

A PREVALÊNCIA DA NORMA INTERNA DA MINORIA EM RELAÇÃO AO DIREITO ESTATAL NO CASO CONCRETO (APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 0090.10.000302-0 TJ-RORAIMA)¹

THE PREVALENCE OF THE INTERNAL STANDARD OF THE MINORITY OF THE STATE OF RELATION TO WITHOUT SPECIFIC CASES (PENAL RESOURCE No. 0090.10.000302-0 TJ-RORAIMA)

Vanessa Lopes Vasconcelos²

Francisco Damazio de Azevedo Segundo³

RESUMO: O Tribunal de Justiça em Roraima julgando apelação criminal interposta pelo Ministério Público em 2015 julgou, de forma inédita, concordando com o juiz a quo, pela prevalência da aplicação da sanção aplicada internamente pela tribo em detrimento do direito do Estado. Com essa decisão privilegiou o direito de autodeterminação das minorias, cabendo, então, inicialmente analisar a teoria do multiculturalismo e das minorias étnicas; compreender o conceito de índio e a legislação que o ampara e, por último, estudar a Apelação Criminal nº. 0090.10.000302-0 TJ-Roraima. O trabalho quanto a metodologia possui pesquisa bibliográfica, com análise da literatura já publicada em forma de livros, revista, publicações de artigos científicos. Estudo da Apelação Criminal nº. 0090.10.000302-0 do Tribunal de Justiça de Roraima, em 18 de dezembro de 2015. Quanto a abordagem do problema é pesquisa qualitativa, quanto aos fins: Pesquisa descritiva, com métodos de abordagem indutivo, do particular para o geral, das decisões dos tribunais para a resposta do problema. Justifica-se o presente artigo pelo ineditismo da decisão do Tribunal de Justiça de Roraima ao reconhecer a penalidade aplicada internamente pela tribo como sanção adequada ao caso, afastando a aplicação do direito do Estado.

PALAVRAS-CHAVES: Minorias Étnicas. Norma interna da tribo indígena. Multiculturalismo. Autorregulamentação indígena.

ABSTRACT: The Roraima Court of Justice filed a criminal appeal filed by the Public Prosecutor in July 2015, in an unprecedented way, agreeing as judged, the prevalence of the application of the sanction applied internally against the court to the detriment of the State. With this privileged or direct decision of self-determination of minorities, it is necessary, therefore, to initially analyze the theory of multiculturalism of ethnic minorities; understand or grant the legislation that protects and, finally, study Criminal Appeal no. 0090.10.000302-0 TJ-Roraima. The work on the methodology that allows bibliographic research, with analysis of the literature that has been published in the form of books, magazines, publications of scientific articles. Criminal Appeal Study no. 0090.10.000302-0 of the Court of Justice of Roraima, on December 18, 2015. When addressing the problem and qualitative research, how many final years: Descriptive research, with methods of inductive approach, particular for or general, two court decisions for respond to the problem. It justifies or presents an

¹ Direitos Fundamentais e proteção de grupos vulneráveis

² Doutoranda em Direito Constitucional Público pela Universidade de Fortaleza, Mestra em Ciências Jurídico

Constitucional pela Universidade Lisboa. Professora EBTT do Instituto Federal do Amapá.

³ Mestre em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba. Professor EBTT do Instituto Federal do Amapá.

article due to the unprecedented nature of the decision of the Court of Justice of Roraima to reconfirm the crime applied internally by the tribe as a sanction applicable to the case, as well as the direct application of the State.

KEYWORDS: Ethnic Minorities. Internal norm of the indigenous tribe. Multiculturalism. Indigenous self-regulation.

INTRODUÇÃO

As políticas de reconhecimento emergem do contexto de multiculturalismo e democracia, pois esta, compreendida enquanto espaço de livre manifestação dos indivíduos que a compõem. Observado que o ser humano é tomado em suas características relacionais, então ele tem seu *modus vivendi*, pautado de acordo com seus próprios valores, sejam eles sociais, religiosos ou culturais. Devendo na sociedade, portanto, coexistir essas diferenças, sendo reconhecida a sua identidade e sua capacidade de auto-organização, fazendo, desta forma, uso do debate público, a fim de debater e ser possível a vivência harmônica na sociedade.

