se estrutura enquanto norma e ordenamento; como se interpreta e se aplica, guardadas as devidas idiossincrasias da *experiência jurídica guarani* e do direito hegemônico.

*Metafísica normativa*: Optou-se, então, por primeiro, definir os contornos da essencialidade desta experiência jurídica, ao que se poderia definir como "*metafísica normativa*", perscrutando respostas que abordassem os modais normativos de proibição, obrigatoriedade e faculdade; princípios em confronto com regras e normas; definições de igualdade, justiça e confusões com o direito; antijuridicidade e suas escalas de ofensividade e gravidade; efeitos de antijuridicidade na comunidade; subjetividades envolvidas na qualidade de autor e vítima; bem como punições existentes.

Aqui, então, num exercício de "antropologia do direito" propriamente dita, é possível perceber que a *experiência jurídica guarani* não chega às minúcias de especificar functores normativos naturalmente, mas isto não implica dizer que não possuem comportamentos proibidos, facultados e obrigatórios. O modo de viver adequado e equilibrado, a que chamam de *Nandereko*, cuja correta hermenêutica é volúvel e está especialmente nas mãos do *tcheramói*, transparece o que se "deve" ou se "pode" fazer para ter uma boa vida, assim como, ouvindo os deuses, o pajé rechaça comportamentos desagregadores da comunidade ao "proibir" determinadas condutas.

É possível interpretar das falas indígenas, sobretudo da Sra Juventina da Silva, filha do *tcheramói* Faustino da Silva, recentemente falecido, bem como dos filhos Adriano e Felipe, em Cerco Grande, também de Laércio em Araçai que a vida é marcada por "regras" comunitárias, mas também por "princípios", que estão na quadratura do "bem viver". Há princípios que norteiam suas vidas, tal Adriano deixa transparecer, como lealdade, igualdade, dizer o certo e fazer o bem. Há aqui algumas nuances, já que para eles, a igualdade é realmente

plena, a ponto de nem a idade avançada ou a menoridade ou mesmo a fragilidade etc. servirem a comportamentos diferenciados. Todos são realmente iguais, inclusive suas falas, que na *Escuta Étnica* teve a participação de crianças, chamadas pelos mais velhos para se manifestarem. A igualdade é também discursiva e não sofre o influxo de nenhuma autoridade. Em ambas as tribos se reiterou que a "palavra", por seu conteúdo e pelo pensamento que carrega, prevalece sobre a boca que a emite, logo, a palavra dita corretamente se sobrepõe em termos de igualdade a qualquer desigualdade que a vida material evidencia: jovens, idosos, casados, solteiros são vistos sob absolutamente o mesmo teto da igualdade. Arrisco dizer que acima da justiça ou de qualquer outro valor entre os guaranis, a igualdade se destaca e torna o princípio unificador da comunidade e o guia das condutas individuais.

Mas não se trata apenas da palavra dita sempre em comunidade e na frente de todos, inclusive daqueles que estão sendo julgados ou estão cumprindo punições, mas dita verdadeiramente, abertamente, pensada e discutida entre todos antes de ser exposta. Não à toa por costume furam o lábio de baixo dos recém ingressos na vida adulta, para serem comedidos no apetite e comerem o essencial que os permita estar em estado de alerta sempre, mas, sobretudo, para falarem pouco e pensarem mais. O dizer é uma arte, o discurso é uma arte, e, por conseguinte, em sendo o direito uma experiência discursiva, é uma arte e uma ascese cujo exercício cauteloso e bem refletido se torna justo e igualitário ao mesmo tempo.

Se por um lado, o dizer o bem, o bem viver, que se manifesta essencialmente por conselhos na casa de rezas, o ato que atenta contra estes conselhos se torna "inadequado" (nas palavras do Cacique Laércio), revestindo um caráter de contrariedade ao que é certo fazer. Embora não classifiquem estas inadequações a partir do objeto e da ordem de bens afetados, entendem que há distinções de "gravidade" de atos praticados, que naturalmente merecem punições proporcionais impostas coletivamente. É o coletivo que dá o tom do controle e do limite, ao tempo que o equilíbrio das punições. Gravidades diversas fazem evidenciar que atos apresentam impactos diversos na comunidade, exteriorizando, à imagem hegemônica, ilícitudes de graus diversos. Trata-se, portanto, de uma *experiência jurídica* com evidente complexidade, ainda que não didaticamente ainda explorada, mas certamente não arbitrária. É preciso despir-se da imagem de barbárie e selvageria, que outrora se lhes foi imposta, para compreender que não há nada de irracional nestas gravidades ou punições, não se está num campo de ilícitudes subjetivas ao sabor de autoridades medievais, mas de múltiplas influências na definição do justo e do não aceito. Arriscaria dizer que raramente, como deixaram transparecer, a punição é injusta de acordo com o fato praticado, e aqui então não há nada de irracional, o que nem sempre se manifesta no direito hegemônico. Há de se suspender a imagem do desencantamento weberiano e ler nesta *experiência jurídica guarani* uma peculiaridade, um regramento diverso, com outra epistemologia e outra cosmologia, segura, racional, ponderada, coletiva, igualitária, ainda que conserve traços religiosos e morais.

Ao não distinguir a gravidade do fato ocorrido em razão do autor (se cacique, apenas membro da comunidade, criança etc.), nem tampouco em razão da vítima (se cacique, mulher casada, mulher solteira, criança, idoso etc.) demonstram que a *experiência jurídica guarani* é construída em torno exclusivamente de "condutas", do "ato certo ou do ato que desagrega a comunidade" e não em razão das pessoas. O que há de irracional nisso, ainda que os deuses falem o certo por meio do *tcheramói*? Ao meu ver, trata-se de uma manifestação de juridicidade fática, altamente concentrada nos atos praticados e nas palavras ditas e não nas subjetividades envolvidas, sobretudo por ser o sujeito um "sujeito coletivo". É um jogo da palavra dita e do silêncio que intermedeiam as ideias e o agir no corpo social, como bem destacado pelo saber técnico da i. Antropóloga Ana Freitas.

Esta racionalidade, completando este primeiro âmbito de análise (*metafísico*), também se apresenta na condução e na correção de condutas inadequadas. A *experiência jurídica guarani* estipula, basicamente, as seguintes punições: a conversa reta e intimidadora do *tcheramói* ao ouvir as divindades; o trabalho comunitário variável (de dez, vinte ou trinta dias) na plantação, construção e alimentação coletivas (ainda que algumas tribos não o pratiquem, conforme manifestado pelo Cacique Laercio); e o deslocamento para outra tribo sob os auspícios de outro cacique (nunca o simples banimento), cujo tempo não acaba por ser superior a cinco anos. Guaranis jamais estabelecem o puro banimento, porque entendem a vinculação com a terra que o indígena tem, e por serem, em grande medida, parentes, já que as tribos guaranis são sempre com pequenas famílias (Cerco Grande possuindo atualmente cinco famílias e Araçáí por volta de trinta). Igualmente não estabelecem prisão (ainda que outras etnias prevejam "gaiolas", como dito na *Escuta Étnica*) e tampouco a pena de morte, porque incompatível com *Namanduí*, ou o princípio criador, anterior a tudo.

Ressalte, por fim, que as punições não são eternas para o povo guarani, cumprindo às autoridades de onde a punição é executada dizer quando o punido já está curado e liberado para a vida comum. A punição nunca é vexatória, não à toa repetiram ambas as tribos a opinião de que o principal a fazer com o punido não é discriminá-lo, mas sim, cuidar de sua vida e de sua alma para voltar ao caminho correto. Mesmo na tribo em que o punido com o deslocamento é recebido, sua recepção é apenas austera para que respeite as regras do lugar em que a punição será cumprida, mas não de exclusão, isolamento ou discriminação. De igual modo, não há punição de caráter retributivo ou vingativo, pois a ira e a vingança, o "sangue quente" ofuscam os bons pensamentos e precisam ser trabalhados na casa de rezas, com o auxílio do *tcheramói* para passar pelo seu infortúnio.

*Contornos da juridicidade*: Prosseguindo, de modo sintético (pelo que o ato de julgar permite), é necessário vislumbrar um segundo bloco de percepções desta experiência, intitulado acima de uma tentativa de enunciar os "*contornos da juridicidade*" da experiência guarani, a partir de suas origens, levando em conta a existência de exemplos de antepassados, heróis, manifestações da natureza, imagens e símbolos religiosos, impressões individuais e/ou comunitárias; hierarquias por poder físico, político, social, espiritual; vinculações individuais, familiares, tribais, étnicas e geográficas, bem como extra-comunitárias. A *Escuta Étnica* permitiu elucidar em parte as fontes da *experiência jurídica guarani* e vislumbrar de onde parte, de quem parte, de que modo se apresenta e de que influências sofre esta emissão do que é certo, errado, justo, injusto, permitido, obrigatório ou proibido.

