

O SISTEMA PUNITIVO DO INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A EXCEÇÃO AO MONOPÓLIO ESTATAL DO PODER DE PUNIR

The punitive system of the indigenous people in Brazilian Legal Ordinance: exception to the state monopoly of punishment power

Leura Dalla RIVA¹

Rodrigo Fernando NOVELLI²

RESUMO

A partir da análise de precedente inédito na jurisprudência brasileira e da evolução histórica do Direito Penal, em especial em seu aspecto subjetivo, tido como direito de punir cujo monopólio pertence ao Estado, o presente artigo busca abordar os principais aspectos da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, em fevereiro de 2016, que afastou a jurisdição brasileira em face de pena já imposta pela comunidade indígena e em cujo fundamento se encontra o art. 57 do Estatuto do Índio e 231 da Constituição Federal.

ABSTRACT

The present article seeks to explore the main aspects of the decisions, given by the Justice of Tribunal of the State of Roraima in February 2016, which affected the Brazilian jurisprudence in the light of the punishment already given by the indigenous community. This correspondingly finds legal support on the article 57 of the Brazilian Indigenous Statute and article 231 of the Brazilian constitution. This is carried out through an analysis of a unique precedent from the Brazilian jurisprudence and the historical evolution of Brazilian criminal law, particularly in its subjective aspect taken as a right to punish which is a monopoly that belongs to the State.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é apresentar a consolidação do monopólio estatal do

1 Acadêmica de Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Estagiária do Ministério Público Federal na Procuradoria da República do Município de Blumenau/SC. Pesquisadora no Grupo de Estudos em Teorias da Justiça – GETJUS/FURB. Pesquisadora no Núcleo de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação – CONSTINTER/FURB. Pesquisadora da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCConst no projeto “O patrimônio comum do constitucionalismo democrático e a contribuição da América Latina”. E-mail: leura-d@hotmail.com

2 Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI, Pós-graduado em Direito Constitucional - IDP - Instituto de Direito Público de Brasília/DF e UNISUL - Universidade do Sul de Santa Catarina. Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2005). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Penal e Processual Penal. Atua como advogado desde 2005. E leciona disciplinas relacionadas com o Direito Penal desde o ano de 2007, junto a FURB - Universidade Regional de Blumenau e outras instituições. É professor do Morgado Concursos - nas disciplinas de Direito Penal e Processo Penal para concursos públicos e preparatório para a OAB. É Coordenador da Comissão de Segurança Pública da OAB - BLUMENAU desde 2013. E-mail: rodrigo@novelli.adv.br

PALAVRAS-CHAVE:

Direito de punir. Histórico do Direito Penal. Proteção aos povos indígenas. Precedente inédito.

KEYWORDS:

Jus puniendi. History of Criminal Law. Protection of the indigenous tribes. Unique precedent.

poder punitivo através da abordagem da evolução histórica que tem início na superação dos sistemas de vingança divina e privada e posterior avocação do *jus puniendi* por parte do Estado, o que culminou no desenvolvimento do Direito Penal que passou então a figurar como instrumento de controle, tanto das condutas humanas quanto do próprio Estado.

Num viés subjetivo, o Direito Penal seria o dever-poder estatal de executar a persecução penal a fim de manter a ordem social através da inibição de comportamentos altamente reprováveis, limitando-se apenas no que diz respeito ao tempo, modo e espaço.

Contudo, a partir da valorização dos povos indígenas, proporcionada no contexto brasileiro, sobretudo pelos artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988, especialmente no que diz respeito aos seus usos e costumes, o Estatuto do Índio nos trouxe, em seu artigo 57, hipótese capaz de excepcionar o monopólio estatal do poder de punir em busca da proteção da cultura nativa e da salvaguarda de garantias e direitos humanos como o *non bis in idem*.

Este raciocínio é fundamento de um precedente inédito no Brasil que adveio do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima em fevereiro de 2016,³ em cuja decisão se afasta a jurisdição brasileira em face de julgamento de fato proferido por comunidade indígena, contribuindo sobremaneira com as discussões a respeito das diferentes competências para julgamento de silvícolas e, até mesmo, debates acerca de um Pluralismo Jurídico.

