



ARLINDO CORRÊA DE ALMEIDA

TRATAMENTO PENAL DO **INDÍGENA**

SOB UMA PERSPECTIVA DO MULTICULTURALISMO:

ANÁLISE DOS CASOS DE ESTUPRO
DE VULNERÁVEL E NEONATICÍDIO

UFMG
UNIVERSIDADE FEDERAL
DE MINAS GERAIS



EXPERT
EDITORA DIGITAL

O trabalho tem como objetivo central a análise do estupro de vulnerável e do neonaticídio indígenas, praticados dentro do contexto cultural em que vivem, considerando o Brasil como sendo um país multicultural. Tais práticas são incompreendidas e geram inquietações em grande parte da sociedade nacional, o que provoca a intervenção do Estado através da aplicação do Direito Penal nos referidos casos e, por vezes, atribuindo aos indígenas responsabilização penal. A partir dessa situação, surge a reflexão: o indígena que realiza tais práticas, com base em suas culturas, deve ser responsabilizado penalmente pelo Estado brasileiro? Para responder tal questionamento, foi realizada uma pesquisa qualitativa exploratória, visando percorrer caminhos sólidos e capazes de solucionar o problema, com abordagem da dogmática penal, em especial, a Teoria do Delito. Em razão de o tema abarcar questões interdisciplinares, além das fontes bibliográficas da área do Direito, também foram pesquisadas fontes bibliográficas da área da Antropologia com a finalidade de melhor compreender a cultura indígena e sua cosmologia. Pela relevância do tema, foram enfrentadas questões de âmbito internacional, constitucional e infraconstitucional, todas relacionadas aos direitos fundamentais, aos direitos dos povos indígenas e à aplicação do Direito. Com o enfrentamento das questões teóricas e legais que tratam dos direitos indígenas e da diversidade cultural, conjugadas com a sistematização dogmática penal pertinente ao tema, foi possível apontar soluções para os casos pesquisados. Conclui-se que, no caso de estupro de vulnerável, é indispensável a existência da tipicidade material para a completa formação de um dos elementos do crime, pois sua falta ocasiona a atipicidade da conduta com a incidência do princípio da adequação social como forma de afastar a responsabilização criminal do agente. No caso do neonaticídio, em virtude da falta de consciência da ilicitude, haverá a ocorrência do erro de proibição direto, que, também, trará a mesma consequência jurídica do caso anterior.

ISBN 978-65-6006-133-0



9 786560 061330 >


EXPERT
EDITORA DIGITAL

**TRATAMENTO PENAL DO
INDÍGENA**

**SOB UMA PERSPECTIVA
DO MULTICULTURALISMO:**

**ANÁLISE DOS CASOS DE ESTUPRO
DE VULNERÁVEL E NEONATICÍDIO**

Editora: Expert Editora

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
CBL - Câmara Brasileira do Livro, São Paulo, Brasil.

ALMEIDA, Arlindo Corrêa de

Tratamento penal do indígena sob uma perspectiva do multiculturalismo: análise dos casos de estupro de vulnerável e neonaticídio / Arlindo Corrêa de Almeida. – Belo Horizonte: Editora Expert, 2024.

296 p.

Inclui bibliografia e anexos.

ISBN: 978-65-6006-133-0

1. Direito penal – Brasil. 2. Povos indígenas – Aspectos jurídicos – Brasil. 3. Multiculturalismo – Aspectos jurídicos. 4. Direitos humanos – Brasil. I. Título.

CDU: 342.7

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

Índices para catálogo sistemático:

Direitos Fundamentais

342.7

Pedidos dessa obra:



experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UnICEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Uinhorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG



Arlindo Corrêa De Almeida

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Mestre em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM Professor Adjunto da Universidade do Estado do Amazonas – UEA, atuando nos cursos de Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu. Delegado de Polícia Civil do Amazonas, aposentado. Advogado.

PREFÁCIO

Ter a oportunidade de inaugurar a exposição textual deste trabalho constitui, além da honra natural de ser convidado para prefaciá-lo, um contentamento especial em minha vida. Primeiro, por ter acompanhado a sua construção, mesmo de longe, mas sempre transmitindo boas vibrações na torcida pela sua conclusão, que também marcou o doutoramento do Autor, Professor Doutor Arlindo Corrêa de Almeida. Segundo, pela satisfação de tê-lo como meu Docente na graduação.

A obra constitui um coroamento da trajetória profissional e experiência do Autor como Delegado de Polícia, da Polícia Civil do Estado do Amazonas (função que exerceu até aposentar-se, recentemente) e como Professor de Processo Penal em diversas instituições, especialmente na Universidade do Estado do Amazonas (UEA), onde tenho a satisfação, a amizade e a lealdade de sua convivência desde 2008, por ocasião do primeiro concurso público da instituição.

O livro *TRATAMENTO PENAL DO INDÍGENA SOB UMA PERSPECTIVA DO MULTICULTURALISMO: ANÁLISE DOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E NEONATICÍDIO* reflete a ousadia do Autor em conjugar profundo estudo sobre o Direito Penal dirigido ao indígena, símbolo maior de vida e de nossa identidade cultural nessa imensidão amazônica, tão agredido historicamente e, certamente, também muito incompreendido.

Nesse ponto, a Obra nos traz lições de quanto o Brasil é multicultural e de como o Estado, a partir do Direito, precisa não generalizar os Brasileiros, respeitando suas diferenças culturais, crenças, religiões e demais aspectos antropológicos, especialmente quanto aqueles que já estavam aqui antes da colonização. Daí surge uma questão central: *“o indígena que realiza tais práticas, com base em suas culturas, deve ser responsabilizado penalmente pelo Estado brasileiro?”*

A Obra é estruturada em cinco principais capítulos, iniciando pela discussão etnocêntrica que atinge os povos indígenas, multiculturalismo e Direitos Humanos, destacando a realidade da jurisdição indígena em alguns países da América Latina, notadamente os da Amazônia Internacional. No segundo capítulo, é abordada a tipicidade e seus elementos, destacando a construção da teoria do tipo penal no campo da dogmática penal, a partir dos principais estudos do tema e seu paralelo com o princípio da adequação social.

Nos terceiro e quarto capítulos, o Autor nos traz uma profunda reflexão sobre a teoria do delito e toda evolução histórica sobre a culpabilidade, destacando o papel da consciência da ilicitude na teoria do delito, criando uma sequência lógica e de fácil leitura para os reflexos e repercussões jurídicas penais (in)aplicáveis aos indígenas.

Por fim, após as discussões teóricas, a Obra discorre com maestria sobre a aplicação prática sobre dois tipos penais: o estupro de vulnerável e o neonaticídio praticados no contexto cultural indígena, de suas respectivas etnias, cuja leitura permitirá compreender, neste trabalho inédito, a relevância e a aplicação do princípio da adequação social e da potencial consciência da ilicitude, com a aplicação do erro de proibição direto para a determinação da não responsabilização penal dos indígenas.

Manaus, inverno de 2024

Alcian Pereira de Souza

Professor Adjunto da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO..... 17

2. POVOS INDÍGENAS: DIREITOS HUMANOS E MULTICULTURALISMO25

2.1. O Etnocentrismo e o Multiculturalismo no Contexto Indígena.....26

2.2. Os Indígenas e a Diversidade Cultural.....32

2.3. Cultura e Autodeterminação Dos Povos Indígenas.....39

2.4. Direito À Igualdade e Grupos Minoritários.....47

2.4.1. Direitos Humanos e Multiculturalismo.....52

2.5. A Jurisdição Indígena Em Alguns Países da América Latina...56

2.5.1. Colômbia.....57

2.5.2. Peru.....60

2.5.3. Venezuela.....61

2.5.4. Bolívia.....67

2.5.5. Equador.....71

2.5.6. Brasil.....76

2.6. Suporte Constitucional À Diversidade Cultural.....79

3. A TIPICIDADE E SEUS ELEMENTOS: A AUSÊNCIA DE TIPIDADE MATERIAL E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL..... 83

3.1. Compreensão do Tipo Penal e a Construção da Teoria do Tipo Penal no Campo da Dogmática Penal.....84

3.1.1. O Tipo Penal e Sua Estrutura Independente na Teoria de Ernest Von Beling.....	85
3.1.2. O Tipo Indiciário de Max Ernst Mayer.....	87
3.1.3. O Pensamento de Edmund Mezger e o Tipo Como Ratio Essendi da Antijuridicidade.....	89
3.1.4. O Tipo Penal na Concepção Finalista de Hans Welzel.....	90
3.1.5. O Tipo Penal na Concepção do Funcionalismo Teleológico de Claus Roxin e no Funcionalismo Sistemico de Günther Jakobs.....	92
3.2. Funções do Tipo.....	94
3.3. Juízo de Tipicidade.....	98
3.3.1. Tipicidade Formal.....	99
3.3.2. Tipicidade Material.....	100
3.4. O Bem Jurídico e a Dogmática do Direito Penal.....	103
3.4.1. Síntese Evolutiva da Teoria do Bem Jurídico.....	103
3.4.2. Conceito de Bem Jurídico.....	106
3.5. Adequação Social Como Princípio.....	110
3.5.1. Compreensão de Princípios.....	112
3.5.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	115
3.5.3. Princípio da Adequação Social.....	116

4. A ILICITUDE NA TEORIA DO DELITO 121

4.1. Conceito de Ilcitude.....	122
4.2. Ilcitude e Injusto.....	123
4.3. Ilcitude e Antinormatividade.....	125
4.4. Ilcitude e Tipicidade.....	127
4.5. Ilcitude Como Essência do Crime e Ilcitude Como Elemento do	

Crime.....	129
4.6. Ilícitude Formal e Material.....	132
4.7. Ilícitude Genérica e Específica.....	135
4.8. Ilícitude Objetiva e Subjetiva.....	136
4.9. Exclusão de Ilícitude.....	138
4.9.1. Fundamento da Exclusão de Ilícitude.....	138
4.9.2. Elementos Subjetivos e Objetivos das Causas de Exclusão de Ilícitude.....	141
4.10. Causas Legais de Exclusão de Ilícitude.....	144
4.10.1. Estado de Necessidade.....	144
4.10.2. Legítima Defesa.....	146
4.10.3. Estrito Cumprimento do Dever Legal.....	147
4.10.4. Exercício Regular de Direito.....	148
4.11. Causas Suprlegais de Exclusão de Ilícitude: Consentimento do Ofendido.....	149
4.11.1. Consentimento do Ofendido.....	150
5. CULPABILIDADE.....	155
5.1. Evolução Histórica do Conceito de Culpabilidade.....	155
5.1.1. Conceito Psicológico de Culpabilidade.....	156
5.1.2. Conceito Psicológico-Normativo de Culpabilidade.....	159
5.1.3. Conceito Normativo Puro de Culpabilidade.....	161
5.2. Elementos da Culpabilidade na Teoria Normativa Pura.....	164
5.2.1. Imputabilidade.....	164
5.2.2. Potencial Consciência da Ilícitude.....	167
5.2.3. Exigibilidade de Obediência Ao Direito.....	168

5.3. A Culpabilidade e o Funcionalismo no Direito Penal	169
5.3.1. o Funcionalismo de Claus Roxin	170
5.3.2. o Funcionalismo de Günther Jakobs.....	170
5.3.3. Culpabilidade e Erro de Proibição Em Claus Roxin.....	171
5.3.4. Culpabilidade e Erro de Proibição Em Günther Jakobs.....	174
5.4. Funcionalismo e a Posição da Consciência da Ilcitude na Teoria do Delito	176
5.5. A Consciência da Ilcitude	177
5.5.1. Conceito de Consciência da Ilcitude.....	178
5.5.2. Objeto da Consciência da Ilcitude.....	179
5.6. A Relevância da Consciência da Ilcitude na Teoria do Delito	185
5.6.1. Teoria Estrita Ou Extremada do Dolo	185
5.6.2. Teoria Limitada do Dolo	186
5.6.3. Teoria Estrita Ou Extremada da Culpabilidade	188
5.6.4. Teoria Limitada da Culpabilidade.....	190
5.7. A Falta de Consciência da Ilcitude e Sua Relação Com o Erro	192
5.7.1. Erro e Ignorância no Direito Penal.....	193
5.7.2. Desconhecimento do Ilícito e Desconhecimento da Norma.....	195
5.7.3. Erro de Tipo e Erro de Proibição	197
5.7.4. Espécies de Erro de Proibição Admitidos no Brasil.....	198

6. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E NEONATICÍDIO INDÍGENA E SEUS REFLEXOS PENAIS 203

6.1. Tratamento Penal Conferido Aos Indígenas na Legislação Penal da Colômbia e do Peru.....	204
--	-----

6.1.1. Colômbia	205
6.1.2. Peru	208
6.2. Modelo de Tratamento Penal Conferido Aos Indígenas no Brasil.....	209
6.3. A Inadequação da Inimputabilidade Ou Semi-Imputabilidade Como Forma de Aferir A Responsabilidade Penal do Indígena.....	219
6.4. Posição Jurisprudencial Acerca da Responsabilidade Penal do Indígena, Envolvendo Seus Costumes e Tradições e a Dispensa de Perícia Antropológica.....	227
6.5. O Estupro de Vulnerável Praticado no Contexto da Cultura Indígena	232
6.5.1. Atipicidade Material e o Princípio da Adequação Social.....	236
6.5.2. Jurisprudência Considerando e Desconsiderando A Cultura Indígena.	244
6.6. O Neonaticídio Praticado no Contexto Cultural Indígena	254
6.6.1. Neonaticídio Indígena e Os Casos Hakani e Muwaji.....	256
6.6.2. A Culpabilidade na Teoria Normativa Pura	258
6.6.3. O Erro de Proibição Como Excludente de Culpabilidade	261
6.6.4. O Erro de Proibição e o Neonaticídio Indígena.....	264
7. CONCLUSÃO	271
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	275

1. INTRODUÇÃO

A presente obra tem como objeto de análise o neonaticídio indígena e o estupro de vulnerável contra menor de 14 anos, praticados no contexto da cultura indígena. Além disso, ela traz o seguinte problema central: o indígena que pratica o neonaticídio indígena e o estupro de vulnerável contra menor de 14 anos, no contexto da cultura indígena, deve ser responsabilizado criminalmente?

