

LIMITES DA AUTODETERMINAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL DOS POVOS ORIGINÁRIOS: CASO DO INDÍGENA DENILSON E A TEORIA DO GARANTISMO

*LIMITS OF SELF-DETERMINATION OF THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM OF NATIVE PEOPLE:
THE CASE OF THE INDIGENOUS DENILSON AND THE THEORY OF GUARANTEEISM*

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Doutor (2005). Mestre (2001) e Especialista (2001) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com estágio Pós-doutoral (2016) pela Universidade do Minho. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Advogado Criminalista.

Curriculo *Lattes*: [<http://lattes.cnpq.br/4516474580462451>].

Orcid: [<https://orcid.org/0000-0002-2479-7937>].

nestorsantiago@unifor.br

ANDRÉ LUIS TABOSA DE OLIVEIRA

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor de Direito da Faculdade Luciano Feijão. Promotor de Justiça.

Curriculo *Lattes*: [<http://lattes.cnpq.br/0846039130983208>].

Orcid: [<https://orcid.org/0000-0002-5244-4602>].

andretabosamp@gmail.com

JOSÉ EDIVAL VALE BRAGA

Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mestre em Economia pela UFRGS. Graduado em Direito pela UFRR. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal de Roraima.

Procurador do estado de Roraima. Advogado tributarista.

Curriculo *Lattes*: [<http://lattes.cnpq.br/9769363180798488>].

Orcid: [<https://orcid.org/0000-0002-1115-5214>].

edivalbraga@edivalbraga.com.br

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v193i193.170>].

Recebido em: 14.03.2022

Aprovado em: 08.08.2022

Última versão do(a) autor(a): 22.08.2022

ÁREAS DO DIREITO: Processual, Penal

RESUMO: O presente artigo discute os desdobramentos jurídicos do reconhecimento, pelo Poder Judiciário brasileiro, da validade do julgamento pela própria comunidade dos povos originários nos casos de infrações penais. A pesquisa terá como objeto de estudo o caso do indígena Denilson, que matou seu irmão dentro da terra indígena Manoá/Pium, município de Bonfim-Roraima, em 2009. O objetivo da pesquisa é examinar a decisão prolatada no caso, de modo a verificar se o reconhecimento da jurisdição sancionatória dos povos originários encontra abrigo na teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli. Almeja-se verificar se o referido julgamento configura pretensão desvirtuada para materialização do postulado constitucional da autodeterminação dos povos indígenas no Brasil ou se o referido julgamento encontra abrigo na ordem jurídica brasileira como parte do processo civilizatório nacional forjado por diferentes grupos, especialmente os povos originários.

PALAVRAS-CHAVE: Autodeterminação dos povos originários – Jurisdição indígena criminal – Garantismo penal – Teoria do garantismo.

ABSTRACT: This article aims to discuss the legal consequences of the recognition of the validity of the judgment by the native peoples community itself in cases of criminal offenses by the Brazilian Judiciary. The research has as object of study the case of the indigenous Denilson, who killed his brother inside the Manoá/Pium indigenous land in 2009 in the municipality of Bonfim, in Roraima State. The objective of the research is to examine the decision rendered in the case, in order to verify whether the recognition of the sanctioning jurisdiction of native peoples finds shelter in Luigi Ferrajoli's theory of guaranteeism. As a hypothesis, it is verified whether the aforementioned judgment constitutes a distorted claim to materialize the constitutional postulate of self-determination of indigenous peoples in Brazil or if it finds shelter in the Brazilian legal system as part of the national civilizing process forged by different groups, especially the native peoples.

KEYWORDS: Self-determination of native peoples – Indigenous punishment system – Criminal guaranteeism – Theory of guaranteeism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O garantismo como conceito: perspectivas geral e penal. 2.1. O positivismo crítico de Ferrajoli. 2.2. As ideias-base de Ferrajoli e sua relevância para o constitucionalismo no âmbito do reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas. 3. A autodeterminação do sistema de julgamento de conflitos dos povos originários, nos casos de crimes de indígenas praticados contra indígenas. 3.1. Estudo do caso Denilson Trindade Douglas. 3.2. A dupla resposta do sistema processual penal brasileiro: jurisdição dos povos originários e do Estado e o *bis in idem*. 4. Considerações finais. 5. Referências. 6. Legislação. 7. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O Estado contemporâneo é legitimado e aceito pela ideia de realização de deveres impostos por suas Constituições, como tarefas constitucionais a serem desempenhadas por meio de suas administrações públicas. Deve providenciar serviços públicos básicos,

de modo a atender à população e suas necessidades básicas, o que ocorre, entre outras áreas, em saúde, educação e segurança. Daí, respeita as margens de liberdade das pessoas, numa perspectiva de autocontenção, frente aos seus direitos fundamentais. Ou assume um *status* ativo, promovendo direitos sociais. Ainda, viabiliza um sistema organizado de resolução de conflitos por meio do exercício da jurisdição, com a presença do contraditório e ampla defesa.

Ao ser provocado por meio do direito de ação, o Estado, por meio da instauração de um processo, deve propiciar a resolução integral do conflito de interesses, por meio de uma sentença que proceda à resolução do caso penal que o originou. A participação das partes e a possibilidade de elas influenciarem de modo real na produção do julgado torna a jurisdição o reflexo de um Estado de Direito democrático. Por meio do processo, a jurisdição realiza um escopo político de garantir o respeito dos cidadãos ao próprio Estado, contribuindo para a sua subsistência.

O modo de realizar a jurisdição legitima o procedimento. O encadeamento desses mesmos atos procedimentais compõe o processo, integrando-o à expectativa de realização de justiça por parte dos envolvidos. Regras e princípios indicados na Constituição precisam de confirmação da confiança do jurisdicionado para a manutenção da fé na racionalidade desse mesmo Estado. O usuário do sistema de justiça precisa acreditar que a sua expectativa de comportamento frente ao ordenamento jurídico corresponde um dever correlato do outro com quem litiga, e que essa expectativa, ao menos, em tese, será assegurada por meio da jurisdição, no caso de descumprimento.

Vivendo num Estado de Direito democrático, os direitos fundamentais geram um dever de cumprimento, seja pela população em geral, seja por esse mesmo Estado. Isso é revelado pela promessa do devido processo legal, inscrito na Constituição da República Federativa do Brasil (CF). E que deve ser objeto de garantia, como pedra de base, por esse mesmo Estado, de modo a legitimá-lo a cada dia, fazendo derivar do respeito estatal ao devido processo a vinculação psicológica e moral de cada membro de sua população.

