



A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NA CONDENAÇÃO PENAL DE INDÍGENAS PUNIDOS POR SUA ALDEIA

Camila de Oliveira Taques

E-mail: camitaques2101@hotmail.com

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná, Brasil.

Thais Soares de Oliveira

E-mail: 98thaisoliveira@gmail.com

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná, Brasil

Christiane Cruvinel Queiroz

E-mail: ccqueiroz@uepg.br

Doutora em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - Paraná, Brasil.

Professora colaboradora da Universidade Estadual de Ponta Grossa - Paraná, Brasil.

Resumo: Este artigo trata da possibilidade de aplicação do princípio do *ne bis in idem* nos casos envolvendo indígenas que praticam condutas delitivas previstas na legislação penal brasileira, com fundamento no respeito às tradições da comunidade. Para tanto, busca demonstrar a contradição existente entre a ordem constitucional de 1988 e a Lei nº 6.001/1973 no que tange ao critério assimilacionista desses povos à sociedade civilizada. Será abordado, também, os direitos e garantias conferidos a esses povos em âmbito internacional. Em seguida, trata do princípio do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro e, finalmente, será avaliada a Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, em que se afastou a aplicação da sanção estatal em virtude do reconhecimento dos direitos culturais indígenas. A pesquisa de natureza exploratória e cunho qualitativo, adotou como instrumentos metodológicos a revisão bibliográfica e pesquisa documental e jurisprudencial.

Palavras-chave: povos indígenas, direito cultural dos indígenas, legislação, *ne bis in idem*.

Abstract: This article explores the possibility of applying the principle of *ne bis in idem* in cases involving indigenous peoples who engage in conduct deemed criminal under Brazilian law, based on respect for their community's traditions. The analysis begins by highlighting the contradiction between the 1988 constitutional order and Law nº. 6.001/1973 regarding the assimilationist criterion of integrating these peoples into civilized society. The discussion also extends to the rights and guarantees afforded to indigenous peoples at the international level. Subsequently, the principle of *ne bis in idem* within the Brazilian legal system is examined, followed by an evaluation of Criminal Appeal No. 0090.10.000302-0, in which the application of state sanctions was dismissed due to the recognition of indigenous cultural rights. The research, which was exploratory and qualitative in nature, adopted bibliographic review, as well as documentary and jurisprudential analysis, as its methodological instruments.

Keywords: indigenous peoples, indigenous cultural rights, legislation, *ne bis in idem*.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* em situações de delitos praticados por indígenas¹ que são

¹ Apenas para fins didáticos, serão utilizados como sinônimos os termos índio, autóctones, dentre outras formas utilizadas para designar o indígena. Sem negligenciar as diferenças conceituais entre os termos *índio* — utilizado pelos colonizadores de forma pejorativa para designar todos os povos que viviam na América — e *indígena* — para se referir ao povo originário, isto é, aquele que está ali antes



penalizados dentro de sua própria comunidade, em conformidade com seus costumes e tradições. Além disso, pretende verificar se a aplicação desse princípio nas situações em questão significaria dar maior efetividade aos direitos culturais que a Constituição Federal de 1988 passou a assegurar a esses povos.

Como base para a pesquisa, serão analisados os direitos e as garantias que a Constituição Brasileira assegura aos povos indígenas. Ponderar-se-á a intenção do constituinte em promover a continuidade física e cultural dessa minoria étnica nacional, reconhecendo sua cultura, idiomas, tradições e religiosidade como características inerentes a essa comunidade e, acima de tudo, afirmar o direito deles permanecerem identificados como ‘índios’. Será examinado que, a partir da nova ordem constitucional, ocorreu uma quebra no paradigma assimilacionista do indígena à sociedade civilizada, em favor da salvaguarda da identidade cultural dos povos originários.

