



ACÓRDÃO Nº. \_\_\_\_\_  
UNIDADE DE PROCESSAMENTO JUDICIAL DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO.  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0000428-72.2011.814.0005.  
COMARCA DE BELÉM - PA (1ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE).  
APELANTE: T. A.  
APELANTE: T. A. A.  
ADVOGADO: JOÃO PAULO CARNEIRO GONÇALVES (DEF. PÚB.)  
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ.  
PROMOTOR DE JUSTIÇA: ERIKA MENEZES DE OLIVEIRA.  
ENVOLVIDO: Y. A.  
MINISTÉRIO PÚBLICO: PROC. ROSA MARIA RODRIGUES CARVALHO.  
RELATORA: Desª. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C GUARDA. INAPTIDÃO DOS GENITORES PARA O DESEMPENHO DA FUNÇÃO PARENTAL. SITUAÇÃO DE RISCO. CRIANÇA INDÍGENA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. TESE RECURSAL DE RELATIVISMO CULTURAL. INSUBSISTENTE. COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO DE RISCO. MAUS TRATOS. INFANTE FORA DA ALDEIA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE NA CAPITAL DESDE TENRA IDADE. GUARDA EXERCIDA POR TÉCNICA DE ENFERMAGEM SERVIDORA DA CASA DO ÍNDIO DE BELÉM (FUNASA). IRREVERSIBILIDADE DA SITUAÇÃO COM O PASSAR DOS ANOS. CRIANÇA INTEGRADA À SOCIEDADE CIVIL. DIFICULDADE DE ADAPTAÇÃO DEMONSTRADA. VULNERABILIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. DESTITUIÇÃO E GUARDA DEFINITIVA MANTIDA. 1. Embora o art. 28, § 6º, inc. I e II, do ECA, com a redação dada pela Lei nº 12.010/2009, disponha que, em se tratando de criança indígena, a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ao junto a membros da mesma etnia, no caso não houve como consolidar a colocação da infante na família extensa. 2. Se os genitores não possuem as mínimas condições pessoais para cuidar da filha, jamais tendo exercido de forma adequada a maternidade e a paternidade, mantendo a filha em constante situação de risco, torna-se imperiosa a destituição do poder familiar, a fim de que a criança, que já está inserida em família substituta, possa desfrutar de uma vida mais saudável, equilibrada e feliz. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. UNÂNIME.

Vistos etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores e juízes convocados componentes da 1ª Turma de Direito Privado, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte e dois dias do mês de agosto de 2017.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador GLEIDE PEREIRA DE MOURA.

Belém, 22 de agosto de 2017.

Desa. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO Relatora UNIDADE DE PROCESSAMENTO JUDICIAL DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO.  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0000428-72.2011.814.0005.  
COMARCA DE BELÉM - PA (1ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE).  
APELANTE: T. A.  
APELANTE: T. A. A.  
ADVOGADO: JOÃO PAULO CARNEIRO GONÇALVES (DEF. PÚB.)



APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ.  
PROMOTOR DE JUSTIÇA: ERIKA MENEZES DE OLIVEIRA.  
ENVOLVIDO: Y. A.  
MINISTÉRIO PÚBLICO: PROC. ROSA MARIA RODRIGUES CARVALHO.  
RELATORA: Des<sup>a</sup>. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO.

## RELATÓRIO

Vistos etc.

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por T. A. e T. A. A., inconformados com a r. sentença prolatada pelo MM.<sup>o</sup> Juízo de Direito da 1<sup>a</sup> Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Altamira, nos autos de Ação de Destituição do Poder Familiar c/c Guarda de Menor (Proc. n.<sup>o</sup> 0000428-72.2011.814.0005), que julgou procedente a demanda proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ, para destituir do poder familiar T. A. e T. A. A., mantendo a guarda da infante indígena Y. A. (Thili Araweté) com a Sra. Olgarina Nascimento Vieira (colocação em família substituta).

Em suas razões (fls. 269/367v), pugnam os pais biológicos da Tribo Araweté pela reforma da sentença, basicamente reprisando os fundamentos da contestação.