Cada Estado tem grupos sociais dos mais variados em seu território, realizando as mais diversas atividades, velando pelo respeito à tolerância dos demais, formando um constitucionalismo cooperativista. O reconhecimento da dignidade de cada um desses mesmos grupos é um dos aspectos mais relevantes do primado da dignidade da pessoa humana. Inclusive, com previsão de sanções civis, administrativas e até penais, em último caso, para coibir e sancionar comportamentos que desatendam essas expectativas.

Os grupos sociais têm o seu sistema particular de expectativas partilhadas por seus membros. Seja padrões de comunicação, de vestimentas, respostas morais positivas ou negativas a essas mesmas expectativas. Há grupos religiosos, de empregados, de famílias, entre vários outros. Dentro do mesmo Estado, inclusive, há a possibilidade de etnias e grupos diversos, com naturais conflitos por reconhecimento. Isso gera deveres de respeito aos costumes e hábitos de cada um dos seus membros, entre e fora dos grupos. Devem ser guardados, porém, regramentos básicos que unirão esses mesmos grupos aos demais e ao Estado.

Há momentos em que os elementos de ligação de alguns desses grupos com o Estado e a resposta do mesmo a situações-limite devem ser discutidos e submetidos à delimitação quanto ao seu alcance e à sua continuidade. Há necessidade de diálogo, em tais casos, para a construção do melhor espaço de convivência, aliás imprescindível, entre os diferentes padrões culturais historicamente considerados. Aí, cabe a esse mesmo Estado propiciar que a tomada de decisão para a resolução desse conflito esteja cercada pelo maior respeito possível aos direitos desses grupos e seus membros, por meio da aplicação dos direitos fundamentais e do devido processo legal.

Essa é proposta de discussão do presente artigo.

O indígena Denilson Trindade Douglas praticou homicídio qualificado de seu irmão, também indígena, na comunidade do Manoá, terra indígena Manoá/Pium, Região Serra da Lua, município de Bonfim, Estado de Roraima. Após o fato, membros do conselho da comunidade reuniram-se para discutir quanto a uma punição para o autor do fato. Ouvidos o réu, seus pais e terceiras pessoas, houve a decisão pela imposição de várias sanções, como a construção de uma casa para a esposa da vítima, a proibição de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos tuxauas. Após nova reunião com os líderes de comunidades indígenas e servidores da Funai, decidiu-se pela aplicação de sanções penais sem qualquer interveniência do direito estatal, respeitando a autonomia do ordenamento indígena, o que é autorizado pelo art. 57 da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio – EI). Ainda assim, o Ministério Público ingressou com denúncia perante a Justiça Estadual roraimense, que, ao final, reconheceu a jurisdição indígena.

Essas informações foram obtidas a partir da leitura do Processo Judicial que gerou o Recurso de apelação 0090-10.000302-0, sendo o apelante o Ministério Público do Estado de Roraima e apelado Denilson Trindade Douglas, Vara da Comarca de Bonfim, Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, Câmara única, Turma Criminal.

A discussão do presente trabalho envolve compreender a postura do Estado frente a esse caso, a partir da Teoria do Garantismo de Luigi Ferrajoli. E se a resposta do Poder Judiciário, como órgão desse mesmo Estado, ao reconhecer a necessidade de respeito à decisão tribal, atende às ideias básicas da teoria, respeitando os direitos fundamentais do autor e da família da vítima.

A metodologia utilizada será a descritiva, de base bibliográfica-documental, com estudo de caso referente ao processo judicial 0090.10.000302-0, da comarca de Bonfim, no Estado de Roraima, envolvendo as manifestações do Ministério Público e do órgão judicial, além de livros e artigos de Ferrajoli acerca da teoria do garantismo, para melhor compreensão desse processo judicial. O enfoque envolverá predominantemente a matéria penal e processual penal sobre o caso, à luz do direito constitucional e o direito como fenômeno cultural.

Na primeira parte será analisada a Teoria do Garantismo para a identificação da relevância dos fundamentos para a mais adequada aplicação do direito e concepção do Estado. Ressaltando o respeito à normatividade e legalidade constitucionais como exigência de reforço do conceito de direitos fundamentais, em resposta a uma posição mais

conservadora por parte do Poder Judiciário, expressa no não reconhecimento do espaço de autonomia da jurisdição constitucional indígena nas situações analisadas nesse artigo. Na segunda parte, haverá a exposição dos fatos ocorridos no Estado de Roraima, com a apresentação dos fundamentos do órgão do Ministério Público e do Judiciário para a instauração do processo penal contra o indígena e o choque entre as duas racionalidades para a decisão do caso, e a coerência desse posicionamento com os postulados do garantismo de Ferrajoli. Na terceira parte, abordaremos se o reconhecimento pelo Poder Judiciário da jurisdição indígena criminal encontra ou não eco na teoria garantista de Ferrajoli como instrumentos de materialização da autodeterminação dos povos originários. Por derradeiro, procuraremos delimitar em quais situações fáticas se mostram compatíveis o reconhecimento da jurisdição criminal indígena frente ao sistema punitivo estatal, tendo por base a teoria garantista de Ferrajoli, com a finalidade de evitar que ocorra o desvirtuamento do postulado constitucional da autodeterminação dos povos indígenas no Brasil.

2. O GARANTISMO COMO CONCEITO: PERSPECTIVAS GERAL E PENAL

A ideia do garantismo é um conceito-chave para Luigi Ferrajoli. Ele a construiu a partir de uma perspectiva do direito privado, como a necessária expectativa a ser cumprida por parte do credor de uma obrigação jurídica. É dizer: quem se envolve num negócio jurídico deve ter como seguro o dever de cumprimento da prestação avençada pela outra parte. Em *Principia Juris*, Ferrajoli (2013, p. 188) indica o significado original do termo, que é caracterizado pelo uso no direito privado. Garantias seriam uma série de institutos que remontam ao direito romano, destinados a assegurar o cumprimento das obrigações e a tutela dos correspondentes direitos patrimoniais.

A concepção original do termo garantismo, ligado à concepção de direitos patrimoniais e ao jusprivatismo romano (FERRAJOLI, 2013, p. 188) ganhou contornos de publicização, transpondo o campo privado até o necessário reconhecimento, em prol de qualquer pessoa, do direito inalienável de ser tratado com a necessária dignidade e respeito pelo Estado, em relações de poder institucional. E o maior ponto de reconhecimento científico da ideia foi exatamente no exercício do mais gravoso dever imposto a ele, como ordenador de condutas: o direito de punir.