Neste trabalho, para tanto, estará dividido em três momentos, a saber: o que é multiculturalismo e os direitos fundamentais; o reconhecimento das minorias, sobretudo a questão da autodeterminação do indígena; e, por fim, o acórdão em decisão da Apelação Criminal nº. 0090.10.000302-0 do Tribunal de Justiça de Roraima, que por sua vez, garante aos indígenas o direito à sua autodeterminação e identidade, devendo esta ser reconhecida na sociedade, a fim de que tenham seus direitos garantidos.

1. MULTICULTURALISMO NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O multiculturalismo pode ser compreendido literalmente como a multiplicidade e pluralidade de contextos culturais. Precipuamente à compreensão de multiculturalismo, faz-se necessário entender os direitos culturais. Desta forma, o estudo se iniciará traçando em que consistem os direitos culturais enquanto direitos fundamentais, com sua proteção Constitucional, e ampliando-o a uma percepção ampla e diversa, o que enseja o multiculturalismo.

Os direitos culturais são compreendidos como direitos de segunda geração, de acordo com a classificação de Direitos Fundamentais de Vasak⁴ e estão previstos na CF/88 em um capítulo específico, juntamente com a previsão da educação e desporto. A visão já ultrapassada era que a cultura estaria ligada unicamente com a

⁴ VASAK, Karel. Les Dimensions internationales des droits de homme: manuel destiné à enseignement des droits de homme dans les universités. Unesco, 1979.

educação refletiu na escolha da junção de tais institutos⁵.

Nos artigos 215 e 216, CF/88, o constituinte garante o exercício livre dos seus direitos culturais, incluindo as diferentes manifestações como patrimônio cultural. O artigo 215, em seu parágrafo primeiro merece principal destaque para o presente trabalho, pois postula que “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, com esse parágrafo a Constituição previu internamente a proteção das minorias culturais, no caso a indígena e a afrodescendente.

A diversidade cultural é compreendida como a multiplicidade de manifestações e expressões dos mais diversos grupos existentes na sociedade, de modo a serem compreendidos como um patrimônio da própria sociedade e passível de transformações ao estar disposto no dinamismo social. O que enseja a necessidade de compreensão da diversidade cultural em contexto de interculturalidade, ou seja, a inter-relação de múltiplas expressões culturais, o que pode ensejar conflitos. Sendo necessário para a vivência intercultural o diálogo e o respeito frente ao diferente.

Bibiana Graeff ressalta que os direitos culturais estão além do direito à cultura e de serviços públicos, como o direito linguístico, direito à identidade cultural, direito dos povos ao patrimônio cultural, devendo o Estado preservar o direito à diferença⁶.

Somente com o Multiculturalismo que foi possível entender a cultura como uma manifestação de um grupo social, Ana Maria Dávila conceitua multiculturalismo como sendo uma teoria que valoriza a cultura de diversos grupos, não havendo privilégios de uma sobre a outra e nem uniformização, cabendo entender o valor da diversidade⁷.

O multiculturalismo, desta forma, nasce da pluralidade cultural e reside nesta vivência harmônica entre povos de diversas expressões advindas de seu próprio

⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila. “Proteção Constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do Multiculturalismo”. Revista de Informação Legislativa, v.45, Brasília: Senado Federal, 2008, p. 19 . 29.

⁶ GRAEFF, Bibiana. “Minorias e direitos culturais: integração ou assimilação? – Reflexões a partir do caso francês”. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Org.) Direito à Diferença. v. I. Aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 358 – 379, p. 361

⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila. “A contribuição da teoria do multiculturalismo para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros”. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf . Acesso em: 20 set. 2020.

contexto sociocultural. É diante da compreensão do outro, que se dá a apreciação dessa diversidade, de modo a valorizar as minorias e todas as suas características próprias, sendo-lhe reconhecido esse direito a ser diferente.

Fidel Tubino ao explicar multiculturalismo o confronta com a interculturalidade, deixando em evidência que para ele a palavra-chave para defini-lo é tolerância. A interculturalidade, como proposta ético-político foi elaborada na América Latina e em alguns países europeus, se refere às diversas formas de relações entre as culturas, a palavra para definir é diálogo, pois tenta não somente tolerar, mas principalmente reduzir as relações assimétricas entre as culturas⁸.