Ainda que os guaranis não tenham elaborado toda uma sorte de fontes jurígenas que gravem a identidade de um ordenamento ou ao menos, burguesamente, costurem quem pode dizer o direito e através de que meios pelas fontes formais diretas objetivas/imediatas e subjetivas/mediatas, isto não significa dizer que não há uma experiência jurídica (como já visto) e nem tampouco de que esta não nasce e nem se apresenta de algum modo peculiar.

Pelas falas dos próprios guaranis, emitidas com a imanente e sábia cautela, após o fumo do *petyguá* (cachimbo), que permite com que o pensamento venha da melhor maneira possível, com a proteção do dito necessária, ficaram evidentes que o certo, o proibido, o permitido e toda gama de modais não elencados abertamente podem partir do exemplo já usado em outras tribos, de manifestações de outras gerações, de antepassados, da simples decisão da comunidade após reuniões diárias e noturnas (sem hora para acabar) na casa das rezas, corriqueira ou casuisticamente, mas, sobretudo, em razão das divindades accessadas pelo *tcheramói* e cujos conselhos são repassados nas rezas.

*Jakairá, Tupã, Karai, Ñanderú*, como dito nas *Escutas Étnicas* são evocados de modo misterioso pelo *tcheramói*, cujo papel hermenêutico se exerce com absoluta autoridade entre os guaranis. Sua autoridade é suprema e não questionada e nem desrespeitada, reafirmando a juridicidade de uma simples regra moral ou religiosa. O bem cuidar dos filhos, o respeitar os conviventes, o agir corretamente é reafirmado pela autoridade do *tcheramói*, que goza de um domínio legitimado ao manter o equilíbrio do grupo. Ao ouvir entre todos, *Ñanderu*, o deus maior da segunda terra (essa em que vivemos), como afirmado pela i. Antropóloga Ana Freitas, diz o direito o que deve ser feito, mas também nas situações de condutas inadequadas, reafirmando e evitando que, a uma, a *experiência jurídica guarani* seja desacreditada (como bem afirma Tercio Sampaio em relação ao direito hegemônico quando isto acontece e a autoridade do direito se enfraquece), e, a duas, que os filhos não se percam na terra em que vivemos, "cheia de males e sombras".

Por isso, a manifestação do que é justo, injusto, certo, errado etc. para os guaranis gira tudo em torno dos deuses, da figura do *tcheramói*, das reuniões coletivas e diárias nas casas de reza, de acordo com o princípio único do "bem viver", que, apesar das diferenças entre tribos, reúne o povo em torno do que é o elo da comunidade. Dizer o que é o direito nesta perspectiva da *experiência jurídica guarani* é então afirmar este lugar costurado entre o certo, o manifestado pelos deuses, o aceito pela comunidade. Uma triade indissociável que qualifica e torna complexos os contornos da juridicidade, apenas de bastante clara e definida em termos de lugar e de desenho institucional. Ao contrário do que usualmente se possa pensar, não é esta experiência jurídica uma experiência irracional, arbitrária, autoritária, escura, secreta, desigual ou reclusa, mas, ao contrário, uma experiência que parte de lugares bem claros, por meios precisos, conhecidos por todos e a todos publicizada. Como salientado em ambas as tribos, tudo é dito na frente de todos, nada é reservado, pois todos têm direito igual de se pronunciar e de saber. Portanto, nenhuma outra experiência que tenha servido de base para construir a juridicidade do direito hegemônico pode ser servir aqui, seja ela grega, seja romana, pois, em ambas, além de tudo, a juridicidade sempre teve seus traços silenciosos de exclusividade e manutenção do "poder" (expressão essa que não se ouviu em nenhuma das falas de nenhum dos guaranis, em suma, palavra que não faz parte, curiosamente, da juridicidade indígena).

Nesta perspectiva, portanto, não é possível afirmar que as fontes da *experiência jurídica guarani* e mesmo os contornos da juridicidade estão relacionados ao poder, como acontece no direito hegemônico, mesmo quando não havia Estado, já que gregos e romanos falavam, cada um ao seu modo, em *bios* (poder, vida, violência) e *auctoritas/potestas* para construir a juridicidade. Logo, se não é o Estado que dá o elemento de autoridade para o direito hegemônico, o que se pode concluir é que o poder é imanente à juridicidade ocidental, diversamente do que ocorre com o povo guarani.

*Características normativas*: entendidos os contornos desta juridicidade e suas origens na experiência jurídica guarani, é possível afirmar que algumas "características" estão presentes, demarcando um campo muito peculiar de compreensão guarani. Trata-se, portanto, de uma *experiência jurídica* marcada pela: a) *multiplicidade originária da juridicidade* - as fontes jurígenas são plurais, como visto, dos deuses, da vida comunitária, das experiências extra-tribais, das reuniões nas casas de rezas; b) *transmissão geracional* - os ensinamentos do justo são transmitidos de pais para filhos, mas, especialmente, na própria comunidade, à medida que crianças participam das reuniões coletivas e das casas de rezas (inclusive, fato significativo foi a participação sempre presente nas *Escutas Étnicas* das crianças e dos jovens, estes, inclusive, com o direito de fala, o que permite a transmissão coletiva "tradicional" da normatividade; c) *discursividade* - a predominância da juridicidade guarani é a discursividade, pois a palavra, o conteúdo da palavra, o modo como as proposições são pensadas e emitidas com cautela, a preocupação com a boa palavra que é evocada pelo ar, pelo fumo e pela erva para alterar os estados de consciência e falar manifestando a vontade dos deuses, e o cuidado

com o receptor denotam a importância com que a discursividade se apresenta na manifestação e na própria elaboração e enunciação do justo e do certo (a linguagem é aqui elemento existencial, constitutivo e epistemológico da relação guarani-terra-divindade e não apenas meio ou instrumento de intersubjetividade); d) *oralidade* - apesar de manifestarem ambas as tribos a existência de eventuais registros de punições aplicadas em livro sob a guarda das autoridades indígenas, fato é que a juridicidade é essencialmente oral, passada de modo geracional, por meio da palavra dita, mas também da dança e dos cantos, não à toa os instrumentos na casa de rezas, cuja afinação e número de cordas destoa dos instrumentos usuais dos brancos (violão e violino), bem como os chocalhos das maracas, estão presentes e tem vocação sagrada, pois por meios deles a oralidade e suas rimas penetram no imaginário e na memória dos guaranis entre gerações; e) *variabilidade do justo* - os guaranis afirmam categoricamente que as decisões nos casos de condutas inadequadas são casuísticas, não se valendo de precedentes anteriores, o que denota, apesar de haver similitudes por evidentes razões culturais, inclusive entre tribos, que os contornos do que é justo, injusto, correto etc. varia de caso a caso, contexto a contexto, época a época, mas nunca por simples irracionalidade, mas porque mais adaptados à solução do conflito e à cura do punido; f) *mutação da aplicação das regras* - não apenas a compreensão do justo é variável, mas a própria aplicação das regras também não é sempre exatamente a mesma, ainda que sempre haja uma lógica próxima, quer dizer, em todos os casos, os guaranis seguem um mesmo modo de aplicar as regras, por meio das mesmas instituições, com a oitiva das mesmas pessoas etc., ainda que mudanças possam ocorrer sem que isso desestruture a *experiência jurídica* deles; g) *persuasão/retórica* - deixam antever em suas falas os guaranis ouvidos que a persuasão ela existe e está obrigatoriamente sempre presente, mas é de natureza objetiva e não subjetiva, pois a força dos argumentos, a palavra bem dita e bem refletida, convence, traz acordos, persuade de tal modo que o conselho final se legitima e se reafirma pela retórico e a escolha certa na hora certa dos argumentos (isto ficou bem claro em Araçáí quando a índia mais velha, Sra. Faustina, fumando o *petyguá*, rodeava a reunião dos oradores a fim de que os bons espíritos se fizessem presentes e intermediassem a fala precisa, justa, nem pouca, nem muita; h) *vinculação tribal/étnica/geográfica* - como já mencionado, a *experiência jurídica indígena* é bastante diversa, quando se está falando de etnias indígenas, isto implica afirmar uma variabilidade imensa se pensada entre guaranis, caingangues, xetás, mas também entre as setes tribos do litoral paranaense há diversidade (ainda que hoje bastante mais homogênea em razão do que os meios de comunicação permitem de intercâmbio entre as autoridades indígenas); i) *difusão pelo convívio* - a comunicação a novos membros que chegam à tribo não se dá por ensinamento rigoroso e sistemático, mas por falas na casa de rezas, por experiências compartilhadas e conversas comunitárias; e, por fim, ao menos sinteticamente, j) *alterabilidade das punições* - creem guaranis que as punições podem ser alteradas em razão das circunstâncias (e não arbitrarria ou irracionalmente), mesmo se levados em conta fatos parecidos, e, inclusive, quando aplicadas por outras tribos no caso de transferência, possuem maleabilidade e dependem mais do procedimento xamânico a que se submete o punido do que ao rigor do que foi aplicado como punição, sobretudo porque também entendem mais graves os atos qualificados por uma reiteração na conduta.