Em sua obra, há sempre uma nota de exigência de liberdade. Seja em artigos, seja em outras obras, vê-se a pessoa em sua relação com o Estado, que, por sua vez, tem deveres para com ela, com obrigações a serem cumpridas e garantidas, sob pena de perda de fundamento e razão de sua existência. Ver o Estado como ente soberano capaz de firmar sua vontade de modo absoluto, sem qualquer limite, faz com que a soberania seja identificada como arbítrio simples. O poder, para ser legítimo, envolve liberdade como instrumento de um bem maior a ser realizado em benefício do seu componente humano. A partir dessa ideia, vê-se, por exemplo, com bases nas premissas gerais de direito

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; OLIVEIRA, André Luis Tabosa de; BRAGA, José Edival Vale. Limites da autodeterminação do sistema de justiça criminal dos povos originários: caso do indígena Denilson e a teoria do garantismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 194. ano 31. p. 221-240. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023.

financeiro, que a tributação existe para angariar recursos financeiros direcionados ao custeio de serviços públicos, e a jurisdição é exercida para solver conflitos entre pretensões que, em última análise, poriam em dúvida a confiabilidade do cidadão no sistema normativo se não fossem dirimidas.

Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão* (2002, p. 683-685), possui um foco predominante na análise do sistema penal e processual penal, tendo como ponto de partida o paradigma italiano. Grande parte de seu reconhecimento no sistema judicial brasileiro vincula-se a essa obra, que, embora de grande relevância, não abarca todas as suas ideias. Deve ser indicado, na mesma obra, em sua quinta parte, que já se vislumbram as primeiras luzes da teoria geral do garantismo, com os seus três grandes significados.

Ferrajoli (2002, p. 684) indica que num primeiro significado o garantismo designa um modelo normativo de direito. Quanto ao direito penal, seria um modelo de estrita legalidade, própria do Estado de Direito. No plano epistemológico estaria caracterizado como um sistema cognitivo ou de poder mínimo. Já sob o plano político, mostrar-se-ia como uma técnica de tutela idônea a reduzir a violência e otimizar a liberdade. Num viés jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Num segundo significado, Ferrajoli (2002, p. 684) prossegue afirmando que o garantismo designaria uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não somente entre si, mas também pela existência ou vigor das normas. Ele operaria como uma doutrina jurídica de legitimação e, acima de tudo, de perda de legitimação interna do direito penal, o que iria requerer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes.

Finalmente, num terceiro significado, o garantismo designaria o que Ferrajoli (2002, p. 685) chama de filosofia política, que iria requerer do Estado e da própria ideia do direito o ônus de justificação externa com base nos bens e interesses dos quais a tutela ou garantia constituem sua finalidade. Nessa última visão, ele teria como pressuposto a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre os pontos de vista interno e externo na valoração do ordenamento e entre ser e dever ser do direito.

2.1. *O positivismo crítico de Ferrajoli*

A ideia de garantismo, segundo Ferrajoli (2013, 187) está ligada à ideia de técnicas de tutela de direitos fundamentais, sejam direitos negativos, como a liberdade, ou positivos, como direitos sociais, que corresponderiam a obrigações de prestações a cargos dos poderes públicos. A partir do catálogo dos direitos fundamentais, fala-se em respeito à vida, liberdade, propriedade, incolumidade física, respeito aos direitos culturais como bens jurídicos a serem reconhecidos como dignos de proteção pelo Estado. Mas, há, ainda, um aspecto vinculativo e mandatário ao Estado. Isto é, um dever de agir para a manutenção desses mesmos direitos, compreendidos como expectativas imperativas, direcionadas ao intérprete e aplicador das normas legais. Quer dizer, há garantias

secundárias, direcionadas a assegurar as garantias primárias em caso de descumprimento ou realização insuficiente.

Sobre as garantias secundárias, ou de segundo grau, merece destaque a exposição de Ippolito (2011, p. 40), ao indicar que a perspectiva teórica do garantismo de Ferrajoli alcança em sua obra *Principia Juris* sua máxima expressão. Expõe que o tema das garantias, como técnicas normativas destinadas a salvaguardar direitos subjetivos, correspondentes a deveres positivos ou negativos correspondentes a expectativas positivas ou negativas. Quando elas não são satisfeitas, há uma legítima expectativa de reparação, que se liga, por seu turno, a um dever jurisdicional de reparação, nas palavras do autor, representando uma garantia de segundo grau.

O reconhecimento de Ferrajoli e sua teoria garantista pela doutrina e jurisprudência brasileiras tem uma forte ligação com a jurisdição penal. Sem dúvidas, é a sua face mais reconhecida, a partir da publicação, no Brasil, de sua obra *Direito e razão*. Merece destaque a apresentação dos dez princípios do garantismo, que definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal. Os princípios estão indicado por Ferrajoli (2002, p. 74), que os enumera como princípio da retributividade, consequência da pena em relação ao delito, princípio da legalidade, em sentido lato ou no sentido estrito, princípio da necessidade ou da economia do direito penal, princípio da lesividade ou da ofensividade do evento, princípio da materialidade ou da exterioridade da ação, princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal, princípio da jurisdicionariedade, em sentido lato ou no sentido estrito, princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, princípio do ônus da prova ou da verificação e finalmente princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Vê-se em Ferrajoli que a ideia de construção de um grande sistema para o garantismo pode ser vislumbrada em *Direito e razão*, alcançando o ápice nos três livros, que constituem sua obra máxima, sob o título *Principia Juris*. Trata-se de um autor preocupado com a necessidade de reconhecer e revisitar o positivismo como teoria do Estado e da política. Não de modo insensível e alheio de questionamentos. Mas, um positivismo aberto para a crítica de seu conteúdo a partir dos direitos fundamentais. Criando óbices para a o exercício da jurisdição em que a lei seria um argumento retórico, um simples ponto de partida para que os juízos pessoais e morais do órgão judicial fossem os derivantes para a resolução do caso concreto.

Esse ponto merece destaque. Ferrajoli não defende o positivismo considerado de modo tradicional, ou um *paleopositivismo*. O autor italiano faz uma crítica a essa perspectiva de positivismo, indicando que ela se refere a um princípio de validade da lei como mera positividade, em sua obra *Principia Juris* (2013, p. 802). Em *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, Ferrajoli (2004, p. 19) expõe que a legalidade formal no Estado Constitucional de Direito mudou de natureza, não sendo mais apenas condicionante, mas condicionada por vínculos jurídicos não apenas formais, mas substanciais. Com isso, o sistema garantista – em oposição ao chamado paleopositivista – é um sistema de legalidade. Com isso, o direito contemporâneo não regula apenas a forma de produção

legislativa, por meio de normas procedimentais sobre formação de leis e suas disposições. Mas, programa, ainda, os seus conteúdos essenciais, vinculando-os normativamente aos princípios e valores inscritos nas Constituições. Disso decorre o dever de o juiz negar a aplicação a uma lei que claramente esteja destoante dos direitos fundamentais.