O Will Kymlicka conceitua as minorias nacionais como sociedades distintas e autogovernadas incorporadas a um Estado mais amplo. Já as minorias étnicas, são formadas por imigrantes que se incorporaram a outra sociedade. E, por último, fala nos novos movimentos sociais, sendo os movimentos e associações de gays, lésbicas, mulheres, deficientes que foram marginalizados dentro de sua própria sociedade nacional ou de seu grupo étnico⁹.

Ricard Zapata-Barrero cria dimensões para o multiculturalismo, dentre elas a tipologia, descrevendo das diferentes formas de expressão dele, cita a diferença de Will Kymlicka sobre multiculturalismo e polietnia, trazendo para o conceito de polietnia além dos imigrantes, outras três realidades distintas que é o mundo cigano, os povos indígenas (povos pré-coloniais) e outras formas que necessitam de reconhecimento público, tais como o movimento gay, lésbico, feministas¹⁰.

A demora no reconhecimento das minorias no âmbito internacional pode ter acontecido pela falta de uma conceituação clara, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, não possui nenhuma menção de forma direta e específica dos direitos das minorias. A ideia de criar uma nova categorização nos direitos humanos não foi aceita pelos Estados Membro da ONU, essas minorias seriam protegidas pelos direitos humanos¹¹.

⁸ TUBINO, Fidel. “Entre el multiculturalismo y la interculturalidade: más allá de la discriminación positiva”. In: FULLER, Norma (ed.) Interculturalidade y política. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, 2003, p. 51 – 76.

⁹ KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural. Barcelona: Paidós, 1996

¹⁰ ZAPATA-BARRETO, Ricard. Fundamentos de los discursos políticos en torno a la inmigración. Madrid: Trotta, 2009.

¹¹ YAMATO, Roberto Vilchez. “A proteção das minorias na ordem internacional contemporânea: uma breve releitura do sistema da ONU”. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Org.) Direito à Diferença. v. II. Aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29 – 56.

Ao tratar as minorias de forma apartada dos direitos humanos, retornaria a ideia de diferenciação, em um mundo pós-guerra que sofreu muito com a separação de minorias para demonstração de superioridade da maioria dominante, corroborando com o trauma de guerra, Flávia Piovesan relata existia um temor à diferença, pois isso inicialmente se pensou em uma proteção geral e abstrata, uma igualdade formal¹².

O marco da proteção internacional dos sistemas de minorias da ONU foi o art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sendo o primeiro a focar e definir os direitos humanos das minorias¹³.

Segundo D'Ávila, o autor Capotorti se utiliza de critérios objetivos e subjetivos, para ele seria preciso a existência em um Estado de um grupo de pessoas, numericamente inferior, diferente da população local por possuírem características étnicas, religiosas ou linguísticas e sem posição dominante. Já o critério subjetivo é que esse grupo ainda quer conservar suas características em comum. Deve-se ressaltar que o critério numérico não é uma regra para definir uma minoria, sua exclusão social e falta de participação nas decisões estatais. Assim, conceitua-se minoria como sendo: “todo grupo humano, cujos membros tenham direitos limitados ou negados apenas pelo fato de pertencerem a esse grupo, deve ser considerado um grupo minoritário”¹⁴.

O direito das minorias foi consagrado em outros instrumentos internacionais, como dito, as minorias seriam as étnicas, religiosas ou linguísticas, para o presente trabalho será estudado os indígenas, devendo ter especial atenção do estado e da sociedade, de acordo com as suas circunstâncias singulares. Sobretudo nesta questão indígena, alguns consideram minorias étnicas e para outros não se encaixariam no conceito de minoria, conforme será demonstrado no próximo ponto do artigo.

2. POVOS INDÍGENAS E O DIREITO À AUTORREGULAMENTAÇÃO INTERNA

¹² PIOVESAN, FLÁVIA. “Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional”. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47 - 76.

¹³ YAMATO, Roberto Vilchez. “A proteção das minorias na ordem internacional contemporânea: uma breve releitura do sistema da ONU”. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Org.) Direito à Diferença. v. II. Aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29 – 56.