*Instituições jurídicas*: definida a experiência guarani como uma *experiência jurídica* propriamente dita, gravadas com características peculiares, é possível averiguar que existem "*instituições jurídicas*" cuja função é personalizar a própria existência da juridicidade, a aplicação do direito e a execução de punições. Não há uma confusão entre instituições, como se poderia de modo preconceituoso afirmar à imagem de sociedades "sem" estado históricas, como a crítica tradicional já destacou (Pierre Clastres). As falas indígenas permitem reconhecer que, em termos de fonte mediata do direito estão o sujeito coletivo da comunidade, as lideranças tribais, o cacique internamente, e, sobretudo, o *tcheramói* (pajé). Os deuses, pelo pajé, e a comunidade evocam os preceitos imanentes guaranis que existem, cumprindo a todos na casa de rezas julgar os fatos, e ao cacique zelar pelo cumprimento da punição, com o

acompanhamento do *tcheramói*. O caráter por vezes coletivo das instituições impede arbítrios, abusos, excessos como pode acontecer quando há concentração entre instituições. Cacique recebe as queixas, mas as leva sempre às noites na *opy*, independentemente de quem seja, para que todos na casa de reza analisem os fatos e possam bem julgar. Sua força, institucional, como afirmaram os indígenas, não influencia no julgamento, o que denota que a sua eventual e não obrigatória participação de fala num caso não é decisiva e nem contamina o julgamento, posto que não é seu. De igual modo, não lhe cabe, ainda que fiscalize o cumprimento da punição, perdoar a punição ou a diminuir por vontade própria, a uma porque o "perdão" não faz parte do vocabulário guarani (essencialmente católico) e a duas porque a interferência xamânica do *tcheramói* é decisiva.

*Pragmática jurídica*: por fim, é possível reconhecer que estas instituições singularizam uma experiência jurídica e poem em prática uma "*pragmática jurídica*" também peculiar, marcada por encaminhamentos essencialmente ritualísticos, gravados pela variabilidade do rito em razão exclusivamente do fato (e não do agente ou da vítima), pela execução a ser feita coletivamente, com influência distante mas presente de movimentos sociais externos (como feminismo, luta por terras etc.) e impressões do direito hegemônico. O ritual de afirmação da juridicidade na casa de reza noturna e diariamente, com conselhos do *tcheramói* sobre o bem viver, o ser *abaête* (pessoa honrada), *angatu* (boa alma, estar bem) e *ête* (sincera), apesar das variações, sempre ocorre e estreita os laços da comunidade. Mas o ritual em que juridicidade da *experiência guarani* se afirma quando uma conduta inadequada ocorre também, com algumas nuances se dá do seguinte modo: a notícia do fato é feita por qualquer pessoa da comunidade indistintamente, inclusive por crianças para o cacique. Este, leva o conflito para a casa de reza assim que pode. Lá, expõe a todos da comunidade reunidos após a evocação espiritual. Ouvem a vítima e o acusado (nem sempre nessa ordem, mas sempre os dois, não tanto pelas pessoas, mas pela narrativa contada). É preciso cercar-se igualmente de prova, pois a "denúncia infundada" não é bem vista e perigosa (embora quase inexistente). Ouvem as versões, os lamentos e as angústias das famílias (e aqui um ponto bastante peculiar, pois mesmo que rechacem o ato praticado pelo responsável da conduta, levam muito em conta o impacto para ele de uma punição e, sobretudo, para a sua família, que, nas palavras dos guaranis, "sofrem junto"). Em seguida, abre-se espaço para que qualquer um, indistintamente, emita sua opinião, seja contraditado, proponha punições. Esses debates podem se dar em várias reuniões, haja vista que o tempo não os condiciona e nem os pressiona. Ao final, a palavra do *tcheramói* é ouvida com cautela e todos chegam a uma punição que entendem necessária para rever o fato e afastar o mal que recai sobre o agente. Cabe a declaração expressa da punição ao cacique, que zela para que ela seja cumprida, inclusive comunique outra tribo em caso de transferência do guarani em razão da gravidade do ato. Quando necessário, e apenas excepcionalmente, entendem que é possível comunicar o Estado e não apenas se auto resolverem. Como dito anteriormente, salvo quando não houver autoridade indígena para resolver, e em sendo um homicídio que os faz temer o futuro, aí então podem deliberar para que o Estado seja informado (algo que não ocorreu propositadamente neste caso em juízo, também por não se tratar de homicídio).

Enfim, esse é um breve retrato, sem a intenção de configurar um registro dos costumes jurídicos, do modo como guaranis, especialmente guaranis do litoral paranaense, compreendem a juridicidade dos fatos e estabelecem suas formas de enfrentamento e resolução, ao que se poderia denominar, então, propriamente de uma verdade *experiência jurídica guarani*.

#### **(d) Necessidade de "comparação" entre "experiências jurídicas"**

Afastando-se do reconhecimento da jurisdição indígena, numa linha que se poderia denominar de *constitucionalismo estrutural* (Giuseppe de Vergottini), mas ao mesmo tempo fugindo do monismo estatal eurocêntrico, entendo que a implementação deste *pluralismo dialógico material* deve se valer, no presente caso, da ferramenta teórica da *comparação de direitos* ou do *direito comparado*, com os ajustes necessários à realidade brasileira. Eis aqui uma tentativa de se fugir à estagnação metodológica que ainda persiste neste campo de diálogo de fontes e sua necessidade de superação (Fabiano Oliveira). Esta metodologia intelectiva da *comparação de direitos* permite abordar o confronto entre a *experiência jurídica guarani* e o *ordenamento jurídico hegemônico* de maneira mais técnica, criteriosa e racional. Sigo aqui os horizontes da terceira fase comparativista na esteira de Pierre Legrand, Konrad Zweigert, Hein Koetz, Walter Kamba, Peter de Cruz, e, sobretudo, atualmente, o colombiano Diego López-Medina.

A *comparação de direitos* de que este magistrado aqui se vale, que melhor seria denominada de *comparação de experiências jurídicas* (atento ao giro descolonial) para analisar o caso de Werá/Valdenei da Silva, não tem perspectiva histórica, tampouco de unificação internacional de direitos, de melhoria do ordenamento jurídico estatal, ou mesmo para fins científicos, mas, exclusivamente, é uma *metodologia* (com passos a serem seguidos) para permitir que o conhecimento da *juridicidade guarani* seja mais bem compreendido em comparação com o *direito estatal brasileiro*, e, nestes termos, habilitar a afirmação da existência, via jurisdicional, de uma *experiência jurídica indígena*.

Ressalto que não desconheço a dificuldade em me valer deste método, a uma, porque seu propósito vai além dos objetivos tradicionais da *comparação de direito/direito comparado* (acadêmico cognitivo/pedagógico; fomentador de reforma legislativa, unificação de leis e resolução de conflitos de direito internacional público e privado), já que se pretende, por ele, conhecer outra perspectiva jurídica para confrontá-lo e o fazer dialogar com o modelo padrão; e, a duas, porque mesmo este modelo está calcado em perspectivas eurocêntricas, a ver-se, por exemplo, quando comparatistas analisam as famílias jurídicas a partir da reconhecida obra de René David para enquadrar dois ordenamentos, a qual, de maneira patológica ao meu ver (porém normal sistematicamente), divide-as em romano-germânica, *common law*, direito africano, direito asiático e direito muçulmano, nada mencionando sobre a existência de experiências jurídicas indígenas. O não reconhecimento desta experiência enquanto uma "família jurídica" é prova contundente de como a leitura feita na linha eurocêntrica deve ser cautelosamente observada nesta decisão.

Nestes termos, a *comparação de experiências jurídicas* que passo a realizar, longe do confronto entre *ordenamentos jurídicos* (o que é usual), dá-se entre a *experiência jurídica* de uma juridicidade completamente diversa, ainda que tenha passado por um processo de transplante/assimilação involuntária (Peter de Cruz), algo próprio de ex-colônias, que é a *indígena guarani* e o *ordenamento jurídico estatal brasileiro*, haja vista que o acusado é oriundo de uma experiência jurídica e está sendo aqui julgado se levando em conta outra experiência jurídica.

