



**HABEAS CORPUS** nº 0023773-74.2020.8.19.0000

Relator: Des. Paulo Baldez

Paciente 1: JEFERSON TUPA VAE

Paciente 2: DENIS GARCIA BENITE

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Juízo da Vara Única da Comarca de Paraty

## DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **JEFERSON TUPA VAE e DENIS GARCIA BENITE**.

Narra a inicial, em resumo, que os pacientes foram presos em flagrante em 08/04/2020 por suposta prática de crime de furto qualificado. Esclarece que os pacientes são índios e primários, residentes na Aldeia Itaxim Guarani, Aldeia indígena localizada em Paraty. Sustenta que o decreto prisional é desprovido de fundamentação idônea e não observa nenhuma proporcionalidade no caso em comento. Aduz a incompetência absoluta da Justiça Estadual, bem como a máxima excepcionalidade da custódia cautelar em razão da pandemia provocada pela COVID-19, notadamente diante de crimes perpetrados sem violência ou grave ameaça à pessoa, como se observa no presente caso. Acrescenta que não se encontram presentes, *in casu*, os requisitos autorizadores da custódia cautelar, pois se trata de crime de nenhuma gravidade, tendo sido a res furtiva integralmente recuperada. Destaca que a medida cautelar designada não guarda proporcionalidade com a resposta penal a ser designada em caso de eventual condenação, pontuando a suficiência das medidas cautelares alternativas à prisão. Assim, pugna, inclusive liminarmente, pela revogação das prisões, com o restabelecimento da liberdade dos pacientes.

Liminar indeferida em sede de plantão judiciário (fls. 60/62).

Despacho às fls. 67, proferido em 24/04/2020, determinando a requisição de informações à autoridade impetrada.

Petição às fls. 70/74, interposta pela Defensoria Pública, postulando a reconsideração da decisão que indeferiu a liminar.

Feito este breve relato, **DECIDO**.

A ausência de manifestação da autoridade impetrada, causando evidente reflexo à marcha processual deste *writ*, aliada às peculiaridades do caso concreto autorizam o reexame da situação prisional dos pacientes, que passo a realizar.

De início, não se vislumbra a alegada incompetência absoluta da Justiça Estadual para processamento e julgamento dos fatos, especialmente pela ausência de indícios mínimos de correlação direta das condutas em exame com direitos indígenas, tais como a cultura, direito à terra, a organização social ou existência/sobrevivência da etnia indígena, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Por todos, RE 419.528/PR, examinado pelo Plenário da Suprema Corte, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: CEZAR PELUSO, julgado em 03/08/2006, DJ 09-03-2007).

Por outro lado, verifica-se a plausibilidade das alegações trazidas pelo impetrante no que se refere à desnecessidade da prisão dos pacientes.

De fato, trata-se da **prisão de dois índios Guaranis por suposta prática de crime de furto qualificado tentado** (art. 155, §§1º e 4º, II, I e IV, do Código Penal, na forma do art. 14, II, e 29, todos do Código Penal, conforme denúncia (fls. 75/77).

Como se depreende da documentação ora acostada, e também de consulta aos autos originários (nº 0006892-18.2020.8.19.0066), os pacientes foram presos em suposta situação flagrancial, em 08/04/2020, pois teriam tentado subtrair objetos em uma escola e um posto de saúde localizados na Aldeia indígena em que residem. Registre-se que os bens foram integralmente recuperados e restituídos.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva, em 09/04/2020, por decisão proferida pelo Juízo do plantão judiciário.

No entanto, as assertivas consignadas no decreto prisional, inclusive as relativas à pandemia provocada pela COVID-19 e a importância do acesso da população a postos de saúde – um dos locais da suposta prática criminosa analisada no presente caso –, não dispensam o exame da questão sob o prisma da proporcionalidade, com especial atenção para a conduta em tese perpetrada e para as características sociais e culturais ínsitas ao grupo étnico no qual os pacientes se encontram inseridos, como preceitua o art. 282, I e II, do Código de Processo Penal, sem prejuízo da necessária observância à função contramajoritária ínsita ao Poder Judiciário, que determina especial atenção aos direitos fundamentais das minoras e às normas constitucionais que versam sobre a proteção da pessoa humana.

