

A DIMENSÃO CULTURAL E PLURALISTA DO DIREITO DE PUNIR: O CASO RAPOSA SERRA DA LUA¹

THE CULTURAL AND PLURALIST DIMENSION OF THE RIGHT TO PUNISH: THE CASE RAPOSA SERRA DA LUA

Francisco Humberto Cunha Filho²

Allan Carlos Moreira Magalhães³

José Vagner De Farias⁴

Resumo: O presente estudo tem como objeto a análise de uma decisão recente e inédita no país que proporcionou uma nova interpretação da questão da punibilidade indígena. Trata-se de acórdão confirmatório pela segunda instância do Tribunal de Justiça de Roraima de sentença de juiz de primeiro grau realizada nos autos do Processo Nº 0090.10.000302-0. Inicialmente, é feita uma abordagem introdutória relacionando Direito Penal, Cultura e Poder. Em seguida, é abordada a nova valorização da cultura indígena como fruto de uma visão multiculturalista consagrada pela Constituição Federal de 1988. Após, analisa-se superficialmente a resposta penal como fruto de uma manifestação cultural, inclusive na própria tarefa de interpretação do Estatuto do Índio no direito penal ordinário e, no caso em análise, a punição do índio pela comunidade indígena Monoá à luz da Convenção 169 da OIT, tratado de direitos humanos que o Brasil é signatário. Busca-se compreender juridicamente como tal decisão se fundamenta inclusive com paralelos no direito comparado. Por meio de uma metodologia qualitativa baseada em pesquisa bibliográfica, analisa-se, portanto, uma decisão inédita através do reconhecimento intercultural que implicou em um dos direitos fundamentais mais importantes do indivíduo: a liberdade.

Palavras-chave: Interculturalismo; Indígena; Punição.

Abstract: This study aims to promote an object analysis of a recent and unprecedented decision in the country that provided a new interpretation of the issue of indigenous criminal liability. This is the second instance confirmatory judgment of the Court of Justice of Roraima judge sentence of first degree held in the file of Case No. 0090.10.000302-0. Then, the new appreciation of indigenous culture is approached as the result of an multiculturalist view enshrined in the Federal Constitution of 1988. After that, we analyze superficially the criminal response as the result of a cultural practices, including in the Indian Statute of the interpretation task called The Ordinary Criminal Law and, in this case, the punishment of the Indians by the indigenous community Monoá in accordance with ILO Convention 169, a human rights treaty to which Brazil is a signatory. It seeks to understand legally how such a decision is based even on parallels in comparative law. In addition to the positive law, an

¹ Artigo recebido em 11/12/2017 e aprovado em 26/09/2019.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Pesquisador-Líder do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais; Advogado da União. E-mail: humbertocunha@unifor.br. ORCID ID: 0000-0003-2770-6532.

³ Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Advogado da União (AGU). Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais (GEPDC/UNIFOR) e do Instituto Brasileiro de Direitos Culturais (IBDCult). Professor da Faculdade Santa Teresa (FST). E-mail: allanm2@yahoo.com.br. ORCID ID: 0000-0002-4245-1235.

⁴ Defensor Público do Estado do Ceará. Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR, no curso de Doutorado em Direito Constitucional. Email: vagnerdefarias@yahoo.com.br. ORCID ID: 0000-0003-1940-3275.

approach is taken to understand the decision under study by overcoming the ethnocentrism of the official criminal law and the recognition of interculturality. Through a qualitative methodology based on bibliographical research, we therefore analyze an unprecedented decision through an intercultural recognition that implied one of the most important fundamental rights of the individual: freedom.

Keywords: Interculturalism; Indigenous; Punishment.

1. Introdução

O objetivo do presente artigo é analisar a decisão judicial prolatada pelo Poder Judiciário do Estado de Roraima, cujo acórdão do Tribunal de Justiça confirma a sentença do juízo de primeiro grau que impede a instauração de ação penal em desfavor de indígena pela prática do crime de homicídio, por entender que o mesmo já fora sancionado pela comunidade em que vivia. No caso, as sanções aplicadas pela comunidade indígena equivalem aquelas que a legislação penal designa de pena alternativa, pois são distintas da privação de liberdade.

O representante do Ministério Público atuante na comarca ofereceu denúncia em face do acusado, de prenome Denílson, o qual, no dia 20 de junho de 2009, após ingerir bebida alcoólica, teria matado a facadas o seu próprio irmão, o também indígena Alanderson, na comunidade de Manoá/Pium, Região Serra da Lua, no Município de Bonfim, Estado de Roraima. Por esses fatos, é imputado a prática pelo referido indígena do crime previsto no Artigo 121, § 2º, II do Código Penal Brasileiro, cuja pena é a prisão de 12 a 30 anos, considerando o enquadramento dos fatos no crime de homicídio cometido por motivo fútil.

A defesa técnica do indígena acusado do referido homicídio é exercida pela Procuradoria-Geral Federal (PGF)⁵, que em sede de apelação criminal confirma a impossibilidade jurídica da tramitação do processo penal em face do acusado, pois este já havia sido sancionado pela própria comunidade indígena. A análise judicial dos argumentos da acusação e da defesa gerou como resultado o arquivamento da denúncia por sentença

⁵ A Procuradoria-Geral Federal (PGF), instituição criada pela Lei n. 10.480/2002, que se encontra vinculada a Advocacia-Geral da União, compete, nos termos do seu Artigo 10, a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, bem como a respectiva consultoria e assessoramento jurídico. A FUNAI é uma fundação pública federal nos termos da Lei n. 5.371/1967, sendo a sua representação exercida pela PGF. Com isso, a competência que a Lei 9.028/1995 reservou no § 6º do Artigo 11-B à Procuradoria-Geral da Fundação Nacional do Índio atinente as atividades judiciais de interesse individual ou coletivo dos índios passam a ser exercidas pela PGF (Artigo 10, § 2º, da Lei n.º 10.480/2002). A matéria é regulamentada pelo Advogado-Geral da União por meio da Portaria AGU n. 839/2010 nos seguintes termos: "Art. 2º a Procuradoria-Geral Federal, as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados, as Procuradorias Seccionais Federais, os Escritórios de Representação e a PFE/Funai atuarão, obrigatoriamente, na orientação jurídica e na defesa judicial dos direitos e interesses individuais indígenas, sempre que a compreensão da ocupação territorial, da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições for necessária ao deslinde da controvérsia jurídica".

extintiva do processo, posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça, cujo ineditismo torna o acórdão merecedor de estudos jurídico e metajurídicos. Abaixo transcrevemos a ementa do acórdão em questão:

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 (RORAIMA, 2016, p. 5).