Visando responder tal questionamento, foi realizada uma pesquisa de natureza qualitativa, sendo que, na abordagem de revisão bibliográfica, foram realizados levantamentos e análises de livros, teses e periódicos da área do Direito Penal, Direitos Humanos e das Ciências Sociais, enfatizando a antropologia, além das jurisprudências, a fim de conferir um suporte dogmático em relação aos casos investigados.

No Direito Penal brasileiro, para que um fato humano se configure crime, exige-se a existência de uma conduta típica, ilícita e culpável, quando estarão presentes os elementos constitutivos do delito. O estudo desses elementos ocorre na teoria do delito, onde são debatidos, sob a ótica da dogmática penal, as diversas teorias e posições que auxiliam na solução das questões de natureza penal.

Conforme o princípio da fragmentariedade, o Direito Penal somente irá se ocupar de condutas lesivas a bens jurídicos relevantes quando, então, realiza a descrição das condutas proibidas pelo ordenamento jurídico, que se dá com a criação do tipo penal. Por sua vez, ocorrerá a tipicidade penal quando a conduta do agente se ajustar à descrição abstrata contida no tipo.

Nesse aspecto, a tipicidade é o primeiro elemento a ser analisado, a fim de verificar se determinada conduta converter-se-á ou não em crime. Para tanto, não basta apenas que ocorra a subsunção da conduta à descrição do tipo, a chamada tipicidade formal. Ao lado dela, exige-se, ainda, a tipicidade material, representada pela análise concreta do caso, visando aferir se, efetivamente, houve lesão ao bem jurídico, levando em conta o contexto ético, social, cultural e a

lei penal. É relevante ressaltar que a ausência de tipicidade material acarreta a atipicidade da conduta, como ocorre nos casos em que certos comportamentos são socialmente tolerados ou aceitos, com a aplicação do princípio da adequação social.

No caso específico do princípio da adequação social, sabe-se que ele possui grande importância no campo do Direito Penal tanto para suporte à sua aplicação quanto para impor limitações ao poder punitivo do Estado. Nesse contexto, para a presente obra, foi realizado um estudo acerca da prática cultural indígena, no qual a menarca – ou primeira menstruação da indígena – é o ponto de transição da infância para a fase adulta, momento no qual ela estará apta a manter relações sexuais e se casar, mesmo que seja menor de 14 anos de idade. Inclusive, a depender da etnia, existe um ritual próprio realizado para celebrar essa passagem para a vida adulta.

De maneira contrária, na legislação brasileira, quem mantém relações sexuais ou pratica outro ato libidinoso com menor de 14 anos de idade comete o crime de estupro de vulnerável, nos termos do artigo 217-A, *caput*, do Código Penal. Nesse aspecto, o presente estudo recai sobre a compreensão e a aplicação do princípio da adequação social nos casos de estupro de vulnerável realizado dentro do contexto cultural indígena, por inexistir valoração social negativa por parte da comunidade indígena e por falta de lesividade ao bem jurídico tutelado na espécie, de modo a afastar a tipicidade penal da conduta por ausência de tipicidade material e, conseqüentemente, excluir a responsabilização penal.

A ilicitude é abordada e se destaca por sua relevância na aferição da conduta do agente, bem como pelo estudo das teorias que possibilitam realizar a conexão com a consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade. Por sua vez, a culpabilidade, como integrante do conceito analítico de crime, é composta pelos seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de obediência ao Direito. A ausência de um deles acarreta a exclusão da culpabilidade, o que impõe a absolvição do autor da conduta.

Em termos conceituais, a culpabilidade é a reprovabilidade da conduta do agente. Assim, para que se possa dizer que existe um crime, não é suficiente que o agente atue de forma típica e ilícita, sendo indispensável que o agente possua conhecimento da ilicitude de sua conduta, ou seja, a valoração do que é contrário ou não ao ordenamento jurídico, que é base para a realização do juízo de reprovação, considerando diversos fatores, como questões sociais, jurídicas, psicológicas e culturais.

Nesse aspecto, a consciência da ilicitude, como elemento da culpabilidade, ganha destaque, pois ela somente estará caracterizada quando o agente tinha ou podia ter o conhecimento da ilicitude de seu comportamento, o que acarreta a sua reprovação. Contudo, em algumas situações, pode ocorrer que o agente possua uma falsa ideia sobre o objeto do conhecimento, ou seja, há uma representação equivocada de determinado objeto, a essa hipótese se denomina erro. Tais situações repercutem tanto no dolo quanto no conhecimento da ilicitude, uma vez que afetam a isenta análise do que é lícito ou ilícito.

Considerando essas situações, torna-se imperioso observar a existência do erro de proibição, que ocorre com o estabelecimento de um nexo entre a conduta do agente e a norma contida no tipo penal, onde o agente, baseado em uma falsa representação, age de forma contrária ao Direito. É focado nessa relação existente entre conduta e norma que reside a discussão sobre a existência ou não do conhecimento da ilicitude.

Assim, a culpabilidade, a potencial consciência da ilicitude e o erro de proibição se relacionam em virtude de serem estados psíquicos dotados de uma relação de exclusão recíproca. Em outras palavras, isso significa dizer que, estando presente o conhecimento da ilicitude, haverá a exclusão do erro de proibição; por outro lado, a presença do erro de proibição evidencia a falta de conhecimento da ilicitude.

Considerando esse tópico dogmático, será analisada a situação do neonaticídio indígena, cometido dentro do contexto da cultura indígena, uma vez que para algumas sociedades indígenas a “pessoa

humana” é formada através de processos de interações sociais complexas. Para eles, estas relações ocorrem em contextos sociais e culturais diversos, não bastando o mero nascimento de um ser humano decorrente da gestação de uma mãe, como se dá na ideia da sociedade nacional. Portanto, sem elo de interdependência entre a pessoa e a humanidade.

Em virtude desse ponto de vista, para a sociedade indígena, assim como podem existir “pessoas humanas”, podem existir, também, “pessoas não humanas”. Estas últimas, por exemplo, são eliminadas, a fim de preservar a organização social, pois representam perigo para a comunidade. Na visão de mundo de algumas comunidades indígenas, vários são os motivos que os levam a acreditar na existência de “pessoas não humanas”, dentre eles estão o adultério, o incesto, crianças nascidas com deficiência física ou mental, gêmeas.

Nesse contexto, o estudo recai sobre a compreensão da cultura indígena e o respeito ao multiculturalismo, que deve ser observado no Estado Democrático de Direito. A partir dessa referência, será defendida a posição de exclusão da responsabilidade penal de quem pratica o neonaticídio indígena dentro do contexto cultural, com a aplicação do erro de proibição direto, pela falta de conhecimento da ilicitude que, por sua vez, exclui a culpabilidade.

Convém esclarecer que as soluções dogmáticas propostas no sentido de excluir a responsabilidade penal indígena ocorrem com base no monismo jurídico, em virtude de ser essa a posição adotada em nosso país. Isto porque não há no ordenamento jurídico o reconhecimento do sistema normativo das sociedades indígenas, embora a Constituição Federal reconheça os indígenas como sujeitos de direitos, assim como reconhece sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

A partir dessa análise, percebe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe um vácuo normativo relacionado aos casos aqui enfrentados, o que cede espaço para os debates favoráveis e contra a responsabilização penal indígena, a depender do enfoque teórico defendido, se com ou sem observância da diversidade cultural

indígena. Desse modo, tornam-se relevantes as abordagens teóricas as quais envolvem o multiculturalismo e a Teoria do Delito aqui desenvolvidos.

Do mesmo modo, não ficaria completa a abordagem da Teoria do Delito se não fosse trazida a ilicitude para a integração do estudo. Partindo da posição aqui assumida no sentido de que a ilicitude é elemento do crime, devendo ser analisada de forma objetiva diante do caso concreto, demonstra-se a importância da análise da ilicitude, uma vez que, ao tratar do caso de neonaticídio indígena, a base de sustentação do que se propõe a defender está ligada à culpabilidade, à consciência da ilicitude e ao erro de proibição. Portanto, temas que se encontram interligados. Nesta perspectiva, o enfrentamento das diferenças culturais existentes entre os povos tem gerado problemas na esfera jurídica a partir do momento que são proferidas decisões judiciais com argumentos técnicos com certas inconsistências em razão da falta de critérios e de fundamentos jurídicos sólidos suficientes para lançar luzes no debate acerca dos crimes culturalmente motivados de modo claro e preciso.

Considerando esses aspectos, a obra se mostra relevante no campo acadêmico, uma vez que, na abordagem temática, são descritos aspectos da dogmática penal em conexão com questões culturais indígenas capazes de provocar reflexões e efetiva aplicação em casos concretos, servindo como parâmetros a serem adotados por ocasião da aplicação da lei penal, com respeito aos povos indígenas, de modo a preservar seus direitos pluriétnicos e multiculturais. Com isso, busca-se mostrar que o multiculturalismo representa o reconhecimento e o respeito às diferenças étnicas dos grupos socialmente heterogêneos, os quais buscam a garantia de seus direitos fundamentais e o fim da marginalização social.

De mais a mais, o conceito amplo de cultura evidencia a complexidade das formas de ser dos povos e como eles coexistem com os outros grupos étnicos a partir da edificação de sua própria identidade. Assim, a diversidade cultural se mostra como fator

importante de aproximação dos grupos sociais como patrimônio que deve ser protegida pela atual e futuras gerações.

Como consequência, a identidade cultural não é estática, uma vez que está sujeita a mudanças, adaptações e incorporações no decorrer do tempo. Embora ocorra essa dinâmica, a identidade cultural deve ser resguardada, a partir de uma proteção coletiva, sob a ótica da pluralidade e da singularidade, em face do reconhecimento da pessoa como representante das peculiaridades percebidas no grupo ao qual pertence.

No caso em análise nesta obra, para que ocorra a efetiva proteção dos povos indígenas, bem como de seus patrimônios culturais, deve haver o reconhecimento de sua existência e de suas diferenças. Nesse aspecto, a sociedade nacional possui grande responsabilidade no sentido de contribuir para que isso ocorra.

É incontestável o fato de que existem diferenças culturais entre a sociedade nacional e os povos indígenas, assim como em relação a estes entre si. Em face da diversidade cultural existente entre os próprios povos indígenas, a presente pesquisa abordará os aspectos culturais destes povos que se assemelham e que, ao mesmo tempo, diferem-se dos adotados pelos não indígenas.

No que tange à construção do presente estudo, a obra está estruturada em cinco capítulos referentes ao desenvolvimento. O primeiro capítulo se dedica ao direito dos povos indígenas e ao multiculturalismo, à garantia constitucional, à diversidade cultural, bem como à proteção das minorias, onde são abordados temas ligados à antropologia para dar sustentação à realização de determinadas práticas baseadas na cultura indígenas. A par disso, há a demonstração do tratamento penal conferido aos indígenas e a demonstração da forma inadequada de aferição de sua culpabilidade com base na imputabilidade e na semi-imputabilidade. São analisados, ainda, dispositivos da Constituição Federal de 1988; da Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio); da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), adotada em 27 de junho de 1989, em Genebra, que dispõe sobre Povos Indígenas e Tribais; e da

Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007, quando houve o reconhecimento de afirmação dos Direitos Humanos dos povos indígenas, possibilitando a realização do desenvolvimento no campo social e cultural, resguardando sua autonomia ligada a temas internos e, ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em seguida, o segundo capítulo trata da tipicidade e seus elementos, onde se destacam a atipicidade material e o princípio da adequação social como meios para fundamentar a exclusão de responsabilidade penal indígena nos casos de estupro de vulnerável. Para tanto, são debatidos o tipo penal e suas teorias, assim como juízo de tipicidade e a tipicidade formal e material, além do conceito de bem jurídico. No terceiro capítulo, aborda-se a ilicitude na teoria do delito, a sua conceituação e a relação com o injusto, com a antinormatividade e a tipicidade, assim como outras questões teóricas que servem de sustentação para a análise dos casos abordados.