Em seguida, será examinado o conjunto de proteções e as garantias conferidas aos povos indígenas em âmbito infraconstitucional, com especial atenção à Lei nº 6.001 de 1973, denominada de Estatuto do Índio. Serão destacadas as discrepâncias existentes entre essa legislação específica e as diretrizes estabelecidas pela constituição, além de se discutir também as legislações internacionais, abordando a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Após, será analisado o princípio do *ne bis in idem*, apontando a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, será apresentado um olhar ampliado do referido princípio, discorrendo sobre a tese de que a punição aplicada pelo Estado, ao indígena infrator, após a sanção aplicada no âmbito da comunidade indígena, viola o princípio em voga.

Por fim, será estudado o “Caso Denilson”, objeto do julgamento da Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, que exemplifica o exposto no presente artigo, ante o reconhecimento da aplicação do princípio tratado diante da aplicação da sanção penal pela aldeia do réu, mediante julgamento realizado pelas autoridades indígenas.

dos outros, de forma a valorizar a diversidade de cada povo —, serão utilizadas, no presente trabalho, essas expressões como sinônimas, até porque a própria Constituição Federal de 1988 utiliza o termo “Dos Índios” ao destinar um capítulo exclusivo a essa etnia.



A pesquisa de caráter exploratório e cunho qualitativo, teve como metodologia do trabalho a análise de diversas bibliografias sobre o tema, bem como o levantamento jurisprudencial de aplicação do princípio do *ne bis in idem* em casos concretos de crimes cometidos por indígenas.

Proteção e garantias conferidas aos indígenas pela Constituição Federal de 1988

Os direitos culturais, como indispensáveis à personalidade do ser humano, passaram a integrar o ordenamento jurídico brasileiro a partir do final da década de 1980, com o fim do regime militar e a redemocratização do país. Nesse momento histórico, mais precisamente em 5 de outubro de 1988, foi promulgada uma nova ordem constitucional, na qual foi introduzido um capítulo destinado exclusivamente aos povos indígenas, conferindo-lhes o direito de permanecerem como índio (Filho e Filho, 2021, p. 16).

Com a nova ordem constitucional, os grupos sociais até então excluídos de direitos básicos por questões étnicas como, por exemplo, os indígenas, passaram a ser sujeitos de proteção. A defesa dos povos originários fundamentou-se no fato de que sua mera existência remetia à origem da formação cultural do país, bem como contribuía para a diversidade cultural formadora da identidade do povo brasileiro (Feijó, 2016, p. 13).

A Constituição Federal de 1988, em seu Título VIII, que versa sobre a Ordem Social, especificamente no Capítulo VIII, que trata dos Índios (artigos 231 e 232), representa, portanto, um marco na garantia dos direitos conferidos aos povos indígenas brasileiros. O constituinte, ao destinar um capítulo exclusivo à proteção dos indígenas, evidenciou sua pretensão de integração das comunidades indígenas, destacou a importância de participação desse grupo na formação da matriz cultural brasileira, estabeleceu mecanismos aptos a assegurar a reprodução física e cultural das minorias étnicas nacionais e reconheceu a cultura, as línguas, as tradições e a religiosidade como próprias dessa comunidade.

Visando preservar a minoria étnica nacional, o *caput* e os parágrafos do artigo 231 da Carta Magna reconhecem aos “índios” sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que



tradicionalmente ocupam (Brasil, 1988), fixando direitos e garantias que demonstram mudança no paradigma de assimilação cultural pela proteção à diversidade cultural (Feijó, 2016, p. 14).

Destarte, verifica-se que o ditame garantista estabelecido pelo artigo 231 da Carta da República visou prescrever o máximo respeito, proteção e reconhecimento da cultura existente dentro do território dos povos originários, competindo ao Estado e à sociedade brasileira respeitar a sua cultura e hábitos próprios, sua diversidade, sua autodeterminação e sua alteridade, como forma de respeito ao ordenamento jurídico constitucional.