(i) Fase eletiva: numa primeira abordagem, entendo que os *sistemas jurídicos* envolvidos são o *ordenamento jurídico estatal* vs a *experiência jurídica guarani do litoral paranaense*, e a *matéria jurídica* é a reprovação ou não de ato sexual praticado por padrasto contra enteada menor de quatorze anos. Esta eleição dos sistemas envolvidos e da matéria não apenas se dá, naturalmente, pelo objeto do processo, mas pelas respostas ofertadas pela i. Antropóloga Ana Castro, que aqui se esboçam pelas perguntas: o acusado é membro de um determinado grupo étnico? o grupo tem uma tradição à qual se aproxima o comportamento do acusado? o acusado foi influenciado por esta cultura quando manifestou a sua conduta? o comportamento é produto de uma percepção ou lógica cultural diversa da qual está sendo

reprimido? há normas morais/jurídicas discrepantes entre o sistema de sua origem e o de sua atual repressão? a causa psíquica que o fez praticar tal ato possui explicação no arcabouço cultural que porta consigo? há, enfim, diferenças consistentes de valoração e de tratamento entre o seu ambiente cultural de origem e o ambiente de reprovação? (Dundes Renteln e Ilenia Raggiu). A resposta a estas questões que já foram respondidas pelo laudo bem demonstram a existência de dois "sistemas" jurídicos diferentes envolvidos, em razão da natureza da motivação cultural do comportamento do agente. Ressalto que a matéria aqui é peculiar à cultura indígena brasileira, se comparada, por exemplo, ao que se sucede na América "espanhola", em casos variados de repressão à feitiçaria, como no *Chaco* boliviano, tratado e reprimido, muitas vezes com a pena de morte pelos guaranis ou com a pena de banimento, enquanto no direito estatal pelo cárcere (Francesca Scionti).

(ii) Fase descriptiva: em nível macrocomparativo (Max Rheinstein), é possível sinteticamente afirmar, em relação ao (i) "ordenamento jurídico estatal", que ele tem sua *juridicidade/racionalidade normativa* definida (apesar das críticas) a partir de perspectivas de um modelo estatalista, monista e autoritário, logo, que o fato posto em questão é jurídico porque há lei prévia, visto pela teoria das fontes normativas, emanada de autoridade normativa competente, que o define, especificamente, enquanto crime (art. 217-A do CP). Ademais, sua *racionalidade ordenamental* se apresenta pela elaboração de legislação ordinária por meio de código escrito reprovador e sancionador da conduta do acusado, e sua *racionalidade decisional* se faz por interpretação ainda tradicional, de subsunção, condicionalidade de direitos e deveres, expectativa de obrigatoriedade, ameaça de coação e submissão à decisão do Poder Judiciário. (ii) em relação à "experiência jurídica guarani" é possível afirmar que a sua *juridicidade/racionalidade normativa*, como salientado no tópico anterior, constrói-se a partir de casuística, sem estatalidade, como possibilidades de influências múltiplas e fontes normativas gravadas pela religiosidade e moralidade. Ainda, que a sua *racionalidade ordenamental* se expressa pela elaboração de uma tradição histórica não-escrita, intergeracional e intertribal, (inobstante as demais características suso relatadas) cuja autoridade normativa se consubstancia na pessoa do sujeito coletivo, e, sobretudo, do *caraí* e do *tcheramói*. Quanto à *racionalidade decisional*, verifica-se que há multiplicidade de interpretação, forte elemento religioso, animista, politeísta e contextual, manifestado por entes comunitários coletivos diante de fatos ditos, que varia de contexto a contexto, de momento a momento, nunca rígida, apesar de ritualista, igualmente coletiva.

Destaco que, desde uma perspectiva estática e ontológica, não se pode olhar o ambiente jurídico guarani a partir da categoria de sistema jurídico/ordenamento, ainda que num viés contemporâneo (Joseph Raz/Tercio Sampaio), como um repertório discursivo complexo de normas lógico e racionalmente organizado para fins de estabilidade, segurança, certeza, previsibilidade de condutas, estabilização de expectativas, superação de expectativas frustradas contra-fáticas etc. Se isto serve à compreensão do direito hegemônico, constitui erro inescusável se voltados os olhares para os guaranis nestes termos. Das respostas dadas pela *Escuta Étnica*, percebe-se que o fenômeno jurídico manifestado nas tribos do litoral paranaense comprehende uma outra noção de direito, um *direito vivenciado*, um *direito dialogado*, logo, a chave de compreensão não pode ser uma categoria fechada e absoluta, ou o legado do tipo ideal weberiano, mas uma forma mais porosa, que pode ser resumida ao conceito de *experiência jurídica* (Carlos Cossio). Categorias baseadas num modelo paradigmático acabam por construir institutos históricos unívocos e generalizantes que, certamente, no universo jurídico guarani, impedem o conhecimento das suas peculiaridades. A compressão a partir da *experiência* cumpre um papel melhor, sobretudo porque privilegia a pluralidade diacrônica e sincrônica das categorias jurídicas, do fenômeno normativo e da *cultura jurídica indígena*.

Em nível microcomparativo, pode-se afirmar em linhas bastante gerais (o que se pode alcançar apenas com o que foi posto nos autos), que o (i) "ordenamento jurídico estatal" apresenta as seguintes *características* sistêmicas: há funções bastante definidas, claras e exercidas por personalidades jurídicas envolvidas (poder legislativo - elaboração da proibição normativa; poder judiciário - no processamento e na resposta ao caso penal pela Justiça Federal; e universidade pública - na expertise da perita, antropóloga e influenciadora do juízo). Em termos de *segmentos normativos*, o caso posto em análise tem lugar específico no ordenamento jurídico, posto que previsto hipoteticamente como delito, logo, pertencente ao campo da repressão penal, e, em termos de *institutos envolvidos e conceituação*, tal como imputado na denúncia, sua delimitação está no campo do estupro de vulnerável dada a condição de hierarquia e confiança do padrasto e a idade da vítima. Por fim, é possível afirmar que as linhas amplas do *desenvolvimento histórico do sistema jurídico*, no que pertine ao caso, estão na implementação gradativa dos direitos humanos, da proteção da violência contra mulheres e crianças, bem como da redução da criminalização de condutas. Em contrapartida, pode-se esboçar que a (ii) *experiência jurídica guarani* deixa em parte transparecer pela *Escuta Étnica* outras características sistêmicas, que foram elencadas no tópico anterior desta sentença, não sendo conveniente as rememorar. De qualquer modo, tendo em conta os *segmentos normativos*, pode-se dizer que o caso em questão não possui lugar específico na reflexão indígena como tal o é na rigidez do CP, sendo bastante flexível o seu enquadramento enquanto um fato "mais ou menos ou nada reprovável" a depender dos contextos culturais, temporais e sociais analisados. Para o "direito oficial" a questão é bastante simples, havendo prova de autoria, materialidade e a prática da conduta de: "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos", trata-se de estupro de vulnerável sob a perspectiva típica. No que diz com os *institutos envolvidos e conceituação*, do modo como foi imputado na denúncia, não se pode afirmar que a conduta está regulada no campo dos delitos sexuais, porque não o é se pensada no campo da *experiência jurídica guarani* desta maneira, haja vista a diferença de idade para fins de vulnerabilidade, a forma como o sexo é percebido (posto que não é tabu e nem gravado pela intimidade ou pelo pudor), assim como a relação dentro da família, ainda que o incesto seja inexistente na relação direta pai-mãe/filho-filha. Em termos de *desenvolvimento histórico do 'sistema'*, no que pertine, igualmente se pode extrair do laudo da perita que os indígenas estão cada vez mais atentos à igualdade de gênero e à intensificação da proteção da "mulher indígena", reprovando "estupros", "assédios" e "abusos" familiares. Contudo, não é ainda uma questão simples, nem fácil e nem claro o uso de uma maior reprovação para os fatos sexualmente considerados inadequados. Em suma, não estão necessariamente caminhando num mesmo compasso o "direito oficial", que a cada vez mais criminaliza condutas atentatórias à questão de gênero (algo que para muitos penalistas e criminólogos tem seus revezes), quanto o "direito inoficial", à medida que o debate da questão de gênero é incipiente e apenas nas gerações mais novas, e não apresenta o mesmo patamar de gravidade e nem tampouco de punição severa como a forma mais adequada de lidar com estes problemas sociais.

(iii) Fase identificativa: analisando ambas juridicidades, com base no que foi levado em conta na *Escuta Étnica*, é possível a partir de uma decomposição e recomposição normativas, operadas intelectualmente, reconhecer entre o "ordenamento jurídico estatal" e a "experiência jurídica guarani" as seguintes *semelhanças*: ambos, ao seu modo, estabelecem (a) graduações de gravidade de fatos praticados; (b) modais normativos próximos; (c) existência de regras e princípios; (d) personalidades jurídicas diversas para o exercício da função de "acusar, processar, julgar e fiscalizar punições"; (e) influências extra-comunitárias; (f) vinculação geográfica e ao povo; (g) rito e procedimento para julgamento; e (h) influências de movimentos sociais externos.