A análise desta decisão judicial é realizada a partir dos direitos culturais, dada a dimensão cultural e pluralista do direito de punir, e o fato dela afrontar o dogma jurídico do monopólio estatal da violência, pois se o processo tivesse percorrido a ritualística tradicional, deveria seguir, em princípio, o procedimento do Tribunal do Júri, nos termos da Constituição Federal, na hipótese do indígena ter sido pronunciado pelo crime de homicídio e, em caso de condenação, ser submetido a pena de privação de liberdade.

O desenrolar da pesquisa demanda que se abordem preliminarmente questões estruturantes em termos de organização e ideologia justificadoras da própria existência do Estado, como a unificação do poder, presente no debate que contrapõe o monismo ao pluralismo jurídico, tema este que, por seu turno, somente tem possibilidade de ser adequadamente compreendido se for observado pelo prisma dos direitos culturais.

Para atingir o desiderato da investigação, adota-se o método dedutivo e de subsunção para a análise dos fatos em cotejo com as normas e as doutrinas relacionadas à questão, as quais percorrem vários campos do direito, especialmente o Penal, o Constitucional e o dos Direitos Culturais. Amparam o método adotado a pesquisa bibliográfica e documental, esta amparada no processo judicial Nº 0090.10.000302-0 oriundo do Poder Judiciário do Estado de Roraima.

O resultado esperado por esta pesquisa consiste na demonstração do acerto da decisão judicial em análise ao reconhecer, a luz do Estatuto do Índio e da Convenção 169 da OIT, a legitimidade da comunidade indígena para sancionar segundo seus costumes e tradições os seus integrantes. Também almeja-se demonstrar que tal decisão se encontra em sintonia com o princípio da subsidiariedade e o relativismo cultural.

2. Estado, monismo e pluralismo jurídico

De acordo com a mais conhecida corrente da ciência política sobre o tema, o Estado é um tipo de estrutura de organização da sociedade, de existência um tanto quanto recente na história humana, que poderia ser datada da segunda metade do Século XVII, quando foram firmados os tratados de Vestfália, dos quais surgiram as características que hoje em dia são recitadas automaticamente nos bancos escolares: poder soberano, em território limitado sobre determinado povo. Essa origem e o que dela decorre são tratadas por Bobbio, quando compara a teoria da continuidade (o Estado sempre existiu) com a teoria da descontinuidade (o Estado é um produto da modernidade). Dissertando favoravelmente à segunda tese, sustenta:

Não faltam, evidentemente, argumentos a favor de uma tese desse gênero. O maior deles é o processo inexorável de concentração do poder de comando sobre um determinado território bastante vasto, que acontece através da monopolização de alguns serviços essenciais para a manutenção das ordens interna e externa, tais como a produção do direito através da lei, que, à diferença do direito consuetudinário, é uma emanção da vontade do soberano, e do aparato coativo necessário à aplicação do direito contra os renitentes, bem como através do reordenamento da imposição e do recolhimento fiscal, necessário para o efetivo exercício dos poderes aumentados (BOBBIO, 2017, p. 89).

De fato, o Estado moderno surge com a consolidação da soberania, entendida por Jean Bodin (2011, p. 195), como “o poder absoluto e perpétuo de uma República”, mas que admite a delegação:

Seja qual for o poder e a autoridade que [o soberano] dê a outrem, ele nunca dá tanto que não retenha sempre mais, e nunca está excluído de comandar ou de conhecer, por prevenção, concorrência ou avocação, ou do modo que lhe aprouver, as causas das quais encarregou seu súdito, seja ele comissário ou oficial. Ele pode subtrair-lhe o poder que lhe foi atribuído em virtude de sua comissão ou instituição, ou manter tal poder em suspenso por tanto tempo quanto quiser (BODIN, 2011, p. 197).

Para o mundo do direito, a principal consequência dessa compreensão de soberania é a consolidação do monismo jurídico que, para Arnaldo Vasconcelos, em sua manifestação mais exacerbada é uma doutrina que “identifica o Direito com Direito positivo estatal (...) desde a Constituição até o aviso administrativo” (VASCONCELOS, 2016, p. 285).

Assim sendo, por uma perspectiva monista, nos termos antevistos, a decisão judicial de Roraima, que se analisa, seria inviável; caberia, entretanto, numa perspectiva pluralista, para a qual, de acordo com Arnaldo Vasconcelos (2016, p. 285) “o ordenamento jurídico alcança, a par do sistema estatal, vários outros sistemas, criados pelas sociedades e

associações, como a Igreja, o sindicato e o clube esportivo”, sendo possuidora das seguintes características:

1º - Separação entre Direito e Estado, com conseqüente afastamento da redução do Direito à Lei; 2º - Admissão da pluralidade de sistemas jurídicos positivos, entre os quais o estatal; 3º Negação do individualismo e do formalismo racionalistas, através da predicação da sociabilidade do ‘nós’ e da justiça social como conteúdo da norma jurídica; e 4º - Eliminação do elemento coativo da essência do Direito, que, desse modo, só pressupõe o Estado como possibilidade de garantia da sanção jurídica” (VASCONCELOS, 2016, p. 286-287).

Ressalta-se que essa perspectiva reflete uma visão de formação clássica dos Estados Europeus assimilada por diversos estados no mundo ocidental, porém mitigada ante especificidades locais que não levam em consideração, pelo etnocentrismo ainda persistente, a formação histórica de países latino-americanos. Isso ocorre no Brasil com repercussão inclusive nos dias atuais com significativa indiferença normativa às populações tradicionais e de um sistema de justiça próprio que reconheça a autonomia dessas populações de exercerem as suas resoluções de conflito.

O sistema de justiça em si, é algo totalmente desconhecido para as comunidades indígenas, que desconhecem em sua maioria o fundamento legal de seus direitos, tão pouco compreende o funcionamento do “sistema dos brancos”. Exemplo disso são as legislações ordinárias, por exemplo, no Código Civil não existe nenhum capítulo que reconheça a família e as relações de parentesco das comunidades indígenas. No Estatuto da Criança e do Adolescente não existem normas que contemplem a realidade dos “indígenas crianças”, bem como, ao contrário de Países como o Paraguai, no que tange aos procedimentos criminais não existe no Direito Penal Brasileiro um procedimento próprio que observe a cultura dos povos indígenas no caso de infrações cometidas por indígenas. Assim, concluímos que não existe um procedimento jurídico específico para apreciar as demandas envolvendo os direitos das populações indígenas, tão pouco os profissionais do direito conhecem a problemática dos direitos indígenas (GIFFONI, 2015, p. 144).

