

**TESE INSTITUCIONAL Nº 19**

**PROPONENTE:** Tatyane Alves Costa

**Súmula:**

Para compatibilizar a nova decisão do STF, no RHC 229558 AgR, no sentido de que o júri não pode absolver o réu por clemência se o homicídio cometido não admite graça ou anistia com os pedidos de absolvição, nos crimes de homicídio qualificado, consumados ou tentados, em sede do Tribunal do Júri praticados por indígenas, para se evitar a nulidade do julgamento em sede recursal e a realização de novo júri, pode o Defensor Público fundamentar a tese na vedação do "bis in idem" quando já houver punição pela Comunidade Indígena.

**Assunto:**

Absolvição. Tribunal do Júri. STF. Vedação à absolvição por clemência. Homicídio qualificado. Não suscetível de graça e anistia. Indígena. Dupla Punição. Non Bis in idem.

**Fundamentação Fática :**

O Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que "Ainda que fundada em eventual clemência, a decisão do júri não pode implicar a concessão de perdão a crimes que nem mesmo o Congresso Nacional teria competência para perdoar". STF. 2ª Turma. RHC 229558 AgR, Rel. Min. Nunes Marques, Relator(a) p/ Acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 21/11/2023.

Para compatibilizar essa nova decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o júri não pode absolver o réu por clemência se o homicídio qualificado não admite graça ou anistia com o pedido de absolvição nos crimes de homicídio qualificado, consumados ou tentados, em sede do Tribunal do Júri praticados por

indígenas, pode o Defensor Público fundamentar a tese na vedação do "*bis in idem*" quando já houver punição pela Comunidade Indígena.

Esta tese serve como alternativa à tese de clemência a ser aventada no Tribunal do Júri para se evitar a nulidade do julgamento em sede recursal e a realização de novo júri.

### **Fundamentação Jurídica**

Nas hipóteses de atuação no Tribunal do Júri nos casos crimes de homicídio qualificado, consumados ou tentados, previstos no art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX do Código Penal ocorridos em comunidades indígenas em que já houve o julgamento pretérito e a condenação com a aplicação de punições, pode o Defensor Público pedir o respeito às regras, normas de conduta e formas de conviver próprias, nos termos da própria Constituição Federal, que em seu artigo 231 preceitua: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua **organização social, costumes, línguas, crenças e tradições**, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. (grifou-se)

Nesse contexto, se o réu já foi punido de acordo com as crenças e costumes da comunidade local em que ele vive e sempre viveu e que foram criadas há séculos por eles indígenas, essa punição não deve ser vista como insuficiente ou branda, principalmente porque a prisão deve ser vista como a ultima ratio e a punição por seus pares segue os mesmos moldes de composição do Tribunal do Júri, ou seja, são pessoas de diversos setores e segmentos da Comunidade que julgam, a título de exemplo: professores, enfermeiros, dona de casa e etc.

Ademais, em casos de crimes hediondos, como o feminicídio, consumado ou tentado, a punição normalmente aplicada pelos indígenas é extremamente grave, e segundo eles é até mesmo mais do que as previstas na nossa legislação penal.

Assim, devemos combater o encarceramento indiscriminado, pois não ressocializa ninguém e a punição já aplicada ao réu indígena é adequada, segundo os

costumes e a organização social criada há séculos por eles, conforme acima demonstrado.

O que não se pode aceitar é a propagação do direito penal do inimigo trazido por Gunther Jakobs, no qual há uma separação dos indivíduos em "heróis" e "vilões", pois para esse autor aquele que comete crime é considerado um inimigo do sistema, considerado "inimigo" da sociedade. Assim, segundo esse alemão apenas a rigorosa e fria aplicação da lei é capaz de estabelecer na sociedade as condutas esperadas por parte de todos. (JAKOBS; CANCIO MÉLIA, 2012).

Nesse sentido, devemos alertar os jurados de que o réu não pode e nem deve ser visto como inimigo do sistema e receber a pena mais grave só porque cometeu um crime, pois o direito penal não pode servir apenas como instrumento de encarceramento, conforme dito acima.