Sustentam que a colocação familiar de criança ou adolescente indígena deve preferir membros da etnia indígena, a fim de respeitar e preservar a cultura e a tradição deste povo. Alegam que, em muitos casos, as crianças e adolescentes indígenas recebem cuidados de todos os seus familiares, sejam eles consanguíneos ou afins, e a convivência familiar e comunitária é plenamente exercida com notável autonomia e independência. Aduzem que, nos termos do art. 28, § 6<sup>o</sup>, inc. I da Lei 8.069/90 (ECA), introduzido pela Lei n<sup>o</sup> 12.010/2009, merecem respeito às práticas indígenas que atribuem não apenas aos pais, mas a coletividade, os compromissos e responsabilidades atinentes à educação, formação e proteção de crianças e adolescentes. Refere que, no caso dos autos, não foram observadas as regras próprias que regem a colocação de criança indígena em família substituta, vez que o relatório da antropóloga recomendou que fosse mantido o poder familiar exercido pelos membros da comunidade Araweté, sendo outorgada a guarda definitiva ao Sr. Tatuavin Araweté, indígena, residente na Aldeia Turuante ou a outro membro da mesma etnia da criança.

Assevera que os argumentos utilizados pelo magistrado a quo, sustentando que a criança teria sido rejeitada pelos integrantes da tribo indígena por não falar a língua e não comer as comidas indígenas não correspondem à realidade, considerando-se o relativismo cultural. Pretendem seja reformada a sentença para que a criança THILI ARAWETÉ seja colocada no seio da família extensa.

Por fim, pedem o provimento do recurso, com a reforma integral da sentença.

O apelo foi recebido apenas no efeito devolutivo, com arrimo art. 198 do ECA c/c art. 520, VII do CPC/73 (fl. 640).

Em contrarrazões, o apelado pugnou pelo conhecimento e desprovimento do recurso, com a manutenção integral da sentença (fls. 656/662).

Os autos foram distribuídos por prevenção inicialmente à Exma. Sra. Desa. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO, a qual determinou a remessa dos autos ao MPE (fl.



667/668).

O Parquet Estadual exarou parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 670/674).

E petição de fl. 676, a FUNAI, requereu vista dos autos, pleito que foi deferido à fl. 678, tendo a autarquia federal atravessado requerimento para que fosse assegurado o direito de visita dos pais biológicos da infante (fls. 681/683).

A Relatora primeva determinou nova manifestação do MPE, tendo este reiterado o posicionamento no sentido do conhecimento e desprovimento da insurgência, mas manifestando-se favoravelmente ao direito de visita da família biológica, desde que acompanhada de representantes da FUNAI (fls. 688/691).

Às fls. 693/694, o MPF requereu vista dos autos para fins de cópias.

A detentora da guarda da criança, Sra. Olgarina Nascimento Vieira, manifestou-se contrariamente ao pedido formulado pela FUNAI, atinente às visitas à infante pelos pais biológicos (fls. 702/703).

Após redistribuição provocada pela opção decorrente da Emenda Regimental n.º 05/2016, coube-me a relatoria do feito (fl. 707).

Vieram conclusos.

É o Relatório.

Passo a proferir voto.

### V O T O

A EXMA. DESA. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO (RELATORA):

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso e passo à sua análise de mérito.

Trata-se de apelação interposta pelos pais biológicos da criança indígena YJYY ARAWETÉ (THILI), contra sentença que julgou procedente Ação de Destituição do Poder Familiar c/c Liminar de Guarda (colocação em família substituta), nos termos do art. 1.638, I e II do CC/02 c/c art. 28, § 6º, I do ECA.

**NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

O cerne da controvérsia toca o tema do preenchimento dos requisitos para a destituição do poder familiar de criança indígena, após suposta prática de maus-tratos e rejeição na tribo de origem.

O assunto, por evidente, demanda análise para além da legislação de regência.

Antes de adentrar o mérito recursal, reputo necessário um esclarecimento inicial sobre a competência.

1. DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL:



À partida, convém lembrar que embora o Procedimento Administrativo para a apuração da situação de risco tenha sido instaurado pelo MPF, através da Procuradoria da República no Município de Altamira, posteriormente foi encaminhado via declínio de atribuição ao MPE, por entender que se trataria de matéria de competência da Justiça Comum Estadual (fls. 99/101).

Com efeito, segundo a jurisprudência dominante, a competência da Justiça Federal seria restrita às hipóteses de litígios envolvendo a cultura indígena, aos direitos sobre suas terras, bem como àqueles temas relacionados à competência constitucional prevista para a União (CR/88, art. 109, XI).