Cadernatori e Strapazzon (2010, p. 288) indicam que a especificidade do direito em relação a outros sistemas de dever está no fato de que o direito positivo traz em si garantias jurídicas primárias, que podem ser compreendidas como a previsão de uma obrigação ou um dever, e garantias secundárias, consistentes na possibilidade de sanção de comportamento ilícitos ou anulação de atos inválidos. Com isso, há o reconhecimento de que direitos subjetivos decorrentes de normas constitucionais sejam assegurados e as expectativas de seus destinatários sejam asseguradas.

Em *Poderes Selvagens*, Ferrajoli (2014, p. 23) trata de uma perspectiva substancial da democracia, mostrando que o direito não mais está subordinado à política, mas o seu inverso. Ferrajoli diz que a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais gerou uma dimensão substancial para a democracia, reformulando a relação entre direito e política, em que esta passou a ser submetido a ele, submetendo-a aos vínculos impostos por princípios constitucionais, sendo de natureza negativa, gerados pelos direitos de liberdade e vínculos positivos, quanto à realização de direitos sociais.

Deve ser destacada a posição de Ferrajoli (2002, p. 704), que o positivismo crítico traz uma releitura de ideias clássicas do positivismo tradicional. Ele diz que a tarefa do jurista, numa perspectiva de direito positivo, não é, em suas palavras, de sistematizar e reelaborar as normas do ordenamento para que se apresentem com uma coerência e completude que efetivamente não possuem. Mas, ao revés, incumbe-lhe explicar a sua incoerência e não completude por meio de juízos de invalidade sobre as normas que lhe são inferiores e, ao mesmo tempo, a ausência de sua efetividade quanto às normas que lhe são superiores: “É assim que a crítica do direito positivo, sob o ponto de vista do direito positivo, tem uma função descritiva das suas antinomias e lacunas, e ao mesmo tempo prescritiva da sua auto-reforma, mediante invalidação das primeiras e integração das segundas.”

2.2. *As ideias-base de Ferrajoli e sua relevância para o constitucionalismo no âmbito do reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas*

O Estado tem a obrigação de prestar serviços públicos e assegurar à população um espaço de convivência entre iguais, possibilitando a cada pessoa o desenvolvimento o mais adequado e eficiente de suas perspectivas de liberdade. Isso traz a pauta de respeito, realização e apresentação de meios necessários a isso. Daí, a preocupação nítida e o cuidado com o uso do conceito garantia: garante-se não de modo abstrato, mas real. Dirigem-se mandados de realização de atividades de vedação sancionatória e respeito a direitos fundamentais aos poderes legislativo e judiciário no duplo sentido do resguardo de expectativas, através de ideias de garantias primárias e secundárias.

O conceito de Estado prevê a existência de população em seu território, a ser objetivamente vista num espaço a ser dividido por meio de grupos sociais, com a presença de necessário respeito à multiplicidade de seus valores e saberes. Um espaço de conflitos, é certo, porque é natural sua existência, num crescendo de maior complexidade, gerada principalmente a partir das interações com os demais. Deve ser indicado, porém, que cada sociedade possui o exercício interno de relações de poder, com o grau de complexidade e estruturação derivadas da espécie de conflitos existentes e que demandam resolução. Assim, conceitos presentes na sociedade ocidental como direito à propriedade, à vida, liberdade estão presentes em cada um desses mesmos grupos sociais, com respostas geradas dentro de um ambiente cultural.

A própria ideia de constitucionalismo é revisitada por Ferrajoli em suas obras, como *A Democracia Através dos Direitos*, de 2015, com a previsão de quatro postulados de um modelo garantista de estado constitucional de direitos, que assumem importância na exposição desse trabalho. Sobre o princípio da legalidade, Ferrajoli (2015, p. 62-63) afirma que ele deve ser compreendido em todas as acepções: ampla, formal ou legal e estrita, substancial ou constitucional. No paradigma legislativo antigo – submissão dos poderes ao direito – era um princípio parcialmente não realizado. Daí, graças ao paradigma constitucional, ele assume uma nova complexidade, como princípio normativo e também lógico. A lei, doravante, está condicionada, de modo que sua validade depende da conformidade das suas formas e da coerência de seus conteúdos às normas constitucionais.

Ferrajoli (2015, p. 63) acrescenta o princípio da completude deontica, no sentido de que onde quer que exista direitos ou interesses estabelecidos por normas primárias, os deveres correspondentes devem ser estabelecidos como garantias primárias. É dizer: proibição de lesão e obrigação de tutela (FERRAJOLI, 2015, p. 63). Há a exigência de leis de atuação que, se ausentes, acarretam lacunas responsáveis por sua “inefetividade estrutural”, usando suas palavras.

Prossegue Ferrajoli ao tratar sobre o princípio da jurisdicionalidade, no sentido de que,

“[...] onde quer que existam normas e garantias primárias, também devem existir, contra suas possíveis violações, normas secundárias, que predisponham a intervenção de garantias secundárias ou jurisdicionais, levadas a efeito por funções e instituições de garantia.” (FERRAJOLI, 2015, p. 64).

Por fim, o princípio da acionabilidade. Segundo Ferrajoli (2015, p. 65), onde quer que exista uma jurisdição, deve ser prevista como garantia secundária a sua ativação pelos titulares dos direitos e interesses lesados e, de modo subsidiário, por parte de um órgão público que tenha condições reais de suprir a possível inércia ou insuficiência daqueles.

Acerca da ideia de reconhecimento, Honneth (2003, p. 210) diz que sob as condições da sociedade moderna a solidariedade relaciona-se com o pressuposto de relações sociais de

estima simétrica entre sujeitos individualizados e autônomos. Segundo ele, a expressão *estimar-se simetricamente* significa considerar-se, reciprocamente, à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do outro aparecerem como significativas para a práxis comum. Essas relações podem ser chamadas de solidárias, porque não despertam somente uma ideia de um espaço de respeito para com a particularidade individual, mas também o interesse afetivo por essa particularidade. Daí, somente na medida em que eu cuido ativamente de que as propriedades do outro – que me são estranhas – possam se desdobrar, os objetivos que nos são comuns passam ser passíveis de realização.