2 O MONOPÓLIO ESTATAL DO *JUS PUNIENDI*

A partir do momento que alguém pratica um delito, o Estado tem o dever-poder de dar início à persecução penal, isto é, de levar adiante uma série de atividades buscando a punição do agente delituoso pela aplicação das sanções penais previstas em lei.

Deste modo, observa-se que o Estado é o grande detentor do direito de punir ou *jus puniendi*, valendo-se das normas de direito penal para, por meio da criminalização de condutas altamente reprováveis e da cominação de sanções, controlar a sociedade e a si mesmo a fim proteger os bens jurídicos essenciais à convivência social.

Assim, “materializado o dever de punir do Estado, com a ocorrência de um suposto fato delituoso, cabe a ele, Estado, como regra, iniciar a *persecutio criminis* para

3 BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. ACr 0090.10.0003020. Apelante: Ministério Público do Estado De Roraima, Apelado: Denilson Trindade Douglas. Rel. Des. Mauro Campello, Câmara Única, julg.: 18/12/2015, DJe 17/02/2016.

apurar, processar e enfim fazer valer o direito de punir”⁴.

2.1 O DIREITO PENAL COMO LIMITAÇÃO AO ESTADO

Conforme nos ensina Mezger⁵, o Direito Penal “é o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência”. Ademais, esse conjunto de normas jurídicas estaria “voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como as regras atinentes à sua aplicação”⁶.

Sob um aspecto objetivo, o Direito Penal é o conjunto de normas penais vigentes em dado ordenamento jurídico. Por outro lado, sob um viés subjetivo, o direito penal é o próprio dever-poder de punir que o Estado possui, isto é, a capacidade estatal de criar, executar (direito penal subjetivo positivo) e derogar (direito penal subjetivo negativo) normas penais.

Vale reforçar, no entanto, que este direito estatal não é absoluto ou incondicionado, encontrando medida nas normas editadas pelo próprio Estado, visto que “Só a lei pode estabelecer o que é proibido penalmente e quais são as sanções aplicáveis aos autores dos fatos definidos na legislação como infrações penais”⁷.

Importantes restrições ao exercício do *jus puniendi* são encontradas, por exemplo, nos direitos e garantias fundamentais, nas fronteiras de atuação da lei brasileira, e em institutos como o da prescrição que restringem o poder de punir quanto ao modo, espaço e tempo, respectivamente.

Nesse sentido, Paulo César Busato⁸ ressalta que a atividade estatal legislativa e de aplicação da lei penal são “limitadas por uma série de balizas normativas formadas por postulados, princípios e regras”, como a legalidade, a necessidade, a imputação subjetiva, a culpabilidade, a humanidade, a intervenção mínima, e todos os demais direitos e garantias fundamentais como a dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, assim, que o Direito Penal é também meio de controle da própria atuação estatal e não apenas da sociedade, uma vez que o legislador, ao tipificar os fatos delituosos e cominar sanções, limita o exercício do poder punitivo estatal na persecução penal, consagrando o princípio da legalidade e o Estado Democrático de Direito.

Ademais, como visto, apenas o Estado pode criar infrações e cominar sanções,

4 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 89.

5 MEZGER, 1946, p. 27-8, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 69.

7 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

8 BUSATO, Paulo César; 2013, p. 3-4, *apud* CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 36.

o que significa que, como regra, o monopólio estatal do poder de punir proíbe a justiça privada no Brasil (sob pena, inclusive, de caracterizar crime de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no artigo 345 do Código Penal), encontrando-se apenas uma exceção, a qual será objeto de análise aprofundada mais adiante.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO *JUS PUNIENDI*

Malgrado a persecução penal ser atual incumbência do Estado, nem sempre ele teve este poder-dever, até porque, como veremos a seguir, nem sempre o Estado existiu.

Pode-se dizer que o direito penal tem suas origens associadas ao próprio surgimento da vida em sociedade, estando intimamente ligado à história humana⁹. Assim, embora não fosse estruturado como é atualmente, mostrava-se presente nos povos primitivos, sendo caracterizado por ideias principalmente religiosas (haja vista o sistema teocrático que vigorava em inúmeras sociedades antigas) e pela aplicação de penas cruéis aos culpados e suas famílias, tendo sua primeira fase denominada como Vingança Penal.

