ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

A GARANTIA DO *NE BIS IN IDEM* E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS CULTURAIS DOS INDÍGENAS

THE GUARANTEE OF *NE BIS IN IDEM* AND THE RECOGNITION OF THE CULTURAL RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLE

Ana Maria D'Ávila Lopes*
Cibele Alexandre Uchoa**

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar as possibilidades e as limitações legais da aplicação de sanções penais ou disciplinares pelas comunidades indígenas a seus membros, bem como a aceitação e reconhecimento estatal dessa aplicação. Para tal, com base em uma pesquisa bibliográfica na doutrina e na legislação nacional e estrangeira, analisou-se a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima – TJRR que afastou condenação de indígena já punido pela sua própria comunidade, tendo como argumento principal a garantia do ne bis in idem. Para o desenvolvimento da temática, iniciou-se abordando as possibilidades e limitações legais da responsabilização de indígena pela sua comunidade diante o ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, passou-se ao estudo da garantia do *ne bis in idem* que, embora ausente na Constituição Federal de 1988 – CF/88, está prevista de documento internacional do qual o Brasil faz parte, sendo, portanto, aqui aplicável. Por último, a decisão do TJRR foi analisada a partir dos argumentos construídos nos tópicos anteriores. Concluiu-se que a responsabilização penal de indígena pela sua comunidade tem respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, desde que respeitadas as limitações legais, tendo sido válida, portanto, a aplicação da garantia do ne bis in idem pelo TJRR no caso concreto.

Palavras-chave: Direitos Culturais dos Indígenas. Garantias fundamentais. *Ne bis in idem.*

* Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – PPGD da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Fortaleza – Ceará – Brasil.

** Mestranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza; Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Fortaleza – Ceará – Brasil.

ABSTRACT: This study aims to analyze the possibilities and legal limitations of the application of criminal or disciplinary sanctions by indigenous communities to their members, as well as the acceptance and state recognition of this application. To do so, based on a bibliographical research in national and foreign doctrine and legislation, it was analyzed the decision of the Court of Justice of the State of Roraima - TJRR, which dismissed the condemnation of an indigenous person that had already been punished by his own community, based on the guarantee of ne bis in idem. For the development of the thematic, the possibilities and legal limitations of the indigenous responsibility by its community before the Brazilian legal order was addressed. The next step was to study the guarantee of *ne bis in idem*, which, although absent in the 1988 Federal Constitution - CF/88, is present in an international document to which Brazil is a party and is therefore applicable here. Finally, the decision of the TJRR was analyzed from the arguments built on previous topics. It was concluded that the criminal responsibility of indigenous people for their community is supported by the Brazilian legal system, provided the legal limitations were respected, and therefore the application of the ne bis in idem guarantee by the TJRR in the specific case was valid.

Keywords: Indigenous Cultural Rights. Fundamental guarantees. *Ne bis in idem.*

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. OS DIREITOS CULTURAIS DOS INDÍGENAS; 3. O PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*: GARANTIA FUNDAMENTAL NO ESTADO BRASILEIRO; **4. A DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE INDÍGENA PELA PRÓPRIA COMUNIDADE; 5. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1. INTRODUÇÃO

O uso da figura mitológica do Rei Midas, que transformava tudo que tocava em ouro, para metaforizar a relação entre a humanidade e a cultura está alinhada às definições antropológicas dessa, haja vista a cultura ser entendida como tudo aquilo que o homem "toca". Nesse sentido, a cultura pode ser antropologicamente definida como todas as práticas, produtos, expressões e manifestações humanas configuradoras da história, da identidade e da memória coletiva. Contudo, impende observar que não toda prática ou manifestação cultural constitui um direito cultural, uma vez que para serem consideradas um direito devem respeitar o ordenamento jurídico.

Práticas, expressões ou manifestações não podem ser consagradas como direitos culturais se em desacordo com o ideal de aprimoramento humano e, especialmente, se contrárias ao princípio da dignidade humana, a exemplo da mutilação genital feminina, do machismo, do homicídio de crianças com deficiência, dentre outros.