A indispensável necessidade de reconhecimento do outro está muito próxima da ideia de garantismo. Como diz Ferrajoli, a soberania popular mudou o sentido, como era pensado anteriormente, de uma democracia somente política ou formal. Como os direitos fundamentais foram constitucionalizados, os seus titulares estão numa posição supraordenada em vista do conjunto de poderes públicos e privados que têm a determinação e a finalidade de garantir esses mesmos direitos. Ferrajoli (2015, p. 87) explica o sentido em que a ideia tradicional de soberania popular pode ser compatível com o paradigma constitucional: garantia negativa, pois ela pertence ao povo e a ninguém mais, sendo inapropriável por qualquer poder constituído; e como garantia positiva, no sentido de que o povo não é a soma das pessoas que a compõe, mas equivale à junção de todos os variados direitos fundamentais de que todos e cada um são titulares, construindo a ideia de fragmentos de soberania.

Como adiante será aprofundado, a teoria do garantismo de Ferrajoli albergaria a necessidade impostergável do respeito ao sistema jurídico indígena quanto ao seu sistema sancionatório, decorrente da regra matriz do art. 231 da CF, ao dispor que aos indígenas são reconhecidos a 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. Partindo de uma interpretação constitucionalmente adequada, o respeito a ser assegurado pela União, por evidente, não diz respeito apenas a seus bens corpóreos, mas a suas regras de culturas, modos de vida e de meios de organização de seus sistemas de poder. Esse reconhecimento constitucional quanto ao respeito à cultura indígena e organização de seu sistema sancionatório está indicado no art. 57 do Estatuto do Índio, quanto à tolerância à 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”.

Ainda merece destaque a Resolução 287, de 25 de junho de 2019, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabelece procedimentos relativos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, com diretrizes para a garantia de direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Em seu artigo 7º, determina-se a consideração de mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertença o acusado, por meio de consulta prévia, com a possibilidade de adoção ou homologação de práticas de resolução de conflitos e responsabilização, conforme costumes e normas dessa comunidade, com base no art. 57 da Lei 6.001/73.

A teoria do garantismo de Ferrajoli é relevante para a presente discussão em vista de sua perspectiva de reconhecimento dos direitos indígenas indicados no texto constitucional e a necessidade de sua realização concreta nos casos sob destaque. Se o art. 231 determina o respeito do Estado brasileiro e de suas instituições para com os indígenas, respeitante à 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, há uma opção política que há de ser satisfeita, inclusive com a superação de lacunas normativas para esse desiderato.

Quando Ippolito (2011, p. 40), ao tratar da obra de Ferrajoli e sobre o conceito de garantias, apresenta o seu conceito como técnicas normativas destinadas a salvaguardar direitos subjetivos, correspondentes a deveres positivos ou negativos correspondentes a expectativas positivas ou negativas, constata-se uma afirmação teórica que se enquadra na jurisdição indígena como adequada para a composição de seus litígios e respostas institucionais ao cometimento de crimes como os destacados. Respeitar a cultura dos indígenas e dos seus sistemas de respostas institucionais é assegurar o espaço de autodeterminação constitucionalmente concebido.

3. A AUTODETERMINAÇÃO DO SISTEMA DE JULGAMENTO DE CONFLITOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS, NOS CASOS DE CRIMES DE INDÍGENAS PRATICADOS CONTRA INDÍGENAS

Uma compreensão mais ampla da ideia de autodeterminação dos povos prevista no artigo 4º da CF também se presta a legitimar o reconhecimento pelo Estado brasileiro do direito de os povos originários aplicarem os sistemas comunitários de julgamento de conflitos.

Numa leitura tópica, talvez autorize a compreensão no sentido de que o referido comando normativo deve pautar apenas as relações internacionais da República Federativa do Brasil. Contudo, ao se fazer uma interpretação sistemática ventila-se a tese de que as relações internas com os povos originários também devem ser por ele pautadas, tendo, como diretriz principiológica o reconhecimento, pelo Estado brasileiro, da autodeterminação dos povos originários, em sintonia, entre outros, com os princípios da unidade da Constituição e da máxima efetividade dos postulados constitucionais.

A identidade nacional se mostra permeada também por parte dos costumes e do modo de viver indígena, de modo que os modos de criar, fazer e viver indígenas também constituem o patrimônio cultural brasileiro, na qualidade de bens de natureza material e imaterial, bem como de um dos grupos formadores da sociedade brasileira, de modo que tal valor possui assento e proteção no artigo 216 da CF.

O reconhecimento da jurisdição penal indígena, desde que a sanção penal não destoe dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico pátrio, constitui importante avanço no sentido de aceitação das manifestações das culturas indígenas como um dos grupos participantes do processo civilizatório nacional (CF, art. 215). Traduz, de certo modo, o

reconhecimento do direito consuetudinário, da tradição, do legado histórico dos povos originários para a formação e formatação da nação brasileira (CURI, 2012).

Carlos Nino (2013, p. 109) diz que a origem democrática do direito penal é relevante para que a própria pena seja justificada. Pois fundamenta a presunção de que os atos que ela tende a prevenir são errados e a sanção penal implica danos sociais menores que os implícitos nesses atos. Isso serve para completar a justificação de imposição de uma resposta baseada no consentimento dos ofensores. Ainda que essa ideia haja sido plasmada sob a perspectiva de um sistema sancionatório estatal, pode ser aplicada, com as adaptações adequadas, ao contexto sob análise. Vê-se que a democracia não é apenas um componente necessário da justificação da sanção e aplicação das leis penais, pois também cria um limite ao alcance do possível conteúdo dessas leis.

O reconhecimento da validade do sistema de respostas institucionalizadas dos povos originários, nos casos de violações a normas relevantes de sua organização institucional, extrai, no Estado constitucional brasileiro, seu fundamento de validade da norma do artigo 231 da CF, entre outros, ao reconhecer aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Parte-se da ideia de que a validade do julgamento dos indígenas pelas suas próprias lideranças possui como substrato o reconhecimento, de estatura constitucional, da cultura, organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas. A validade desse sistema deve ser limitada aos casos de crimes comuns de indígenas contra indígenas, ou seja, às hipóteses em que o autor e a vítima sejam indígenas, bem como que a motivação da conduta criminosa não diga respeito aos interesses indígenas externos a essa comunidade.

Anote-se que a delimitação teórica das hipóteses em que o Estado brasileiro deve reconhecer a validade do julgamento dos indígenas pelas suas próprias lideranças não parte da linha tênue de delimitação das competências materiais da Justiça Estadual e da Justiça Federal, mas do reconhecimento de que essas hipóteses constituem patrimônio cultural dos povos indígenas brasileiros, de modo que tais julgamentos, tomados individualmente ou em conjunto, possuem correlação com a identidade, a ação, e a memória desses povos como um dos grupos formadores da sociedade brasileira.