Este período recebe, pela doutrina dominante, uma tríplice divisão entre vingança privada, divina e pública. Tal distinção, entretanto, não revela a existência de uma ordem evolutiva cronológica, sendo que, em alguns momentos essas fases foram, até mesmo, concomitantes.

Durante a Vingança Divina, deveras mística era a concepção de mundo das chamadas Sociedades Totêmicas, pois, por não compreenderem os fenômenos da natureza, acreditavam em seres divinos e sobre-humanos (Totens) cujos poderes seriam capazes de influir diretamente na vida das pessoas.

Por isso, conforme nos ensinam Mirabete e Fabbrini¹⁰, para amenizar a ira dos Totens, uma série de proibições de cunho religioso, social e político, chamadas “tabu”, foram elaboradas e quando não obedecidas, acarretavam castigo ao seu infrator.

Esse castigo era aplicado pelo próprio grupo, por medo da represália divina e através de seus sacerdotes, consistindo em uma pena desproporcional às ofensas cometidas, degradante e desumana, com propósito claramente intimidativo, sendo pautada na satisfação das entidades ofendidas.

Já na Vingança Privada, os castigos não mais se apoiavam na existência de divindades, mas sim na reação entre os indivíduos e grupos tribais. As punições eram de caráter pessoal e não mais divino e podiam ser aplicadas pela vítima, sua família ou até mesmo seu grupo social contra o ofensor, dando ensejo, muitas vezes, a verdadeiras

9 LYRA, Roberto, 1936, p.7, *apud* SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: Criminologia, Princípios e Cidadania*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, introdução.

10 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

guerras tribais que acabavam por dizimar toda uma comunidade (era a chamada vingança de sangue). Quando, no entanto, o ofensor pertencesse ao mesmo grupo social da vítima, aplicavam-lhe o banimento, deixando-o à deriva e sem a proteção da tribo.

Desta maneira, os inúmeros conflitos grupais acabaram por enfraquecer as famílias e tribos. À vista disso, surge o Talião (adotado no Código de Hamurabi, no Êxodo e na Lei da XII Tábuas), considerado grande inovação para a época, pois trouxe consigo a ideia de proporcionalidade entre a ofensa e a pena, ficando conhecido pela expressão “olho por olho, dente por dente”.

Contudo, apesar de inovador, o Talião, assim como as guerras tribais da vingança divina, acabou por gerar o enfraquecimento dos grupos, vez que, segundo Manoel Pedro Pimentel¹¹ “olho por olho, o resultado era a cegueira parcial de duas pessoas. Braço por braço, a consequência era a invalidez de dois homens”, ou ainda, nas palavras de Mahatma Gandhi, “olho por olho, e o mundo acabará cego”.

Adiante, advém a chamada Composição (adotada também pelo Código de Hamurabi, pelo Pentateuco e pelo Código de Manu na Índia) que possibilitava que o infrator comprasse sua liberdade por meio de moedas ou bens e se livrasse do castigo. O valor dependia de quem havia sido a vítima. Assim, a punição para quem ofendesse um plebeu era maior do que para quem ofendesse um escravo.

Com o aprimoramento da organização social, levanta-se o Estado que, objetivando a superação das formas punitivas que perturbavam a paz social, passou a intervir nos conflitos sociais e a ser o responsável pela aplicação de punições severas e desumanas, servindo-se da intimidação pelo uso do terror e de justificativas religiosas para manter sua própria existência e proteger o Soberano. A esta fase, dá-se o nome de Vingança Pública.

Segundo Dalmo de Abreu Dalari¹², a concepção de Estado ligado à sociedade política só aparece por volta do século XVI, mas a grande parte dos autores consentindo que “a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora com nomes diversos, dá essa designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros”.

Quanto à época do surgimento do Estado, destacamos aqui dois entendimentos trazidos por Dalari. Uma primeira corrente defende que o Estado sempre existiu, assim como a própria sociedade, sendo um elemento universal na organização social humana, ou ainda, onipresente.

Uma segunda corrente majoritária, por sua vez, admite que a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período, sendo que este foi constituído

11 PIMENTEL, Manoel Pedro; 1983, p. 122, *apud* SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: Criminologia, Princípios e Cidadania*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 5.