Nesse sentido, o STF:

EMENTA: Habeas Corpus. (...) 3. Quanto à alegação de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal instaurada na origem, cabe esclarecer que os pacientes foram pronunciados pela suposta participação em crimes cometidos em desfavor de indígenas. Menção à evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do tema da competência da Justiça Comum Estadual ou da Justiça Federal para a apreciação e julgamento de causas envolvendo silvícolas. Precedentes: HC nº 79.530/PA, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, unânime, DJ 25.2.2000; HC nº 81.827/MT, Rel. Min. Maurício Cor rêa, 2ª Turma, unânime, DJ 23.8.2002; RE nº 419.528/PR, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Redator para o Acórdão Min. Cezar Peluso, Pleno, maioria, DJ 9.3.2007. Tais precedentes elaboraram alguns dos critérios por meio dos quais, não obstante o envolvimento de indígenas, tornou-se possível reconhecer a prorrogação da competência da Justiça Federal para a Justiça Comum Estadual em determinados casos. Somente os processos que versarem sobre questões diretamente ligadas à cultura indígena, aos direitos sobre suas terras, ou, ainda, a interesses constitucionalmente atribuíveis à União Federal competiriam à Justiça Federal. Neste ponto, ordem indeferi da por vislumbrar hipótese de incidência da jurisdição da Justiça Federal em face "da relação com a disputa de terras reivindicadas pela FUNAI e pela União como indígenas". (...) 7. Ordem deferida sob duplo fundamento: falta de fundamentação da custódia cautelar e excesso de prazo desde o decreto de prisão preventiva. (HC 91121, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/11/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-03 PP-00505 REPUBLICAÇÃO: DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 RTJ VOL-00205-01 PP-00284) grifou-se

In casu, tratando-se de destituição do poder familiar e direito de guarda de criança, a causa de pedir próxima guarda relação com o direito de família – embora considerada a peculiaridade indígena –, atraindo portanto a competência da Justiça Comum Estadual.

Em casos semelhantes ao ora enfrentado, assim também os julgados do TJDF e do TJRS:

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. GUARDA DE MENOR INDÍGENA. DIREITO INDIVIDUAL. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ATINENTE À COLETIVIDADE INDÍGENA. IMPOSSIBILIDADE DE REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. [...] 1.O ART. 109, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PRESCREVE: "AOS JUÍZES FEDERAIS COMPETE PROCESSAR E JULGAR" "A DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS". O CASO EM TELA TRATA DE MEDIDA DESTINADA A RESGUARDAR



O DIREITO DE UMA ÚNICA CRIANÇA, OU SEJA, QUESTÃO QUE DIZ RESPEITO A DIREITO INDIVIDUAL DE INDÍGENA. NÃO EXISTE QUALQUER ALEGAÇÃO REFERENTE À COLETIVIDADE INDÍGENA.

2. A PARTIR DA FILOSOFIA DO ENUNCIADO Nº 140 DA SÚMULA DO STJ, PODE-SE CONCLUIR QUE O SIMPLES FATO DE EXISTIR INDÍGENA NA RELAÇÃO NÃO DESLOCA DE IMEDIATO A COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL, PARA TANTO, IMPERIOSO SE FAZ QUE HAJA CONDIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

3. SEGUNDO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, "SOMENTE OS PROCESSOS QUE VERSAREM SOBRE QUESTÕES DIRETAMENTE LIGADAS À CULTURA INDÍGENA, AOS DIREITOS SOBRE SUAS TERRAS, OU, AINDA, A INTERESSES CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍVEIS À UNIÃO FEDERAL COMPETIRIAM À JUSTIÇA FEDERAL". SE O PROCESSO NÃO VERSA SOBRE QUESTÕES DIRETAMENTE LIGADAS À CULTURA INDÍGENA, AO DIREITO SOBRE SUAS TERRAS, NÃO HÁ OFENSA A BEM JURÍDICO QUE DEMANDE A INCIDÊNCIA DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS QUE DETERMINAM A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

[...]