A situação é mais grave considerando o tratamento institucional diferenciado de países latino-americanos como Bolívia, Peru, Colômbia e Equador, que reconhecem uma alteridade cultural protegida pelo Estado que a presente decisão acaba por final fazendo, o que reforça o caráter inédito e importante para a doutrina e jurisprudência nacionais. Esse é, portanto, o primeiro lastro teórico a partir do qual será analisada a decisão judicial animadora do presente estudo; o segundo suporte teórico a perscrutará a partir da ótica dos direitos culturais.

3. Direito Penal, Cultura e Poder

O debate sobre a função do Direito Penal no Estado Moderno é complexo. No entanto, após as revoluções burguesas e acirrados debates filosóficos, prevaleceu, como monopólio do Estado, o direito de punir, resultado da vitória de uma concepção cultural

ocidental, de perspectiva garantista, segundo a qual, para não se constituir como um ato de desarrazoada violência, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor dentre as aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada pela lei (BECCARIA, 2012, p. 99).

Para Roxin (2007, p. 64), a melhor teoria para explicar a função penal seria a mista, que consiste na combinação de três elementos: retribuição, prevenção especial e prevenção geral. A pena tem por função primordial a proteção de bens jurídicos relevantes à sociedade, a partir da intimidação coletiva e abstrata, que, pelo menos em teoria, seria um inibidor da prática de outros crimes. Em seguida, após decisão judicial, ocorreria a individualização da sanção em relação ao condenado específico, a partir de uma dosimetria penal prévia. Por fim, a terceira função, com o seu comprimento, ocorreria a prevenção especial (isolamento da sociedade), em conjunto da reeducação do condenado.

Constata-se, mesmo em uma análise perfunctória, que o Direito Penal guarda forte relação com a cultura, pois ao proteger bens jurídicos relevantes e que são axiologicamente variáveis no tempo e no espaço, como a vida, a liberdade, a dignidade sexual e o patrimônio deixa clara a perspectiva de um “dever-ser”, o contrário, por exemplo, ocorre nas ciências tipicamente naturais, que têm por objeto “o ser”. Como destacado por Bustos Ramirez e Malarée (1997, p. 16), em cada etapa da história prevalecem conceitos distintos de condutas de desvio e estratégias de controle, assim como de atribuições a órgãos encarregados de exercê-lo. Logo, o sentido antropológico do direito penal o torna um objeto cultural dinâmico, pertencente a um determinado recorte histórico e espacial, que também está diretamente relacionado ao Poder.

Para Carvalho (2016) a partir do momento que apenas a lei, seguindo a prescrição constitucional do Art. 5º, XXXIX, define qual conduta é crime e a correspondente pena, é também o direito penal instrumento de poder, e, nessa perspectiva reducionista, precisa ser construído a partir de um paradigma monista, que reage a qualquer concorrência. Para o jurista, entretanto, o Direito Penal, na pós-modernidade, perde o sentido, porque não cumpre as promessas que o legitimam; transformou-se numa grande mentira retórica para satisfazer um sentimento odioso de vingança individual e coletiva.

A aplicação no Direito Penal no Brasil é, em sua essência, arbitrária, pois não se castiga igualmente todos os tipos penais variando conforme o status social de seus agentes, com uma postura mais rigorosa e até mesmo ilegal sobre as partes mais débeis e extratos economicamente mais desfavorecidos (PRADO, 2019), o que por si só já deve ser objeto de

reflexão sobre a cultura da política penal do país, em um momento de aumento do discurso criminológico de combate ao inimigo ante os altos índices de criminalidade.

Uma política criminal de índole e “afetual”, reforçada pelos sentimentos das vítimas e pela insegurança generalizada institui o marco ideal para a proliferação do que Garland denomina “criminologia do outro”, o que significa pensar o delinquente como anormal, estranho, inassimilável à cultura dos valores hegemônicos. Por outro lado, esta legitimação desde baixo do aparato penal autorizará uma política criminal belicista ou militarizada – fato que o denominado direito penal do inimigo de há muito já demonstrou – justamente pela inserção já não apenas em âmbito de políticas locais pragmáticas mas no próprio discurso criminológico (GLOECKNER, 2019).

Constata-se que, por possuir o monopólio de poder em relação ao direito penal oficial e tradicional, o Estado também precisa de uma verdade argumentativa legitimadora construída a partir de aspectos culturais predominantes, inclusive de classe social. Tal raciocínio é pressuposto à compreensão do tema objeto do trabalho, pois, para isso, faz-se necessário uma abordagem que vá além do mero legalismo positivista e adentre na compreensão cultural, que está acima do que é positivado como norma estatal.

O que não podemos é discutir sobre cultura ignorando as relações de poder dentro de uma sociedade ou entre sociedades. Notem bem: o estudo da cultura não se reduz a isso, mas esta é uma realidade que sempre se impõe. Assim é porque as próprias preocupações com cultura nasceram associadas à relação de poder (SANTOS, 2012, p. 80).

Logo, merece destaque uma decisão de reconhecimento de uma punição estabelecida a partir de parâmetros de um agrupamento cultural minoritário, fato que somente é possível a partir da superação da ideia monista à qual tradicionalmente se vincula o direito estatal. Neste sentido, a decisão judicial em análise dá um importante passo para a construção de uma cidadania inclusiva para os povos indígenas, proposta por Dantas (2004, p. 216) como sendo “uma cidadania nova e ressignificada baseada no alargamento da ideia de vínculos sociais, culturais, jurídicos e políticos de pertença concomitante às suas sociedades e culturas particulares e ao Estado”.

4. Os direitos indígenas na Constituição

Inicialmente, deve-se destacar que o Brasil, de maneira geral, com o advento do Estado pós-1988, proporcionou um especial tratamento à questão cultural, ao se dispor no texto constitucional que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais (Art. 215), bem como ao dimensionar o patrimônio cultural brasileiro como sendo constituído pelos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da

sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (Art. 216) (BRASIL, 1988).

A vigente Constituição utilizou textualmente a expressão “direitos culturais”, uma inovação importante na história do país. Entretanto, deve-se atentar para a distinção entre uma perspectiva emanada do “culturalismo jurídico”, definição ampla que resulta no raciocínio de que todo o direito emana da cultura (REALE, 2000 p. 20), e “direitos culturais”, com delimitação objetiva para fins jurídicos (CUNHA FILHO, 2000, p. 34-35). Sem essa delimitação, uma possível violação impossibilitaria no plano concreto uma reparação em termos jurídicos. Constituindo-se em Estado Democrático de Direito e Pluralista, importante destacar o princípio do pluralismo cultural no Brasil:

Consiste na possibilidade de existência e expressão simultâneas das mais diferentes correntes de pensamento e manifestação cultural no seio da sociedade, sem que nenhuma delas seja declarada superior ou oficial, a positivação do princípio do pluralismo cultural, pode ser deduzida da relação dos dispositivos constantes na seção da constituição destinada à cultura, esta que externa cuidado para que nenhum segmento social (e até expressão individual) seja esquecido em sua contribuição para a formação de nossa cultura. (CUNHA FILHO, 2000, p. 45)

O pluralismo cultural pressupõe a coexistência de diferentes culturas como as afro-brasileiras, as indígenas e todas as outras que participam do processo civilizatório nacional. Mas merece destaque no presente estudo as questões referentes às culturas indígenas que passaram, a partir de 1988, a ter proteção especial pela Constituição (SILVA, 2001, p. 85) que reconhece aos índios no Artigo 231 a “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (BRASIL, 1988).