12 DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ulteriormente para atender às necessidades dos grupos sociais. Para os defensores desse entendimento, a formação do Estado não ocorreu simultaneamente entre os povos, mas foi aparecendo de acordo com as condições concretas de cada lugar.

Desta forma, adotando-se o segundo posicionamento, entendemos que foi a partir de seu fortalecimento que o Estado pôde tomar para si o poder de punir, superando-se as fases da vingança divina e privada e passando à aplicação das penas públicas, tendo em vista que, conforme Jimenez de Asúa¹³, “somente pode-se falar realmente em ‘pena’ a partir da fase pública, pois antes as manifestações punitivas não passavam de vinganças coletivas, guerras e vinganças privadas”.

Embora tratemos a fase da vingança pública como superação das demais fases de vingança penal, o forte sentimento religioso permaneceu por muito tempo nas penas públicas, sendo que muitas sociedades mantiveram, concomitantemente, vinganças divina e privada, a exemplo das sociedades Grega e Romana.

Vale frisar aqui o entendimento de Bitencourt¹⁴ de que “com a melhor organização social, o Estado afastou a *vindita privada*, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo a *vingança pública*, que, nos seus primórdios manteve absoluta identidade entre poder divino e poder político”.

Assim, por mais que o Estado tenha se fortalecido e expandido, permanecia indubitavelmente a influência religiosa nas sociedades antigas, organizadas em modelos teocráticos em que o poder material ainda era confundido com o poder divino e a autoridade dos soberanos era legitimada com base na religiosidade.

Evidência disso é a presença de normas penais em livros sagrados no Oriente antigo, destacando-se entre eles, conforme lições de Smanio e Fabretti¹⁵, o livro chinês das Cinco Penas; o Código de Manú da Índia que foi o mais completo do Oriente; o Pentateuco do Antigo Testamento, utilizado pelos Hebreus; e por fim, o livro sagrado egípcio. Em contrapartida, o Código de Hamurabi da Assíria foi o único código oriental a não conter preceitos religiosos e que já diferenciava delitos voluntários e negligentes de casos fortuitos.

É certo que para que houvesse a real afirmação do direito de punir nas mãos do Estado foram importantíssima as mudanças de paradigmas que ocorreram ao longo dos séculos nas mais diversas sociedades, principalmente a desvinculação entre o poder de punir e a religiosidade. No entanto, este processo não foi contínuo, mas longo e complexo, visto que, por diversas vezes na história, a humanidade retrocedeu em termos de direitos, tópico este que não nos convém aqui aprofundar.

13 ASÚA, Jimenez de; 1950, p. 210, apud SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: Criminologia, Princípios e Cidadania*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 7.

14 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

15 SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: Criminologia, Princípios e Cidadania*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 8/12.

Destarte, conclui-se que a consolidação do monopólio estatal do *jus puniendi* acompanhou a evolução do Estado, tendo o direito penal se transformado em um sistema jurídico, abandonado com o tempo os apoios religiosos e livros sagrados e passando a ser utilizado exclusivamente pelo Estado e para o controle deste.

3 O ÍNDIO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

No Brasil o tratamento deferido ao indígena pode ser dividido em três momentos históricos do ponto de vista jurídico. O primeiro momento foi do extermínio e da submissão aos colonizadores, posteriormente passou para a necessidade de integração do índio à sociedade, e ao final, com o advento da Carta Magna de 1988, sobreveio o reconhecimento dos direitos originais e ampliação de garantias¹⁶.

Na Constituição Federal, mais especificamente no Título VIII intitulado “Da Ordem Social”, no capítulo VIII “Dos Índios” estão dispostos os artigos 231 e 232 que fazem referência expressa à proteção do indígena e de sua organização social, costumes, línguas e tradições.

Talvez o ponto nevrálgico no presente trabalho seja a proteção aos costumes e tradições no âmbito da tutela contra ilícitos conferidos pela Constituição, contudo trataremos especificamente desse ponto no próximo capítulo.

Necessário nesse momento, além da análise da Constituição frente à proteção do indígena, também ressaltar a legislação que foi recepcionada pela Lei Maior. O Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73.