Por sua vez, o quarto capítulo trata da culpabilidade, a evolução histórica de seus conceitos, os seus elementos na Teoria Normativa Pura, destacando a importância da potencial consciência da ilicitude na teoria do delito, realizando um estudo relacionando esta e o erro no Direito Penal. Por fim, o quinto capítulo analisa o neonaticídio e o estupro de vulnerável indígena e seus reflexos penais, onde são abordadas as legislações penais da Colômbia e do Peru e se faz, ainda, a abordagem do tratamento penal conferido aos indígenas no Brasil, bem como as decisões de nossos Tribunais. Na apreciação dos casos de estupro de vulnerável no contexto indígena, defende-se a tese da aplicação do princípio da adequação social e, nos casos de neonaticídio, sustenta-se a aplicação do erro de proibição direto, em ambos os casos se defende a não responsabilização penal dos indígenas.

2. POVOS INDÍGENAS: DIREITOS HUMANOS E MULTICULTURALISMO

Uma questão de extrema relevância é a necessidade de debates acerca da relação entre direitos humanos ou fundamentais e direitos de minorias culturais, que envolve a natureza individual ou coletiva das normas protetivas e dos próprios sujeitos de Direito. Diversas são as críticas lançadas sobre a possibilidade de atualização das categorias jurídicas modernas darem enfoque aos direitos individuais, o que ensejaria numa limitação dos potenciais emancipatórios do Direito diante das demandas identitárias e coletivas que pressionam a sociedade contemporânea.

Nessa trilha, Segato destaca que a tensão entre Direitos Humanos e costumes tradicionais não se restringe aos povos “simples” ou “originários”, mas ocorre também no seio da sociedade “ocidental”, como no caso de costumes patriarcais e de opressão racial. Referindo-se a um encontro com mulheres indígenas, Segato relata a preocupação por elas manifestada sobre a possibilidade de modificar costumes que as prejudicavam em relação ao nascimento de filhos gêmeos, sem que isso afetasse a cultura de modo geral.

O que se apresentou como o grande desafio para as culturas fragilizadas pelo contato com o Ocidente foi a necessidade de implementar estratégias de transformação de alguns costumes, preservando o contexto de continuidade cultural. Isso não é tarefa simples, sobretudo se levarmos em conta que, em sociedade nas quais a economia doméstica é central para a sobrevivência, a estreita complementação entre os papéis e posições dos dois gêneros não só se confunde com a própria cultura e se torna inseparável da auto-imagem pela qual a identidade, como também tem um papel crucial na reprodução material do grupo. Nesse caso, é difícil alterar os direitos de um dos gêneros sem consequências para

a sobrevivência e continuidade de todo o grupo como unidade política e econômica.¹

No caso vertente, mostra-se clara a contradição ligada à universalidade dos Direitos Humanos, de modo específico da mulher, onde a atribuição do valor de lei ao costume reconheceria absoluta autonomia dos povos indígenas; no entanto, ocasionaria o distanciamento das garantias internacionalmente reconhecidas às mulheres e às crianças.

Nesse passo, evidencia-se a relevância da temática pertinente às questões do multiculturalismo em face do etnocentrismo, considerando que o Brasil é um país de diversidade social, étnica e cultural.

2.1. O ETNOCENTRISMO E O MULTICULTURALISMO NO CONTEXTO INDÍGENA

O multiculturalismo é um conceito criado para questionar a hierarquização social das culturas, onde, supostamente, há como cultura dominante a do homem branco, europeu, católico e heterossexual e, abaixo dela, todas as outras, consideradas menos valorizadas ou “corretas”. Para trabalhar questões críticas sobre esse tema, Kelly² aponta a existência de um termo cunhado como “circunstâncias do multiculturalismo”, que se trata do pluralismo étnico, racial, religioso e cultural e o encontro com a discriminação, o preconceito e as desvantagens que estes grupos sofrem. Desta forma, o multiculturalismo só se torna observável quando estes encontros

1 SEGATO, R. L. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 207-236, abr. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/tRYDbv8ZQf9SJmpvSywtjb/>. Acesso em: 18 out. 2023, p. 210.

2 KELLY, Paul. **Multiculturalism reconsidered: Culture and equality and its critics.** Cambridge: Polity Press, Blackwell Publishers, 2002.

entre culturas causam um choque que se percebe através de situações negativas.

Diversos autores explicam o termo multiculturalismo e a diversidade e buscam posicioná-los em um contexto macro, que aborde o máximo possível de variáveis. Kymlicka³ aborda um multiculturalismo liberal, apontando a importância do Estado na promoção de igualdade e inclusão de minorias, compreendendo a si próprio como fomentador destas desigualdades. Na perspectiva deste autor, há uma convivência harmônica de diferentes culturas como um todo ao mesmo tempo que há a manutenção de suas particularidades. Outros autores, como o filósofo político Barry⁴, creem que, no multiculturalismo, a diferença entre culturas não deve ser o foco, mas a construção conjunta de uma sociedade igualitária e boa para todos, que, eventualmente, tornaria-se boa para estes grupos também. O multiculturalismo, nesta ideia, não traz o igualitarismo.

Em um contexto histórico, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, foi criada a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias, naquele momento, focada em debater questões relacionadas à discriminação. Foi somente nos anos 60 que a agenda internacional dos direitos humanos começou a incluir questões relativas ao reconhecimento dos direitos culturais das minorias étnicas, incluindo os povos indígenas⁵. Lopes⁶ aponta que o contexto das minorias somente é abordado um tempo depois na

3 KYMLICKA, Will. **Cidadania multicultural**: uma teoria liberal de los derechos de las minorias. Madrid: Paidós, 1995, p. 270-280.

4 BARRY, Brian. **Culture and equality**: An egalitarian critique of multiculturalism. Boston: Harvard University Press, 2002.

5 DAVIS, Shelton H. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 571-585, out. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/ykf4XjHVn7m4W5gnVkj6kyS/>. Acesso em: 18 out. 2023, p. 571-585.

6 LOPES, Ana Maria D'Ávila. A contribuição da teoria do multiculturalismo para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros. **Publica Direito**, [s.l.], [s.v.], [s.n.], p. 1-13, 2010. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf. Acesso em: 18 out. 2023, p. 6.

“Conferência da Paz (Paris 1919) quando expressamente declarou-se a igualdade de todos as pessoas perante a lei, a igualdade dos direitos civis e políticos, a igualdade de trato e a segurança das minorias”.

A partir daí, o grande salto foi dado apenas em 1966 com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, onde no art. 27 estabelece-se a proteção das minorias étnicas, linguísticas e religiosas. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 não continha nenhuma menção expressa sobre esse tipo de direitos.⁷

Em 2001, na 31ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO, foi aprovada a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, composta por 12 artigos, que versam sobre identidade, diversidade cultural, pluralismo, direitos humanos e outros. Dentre os artigos, faz-se necessário salientar o primeiro e o segundo⁸, os quais reforçam a importância dessas identidades para a sociedade como um todo.

Artigo 1 – A diversidade cultural, patrimônio comum da humanidade

A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e

⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁸ UNESCO. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**. Londres, 2002. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20sobre%20a%20Diversidade%20Cultural%20da%20UNESCO.pdf>. Acesso em: 01 de jul. de 2022.

consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.

Artigo 2 – Da diversidade cultural ao pluralismo cultural

Em nossas sociedades cada vez mais diversificadas, torna-se indispensável garantir uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a um só tempo plurais, variadas e dinâmicas, assim como sua vontade de conviver. As políticas que favoreçam a inclusão e a participação de todos os cidadãos garantem a coesão social, a vitalidade da sociedade civil e a paz. Definido desta maneira, o pluralismo cultural constitui a resposta política à realidade da diversidade cultural. Inseparável de um contexto democrático, o pluralismo cultural é propício aos intercâmbios culturais e ao desenvolvimento das capacidades criadoras que alimentam a vida pública.⁹

Em um contexto brasileiro, onde por muitos anos se acreditou na ficção da democracia racial, uma ideia de que, pelo fato de existirem muitas etnias e miscigenação no Brasil, este seria um país com pouco ou nenhum conflito étnico-racial. No entanto, hoje, sabe-se que as diversas culturas não são tão harmônicas como se supunha. Apesar do grande número de imigrantes que trazem consigo uma bagagem cultural ampla e buscam implantar estas no Brasil, ainda é possível observar uma barreira sociopolítica, a qual busca imigrantes que sejam de uma etnia e cultura branca e europeia, como já mencionado¹⁰.

O multiculturalismo costuma possuir raízes históricas e vem de um processo geopolítico que movimenta grupos entre um país e outro. Este motivo pode ser uma guerra, colonização ou, até mesmo, comercial. Atualmente, por exemplo, a Europa traz o multiculturalismo como uma problemática, alegando o apagamento da cultura de países com grandes números de imigrantes refugiados

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ LESSER, Jeff. **A negociação da identidade nacional: imigrantes, minorias e a luta pela etnicidade no Brasil**. São Paulo: Unesp, 2001.

de países da África e do Oriente Médio, por exemplo, trazendo conflitos religiosos, socioeconômicos e étnicos¹¹. Por outro lado, há uma crítica de falta de interesse governamental em implementar políticas que realmente busquem uma inclusão multicultural em diversos locais¹².

O fenômeno da aculturação entra, então, como fator preocupante para muitas nações e culturas que temem perder sua identidade cultural. A aculturação é o processo de ter seus costumes, identidade e crenças trocados ou apagados em favor de outra cultura. Este processo pode ocorrer de duas maneiras: através da aculturação direta, onde a inserção de outra cultura é imposta, como por meio de guerra, invasão ou colonização¹³; e por meio da aculturação indireta, onde uma outra cultura é lentamente introduzida através, por exemplo, de mídias e redes sociais, apagando ou diminuindo o impacto cultural anteriormente estabelecido¹⁴.

Os indígenas sofreram a aculturação direta desde o encontro com os colonizadores portugueses no século XVI, quando tinham como interesse a escravização dos indígenas e sua utilização para extração de recursos naturais e a introdução dos jesuítas em suas missões de catequese, ensino da língua portuguesa e costumes europeus. Dessa maneira, atacaram a cultura indígena, dizimando tanto seus números quanto seus costumes¹⁵. Tendo em vista que este processo apagou os costumes e identidade indígena, para preservá-los, os indígenas mantiveram distância social e, em alguns casos,

11 CHIN, Rita. **The crisis of multiculturalism in Europe**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

12 KUCHERYAVAYA, Elena V *et. al.* The multiculturalism policy in Europe. **Online Journal Modelling the New Europe**, Cluj-Napoca, [s.v.], n. 32, p. 58-71, abr. 2020. Disponível em: http://neweurope.centre.ubbcluj.ro/?page_id=2126. Acesso em: 18 out. 2023, p. 58-71.

13 TREBBE, Joachim. Types of integration, acculturation strategies and media use of young Turks in Germany. **Communications**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 171-191, 2007. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/COMMUN.2007.011/pdf>. Acesso em: 18 out. 2023.

14 AZEVEDO, Thales de. Catequese e aculturação. In: SCHADEN, Egon. **Leituras de Etnologia Brasileira**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976, p. 365-384.

15 VAINFAS, Ronaldo. Soldados de Cristo. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, Rio de Janeiro, n. 81, jun. 2012, p. 17.

geográfica. Retornando à ideia de Kymlicka¹⁶, é necessário que o Estado compreenda sua participação nessa exclusão étnica e trabalhe para uma integração da melhor maneira, oferecendo ações afirmativas as quais garantam uma participação de pessoas indígenas na sociedade brasileira multicultural e, ao mesmo tempo, permitam que sejam mantidas suas tradições, cultura e identidade.

Atualmente, não se pode afirmar que o multiculturalismo é bem aceito no Brasil nem em relação aos imigrantes nem quanto aos habitantes nativos, os indígenas. A cultura indígena, seus costumes e territórios necessitam de constante proteção do governo para se manterem na sociedade contemporânea. Junta-se a isto o fato de existirem grupos indígenas isolados, sem contato com o mundo exterior, e grupos que, ao mesmo tempo, mantêm-se em comunidades fechadas e com contato frequente com brasileiros em um contexto atual. Além do mais, não podemos abarcar todos os povos indígenas, suas regionalidades, idiomas, crenças, tradições, culturas e saberes únicos e plurais em uma única palavra (índigena)¹⁷. Portanto, tratar a multiculturalidade em contexto indígena significa se deparar com diversos temas transversais.

Do mesmo modo, os indígenas estão em um recorte bastante único, onde, ao mesmo tempo em que há a necessidade de inclusão de indígenas e suas culturas, há o protecionismo de se manterem isolados de grupos que, assim, escolheram ou que nunca tiveram contato por morarem em áreas isoladas.