Contudo, as *diferenças*, em número significativo e mais contundente, resumem-se nos seguintes elementos principais, no que é aqui relevante: abstratamente, (a) não se trata de culturas que dividem o mesmo espaço territorial, haja vista ser a tribo lugar protegido em

Guaraqueçaba; (b) possuem contextos histórico-cultural-sócio e político bastante diversos, especialmente em razão dos caracateres da individualidade de um e da coletividade do outro; (c) justiça para o oficial se sobrepõe a igualdade, o que não acontece com o inoficial; (d) minorias de gênero, idade, raça, opção sexual em alguma medida (aquele do que deveria naturalmente) importam ao oficial, mas não para o inoficial, já que todos são absolutamente iguais, inclusive como agentes e vítimas de fatos; (e) exemplos anteriores são importantes para o oficial por meio da jurisprudência, contudo, para o inoficial, são quase sempre irrelevantes para o julgamento de novos casos; (f) enquanto para o direito oficial o que é determinante está no conjunto ordenamental, para o inoficial pode ter origem na religião, na natureza, mas também em acordos comunitários; (g) o direito oficial, em razão de sua secularidade e seu caráter laico, não sofre de modo declarado (embora é evidente as tantas e claras influências católicas) a interferência de imagens e símbolos religiosos, o que diverge, naturalmente, do direito inoficial, altamente "iconoclasta" (com o cuidado da exageração histórica); (h) impressões individuais e comunitárias atingem indiretamente o direito oficial; enquanto o inoficial é essencialmente marcado por tais impressões; (i) se no direito oficial as interferências existem mas não são declaradas em torno do poder físico, político, social, econômico (e aqui toda a sorte de debates sociológicos assim o demonstram), no direito inoficial a dimensão do "poder" não é algo relevante; (j) influências extra-comunitárias servem, ainda que como fonte formal, imediata, mas indireta do direito oficial, no âmbito inoficial ocorrem, servem como comparação, mas não estão presentes ou quase não se sabem delas na definição do certo, errado, justo ou injusto em dadas situações; (k) as fontes jurídicas são definidas e precisas no direito oficial (e está sem dúvida é a chave burguesa do direito hegemônico e já redonda tradicional no juspositivismo), o que não o é no campo do direito inoficial; (l) não há transmissão entre gerações no direito oficial, enquanto no inoficial o aprendizado das regras é essencialmente balizado na educação familiar e comunitária; (m) o registro é a regra do direito oficial, enquanto no inoficial a oralidade e as boas palavras faladas se sobressaem; (n) a noção de justo tende a ser estável no direito oficial em razão da matriz positivista, o que não se sucede com o inoficial, que é contextual, sobretudo; (o) as regras aplicadas são estáveis e com dificuldade de serem alteradas no direito oficial, enquanto no inoficial são gravadas muitas vezes pela mutabilidade, ainda que não impliquem provisoriamente; (p) persuasão e retórica estão relacionadas aos argumentos e aos emissores e receptores discursivos no direito oficial, o que não ocorre no inoficial, haja vista que incidem exclusivamente sobre a consistência dos argumentos; (q) novos membros automaticamente e obrigatoriamente acessam o regramento do direito oficial, em função do princípio da proibição da ignorância da lei, ao contrário do direito inoficial, cuja transmissão se dá por experiências e palavras na casa das rezas; (r) as punições são prévias, legalmente previstas, únicas, individuais e estáveis no direito oficial, enquanto gravadas pela alterabilidade no direito inoficial; (s) apesar de ser ritualístico, no direito oficial há estreiteza do seu seguimento sob pena de nulidades declaradas, enquanto o inoficial apresenta variações sem grandes repercussões comunitárias e para a consecução da justiça; (t) o direito oficial se altera em razão do fato, da vítima, e, sobretudo no campo penal, ainda que não declarado, do autor, enquanto o direito inoficial ignora quaisquer questões subjetivas em prol da análise exclusiva do fato; e, por ora, (u) enquanto o direito inoficial sofre os denominados "transplantes" da cultura jurídica hegemônica, o inoficial nunca, razão pela qual, enfim, esta sentença pretende se colocar de modo diverso (se o direito oficial "pode" realizar "apropriação cultural", o inoficial "sofre" a assimilação inevitável).

(iv) Fase explicativa: em síntese, tendo em conta as considerações acima, entendo que a *experiência jurídica guarani*, a partir do que deixaram antever as próprias autoridades indígenas ouvidas no processo na *Escuta Étnica*, assim como a partir da compreensão que este magistrado consegue extrair do *ordenamento jurídico estatal*, não é tão somente um "direito de manifestação consuetudinária", lido na linha do consuetudo como *civil* e *common law* o fazem

(levando em conta a reiteração e a *opinio communis*), mas ganha foros de dimensões mais complexas, com ontologia, epistemologia e pragmática diversas, absolutamente incapazes de serem aqui resumidas se não apenas apontadas dadas as suas distinções.

Há, de fato, embora não se reconheça judicial ou academicamente de modo tão facil, uma verdadeira *experiência jurídica indígena*, algo que envolve muito mais do que um "simples encaminhamento" jurídico de eventuais conflitos comunitários. Se o direito hegemônico soube bem reduzir a dimensão do *ius à lex* na modernidade (Hannah Arendt), fazendo do direito simples tecnologia a serviço dos cânones positivistas, a *experiência jurídica indígena* jamais pode ser resumida a esta instrumentalidade e tecnologia modernas. A descolonização do saber jurídico exige que a complexidade religiosa, a legitimidade das instituições normativas e "jurisdicionais", a mutabilidade, a dinamicidade dos ritos, a multiplicidade étnico-axiológica, a variabilidade das autoridades intra e intertribos, a diversidade da hierarquização dos valores jurídicos, a liberdade, a oralidade, a cosmologia, a reciprocidade, a eficiência, a solidariedade típicas, a agilidade procedural, a impossibilidade de codificação e de registro, a coletividade do trato social e suas normas presentes na cultura indígena guarani sejam respeitadas em prol da alteridade jurídica que deve se manifestar, na linha de Viveiros de Castro, quando posta em pluralismo dialógico com o direito estatal.

Ignorar a jusmundividência que a *cultura jurídica indígena* apresenta, na minha opinião, distancia os olhos do Poder Judiciário para um verdadeiro reconhecimento da "autodeterminação dos povos" (art. 4º, III do CP), algo inadmissível em tempos de assunção do autoritarismo, da hegemonia violenta e do integracionismo do qual o Estado Brasileiro se tornou devedor historicamente. Entendo que os desacordos entre os modelos de normatividade são muitos e essenciais se comparados às compatibilidades, por essa razão, a subsunção há de ser feita exclusivamente perante à *experiência jurídica guarani* e com isso há de se operar no direito estatal uma abertura a ruídos e a estímulos vindos da experiência guarani. Penso que a subsunção cruzada, mesclando a processualística do direito processual penal, como fora entabulada neste processo, com algumas criações necessárias, tal a *Escuta Étnica* e a cautelar diversa, com a *experiência jurídica guarani* permite "irritações recíprocas" (Niklas Luhmann) entre sistemas e mundos de vida diversos, favorendo um reconhecimento mais seguro e verdadeiro entre experiências jurídicas distintas, sem qualquer monopólio de redução de complexidade de sentidos. Portanto, aceitando que estas diferenças sistêmicas se sobressaem e que a relação cruzada entre experiências jurídicas é a maneira que se entende mais confiável para evitar duplas ofensas, e não apenas unilaterais (direito estatal à *experiência jurídica indígena*), penso que é preciso materializar um último passo *comparativista*, qual seja, uma fase de interpenetração jussistêmica.

(v) Fase integracionista: haveria aqui, se não se tratasse de uma decisão jurisdicional, uma possível última fase, a que se poderia denominar de "prova de funcionalidade", momento em que se usariam exemplos teóricos a fim de averiguar a prova real da comparação. Contudo, por se tratar de um caso concreto, um real exemplo, posto a julgamento perante este juízo, entendo, quando se estiver em questão o exame a ser feito pelo Poder Judiciário, que a última fase deve ser substituída por uma denominada de "integracionista", já que a função primordial da análise não é apenas cognitiva ou pedagógica e sim decisória. Entendo que aqui se devem encontrar mecanismos de integração de racionalidade, bem como se estabelecer os limites e os termos dialógicos de encontro entre a *experiência jurídica guarani* e o *ordenamento jurídico estatal*.