O Estatuto do Índio traz o conceito operacional de índio, necessário para a delimitação do nosso trabalho. O artigo 4º assim classifica:

Art. 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

A legislação estabelece a existência de quatro tipos de índios, e reconhece a condição

16 SOUZA, Manoel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9>. Acesso em nov 2016.

de vulnerabilidade ao indígena, o que por si só justifica o tratamento diferenciado frente à legislação.

O grau de vulnerabilidade do índio pode ser alterado, e até desconsiderado (em situações excepcionais), contudo, enquanto o indivíduo for considerado um silvícola a proteção é garantida (além dos órgãos governamentais, v.g FUNAI) pelo Ministério Público, em conformidade com o disposto no artigo 129, inciso V, da Constituição Federal.

É necessário ainda ressaltar que o Ministério Público Federal é o responsável pela defesa dos direitos indígenas, pois qualquer discussão judicial que verse sobre direitos indígenas é competência da Justiça Federal, em conformidade com o artigo 109, inciso XI da Constituição Federal.

A regra como relatado acima, é a manutenção de proteção ao indígena, reconhecendo assim a sua vulnerabilidade, contudo, uma vez preenchido os requisitos legais (artigo 9º do Estatuto do Índio), poderá a Justiça Federal reconhecer a condição de culturalizado, fazendo cessar assim a proteção específica e a vulnerabilidade deferida por lei aos índios (artigo 10 do Estatuto do Índio).

Destarte, no processo de tutela dos direitos indígenas é notório o avanço adquirido pelas normas jurídicas em busca do atendimento aos interesses e necessidades prementes das comunidades tradicionais, resguardando-se, sobretudo o necessário respeito à diferença cultural, que tem corroborado a formação e manutenção da rica diversidade étnica e cultural brasileira¹⁷.

Em que pese a evolução da legislação, e a proteção ao indígena ainda há, especialmente na jurisprudência, uma discussão acerca da forma de responsabilização e competência para análise de ilícitos penais praticados por indígenas.

A solução não é simples, pois necessário o respeito ao princípio da legalidade e da culpabilidade, contudo, frente ao disposto na própria Constituição, é necessário o respeito aos costumes e tradições indígenas.

4 QUEM PODE PUNIR CRIMINALMENTE O ÍNDIO

O Estatuto do Índio estabelece a forma de punição aplicável a um indígena que pratica um ilícito penal:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se

17 SOUZA, Manoel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9>. Acesso em nov 2016.

possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

A discussão sobre a competência na qual o indígena será julgado não encontra uma unanimidade. Desde 1995 tem vigência a súmula 140 do STJ que assim explicita “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.”

A resposta ao questionamento não é solucionado simplesmente com a análise da súmula acima retratada, pois o próprio Superior Tribunal de Justiça em 2011 decidiu contrariamente ao seu histórico entendimento:

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO. AÇÃO PENAL. INDÍGENA. ASSISTÊNCIA DAFUNAI. Índio denunciado por crime de toxico que pede assistência da FUNAI, todavia recusada pelo Juiz ao entendimento de que por possuir documentos e viver na cidade o indígena está integrado. Habeas-corporis, Mandado de Segurança e Apelação, concomitantes, para reformar o indeferimento de assistência e liberdade provisória, e contra a condenação respectivamente. Mandado de Segurança que se conhece pois o indeferimento da assistência pleiteada pela FUNAI constitui ato administrativo para quem não é parte, dispensando a exigência de inexistência de recurso com efeito suspensivo. Apuração da condição de indígena que deve observar a inteligência constitucional (art. 231 CF) e que não cabe à jurisdição criminal. Aferição do direito à assistência legal (art. 11-B, § 6º L.9.028/95) pela autarquia fundacional que compete à Justiça Federal. Recurso em mandado de segurança provido para anular o processo da ação penal desde a denúncia, bem como da sentença e do acórdão, pondo-se o réu em liberdade e remetendo-se os autos à Justiça Federal. (STJ - RMS: 30675 AM 2009/0200796-2, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 22/11/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2011)

Contudo, ressaltamos, a Constituição e a legislação especial aplicável aos indígenas além de conferir proteção e reconhecer a condição de vulnerabilidade ao indígena também estabelecem, expressamente, o digno respeito a suas tradições e costumes.