O reconhecimento da jurisdição sancionatória dos povos originários nos limites delineados no ordenamento jurídico brasileiro não relativiza e nem entra em linha de colisão com a soberania estatal. Ao contrário, representa o reconhecimento de que somos uma nação multifacetária, pluralista e multicultural. Nessa ordem de ideias, Arnaldo Vasconcelos (2016, p. 285) defende que o sistema estatal convive e dialoga com outros sistemas, criados pelas sociedades e associações, como a Igreja, o sindicato e o clube esportivo.

O sistema de resolução de litígios estatais, sem necessariamente esvaziar a teoria monista, que consiste na presença de uma única fonte de direito para organizar a normatividade em determinado Estado, pode conviver com outros microsistemas jurídicos de resolução, por exemplo, a penalização aos membros de associações por violações aos respectivos estatutos. Mais a mais, é de bom alvitre sopesar que as normas jurídicas brasileiras, especialmente as de natureza criminal, são desconhecidas por grande parte dos

povos originários, de modo que eventual penalização pelas normas do Código Penal em nada ou quase nada contribuiria para o cumprimento da finalização sancionatória do “sistema dos brancos” (GIFFONI, 2015).

Por isso, por muito mais razão, o Estado Brasileiro tem o poder/dever de reconhecer os microssistemas dos povos originários.

3.1. *Estudo do caso Denilson Trindade Douglas*

O caso Denilson consiste num caso típico de conduta delitiva que, no eixo da hipótese alinhavada, deve ser julgado pelas próprias lideranças indígenas, uma vez que o homicídio é uma das condutas ilícitas mais antigas da humanidade. O modo como tal situação é tratada insere-se na cultura dos povos originários. A segunda premissa a justificar a competência do julgamento pela própria comunidade indígena é o fato de que a conduta delitiva ocorreu dentro dessa comunidade envolvendo apenas os seus membros, mais especificamente na Comunidade do Manoá, que faz parte da terra indígena Manoá/Pium, Região Serra da Lua, município de Bonfim-RR.

Tendo como fonte primária os próprios autos do processo criminal 0090.10.000302-0, constata-se que se origina do Inquérito Policial de lavra da Delegacia da Polícia Civil de Bonfim desembocando no oferecimento da denúncia, pelo Ministério Público do Estado de Roraima, em desfavor de Denilson Trindade Douglas. De acordo com a acusação, no dia 20 de junho de 2009, após discussão banal sobre futebol, Denilson desferiu facadas em seu próprio irmão Alandeson Trindade Douglas, que veio a falecer em decorrência de tal conduta delituosa (RORAIMA, 2015).

Menos de uma semana depois do homicídio, as lideranças indígenas (Tuxauas), bem como os membros do conselho da comunidade indígena do Manoá, reuniram-se, tendo como pauta julgar o caso Denilson de acordo com a ritualística daquela comunidade, consistente na oitiva do acusado, de seus pais, bem como de pessoas que presenciaram os fatos. Tais lideranças, de forma emergencial, imputaram ao acusado as seguintes sanções: 1) construção de uma casa para a esposa da vítima; 2) proibição de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos Tuxauas.

Após, reuniram-se os Tuxauas de diversas comunidades indígenas, inclusive servidores da Funai, que atuaram apenas como ouvintes e aplicaram a Denilson as seguintes penalidades, de forma definitiva (RORAIMA, 2015):

- “1. O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região Wai Wai por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
2. Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai;
3. Participar de trabalho comunitário;
4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade;

5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua;
6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;
7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;
8. Aprender a cultura e a língua Wai Wai.
9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão.”

No caso, a aplicação das sanções pela respectiva comunidade é que mais atende ao respeito do Estado brasileiro à autonomia dos povos indígenas. Não sob a perspectiva ocidental de retribuição, como prevenção especial e prevenção geral – no sentido de inibir a prática de outros crimes – mas como afirmação de uma perspectiva constitucional de garantia de autodeterminação dessas comunidades.

3.2. *A dupla resposta do sistema processual penal brasileiro: jurisdição dos povos originários e do Estado e o bis in idem*

Compreende-se que a decisão da comunidade dos povos indígenas, de acordo com a ordem constitucional e infraconstitucional brasileira, deve ser condicionada à homologação pelo Poder Judiciário apenas para aferir se a penalidade se adequa ou não à norma do artigo 57 do EI. Referida norma, por sua vez, foi recepcionada pela CF, que não admite sanções de caráter cruel ou infamante. Os usos e costumes indígenas devem ser balizados pela ordem constitucional brasileira.

Na busca pelo equilíbrio entre o respeito à cultura indígena e a aplicação das previsões da CF, uma das sugestões do presente texto é a observação adaptada do rito do julgamento pelo Tribunal do Júri. Na fase de formação de culpa, desde que presentes os indícios mínimos de autoria e comprovada a materialidade delitiva, em casos dessa natureza deverá ser o réu pronunciado, com a finalidade de submissão da causa pelo Conselho de Sentença. Essa primeira fase serviria como recolhimento de elementos básicos quanto a indícios de autoria e materialidade de um crime doloso contra a vida.

Na segunda fase do procedimento, os quesitos devem ser adaptados ao julgamento previamente realizado pela comunidade indígena. Um dos quesitos – o da materialidade – deveria perguntar se o julgamento se deu nos limites estabelecidos no artigo 57 do EI. Na hipótese de o Conselho de Sentença votar afirmativamente, ainda que por maioria de votos, o Poder Judiciário deveria verificar se o julgamento pelo conselho indígena se deu ou não de acordo com os ritos, costumes e tradições de cada comunidade. Na hipótese de entender que o julgamento feito pelos indígenas ocorreu com base nesses ritos e dentro dos valores da CF, deve prolatar sentença homologatória; ao passo que, estando em desacordo com o texto constitucional, por exemplo, por ter sido aplicada sanção de natureza cruel, infamante ou de pena de morte, o Conselho de Sentença deveria julgar o

indígena acusado. O mesmo órgão colegiado também deverá julgar o indígena que, por algum motivo, não tenha sido julgado por sua comunidade.

Mais a mais, tendo por base as normas dos arts. 414 e 415 do Código de Processo Penal, não há que se falar em impronúncia e absolvição sumária por parte do juízo monocrático, em se tratando de indígena que já tenha sido julgado por uma espécie de Conselho de Sentença indígena. As hipóteses de sentenças de impronúncia e de absolvição sumária, quando tenha ocorrido a condenação pela comunidade, esvaziaria a jurisdição indígena. Por isso, tendo por finalidade maior valorização e reconhecimento da jurisdição criminal indígena, defende-se a tese da impossibilidade de novo julgamento meritório pelo Poder Judiciário quando já tenha ocorrido o julgamento válido pelas respectivas comunidades.