Muitos críticos do multiculturalismo mantêm suas ponderações quanto à seguinte pergunta: até que ponto se permite que vá uma cultura sem que se sobressaia sobre outra? Um exemplo comum é a posição social da mulher na religião islâmica e a sua ausência de direitos sob uma ótica ocidental. Neste caso, deveria a cultura

16 Cf. KYMLICKA, Will, *Op. cit.*, p. 270-280.

17 SCHADEN, Egon. Antropologia-Aculturação e Assimilação dos Índios do Brasil. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, São Paulo, [s.v.], n. 2, p. 7-14, 1967. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/45636>. Acesso em: 18 out. 2023, p. 7-14.

ocidental intervir em uma identidade cultural e religiosa em favor da segurança de direitos ou permitir que estes sejam violados sob a justificativa de liberdade e proteção cultural e religiosa? É em dúvidas como essa que se pautam algumas questões referentes aos indígenas e suas práticas e costumes, levando em consideração a Constituição Federal e o Código Penal brasileiro, atravessado por pontos como o contexto dos indígenas, suas tradições e realidade perante os costumes e leis.

2.2. OS INDÍGENAS E A DIVERSIDADE CULTURAL

Deve-se esclarecer que o Brasil é um país multicultural, mas, antes de analisar o estado atual do indígena no Brasil, é necessário compreender os primórdios da humanidade e entender a posição dos povos originários no decorrer da evolução do homem e, para isto, revisitar a história.

A Era Cenozóica, período que teve início há 65,5 milhões de anos e se estende até os dias de hoje, começou logo após a extinção dos dinossauros no fim do período Cretácio, seguindo-se à colisão do grande meteoro que provocou grandes mudanças climáticas, impulsionando o desenvolvimento de mamíferos e, eventualmente, do homem. A Era do Gelo, período de baixíssimas temperaturas e glaciação nos extremos do planeta, há, aproximadamente, 2,58 milhões de anos atrás, junto com a baixa elevação dos mares, uniu continentes que estavam separados desde a separação da Pangeia¹⁸. Um ponto importante de união é o que hoje é conhecido como Estreito de Bering, uma faixa marítima de, aproximadamente, 85km que separa os Estados Unidos da América (em seu estado Alaska) e a costa leste da Rússia¹⁹. Entre, aproximadamente, 35 mil e 12 mil

18 POUGH, F. Harvey; HEISER, John B.; MCFARLAND, William N. **A vida dos vertebrados**. São Paulo: Atheneu, 2003, p. 509-513.

19 PENA, Rodolfo F. Alves. Estreito de Bering. **Mundo Educação**, Brasília, [s.d.]. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/estreito-bering.htm>. Acesso em: 05 mar. 2022, s.p.

anos atrás, os primeiros homens, vindos de regiões da África e da Ásia, atravessaram este estreito através de pontos elevados de terra e caminhos de gelo e se espalharam pelas Américas, descendo desde a América do Norte até a Central e, finalmente, alcançando a América do Sul. Por conta do fim da Era do Gelo e da elevação dos mares, o estreito teria ficado indisponível para locomoção e estes povos teriam então ficado “ilhados” nas Américas²⁰.

Com o contexto da ocupação humana nas Américas, é relevante focar na área mais ao sul e, conseqüentemente, na ocupação do homem na América do Sul, mais especificamente na área da Floresta Amazônica. Com isso, supõe-se que esses nômades teriam chegado no que hoje é o norte do Brasil há 12 mil anos atrás e se segmentado em diversas tribos pelo caminho, como consta dos achados arqueológicos na ilha de Marajó, os quais apontam para a existência de comunidades organizadas de caçadores-coletores desde o período Pleistoceno²¹. Estas comunidades se desenvolveram culturalmente por milhares de anos com contato entre si enquanto povos da Europa, Ásia e África também se desenvolviam, bem como criavam rotas de comércio, sistemas políticos e guerras frequentes por território, riquezas e produtos.

Milhares de anos depois, aconteceu a chegada dos portugueses, já nos anos 1500, com a chegada de Pedro Álvares Cabral no litoral do que hoje é a Bahia, após uma viagem que originalmente tinha como destino a Índia, com o objetivo de levar de lá especiarias²². Ao chegar no território inexplorado, o navegador nomeou os povos indígenas de índios, acreditando estar em contato com nativos da Índia. Este termo, então, carregou por muitos anos um significado repleto de dores e preconceitos enquanto tanto o território quanto os povos originários desta terra veriam a realidade mudar repetidamente.

20 CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2013, p. 9-11.

21 SOUZA, Márcio. **História da Amazônia**. Manaus: Valer, 2009, p. 37-41.

22 FAUSTO, Boris; FAUSTO, Sergio. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 1994, p. 16.

Neste sentido, indígena é uma palavra que tem como significado no dicionário: “nascido no país em que vive, especialmente falando dos povos que já habitavam um território não colonizado; aborígene, autóctone” e “aquele que nasceu na América (Norte, Sul e Centro) antes do seu processo de colonização por europeus”²³. Este termo, atualmente, é utilizado como uma opção mais sensível à causa indígena, que percebe, na conotação “índio”, um termo ofensivo, o qual traz, em seu significado, um contexto de inferioridade social, preconceito e exclusão. Já povos indígenas é o termo que reitera a pluralidade de povos organizados com histórias, culturas e realidades diferentes e únicas²⁴.

Ao lado dessas considerações, não se pode perder de vista o aspecto legal acerca do assunto. A Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973²⁵, dispõe sobre o Estatuto do Índio e traz, em seu corpo, o termo silvícola como sinônimo de índio ao estabelecer em seu artigo 1º.

Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, como propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressivamente harmoniosamente, à comunhão nacional”. E mais adiante, no art. 3º define índio ou silvícola como sendo “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.”²⁶

23 INDÍGENA. **Dicio**: Dicionário Online de Português, [s.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/indigena/>. Acesso em: 05 mar. 2022, s.p.

24 CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. Etno-história e história indígena: questões sobre conceitos, métodos e relevância da pesquisa. **História**, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 349-371, jun. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/his/a/j9CyCym5St8xmR4pn9HtcvD/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 18 out. 2023.

25 BRASIL. **Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da União - Seção 1 - 21/12/1973, Página 13177. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 05 mar. 2022.

26 *Ibidem*.

Além da legislação específica sobre a situação jurídica dos indígenas, a Constituição Federal de 1988 adotou a mesma denominação quando, dentro do Título VIII, reservou o Capítulo VIII para tratar “dos índios”, onde, em seu artigo 231, reconhece “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”²⁷.

Nesse contexto de definições e abordagens conferidas pela legislação, destaca-se a relevância dada à situação jurídica do indígena, a sua distinção dos integrantes da sociedade nacional por suas características culturais, bem como o reconhecimento de seus costumes e tradições. É inegável o fato de que existem diferenças culturais não apenas entre a sociedade nacional e os povos indígenas, mas em relação a estes entre si. Dada a diversidade cultural existente entre os próprios povos indígenas, a presente pesquisa abordará os aspectos culturais destes povos que se assemelham e que, ao mesmo tempo, se diferem dos adotados pelos não indígenas.

Assim, os indígenas estão, em certa medida, em um contexto tão à parte, com uma cultura inserida dentro de outra cultura e com questões sociais tão impactantes que, ao mesmo tempo, vivem e não vivem de acordo com normas brasileiras nos aspectos legais, culturais e morais. Modood, quando traz a ideia de multiculturalismo, aponta não apenas para a diferença de culturas em um contexto macro, como quando se fala da diferença entre países, mas também em um contexto micro, no qual debate sobre as diferenças culturais dentro de um país, estado ou, até mesmo, em círculos sociais menores. Nesta perspectiva, ele alerta que, mesmo quando reunidos por um contexto, as questões individuais permanecem fortes e relevantes.

27 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, [1988]. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 10 mar. 2023, s.p.

Pois a cidadania multicultural se baseia na ideia de que os cidadãos têm direitos individuais, mas os cidadãos não são uniformes e sua cidadania se configura em torno das diversas identidades dos cidadãos. Em outras palavras, a cidadania não é uma identidade monística que está completamente separada ou transcende outras identidades importantes para os cidadãos. Essas identidades de grupo estão sempre presentes e cada grupo tem o direito de fazer parte do todo cívico e de falar por si e por sua visão do todo.²⁸

Historicamente, é comum que povos colonizadores, em sua tentativa de assegurar o controle dos povos visando manter o comando do território, façam o processo de aculturação, atividade que retira de um povo seus hábitos e crenças e os substitui pelos de outros. Por exemplo, Schaden²⁹ identifica o processo de aculturação indígena brasileira como tentativa de domesticar povos indígenas, na marcha de “civilização” já discutido anteriormente, absorvendo os povos adeptos a esta aculturação e eliminando aqueles que se mostraram resistentes por um motivo ou outro. Neste passo, culturas, como a dos Tupinambás, por exemplo, que tinham como hábito a antropofagia (canibalismo) dos corpos mortos de seus inimigos, em cerimônias após a guerra, foram completamente apagadas pelo processo de catequização por volta do século XVII³⁰.

Logo, é necessário, primeiro, buscar compreender sua cultura e etnia se desvinculando do pensamento colonizador do homem branco, aquele pelo qual se enxerga a cultura indígena como selvagem, não domesticada e ausente de ordem social e cultural, apartada das

28 MODOOD, Tariq. Multiculturalismo e grupos. **Estudos Sociais e Jurídicos**, v. 17, n. 4, 2008, p. 549.

29 SCHADEN, Egon. **Aculturação indígena**. São Paulo: Livraria Pioneira, Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

30 CUNHA, Manuela Carneiro da; CASTRO, Eduardo Viveiros de. Vingança e temporalidade: os Tupinambá. **Journal de la Société des Américanistes**, Nanterre, v. 71, [s.n.], p. 191-208, 1985. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24605553>. Acesso em: 18 out. 2023, p. 191-208.

normas brancas e/ou eurocêntrica. Sobre este tema, Lévi-Strauss³¹ foi o primeiro pesquisador a trazer esta problemática ao observar não apenas a cultura indígena, mas também aprofundar o seu estudo. Neste sentido, o pesquisador iniciou o questionamento pela forma como a cultura é pesquisada e buscou se despir de conceitos e de preconceitos que possam embaçar sua visão enquanto observador.

Dessa maneira, foi Levi-Strauss³² quem iniciou a definição mais atual de raça, povo, etnia e cultura. O autor conceituou que todos os seres humanos possuem a mesma constituição biológica e genética, notando que a ideia de superioridade racial ou étnica é uma construção social com o intuito de justificar uma dominação, portanto, inadequada como método de classificação. Nesta linha de raciocínio, Lévi-Strauss apontou que se deve analisar os humanos por suas etnias, conceito este que abarca um conjunto de pessoas as quais compartilham tradições culturais, religiosas, sociais e políticas em uma cultura em constante desenvolvimento, inclusive, normalmente, em frequente contato com outras culturas.

O pensamento de Levi-Strauss é um refinado das obras de Malinowski, que já questionava a forma externa de se olhar a cultura alheia. Nesta perspectiva, Malinowski³³ trouxe a ideia da impossibilidade de compreender completamente uma cultura, mesmo quando se está inserido nela, pois, inevitavelmente, esta cultura será analisada através da ótica de um observador já inserido em outra cultura. Sendo assim, essa está tão enraizada em sua vivência e em sua construção de ser que modifica os fatos observados mesmo quando se tenta suprimi-la.

Em conceitos ainda mais atualizados e voltados à realidade da visão do pesquisador acerca do indígena brasileiro, há uma visão diferente. A história do indígena brasileiro, na concepção do país, leva a um contexto diferente em sua situação atual. Com base nesse

31 LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história**. Barcarena: Editorial Presença, 2012.

32 *Ibidem*.

33 MALINOWSKI, Bronislaw. **Argonautas do pacífico ocidental**. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

aspecto, Castro³⁴ salientou a necessidade de o pesquisador estar atento a diversas situações que podem comprometer a fidelidade de suas observações, como um estudo focal que ignora outras características e facetas do povo estudado ou a subjugação do conhecimento do indígena como puramente místico, fantasioso ou irreal. O fato de partir do pressuposto cultural do observador quando se tenta compreender conceitos ou termos já induz a ocorrência de equívocos na troca de saberes.

Para compreender o contexto do indígena no Brasil e a necessidade de um olhar diferente para este, Almeida³⁵ traça a linha histórica dos indígenas como o povo que habitava o Brasil antes de este ser “descoberto” pelos portugueses no ano de 1500. É importante ressaltar que, no Brasil, já existiam diversas tribos indígenas espalhadas por todo o território, divididas em mais de duzentos povos, com culturas e línguas diferentes, bem como conflitos próprios entre si. Ainda se considerada esta época, sabe-se que não houve muito interesse na vida e cultura indígena por parte de exploradores, que deixaram a comunicação e aprendizagem para os religiosos em missão de evangelização. Apenas séculos depois surgiu o interesse de efetivamente conhecer, sem um objetivo segundo que pudesse manchar tal pesquisa, as realidades dos distintos povos indígenas por antropólogos.