Além do capítulo que trata exclusivamente do “Índio”, o artigo 210, parágrafo 2º, da Lei Maior, assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem durante o ensino fundamental, de forma a valorizar a cultura indígena e a sua influência sobre a sociedade (Brasil, 1988).

Também a fim de preservar a identidade cultural dos nativos e proteger o seu modo de vida, o artigo 215, *caput* e §1º, da Constituição da República estabelece:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (Brasil, 1988, cap. III).

Esse dispositivo conferiu proteção às manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, ou seja, aos grupos participantes do processo civilizatório nacional e pertencentes ao patrimônio cultural brasileiro, demonstrando reconhecimento à diferença ao determinar que o Estado deve incentivar a valorização e difusão de manifestações culturais indígenas (Lopes e Uchoa, 2018, p. 15-16).

Por sua vez, o artigo 216, inciso II, do mesmo diploma legal, ampliou o conceito de patrimônio cultural, incorporando os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade



brasileira — como os modos de criar, fazer e viver — elementos pertencentes ao patrimônio cultural nacional (Brasil, 1988).

Acerca da nova conceituação de patrimônio cultural brasileiro, José Ricardo Oriá Fernandes pontua:

Como podemos constatar, o legislador constitucional aceitou integralmente a moderna conceituação de Patrimônio Cultural, deixando de lado as expressões até então consagradas nos textos constitucionais anteriores, tais como: “patrimônio histórico, artístico, arquitetônico, arqueológico e paisagístico”. Adota-se, portanto, uma noção mais abrangente de Patrimônio Cultural e se rompe com a visão elitista de considerar apenas objeto de preservação cultural as manifestações da classe historicamente dominante ao incorporar os diferentes grupos étnicos que contribuíram para a formação da sociedade brasileira (Fernandes, 2010, p. 10).

Evidente, portanto, a incidência do princípio do pluralismo cultural na ordem constitucional brasileira, o qual busca reconhecer a diversidade do patrimônio etnocultural do país e a diversidade cultural como um direito dos povos, além de valorizar as diversas culturas presentes no território nacional, não podendo haver hierarquia e qualquer tratamento discriminatório entre as diferentes manifestações culturais brasileiras (Brasil, MEC, 2019).

Pontue-se, contudo, que apesar da previsão e reconhecimento dos direitos indígenas a partir de uma integração constitucional, não se pode afirmar que se estabeleceu um regime de autonomia institucional, com jurisdição, instituições e unidades organizacionais próprias a serem comandadas pelos povos originários. Essa ausência de previsão legal acarreta, em variadas situações, colisões entre a ordem jurídica estatal brasileira e as ordens normativas das comunidades indígenas (Neves, 2009), especialmente no que tange a responsabilização penal de indígenas pela própria comunidade em detrimento da aplicação do Código Penal.

Proteção e garantias conferidas aos indígenas em âmbito infraconstitucional e internacional

Antes mesmo da Constituição da República de 1988, demonstrando-se um marco do reconhecimento da cultura e da etnicidade indígena, em 1973 foi publicada a Lei nº 6.001, conhecida como Estatuto do Índio, a qual passou a regular a situação jurídica dos povos nativos.



O parágrafo único, do artigo 1º, do referido Estatuto, enfatizou que aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas na lei (Brasil, 1973).

Destaque-se que embora o *caput* do artigo 1º tenha objetivado a integração progressiva e harmoniosa das comunidades indígenas à comunhão nacional, estabeleceu-se que deveria ser respeitado, nesse processo, a coesão da comunidade indígena, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes, segundo o disposto no art. 2º, VI (Brasil, 1973).

Apesar da ressalva quanto à necessidade de se respeitar os costumes indígenas, a Lei nº 6.001/1973 é amplamente conhecida por sua característica assimilacionista, isto é, por defender que os indígenas devem integrar-se à sociedade civilizada.