¹⁴ LOPES, Ana Maria D'Ávila. “Proteção Constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do Multiculturalismo”. Revista de Informação Legislativa, v.45, Brasília: Senado Federal, 2008, p. 19 - 29.

Os povos indígenas, incluídos por Will Kymlicka como minorias nacionais, foram ignorados por preconceito, ligado à crença europeia de inferioridade dos povos que já habitavam o território americano antes da colonização, sendo eles incapazes de se autogovernar, necessitando da ajuda do “homem branco”. Nem mesmo o direito internacional considerou o indígena como sujeito de direito. O Brasil sempre ignorou suas minorias nacionais, afirmando não existir, acrescenta que, “lo cierto es que el casi total exterminio de sus tribus indias está peligrosamente cerca de ratificar dicha afirmación”¹⁵.

A Convenção 169 OIT conceitua “povos indígenas” no artigo 1º como sendo, povos que descenderam de populações que habitavam países na época da colonização e conservaram todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

Benedict Kingsbury diz que a ONU não traz conceitos fechados para “povos indígenas”, que o órgão é construtivista, formulando três princípios na Convenção de 169 OIT, a autodeterminação, o reconhecimento e questões de associação ou pertencimento¹⁶.

Os “povos indígenas” para a sua conceituação, desta forma, necessitam de um reconhecimento à sua própria autodeterminação, à relação de pertencimento de seus membros, realizados pelo próprio grupo. Sendo o segundo princípio, no qual a ausência de reconhecimento (ou inadequado reconhecimento) por parte do Estado não ser capaz de alterar o direito internacional. O reconhecimento reside na esfera do grupo, da proteção contra o reconhecimento do Estado, como também as problemáticas que se referem à relação de pertença.

O Estatuto do índio segue a mesma linha de raciocínio do supracitado artigo, definindo como “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

No Brasil, como mencionado anteriormente, a CF faz referência aos direitos e contribuições indígenas na sociedade, nos artigos 210, 215, 216 e 231, cabendo menção ao artigo 231, que reconhece aos povos indígenas a organização social,

¹⁵ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996, p. 40

¹⁶ KINGSBURY, Benedict. “Cinco estruturas conceituais concorrentes de reivindicações de povos indígenas em direito internacional e no direito comparado”. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Org.) *Direito à Diferença*. v. III. Aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95 - 138.

costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Boaventura de Sousa Santos cria uma categoria de direitos para serem reivindicados pelas minorias após sua supressão pelo colonialismo ocidental e a modernidade capitalista, ele os chamou de “ur-direitos”, elenca seis direitos, o direito ao conhecimento, o direito de levar o capitalismo global a julgamento num tribunal mundial, o direito à transformação do direito de propriedade segundo a trajetória do colonialismo para a solidariedade, direito à concessão de direitos a entidades incapazes de terem deveres, nomeadamente a natureza e as gerações futuras, o direito à autodeterminação democrática, direito à organização e participação na criação de direitos¹⁷.

Para o presente trabalho interessa os dois últimos “ur-direitos” (direito à autodeterminação democrática e direito à organização e participação na criação de direitos), para o autor é o direito objeto de luta de libertação anticolonial e a luta pela identidade social, política e cultural no caso dos povos indígenas, a luta de autodeterminação interna dos povos indígenas é a mais importante, não ocorrer interferência externa nas suas questões internas¹⁸.

Jacob Levy cria classificações, tais como assistência, autogoverno, normas externas e normas internas, reconhecimento, representação e reivindicações simbólicas¹⁹. Ana Maria D’Ávila analisando o direito de saída, defende que um grupo deve ter o direito ter suas próprias regras e elas devem ter aceitação de fora do grupo também, tem-se, então, que as regras de classificações criadas por Jacob Levy que um ordenamento jurídico não pertence à maioria, servindo de opressão à minoria de exercer suas próprias atividades culturais²⁰.

A Convenção 169 OIT em seu artigo 9, rege que deve-se, na medida do possível, respeitar os métodos aos quais os povos interessados recorrem

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. “Para uma concepção intercultural dos direitos humanos”. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3 – 45.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. “Para uma concepção intercultural dos direitos humanos”. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3 – 45.