Em casos em que as divergências com o ordenamento jurídico e até mesmo com os direitos humanos não sejam claras, deverá ser realizada uma análise da situação concreta para identificar se é ou não um direito cultural, sendo necessário, ainda, considerar a possibilidade de ter que aprender a conviver com determinadas divergências.

No Brasil, país multinacional e multiétnico nos termos expostos por Kymlicka (1996), a dinâmica cultural levanta também outros questionamentos, como a responsabilização penal de indígena pela própria comunidade em detrimento da aplicação do Código Penal (BRASIL, 1940). Essa situação suscita, pela sua vez, dúvidas sobre a possiblidade de o indígena ser punido pela sua comunidade e pelo Estado, o que poderia configurar a violação da garantia fundamental do *ne bis in idem*, que proíbe alguém ser punido mais de uma vez pelo mesmo crime.

Essa controvérsia é justamente o tema que será enfrentado no presente trabalho, isto é, objetiva-se elucidar se a punição de um indígena pela sua comunidade e pelo Estado constitui uma violação à garantia fundamental do *ne bis in idem*. Para tal, foi realizada pesquisa na legislação, doutrina e jurisprudência nacional e internacional, de modo a construir um texto com os elementos conceituais necessários para embasar nossa posição, esperando contribuir na consolidação das garantias fundamentais de todas as pessoas, sem discriminação.

O texto está divido em três partes. Na primeira, será apresentada uma breve exposição sobre os direitos culturais dos indígenas, incluindo sua definição e previsão na legislação nacional e internacional. Seguidamente, os aspectos conceituais e legislativos do princípio *ne bis in idem* serão apresentados. Finalmente, procede-se à análise da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, na Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0 – BONFIM/RR, na qual se discutiu se a condenação de um indígena pela sua comunidade afastava o poder sancionador do Estado em virtude da

aplicação do princípio *ne bis in idem*. Trata-se de uma decisão de grande relevância, pois, embora sem invocar expressamente os direitos culturais dos indígenas, a aceitação da validade da punição indígena implica claramente no reconhecimento desses direitos.

2. OS DIREITOS CULTURAIS DOS INDÍGENAS

A caracterização dos direitos fundamentais passa pela sua essencialidade na proteção da dignidade humana (LOPES, 2008, p. 24-25), abrangendo uma ampla tipologia de direitos, dentre os quais se encontram os direitos culturais.

Os direitos culturais talvez sejam o tipo de direito fundamental menos estudado pela doutrina. Uma das razões é a dificuldade de definir o que pode ser entendido por cultura. Em um recorte de caráter antropológico, a cultura apresenta-se como um elemento de identidade nas (das) sociedades, que "[...] engloba tanto a língua na qual o povo se comunica, conta suas histórias e faz seus poemas, como a forma como prepara seus elementos, o modo como se veste e as edificações que lhe servem de teto, como suas crenças, sua religião, o saber e o saber fazer as coisas, seu direito" (SOUZA FILHO, 2011, p. 15).

Mesmo com a amplitude da definição antropológica, é importante compreender que, para o Direito, apenas importa o que pode juridicamente ser tutelado, pois, segundo refere Francisco Humberto Cunha Filho (2004, p. 53-54, *grifo do autor*), o Direito tem natureza limitadora, motivo pelo qual a cultura é concebida como "[...] *a produção humana juridicamente protegida, relacionada às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, e vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos*".

Com base nisso, a compreensão de direitos culturais alinha-se aos direitos que protegem as artes, a memória coletiva e o fluxo de saberes, "[...] que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana" (CUNHA FILHO, 2000, p. 34).

Os direitos culturais alcançaram reconhecimento internacional como direitos humanos com a aprovação, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) (ONU, 2009), que, em seu artigo 27, dispõe ser direito de todo ser humano "participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios", bem como também o direito "à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor".