Mesmo após a promulgação da Constituição Federal, a qual reconheceu o direito dos povos indígenas de permanecerem como “índio”, o Estatuto continuou vigente, evidenciando-se, assim, uma incongruência existente entre a norma infraconstitucional e o comando constitucional sobre o tema. Sobre essa divergência, pontuou Yan Lucas de Souza Fernandes:

Enquanto a Constituição Cidadã reconhece toda a complexidade de ser um indígena, de pertencer aos povos originários dessa terra e, portanto, nutrir valores e costumes completamente distintos aos nossos, a legislação infraconstitucional parece não saber lidar bem com essa informação, levando ora a ignorá-la completamente (art.7, caput, da L6001/73) e ora a respeitá-la minimamente (parágrafo único do art.1º, da L6001/73) (Fernandes, 2021, p. 25)

Evidente, portanto, que a ordem constitucional de 1988 buscou romper com o paradigma de incorporação e promoveu a garantia dos direitos dos indígenas de permanecerem como povos originários, ficando estabelecido, inclusive, como um dos princípios da República Federativa do Brasil, a autodeterminação dos povos (Brasil, 1988, art. 4º, inc. III).

Por sua vez, no que tange aos direitos dos nativos tutelados em âmbito internacional, no intuito de regular as condições de trabalho de populações indígenas, em 1991 entrou em vigor a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1991). No Brasil, essa Convenção foi ratificada em



19 de abril de 2004, através do Decreto 5.051/2004, estando em vigência, atualmente, por força do Decreto nº 10.088, de 05 de novembro de 2019 (Brasil, 2019).

Especialmente quanto à proteção da cultura dos povos indígenas, dispõe a Convenção:

[...] Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram; Observando que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão freqüentemente; [...] Artigo 4º: 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados [...] (Brasil, 2019, anexo LXXII).

Nota-se, assim, que para além da discriminação contra os povos indígenas na vida pública e no âmbito do trabalho, a citada Convenção obriga os Estados Partes a assolar qualquer tipo de discriminação existente contra os povos nativos (Wolfrum, 2010, p. 603).

Também em âmbito Internacional, em 13 de setembro de 2007, foi publicada pela Assembleia Geral da ONU, em Nova York, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Nesse instrumento, os povos indígenas tiveram seu direito à autodeterminação reconhecido, podendo determinar livremente sua condição política e buscar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural (ONU, 2008, art. 3º). Além disso, foi assegurado “[...] o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais [...]” (ONU, 2007. art. 5º).

O artigo 34 da citada Declaração conferiu aos povos indígenas o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos (ONU, 2008).

No que diz respeito às tratativas diretas do Estado com as comunidades nativas, a Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas pontuou a necessidade de prévia consulta a essas comunidades quando da realização de



empreendimentos econômicos em suas terras ou adoção de medidas legislativas (ONU, 2008, art. 19). Denota-se que nesse dispositivo não ficou estabelecida a necessidade de consulta prévia quando o fato tratar-se de assuntos jurídicos envolvendo integrantes da comunidade tradicional.

Acerca do compromisso firmado pelo Brasil perante a ordem internacional, pontuou Julianne Holder Da Câmara Silva Feijó:

Ressalte-se que o Brasil, juntamente com 142 países, votou a favor da Declaração, devendo manter o compromisso firmado perante a ordem internacional, de modo a não perder prestígio e credibilidade frente às outras Nações. Apesar de não ter força vinculante, a Declaração deve servir de orientação na realização de políticas públicas, na tomada de decisões judiciais e na adoção de medidas legislativas pelo Estado brasileiro, já que reflete o seu compromisso, assumido perante os demais Estados nacionais, para com os povos indígenas (Feijó, 2016, p. 23).

Portanto, a partir dessa análise sucinta, pode-se perceber que há disposições legislativas, tanto nacionais quanto internacionais, que, ao menos formalmente, reconhecem e protegem os direitos culturais dos povos indígenas. No entanto, deve-se compreender que no mundo dos fatos esses direitos ainda carecem de um nível de efetividade que esteja em conformidade com o respeito à dignidade dessas populações (Lopes e Uchoa, 2018, p. 18).