Com efeito, mostra-se razoável o reconhecimento da presunção de validade do julgamento pelas comunidades indígenas, uma vez que utilizam as garantias do contraditório e da ampla defesa, com o exercício do costume de ouvir o acusado e a oitiva de pessoas que testemunharam os fatos, conforme constata-se do julgamento do caso Denilson (RORAIMA, 2015). Nesse julgamento, o magistrado, de forma monocrática, deixou de apreciar o mérito da denúncia, declarando a ausência do direito de punir estatal, reconhecendo a validade do julgamento do fato pela comunidade indígena.

Também merece registro o precedente do denominado de “caso Basílio” do ano de 2000¹. Naquele julgamento, o Tribunal do Juri da Justiça Federal de Roraima, por votação unânime, decretou a absolvição do réu indígena, tendo como fundamento o fato de que o acusado já havia sido condenado pela assembleia geral da sua própria comunidade (SILVEIRA, 2008). Embora o caso Basílio não seja objeto mais aprofundado desta pesquisa, compreende-se que a metodologia de julgamento que foi adotada pela Justiça Federal naquele caso é a que mais se alinha à teoria garantista de Ferrajoli.

A teoria garantista difundida por Ferrajoli não se restringe ao aspecto puramente criminal – o garantismo penal – contemplando também a materialização dos direitos e garantias fundamentais. Nessa acepção, o reconhecimento pelo Estado da validade das sanções aplicadas pelas comunidades indígenas segundo seus ritos e tradições encontra eco na teoria garantista, partindo da constatação, em termos constitucionais, de que somos um Estado Democrático de Direito, culturalmente pluralista e multifacetário consistente

“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 [...]” (CUNHA FILHO, 2000, p. 45).

1. No julgamento do “caso Basílio”, no ano de 2000, pelo Tribunal do Juri da Justiça Federal de Roraima, correu a absolvição do réu indígena, por votação unânime do Tribunal do Juri, tendo como pressuposto o fato de que o acusado já havia sido condenado pela assembleia geral da sua própria comunidade: “[...] sendo-lhe aplicada a pena de banimento por 10 anos, destituição de todos os seus pertences e afastamento forçado dos seus familiares por igual prazo” (SILVEIRA, 2008).

A penalização de Denilson, como membro de uma comunidade dos povos originários, ao não fazer referência ao ordenamento jurídico brasileiro, reforça a natureza de pertencimento àquela comunidade, reverberando no reconhecimento pela Justiça brasileira da jurisdição criminal dos povos originários, consistindo no princípio no reconhecimento da diversidade cultural também na seara criminal. Noutro prisma, extrai seu fundamento de validade dos costumes daquele povo, daquelas comunidades, e no plano normativo do Estado Brasileiro possui seu fundamento de validade na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (RORAIMA, 2015).

A mencionada decisão do Poder Judiciário de Roraima também se mostra inovadora ao não se utilizar do modelo padrão interpretativo do artigo 21 do Código Penal². É que as absolvições, com base nesses fundamentos, até os julgamentos do caso Basílio³ e do caso Denilson, de certa maneira, repercutiam uma padronização das decisões da justiça brasileira, seja pela inimputabilidade do indígena ou pela negativa de autoria. Na prática, eram subterfúgios para a não punição do indígena, uma vez que partiam de uma premissa equivocada do art. 21 do Código Penal. Contudo, tais decisões, até o caso Basílio, não extraíam o fundamento da decisão no reconhecimento da punição pela comunidade indígena (CUNHA FILHO; MAGALHÃES; FARIAS, 2019).

Retornado ao caso Denilson, em reforço à tese de que a decisão do Poder Judiciário, ao se afastar da padronização da não aplicação da sanção penal aos povos indígenas com base na premissa de que seriam inimputáveis – além de sua natureza inovadora – representa um importante precedente no sentido de superação de uma visão ideológica, biológica e racista utilizada como ferramenta de destruição de grupos culturais originários. A decisão padronizada do “homem branco” renegava as culturas primitivas, trazendo sobre elas a pecha de delírios coletivos, sobressaindo o olhar do colonizador e da religião monoteísta, como se se tratasse de meros cultos pagãos a justificar a reprimenda penal à luz da norma estatal, sem levar em consideração a cultura, os costumes, o modelo de viver desses povos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011). Portanto, o reconhecimento da jurisdição dos povos originários está de acordo com o garantismo penal, tendo em

2. Esse modelo padronizado de decisão remete ao julgamento ocorrido também em Roraima no caso conhecido como Canaimé, no qual o Poder Judiciário teria reconhecido que o indígena acusado não tinha o necessário discernimento do crime, porquanto o infrator estaria “possuído” por uma espécie de entidade espiritual vingadora do Canaimé. (André Paulo dos Santos. Caso Canaimé: estudo acerca de um homicídio com motivação cultural e sua interpretação pelo Poder Judiciário. *Caderno de Relações Internacionais e Desenvolvimento Sustentável, NECAR/UFRR*, Boa Vista, n. 003, ano 2009).
3. No julgamento do “caso Basílio”, no ano de 2000, pelo Tribunal do Juri da Justiça Federal de Roraima, correu a absolvição do réu indígena, por votação unânime do Tribunal do Juri, tendo como pressuposto o fato de que o acusado já havia sido condenado pela assembleia geral da sua própria comunidade: “[...] sendo-lhe aplicada a pena de banimento por 10 anos, destituição de todos os seus pertences e afastamento forçado dos seus familiares por igual prazo” (SILVEIRA, 2008).

vista que decorre do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e do respeito à autodeterminação dos povos.