É importante, pois, salientar o conceito do multiculturalismo como definidor de limites e crimes. É clara a diferença de estigmas quando se possui uma visão macro como a cultura de países distintos, pois o etnocentrismo colocará um ou outro como detentor do que é correto, a depender de qual deles se enxerga as diferenças. A prática do etnocentrismo, entretanto, pode também se estender ao micro, em relações menores, mesmo dentro de um país como o Brasil, desde

34 CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Metafísicas canibais**: elementos para uma antropologia pós-estrutural. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

35 ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. **Os índios na história do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

que se olhe a cultura do povo não como única ou diferente, mas, de alguma forma, errada³⁶.

Nesta linha, certas práticas indígenas são consideradas peculiares pelos que não partilham de sua cultura. Como exemplo, Ramalho³⁷ aponta alguns costumes indígenas relativos à morte que são abordados de uma maneira distinta. Um deles é o endocanibalismo, isto é, alimentar-se da carne e dos ossos daqueles de sua própria tribo. Este é um costume comum e até funerário. O canibalismo, em alguns casos, pode ser realizado como forma de punição a um homicida, por exemplo, ou como rito funerário, no caso da ingestão dos restos cremados de crianças junto à papa de banana.

Portanto, verifica-se que existem vários aspectos culturais dos povos indígenas que não se coadunam com os da sociedade nacional e nem por isso devem deixar de ser considerados, pois têm por base elementos que traçam diretrizes de modo de vida em sua própria comunidade. Dessa maneira, essas situações devem ser respeitadas, a fim de reconhecer não só a cultura indígena, mas também a autodeterminação desses povos.

2.3. CULTURA E AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

É de grande relevância, no estudo do tema, abordar conceitos sobre o termo “cultura”. Neste sentido, Dias³⁸ esclarece que o termo pode ser abordado sob a ótica histórica-etimológica e a cognitiva. Na

36 MENESES, Paulo. Etnocentrismo e relativismo cultural. **Síntese**: Revista de Filosofia, Recife, v. 27, n. 88, p. 1-10, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rgpp/article/view/183491>. Acesso em: 18 out. 2023.

37 RAMALHO, Moises. **Os Yanomami e a morte**. 2008. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-04052009-154152/pt-br.php>. Acesso em: 18 out. 2023.

38 DIAS, Mônica Nazaré Picanço. **Proteção Jurídica dos Conhecimentos Tradicionais dos Povos Amazônicos**: Sustentabilidade Ambiental e Transnacionalidade. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2013. Disponível em: https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/42/TESE_REAJUSTADA%20Monica%202013.pdf. Acesso em: 18 out. 2023, p.33-35.

área histórica-etimológica, é importante ressaltar o significado de cultivar e tratar da terra. Tempos depois, esse sentido passou a ter ligação com o lugar que era habitado pelas pessoas que cultivavam a terra de onde extraíam seus meios de subsistência.

Com a atuação do senador Cícero (106 a.C – 43 a.C), o termo “cultura” passou a ser empregado no sentido de cultivo do espírito. Já, em relação ao campo cognitivo, Dias prossegue explicando que somente a partir do século XVIII, quando a cultura passou a ser alvo de estudo por parte da antropologia, sendo conceituada como “a totalidade do comportamento ou ‘costume’ adquirido e socialmente transmitido”.

Atualmente, conforme leciona Sales³⁹, diante da ligação entre História e Antropologia e as constantes trocas culturais ocorridas ao longo da história, sempre houve a mistura de culturas dos grupos “dominantes” e “dominados”, de modo a trazer como resultado uma nova cultura para os dois grupos. Desse modo, é possível afirmar que nunca existiu uma cultura “pura”, em razão de esta ser vista como um processo em constante mudança.

Contudo, apesar de não se negar que a cultura indígena tenha sofrido influência dos colonizadores europeus no Brasil, é imperioso afirmar que esta cultura deve ser considerada como pura no aspecto de sua legítima identidade. Prova disto é que, apesar dos esforços europeus, estes não conseguiram fazer com que sua cultura se sobrepusesse à dos indígenas. Assim, mesmo com a integração de culturas, o indígena continua a manter a sua própria identidade.

Conforme leciona Luiz Fernando Villares⁴⁰, cada povo indígena mantém seus usos, costumes e tradições. Assim, a população brasileira é formada de uma variedade de culturas, povos, etnias, línguas, religiões, cultos, territórios e, conseqüentemente, visão de mundo diferente, cuja diversidade resulta no que se chama de

39 SALES, Cristiano Lima. Arqueologia, Arte e História Indígena. In: RESENDE, Maria Leônia Chaves (org.). **Mundos Nativos**: cultura e história dos povos indígenas. Belo Horizonte: Fino Traço, 2015, p. 15-16.

40 VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 317.

multiculturalidade, que deve ser protegida pelo Direito para evitar o desaparecimento das diversas culturas hoje existentes.

Comungando desse pensamento, Souza Filho⁴¹ esclarece que o reconhecimento à diversidade étnica e cultural, de modo pleno, corresponde a igualar as diferentes culturas àquela reconhecida como sendo a adotada nacionalmente. O autor prossegue afirmando que “o padrão cultural estabelecido é intolerante com a diferença e assim procedendo é atentatório ao Direito”⁴².

Ressalta Souza Filho⁴³ que, até o final do século XIX, não se admitia território ou povo sem a tutela do Estado. Em razão disso, para que os direitos desses povos fossem reconhecidos internacionalmente, necessitava da existência de sua estruturação em Estados, ou seja, a sua autodeterminação. Assim, nos territórios em que já tivessem a sua própria Constituição, a autodeterminação seria transformada em direitos individuais como parte integrante dos direitos humanos, onde estariam inseridos os direitos sociais e culturais.

O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas ganhou destaque com a Convenção 169 da OIT, adotada em 27 de junho de 1989, em Genebra, que dispõe sobre Povos Indígenas e Tribais, sendo considerada um importante mecanismo de defesa referente ao tema de autodeterminação e de proteção dos direitos indígenas⁴⁴. Neste sentido, a Convenção aborda o assunto referente ao aspecto penal e cultural da seguinte forma.

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida

41 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 158-160.

42 *Ibidem*, p. 160.

43 *Ibidem*, p. 68.

44 NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016, p. 109.

consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

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.

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.⁴⁵

Nota-se que a Convenção 169 da OIT se revestiu como instrumento importante não só para a autonomia dos povos indígenas como

45 BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 02 mar. 2022, s.p.

também para o reconhecimento do direito à diferença, garantindo, assim, a identidade indígena dentro do processo de desenvolvimento cultural, mudando o panorama em relação aos povos indígenas, até então “invisíveis”. Somou-se a ela, em 13 de setembro de 2007, a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas⁴⁶, a qual trouxe o reconhecimento de afirmação dos Direitos Humanos dos povos indígenas, possibilitando a realização do desenvolvimento no campo social e cultural, resguardando a sua autonomia ligada a temas internos.

Artigo 3

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

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.

Artigo 5

Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado. Artigo 6 Todo indígena tem direito a uma nacionalidade.

Artigo 8

1. Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura.

46 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 13 set. 2022, s.p.

2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de:

a) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência privar os povos e as pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica;

Artigo 11

1. Os povos indígenas têm o direito de praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais. Isso inclui o direito de manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas, tais como sítios arqueológicos e históricos, utensílios, desenhos, cerimônias, tecnologias, artes visuais e interpretativas e literaturas.

Artigo 12

1. Os povos indígenas têm o direito de manifestar, praticar, desenvolver e ensinar suas tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas; de manter e proteger seus lugares religiosos e culturais e de ter acesso a estes de forma privada; de utilizar e dispor de seus objetos de culto e de obter a repatriação de seus restos humanos.

Artigo 15

1. Os povos indígenas têm direito a que a dignidade e a diversidade de suas culturas, tradições, histórias e aspirações sejam devidamente refletidas na educação pública e nos meios de informação públicos.

Artigo 34

Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

Artigo 45

Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de reduzir ou suprimir os

direitos que os povos indígenas têm na atualidade ou possam adquirir no futuro.⁴⁷

Do mesmo modo, o direito à autodeterminação dos povos indígenas, consagrado na mencionada Declaração, encontra ressonância na Constituição Federal de 1988⁴⁸, especificamente nos arts. 4º e 231.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

III - autodeterminação dos povos;

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.⁴⁹

De mais a mais, é importante mencionar o fato histórico ocorrido em julho de 2023, qual seja a tradução da Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, para a língua indígena do Brasil⁵⁰, a Nheengatu/Yëgatu, conhecida como Língua Geral Amazônica por ser a única língua descendente do Tupi antigo ainda viva. Este fato representa uma forma concreta de reconhecimento dos direitos originários dos povos indígenas em relação à preservação de seus idiomas, costumes e tradições, bem como a garantia de direitos à igualdade e à diferença. Nesse aspecto, repete-se abaixo a tradução dos dispositivos constitucionais anteriormente mencionados.

47 *Ibidem*, s.p.

48 Cf. BRASIL. [Constituição (1988)], *Op. cit.*, s.p.

49 *Ibidem*, s.p.

50 *Ibidem*, s.p.

Art. 4º Tetãma wasú braziu ãbeu mayê uyumeê aãmu tetetãma tairũ:

(...)

III- Miíra-itá yumukirĩbasá;

Art. 231. Guvernu umaã indío ta resé, mayê ta umuyã ta yumuatiri sa arã, ta rikusái ta resé, ta nheenga tá resé, ta ruyari sa asui maã taãmusasá waitá ta raíra u rayera ta supé, asui iwí resé waára mamé ta raãumuyã ambira tá taikú uikú waá kuxiíma suiwaára, yawéwa rupí Uniãutê umukamé, ãbeu amú ta supé yãindigena ta iwí, papéra rupí, asui usú umuyakũta iwí resé, ti aáram ne mayê míra ta tayuíri ta wiké ápe.⁵¹

Pela leitura dos dispositivos aqui mencionados, percebe-se o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, sobretudo no que diz respeito aos seus costumes tradições, conforme explica Nogueira.

[...] o direito à autodeterminação é um direito dos povos indígenas e compreende na liberdade da manifestação da vontade coletiva dos povos em decidir sobre sua forma de organização política, social, jurídica e suas relações entre si e com a natureza, com base em suas tradições e cultura.⁵²

Portanto, é inegável a importância da Constituição Federal no campo da autodeterminação dos povos indígenas, com vista a assegurar os direitos adotados pelo Brasil aos povos minoritários.

51 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Mundu Sa Turusu Waá: Ubêuwa Mayé Míra Itá Uikú Arãma Purãga Iké Braziu Upé. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, 1988.

52 Cf. NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contento, *Op. cit.*, p. 116.

2.4. DIREITO À IGUALDADE E GRUPOS MINORITÁRIOS

Os povos indígenas estão inseridos dentro os grupos minoritários. Considerando este ponto, o termo minoria pode ser considerado sob dois critérios: quando o número de membros é menor que o restante da população de um Estado; ou quando se vislumbra uma posição de dominado do grupo menor em relação ao grupo dominante, o que demonstra ofensa aos direitos humanos da minoria étnica⁵³.

Junto à ideia de minoria, é importante salientar o papel da isonomia, que é relativa, uma vez que ela sofre influência da cultura, a qual se constrói no seio social, sendo, portanto, um conceito decorrente de comparação⁵⁴. De acordo com Robert Alexy, não há duas pessoas iguais sob todas as óticas, uma vez que a questão referente à desigualdade ou à igualdade repousa em situações específicas relacionadas a duas pessoas ou a duas situações e determinado ponto entre eles⁵⁵.

Na lição de Antônio Enrique Pérez Luño⁵⁶, a diversidade é um valor social que se relaciona com diversos princípios relevantes para a edificação de direitos de um povo, considerando os aspectos multiculturais. Além do mais, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷, a coerência para diminuir a desigualdade existente entre as pessoas está ligada a valores culturais, bem como ao

53 JESUS, Arthur Pereira de. **Pluralismo Jurídico em um Brasil-Indígena**: O índio e o direito de ser julgado conforme seus costumes. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3662>. Acesso em: 18 out. 2023, p. 97.

54 WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 21

55 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p 386-387.

56 PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 18.

57 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, 1993, p. 82

desenvolvimento histórico, considerando que o conceito de igualdade é vasto quando se comparam as pessoas e as coisas.

Ainda acerca do tema isonomia, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸ esclarece que há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando “a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente”. Por sua vez, para Norberto Bobbio⁵⁹, a isonomia grega pode se mostrar de duas formas em face da lei: “a lei é igual para todos” ou “todos são iguais perante a lei”.

No ensinamento de Walter Claudius Rothenburg⁶⁰, a igualdade formal, indispensável para uma abordagem científica da matéria, é representada pelo princípio da igualdade perante a lei. Conforme Bobbio⁶¹, tal princípio não possui o mesmo significado de igualdade de Direito, pois este vai além daquele, sendo caracterizada a igualdade de Direito com a solidificação dos direitos fundamentais constantes em determinada Constituição.