Com base em tudo o que foi exposto, parece-me, portanto, razoável que se siga o rito ordinário do CPP, com apenas duas nuances já efetivadas nestes autos: (a) uma, no que tange às medidas cautelares substitutivas da prisão do art. 319, entendo que, em se tratando de "delito culturalmente motivado", ainda que aparentemente e em sede de cognição não

exauriente, sem dúvida quando se tratar de fatos praticados entre indígenas, que para evitar ofensas culturais, a medida cautelar mais adequada não é nem o recolhimento do indígena no sistema prisional estatal, nem tampou o uso de monitoramento, recolhimento domiciliar etc., mas, sim, colocar o indígena numa outra tribo, sob os auspícios de um outro cacique conforme definição de autoridades indígenas envolvidas, a quem cumpre deliberar sobre as regras de liberdade de trânsito e convivência social (com alguma excepcionalidade, como foi neste caso, de proibição por ordem judicial de ingressar na tribo em que a vítima se encontrava - ev. 78), bem como informar o juiz do processo; (b) outra, que diz respeito, além da existência do laudo pericial realizado por antropólogo, que se viabilize uma *Escuta Étnica*, cuja função, como descrito no ev. 133, é a inspeção judicial não para produção probatória ou cognição dos fatos pelo magistrado, mas como forma de cognição da *experiência jurídica não-hegemônica*.

Enfim, que o processamento siga na Justiça Federal o rito procedural do CPP, inclusive com atos decisórios nos mesmos termos, contudo, que se permita, no campo da culturalidade que o direito material manifesta, que se faça a interpenetração entre os sistemas. Portanto, parece-me mais razoável analisar este caso jurídico penal, com toda a sua configuração fática, não perante o regramento do CP, mas, especialmente, perante o regramento indígena, e, lógico, conforme a *experiência jurídica guarani*.

#### **(e) Imputação: a subsunção da conduta do autor à "experiência jurídica guarani" e não ao art. 217-A do CP**

Nestes termos, entendo que é necessário fazer uma subsunção cruzada. Se agora cumpriria nesta etapa decisória da imputação, além da antijuridicidade e da culpabilidade, investigar a tipicidade, e, portanto, averiguar, em razão do imperativo do princípio da legalidade (revelada pela ordem jurídico-estatal, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*), apenas fatos que possam ser considerados "delitos", já que manifestam o que uma sociedade num dado momento entende como culturalmente reprovável, descrevendo astratamente pelo 'tipo' os elementos objetivos da conduta lesiva (normativos, descriptivos e subjetivos), bem como os subjetivos (dolo e culpa), independentemente de elementos axiológicos ou de juízos de valor, acredito que a questão deve ser posta em outros termos.

Numa espécie de "*emendatio libelli*", nos termos do art. 383 do CPP, sem quebrar o princípio da correlação entre a sentença e a denúncia, considerados os mesmos fatos narrados na peça acusatória, entendo por certo dar "definição jurídica diversa", aqui sem enunciar outro dispositivo legalmente previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas, sim, enunciar outra disposição jurídica prevista pela *experiência jurídica guarani*.

Fixada a necessidade, então, de se olhar o comportamento do acusado a partir do regramento indígena e não a partir do direito penal brasileiro (especialmente a imputação originalmente feita pelo Ministério Público Estadual do art. 217-A do CP), bem como da incoerência epistemológica de se valer das categoriais usadas para definição da própria noção de delito nos termos da teoria tripartite aceita (sem entrar nas agruras que isto causa por si só aos penalistas) pelo CP, optando-se por seguir os traços da *racionalidade jurídica guarani*, passo à efetivação do juízo cruzado de "comparativismo jurídico" a fim de absolver o acusado do delito pelo qual foi acusado, e de que indevidamente restou encarcerado no sistema prisional brasileiro por mais de um ano.

A "conduta" do acusado pode assim ser resumida, nos termos em que se registrou no Inquérito Policial e na "Denúncia": "Em dias e horários não especificados nos autos, mas certo de que no períodos compreendido entre os anos de 2010 a 2013, em continuidade delitiva, na Aldeia *Kuaray Guatá Porá*, localidade do Cerco Grande, no Município de Guaraqueçaba, Comarca de Antonina, o denunciado Valdinei da Silva, valendo-se da condição de padrasto, de

forma consciente e voluntária, ciente da ilicitude de sua conduta, praticou conjunção carnal com a vítima J.Y.D.S., pessoa vulnerável em razão da idade, hoje com 13 anos (cf. certidão de nascimento de fl. 16), conforme Laudo de Exame de Conjunção Carnal n.º 1420/2013, acostado às fls. 35/36 dos autos. Do ato praticado resultou gravidez na vítima. O recém-nascido veio à óbito em circunstâncias não esclarecidas. Por estarem razão, o Ministério Público Estadual subsumiu a condução do acusado ao delito do art. 217-A, "estupro de vulnerável", com a agravante do art. 226, II, por ser ele padastro da vítima e com o art. 71, todos do CP, por ser continuado.

Num primeiro olhar, ultrapassada a autoria, porque inquestionável e inclusive não aventada em sede de "resposta à acusação" (evs. 148/166), razão pela qual não teço maiores considerações, bem como a materialidade, porque, apesar de uma eventual fragilidade técnica pela ausência do exame de corpo de delito, mas que o relevo em razão igualmente da peculiaridade do caso penal, haveria, se fosse um caso simples e corriqueiro, de se avaliar a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade do fato a fim de eventualmente reconhecer que a situação hipotética descrita no tipo do art. 217-A do CP incide normativamente sobre o caso, e, portanto, torna o fato um fato delitivo que merece a censura estabelecida com a pena privativa de liberdade.

Entretanto, como dito, tais categorias, gravadas por um forte cunho eurocêntrico, precisam neste momento ser refletidas desde uma perspectiva descolonial, e, naturalmente, serem abandonadas em prol da tentativa de compreensão do fenômeno jurídico de acordo com as manifestações culturais indígenas, e, logo, de acordo com toda a mundividência guarani e a sua *experiência jurídica* acerca de um fato como este considerado, por nós, estupro de vulnerável.

Não se está aqui falando de um *tertius genus*, naturalmente, pois a questão não é tão simples, mas também não se pode se sobrepor e impor concepções universalistas estruturantes de direitos humanos ao particularismo informador de culturas e vivências singulares (Stephanie Uille).

Nesse ponto, deve ser destacado que na perspectiva sociocultural do corpo e da pessoa Guarani, conforme se pode verificar no pré-laudo (ev. 75) e no laudo antropológico (ev. 74 dos autos 5002888-29.2015.4.04.7000) elaborados pela i. Antropóloga Ana Freitas, a divisão entre a infância e a vida adulta é marcada não pelo critério etário informador da capacidade no sistema jurídico comum (também empregado para análise da presunção da violência nos crimes sexuais), mas pelo advento da menstruação. Salientou-se, nesse ponto, que a "vítima" já havia menstruado quando da ocorrência dos fatos. Este é um dado cuja *Escuta Étnica* também trouxe de informação, cumprindo ao mês seguinte da menstruação a reclusão da, então, mulher por um mês isolada, sem encostar no chão, dormindo em cama suspensa e com comida balanceada de sal etc., enfim, todo um procedimento que marca a sua maturação guarani como mulher, doravante apta ao sexo, ao casamento e à reprodução.

A pormenorizada explicação dos estudos antropológicos realizados autoriza a conclusão de que, para além da questão maioridade/menoridade, o próprio relacionamento entre pessoas de parentesco próximo possui contornos peculiares e flexíveis, tendo os entrevistados reconhecido que houve no caso uma quebra de protocolo que merece reparação, sendo que a transposição de fronteiras de parentesco detém implicações coletivas. Contudo, o tratamento do assunto exige procedimentos xamânicos de diferentes níveis de complexidade, que estão sendo realizados, conforme afirmaram Faustino da Silva e Laércio da Silva/TI Araçáí. A alterabilidade da vida não significa propriamente um "estupro de vulnerável", nos termos em

que o define o direito hegemônico, mas uma fato comum, com alguns incômodos, mas sem que se afigure como um fato absolutamente inaceitável e tampouco de mesma ou parecida gravidade que se apresente aos olhares da cultura dominante.

Ao lado disso, não se pode esquecer que o sexo praticado no mundo guarani apresenta, segundo a i. Antropóloga Ana Freitas, traços bastante diversos do mundo "ocidental" (palavra como o cacique de Araçáí se refere à cultura hegemônica), não havendo questões típicas da cultura branca, dentre tantas, como o pudor, o tabu, a privacidade como imperativo, a homossexualidade como patologia ou, no melhor das vezes, como algo levemente aceito, embora exótico. Neste ponto, inclusive, a própria homossexualidade guarani não é reprovada e encontra elementos de boa aceitação para algumas pessoas, por expor a capacidade da pessoa em transitar entre dois mundos, mas também entre o mundo terreno e o dos deuses. Enfim, a sexualidade é pensada de modo diverso, razão pela qual é imperioso não pensar nos "delitos sexuais", já desde logo e tão somente por isso nos mesmos termos da cultura "padrão".