¹⁹ LEVY, Jacob. “Classifying cultural rights”. In: SHAPIRO, Ian; KYMLICKA, Will. Ethnicity and group rights. New York: New York University Press, 1997, p. 22 – 66.

²⁰ LOPES, Ana Maria D’Ávila. “O Direito de Saída no Contexto do Multiculturalismo”. Sequência (Florianópolis), n. 71, p. 155-176, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00155.pdf>. Acesso: 20 set. 2020.

tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros e as autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

No Estatuto do índio, também traz a regra de autodeterminação das tribos no caso de julgamento de membros de seus grupos em sanções penais, desde que não seja de caráter cruel ou infamante, proibida a pena de morte (artigo 57).

Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: “Artigo 4 Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas”.

O direito a autodeterminação possui um duplice caráter, é um direito político e também um direito cultural, assegurando assim direitos de titularidade coletiva, com abstenção de violação e criação de sistemas protetivos por parte do Estado. O autogoverno e a autonomia estão ligados à dimensão política, tais como “o direito à manutenção das instituições políticas e jurídicas próprias, o direito à terra e aos recursos naturais tradicionalmente utilizados”. Já o direito cultural ligado à autodeterminação estão inclusos “o direito ao uso da língua indígena; o direito à manutenção das práticas de caça e pesca, da música e arte e das tradições religiosas; o direito de manter um sistema educacional próprio”. Quando se fala em autodeterminação não se está citando o artigo 1º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, não se quer um novo Estado mas uma autonomia para os povos dentro do domínio do Estado soberano²¹.

Rodrigo Vitorino Souza Alves defende que o direito a autodeterminação é o direito que garantirá a existência ou inexistência da minoria, conservando ou não sua cultura, sendo reconhecimento do direito às terras tradicionais, à continuidade do modo de vida e ao autogoverno são meio de preservar e desenvolver a cultura²².

Compreendida a questão que o indígena recai sobre a minoria cultural, então deve ser voltada a atenção para práticas de reconhecimento de sua identidade e de sua autodeterminação enquanto povo, a fim de possibilitar-lhes vias para o amplo

²¹ ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. “Diversidade cultural e o direito à autodeterminação dos povos indígenas”. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 16, n. 110, Out. 2014/Jan. 2015, p. 725-749, p. 741 e 742.

²² ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. “Diversidade cultural e o direito à autodeterminação dos povos indígenas”. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 16, n. 110, Out. 2014/Jan. 2015, p. 725-749, p. 741 e 742.

debate e convivência com o outro.

3. APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 0090.10.000302-0 – PREVALÊNCIA DA NORMA INTERNA DA MINORIA EM RELAÇÃO AO DIREITO ESTATAL

O Tribunal de Justiça de Roraima, em 18 de dezembro de 2015, julgando a Apelação Criminal nº. 0090.10.000302-0, interposta pelo Ministério Público do Estado de Roraima contra sentença do juiz de Direito da comarca de Bonfim, que considerou caso de duplo “jus puniendi” a condenação aplicada pela tribo indígena e aplicar pena prevista do Código Penal.

O fato ocorreu em 2009, o acusado Denilson matou seu irmão Alanderson, ambos índios, com golpes de faca, o crime aconteceu dentro da terra indígena, Manoá-Pium, na reserva Raposa Serra da Lua, em Roraima.

O crime está previsto no artigo 121 do Código Penal Brasileiro: “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”, sendo ação penal pública incondicionada, o Ministério Público de Roraima ofereceu denúncia recebida pelo juízo da comarca da cidade de Bonfim Roraima.

O processo por se tratar de crime contra a vida deve ser processado pelo Tribunal do Júri, teve a participação das procuradorias federais em Roraima (PF/RR) e especializada junto à Fundação Nacional do Índio (PFE/Funai).

O juiz não aplicou a lei do Código Penal, pois o Acusado já havia sido julgado pela sua tribo, no dia posterior ao ocorrido, houve uma reunião com os Tuxaus e o conselho da comunidade, deliberou-se que o índio acusado não poderia sair da aldeia e que deveria construir uma casa para a esposa viúva.