(TJDF. Processo 211545920108070000 DF 0021154-59.2010.807.0000. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Publicação: 11/03/2011, DJ-e Pág. 43. Julgamento: 28 de Fevereiro de 2011. Relator: FLAVIO ROSTIROLA) grifou-se

Ementa: MEDIDA DE PROTEÇÃO. CRIANÇA INDÍGENA ABANDONADA. INTERESSE DA FUNAI. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Tratando-se de uma criança abandonada pela família biológica, é cabível a adoção das providências protetivas pretendidas pelo Ministério Público. 2. Mesmo que a criança seja silvícola, deve o processo tramitar perante a Justiça Estadual, especializada nas questões da infância e da juventude, tendo incidência da norma do art. 227 da CFB, com a finalidade de assegurar a proteção integral à criança, prevista no ECA. 3. Precisamente por se tratar de criança indígena, a FUNAI tem legitimidade para figurar no processo, exercendo uma curatela especial, pois a sua função legal é a de prestar assistência aos silvícolas, a fim de que, tanto quanto possível, possa a criança ser mantida dentro do seu grupo étnico, respeitando-se sua organização social, costumes, crenças e tradições. Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento Nº 70016832586, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/11/2006)

Assim, reputo acertada a tramitação do feito perante a Justiça Estadual, a partir da propositura da ação pelo MPE de Altamira, instruída com as peças de informação remetidas pelo MPF, não se justificando o deslocamento da competência pelo simples legitimidade ad causam da FUNAI (autarquia federal).

## 2. DO MÉRITO RECURSAL:

No mérito, entendo que a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Obviamente, trata-se de questão complexa, eis que demanda mais do que a simples aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto, buscando-se a melhor solução possível à luz do diálogo intercultural, e, por isso mesmo, exigindo apelo ao bom senso, visto por M. de Cervantes como o Deus da vida prática.

A despeito de se tratar de um hard case, buscarei ser objetiva ao expor minhas razões de decidir.



Como visto, trata-se de apelação interposta pelos pais biológicos da criança YJYY ARAWETÉ (THILI), oriunda do povo indígena ARAWETÉ contra sentença que julgou procedente Ação de Destituição do Poder Familiar c/c Liminar de Guarda (colocação em família substituta), nos termos do art. 1.638, I e II do CC/02 c/c art. 28, § 6º, I do ECA.

Reza a Constituição da República de 1988 (art. 231, caput): são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Dispõe o artigo 28, § 6º do ECA, in litteris:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. (...)

§ 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal;

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia;

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

Obviamente, os dispositivos supra devem ser analisados à luz do caso concreto.

Consta dos autos que o Procedimento Administrativo foi instaurado pelo MPF em 16/04/2010 para acompanhar a reinserção à comunidade indígena ARAWETÉ da criança YJYY (THILI) que, quando recém-nascida, necessitou ser afastada da aldeia para receber tratamento médico especializado em Belém, em razão de apresentar quadro de desnutrição e outras doenças graves, sendo tal afastamento intermediado pela FUNAI. Após aproximadamente 02 (dois) anos, ao retornar em 12/02/2010 de Belém e ser levada à aldeia Araweté, não se habituou à cultura indígena e à sua família.

Na Capital, a criança ficou sob os cuidados da técnica de enfermagem da Casa do Índio (CASAI), Sra. OLGARINA NASCIMENTO VIEIRA, em favor de quem foi deferido o pedido de guarda provisória formulado pelo MPE, após a constatação de que a criança estaria sofrendo maus tratos por parte de seus familiares durante a tentativa de reinserção da comunidade indígena de origem, como retaliação por não saber falar a língua nativa, bem como por rejeitar os hábitos alimentares da aldeia, não se adaptando à cultura.

Potencialmente caracterizada, pois, a situação de risco, foi proposta a ação perante o juízo singular, a qual posteriormente foi julgada totalmente procedente, destituindo-se o poder familiar e concedendo a guarda definitiva da criança indígena à guardiã provisória.

Em suas razões, os apelantes, representados pela Defensoria Pública do Estado, pleiteiam o provimento do recurso, com a reforma integral da sentença, a fim de que a criança indígena retorne ao núcleo familiar de seus pais biológicos ou, subsidiariamente, que fosse colocada em família substituta do índio Taia-ro,



conforme apontado no laudo antropológico, que é da mesma comunidade ARAWETÉ, nos termos do art. 28, § 6º do ECA.

Pois bem.

Sem abstrair todas a complexidade que o caso apresenta em sua análise, entendo que andou bem o juízo singular, na medida em que centrou sua fundamentação nos conceitos de vulnerabilidade e adaptação, para afastar o forte argumento de relativismo cultural.