Por óbvio que em uma comunidade indígena há a prática de atos reprováveis (criminosos) segundo os costumes e tradições de cada tribo. Bem como também há a respectiva sanção seguindo os mesmos costumes.

Ademais, conforme tratado anteriormente, o *ius puniendi* é monopólio estatal que veda a justiça privada no Brasil, possuindo apenas uma exceção isolada presente no artigo 57 do Estatuto do Índio:

Art. 57. 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.

Foi com base em mencionada exceção que, em fevereiro de 2016, nos autos nº 0090.10.000302-0, o Tribunal de Justiça de Roraima manteve decisão criminal inédita proferida em primeiro grau que deixou de apreciar o mérito da denúncia oferecida pelo Ministério Público em virtude da existência de julgamento de fato proferido por comunidade indígena, com fundamento nos artigos 231 da Constituição Federal e 57 acima citado.

Em síntese, o *Parquet* ofereceu denúncia contra o réu por crime de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, inc. II), ocorrido no dia 20/6/2009, na comunidade indígena do Manoá, na terra indígena Manoá/Pium, Região Serra da Lua, Município de Bonfim/RR. Na data do evento, o acusado, Denilson, após ingerir bebida alcoólica, desferiu facadas na vítima Alanderson, seu irmão, ocasionando-lhe a morte.

Em 26/06/2009, reuniu-se o conselho da comunidade indígena do Manoá para deliberar eventual punição ao índio Denilson. Posteriormente, com a oitiva do acusado, de seus pais e outras pessoas, concluiu o conselho pela imposição de algumas sanções, entre as quais a construção de uma casa para a esposa da vítima e a proibição de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos Tuxauas da tribo.

Contudo, após isso o Conselho indígena se reuniu novamente com várias lideranças de outras comunidades, entre elas, Anauá, Manoá, Wai Wai, e servidores da FUNAI (que apenas presenciaram a reunião), ocorrendo a oitiva das autoridades indígenas com subsequente imposição de penalidades ao indígena Denilson, tendo como norte a autoridade dos usos e costumes indígenas, sem qualquer aplicação de legislação estatal brasileira.

Destacamos a seguir trecho dos autos no qual constam as penalidades aplicadas ao caso e comentários pertinentes acerca da natureza destas, salientando que entre elas não se encontram penas degradantes ou desumanas, mostrando-se em consonância com o disposto no artigo 57 do Estatuto do Índio que veda expressamente sanções com “caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

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 desenvolvido 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.

[...] as penas alternativas impostas pela comunidade ao apelado não têm nada de medievais, mas, ao contrário, em muito se parecem com penas restritivas de direitos, ao disporem sobre limitação de se ausentar do seu local de domicílio, não poder comercializar sem autorização etc. [...] E não se tem aqui caso de pena de “banimento comunitário”, considerado o mais grave dentre as etnias desta região, mas apenas de deslocamento compulsório do apelado de uma comunidade para outra, por prazo determinado.

O Juiz de primeiro grau deixou de apreciar o mérito da denúncia declarando a ausência *in casu* do direito de punir estatal ao entender pela existência de um “Duplo *Jus Puniendi*?” em face do julgamento do fato por comunidade indígena, não se tratando, todavia, de *bis in idem*. No entanto, o Tribunal de Justiça de Roraima reformou a sentença no que tange a este último aspecto, informando que o princípio do *non bis in idem* “não implica [apenas] que um mesmo ente não pode punir duas vezes o mesmo fato, e sim, como garantia processual penal ampla do indivíduo, que este não pode ser punido duas vezes por um/pelo mesmo fato, qualquer que seja o ente que o pune”.

Além disso, fundamenta-se também a decisão do Tribunal no direito comparado, citando precedentes dos Estados Unidos, Austrália e Guatemala e também a Convenção 169 da OIT Sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989, internalizada através do Decreto 5.051/2004, que dispõe em seu artigo 9º:

Art. 9º.