No dia 06 de abril de 2009, os Tuxaus de várias comunidades Anauá, Manoá, Wai Wai e a FUNAI, como observadores, impuseram ao acusado várias sanções, segundo o acórdão foram:

1. O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir a pena na Região do Wai Wai por mais de 5 anos com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
2. Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a Convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai;
3. Participar de trabalho comunitário;
4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade;
5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com o tuxaua;
6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;
7. Aprender a cultura e a língua Wai Wai;

8. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar (sic) outra decisão

O Ministério Público do Estado recorreu da sentença de primeiro grau argumentando que:

- a. a transgressão ao monopólio da ação penal pública incondicionada;
- b. a violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição;
- c. a usurpação de competências do Poder Legislativo;
- d. a violação do caráter democrático do Estado ao cancelar uma ditadura de minorias (indígenas); e o entendimento equivocado de que o julgamento do caso pelo Estado ensejaria a dupla punição do apelado²³.

O Tribunal de Justiça de Roraima discordou com a decisão de primeira instância por não considerar que existiria no caso em concreto o “Duplo Jus Puniendi” e sim o “Non bis in idem” (“Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa”). Tratar o caso como “duplo jus puniendi” causaria a ideia errada que existiriam dois entes juridicamente legitimado para punir uma infração penal, não foi outra instância jurídica, mas o réu que já recebeu uma penalidade interna para o crime que cometeu.

O TJ/RR para fundamentar sua decisão cita o artigo 57 do Estatuto do índio, já mencionado, concordando com a sanção imposta pela tribo, já que nenhuma delas fere tal artigo, por não haver penas cruéis ou infame, o índio sofreu pena de banimento por 5 anos, poderá após a pena retornar a sua comunidade. Cabe ressaltar que o índio não ficará fora de seus costumes, pois será recebido em outra tribo. Ana Maria Dávila se questiona se caberia respeito por parte do Estado de normas culturais internas que venham a ferir direitos individuais, tais como casamentos arranjados, chibatadas, uso comunitário da terra²⁴. Tendo por base o supracitado artigo se afastaria a norma interna e se aplicaria as normas Estatais.

O Tribunal utiliza também em sua argumentação o artigo 9 e 10 do Decreto 5051/2004, Convenção 169 OIT, levantando o caráter de supralegalidade da Convenção internalizada e se os direitos indígenas seriam também direitos humanos, devendo ser respeitados como tais.

Conclui que o Direito Penal é “última ratio”, regido pelo princípio da não intervenção, princípio da intervenção mínima, o tribunal usou um precedente do

²³ SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de.” Jurisdição indígena e o afastamento do direito de punir por parte do Estado Brasileiro: notas a respeito de um precedente amazônico”. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 17-34, jan./mar. 2018, p. 23.

²⁴ LOPES, Ana Maria D’Ávila. “O Direito de Saída no Contexto do Multiculturalismo”. Sequência (Florianópolis), n. 71, p. 155-176, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00155.pdf>. Acesso: 20 set. 2020.

Direito Comparado nos Estados Unidos e Guatemala, e decidiu não caberia sua aplicação do direito penal, pois já houve a aplicação do Direito Indígena:

Ante o exposto, considero afastada a jurisdição estatal com o julgamento do fato pela comunidade indígena concernida, sob pena de se acarretar bis in idem, voto pelo desprovemento do recurso de apelação ministerial, mantendo inalterada a sentença.

A decisão é inédita no Brasil, nunca antes o crime foi punido respeitando os costumes indígenas, como já visto com proteção Constitucional, art. 231 CF/88, no entanto, não se aplica de forma indiscriminada, devem-se ter os três elementos, autor e réu indígena, crime aconteceu dentro da aldeia e houve um julgamento pela tribo, sem penas que venham a desrespeitar normas de direitos humanos. No caso em tela, o direito penal Estatal seria aplicado de forma subsidiária, pois já havia uma penalidade aplicada para o crime.

Edson Damas da Silveira e Serguei Aily Franco de Camargo analisando a decisão acreditam no processo que houve com a decisão, pois relativizou o monopólio do direito Estatal, teve “o condão de animar algumas outras decisões judiciais isoladas (como no presente caso), agora proferidas por juízos eminentemente monocráticos e que também reconheceram a autoridade paralela da jurisdição indígena”, não homologando uma decisão comunitária, houve, no entanto, o reconhecimento da autonomia da jurisdição indígena, integrada no sistema jurídico do Estado Brasileiro, não se trata de uma redução inconstitucional dos poderes constituídos²⁵.