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966 e ratificados pelo Brasil (1992b), trazem reflexos da DUDH ao prever diretrizes referentes ao acesso, à participação e ao livre exercício de direitos relativos à cultura. Contudo, deve-se observar que esses documentos acolhem a proteção cultural dos indivíduos enquanto pertencente a um grupo: "*el goce de los derechos relacionados con la cultura cobra sentido principalmente dentro del contexto del grupo*" (ANAYA, 2005, p. 188). Esses Pactos constituem marcos da proteção normativa internacional dos direitos humanos, a partir dos quais outros documentos internacionais introduziram avanços mais específicos em relação aos direitos culturais.

No Brasil, embora disposições referentes aos direitos culturais possam ser identificadas a partir da Constituição de 1934, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 (CF/88) (BRASIL, 1988) que esses direitos ganharam uma previsão mais concreta, em seção específica para a temática. Assim, é na Seção II ("Da Cultura"), do Capítulo III ("Da Educação, Da Cultura e Do Desporto") do Título VII ("Da Ordem Social"), que encontramos as disposições constitucionais relativas aos direitos culturais. A CF/88, segundo Souza Filho (2010, p. 487), "[...] foi a primeira na América Latina a admitir que os povos indígenas têm direito a ser grupo diferenciado na sociedade nacional, estabelecendo com muita propriedade e talento os seus direitos sociais e territoriais".

A citada Seção II inicia com o art. 215, cujo *caput* estabelece que "[...] 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" (BRASIL 1988), incorporando

o princípio do pluralismo cultural. Esse princípio consiste no respeito a todas as manifestações culturais brasileiras, sem qualquer hierarquia, não podendo, portanto, haver qualquer tratamento discriminatório entre elas (LOPES, 2008).

Além do *caput* do art. 215, deve ser salientado o §1º por conferir proteção especial às "manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional" (BRASIL 1988), revelando a importância atribuída às manifestações culturais intrinsecamente relacionadas às raízes históricas do Brasil. Para Ikawa (2010, p. 519), "O artigo 215 estende-se claramente para além de uma mera política de indiferença ou tolerância à diferença para uma política de reconhecimento da diferença ao determinar que o Estado incentive a valorização e difusão da manifestações culturais indígenas [...]".

Dentre essas manifestações, as das culturas indígenas mereceram um especial destaque, como reconhecimento da situação de vulnerabilidade na qual se encontram, após séculos de tratamento discriminatório, incluindo políticas de extermínio, conforme relatado por Darcy Ribeiro (1993, p. 129), quem lembra o discurso discriminatório empregado no início do século XX, quando os indígenas eram considerados "um empecilho para a colonização das regiões do sertão que habitam, parece que não há outro meio, de que se possa lançar mão, senão o seu extermínio".

Além do art. 215, também o art. 231 dispõe sobre o assunto, reconhecendo "[...] 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" (BRASIL, 1988).

Infraconstitucionalmente, a norma que regula os direitos dos indígenas é a Lei nº 6.001, de 1973, conhecida como Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), na qual expressamente se garante a proteção dos direitos culturais dos indígenas (artigo 1º) e constitui, segundo Ferreira (2017, p. 28):

> [...] um marco para a luta dos povos originários por reconhecimento de sua cultura e de sua etnicidade. Ainda hoje este diploma legal é a principal lei indigenista em vigor, que trouxe

> inúmeros avanços para a tutela dos povos originários, principalmente se considerarmos o momento histórico em que ele foi promulgado.

Embora seja reconhecer que, apesar dos seus méritos, o Estatuto, conforme o pensamento da época, adotou uma perspectiva integracionista, que hoje deve ser rejeitada, haja vista manter uma posição paternalista do Estado em relação aos indígenas, desconhecendo a sua capacidade para se autodeterminar.