Também, naturalmente, agregam-se a maturação sexual diversa, que afasta quaisquer perspectivas de vulnerabilidade, tal como a definimos, as relações familiares com famílias extensas diversas, o consentimento que tem perspectiva distinta à medida que a iniciação sexual se dá muitas vezes por pessoas da família e, ainda que seja estranho à cultura dominante, por homens mais velhos da comunidade, a criação familiar e comunitária para o destino da vida na tribo e para o casamento (sem aqui cair no preconceito ocidental de análise, por certo), que se dá bastante jovem, podendo ocorrer já aos 10, 11 anos, como presenciado por este magistrado, enfim, a compreensão do "estupro" jamais pode ser pensada nos termos culturais hegemônicos.

Ressalto por fim, que a própria noção de "consentimento" é também diversa se pensada a partir de uma cultura que não está calcada, como a hegemônica, na moderna e iluminista *autonomia da vontade* do sujeito de direito, e toda a sorte de elementos que se agregam a esta noção, como um sujeito individual, exemplar, médio, livre, homem (sobretudo), heterossexual, proprietário etc., autonomia privada, liberdade de expressão, mas sim, de um "sujeito coletivo" que revolve desde um lugar "do fora" a noção de autonomia da vontade e do consentimento.

Não desconsidero, evidentemente, os termos de declarações realizados perante o Ministério Público Estadual, consoante documentos do Procedimento ev. 01, inclusive o da própria vítima (fls. 17-20), entretanto, é preciso lembrar que o que se propõe nesta decisão é conduzir a interpretação do fato de forma mais digna individual e coletivamente em relação à cultura indígena, por meio de práticas capazes de informar a mundividência indígena e proporcionar a comparação que leva em conta a experiência guarani. Tem-se por objetivo propor forma diversa daquela apresentada pelo laudo e pelo depoimento da vítima, que conduzem à interpretação do fato a partir de um paradigma hegemônico, que planifica a diversidade da concepção de mundo da própria vítima, diferente da cultura dominante, inclusive a partir da própria linguagem. Processos judiciais que apuram delitos sexuais são, notoriamente, violadores de direitos de mulheres e crianças, porque insensíveis às violências estruturais inerentes a fatos como estes - são abundantes os estudos que apontam a revitimização das mulheres e crianças característica de uma cultura que culpabiliza vítimas, pautada pelo machismo e estereótipos de gênero. No caso de pessoas indígenas, a lei penal pode não só reproduzir essa mesma violência e revitimização, mas principalmente ignorar a própria experiência indígena e suas concepções de mundo, sequestrando seus conflitos e enfraquecendo laços comunitários. A proposta para enxergar o fato a partir da *experiência jurídica guarani* não deve ser infirmada por laudo e depoimento colhido a partir de paradigmas hegemônicos que baseiam a lei penal, que não levam em conta as especificidades de um fato como esse e nem garantem à própria vítima respeito à sua diversidade e às suas visões de mundo. Deslocar o impacto inevitavelmente por

nós sentido diante de um fato como esse é um exercício de alteridade para enfrentar que a solução da lei penal nem sempre é a mais adequada e digna para aqueles/aquelas que de nós divergem culturalmente. Obviamente, reforço, não se está aqui de modo algum concordando com ou desconsiderando violências de gênero ou as minimizando, nem tampouco reconhecendo que tais fatos não devam ser criminalizados. A questão é evidentemente mais profunda e complexa, como exposto.

Por estão razão, valendo-me do saber técnico da perícia, assim como da *Escuta Étnica* e acordando com o resultado da manifestação do parecer do i. Procurador da República Adriano Fernandes, que exemplarmente conduziu este caso desde o início, entendo que não é nada seguro reprovar estes delitos de modo inopinado, indiscutível e fechado hermeneuticamente perante a cultura guarani, à medida que variam a repressão caso a caso com toda a sorte das características da *experiência jurídica guarani*. Compreendo, enfim, que a subsunção a "delitos sexuais", tal como se deu no presente caso, conforme a cultura guarani, carece de segurança a ponto de se ter a certeza de uma reprovação coletiva e certa do fato praticado pelo cacique Werá/Valdenei da Silva pelos guaranis.

Ressalto que não há na jurisprudência brasileira do Supremo Tribunal Federal decisões enfrentando diretamente a questão dos "delitos culturalmente motivados", exceto de "manifestações culturais", como as práticas de "vaquejada", (ADI 4983/CE, Rel. Min Marco Aurélio, julgado em 06.01.16), "farra do boi" (RE 153.531, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 03.06.97) e "briga de galo" (ADI 18556, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26.05.11). Isto implica, portanto, um campo de autoridade e não colegialidade ou ilegitimidade por ora aberto de análise.

Particularmente, com o respeito a posições contrárias, que aqui acabam por se traduzir apenas em exercício reflexivo e teórico-dogmático, não entendo que o caso dos autos se trata de "antijuridicidade" ou de não "culpabilidade", como usualmente também assim os penalistas o colocam. Por mais valor e robustez nos argumentos que sustentam se tratar de "erro de proibição", como bem levantado pelo i. Procurador da República, baseando-se no "erro culturalmente condicionado" de Eugenio Zaffaroni (que quando inevitável afasta a consciência da ilicitude), penso que se está no campo da "tipicidade" propriamente dito, mas de uma "tipicidade" lida desde um "giro descolonial", e, portanto, uma "tipicidade cruzada", já que se está analisando um fato a partir de um "tipo" forjado numa outra cultura, de uma reprevação (ou não) do que se entende como culturalmente necessário de ser protegido pela repressão penal. Talvez pudesse se falar numa espécie de "*atipicidade cruzada ou étnica*". A própria configuração da noção de "bem jurídico" discutida pela doutrina, mesmo em perspectivas críticas de legitimação da expansão penal hegemônica, de proporcionalidade e não apenas político-criminal (Luís Greco), embora densa, também carece de sentido neste caso que envolve subjetividade marginal.

Entender que se trata de questão de "tipicidade" e não de "culpabilidade", evita, ao meu ver, uma incoerência pessoal na análise do caso posto em juízo. Decidi por reputar "prejudicado" o "incidente de insanidade mental" neste caso outroramente instalado (ev. 88 dos autos 5002888-29.2015.4.04.7000), como usualmente se faz em delitos envolvendo indígenas, já que se pretende averiguar o "aculturamento", a "integração" do indígena à cultura branca (ou ao "mundo dito civilizado", como sói se falar) ou conhecimento desta. Contudo, reafirmo, é aqui uma questão apenas teórico dogmático-penal, passível de crítica, pois concordo com a densidade apresentada pelo i. Procurador da República Adriano Fernandes que uma maneira intermediária entre tais mundos seria pensar o "erro de proibição" como erro de compreensão e consciência dissidente, já que a questão central seria a "não interiorização" das regras estatais.

Ao decidir pela linha reflexiva e argumentativa de que se está diante de questões culturais e "delito culturalmente motivado" e não de conhecimento da ilicitude penal típica, entendi que não haveria razão para se indagar, por este fundamento, a imputabilidade ou inimputabilidade do acusado, especialmente (ou talvez apenas) por ser um delito praticado entre indígenas e dentro da tribo. A questão evidentemente é muito mais complexa do que médica e baseada apenas no tradicional "duplo critério bio-psicológico". Trata-se de acusado de ato motivado por uma mundividência específica, mas cujo regramento feito pelo direito hegemônico é diverso e não de um acusado que não consegue "se determinar conforme o entendimento da ilicitude do fato para o mundo branco". Eis porque, guardadas exclusivamente as peculiaridades do caso, a indagação sobre a "inimputabilidade" perde sentido, a não ser que valesse desta categoria para pensar o entendimento do indígena conforme a *experiência jurídica indígena*. Enfim, algo que diz respeito à cognição de regras de organização e de vida diversas e não de alguma patologia mental ou desvio anômico que impedissem o razoável discernimento das coisas e das regras "brancas". Portanto, a partir desta percepção, seria bastante irrazoável neste momento, tentando manter a integridade e a higidez da reflexão, colocar a questão dos autos no âmbito da "culpabilidade" e não da "tipicidade". Com isso se reafirmaria, embora possa estar equivocado, e aqui apenas uma minudeza teórica, uma concepção criminológica novamente hegemônica que lê o indígena como "inferior", desprovido de "razão e cognição", da razão que a modernidade eurocêntrica e colonial assim a definiu (Enrique Dussel).