Sobre a prisão preventiva, medida restritiva de direito fundamental, é a cediço que a sua decretação exige não apenas a presença dos pressupostos trazidos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, mas, também, a sua necessidade e adequação diante do caso concreto, bem como a impossibilidade de aplicação das medidas cautelares elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, em substituição à prisão cautelar, que, de acordo com o art. 282, §6º, deste diploma legal, deve ser entendida como a *ultima ratio*.

No caso em comento, tem-se, de um lado, uma tentativa de subtração, por dois índios, de bens pertencentes a um posto de saúde e uma escola localizadas no interior da Aldeia indígena em que residem, e, de outro, a segregação cautelar daqueles – pessoas inseridas no grupo de vulnerabilidade para a COVID-19 – pela tentativa de concretização de crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Os pacientes são primários e possuidores de bons antecedentes (fls. 51/53 e 55/57), o que infirma a homogeneidade entre a custódia cautelar – que se assemelha ao regime fechado – e a resposta penal a ser eventualmente designada ao término do processo, em caso de condenação.

Ainda sob o aspecto da proporcionalidade, sem prejuízo de condições mais benéficas estabelecidas no Código Penal, não se pode olvidar que o Estatuto do Índio, em seu art. 56, enuncia a possibilidade de atenuação da pena, a necessária observância do grau de integração do indígena, bem como o cumprimento das penas de reclusão e detenção em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Outrossim, ao contrário do que consta do decreto prisional, não há elemento hígido e suficientemente indicativo de que não se sujeitarão à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. Ao revés, os pacientes possuem residência fixa, tendo a testemunha Elio Karai Tupã Mirim, ao que parece o único que teria presenciado a subtração, relatado em sede policial que “Denis não foi violento e reagiu pacificamente quando orientado pelo declarante a devolver os bens”.

Quanto ao paciente Jefferson, não há qualquer informação negativa a seu respeito, constando, por outro lado, declaração da Secretaria de Estado da Educação, no sentido de ser Jeferson aluno do curso de Magistério Indígena, estando contratado para ministrar aulas na sala de extensão do Colégio Indígena Estadual Guarani Karai Kuery Rend (fls. 83).

Nesse contexto, não se extrai da decisão ora atacada elemento capaz de evidenciar a imperiosidade da custódia cautelar, tampouco a inadequação das medidas cautelares diversas da prisão, que, nos termos do art. 313, §2º, do Código de Processo Penal, não pode funcionar como antecipação de pena.

Cumprindo ainda ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62, direcionada aos Tribunais e Magistrados para “adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo”, preconizando maior cautela na manutenção da prisão, em especial as prisões preventivas que estejam relacionadas a **peças inseridas em grupo de risco** e a **crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa**, e a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva.

No caso em comento, diversamente do que afirma a autoridade prolatora do ato combatido, a prisão preventiva e o “isolamento social” realizado em unidade prisional não se afigura situação benéfica em qualquer hipótese, e mormente no que se refere aos pacientes, pois são indivíduos que ostentam condição de vulnerabilidade reconhecida social e juridicamente.

Nesse particular, a Recomendação supramencionada, para além de pontuar expressamente em seu art. 4º, I, “a”, a **prioridade para reavaliação das prisões que envolvam indígenas**, destaca, em seu art. 12, a **importância da adoção do tratamento jurídico-penal diferenciado** a que fazem jus e da observância à **Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça**.