Não se fala na incompetência do Estado-juiz, houve a descentralização da efetividade do poder, havendo sua atuação unicamente de forma subsidiária, ocorreu a viabilidade da aplicação de outras fontes do direito condizente com a realidade social indígena. De forma semelhante acontece nas Constituições Bolivianas e Equatorianas, existe uma legitimação da atuação das autoridades indígenas, cabendo a tais comunidades o exercício, em seus espaços territoriais, de seu próprio direito e de sua jurisdição, com respeito as suas tradições²⁶.

Eliel Silva e Luciana Iocca afirmam que reconhecer a jurisdição indígena é

²⁵ SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de. “Jurisdição indígena e o afastamento do direito de punir por parte do Estado Brasileiro: notas a respeito de um precedente amazônico”. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 17-34, jan./mar. 201, p. 28..

²⁶ SILVA, Eliel Alves Camerini Silva; IOCCA, Luciana Stephani Silva. “Julgamento indígena de conflitos internos reconhecido pelo direito estatal na perspectiva do pluralismo jurídico”. In.: SOARES, Danielle Cevallos; SALDANHA, Evely Bocardi de Miranda; SOUZA, Murilo Oliveira. Direito na fronteira e as fronteiras do direito. Cáceres: Editora da Unemat, 2017, pág. 117 -136.

uma realidade latino-americana, desconstruindo assim um monopólio Estatal, sendo capaz de influenciar em uma nova concepção de valores²⁷.

A decisão inédita reforça uma posição de diversidade, diferentes culturas dentro do mesmo território, promovendo a autodeterminação dos povos, a repressão as diversidades pode ocasionar um sentimento de insegurança em membros do grupo minoritário. Reconhecer a autodeterminação dos povos indígenas é conceder o direito de governar as comunidades de forma autônoma, exercendo suas atividades administrativas e normativas²⁸.

A resolução dos conflitos, desta forma, não pode ficar hermeticamente engessado em um sistema que não leva em consideração à própria pluralidade social, desprezando a cultura do outro, de modo a incentivar uma massificação da própria sociedade, em que se olha a realidade por um único padrão, desprezando assim as suas particularidades.

CONCLUSÃO

O contexto do multiculturalismo traz à tona novos conflitos sociais, que permeiam, inclusive, a seara jurídica. Contudo, toda a busca se dá através de uma postura de reconhecimento das minorias, de suas tradições, de sua autodeterminação e identidade, frente ao contexto global, que tende por padronizar e, desta forma, eliminar as distinções culturais existentes na sociedade. Caberá a cada Estado respeitar suas minorias ou ignorá-las como se não existissem.

As minorias, sobretudo as indígenas, merecem uma atenção da sociedade, aqui inserido o estado, no sentido de serem voltadas políticas sociais de reconhecimento de suas identidades, a fim de que elas possam ser conhecidas e valorizadas. Possuindo características próprias de determinado grupo, o que faz com que esse grupo seja compreendido como parte necessária na sociedade democrática, podendo gerir-se.

No caso em questão, diante do ato do indígena em matar o seu próprio irmão e ser, posteriormente, julgado conforme as tradições de seu povo, devendo ser reconhecido o direito do grupo em atribuir as sanções tradicionais daquele próprio grupo, assim também como o indígena saber que será punido de acordo com suas próprias tradições. Reconhecendo ao grupo e ao indivíduo o direito de ser “quem

²⁷ Ibidem.

²⁸ ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. “Diversidade cultural e o direito à autodeterminação dos povos indígenas”. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 16, n. 110, Out. 2014/Jan. 2015, p. 725-749.

são”, conforme suas estruturas culturais, incentivando a diversidade e pluralidade.