Logo, o reconhecimento desses direitos aos índios pela Constituição pode ser utilizado como argumento para afastar o direito penal comum exercido pelo Estado brasileiro em seu território? Seria uma abertura jurídica, isto é, uma possibilidade de valorização da diversidade de punir em razão de naturezas culturais distintas entre os indígenas? Como se constata, a valorização da diversidade ocorre expressamente no mais graduado documento jurídico do país. Importante contextualizar seu alcance, pois:

A valorização da diversidade humana não pode ser desvinculada da eclosão das reivindicações do reconhecimento do valor de identidades sociais e, portanto, da contestação dos conceitos de cultura monolítica e homogênea. Partindo do

pressuposto de que as pessoas de um mesmo grupo compartilham valores, de que se sentem partícipes, formulou-se o conceito normativo de “pertencimento” (PELEGRINI e FUNARI, 2013, p. 23).

Em consequência disso, a compreensão da pena como fruto de um “pertencimento” social próprio, como extensão da cultura que é reconhecido expressamente pela Constituição brasileira de 1988 aos povos indígenas ao proteger, dentre outros direitos culturais, aqueles relacionados a sua organização social, costumes e tradições é objeto de abordagem específica no próximo tópico deste estudo.

5. A punição como modo de viver em dado ambiente cultural

A decisão de punir tomada pelas comunidades Anauá, Manoá e Wai Wai merece conhecimento e uma análise mais minuciosos. Segundo o que consta na decisão sob análise: “após o ocorrido, reuniram-se Tuxauas e membros do conselho de comunidade indígena do Mancá no dia 26/06/2009 [...], para deliberar eventual punição ao índio Denilson”. Ademais, o *decisum* revela que foram adotados procedimentos que, se visto pela ótica do direito comparado, poderiam ser compreendidos como garantidores do contraditório e da ampla defesa, a saber: “após a oitiva do acusado e de seus pais e outras pessoas, concluíram pela imposição de várias sanções, entre as quais a construção de uma casa para a esposa da vítima, a proibição de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos Tuxauas” (RORAIMA, 2016, p. 1).

A série de medidas punitivas definida por um colegiado formado por várias lideranças indígenas e acompanhadas pela FUNAI, que só presenciou a reunião, teve caráter preponderantemente ressocializador, na busca primordial da restauração do equilíbrio rompido na comunidade. Algo que na realidade da aplicação do direito penal comum no mundo, e especialmente no Brasil, é algo cada vez mais difícil de ser atingido, pois os índices de reincidência são altíssimos e o sistema acaba efetivamente provocando mais dores aos envolvidos na transgressão penal do que a ressocialização, o que é bastante destacado no pensamento de Nils Christie (2007, p.5, apud ÁVILA, 2016): “Pior do que a importância dada ao crime e da culpa individual é a legitimidade dada à dor. Dor, destinada a ser dor, é elevada ao posto de resposta legítima ao crime”.

Na situação em análise, pode-se dizer que houve uma espécie de banimento temporário de sua comunidade, mas não uma mera expulsão dela, uma vez ter sido definido, com a aquiescência de outro povo indígena que “o índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região do Wai Wai por mais cinco anos com possibilidade de

redução conforme seu comportamento”. Na comunidade anfitriã, a sanção imposta também abrange o dever de “aprender a cultura e a língua”, respeitar “a convivência, o costume, a tradição e moradia”, “participar de trabalho comunitário”, “de reuniões e demais eventos” (RORAIMA, 2016, p. 2).

Além disso, a coletividade e sua autoridade máxima, o tuxaua, são os responsáveis por eventualmente o autorizar a praticar a mercancia de peixes, ou outras atividades econômicas que almeje exercer. Remarque-se que no cumprimento da pena é ofertada a condição de “ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua”; e no caso de “não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar (sic) outra decisão” (RORAIMA, 2016, p. 2).

Cabe ressaltar que em momento algum a comunidade indígena na aplicação da sanção faz referência à legislação penal oficial do Estado Brasileiro, como, por exemplo, o Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40), Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41) ou a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), tampouco à Constituição Federal e suas garantias fundamentais. A punição aplicada decorre da tradição e dos costumes indígenas, que também encontra na Convenção 169 da OIT sustentáculo jurídico como a fonte primária “da pena”, que consiste em autêntica manifestação da cultura indígena, a qual foi prestigiada em vez do tratamento institucionalizado previsto nas normas estatais.

É importante destacar que na sanção aplicada pela comunidade indígena não há previsão de pena restritiva da liberdade. Além disso, em caso de descumprimento pelo apenado da punição imposta pela comunidade, seria necessário uma nova reunião e deliberação para definir as consequências desta nova violação das tradições e costumes da comunidade.

Esse fato evidencia a diferença entre o tratamento dado pela legislação penal oficial e aquele conferido pela comunidade indígena, pois o objetivo maior da punição para esses povos é o reestabelecimento do equilíbrio da comunidade. A perspectiva de restrição de liberdade não é acolhida satisfatoriamente pelos povos indígenas porque tal conduta promove a diminuição da força de trabalho da comunidade, o que em regra não é tolerável pelos mesmos.

A principal fundamentação normativa utilizada pela defesa técnica do indígena realizada pela Procuradoria-Geral Federal para o convencimento do Poder Judiciário encontra-se no Artigo 57 do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), cuja literalidade, de tão importante, convém ser transcrita: “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” (BRASIL, 1973).

O Estatuto do Índio antecede em quinze anos a atual Constituição, mas somente agora, a partir da decisão em análise, passou a ter interpretação à luz do atual ordenamento superior. A forma como a Justiça Roraimense decide a questão é completamente diferente e inovadora. Com essa decisão há a aplicação do princípio da diversidade cultural na esfera penal, de forma que em momento algum houve a sujeição dos povos indígenas à condição de incapazes.