Para a consolidação da igualdade formal, o legislador, no processo de elaboração das normas, não poderá incluir situações que caracterizem discriminação, pois, se assim o fizer, não respeitará o princípio da igualdade na lei. Para que se configure a igualdade perante a lei, faz-se necessária a aplicação da norma sem qualquer forma de tratamento condicionante discriminatória. Já a igualdade material, revela-se com a proibição de aplicar a norma que contenha texto discriminatório. Com isso, a concretização da igualdade dos homens, quando exigidas em leis, reveste-se na categoria de direitos

58 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. [S.L.]: Malheiros Editores, 1978, p. 47/48

59 BOBBIO, Norberto. **Igualdade y libertad**. Introducción de Gregorio Peces-Barba. Barcelona: Paidós, 1993, p 72.

60 ROTHENBURG, Walter Claudius, Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 359-364.

61 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 72.

fundamentais, de modo a reconhecer a dignidade da pessoa humana, no âmbito constitucional e infraconstitucional.

Como forma de exercer a igualdade, Maria José Falcón y Tella⁶² indica o uso de três mecanismos de tratamento: o isonômico, onde os iguais são tratados de forma igual; o proporcional quando se trata de forma desigual, considerando a medida da desigualdade; e o equitativo, que leva em conta os valores individuais. Com base nessa classificação, é importante destacar a forma de tratamento quando se está diante de diversidade de visão de vida, levando em conta, dentre outros, os aspectos sociais e culturais, os quais conduzem à necessidade de debates acerca de mecanismos para o reconhecimento de direito à garantia das diferenças.

Nesse contexto, surge a relevância da abordagem do multiculturalismo como palco de discussão no campo da diversidade humana para que se alcance o efetivo reconhecimento do pluralismo étnico e cultural. Em observância a essa questão, a Constituição Federal de 1988, em seu Preâmbulo, traduz elementos que afirmam as garantias fundamentais no Estado Democrático como meio para manter a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Nota-se, portanto, que a igualdade possui destaque como valor supremo, da mesma forma que os direitos sociais e individuais, por exemplo.

A mesma Carta, em seu artigo 1º, inciso V, ao tratar dos Princípios Fundamentais, consagra com fundamento da República Federativa do Brasil, o pluralismo político, que pode ser visto como um mecanismo de respeito às diversidades étnicas e multiculturais. Além disso, destaca-se, ainda, o princípio da autodeterminação dos povos, estabelecido no artigo 4º, inciso III, da Constituição Federal, conforme se verifica a seguir.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios:

62 FALCÓN Y TELLA, Maria José. **Equidad, derecho y justicia**. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 267-270.

(...)
III- autodeterminação dos povos;
(...).⁶³

As disposições constitucionais acima mencionadas traduzidas para a língua indígena Wheengatu ficam nos seguintes termos:

Art. 4º Tetãma wasú braziu ãbeu mayê uyumeê aãmu tetetãma tairũ:
(...)
III- Miíra-itá yumukirĩbasá;
(...).⁶⁴

É relevante ressaltar que a Carta Magna adota a igualdade de tratamento no art. 5º, *caput*, garantindo, inclusive, o direito à igualdade.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:⁶⁵

Na língua Nheengatu, a disposição constitucional se apresenta da seguinte forma.

Art. 5º Yepéwasú aĩtá papéra pitasúkasá upé, ãbá awá yumuapisaka, uxari braziupúra asui aãmu tetãma suiwaáraitá uikú waitá tetãma wasú upé direitu

63 Cf. BRASIL. [Constituição (1988)], *Op. cit.*, s.p.

64 *Ibidem*, s.p.

65 *Ibidem*, s.p.

tasikue arã, timaãresésá, yepéwassá, sarusá mayé ùbeu.⁶⁶

O mesmo texto constitucional, em seu artigo 3º, estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre os quais se destaca o previsto no inciso IV, que trata de da promoção do bem de todos sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁶⁷

Mais uma vez, em homenagem aos povos indígenas, faz-se a transcrição da tradução do texto constitucional em língua Wheengatu.

Art. 3º Tetãma wasú urikú maduaisá kuáye:

(...)

IV- Umuyã payë awá uikúará purãga, ùbárã umaã puxuwera aãmu-ita supé yupirúgasá rupí, miírasá, yumukamêsá, tipitingasá, akayusá asui aãmuita umutenhutuwasá.⁶⁸

Neste viés, Barbosa⁶⁹ ensina que, apesar de a Constituição da República prever o direito à igualdade e coibir formas de discriminação, ainda não existem meios suficientes para afastar os conflitos decorrentes de diferenças culturais. Em complemento,

66 *Ibidem*, s.p.

67 *Ibidem*, s.p.

68 *Ibidem*, s.p.

69 BARBOSA, Marco Antônio. **Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, FAPESP, 2001, p. 31.

Luigi Ferrajoli⁷⁰ propõe a “valorização jurídica das diferenças” como modelo a ser aplicado quando a Constituição do país garantir direitos fundamentais a grupos minoritários, como, por exemplo, os indígenas.

A partir dessa visão, torna-se possível conferir maior importância para as diferenças étnicas e culturais que passaram a ter destaque com a Constituição Federal de 1988, a qual lançou luzes sobre os direitos assegurados aos indígenas. Assim, com o reconhecimento dessas diferenças, o multiculturalismo constitui um meio de reconhecimento da identidade de um povo a partir da afirmação da igualdade dentro das desigualdades. Consequentemente, reveste-se de grande importância a preservação da diversidade cultural das comunidades indígenas, de modo a manter a sua visão de mundo de acordo com as particularidades de cada grupo étnico, bem como a manutenção dos costumes, cultura e tradições em harmonia com os direitos humanos.

2.4.1. DIREITOS HUMANOS E MULTICULTURALISMO

Somente a partir do pós-Segunda Guerra Mundial o Direito Internacional dos Direitos Humanos se efetivou, de forma autônoma, no Direito Internacional Público. Neste passo, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), os direitos humanos passaram a ter repercussão a nível internacional, visando a sua proteção. Portanto, a partir da Carta da ONU, foi possível perceber a existência de clara atenção aos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Embora a referida Carta não tenha realizado a definição de “direitos humanos” e “liberdades fundamentais”, ela foi de extrema importância, pois conseguiu universalizar os direitos da pessoa humana, rompendo fronteiras. Nesse contexto, convém destacar a

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 2004, p. 73.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁷¹ que, apesar de ter sido elaborada com pretensões de caráter universal, deixou de considerar os indígenas nos debates acerca de seu conteúdo, o que se repetiu, posteriormente, nos demais tratados internacionais referentes aos direitos humanos, ficando evidente a exclusão social e discriminação dos indígenas.

Contudo, há de se destacar a relevância dos direitos humanos como instrumento de resguardo da tutela dos direitos das minorias, que, por muito tempo, não tiveram respeitadas as suas desigualdades. Do mesmo modo, o reconhecimento da diversidade cultural, bem como a procura pela sua afirmação através da proteção das culturas produzem reflexo no respeito às diferenças e ao multiculturalismo, fazendo com que haja a preservação das identidades dos povos indígenas.

De acordo com Cançado Trindade⁷², a Declaração Universal dos Direitos Humanos ganhou destaque ao favorecer a ampliação das organizações internacionais e a cooperação dos povos com a observância de normas internacionais amplas. Outrossim, ao conferir garantias às liberdades individuais e aos direitos, segundo Mazzuoli⁷³, o documento trouxe a possibilidade de criação e fortalecimento de um sistema internacional de proteção embasado no consenso de valores, dentre eles os da diversidade de culturas.

Com base na DUDH, os direitos humanos foram considerados universais e indivisíveis. Isto porque, conforme enfatiza Lucas⁷⁴, ao serem protegidos, reforça-se a ideia de respeito às relações interpessoais. Portanto, mesmo quando está em questão a diversidade

71 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Genebra, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022, s.p.

72 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito das Organizações Internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 44.

73 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A soberania e a proteção internacional dos direitos humanos. In: GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz (orgs.). **Soberania: antigos e novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 103.

74 LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2010, p. 74.

cultural, o respeito deve ser considerado como algo comum às pessoas, uma vez que faz parte dos direitos humanos.

Por outro lado, é importante ressaltar que a falta de oportunidade para que os grupos minoritários exerçam os seus direitos com plenitude ocasiona grave violação aos direitos humanos. Nesse sentido, Comparato⁷⁵ esclarece que a diferença não significa inferioridade ou superioridade de um ou de outro grupo social, pois todas as diferenças merecem ser respeitadas e, por sua vez, a desigualdade, quando tratada de forma abusiva, afastando a igualdade fundamental, deve ser aniquilada, pois fere o princípio da isonomia.

No caso concreto trabalhado nesta pesquisa, a questão da falta de maior visibilidade dos povos indígenas em relação ao seu tratamento igualitário, ocasionando um tratamento como seres inferiores, gera uma negação aos seus direitos básicos. Nesse sentido, Habermas⁷⁶ leciona que qualquer forma de indiferença ou de omissão deve ser banida do meio social por constituírem óbices à desconstrução dessas desigualdades.

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o direito à diferença, estabeleceu um grande marco histórico, elegendo o direito à dignidade da pessoa humana como princípio fundamental em seu artigo 1º, III⁷⁷, possibilitando, assim, que as comunidades indígenas pudessem ter acesso aos direitos que lhes são assegurados, usufruindo do exercício de suas diferenças, sem serem afetados pela desigualdade, que ocasionaria a exclusão de direitos. Por exemplo, a realidade atual evidencia a existência de sociedades compostas de pluralidades culturais, inclusive dentro delas mesmas há diversidades, e é através destas, quando reconhecidas, que se transformam em mecanismo para a tutela das variadas identidades.

75 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 287.

76 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 170.

77 Cf. BRASIL. [Constituição (1988)], *Op. cit.*, s.p.

Conforme esclarece Rubio⁷⁸, é através de suas línguas, normas internas, ideias e costumes, ou seja, é através da cultura que o grupo social é caracterizado. Assim, Laraia⁷⁹ explica que as culturas são traduzidas em formas de comportamentos que são passados de geração em geração, de tal modo que, com o passar do tempo, os conhecimentos adquiridos, acumulados e transmitidos no seio de determinada sociedade se transformam em cultura.

É natural que as pessoas necessitem se relacionar, seja com os membros da mesma convivência social ou de grupos diversos. Neste caso, faz-se presente a diversidade cultural, uma vez que se promove o diálogo de várias culturas, as quais devem ser vistas sem qualquer tipo de rejeição, o que reflete, nesse aspecto, como um exercício de direitos humanos.

Nesse sentido, Maders⁸⁰ destaca que a diversidade de culturas necessita de reconhecimento. Consequentemente, faz-se com que ocorra a promoção do multiculturalismo para que se possa, efetivamente, assegurar os direitos humanos. Desse modo, assim como o direito à igualdade surge no campo dos direitos fundamentais, surge também o direito à diferença como forma de conferir o respeito devido à diversidade.

Para que se possa construir a igualdade, de modo a enfrentar o preconceito e a discriminação, há a necessidade, antes de tudo, de reconhecer as diferenças culturais, como é o caso das identidades indígenas. Conforme esclarece Kymlicka⁸¹, para a sobrevivência dos povos indígenas com a manutenção de seus costumes e tradições, deve existir o seu reconhecimento com a incorporação de sua cultura,

78 RUBIO, David Sanchez. Direitos Humanos, Ética da Vida humana e Trabalho vivo. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 147.

79 LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 20. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 45.

80 MADERS, Angelita Maria. Alteridade e Multiculturalismo: Os paradigmas de uma filosofia intercultural para o estudo da identidade latino-americana. In: MADERS, Angelita Maria; ANGÉLIN, Rosângela (orgs.). **Multiculturalismo em foco**. Santo Ângelo: FURI, 2010, p. 9.

81 Cf. KYMLICKA, Will, *Op. cit.*, p. 25.

de onde se origina a diversidade cultural. Inclusive, para que haja essa manutenção, alguns países já reconhecem a jurisdição indígena.

2.5. A JURISDIÇÃO INDÍGENA EM ALGUNS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

Como consequência das constantes ações genocidas contra os povos originários, desde a ação de colonização por parte dos europeus, surgiram os princípios pluralistas, hoje, presentes em diversas Constituições de países da América Latina. Nesse contexto, segundo Dantas⁸², destacam-se as Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, as quais possuem como base ética e moral os princípios que sustentam as culturas dos povos indígenas. A título de recorte para esta pesquisa, serão levados em consideração, além do Brasil e do Equador, países que possuem uma grande população indígena e que fazem fronteira com o Brasil. Neste sentido, serão estudados os seguintes Estados: Colômbia, Peru, Venezuela, Bolívia, Equador e Brasil. Ressalta-se que o Equador, embora não seja fronteiriço, merece ser abordado em face da relevância de sua Constituição em relação ao tema de estudo.