Nos termos desta Resolução, que estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário, é assegurado o reconhecimento da pessoa como indígena mediante autodeclaração, em qualquer fase do processo criminal ou na audiência de custódia; a necessidade de sua notificação a respeito das garantias decorrentes dessa condição, previstas na referida Resolução; a imperiosidade de indagação acerca da etnia, da língua falada e do grau de conhecimento da língua portuguesa; e a garantia da presença de intérprete em todas as etapas do processo, especialmente se houver dúvida sobre o domínio e entendimento do vernáculo, inclusive em relação ao significado dos atos processuais e às manifestações da pessoa indígena.

Tais disposições vão ao encontro das especificidades culturais e sociais apontadas pelo grupo de pesquisadores dos Guarani signatário do documento de fls. 89/93, que ressaltaram o **pouco contato dos índios com a língua portuguesa**, que como regra se limita a atender as necessidades imediatas de

comunicação; à relação dos Guaranis com a propriedade e com o próprio contexto da COVID-19, **destacando a visão dos Guaranis diante das doenças, com a prevalência pela adoção de suas próprias práticas medicinais;** e a cultura jurídica Guarani.

No mesmo sentido, o ofício encaminhado pela Funai (fls. 87/88) pontua como traços culturais do etnia Guarani da Aldeia Itaxi “**a falta de domínio da Língua Portuguesa, fato que reflete diretamente na dificuldade em entender os diálogos quando ocorrem em português,** e o não enfrentamento em situações de tensão, internamente entre eles na própria aldeia ou no convívio com a sociedade não indígena. A comunicação entre os indígenas Guarani crianças da Aldeia Itaxi, se dá totalmente na língua materna, e se reflete no comportamento dos adultos, quando se veem na necessidade de participar em reuniões com instituições entre pessoas não indígenas, na busca por direitos e/ou interesses individuais e coletivos, se mostram tímidos permanecendo calados quase o tempo todo. Só se manifestam caso sejam provocados e ainda assim muitas vezes apenas sorriem, o que pode ser interpretado equivocadamente por pessoas estranhas ao grupo como consentimentos ou falsa compreensão do que esta sendo falado ou tratado”.

Impende destacar, por fim, as disposições trazidas na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em especial em seu art. 40, dispondo que “Os povos indígenas têm direito a procedimentos justos e equitativos para a solução de controvérsias com os Estados ou outras partes e a uma decisão rápida sobre essas controvérsias, assim como a recursos eficazes contra toda violação de seus direitos individuais e coletivos. ***Essas decisões tomarão devidamente em consideração os costumes, as tradições, as normas e os sistemas jurídicos dos povos indígenas interessados e as normas internacionais de direitos humanos***”.

Logo, as circunstâncias que envolveram os fatos, conquanto devam ser melhor esclarecidas durante a instrução criminal, não recomendam, no atual momento, a manutenção da prisão, que **já perdura por mais de 03 (três) meses sem notícias a respeito do início da colheita da prova em juízo,** mostrando-se mais adequada a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão para resguardar os fins previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente diante da pandemia provocada pelo COVID-19, reservando-se a constrição cautelar, em momento em que se busca a imposição de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal, para as situações de absoluta necessidade.

Em sendo assim, **DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR** para substituir a prisão preventiva dos pacientes pelas medidas cautelares estabelecidas no art. 319 do Código de Processo Penal, a saber: a)

proibição de se ausentarem do Estado por mais de 08 (oito) dias sem prévia autorização judicial; b) comparecimento em Juízo sempre que intimados; proibição de mudança de endereço sem prévia comunicação ao juízo, devendo manter seus endereços atualizados no Juízo de origem.

Expeçam-se alvarás de soltura em favor dos pacientes mediante termos de compromisso, oficiando-se em seguida ao Juízo impetrado para dar-lhe ciência da presente decisão.

Em seguida, à Procuradoria de Justiça.

Rio de Janeiro, 20 de julho de 2020.

**PAULO BALDEZ**  
**Desembargador Relator**