Antes da referida decisão, utilizava-se desse subterfúgio jurídico (incapacidade jurídica dos povos indígenas) para justificar uma resposta penal diferente, apelando-se para o direito estatal posto, em especial, o artigo 21 do Código Penal, quando trata do “erro sobre a ilicitude do fato” que, inevitável (se a pessoa, inclusive por motivos culturais, não tem consciência da ilicitude), isenta de pena, e se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

O artigo 15 do vigente Código Penal Peruano, que trata do “error de comprensión culturalmente condicionado”, mostra-se mais avançado em relação à legislação brasileira: “El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuída, se atenuará la pena”. Este preceito de exclusão da ilicitude ou de atenuação da punibilidade é assim justificado na parte preambular do Código Penal do referido país andino (PERU, 1991):

3. En reconocimiento a la heterogeneidad cultural de los habitantes de nuestro país, pero sin recurrir a una terminología despectiva con la que infelizmente utilizó el "Código Maúrtua" ("salvajes", "indígenas semicivilizados o de degradados por la servidumbre y el alcoholismo"), el proyecto de la Comisión Revisora ha dado acogida a una forma especial de error conocida en la doctrina como "error de comprensión culturalmente condicionado". En este sentido, quien por su cultura o costumbre (no así por anomalía psíquica u otras causas de inimputabilidad prevista en el artículo 20, inc. 1 de este Proyecto), comete un hecho punible sin ser capaz de poder comprender, por tales motivos, el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, estará exento de pena. La sanción se atenuará si, por iguales razones, la capacidad que se indica se encontrare únicamente disminuída (artículo 15)⁶.

⁶ Tradução livre para o português: “3. Em reconhecimento à heterogeneidade cultural dos habitantes de nosso país, mas sem recorrer a uma terminologia depreciativa como a que infelizmente utilizou o “Código Maúrtua” (“selvagens”, “indígenas semi civilizados ou de degradados pela servidão e pelo alcoolismo”), o projeto da Comissão Revisora acolheu uma forma especial de erro conhecida na doutrina como “erro de compreensão culturalmente condicionado”. Neste sentido, quem por sua cultura ou costume (não por anomalia psíquica ou outras causas de inimputabilidade previstas no artigo 20, inc. 1 deste Projeto), comete um fato punível sem ser capaz de poder compreender, por tais motivos, o caráter delituoso de seu ato ou de se comportar de acordo com

O que sempre prevaleceu na doutrina e na jurisprudência brasileiras até então era que, a partir de um juízo etnocêntrico, tema que será melhor abordado no próximo tópico, caso o Estado-juiz, baseado no Estatuto do Índio, entendesse que o índio já “havia se integrado à sociedade” o mesmo seria imputável; se “não houvesse se integrado”, seria inimputável e, conseqüentemente, afastada a legislação penal. Apesar de ser alvo de críticas, não há como deixar de reconhecer que, indiretamente, a questão cultural é um limite de resposta à atuação penal.

Neste sentido, é inaceitável tratar juridicamente como pessoa incapaz aqueles que não assimilaram a cultura “oficial”. Tal raciocínio é defendido por Zaffaroni e Pierangelli que na seara penal consideram insustentável que o indígena, ou qualquer outro ser humano que possua regras de conduta diferentes decorrentes da diversidade cultural sejam considerados inimputáveis em razão deste fato cultural, como se a sua condição humana fosse diminuída pela diversidade cultural.

Trata-se de pessoas que podem ser, ou não ser inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencer a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica – biologista e racista – já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes (ZAFFARONNI e PIERANGELLI, 2004, p. 649, *apud* PACHECO e col, 2011, Online).

Assim, atribuir ao indivíduo ou à comunidade em razão dos seus valores culturais a condição jurídica de incapaz (esfera cível) ou de inimputável (esfera penal), não consiste numa proteção, mas ao contrário, consiste na supressão do direito à diversidade cultural que reflete a ideia inaceitável de que existe uma cultura legítima e ao redor dela as demais culturas gravitam, pois estão sempre submetidas aos valores daquela.

Para Cucho (2002, p. 145), a relação entre “cultura dominante” e “cultura dominada” consiste na impossibilidade desta desconsiderar a existência daquela no curso da sua evolução. Assim, para referido autor, nem a “cultura dominada” é uma cultura alienada e totalmente dependente, e nem a “cultura dominante” pode desconsiderar totalmente a “cultura dominada”. A decisão judicial em análise evidencia essa relação de interdependência, pois para assegurar o respeito a decisão prolatada pela comunidade e os seus valores culturais precisa recorrer a ordem jurídica estatal.

A punição aplicada pela comunidade indígena encontra suporte jurídico em nível interno com o que determina o artigo 57 do Estatuto do Índio e em nível internacional com as

essa compreensão, estará isento de pena. A sanção será atenuada se, por iguais razões, a capacidade que se indica se encontrar unicamente diminuída (artigo 15).

disposições dos artigos 9º e 10 da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT⁷. Ambas as normas estabelecem a tolerância com relação as sanções penais aplicadas pelas próprias comunidades indígenas, mas firmam limites consistentes na proibição de penas cruéis ou infamantes e na vedação total da pena de morte. A Convenção, por sua vez, limita o poder da comunidade indígena à compatibilidade com o sistema jurídico nacional e aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

A decisão de punir, emanada da comunidade indígena em estudo, por fim, respeitou a Constituição Federal de 1988, pois não resultou, por exemplo, em aplicação de penas cruéis ou de caráter perpétuo, por exemplo, a qual seria possível o controle jurisdicional se assim o fizesse. Assim, a pena aplicada não se caracteriza como absoluta, pois não afasta a possibilidade de revisão judicial, caso ofenda princípios constitucionais sensíveis em relação a direitos e garantias fundamentais.

A aplicação de sanções pelos povos indígenas segundo suas tradições possui uma seara específica de possibilidade, para além do direito oficial. Assim, a decisão estudada respeita a diversidade cultural ao legitimar o julgamento feito pela comunidade indígena com seus pares e dentro de seu território, sem prejuízo do princípio da inafastabilidade da jurisdição nos termos do art. 5º, XXXV da Constituição Federal 1988, mas em caráter residual na aplicação do Direito Penal estatal.

Por outro lado, em princípio, é equivocado se falar em *bis in idem* numa eventual punição acumulativa das duas hipóteses (sanção estatal e sanção pela comunidade indígena) nesse contexto, pois se está diante de dois entes sancionadores distintos. Logo, não há como se configurar dupla punição se não se trata do mesmo ente sancionador, que, a princípio, seria apenas o Estado, a não ser que se considere que as comunidades agiram por delegação legal.