Essa situação de discriminação vivenciada pelos indígenas brasileiros não é, lamentavelmente, uma exceção, mas está presente em diversos países do mundo. Diante disso, em 1991, foi aprovada a Convenção nº 169 pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 2002 e promulgada em 2004 (BRASIL, 2004), no intuito de regular as condições de trabalho de populações indígenas e tribais. A Convenção nº 169 é o primeiro documento internacional vinculante a tratar de forma específica sobre os direitos dos povos indígenas e tribais. Nas palavras de Rüdiger Wolfrum (2010, p. 603):

> A Convenção não luta unicamente para a abolição da discriminação de membros dos povos indígenas na vida pública, em respeito ao trabalho ou à seguridade social, mas igualmente obriga aos Estados Partes a superar qualquer discriminação real contra membros dos povos indígenas.

Nesse sentido, o artigo 4.1 dispõe que: "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" (OIT, 1991).

Há, ainda, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, cuja aprovação em 2007 contou com o voto favorável do Brasil. No artigo 5º, preconiza o direito dos povos indígenas de "[...] conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural

do Estado" (ONU, 2008). Dentre seus méritos, está o de enfatizar o direto dos povos indígenas a manter sua identidade cultural, obrigando os Estados a adotar ações afirmativas para aprimorar as condições econômicas e sociais (WOLFRUM, 2010, p. 608-609).

Dessa breve análise, observa-se a existência de um marco legislativo nacional e internacional amplo e claramente favorável ao reconhecimento e proteção dos direitos culturais dos indígenas, embora na prática esses direitos ainda não possuam um grau de efetividade compatível com o respeito à dignidade desses povos, conforme exposto nas seguintes linhas deste trabalho.

3. O PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*: GARANTIA FUNDAMENTAL NO ESTADO BRASILEIRO

O princípio *ne bis in idem* preconiza que ninguém deve ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato, servindo como limitação do direito-dever que o Estado tem de punir diante da violação da norma penal. Segundo Maia (2005, p. 29-33), o princípio *ne bis in idem* originou-se no *common law* inglês, no qual foi denominado *double jeopardy* (duplo risco), no século XVII, sendo uma das mais antigas normas desse sistema. Contudo, autores como Muñoz (2006, p. 42) afirmam que a origem se encontra na Grécia, mais precisamente na obra de Demóstenes, quem, em alegação contra o retiro de isenções fiscais, afirmou que uma lei não devia permitir que alguém fosse acionado duas vezes pelo mesmo fato. Esse argumento foi posteriormente acolhido pelo Direito Romano, sob a fórmula *ne bis in idem*, estando vinculado "à noção de caso julgado e à necessidade de segurança jurídica" (CARMO, 2009, p. 11).

No Direito brasileiro, o princípio *ne bis in idem* não está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, entretanto, pode ser considerado uma garantia fundamental em virtude do disposto no §2º do artigo 5º, no qual se estabelece que os direitos e garantias fundamentais são os que se encontram na Constituição, derivam do regime ou dos princípios nela previstos, ou os que se encontram em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte. Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio *ne bis in idem* é uma garantia fundamental, haja

vista sua previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificada em 1992 pelo Estado brasileiro.

Com efeito, o princípio *ne bis in idem* está previsto no artigo 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH) (OEA, 1969), na qual se prevê que "o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos". A CADH foi ratificada pelo Estado brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992c), adquirindo *status* supralegal e efeitos paralisantes a partir do julgamento do RE no 466.343/SP, em 3 de dezembro de 2008 (BRASIL, 2008), no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou sua jurisprudência em favor da supralegalidade dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil que não seguiram o procedimento previsto no art. 5°, §3°.

4. A DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE INDÍGENA PELA PRÓPRIA COMUNIDADE

Com a finalidade de demonstrar a relevância do reconhecimento dos direitos culturais dos indígenas, passa-se a analisar a Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0 – BONFIM/RR (BRASIL, 2015), na qual se afastou a possibilidade de condenação penal de índio já punido por sua comunidade.