Como bem pontuou o Parquet Estadual em seu parecer de fls. 670/674, in litteris:

Devido a sua não readaptação à cultura indígena, a infante voltou a ser acometida por várias doenças e, em decorrência dos maus tratos sofridos, aumentou o número de hematomas e queimaduras pelo seu corpo, conforme se depreende dos laudos de fls. 132 e 133, dos depoimentos prestados na Audiência de Instrução e Julgamento (fls. 140-148) e das fotos anexadas nas fls. 125-129.

Vale a pena transcrever um trecho do Laudo Antropológico que ratifica os maus-tratos vivenciados pela menor:

(...) Eles contam que, Thili só comia comida de branco (arroz, bolacha, farofa, leite). Quando alguém conseguia dar comida pra ela, a mãe colocava o dedo dentro de sua boca, machucando-a. (...)

(...) eles dizem que Tiñarai-hi levava a criança para banhar e acabava afongando-a por um minuto. (...)

(...) Sobre as queimaduras, eles disseram que, quando eles foram para o mato com Tiñarai-do (caçar ou coletar frutos), Tiñarai-hi aproveitou para 'meter fogo' na boca e nos glúteos da menina (...) (fl. 70).

Embora não se possa afirmar sem esteio em bases científicas sólidas, especialmente no campo da antropologia social, que a criança foi rejeitada por motivos intrínsecos à cultura do povo Araweté, tampouco que a forma pela qual tal povo encara a reinserção da criança seja essencialmente baseada na força, fato é que vejo com muita dificuldade a possibilidade de se poder tolerar o uso da força e da violência em criança que não foi criada sob os costumes indígenas, estando hoje com mais de 06 anos de idade e totalmente adaptada à sociedade civil.

Há prova testemunhal nos autos – corroborada pelo Laudo Antropológico de fls. 319/370 – de que a criança precisou retornar ao hospital em Belém após a tentativa frustrada de reinserção na comunidade indígena, apresentando quadro clínico de desnutrição grave, anemia aguda, queimaduras e malária (vide docs. de fls. 292/296 e 319/370).

Nesse contexto, a tese de relativismo cultural fenece frente às peculiaridades do caso concreto.

Não se ignora que há casos de rejeição de crianças pela comunidade indígena Araweté de Altamira, como o exemplo, mutatis mutandis, dos gêmeos nascidos em maio de 2016 naquela comunidade, ocasião em que as crianças foram rejeitadas pela tribo, devido à crença da etnia que entende o nascimento de gêmeos como o símbolo da aparição de uma catástrofe (mau agouro), conforme recentemente noticiado em jornal de grande circulação (link: <http://m.diarioonline.com.br/noticia-369548-.html>).



Em livro clássico sobre a comunidade indígena em testilha, fruto da tese de doutorado em antropologia social intitulada Arawete: os deuses canibais, o Professor Eduardo Viveiros de Castro assim se pronuncia:

(...)

Nos Araweté, cada caso é um caso – o grupo doméstico é o elemento subordinante, a aldeia o produto subordinado.

(...)

As razões para o aborto ou o infanticídio são várias; divórcio do casal durante a gestação, fato relativamente raro (a decisão é aí justificada laconicamente: hiro reti mi re, "matriz desprezada"); morte do marido nesse período; gestação em mulheres jovens, que tem "preguiça de amamentar e medo de se submeter as restrições; filhos concebidos ou nascidos durante epidemias, especialmente se os pais tomaram medicação dos brancos; deformações na criança (que se atribuem aos remédios ocidentais, ao sêmen do Morador da Água, ou não se explicam); gravidez prematura em relação a anterior; e até simples querelas entre esposos, quando a mulher se vingava matando a criança.

(In: CASTRO, Eduardo Batalha Viveiros de. Arawete: os deuses canibais. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed, 1986. p. 287 e 450)

Não é demasiado lembrar que o que comumente se chama de criança rejeitada pela tribo, situação devidamente constatada nos autos, poderia caracterizar os delitos de abandono de incapaz (CP, art. 133), maus tratos (CP, art. 136) e abandono material (CP, art. 244), caso aplicável a lei penal aos indígenas não integrados, isto é, caso afastada a inimputabilidade. Todavia, a tendência atual é reconhecer-se, em prejuízo do direito oficial, a autonomia e a validade do direito penal indígena (DPI), isto é, o direito traduzido nos usos, costumes e tradições dos povos indígenas.