Desta feita, à luz da força normativa supra legal de direitos humanos da Convenção 169 da OIT, do princípio constitucional cultural pluralista e o especial respeito às tradições indígenas punitivas (não se verifica, por exemplo, tal hipótese, entre os negros), os também princípios constitucionais do monopólio da ação penal pública pelo Ministério Público (Art. 129, I, da CF/88) e da inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXXV) não prevaleceram na

⁷ As normas da Convenção 169 da OIT, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.051/2004, por tratarem de direitos humanos, possuem caráter de supra legalidade consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no Recurso Extraordinário 466.343-SP, uma vez que sequer havia sido promulgada a Emenda Constitucional nº 45 que instituiu o §3º ao artigo 5º na Constituição Federal, portanto sem possibilidade de integrar Bloco de Constitucionalidade, porém com status privilegiado em relação à lei ordinária.

decisão do artigo 57 do Estatuto do Índio à luz do art. 231, em razão de uma nova perspectiva cultural da pena, e que possibilitou uma interação horizontal entre as duas culturas com a premissa de que nenhuma delas era superior a outra.

O acórdão referenciado nesse estudo confirma a decisão de primeiro grau no direito comparado em mencionar que nos Estados Unidos há comunidades nativas indígenas (“Indian Country”) as quais possuem ampla autonomia sobre suas terras, com reconhecimento estatal de aplicação de medidas pelas mesmas em caso de violação de bens jurídicos relevantes, apesar de o viés ser mais o da crítica da dupla punibilidade do fato, não do interculturalismo. Na Austrália, o reconhecimento de solução pela própria comunidade ocorre com os aborígenes que sequer possuem proteção constitucional para tanto através do instituto do “Payback”. Ressalta-se que em ambas as situações existem grandes debates sobre quais os limites dessas decisões comunitárias, o que não ocorre no Brasil que ratificou a Convenção 169 da OIT, o que Estados Unidos e Austrália não fizeram (RORAIMA, 2016, p. 3).

Reconhece-se, portanto, com fundamento no direito comparado, uma alteridade punitiva com perspectiva distinta de quando o Estatuto do índio foi elaborado ainda no regime militar, fruto de um reconhecimento extensivo da cultura indígena, que foi respeitada no presente caso, por também respeitar, de forma indireta, as garantias fundamentais da Constituição, uma vez que não foram utilizadas, por exemplo, penas cruéis, nem a pena de morte.

Este fato que não implica o reconhecimento de uma jurisdição paralela indígena prevalecente de maneira absoluta. Em outros países, como Bolívia, Equador e Colômbia, mesmo que um sujeito indígena plenamente imputável pratique ato típico, ilícito e culpável para fins penais, reconhece-se expressamente uma via alternativa que não está prevista infraconstitucionalmente no Brasil, por isso a maior dificuldade de encontrar uma solução que parta hermeneuticamente da Constituição para o caso concreto. Na Colômbia a própria Constituição em seu artigo 246 prevê a “Jurisdição Indígena” nos seguintes termos:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional (COLOMBIA, 1991)⁸.

⁸ Tradução livre para o português: "As autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, de conformidade com suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrários à Constituição e às leis da República. A lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema nacional (COLOMBIA, 1991)."

A Corte Constitucional daquele país expressamente prevê critérios para o reconhecimento do interculturalismo, algo que o Brasil, seguindo a lógica da decisão estudada, também observou:

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de las siguientes limitaciones al ejercicio de la jurisdicción indígena: (i) Los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas. En este sentido, no podrá afectarse el núcleo duro de los derechos humanos; (ii) La Constitución y la ley y en especial el debido proceso y el derecho de defensa; (iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, y (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana.(...) Los criterios reconocidos por la Corte Constitucional para dirimir conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena son los siguientes: (i) la mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; (ii) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (iii) las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; (iv) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas (COLOMBIA, 2013)⁹.

A ausência do Estado nas comunidades indígenas possibilita que os costumes exerçam papel preponderante na busca de solução de conflitos, sendo muitas vezes ilegítimo que o poder público apareça com tal intuito. E considerando a prática social, a intervenção do Estado deve ser sempre a *ultima ratio*, se as demais instâncias tiverem fracassado. Se tal conduta vem encontrando respostas na própria comunidade, haveria um desvio se sua atuação não fosse respeitada. A punição célere, ao que indicam os costumes, é medida eficaz.

O agir do Estado apenas em *ultima ratio*, encontra amparo no princípio da subsidiariedade que regula “a vida do homem em sociedade e as relações entre a autonomia das comunidades menores e a intervenção daquelas de maior abrangência” (MAGALHÃES, 2019, p. 25). O significado desse princípio é dado por Messner (1970, p. 282) como sendo a ausência para a sociedade, no caso o Estado no exercício da persecução penal, de quaisquer

⁹ Tradução livre do português: "A jurisprudência constitucional reconheceu a existência das seguintes limitações ao exercício da jurisdição indígena: (i) Os direitos fundamentais e a plena vigência destes últimos nos territórios indígenas. Neste sentido, não poderá ser afetado o núcleo duro dos direitos humanos; (ii) A Constituição, a lei e em especial o devido processo e o direito de defesa; (iii) O que verdadeiramente resulta intolerável por atentar contra os bens mais preciosos do homem constituídos pelo direito à vida, pelas proibições da tortura e da escravidão e por legalidade do procedimento e dos delitos e das penas, e (iv) Evitar a realização ou consumação de atos arbitrários que lesionem gravemente a dignidade humana.(...) Os critérios reconhecidos pela Corte Constitucional para dirimir conflitos entre a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena são os seguintes: (i) a maior conservação de seus usos e costumes, maior autonomia; (ii) os direitos fundamentais constitucionais constituem o mínimo obrigatório de convivência para todos os particulares; (iii) as normas legais imperativas (de ordem pública) da República primam sobre os usos e costumes das comunidades indígenas, sempre e quando protejam diretamente um valor constitucional superior ao princípio de diversidade étnica e cultural e; (iv) os usos e costumes de uma comunidade indígena primam sobre as normas legais dispositivas (COLÔMBIA, 2013)."

atribuições ou competência “para fazer o que o indivíduo ou uma comunidade menor pode fazer por suas próprias forças”.

Assim, se a comunidade indígena agiu com suas próprias forças, observando os limites traçados no ordenamento jurídico estatal não é lícito ao Estado intervir sob pena de violar o referido princípio. Por fim, analisada a questão da pena a partir de uma nova perspectiva cultural, o dilema que se trata é como reconhecer uma punição de cultura diferente como a mais justa diante do etnocentrismo, pois a crítica comum que se tem à decisão é que poderia ser isso um instrumento para “escapar da justiça”¹⁰. Para enfrentar essa questão é analisado no tópico seguinte o aspecto da relativização cultural.