A América Latina possui cerca de 45 milhões de indígenas, distribuídos em 826 comunidades, que representam 8,3% de sua população. Dentre eles, o Brasil possui o maior número de comunidades (305), seguido da Colômbia (102), do Peru (85), do México (78) e da Bolívia (39). Além disso, estima-se que, ainda, existem 200 povos indígenas em isolamento voluntário na Bolívia, no Brasil, na Colômbia, no Equador, no Paraguai, no Peru e na Venezuela⁸³.

82 DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. El nuevo constitucionalismo latinoamericano como una propuesta jurídica decolonial. In: JULOS-CAMPUZANO, Alfonso. **Constitucionalismo**: un modelo jurídico para la sociedade global. Pamplona: Editorial Aranzadi/Thomson Reuters, 2019, p. 377-394.

83 CAMPOS, Ana Cristina. Relatório da ONU aponta aumento do número de indígenas na América Latina. **Agência Brasil**, Brasília, 22 set. 2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-09/relatorio-da-onu-aponta-aumenta-do-numero-de-indigenas-na-america>. Acesso em: 01 out. 2023, s.p.

2.5.1. COLÔMBIA

A Carta colombiana reconheceu a jurisdição indígena em seu artigo 246. Porém, deixou a cargo do legislador infraconstitucional o regramento de mecanismos de coordenação e cooperação entre as jurisdições.

Artigo 246. As autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais no seu âmbito territorial, de acordo com suas normas e procedimentos próprios, desde que não sejam contrárias à Constituição e às leis da República. A lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional. (tradução nossa)^{84 85}

A regulamentação do referido dispositivo constitucional ocorreu com a edição da Lei nº 270, de 7 de março de 1996, conhecida como Lei Estatutária da Administração da Justiça, que trata da matéria em seu artigo 12.

Artigo 12. A função jurisdicional é exercida como própria, habitual e permanente pelas pessoas jurídicas e pessoas dotadas de autoridade legal para tanto, conforme especificado na Constituição Política e nesta Lei Estatutária. Essa função é exercida pelo foro constitucional, pelo Conselho Superior do Poder Judiciário, pelo foro de contencioso administrativo,

84 COLÔMBIA. [Constitución (1991)]. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Presidência da República, [1991]. Disponível em: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>. Acesso em: 18 out. 2023.

85 Artículo 246. Las autoridades de dos pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no contradigan la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinar esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

pelos foros especiais como: a penal militar, a indígena e a justiça de paz, e a jurisdição ordinária que julgará todos os casos. atribuído pela Constituição ou pela lei a outra jurisdição (tradução nossa).^{86 87}

Ao lado da disciplina constante da Lei acima citada, a Corte Constitucional colombiana, ao se manifestar através da decisão T-921-13, estabeleceu limites de atuação da jurisdição indígena.

LIMITES AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO INDÍGENA – Jurisprudência Constitucional

A jurisprudência constitucional reconheceu a existência das seguintes limitações ao exercício da jurisdição indígena: (i) Direitos fundamentais e a plena vigência destes últimos nos territórios indígenas. Neste sentido, o núcleo duro dos direitos humanos não pode ser afectado; (ii) A Constituição e a lei e especialmente o devido processo e o direito de defesa; (iii) O que é verdadeiramente intolerável porque ataca os bens mais preciosos do homem, constituídos pelo direito à vida, pelas proibições da tortura e da escravatura e pela legalidade do procedimento e dos crimes e penas, e (iv) Evitar a

86 COLÔMBIA. **Ley nº 270, de 15 de marzo de 1996**. Bogotá: Senado, [1996]. Disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html. Acesso em: 26 jun. 2022.

87 Artículo 12. La función jurisdiccional se ejerce como corresponde, habitual y permanente por las personas jurídicas y personas dotadas de facultad legal para ello, según lo especificado en la Constitución Política y esta Ley Orgánica. Esta función es ejercida por el fuero constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, el fuero contencioso administrativo, foros especiales como: penal militar, indígena y juez de paz, y por el fuero ordinario que juzgará todos los casos. asignado por la Constitución o la ley a otra jurisdicción.

prática ou consumação de atos arbitrários que lesem gravemente a dignidade humana (tradução nossa).^{88 89}

Além desses limites, foram apontados princípios para a resolução de casos referentes a conflitos envolvendo povos indígenas.

PRINCÍPIOS QUE PODEM SER APLICADOS À SOLUÇÃO DE CASOS RELACIONADOS A CONFLITOS OU TENSÕES ENTRE REGULAMENTOS ORDINÁRIOS OU NACIONAIS E OS REGULAMENTOS DE CADA UMA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Pode-se reconhecer a existência de quatro (4) princípios (i) quanto maior for a conservação dos seus usos e costumes, maior será a autonomia; (ii) os direitos constitucionais fundamentais constituem o mínimo obrigatório de convivência para todos os indivíduos; (iii) as normas legais imperativas (de ordem pública) da República prevalecem sobre os usos e costumes das comunidades indígenas, desde que protejam diretamente um valor constitucional superior ao princípio da diversidade étnica e cultural e; (iv) os usos e costumes de uma comunidade indígena prevalecem sobre as normas jurídicas dispositivas (tradução nossa).^{90 91}

88 COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-921, de 5 de diciembre de 2013. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>. Acesso em: 26 jun. 2022.

89 LIMITES AL EJERCICIO DE LA JURISDICCION INDIGENA-Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de las siguientes limitaciones al ejercicio de la jurisdicción indígena: (i) Los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas. En este sentido, no podrá afectarse el núcleo duro de los derechos humanos; (ii) La Constitución y la ley y en especial el debido proceso y el derecho de defensa; (iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, y (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana.

90 *Ibidem*.

91 PRINCIPIOS QUE PUEDEN SER APLICADOS PARA LA SOLUCION DE CASOS RELACIONADOS CON CONFLICTOS O TENSIONES ENTRE LA NORMATIVIDAD

Desse modo, percebe-se que a citada Corte reconhece que os indígenas têm direito à jurisdição própria, inclusive com a mesma relevância da ordinária, observando os princípios acima mencionados como regras para dirimir os conflitos existentes entre a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena.

2.5.2. PERU

A Constituição peruana, em seu artigo 149, trata da possibilidade do exercício da função jurisdicional das comunidades indígenas e camponesas, em conformidade com o direito consuetudinário, desde que não haja violação de direitos fundamentais.

Artigo 149. As autoridades das Comunidades Camponesas e Indígenas, com o apoio das Rondas Camponesas, poderão exercer funções jurisdicionais no seu âmbito territorial de acordo com o direito consuetudinário, desde que não violem os direitos fundamentais da pessoa. A lei estabelece as formas de coordenação da referida jurisdição especial com os Tribunais de Paz e com as demais instâncias do Poder Judiciário (tradução nossa).⁹²⁹³

ORDINARIA O NACIONAL Y LA NORMATIVIDAD DE CADA UNA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS. Puede reconocerse la existencia de cuatro (4) principios (i) a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; (ii) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (iii) las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; (iv) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

92 PERU. [Constitución (1993)]. **Constitución Política del Perú, de 29 de dezembro de 1993**. Lima: Congreso da República, [1993]. Disponível em: <http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucion1993-01.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022.

93 Artículo 149. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de

Vale esclarecer que, até o momento, não existe lei peruana que regulamente o dispositivo constitucional quanto à promoção e à coordenação da jurisdição especial com a ordinária, ficando a cargo da Corte Constitucional peruana realizar a interpretação da mencionada norma. Neste sentido, o Código de Processo Penal estabelece limitação à jurisdição ordinária na resolução de conflitos nas comunidades camponesas e indígenas.

Artigo 18. Limites da jurisdição penal ordinária.
A jurisdição penal ordinária não é competente para conhecer:

1. Dos crimes previstos no artigo 173.º da Constituição.
2. Dos atos puníveis cometidos por adolescentes.
3. Dos atos puníveis nos casos previstos no artigo 149.º da Constituição (tradução nossa).^{94 95}

Tal restrição evidencia o respeito às comunidades indígenas, com a observância de seus direitos aos seus costumes e tradições.

2.5.3. VENEZUELA

A Constituição venezuelana reconhece a jurisdição indígena desde que não contrarie outros aspectos da Constituição, como se denota em seu artigo 260.

coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

94 PERU. **Decreto Legislativo 957, de 29 de julio de 2004.** Lima: Congresso da República, [2004]. Disponível em: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/403722/Decreto_Legislativo_N%C2%BA_957.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

95 Artículo 18. Límites de la jurisdicción penal ordinaria.

La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer:

1. De los delitos previstos en el artículo 173 de la Constitución.
2. De los hechos punibles cometidos por adolescentes.
3. De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución.

Artigo 260. As autoridades legítimas dos povos indígenas poderão aplicar instâncias de justiça em seu habitat com base em suas tradições ancestrais e que afetem apenas seus membros, de acordo com regras e procedimentos próprios, desde que não sejam contrárias a esta Constituição, à lei e à ordem pública. A lei determinará a forma de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional (tradução nossa).⁹⁶⁹⁷

Com base na leitura constitucional, percebe-se que foi deixado a cargo do legislador infraconstitucional disciplinar acerca da coordenação entre as jurisdições especial e comum. Em razão disso, em 8 de dezembro de 2005, foi editada a Lei Orgânica de Povos e Comunidades Indígenas, a qual, dentre outros pontos, disciplina os direitos dos povos indígenas e a jurisdição especial indígena.

Do direito próprio

Artigo 130. O Estado reconhece o direito dos povos indígenas, em virtude do qual têm o poder de aplicar instâncias de justiça dentro de seu habitat e terras por suas autoridades legítimas e que afetam apenas seus membros, de acordo com sua cultura e necessidades sociais, desde que não seja incompatível com os direitos humanos consagrados na Constituição da República Bolivariana da Venezuela, nos tratados, pactos e convenções internacionais assinados e ratificados pela República, interpretados interculturalmente e com o disposto nesta Lei.

Do direito indígena

96 VENEZUELA. [Constitución (1999)]. **Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela**. Caracas: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

97 Artículo 260. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Artigo 131. O direito indígena é constituído pelo conjunto de normas, princípios, valores, práticas, instituições, usos e costumes, que cada povo indígena considera legítimos e obrigatório, que lhes permite regular a vida social e política, autogovernar-se, organizar-se, garantir a ordem pública interna, estabelecer direitos e deveres, resolver conflitos e tomar decisões no âmbito interno.

Da jurisdição especial indígena

Artigo 132. A jurisdição especial indígena consiste no poder que os povos e comunidades indígenas têm, por meio de suas autoridades legítimas, de tomar decisões de acordo com seu próprio direito e de acordo com os procedimentos tradicionais, para resolver de forma autônoma e definitiva as questões que surgirem. entre seus membros, dentro de seu habitat e terras.

A jurisdição especial indígena inclui o poder de conhecer, investigar, decidir e executar decisões em assuntos sujeitos à sua jurisdição e o poder de endossar acordos reparatórios como medida de resolução de conflitos. As autoridades indígenas resolverão os conflitos com base na conciliação, no diálogo, na medição, na compensação e na reparação dos danos, com o objetivo de restabelecer a harmonia e a paz social. Participarão dos procedimentos tanto o agressor quanto a vítima, a família e a comunidade. As decisões constituem coisa julgada em nível nacional; Consequentemente, as partes, o Estado e terceiros estão obrigados a respeitá-los e cumpri-los, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República Bolivariana da Venezuela, nos tratados, pactos e convenções internacionais assinados e ratificados pela República e nos termos desta Lei. Parágrafo Único: Para os fins deste Capítulo, será entendido como membro qualquer pessoa indígena integrante de uma comunidade indígena. Também é considerado membro qualquer pessoa não indígena integrada por vínculo familiar ou qualquer outro

vínculo com a comunidade indígena, desde que nela reside (tradução nossa).^{98 99}

Sendo assim, denota-se que o direito indígena não é irrestrito e sem regras, devendo obedecer às normas, princípios, práticas, usos

98 VENEZUELA. **Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, de 8 de diciembre de 2005**. Caracas: Presidência da República, [2005]. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Pueblos_indigenas/ley_organica_indigena_ven.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

99 *Del derecho propio*

Artículo 130. El Estado reconoce el derecho propio de los pueblos indígenas, en virtud de lo cual tienen la potestad de aplicar instancias de justicia dentro de su hábitat y tierras por sus autoridades legítimas y que sólo afecten a sus integrantes, de acuerdo con su cultura y necesidades sociales, siempre que no sea incompatible con los derechos humanos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República, interculturalmente interpretados y con lo previsto en la presente Ley.

Del derecho indígena

Artículo 131. El derecho indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, usos y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derechos y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno.

De la jurisdicción especial indígena

Artículo 132. La jurisdicción especial indígena consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras.

La jurisdicción especial indígena comprende la facultad de conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos sometidos a su competencia y la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos. Las autoridades indígenas resolverán los conflictos sobre la base de la vía conciliatoria, el diálogo, la medición, la compensación y la reparación del daño, con la finalidad de reestablecer la armonía y la paz social. En los procedimientos participarán tanto el ofensor como la víctima, la familia y la comunidad. Las decisiones constituyen cosa juzgada en el ámbito nacional; en consecuencia, las partes, el Estado y los terceros están obligados a respetarlas y acatarlas, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República y de conformidad con la presente Ley.