Concordo, de fato, que não se trata de "atipicidade material", rechaçada por parcela significativa de criminólogos (Augusto Dias) por incidência do princípio da inadequação social, pois não se está sustentando como socialmente útil ou adequado o ato praticado pelo acusado, mas que se entende como razoável e visto com outra perspectiva e outra gravidade segundo o que a cultura e a *experiência jurídica guaranis* aceitam como reprovável, portanto, de verdadeira "atipicidade" se fossem utilizadas as categorias tradicionais do direito penal, que, ao meu ver, como dito em outros momentos acima, devem ser refletidas desde outro lugar de alteridade, do lugar da cultura jurídica que sofreu o *etnojuricídio*, que por assimilações culturais, na sua subalternidade, foi obrigada a incorporar a visão de mundo hegemônica. Trata-se, portanto, de fato não incriminado porque não "típico" nos termos da *experiência jurídica guarani*.

#### **(f) O respeito ao direito das mulheres e crianças**

Reconhecer a ordem de valores que informa a cultura indígena impedindo a leitura do fato perpetrado por Werá/Valdenei da Silva como delito não significa amplamente chancelar o comportamento e ignorar o papel do direito estatal para a promoção do direito das mulheres e meninas, inclusive o papel importante para impulsionar a proteção delas dentro da cultura indígena. Sabe-se que mulheres e meninas são segmentos vulneráveis tanto nas culturas hegemônicas quanto indígenas. Assim, emerge a questão: o direito estatal tem a função/capacidade de, por intermédio da aplicação da lei penal, proteger e promover o direito das mulheres na cultura indígena?

A questão é evidentemente complexa, sendo necessário sopesar a aplicação do direito estatal punitivo e sua consequente violação à cultura indígena *vs* a eventual proteção e promoção de direitos das mulheres e meninas na cultura indígena por intermédio da aplicação da lei penal. Ciente de que algumas constituições latino-americanas, sobretudo a do Equador e do México, ao tempo que reconhecem a jurisdição indígena, restringem a autocomposição de interesses a práticas que não atentem contra os direitos humanos e que não protejam especificamente meninas e mulheres, entendo que o uso de instrumentos como a própria Lei Maria da Penha é perigoso e mesmo irresponsável até certo ponto, porque unilateral, ineficiente e ofensor da cultura indígena.

Contudo, a aplicação do direito estatal parece mais violenta em relação à cultura indígena do que capaz de ser vetor de mudança para a defesa do direito das mulheres e meninas. Parece arbitrário por todos os ângulos que se interprete aplicar a legislação penal a um fato interno da cultura indígena. Especialmente neste caso, a aplicação do direito penal pouco ou nada faria pela promoção de direitos das mulheres, sendo uma punição não reconhecida e improdutiva. O reconhecimento, por outro lado, de que esta é uma conduta inadequada, violadora de direitos, que deve ser sancionada dentro dos ritos indígenas, contribui para o fortalecimento das mudanças dentro da cultura indígena, conforme se pode verificar com a *Escuta Étnica* e pelo laudo da i. Antropóloga Ana Freitas.

Evidentemente entendo que não é adequado e muito menos correto, se pensado desde a proteção dos direitos humanos e da proteção das meninas e da mulher indígena, que culturas violem esses valores. Por certo que a violência intra-étnica doméstica é também inadmissível sob qualquer filtro, contudo, a mudança cultural em prol do direito das mulheres deve ser operada de dentro da *experiência jurídica indígena*, haja a vista a sua complexidade, a sua peculiaridade, e não imposta pelo direito estatal punitivo, sob pena de arbitrariedade e violência. Cumpre às mulheres indígenas e não ao homem branco a escolha da forma de superação adequada da violência (Ela Wiecko). Não são poucos os grupos que discutem políticas de redução deste tipo de violência (cujas fontes são bastante variadas, desde questões culturais até mesmo por força do contato com o "Homem branco"), mas fato também é que a desconfiança em termos de desestruturação cultural interna que se promove pelo contato com a repressão estatal penal se apresenta como um lugar comum.

Parece-me que o Direito Estatal, em perspectivas de interculturalidade e interetnicidade própria da variabilidade indígena no país, tem braços outros para proteger e promover o direito das mulheres e meninas, mais próximos de um campo de implementação de políticas públicas não universalizantes para a garantia de direitos, especialmente no campo da saúde, educação, etc. Criação de conselhos de mulheres com participação de mulheres indígenas; previsão de mecanismos que assegurem a participação de mulheres nas discussões sobre questões indígenas em sentido geral; criação de casas de apoio com profissionais habilitados na área da assistência social, psicologia, enfermagem para cuidar de violência indígena propriamente dita; cursos de capacitação de agentes estatais para lidar com a mulher indígena; mecanismos de fomento da mobilidade territorial e intercâmbio cultural para resolução de casos intra-étnicos, enfim, instrumentos baseados numa reflexão e numa *praxis* epistemológica feminista crítica e descolonial (que discute, especialmente, a subalternidade ao homem heterossexual, patrimonial, europeu, cristão, branco etc.) me parecem mais robustos e efetivos na atuação do Estado Brasileiro nestas situações do que por via da repressão penal operada nas instituições oficiais, como a Justiça Federal.

### **(g) O reforço da seletividade do direito penal estatal**

Enfim, concluindo, não se pode ignorar que a criminalização indígena é apenas mais uma das formas de seletividade penal operadas pelas instituições sociais e estatais de repressão. O direito só funciona na sua função sancionatória em face da população indígena. Os direitos à saúde, educação, o respeito à demarcação de suas terras, e, especificamente, o fomento à autonomia das mulheres para rompimento de eventuais ciclos de violência não funcionam. Portanto, não parece razoável a aplicação de um direito punitivo sob o pretexto de que é necessário que o Estado reprima condutas atentatórias aos direitos humanos. Nada ou muito pouco foi feito para o estímulo a essa mudança cultural e a sanção penal deve ser o último recurso.

Eventual atuação do Poder Público via Poder Judiciário em processo criminal só reforça, na visão deste magistrado, um processo segregacionista da cultura e da pessoa indígena, impondo ao juiz criminal um papel neosertanista, cujos traços bandeirantes não podem, nos dias de hoje, sobreviver, se nem sequer num plano político o debate no país tem foros mais freqüente e intenso. A superação operada pela Convenção 169/89 da OIT em relação à sua predecessora 107/57, bem assim a própria Declaração Universal dos Povos Indígenas de 2006 impedem, ao meu ver, juízo diverso nesta sentença criminal se não pela absolvição do acusado Werá/Valdenei da Silva perante a *experiência jurídica guarani*.

Desse modo, entendo que a conduta imputada ao acusado Werá/Valdenei da Silva, como bem manifestou o ilustre Procurador da República e sua consistente e respeitada atuação no feito, não deve ser vista como algo a ser reprovado pela cultura dominante. Trata-se de conduta é atípica, naqueles termos de uma "*atipicidade cruzada ou étnica*", pois não preenche a previsão hipotética da figura similar do "estupro" de vulnerável conforme a *experiência jurídica guarani*, cumprindo neste momento, desde logo, a absolvição sumária do acusado.

### 3. DISPOSITIVO

Diante do exposto, acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, em exercício de pluralismo jusmaterial dialógico, **julgo improcedente** o pedido formulado na inicial acusatória pelo Ministério Público Estadual, para **ABSOLVER SUMARIAMENTE** o acusado **WERÁ/VALDENEI DA SILVA** pela prática do delito do art. 217-A do CP com fulcro na experiência jurídica guarani do litoral paranaense, nos termos dos arts. 383 e 397, III, do CPP.

Revogo, conseqüentemente, a medida cautelar substitutiva à prisão preventiva, imposta outrora por este juízo (ev. 78) de estadia do acusado em regime de liberdade provisória sob os auspícios do Cacique da Aldeia de Araçai Sr. Laércio, cumprindo, doravante, às autoridades indígenas adotarem as medidas eventualmente decididas pela comunidade guaraní com relação ao destino cultural, geográfico e tribal do acusado.

**Sentença publicada e registrada eletronicamente. Intimem-se. .**

**Transitada em julgado a presente sentença**, cumpram-se as disposições do art. 335 da Consolidação Normativa da Corregedoria do TRF da 4<sup>a</sup> Região, aprovada pelo Provimento nº 17/2013, e também se requisite o pagamento dos honorários ao defensor dativo, Dr. Ramonn Baldino Garcia (OAB/PR 48.978), os quais fixo em R\$ 400,00, nos termos do art. 27 da Resolução nº 305/2014 do CJF e da tabela I de seu anexo único.

---

Documento eletrônico assinado por **GUILHERME ROMAN BORGES, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4<sup>a</sup> Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **700005007978v285** e do código CRC **1e31e3fd**.

Informações adicionais da assinatura:  
Signatário (a): GUILHERME ROMAN BORGES  
Data e Hora: 31/8/2018, às 17:5:36

---

**5002882-22.2015.4.04.7000**

**700005007978 .V285**