Dessa forma, levando em conta que este estudo visa investigar a relevância do princípio do *ne bis in idem* em situações de crimes praticados por indígenas que são punidos dentro de suas comunidades, faremos uma breve análise desse princípio, além de examinar a viabilidade de sua aplicação pelo Estado Brasileiro em relação ao indígena infrator.

O princípio do *ne bis in idem* na sanção de indígena infrator

O princípio do *ne bis in idem*, definido como a vedação da dupla punição em uma esfera pelo mesmo fato, é fundamental para garantir o direito dos indivíduos, sobretudo porque confere a certeza ao acusado de que não será punido mais de uma vez por um crime praticado. Neste sentido:

O princípio do *ne bis in idem* é um dos fundamentos do sistema penal democrático e do Estado de Direito. Visa garantir que ninguém seja punido duas vezes pelo mesmo fato, evitando, assim, a dupla punição e a violação



dos direitos fundamentais do indivíduo. A expressão *ne bis in idem* ou *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, em sua própria acepção semântica esclarece o seu conteúdo, considerando que “o mesmo” (*idem*) não deve ser repetido (*ne bis*). Assim, antecipando sua acepção jurídica, o princípio traduz a ideia de que o Estado não pode impor a um indivíduo uma dupla sanção/processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*) (Ferreira, 2023, p. 17)

Historicamente, em diversas sociedades, há registros da aplicação de normas que proíbem o processamento ou punição de um fato mais de uma vez. Nessa linha, Luís Mota Carmo aponta a origem do princípio no direito romano:

Face à dificuldade em localizar a origem do princípio, aceitar-se-á como primeira manifestação do *ne bis in idem* o direito romano, uma vez que é nele que aparece consubstanciada a fórmula *bis de eadem re ne sit actio*, que também aparece expressa com os termos *bis de eadem re agere non licet*, cuja tradução vem a ser não há acção repetida sobre a mesma coisa ou não é lícito accionar duas vezes pelo mesmo (Carmo, 2009, p.10)

No Brasil, ainda que o *ne bis in idem* não esteja previsto na Carta magna, de maneira expressa, o artigo 5º, §2º, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Brasil, 1988). Portanto, considerando que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a qual veda, no artigo 8.4, a submissão a um novo processo pelos mesmos fatos o acusado absolvido por sentença transitada em julgado, o referido princípio deve ser considerado garantia fundamental no ordenamento jurídico brasileiro (Brasil, 1992).

No presente artigo, é necessário analisar esse princípio de uma maneira ampliada, entendendo que a sanção aplicada pela aldeia ao indígena, em conformidade com as normas jurídicas, logrou êxito em puni-lo pela prática delituosa e, portanto, uma punição posteriormente aplicada pelo Estado violaria o princípio do *ne bis in idem*.

O artigo 57 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) dispõe que “será tolerada 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” (Brasil, 1973). Neste sentido, o artigo ressalta que as sanções aplicadas não podem ir de encontro com os direitos fundamentais, sobretudo pela garantia da dignidade da pessoa



humana. Além disso, o artigo 9.1 da convenção nº 169 da OIT reitera esse posicionamento, dispondo:

Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros (Brasil, 1989).

Dessa forma, resta claro que a punição aplicada ao indígena infrator, pelos membros do seu grupo, deve ser compatível com a legislação brasileira, sendo inconcebível a tolerância do Estado na aplicação de penas cruéis.