6. Superação do etnocentrismo e reconhecimento do relativismo cultural

Mesmo após três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, a decisão de reconhecimento substitutivo do direito de punição de uma comunidade indígena por ato tipificado por crime proporcionou grande polêmica nas redes sociais, blogs e debates acadêmicos. Entretanto, trata-se de tema suscitado logo após a nova ordem jurídica que só agora amadureceu (PINHEIRO, 2016).

Por mais que se tenha dado uma resposta jurídica à questão de que o Estado brasileiro não pode aplicar pena prevista no Código Penal a um indígena, quando ele já sofreu sanção aplicada pela própria comunidade, não se tem como escapar da crítica vulgar. Esta é feita com base no argumento de que tal decisão fere a soberania estatal e na tentativa de demonstrar uma falha na decisão da comunidade indígena com o intuito de associá-la a uma

¹⁰ O relato de Pinheiro mostra que essa ideia de usar o respeito aos costumes e tradições indígenas não implica em se furtar as recebimento da correspondente sanção: O condenado não terá vida fácil.: “O povo Wai Wai possui estrutura cultural bastante rígida, a ponto de não ter sido abalada sequer pela introdução da religião cristã pelos missionários protestantes. Os Wai Wai constituem poucos milhares de índios, espalhados em algumas aldeias entre a Guiana, Roraima, Amazonas e Pará. Sua estrutura é firmemente patriarcal, a ponto dos genros serem admitidos à família e ficarem subordinados ao sogro, até a sua morte. Apenas gradativamente o genro ganha mais independência. Passa a ter sua liderança reconhecida quando se torna sogro, com o direito de exigir os mesmos deveres. Líderes procuram manter tanto seus filhos quanto seus genros perto de si. Eles necessitam uma esposa e caso ela morra, devem casar-se novamente ou abandonar a posição de liderança. O controle social nunca se dá por força física, mas por persuasão, pressão da opinião pública e, de modo significativo, por fofoca. Ou seja, há um controle social com grande grau de subjetividades e idiossincrasias naturais da convivência social. Qualquer desacordo é mediado por sofisticados meios de negociação – como, exemplarmente, o diálogo ritual que conhecido por Oho (que impressionou pesquisadores como Fock nos anos 1950) e outras medidas indiretas. O medo de feitiçaria sempre serviu como meio de controle. Porém, atualmente os pastores chamam a atenção dos convertidos à religião cristã para o “castigo de Deus” em caso de conduta considerada inadequada – cujo efeito, em termos objetivos, é o mesmo... Em casos sérios o conselho formado pelos líderes (Tuxawas, líderes de trabalho – onde se inserem também pastores) promove longos encontros com todos os envolvidos em busca de soluções. Algumas disputas chegam a ser discutidas publicamente na Umana, a grande casa cerimonial onde também são celebradas festividades conjuntamente” (PINHEIRO, 2016).

forma de impunidade, partindo os críticos do pressuposto equivocado de considerar a sua cultura superior.

Os avanços democráticos dos últimos anos no Brasil propiciaram resgatar através das políticas públicas afirmativas parcela do déficit histórico de opressão na construção do país, cujo fator cultural proporcionou uma nova interpretação da visão punitiva de outra cultura. Com isso, se torna possível superar as ideias estereotipadas relacionadas aos povos indígenas que de acordo com Ribeiro (1970, p. 362) consideram os índio perversos, vingativos, covardes, traiçoeiros, desconfiados, dissimulados, brigões, violentos, preguiçosos, ladrões, mendigos, estúpidos, ignorantes, infantis, mal-agraçados, nojentos, cachaceiros, indecentes, dissolutos.

A visão estereotipada dos povos indígenas atribui a eles características geralmente negativas. O etnocentrismo que para Rocha (1994, p. 7) consiste numa “visão do mundo onde o nosso próprio grupo é tomado como centro de tudo e todos os outros são pensados e sentidos através dos nossos valores, nossos modelos, nossas definições do que é existência”, é uma das causas do desrespeito à cultura indígena, pois parte do pressuposto equivocado da existência de uma superioridade cultural.

O senso comum baseado nessa noção etnocêntrica tende a sustentar a aplicação do direito penal ordinário, pois seria sinônimo de impunidade alguém cometer um homicídio e não ser preso. Trata-se de um reflexo da cultura de repressão majoritariamente defendido pela sociedade envolvente e presente no sistema de justiça. O relativismo cultural fornece o contraponto à noção de etnocentrismo, possuindo segundo Menezes (2016) em essência três significados.

O primeiro significado de relativismo cultural é aquele que considera que “todo e qualquer elemento de uma cultura é relativo aos elementos que compõem aquela cultura”; o segundo é aquele que nega à cultura um caráter absoluto, pois cada cultura possui seu próprio padrão de medida; e por fim, o significado que “afirma positivamente que uma cultura é tão válida como outra qualquer”, o que defende a equivalência entre as diferentes culturas (MENEZES, 2016).

Logo, a formação positivista dos juristas e a falta de compreensão de percepção do que há além do direito posto são empecilhos à compreensão do relativismo cultural, que, nesta decisão, ganhou relevância jurídica ímpar como paradigma do que deve ser a autêntica interpretação do mesmo, que, nesse caso específico, repercute como punição a uma conduta danosa a outrem.

O desafio maior ante a realidade do Brasil é a persistente seletividade do sistema penal extremamente punitivista e autoritário na cultura dos juristas que repercutem em condenações desnecessárias e excesso justificados por um discurso do direito penal do autor consoante doutrina consagrada de Zaffaroni, e não um direito penal relacionado à restauração social após o fato, ainda mais quando não só os indígenas são vítimas de distinção do sistema, mas os pobres, negros e marginalizados de maneira geral.

Segundo Gloeckner (2018, p. 567), mesmo havendo uma nova Constituição da República que trouxe um certo otimismo inicial, não ocorreu com que as práticas punitivistas autoritárias fossem banidas do panorama processual penal e o sistema acusatório fosse implementado o que sequer aconteceu efetivamente. Logo a perspectiva da presente decisão vai de encontro a essa persistente cultura da práxis judicial, que deve ser superada para entender o interculturalismo.

Assim, é necessário haver um respeito às culturas indígenas e as decisões tomadas pelas comunidades indígenas, seja com base no relativismo cultural, seja com base no princípio da subsidiariedade. Nesta toada é de significativa contribuição para os direitos culturais a decisão que definitivamente interpretou o Estatuto do Índio à luz da Constituição Federal de 1988 e da Convenção 169 da OIT, conferindo autonomia punitiva à comunidade indígena a que pertence o índio Denilson.

7. Considerações Finais

A decisão judicial reconhece uma nova perspectiva de abordagem na seara penal, cuja resposta punitiva supera a tradicional visão do tema. A inovação se dá porque a decisão objeto de estudo não promove a análise da imputabilidade do indígena sob a ótica do direito penal estatal, comprovada pela realização de um exame pericial que demonstre qual o grau da sua integração cultural dentro de uma perspectiva etnocêntrica, mas leva em consideração a diversidade cultural e a organização social das comunidades indígenas.