Antes de analisar as questões mais específicas do caso em comento, é importante compreender o desenrolar processual que levou à Apelação Criminal aqui analisada. Assim, trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Roraima contra a sentença do Juiz de Direito da Comarca de Bomfim que, com base no art. 57 do Estatuto do Índio e do artigo 231 da Constituição Federal, decidiu que o Judiciário não podia aplicar o Código Penal nos casos em que um indígena já tivesse sido responsabilizado penalmente por sua própria comunidade, com a ressalva de que a punição estivesse de acordo com o ordenamento jurídico pátrio e respeitadas as limitações legais.

Para o Ministério Público, a decisão do juiz de primeiro grau contrariou os princípios constitucionais do monopólio da ação penal pú-

blica e da inafastabilidade da jurisdição, devendo, consequentemente, ser reformada. Já para a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria de Justiça, a decisão tinha que ser mantida em virtude da necessidade de reconhecer e valorizar os direitos dos indígenas previstos no art. 231 da Lei Fundamental (TJRR, 2015).

Passando à análise mais específica do caso, o Desembargador Mauro Campello do Tribuna de Justiça de Roraima (TJRR), relator da Apelação, iniciou seu voto narrando os fatos, incluindo as punições atribuídas pelas lideranças indígenas ao acusado. Assim, o Desembargador relatou que o fato criminoso acontecera no dia 20 de junho de 2009, na comunidade indígena Manoá da Região Serra da Lua do Município de Bonfim no Estado de Roraima. Nesse dia, o indígena Denilson, que estava sob os efeitos de bebida alcóolica, assassinou o seu irmão, o indígena Alnaderson, a facadas. A Comunidade decidiu punir Denilson com o seu afastamento das terras da tribo e enviá-lo à Região da tribo Wai Wai por 5 anos (podendo esse período ser reduzido por bom comportamento), decidiu, ainda, que o acusado tinha que obedecer as regras desse povo, incluindo participar do trabalho comunitário e das reuniões e eventos organizados, bem como não comercializar peixe ou qualquer outra coisa sem autorização dos líderes da comunidade. Finalmente, foi punido a trabalhar na terra que lhe fosse designada e aprender a cultura e a língua Wai Wai (TJRR, 2015).

O que se abstrai das penalidades aplicadas pela tribo é a primazia pelo benefício comunitário, dando, portanto, ênfase à vivência (convivência, participação social e cultural, costumes, tradição, moradia e língua) e ao trabalho. Além disso, verifica-se a previsão de ação de reparação concreta pelo dano provocado, determinando, por exemplo, a construção de uma casa para a esposa da vítima. A privação de liberdade é excluída, haja vista ser considerada como perda de força de trabalho para a própria comunidade. Essa forma de sancionar àquele que comete um ato que a comunidade indígena considera reprochável demostra claramente uma cosmovisão diferente daquele que fundamenta o ordenamento jurídico nacional e que, portanto, demanda a necessidade de reconhecer o direito dos indígenas a resolverem seus conflitos a partir do seu próprio direito (GONZÁLEZ, 2012). O constitucionalista mexicano, Miguel Carbonell (2003, p. 854),

ensina que "*La autonomía jurisdiccional para los pueblos indígenas está reconocida al menos en las constituciones de Colombia, Ecuador y México*".

Caso o crime tivesse sido julgado no âmbito do Poder Judiciário, seria aplicada a pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos pelo homicídio qualificado por motivo fútil, de acordo com o art. 121, §2º, inciso II, do Código Penal.

Em breve análise desses dados, é possível constatar a diferença do sentido da pena para a comunidade indígena e o Estado. No primeiro caso, há o apreço pela inclusão comunitária tanto em relação à vivência quanto à participação, bem como se prima pelo trabalho que beneficie a coletividade, além de o caráter restaurador; enquanto que a pena de reclusão do Código Penal remete a todos os recorrentes e sabidos problemas carcerários do Brasil, que, além de ter papel exatamente oposto ao buscado pela justiça indígena, ainda coadunam com as violações aos direitos humanos. Não se trata, entretanto, de defender a relativização da soberania estatal, mas de reconhecer a diversidade étnica brasileira, nos termos propostos por Wagner (2014, p. 4):