Outro ponto que deve ser considerado é a proporcionalidade da penalidade aplicada, nas palavras de Ludmila de Paula Castro Silva, Pedro Pulzatto Peruzzo, Rogério Sanches Cunha e Thiago Rodovalho dos Santos:

Se é certo que a penalização aplicada pelos grupos tribais deve respeitar os direitos humanos, também é certo que tal sanção deve ser proporcional ao crime cometido para conceder a justa medida de resposta, desestimulando a reiteração da conduta. Assim sendo, a violação aos direitos humanos não emerge apenas em relação ao tipo de pena (cruel, degradante ou de morte), mas também sob a dimensão pedagógica da resposta do grupo indígena. É neste ponto que entra tudo o que trouxemos para o debate sobre diversidade cultural, tradições, interpretações e compreensão da pena pelo índio que a recebe e pela comunidade (indígena e não indígena) que se beneficia dela (Silva, Peruzzo, Cunha, Santos, 2022, p.102)

Neste sentido, faz-se necessário a fiscalização estatal, a fim de assegurar que a sanção aplicada não viole os direitos fundamentais, bem como seja compatível com o delito cometido, garantindo, assim, os direitos do infrator. Assim entendem os autores acima citados, os quais afirmam que o Estado deve intervir quando a punição for considerada injusta ou ilegítima, sendo admissível a não aplicação da pena por parte do Estado, quando devidamente resguardados os direitos fundamentais e os parâmetros de proporcionalidade na punição aplicada pela aldeia (Silva, Peruzzo, Cunha, Santos, 2022, p.106).

Em suma, à luz do artigo 231 da Constituição Federal, que já foi tratado anteriormente, é possível considerar válida a punição aplicada dentro da comunidade indígena, quando compatível com o ordenamento jurídico, devendo esta ser a única sanção penal aplicada ao nativo infrator, sob pena de ferir o princípio em questão.



Análise da decisão do estado de Roraima sobre a aplicação do *ne bis in idem* no caso sanção penal aplicada pela comunidade indígena

Diante do exposto, passa-se, pois, analisar o entendimento jurisprudencial sobre o tema tratado, tomando como base a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, a qual negou provimento ao apelo do Ministério Público para reconhecer a responsabilização penal aplicada pela própria comunidade e afastar o direito de punir estatal, com fulcro no princípio do *ne bis in idem*:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO .

1- Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos por força do art. 57 do Estatuto do Índio, que veda a aplicação de penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado.

2- A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indígena indica clara situação de ofensa ao princípio non bis in idem.

3 - O debate sob exame passa a envolver direitos humanos quando se tem em conta não apenas os direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, estando esses direitos todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte.

4 - Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto como tendo status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF.

5 - Se até países que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do jus puniendi de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil.



6 - Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida. Apelo desprovido.

(TJRR, Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, Câmara Única – Turma Criminal, Rel. Desembargador Mauro Campelo, j. 18.12.15)

O caso acima citado, conhecido como “Caso Denilson”, trata-se de um homicídio praticado por um indígena contra o seu irmão, dentro da aldeia, que resultou na punição do infrator de acordo com os costumes e tradições da comunidade indígena, por meio de dois julgamentos. O primeiro julgamento foi realizado pelas lideranças (tuxauas) da tribo Manoá, a qual o réu pertencia. O segundo julgamento contou com a participação dos líderes de outras comunidades da região, entre elas Anauá, Manoá, Wai Wai, e servidores da Funai (TJRR, 2015).

Assim, o segundo julgamento, em decisão definitiva, determinou as seguintes penalidades:

1. O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região do Wai Wai por mais 5 (cinco) anos com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
 2. Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a Convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai;
 3. Participar de trabalho comunitário;
 4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade;
 5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com o tuxaua;
 6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;
 7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;
 8. Aprender a cultura e a língua Wai Wai;
 9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar (sic) outra decisão”. (fls. 224).
- Cabe acentuar que todo o procedimento supramencionado foi realizado sem mencionar em momento algum a legislação estatal, tendo apenas como norte a autoridade que seus usos e costumes lhe conferem (TJRR, 2015)

Diante disso, ao final da instrução processual, a defesa do acusado informou ao Juízo a ocorrência do julgamento na aldeia indígena, anexando cópia da ata do segundo julgamento realizado, valendo-se da tese do *ne bis in idem* para afastar uma possível condenação penal. No pronunciamento final, o Juiz decidiu pelo afastamento do direito de punir estatal, em face da punição anteriormente aplicada pela comunidade indígena, sendo essa decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, após a interposição do recurso de apelação pelo Ministério Público.