Com isso, o Estatuto do índio sofre uma releitura pela decisão judicial, pois esta em vez de partir da classificação etnocêntrica constante no artigo 4º para resolver sobre a aplicação ou não o Direito Penal estatal com base no “grau de civilidade” do índio, adota nova interpretação e reconhece a plena consciência da prática do fato delituoso pelo indígena, porém, entende como legítima a aplicação de uma resposta sancionatória pela própria comunidade.

O acerto da decisão judicial reside também no fato de que a sanção imposta pela comunidade indígena observou os requisitos respeitadores da dignidade da pessoa humana previstos em legislação internacional protetora dos Direitos Humanos (em especial a Convenção 169 da OIT que o Brasil é signatário), a Constituição Federal e o próprio Estatuto do Índio.

Há, portanto, o reconhecimento de uma punição paralela ao Estado, que tradicionalmente não admite a justiça privada, pois atrelado ao monismo jurídico que associa o Direito ao direito positivo estatal. Paradoxalmente, no entanto, em relação às comunidades indígenas, essa regra é excepcionada pelo próprio direito positivo, no caso, o artigo 57 do Estatuto do Índio.

Os desdobramentos do reconhecimento do direito de punir da comunidade indígena, vai além da perspectiva simplista de vedação da aplicação do princípio *bis in idem*, que se reveste de uma garantia penal, pois tal princípio pressupõe, o *jus puniendi* do ente, o que não se configura no presente caso em razão de ser o Estado e a comunidade indígena instituições distintas.

Assim, a solução conferida pelo Poder Judiciário do Estado de Roraima sustenta-se, para além das normas do direito positivo, no respeito à diversidade cultural com a atribuição de igual relevância aos valores culturais dos povos indígenas e a forma como resolvem seus próprios conflitos, o que inclusive encontra respaldo no princípio da subsidiariedade que proíbe o Estado de agir em substituição ao indivíduo e à comunidade quando estes podem, por suas próprias forças, atingir seus objetivos.

Referências

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Sistema Penal: em busca da redução de dores**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/08/24/sistema-penal-em-busca-da-reducao-de-dores>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. 7ª Edição. Martin Claret: São Paulo-SP, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: fragmentos de um dicionário político**. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República: livro primeiro**. São Paulo: Ícone, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004**. Convenção N^o 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de setembro de 1973**. Estatuto do Índio. Brasília, DF, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. **Portaria AGU nº 839, de 18 de junho de 2010**. Regula as atribuições dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal para a defesa judicial e extrajudicial dos direitos e interesses individuais e coletivos indígenas. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=227561>>. Acesso em: 21 set. 2019

BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; MALARÉE, Hernán Harmazábal. **Leciones de Derecho Penal Volumen I**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno. Entrevista. **Jornal O Povo** - Páginas Azuis. 20/06/2016. Disponível em: <<http://mobile.opovo.com.br/app/opovo/paginasazuis/2016/06/20/noticiasjornalpaginasazuis,3626044/e-preciso-encontrar-caminhos-para-destruicao-do-direito-penal.shtml>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**, 06 jul. 1991. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. República da Colômbia. **Sentencia T-921/13. Relator Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub**, 25 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Trad. Viviane Ribeiro. 2 ed. Bauru: EDUSC, 2002.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. A “cidadania ativa” como novo conceito para reger as relações dialógicas entre as sociedades indígenas e o Estado Multicultural Brasileiro. **Hileia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia**. v. 2, n. 2. Manaus: Universidade do Estado do Amazonas, 2004, p. 215-229.

GIFFONI, Johny Fernandes. A aplicação das 100 regras de Brasília como fundamento da interpretação para a proteção dos direitos indígenas: a Defensoria Pública e a Convenção 169 da OIT. In: **Defensoria como metagarantia: transformando promessas constitucionais em efetividade**. Congresso Nacional de Defensores Públicos (04-07 nov. 2015: Paraná) Livro de teses e práticas exitosas. Paraná: Anadep, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Volume I. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Razões do Populismo Punitivo**. Disponível em: <https://www.academia.edu/36340567/RAZ%C3%95ES_DO_POPULISMO_PUNITIVO>. Acesso em: 09 ago. 2019.

MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. **Patrimônio cultural, democracia e federalismo na realidade manauara: o princípio da subsidiariedade e os papéis da comunidade e do poder público na seleção dos bens culturais protegidos pelo tombamento.** Tese (Doutorado) - Universidade de Fortaleza. Programa de Direito Constitucional. Fortaleza, 2019.

MENEZES, Paulo Gaspar de Menezes. **Etnocentrismo e relativismo cultural.** Disponível em: <http://www.unicap.br/Pe_Paulo/documentos/etnocentrismo.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019.

MESSNER, Johannes. **Ética social: o direito natural no mundo moderno.** Trad. Alípio Maia de Castro. São Paulo: Quadrante, 1970.

PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos; PRADO, Rafael Clemente Oliveira do; KADWÉU, Ezequias Vergillo. **População carcerária indígena e o direito à diferença: o caso do município de Dourados, MS.** In: Revista de Direito GV vol.7 no.2 São Paulo July/Dec.2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000200005> Acesso em: 12 ago. 2019.

PELEGRINI, S.C.A.; FUNARI, P. P. **O que é Patrimônio Cultural Imaterial.** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2013.

PERU. **Decreto Legislativo nº 635, de 8 de abril de 1991.** Código Penal Peruano. Disponível em: <https://apps.contraloria.gob.pe/unetealcontrol/pdf/07_635.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2019.

PINHEIRO, Antonio Fernando Pedro. **Tribunal afasta condenação de índio já punido pela tribo.** Disponível em: <<http://www.ambientelegal.com.br/tribunal-afasta-condenacao-de-indio-ja-punido-pela-tribo/>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

PRADO, Rodrigo. **O movimento abolicionista de política criminal.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/movimento-abolicionista-politica/>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

REALE, Miguel. **Cinco Temas do Culturalismo.** São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Darcy. **O Processo Civilizatório.** Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1970.

ROCHA, Everardo. **O Que é Etnocentrismo.** Coleção Primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 1994.

RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0090.10.000302-0**. Relator Desembargador Mauro Campello, 23 fev. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/destaques/docs_destaque/acr-0090-10-000302-0/acr-0090-10-000302-0>. Acesso em: 20 jun. 2016.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMAN, Klaus. **Introdução do Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, José Luiz dos. **O que é cultura**. Coleção primeiros passos. 21ª Reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. 1ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.