> Apesar de nosso objeto caracterizar exceção a tal regra, não significa que implique em relativização da soberania do Estado brasileiro, mas é sim decorrência do reconhecimento de ser este um Estado pluriétnico, nos termos propostos por Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Segundo esta autora, é o espaço ontológico do outro, do diferente, antes destituído de qualquer conteúdo por que subsumido ao universal, que o direito recobra e a Constituição brasileira revela. Assim, então, no Estado brasileiro não há mais espaço para o agir dos entes estatais de forma homogenizante quanto aos diferentes sujeitos e grupos que o integram. A autora identifica ainda que o reconhecimento do Brasil como país pluriétnico se deu de forma explícita na CF/88.

Dando sequência à sua exposição, o Relator contrastou o princípio do *duplo jus puniendi*, que permite que dois tribunais possam julgar e aplicar uma pena de forma separada, com o princípio *ne bis in idem*, afirmando que este princípio determina não 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" (TJRR, 2015). Verifica-se que o Relator não apenas rejeitou a adoção do duplo *jus puniendi*, mas delimitou o conteúdo do princípio *ne bis in idem*. Assim, afirmou que *ne bis in idem* não significa tão somente que o Estado não pode exercer seu direito-dever de punir mais de uma vez sobre um mesmo fato, mas significa também que um indivíduo não pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato, sendo uma garantia processual penal. Esse esclarecimento possui inquestionável relevância, porque se fosse levado em consideração apenas o direito-dever de punir estatal, a garantia do *ne bis in idem* apenas protegeria o indivíduo contra uma dupla punição por parte do Estado, não importando se outro ente alheio à esfera estatal já o tivesse punido; já se o princípio é compreendido a partir do ponto de vista do indivíduo, como defendido pelo Relator, impede que alguém possa ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato, não importando qual ente o tenha punido.

Todavia, o Relator fortaleceu sua argumentação invocando o art. 8o da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil faz parte – conforme exposto linhas acima –, fazendo, inclusive, um paralelo com o art. 57 do Estatuto do Índio. Assim, inicialmente esclareceu que o caso, ao envolver a aplicação da regra *non bis in idem*, era de direitos humanos, na medida em que essa regra "[...] se encontra prevista no art. 8, 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado de direitos humanos no qual o Brasil faz parte: 'Artigo 8. Garantias judiciais [...] 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos' [...]", sendo que o Estatuto do Índio, no seu art. 57, permite expressamente a aplicação de sanções penais por comunidade indígena contra seus próprios membros, inferindo-se, consequentemente, a obrigação de observar a regra *non bis in idem* e afastar a jurisdição penal estatal (TJRR, 2015).

Dessa explicitação, pode-se inferir a adoção da linha defendida pelo pluralismo cultural, especialmente pela invocação do art. 57 do Estatuto do Índio, no qual se garante a tolerância à aplicação de sanções penais ou disciplinares realizada de acordo com as instituições da comunidade tribal, em atenção aos seus modos de viver. Para Wolkmer (2015, p. 236) "Torna-se imperioso abrir-se para uma perspectiva antropológica, socioló-

gica e histórica se admitir a natureza jurídica dos sistemas normativos das populações indígenas".

Observa-se que o Relator teve o cuidado de verificar se as penas imputadas pelo tribunal comunitário estavam de acordo com as limitações impostas pelo art. 57 do Estatuto do Índio, podendo, portanto, serem aceitas, já que não apresentaram "caráter cruel ou infamante", nem configurou a pena de banimento, considerada a mais grave pelas comunidades indígenas da região, "mas apenas de deslocamento compulsório do apelado de uma comunidade para outra, por prazo determinado" (TJRR, 2015).

Sobre esse aspecto, cabe ainda apontar que a decisão do tribunal comunitário traduz a percepção de justiça da cultura indígena, que entende que o agressor deve "pagar" pelo ato criminoso por meio de ações em benefício direto da comunidade e, principalmente, da vítima. Dessa maneira, mesmo não ocorrendo o *bis in idem*, a punição estatal poderia não ser considerada justa pela comunidade, pois a "dívida" do ofensor perante seu povo permaneceria.