Esse entendimento é considerado emblemático, vez que estabelece limite à jurisdição estatal, reconhecendo a autonomia da comunidade indígena em punir um dos seus integrantes, desde que garantida a dignidade do infrator, considerando, conforme a ementa, uma clara ofensa ao princípio do *bis in idem* a punição posteriormente aplicada pelo Estado.

Para além desse entendimento, os autores Edson Damas da Silveira e Serguei Aily Franco de Camargo ponderam que, mesmo que o poder Judiciário tenha respeitado os mecanismos de resolução de conflitos da terra indígena, o Estado não abriu mão de “dizer a última palavra” e de exercer a sua soberania, evidenciando que “acolher para si uma decisão comunitária como válida e legítima, num estágio de controle posterior aos fatos e desdobramentos culturais, significa sim exercer jurisdição como última manifestação de vontade e no exercício pleno da soberania” (Silveira e Camargo, 2017, p. 32).

Outro ponto que merece destaque é a penalidade aplicada, sobretudo porque ela demonstra o caráter de ressocialização do criminoso, dado que a pena é voltada ao trabalho e integração na aldeia Wai Wai, bem como ao respeito e obediência das autoridades da comunidade, priorizando o convívio e benefício comunitário. Ademais, não há previsão da exclusão da liberdade do agente, tendo em vista que os integrantes da aldeia consideram tal situação como perda da força de trabalho (Lopes e Uchoa, 2018, p.20).

Dessarte, o Poder Judiciário do estado de Roraima, em primeira e segunda instância, entendeu que as sanções aplicadas no âmbito da comunidade indígena foi válida e deve ser tolerada pelo Estado. Assim, o acórdão mencionado ilustra o que foi tratado ao longo do presente artigo.

Conclusão

A pesquisa desenvolvida observou que, apesar da lei indigenista nº 6.001 de 1973 (Estatuto do Índio) ter sido um marco importante para a regulamentação da situação jurídica das comunidades nativas, foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se reconheceu, ainda que formalmente, o direito dos indígenas de preservar e nutrir seus valores e tradições, especialmente no que tange à manutenção de sua identidade como “índio”.



Acerca das possibilidades de reconhecimento estatal da validade da punição aplicada ao indígena na esfera de sua comunidade, demonstrou-se que tal reconhecimento poderia resultar em uma maior efetivação dos direitos culturais desses povos conferidos pela ordem constitucional nacional.

Além disso, inferiu-se que um dos mecanismos que o Estado Brasileiro poderia empregar para, de fato, assegurar os direitos culturais dos povos originários seria conduzir uma consulta prévia com a comunidade a que pertence o indígena infrator. Dessa forma, estar-se-ia operando uma interpretação que vai além da necessidade de consulta prévia à comunidade indígena para a realização de empreendimentos econômicos e para a adoção de medidas legislativas, dispostas no artigo 19 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Ressalta-se que o presente artigo em hipótese alguma defende a impunidade do indígena infrator pelos delitos cometidos. O que se aponta é a viabilidade da punição ser aplicada no âmbito da aldeia em que o réu está inserido, com base nos costumes e tradições da comunidade, respeitando os limites estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro e, sobretudo, os direitos fundamentais, conforme estabelece o artigo 231 da Constituição Federal e o 57 do Estatuto do Índio.