À luz do garantismo, há de ser buscada a ideia de autodeterminação indígena como uma garantia primária, um real direito fundamental à jurisdição dos povos indígenas, a ser reconhecida e assegurada pelos órgãos do Estado na solução do litígio instaurado pela realização de um crime doloso contra a vida no caso sob análise. Daí, o reconhecimento da necessidade de uma postura de equilíbrio entre a jurisdição estatal e a jurisdição indígena. Deve ser ressalvada a análise do mérito quanto à aplicação do sistema indígena. Porém, a interpretação conjunta do art. 231 da CF, que prevê o reconhecimento aos direitos desses povos, com irradiação de efeitos para o art. 57 do EI, indica a necessidade de análise pela jurisdição estatal quanto à presença dos requisitos legais para o integral exercício da jurisdição indígena nos casos de homicídio, por exemplo. Daí a necessidade de produção de provas relacionados à materialidade e exames de corpo de delito, que indique a presença de requisitos formais imprescindíveis para o exercício material da jurisdição indígena, reconhecendo o seu caráter meritório alheio ao Estado, por ele não sindicável quanto ao mérito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra de Ferrajoli é de relevância para a compreensão da ciência jurídica e do direito constitucional na contemporaneidade. Seu estudo do garantismo revela um autor preocupado com a coerência de sua teoria, expondo-a e estando sempre aberto a discuti-la, num diálogo sempre construtivo com seus apoiadores e críticos. Através de décadas, partindo de uma perspectiva inicial em que priorizou as questões referentes ao direito penal e persecução penal, pela qual é mais conhecido no direito brasileiro, por exemplo, abriu-se à teorização de um constitucionalismo renovado, por meio do reconhecimento dos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

A partir da obra de Ferrajoli, a ideia do artigo foi apresentar a sua proposta teórica relacionada ao julgamento do indígena Denilson Trindade Douglas. Denunciado por crime de homicídio contra outro indígena, foi submetido ao sistema sancionatório de sua comunidade indígena, com a aplicação de sanções derivadas do sistema social e cultural em que estava inserido. Após, submetido ao sistema judiciário estatal, de modo coerente com a perspectiva do garantismo de Ferrajoli, foi reconhecida a não aplicação dessa jurisdição, respeitando a previsão legal do EI e da CF.

A exposição baseou-se não apenas no respeito à ideia de garantismo penal, como reflexo da desnecessidade do exercício da jurisdição penal estatal ao caso, pois já exaurida a submissão do réu à jurisdição indígena reconhecida como adequada e legítima. Mas, também em uma outra ideia forte do garantismo, a necessidade de respeito aos direitos fundamentais e princípios constitucionais relacionados ao reconhecimento dos direitos culturais dos indígenas, como partes da sociedade multicultural brasileira. Respeitar os

valores e tradições da população indígena no Estado brasileiro é garantir uma estrutura firme e idônea que viabiliza a construção de uma democracia fundada nessas ideias. Um constitucionalismo vivo, na perspectiva formal e, especialmente material. Contribuindo para a afirmação de um Estado de direito.

Há a proposta de que o reconhecimento da jurisdição indígena pelo Estado, nos casos de aplicação do art. 57 do EI, quando se tratar de persecução penal por crime doloso contra a vida, de modo específico, por se tratar de uma competência constitucionalmente reconhecida, exigirá um acompanhamento da realização da jurisdição por parte do poder judiciário estatal no âmbito do Tribunal do Júri. Superada a fase de pronúncia, caberia ao Conselho de Sentença, na fase do *judicium causae*, decidir pelo adequado exercício do poder de punir da comunidade indígena, por meio da resposta positiva ao terceiro quesito quanto à absolvição genérica do art. 483 do Código de Processo Penal. O reconhecimento do quesito indicaria o respeito à legitimidade da jurisdição penal nativa, com a interpretação constitucionalmente adequada do art. 57 do EI, com as normas constitucionais que asseguram o direito fundamental ao julgamento pelo júri.

5. REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7. ed. Martin Claret: São Paulo-SP, 2012.
- CADERMATORI, Sergio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 278-302, jan.-jun. 2010.
- COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O Paradigma Constitucional Garantista Em Luigi Ferrajoli: a Evolução Do Constitucionalismo Político Para O Constitucionalismo Jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 409-421, jul.-dez. 2013.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira; FARIAS, José Vagner de. A dimensão cultural e pluralista do direito de punir: o caso Raposa Serra da Lua. *Revista Culturas jurídicas*, Niterói, v. 6, n. 14, p. 1-23, maio-ago. 2019.
- CURI, Melissa Volpato. *O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico*. Disponível em: [www.ingentaconnect.com/content/doaj/19826524/2012/00000006/00000002/art00010]. Acesso em: 21.11.2021.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías, la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e*

- constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; ROSA, Alexandre Morais da et. al (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Teoría del derecho y de la democracia (v. I e v. II). Trad. P. Andrés Ibáñez, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto, A. Ruiz Miguel. Madri: Trotta, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise de democracia italiana*. Trad. Alexander Araújo de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- GIFFONI, Johny Fernandes. *A aplicação das 100 regras de Brasília como fundamento de interpretação para a proteção dos direitos indígenas: a Defensoria Pública e a Convenção 169 Da Oit*. Disponível em: [www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=25714]. Acesso em: 22.11.2021.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan.-jun. 2011.
- NINO, Carlos Santiago. *Una Teoria de La Justicia para la Democracia: Hacer Justicia, pensar la igualdad e defender libertades*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- PEREIRA, André Paulo dos Santos. Caso Canaimé: estudo acerca de um homicídio com motivação cultural e sua interpretação pelo Poder Judiciário. *Caderno de Relações Internacionais e Desenvolvimento Sustentável*, NECAR/UFRR, Boa Vista, v. 1, n. 3, p. 1-15, 2009.
- SILVEIRA, Edson Damas da. *Socioambientalismo Amazônico*. Curitiba: Juruá, 2008.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 1.

6. LEGISLAÇÃO

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 21.11.2021.

- BRASIL. *Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004*. Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm]. Acesso em: 21.11.2021.
- BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm]. Acesso em: 21.11.2021.
- BRASIL. *Lei 6.001, de 19 de setembro de 1973*. Estatuto do Índio. Brasília, DF, 1973. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm]. Acesso em: 21.11.2021.

7. JURISPRUDÊNCIA

RORAIMA. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (Vara da Comarca de Bom-fim), Câmara única – Turma Criminal, Recurso de apelação 0090-10.000302-0, Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima, Apelado: Denílson Trindade Douglas, rel. Des. Mauro Campelo, Boa Vista-RR, 18.12.2015.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual, Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais, de Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara – *RBCCrim* 133/69-107;
- O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da defensoria pública na execução penal: custos vulnerabilis?, de Nestor Eduardo Araruna Santiago e Maurilio Casas Maia – *RBCCrim* 152/173-209;
- Os direitos constitucionais dos grupos indígenas, de Vânia Siciliano Aieta e Marcelle Mourelle Perez Diós, *RT* 948/31-45; e
- Responsabilidade penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas, de Fernando Nascimento dos Santos – *RBCCrim* 142/17-46.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- TJ/RS, AgRg 70075338707;
- TJ/RS, ApCrim 70062235155.