Em sequência, foram trazidas as disposições da Convenção nº 169 da OIT, ressaltando sua normatividade e, portanto, sua imperatividade:

> [...] a assinatura e ratificação da Convenção 169 da OIT – Sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989 traz um compromisso, além de moral, jurídico. Internalizada através do Decreto 5.051/2004, esta Convenção traz em seu art. 9º (citado na sentença) o seguinte:
>
> Artigo 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 por 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.

> O art. 10, 2, dessa Convenção chega a referir que "Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento", tal como ocorreu na espécie.
>
> Sem necessariamente discordar do Magistrado sentenciante de que a Convenção 169 da OIT seria um tratado de direitos humanos, entendo que isso remete a um debate ainda em aberto. Sou inclinado a concordar com isso, e, consequentemente, que é dotada de supralegalidade (não podendo ser formalmente constitucional, visto que não foi incorporada sob o rito previsto no §3º do art. 5º, da CF), pois a Convenção em seu preâmbulo lembra dos "termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e dos numerosos instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação", como que querendo vincular os direitos indígenas aos direitos humanos, mas o fato é que ainda não há um claro posicionamento nem jurisprudencial nem doutrinário sobre o assunto.
>
> De outro lado, não resta dúvida quanto à normatividade dessa Convenção, que, uma vez ratificada pelo Brasil, vincula-o e reclama o devido cumprimento, de acordo com as normas gerais contidas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (TJRR, 2015).

Na conclusão da decisão, o magistrado ressaltou a importância da Convenção nº 169 da OIT (2011), decisões do direito comparado e o art. 231 da CF/88, decidindo pelo afastamento da jurisdição estatal, de modo a não contrariar o princípio do *ne bis in idem*, e aceitando e validando a punição aplicada pelo tribunal comunitário.

Não obstante os dispositivos ligados à autodeterminação dos povos indígenas não tenham sido mencionados como fundamentos da decisão, o que se percebe é que o TJRR adotou esse entendimento ao reconhecer o direito dos indígenas de se autorregular, o que é fundamental para a sua preservação cultural:

> Em relação ao direito à autodeterminação, assegurá-lo ou não assegurá-lo determina a possibilidade de sobrevivência ou

> desaparecimento de uma cultura. Para os povos indígenas, a autodeterminação consiste mais em viabilizar a continuidade da integridade cultural que o reconhecimento de poderes políticos. É a busca pela sobrevivência da cultura dos povos indígenas que justifica o clamor pela autodeterminação. Com efeito, as demandas pelo reconhecimento do direito às terras tradicionais, à continuidade do modo de vida e ao autogoverno têm em suas raízes a busca pela a preservação e o desenvolvimento da cultura (ALVES, 2015, p. 743).

A relevância dessa decisão, entretanto, não se limita apenas ao reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas como forma de manter seus direitos culturais e, consequentemente, sua própria sobrevivência (ANAYA, 2005), mas também evidencia a valorização dada aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mostrando a força vinculante desses documentos e a conscientização da necessidade de procurar todos os meios legítimos no intuito de conferir efetividade aos direitos de todos os seres humanos.

5. CONCLUSÃO

O tema proposto para o estudo, a responsabilização penal dos indígenas realizada pela própria comunidade e o reconhecimento estatal da validade da punição aplicada, implica em questões de ampla abrangência, incluindo o respeito aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos e aos direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico nacional, incluindo os relativos à diversidade cultural, ensejando discussões acerca do respeito às diversas formas de viver.

No Brasil, tendo como base a análise de documentos internacionais, dos dispositivos constitucionais e da legislação específica, a responsabilização penal do indígena pela comunidade se mostra possível e com fundamentos jurídicos suficientes para seu reconhecimento estatal.