Em conclusão, os achados da pesquisa evidenciam a necessidade de continuidade das investigações a respeito do assunto, uma vez que existem várias questões a serem analisadas. Um exemplo disso são as distintas formas que o ordenamento jurídico pode adotar diante das variadas composições de sujeitos ativos e passivo que o processo penal poderia apresentar, isto é, a interação entre as normas estatais e os direitos culturais reconhecidos dos povos tradicionais, especialmente no contexto de um réu indígena e uma vítima civil.

Referências

1. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.
2. BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 06 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 22 ago. 2024



3. BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019.** Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, 6 nov. 2019. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm. Acesso em: 6 set. 2024.
4. BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, 21 dez. 1973 . Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 6 set. 2024.
5. BRASIL. **Parâmetros Curriculares Nacionais–Pluralidade cultural.** 2019. p. 143, disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/pluralidade.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2024
6. CARMO, L. **O ne bis in idem como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-criminais). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/3429>. Acesso em 5 set. 2024
7. CAVALCANTE FILHO, Raimundo Paulino; FRAGALE FILHO, Roberto da Silva. A Autonomia do Direito Próprio dos Povos Indígenas: uma abordagem sob a perspectiva latino-americana. **Confluências | Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 6-30, 1 dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.22409/conflu.v23i3.45471>. Acesso em: 21 ago. 2024
8. FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva. O Direito de Consulta aos Povos Indígenas à Luz da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. **Revista Direito Público**, [S. l.], v. 13, n. 70, p. 12, jul/ago. 2016. Disponível em:
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2746>. Acesso em: 20 ago 2024.
9. FERNANDES, José Ricardo Oriá. O direito à memória: análise dos princípios constitucionais da política de patrimônio cultural no Brasil (1988-2010). **Fundação Casa Rui Barbosa**, [S. l.]. Disponível em:
http://antigo.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/palestras/Políticas_Culturais/II_Seminariorio_Internacional/FCRB_JoseRicardoFernandes_O_direito_a_memoria.pdf. Acesso em: 2 set. 2024.
10. FERNANDES, Yan Lucas de Souza. **Do direito à diferença: Uma análise dos aspectos de responsabilidade penal dos povos indígenas no Brasil.** Orientador: José Neto Barreto Júnior. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Estadual da Paraíba, Paraíba, 2021.
11. FERREIRA, J. **Ne bis in idem e direitos humanos: A dupla punição do infrator sob a custódia do Estado.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2023.



Disponível em:

<https://www.bdttd.uerj.br:8443/bitstream/1/20073/2/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Jorge%20Alexandre%20Martins%20Ferreira%20-%202023%20-%20Completa.pdf>. Acesso em: 09 set. 2024

12. LOPES, Ana Maria D'Ávila e UCHOA, Cibele Alexandre. A garantia do ne bis in idem e o reconhecimento dos direitos culturais dos indígenas. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v.20, n. 2, p. 11-30, maio/ago. 2018. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.20_n.02.01.pdf. Acesso em: 29 set. 2024.

13. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, v.1, p. 218-219.

SILVA, Ludmila de Paula Castro Silva; PERUZZO, Pedro Pulzatto; CUNHA, Rogério Sanches; SANTOS, Thiago Rodovalho. A responsabilidade penal do indígena e a (i)legitimidade da dupla punição. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v.22. p.84-110, 2022. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/520. Acesso em: 16 de ago. 2024.

14. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 9 set. 2024.

15. RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Câmara Única – Turma Criminal, Rel. Desembargador Mauro Campelo, julgamento em 18 dez. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml>. Acesso em: 7 ago. 2024.

16. SILVEIRA, Edson Damas; CAMARGO, Serguei Aily Franco. Jurisdição indígena e o afastamento do direito de punir por parte do estado brasileiro: notas a respeito de um precedente amazônico. **Revista da AGU**, Brasília/DF, v. 15, n. 03, p. 17-34, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1003>. Acesso em: 10 set. 2024.

17. WOLFRUM, Rüdiger. **A proteção dos povos indígenas no direito internacional**. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.