Falar sobre encarceramento não é fácil, principalmente porque o Tribunal do Júri nos faz enxergar que não podemos somente ver a letra fria da lei e mecanismos de punição diretamente relacionados ao cárcere, principalmente em um País em que a prisão não é punição, mas segundo muitos autores, tortura estatal institucionalizada mediante desumanização.

Se não fosse assim, Beccaria não nos teria ensinado sobre o caráter humanitário do direito penal, sendo contrário à pena de morte e às penas cruéis.

Para esse autor (BECCARIA, 1986, p. 46):

O fim, pois, não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais.

Consequentemente, devem ser escolhidas aquelas penas e aquele método de impô-las, que respeitada à proporção, causem uma impressão mais eficaz e mais durável sobre o ânimo dos homens e que seja a menos dolorosa para o corpo do réu.

Assim, esta tese é cristalina ao afirmar que não se trata de ausência de punição ou mesmo de perdão indiscriminado, mas sim de que o indígena já foi punido pelos seus

pares e somente quem faz parte da Comunidade possui essa ideia de que a pena é suficiente, pois do contrário não haveria essa punição e julgamento pelos demais índios.

Nesse sentido, deve haver prova documental acerca da reunião comunitária, bem como relatório contendo a punição aplicada pela comunidade e a condenação com a respectiva pena e prazo de cumprimento da reprimenda, devendo ser respeitado o direito à autodeterminação dos indígenas, previsto no supramencionado art. 231 da Constituição Federal.

Nesse sentido, a Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio) prevê no art. 57 que: " Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte."

Ressalta-se que a tese aqui esboçada também encontra amparo no campo internacional em Tratados Internacionais de Direitos Humanos com status supralegal. Nesse sentido o art. 4º da Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê o direito de autogoverno das comunidades em suas questões internas, senão vejamos:

Artigo 4º 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. (grifou-se)

Por sua vez, a Convenção 169 da OIT reforça tal previsão, dispondo no art. 9º que deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos indígenas tratam a repressão dos delitos e que os tribunais devem levar em conta os costumes dos povos indígenas.

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

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

Nesse sentido, o CNJ editou a Resolução nº 287, de 25/6/2019 que prevê no art. 7º, caput e parágrafo único, que:

Art. 7º A responsabilização de pessoas indígenas deverá considerar os mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertence a pessoa acusada, mediante consulta prévia.

Parágrafo único. A autoridade judicial poderá adotar ou homologar práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio).

No Manual da Resolução 287/2019, consta que **quando a comunidade indígena já tiver aplicado ou pretender aplicar os métodos próprios de solução de conflitos deve-se respeitar essa decisão por conta do princípio da vedação ao *bis in idem*:**

Não é indicada a aplicação de qualquer tipo de pena estatal para pessoas indígenas em duas hipóteses: (i) **quando a comunidade indígena a que pertence já tiver aplicado – ou pretender aplicar – métodos próprios de solução de conflitos, por conta do princípio da vedação ao *bis in idem***; (ii) quando a conduta imputada não puder ser considerada ilícita na perspectiva dos costumes indígenas, hipótese na qual a aplicação de qualquer sanção seria uma ofensa ao direito constitucional dos indígenas aos seus costumes e à organização social e jurídica próprias (grifou-se).

**Consta ainda que:**

Nesse caso, para a aferição da correspondência entre a conduta praticada pela pessoa indígena e os valores da comunidade a que pertence, bem como para a identificação da possibilidade de aplicação de mecanismos indígenas de solução de conflitos, existem dois instrumentos a serem utilizados pela

autoridade judicial: o laudo pericial antropológico e a consulta às comunidades indígenas.

Assim, a defesa pode compatibilizar a tese acima esboçada com a nova decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o júri não pode absolver o réu por clemência se o homicídio qualificado não admite graça ou anistia, conforme ementa do julgado:

Ementa: PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. QUESITO GENÉRICO. ABSOLVIÇÃO. CLEMÊNCIA. RECORRIBILIDADE. CRIME HEDIONDO. FEMINICÍDIO. INSUSCETIBILIDADE DE GRAÇA OU ANISTIA. SUBMISSÃO NOVO JULGAMENTO. 1. Se, de um lado, é admissível a utilização de critérios extralegais de exculpação, de outro, não é possível tornar irrecurável a decisão do júri por mera aplicação do quesito genérico. 2. Não cabe, no âmbito do Tribunal do Júri, investigar a fundamentação acolhida pelos jurados, já que não possuem a obrigação de justificar seus votos. No entanto, nada há no ordenamento jurídico que vede a investigação sobre a racionalidade mínima que deve guardar toda e qualquer decisão. 3. A existência de diversas novas hipóteses de absolvição diante da previsão do quesito genérico, não significa que elas sejam indetermináveis, nem ilimitadas. 4. Ainda que fundada em eventual clemência, a decisão do júri não pode implicar a concessão de perdão a crimes que nem mesmo o Congresso Nacional teria competência para perdoar. 5. Não se podendo identificar a causa de exculpação ou então não havendo qualquer indício probatório que justifique plausivelmente uma das possibilidades de absolvição, ou ainda sendo aplicada a clemência a um caso insuscetível de graça ou anistia, pode o Tribunal ad quem, provendo o recurso da acusação, determinar a realização de novo júri. 6. In casu, tendo o recorrido praticado, em tese, o crime hediondo de feminicídio, para o qual não cabe a concessão de clemência, tal hipótese sequer deve ser considerada, a fim de que possa justificar o não cabimento do recurso de apelação interposto contra a decisão absolutória do Tribunal do Júri. 7. Agravo regimental provido para o fim de

manter a decisão do Tribunal de Justiça exarada para determinar a realização de novo julgamento.

2ª Turma. RHC 229558 AgR, Rel. Min. Nunes Marques, Relator(a) p/ Acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 21/11/2023.

Em que pese a 2ª Turma do STF ter decidido que a decisão do júri não pode implicar a concessão de perdão a crimes que nem mesmo o Congresso Nacional teria competência para perdoar, conforme decisão acima mencionada, ainda encontra-se pendente de julgamento o Tema nº 1087 da Sistemática da Repercussão Geral sobre a: Possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos."

Assim, esta tese serve como alternativa à tese de clemência a ser aventada no Tribunal do Júri para se evitar a nulidade do julgamento em sede recursal e a realização de novo júri.

Trata-se, então, de tese embasada na proibição (vedação) à dupla punição que serve como alternativa (obrigatória) à nova decisão do STF no sentido de que o júri não pode absolver o réu por clemência se o homicídio cometido não admite graça ou anistia. No caso dos indígenas, mesmo em se tratando do cometimento de crimes hediondos, como o homicídio, em suas formas qualificadas, o novo julgamento pelo sistema formal de Justiça fere de morte a Constituição Federal em seu artigo 231 e TODO o ordenamento jurídico pátrio.

Ante o exposto, merece ser reconhecida a validade da punição comunitária, pois caso contrário a punição estatal geraria bis in idem.

### **Sugestão de Operacionalização**

Para compatibilizar a nova decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o júri não pode absolver o réu por clemência se o homicídio qualificado não admite graça ou anistia com o pedido de absolvição nos crimes de homicídio qualificado, consumados ou tentados, em sede do Tribunal do Júri praticados por indígenas, pode o

Defensor Público fundamentar a tese na vedação do "bis in idem" quando já houver punição pela Comunidade Indígena.

Esta tese serve como alternativa à tese de clemência a ser aventada no Tribunal do Júri para se evitar a nulidade do julgamento em sede recursal e a realização de novo júri.

### REFERÊNCIAS:

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Manual - Resolução 287/2019**: procedimentos relativos a pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade/Orientações a Tribunais e Magistrados para cumprimento da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/278/1/Manual%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20287-2019%20-%20Procedimentos%20relativos%20a%20pessoas%20Ind%C3%ADgenas%20acusadas%20e%20r%C3%AAs%20condenadas%20ou%20privadas%20de%20liberdade.pdf>.

Acesso em: 10 jun 2024. Publicado em: 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1087. Possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos.**" Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5745131&numeroProcesso=1225185&classeProcesso=ARE&numeroTema=1087>>.

Acesso em 10 jun. 2024.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 287**. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder





Judiciário. Brasília, DF, 25 de junho de 2019. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>>. Acesso em 10 jun. 2024.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Boa Vista-RR, 03 de julho de 2024.

Escola Superior da Defensoria Pública do Estado de Roraima