Foi nessa linha que, em 2015, o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima – TJRR, na Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0 – BONFIM/RR, afastou condenação de indígena já punido pela comunidade,

tendo como argumentos principais o reconhecimento do pluralismo jurídico derivado da rica diversidade cultural brasileira, nos moldes estabelecidos pelo art. 231 da Constituição Federal de 1988 e pelo art. 57 do Estatuto do Índio (L. 6001/1973), bem como o reconhecimento da garantia fundamental *ne bis in idem*, ausente no ordenamento nacional, mas presente na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992. Ao invocar esse tratado internacional como fonte de Direito no Brasil, o TJRR acompanhou a linha iniciada pela CF/88 no sentido de valorizar os documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, mostrando um grande avanço na luta pela efetividade desses direitos em prol da defesa da dignidade de todo ser humano.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. Diversidade cultural e o direito à autodeterminação dos povos indígenas. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 110, p. 725-749, 2015.

ANAYA, James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madri: Trotta, 2005.

CARBONELL, Miguel. **La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina**: una aproximación teórica. 2003 Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v36n108/v36n108a02.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, n. 191-A, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004: Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe dobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 21 de dez.

1973. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6001-19-dezembro-1973-376325-norma-pl.html>. Acesso em: 15 jan. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343/SP**, Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Relator: Min. Cezar Peluzo, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> Acesso em: 16 jan. 2018

_____. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992a**: Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992b**: Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 27 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 09 de nov. 1992c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

CARMO, Luís Mota. **O n*e bis in idem* como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu**. 2009. 124 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3429/1/ulfd_111778_tese.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2018.

MUÑOZ, José Clares. ***Ne bis in idem* y derecho penal**: Definición, patologia y contrários. Murcia: Diego Martin Editor, 2006.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988**: representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. 2004. 233 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3853>. Acesso em: 23 ago. 2018.

_____, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

FERREIRA, André da Rocha. **A concessão de autonomia penal às comunidades indígenas**: aplicabilidade constitucional do artigo 57 do Estatuto do Índio. 2017. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/8008/2/DISSERTAÇÃO%20ANDRÉ%20DA%20ROCHA.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

IKAWA, Daniela. Direitos dos povos indígenas. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). I**gualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 177, p. 19-29, jan./mar. 2008.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a constituição brasileira de 1988. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humano**s. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. São José, 1969.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização.** Petrópolis: Vozes, 1993.

GONZÁLEZ, María Luisa Soriano. El derecho a un sistema jurídico propio y autónomo en los pueblos indígenas de América Latina. **Revista de Filosofía, Derecho y Política**, n. 16, jul. 2012. Disponível em: <http://universitas.idhbc.es/n16/16-09.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito de ser povo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.) **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA (TJRR). Apelação Criminal. TJRR – ACr 0090.10.000302-0. Ministério Público do Estado de Roraima e Denilson Trindade Douglas. Relator: Desembargador Mauro Campello, Câmara Única, julgado em 18 de dezembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, p. 13, 17 fev. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/destaques/docs_destaques/acr-0090-10-000302-0/acr-0090-10-000302-0>. Acesso em: 26 maio 2017.

WAGNER, Daize Fernanda. A pena privativa de liberdade entre os Povos Indígenas do Oiapoque: modelo próprio de execução penal?. In: CONPEDI/UFSC (org.); ANDRADE, V. R. P.; ÁVILA, G. N. de; CARVALHO, G. M. de (Coords.). **Criminologias e Política Criminal.** Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 91-111. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=-0cf5d42e34cfeb8a>. Acesso em: 25 jun. 2018.

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.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico.** Fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Saraiva, 2015.

Correspondência | *Correspondence:*

Ana Maria D'Ávila Lopes
Universidade de Fortaleza, Av. Washington Soares, 1321, Edson Queiroz, CEP 60.811- 341. Fortaleza, CE, Brasil.
Fone: (85) 3477-3293.
Email: anadavilalopes@unifor.br

Recebido: 30/01/2018.
Aprovado: 21/06/2018.

Nota referencial:

LOPES, Ana Maria D'Ávila; 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. Quadrimestral.