A vivência democrática, por mais conflituosa que seja, mas nesse contexto de pluralidade, deve ser reconhecido o direito do outro de ser outro, abraçando assim a diversidade. Por mais que essa diversidade possa gerar conflitos, mas estes também devem ser postos democraticamente em debate, cedendo espaço para as múltiplas visões culturais, como a própria forma de resolver seus conflitos, gerando assim uma possível harmonia e equilíbrio nas relações sociais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. “Diversidade cultural e o direito à autodeterminação dos povos indígenas”. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 16, n. 110, Out. 2014/Jan. 2015, p. 725-749, p. 741 e 742.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. Estatuto do Índio: Lei Federal nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 1973.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Acórdão na apelação criminal nº. 0090.10.000302-0/RR. Relator. CAMPELLO, Mauro. Publicado no DJE em 18/12-2015. 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: 09 jun. 2018.

GRAEFF, Bibiana. “Minorias e direitos culturais: integração ou assimilação? – Reflexões a partir do caso francês”. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Org.) Direito à Diferença. v. I. Aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 358 – 379, p. 361

IKAWA, Daniela. “Direito dos Povos indígenas”. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 497 - 524.

KINGSBURY, Benedict. “Cinco estruturas conceituais concorrentes de reivindicações de povos indígenas em direito internacional e no direito comparado”. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Org.) Direito à Diferença. v. III. Aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95 - 138.

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

LEVY, Jacob. “Classifying cultural rights”. In: SHAPIRO, Ian; KYMLICKA, Will. Ethnicity and group rights. New York: New York University Press, 1997, p. 22 – 66.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. “A contribuição da teoria do multiculturalismo para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros”. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_mari

a_lopes.pdf . Acesso em: 20 set. 2020.

_____. “O Direito de Saída no Contexto do Multiculturalismo”. Seqüência (Florianópolis), n. 71, p. 155-176, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00155.pdf>. Acesso: 20 set. 2020.

_____. “Proteção Constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do Multiculturalismo”. Revista de Informação Legislativa, v.45, Brasília: Senado Federal, 2008, p. 19 . 29.

_____. “Proteção Constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do Multiculturalismo”. Revista de Informação Legislativa, v.45, Brasília: Senado Federal, 2008, p. 19 - 29.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção no 169 sobre povos indígenas e tribais. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 1989. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/513>>. Acesso em: 18 set. 2020.

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Organização das Nações Unidas, 2008c. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. Organização das Nações Unidas, 1992. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1992%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20Pertencentes%20a%20Minorias%20Nacionais%20ou%20%C3%89tnicas,%20Religiosas%20e%20Lingu%C3%ADsticas.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris: Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 15set. 2020.

_____. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Organização das Nações Unidas, 1966a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Organização das Nações Unidas, 1966b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

PIOVESAN, FLÁVIA. “Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional”. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47 – 76.

SANTOS, Boaventura de Souza. “Para uma concepção intercultural dos direitos humanos”. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3 – 45.

SILVA, Eliel Alves Camerini Silva; IOCCA, Luciana Stephani Silva. “Julgamento indígena de conflitos internos reconhecido pelo direito estatal na perspectiva do

pluralismo jurídico”. In.: SOARES, Danielle Cevallos; SALDANHA, Evely Bocardi de Miranda; SOUZA, Murilo Oliveira. Direito na fronteira e as fronteiras do direito. Cáceres: Editora da Unemat, 2017, pág. 117 -136.

SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de.” Jurisdição indígena e o afastamento do direito de punir por parte do Estado Brasileiro: notas a respeito de um precedente amazônico”. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 17-34, jan./mar. 201

TUBINO, Fidel. “Entre el multiculturalismo y la interculturalidade: más allá de la discriminación positiva”. In: FULLER, Norma (ed.) Interculturalidade y política. Lima: Red oara el desarrollo de las ciências sociales en el Perú, 2003, p. 51 – 76.

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Declaração universal sobre a diversidade cultural. UNESCO, 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

VASAK, Karel. Les Dimensions internationales des droits de homme: manuel destiné à enseignement des droits de homme dans les universités. Unesco, 1979.

YAMATO, Roberto Vilchez. “A proteção das minorias na ordem internacional contemporânea: uma breve releitura do sistema da ONU”. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Org.) Direito à Diferença. v. II. Aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29 – 56.

ZAPATA-BARRETO, Ricard. Fundamentos de los discursos políticos en torno a la inmigración. Madrid: Trotta, 2009.