1. 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.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Ademais, o relator destaca ensinamentos de Juan Carlos Ferré Olivé de que “[...] el Principio ne *bis in idem* exige que una vez impuesta la sanción por parte de su comunidad no pueda volver a imponerse íntegramente una pena estatal”, salientando que como o caso em debate diz respeito à violação à regra *non bis in idem*, tratando-se claramente de direitos humanos, segundo a vedação presente no artigo 8, 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos da qual o Brasil também é signatário.

O mais importante a ser observado, todavia, é que o caso em tela envolve acusado e vítima indígenas e fato ocorrido em terra indígena, tratando-se de hipótese nova e excepcional em que a imposição de sanção estatal configuraria, de fato, afronta ao brocado “*Nemo debet bis vexari pro uma et eadem causa*” (*non bis in idem*).

Outrossim, a aparente contradição entre a Súmula 140 do STJ e o artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal pode ser dirimida a partir do entendimento de que a competência será da Justiça Federal apenas se o crime envolver disputa entre direitos indígenas, caso contrário, será competente a Justiça Comum Estadual, uma vez que a simples condição de indígena, de *per si*, não é suficiente para atrair a competência Federal, havendo a necessidade de existência de disputa entre direitos indígenas, consoante o texto constitucional.

Parece-nos existir, a partir deste novo precedente trazido pelo Tribunal de Roraima, três desfechos possíveis em caso de fato juridicamente relevante envolvendo indígena(s), sendo eles:

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar os conflitos que envolvam disputa de direitos indígenas
2. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar os conflitos que não envolvam disputa de direitos indígenas, mas nos quais figure indígena em um dos polos da ação
3. Não compete à jurisdição estatal processar ou julgar caso que envolva exclusivamente indígenas, ocorrido em terra indígena, do qual já foi proferida penalidade pela própria comunidade, sob pena de ferir a garantia do *non bis in idem*.

Em suma, a decisão em debate é precedente de suma importância para jurisprudência brasileira, seja na valorização dos usos e costumes indígenas e no respeito à proteção elencada pela Constituição Federal, seja na salvaguarda de direitos humanos e fundamentais, como o *non bis in idem*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima é caso até então inédito de afastamento da jurisdição estatal brasileira em face da valoração dos usos e costumes indígenas e respeito à garantia fundamental de que “ninguém deve ser sancionado mais de uma vez por um e mesmo fato”.

No presente trabalho nos limitamos a análise do julgado como consagração da possibilidade de excepcionar o monopólio estatal da persecução penal a fim de preservar e respeitar a cultura indígena, realizando-se os fins da Constituição Federal brasileira, desde que respeite-se a dignidade humana, diante da limitação de aplicação de penas

cruéis ou infamantes.

Todavia, a importância da decisão em debate é ainda imensurável, pois esta pode interferir, inclusive, em debates acerca de temas como Pluralismo Jurídico (especialmente no que concerne ao continente Latino Americano), dentre outros assuntos impactantes, como o respeito dos julgamentos indígenas às garantias fundamentais e ao devido processo legal.

6. REFERÊNCIAS

ASÚA, Jimenez de; 1950, p. 210, apud SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: Criminologia, Princípios e Cidadania**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. ACr 0090.10.0003020. Apelante: Ministério Público do Estado De Roraima, Apelado: Denilson Trindade Douglas. Rel. Des. Mauro Campello, Câmara Única, julg.: 18/12/2015, DJe 17/02/2016.

BUSATO, Paulo César; 2013, p. 3-4, apud CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LYRA, Roberto, 1936, p.7, apud SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: Criminologia, Princípios e Cidadania**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MEZGER, 1946, p. 27-8, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PIMENTEL, Manoel Pedro; 1983, p. 122, apud SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: Criminologia, Princípios e Cidadania**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: Criminologia, Princípios e Cidadania**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Manoel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9>. Acesso em nov 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2011.

Revista Jurídica Unigran

Recebido em: 10.09.2017

Aprovado em: 20.11.2017

Como citar:

RIVA, Leura Dalla; NOVELLI, Rodrigo Fernando. O sistema punitivo do indígena no ordenamento jurídico brasileiro: a exceção ao monopólio estatal do poder de punir. **Revista Jurídica Unigran**. Dourados, vol. 19, n. 38, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_atual/artigos/artigo01.php> Data de acesso.