Aliás, já o art. 57 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) dispunha que será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Dessa forma, é impossível deixar de notar que a criança foi retirada da comunidade indígena muito cedo, tornando extremamente dificultosa a adaptação à cultura de origem. Logo, deve prevalecer a interpretação da norma que privilegia o princípio da melhor interesse da criança, vetor hermenêutico que corrobora a atribuição da guarda à quem detenha melhores condições de garantir sua saúde física e psicológica, sem ignorar sua origem.

Em situação semelhante, assim já decidiu o TJRS:

**Ementa: DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. INAPTIDÃO DOS GENITORES PARA O DESEMPENHO DA FUNÇÃO PARENTAL. SITUAÇÃO DE RISCO. CRIANÇA INDÍGENA.**  
1. Embora o art. 28, § 6º, inc. I e II, do ECA, com a redação dada pela Lei nº 12.010/2009, disponha que, em se tratando de criança indígena, a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ao junto a membros da mesma etnia, no caso não houve como consolidar a colocação da infante na família extensa. 2. Se os genitores não possuem as mínimas condições pessoais para cuidar da filha, jamais tendo exercido de forma adequada a maternidade e a paternidade, mantendo a filha em constante situação de risco, torna-se imperiosa a destituição do poder familiar, a fim de que a criança, que já está inserida em





família substituta, possa desfrutar de uma vida mais saudável, equilibrada e feliz. Recurso desprovido. (Apelação Cível N° 70052687761, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/02/2013)

Quanto à principal tese subsidiária de inobservância do disposto no art. 28, § 6º, II do ECA (colocação em família substituta prioritariamente no seio da mesma comunidade ou etnia), excepcionalmente, entendo que não merece prosperar.

É que no caso concreto, particularmente, a tentativa de reinserção da criança no seio da comunidade indígena de origem já se mostrou infrutífera, ante o inevitável choque cultural agravado pelo decurso do tempo.

Destarte, à luz das peculiaridades do caso concreto, entendo necessário mitigar a norma do ECA que determina a colocação preferencial da criança em família substituta da mesma comunidade ou etnia. Aliás, no laudo antropológico que recomenda a incidência do art. 28, § 6º, II do ECA, a própria perita aduz que não conversou diretamente com os índios dispostos a adotar a criança (fl. 56).

Sobre o assunto, confira-se:

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ADOÇÃO C.C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - CRIANÇAS INDÍGENAS - ALEGADA NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PREVISTAS NO ART. 28, § 6º, DO ECA PARA A CONCESSÃO DA GUARDA PROVISÓRIA - AFASTADA - FORMALIDADE DESNECESSÁRIA À VIABILIZAÇÃO DA GUARDA - GUARDA PROVISÓRIA MANTIDA - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E DO INTERESSE DO MENOR - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Inobstante o necessário cumprimento das providências previstas no art. 28, § 6º, III, do ECA, estas não impedem a manutenção da decisão objurgada quanto a concessão da guarda provisória, em observância aos Princípios da Dignidade Humana e do Interesse do Menor. (TJMS. Processo AI 40135347920138120000 MS 4013534-79.2013.8.12.0000. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Publicação: 07/04/2014. Julgamento: 25 de Março de 2014. Relator: Des. Divoncir Schreiner Maranhão).**

Uma vez mais, o judicioso parecer do MPE, in verbis:

Logo, imperiosa a manutenção da sentença fustigada para manter a guarda definitiva com a Sra. Olgarina, a qual sempre cuidou da criança com muito amor e respeito à dignidade da pessoa humana, o que não se constatou com sua família natural.

No que concerne ao pedido alternativo de colocação da criança em família substituta dentro da própria aldeia, nos termos do art. 28, § 6º, II do ECA, percebe-se a sua inaplicabilidade ao caso em apreço, frente à impossibilidade de readaptação da criança à cultura indígena, como já restou claro em tudo o que aqui já foi debatido. (fl. 674)

Por derradeiro, considerando o pedido formulado pela FUNAI atinente ao direito de visita dos parentes biológicos, hei por bem indeferi-lo, eis que a despeito de a sentença de guarda não transitar em julgado, a destituição do poder familiar recomenda o afastamento provisório dos familiares para fins de resguardar a integridade psíquica da criança, sem prejuízo de ulterior reavaliação do pedido.



Ante o exposto, conheço e NEGO PROVIMENTO ao apelo, mantendo intacta a sentença recorrida.

É como voto.

Belém - PA, 22 de agosto de 2017.

Desa. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO  
Relatora