Parágrafo Único: A los efectos de este Capítulo, se entenderá por integrante toda persona indígena que forme parte de una comunidad indígena. También se considera como integrante toda persona no indígena integrada por vínculos familiares o por cualquier otro nexo a la comunidad indígena, siempre que resida en la misma.

e costumes de cada povo. Diante dos dispositivos acima transcritos, é perceptível a preocupação do legislador quanto ao reconhecimento do direito próprio dos povos indígenas, por parte do Estado, dentro de territórios indígenas, que afetem os membros de sua comunidade em virtude de sua cultura, sempre respeitando os direitos fundamentais consagrados na Constituição venezuelana, tratados, pactos e convenções internacionais aos quais a Venezuela tenha subscrito. Em face disso, houve a disciplina da coordenação entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária, que é tratada nos artigos 134 e 135.

Da coordenação entre a jurisdição especial indígena e a ordinária.

Artigo 134. As relações entre o foro especial indígena e o foro ordinário regem-se pelas seguintes regras:

1. Reserva de jurisdição indígena especial: as decisões tomadas por autoridades indígenas legítimas somente serão revistas pela jurisdição ordinária quando forem incompatíveis com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República Bolivariana da Venezuela, nos tratados, pactos e convenções internacionais assinados. e ratificado pela República.

2. Relações de coordenação: A jurisdição especial indígena e a jurisdição ordinária estabelecerão relações de coordenação e colaboração, a fim de proporcionarem-se mutuamente o apoio necessário à investigação, julgamento ou execução de suas decisões.

3. Conflito de competência: O Supremo Tribunal de Justiça conhecerá dos conflitos entre o foro especial indígena e o foro ordinário, através do respectivo procedimento estabelecido na lei que regulamenta a matéria.

4. Proteção do direito à jurisdição especial indígena: Quando a jurisdição ordinária conhecer de casos que correspondam à jurisdição especial indígena, deverá

remeter o processo a esta. Dos procedimentos para resolver conflitos de direitos humanos.

Artigo 135. Contra qualquer decisão emanada da jurisdição especial indígena que viole direitos fundamentais, poderá ser ajuizada a ação de Amparo Constitucional perante a Câmara Constitucional do Supremo Tribunal de Justiça, a qual será processada na forma prevista na respectiva lei e será orientado de acordo com as regras da equidade, garantindo a interpretação intercultural dos fatos e do direito, levando em consideração os direitos dos povos e comunidades indígenas envolvidos (tradução nossa).

100 101

A jurisdição indígena venezuelana abrange todos os tipos de delitos. Porém, quando ocorre incompatibilidade entre suas decisões

100 *Ibidem.*

101 De la coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria.

Artículo 134. Las relaciones entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria se rigen por las siguientes reglas:

1. Reserva de la jurisdicción especial indígena: las decisiones tomadas por las autoridades indígenas legítimas sólo serán revisadas por la jurisdicción ordinaria cuando sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República.

2. Relaciones de coordinación: La jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria establecerán relaciones de coordinación y colaboración, a los fines de prestarse el apoyo requerido para la investigación, juzgamiento o ejecución de sus decisiones.

3. Conflicto de jurisdicción: De los conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria conocerá el Tribunal Supremo de Justicia, mediante el procedimiento respectivo establecido en la ley que regula la materia.

4. Protección del derecho a la jurisdicción especial indígena: Cuando la jurisdicción ordinaria conozca de casos que correspondan a la jurisdicción especial indígena, debe remitir las actuaciones a esta última. De los procedimientos para resolver conflictos de derechos humanos.

Artículo 135. Contra toda decisión emanada de la jurisdicción especial indígena, violatoria de derechos fundamentales, se podrá interponer la acción de Amparo Constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se tramitará conforme al procedimiento previsto en la ley respectiva y estará orientada según las reglas de equidad, garantizando la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, tomando en cuenta el derecho propio de los pueblos y comunidades indígenas involucrados.

e os direitos fundamentais consagrados na Constituição, é necessária a sua revisão com a garantia da interpretação intercultural dos fatos e do Direito próprio de cada comunidade indígena.

2.5.4. BOLÍVIA

O monismo jurídico, decorrente do processo de colonização, não observa determinadas realidades anteriores a esse processo, demonstrando de forma clara a “discriminação às formas de organização social aplicadas aos povos a partir de então chamados de índios, bárbaros, não civilizados”¹⁰².

Na Bolívia, como resultado de movimentos indígenas e tendo como ponto de partida a Reforma Constitucional de 1994, ocorreu o reconhecimento da jurisdição indígena, visando solucionar as questões conflituosas referentes aos “índios” diante daquelas que eram consideradas autoridades em sua comunidade. Para isso, seriam adotados os seus usos, costumes e tradições como uma forma alternativa ao sistema estatal desde que as medidas adotadas não afrontassem a Constituição e as leis.

Ressalte-se que a Constituição boliviana adota um modelo de sistema jurídico que coexiste na mesma base territorial, ao reconhecer a jurisdição indígena, e no mesmo nível hierárquico que a jurisdição ordinária, como se verifica no artigo 179.

Artigo 179.

I. A função judicial é única. A jurisdição ordinária é exercida pelo Supremo Tribunal de Justiça, pelos tribunais de justiça departamentais, pelos tribunais de condenação e pelos juízes; jurisdição agroambiental pelo Tribunal e juízes agroambientais; a jurisdição camponesa originária é exercida por autoridades

102 WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens (orgs.). **Novos Direitos do Brasil: Naturezas e Perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24.

próprias; Haverá jurisdições especializadas reguladas por lei.

II. A jurisdição ordinária e a jurisdição camponesa indígena nativa gozarão de igual hierarquia.

III. A justiça constitucional é exercida pelo Tribunal Constitucional Plurinacional.

4. O Conselho Judicial faz parte do Órgão Judicial (tradução nossa).^{103 104}

Além disso, para o exercício da jurisdição indígena, devem ser obedecidos princípios, normas, procedimentos e valores culturais.

Artigo 191.

I. A jurisdição indígena originária camponesa baseia-se em um vínculo particular dos povos integrantes da respectiva nação ou povo indígena camponês originário.

II. A jurisdição indígena originária camponesa é exercida nas seguintes áreas de validade pessoal, material e territorial:

1. Estão sujeitos a esta jurisdição os membros da nação ou os povos indígenas originários camponeses, quer atuem como autores ou réus, denunciantes ou demandantes, denunciados ou acusados, recorrentes ou recorridos.

103 BOLÍVIA. [Constituição (2009)]. **Constitución Política del Estado. 7 de fevereiro de 2009**. La Paz: Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

104 Artículo 179.

I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria la ejercen la Corte Suprema de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; competencia agroambiental por parte de la Corte y los jueces agroambientales; la jurisdicción originaria campesina la ejercen sus propias autoridades; Existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía.

III. La justicia constitucional es ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

4. El Consejo de la Magistratura forma parte del Órgano Judicial

2. Esta jurisdição trata dos assuntos indígena originário camponês de acordo com o disposto na Lei de Demarcação Jurisdicional.

3. Esta competência aplica-se às relações e aos factos jurídicos que se realizem ou cujos efeitos ocorram na jurisdição de um povo indígena camponês (tradução nossa).^{105 106}

Embora a jurisdição indígena seja independente, como se vê, há limites determinados pela Constituição e pela Lei n.º 73, de 29 de dezembro de 2010, conhecida como Lei de Deslinde Jurisdicional, quanto à pessoa, à matéria e ao território.

Artigo 8.º (ÁREA DE VALIDADE). A jurisdição camponesa originária indígena é exercida nos âmbitos da validade pessoal, material e territorial, quando ocorrem simultaneamente (tradução nossa).^{107 108}

105 Cf. BOLÍVIA. [Constituição (2009)], *Op. cit.*

106 Artículo 191.

I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígenas originarios campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

107 BOLÍVIA. **Ley nº 073, de 29 de diciembre de 2010**. La Paz: Presidência da República, [2010]. Disponível em: <https://sea.gob.bo/digesto/CompendioNormativo/09.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

108 Artículo 8. (ÁMBITOS DE VIGENCIA). La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial, cuando concurren simultáneamente.

Além desse aspecto, a mencionada lei impõe o respeito aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Constituição, vedando, por exemplo, a imposição de penas que representem qualquer forma de violência contra crianças, adolescentes, mulheres, bem como penas de linchamento e de morte.

Artigo 5.º (RESPEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS).

1. Todas as jurisdições constitucionalmente reconhecidas respeitam, promovem e garantem o direito à vida e os demais direitos e garantias reconhecidos pela Constituição Política do Estado. (...)

4. Todas as jurisdições reconhecidas constitucionalmente proíbem e punem todas as formas de violência contra meninas, meninos, adolescentes e mulheres. Qualquer conciliação sobre esta questão é ilegal.

V. O linchamento é uma violação dos Direitos Humanos, não é permitido em nenhuma jurisdição e deve ser prevenido e punido pelo Estado Plurinacional.

Artigo 6.º (PROIBIÇÃO DA PENA DE MORTE). Em estrita aplicação da Constituição Política do Estado, a pena de morte em processo penal na justiça ordinária para o crime de homicídio é estritamente proibida a quem a impuser, consentir ou executar (tradução nossa).^{109 110}

109 BOLÍVIA. **Ley de Deslinde Jurisdiccional, de 29 de dezembro de 2010.** La Paz: Presidência da República, [2010]. Disponível em: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/ley-073-deslinde-jurisdiccional.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2022.

110 Artículo 5. (RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES).

I. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan promueven y garantizan el derecho a la vida, y los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado. (...)

IV. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres. Es ilegal cualquier conciliación respecto de este tema.

V. El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional.

Nesse contexto, conforme Wolkmer e Almeida¹¹¹, denota-se que a Constituição da Bolívia possui características de um pluralismo jurídico comunitário-participativo, com força capaz de manter, de forma equilibrada, a coexistência da jurisdição ordinária com a jurisdição indígena, na medida em que reconhece a autonomia dos povos indígenas em relação ao seu exercício, de acordo com o seu Direito próprio.

2.5.5. EQUADOR

No âmbito da Constituição do Equador, a jurisdição indígena foi reconhecida em seu artigo 171.

Art. 171. As autoridades das comunidades, povos e nacionalidades indígenas exercerão funções jurisdicionais, com base em suas tradições ancestrais e em direito próprio, no seu âmbito territorial, com garantia de participação e decisão das mulheres. As autoridades aplicarão as suas próprias regras e procedimentos para resolver os seus conflitos internos, que não sejam contrários à Constituição e aos direitos humanos reconhecidos nos instrumentos internacionais. O Estado garantirá que as decisões da jurisdição indígena sejam respeitadas pelas instituições e autoridades públicas. Tais decisões estão sujeitas a revisão judicial. A lei estabelecerá os mecanismos de coordenação e cooperação entre a

Artículo 6. (PROHIBICIÓN DE LA PENA DE MUERTE). En estricta aplicación de la Constitución Política del Estado, está terminantemente prohibida la pena de muerte bajo proceso penal en la justicia ordinaria por el delito de asesinato a quien la imponga, la consienta o la ejecute.

111 Cf. WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens (orgs.), *Op. cit.*, p. 38.

jurisdição indígena e a jurisdição ordinária (tradução nossa).^{112 113}

Nota-se que é assegurado, por parte do Estado, o respeito das instituições e das autoridades públicas em relação às decisões decorrentes da jurisdição indígena. Tal assertiva é perceptível quando se realiza a análise sistêmica do artigo acima mencionado com o dispositivo constitucional a seguir transcrito.

Art. 76. Em qualquer processo em que sejam determinados direitos e obrigações de qualquer natureza, será assegurado o direito ao devido processo, que incluirá as seguintes garantias básicas:
[...]

7. O direito das pessoas à defesa incluirá as seguintes garantias:

[...]

i) Ninguém pode ser julgado mais de uma vez pela mesma causa e matéria. Os casos resolvidos pela jurisdição indígena devem ser considerados para esse fim (tradução nossa).^{114 115}

112 EQUADOR. [Constituição (2008)]. **Constitución de La República del Ecuador, de 20 de outubro de 2008**. Quito: Presidência da República, [2008]. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 05 jul. 2022.

113 Art. 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

114 *Ibidem*.

115 Art. 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

Na aplicação da jurisdição, a Constituição equatoriana deixou a cargo da legislação infraconstitucional a coordenação e a cooperação entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária. Esta normativa foi estabelecida pelo Código Orgânico da Função Judicial, de 9 de março de 2009, onde estão destacados os princípios que devem observados, conforme se verifica em seu artigo 344.

Art. 344.- PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA INTERCULTURAL.

As ações e decisões de juízes, promotores, defensores e demais servidores judiciais, policiais e demais agentes públicos observarão os seguintes princípios nos processos:

- a) Diversidade. Devem ter em conta a legislação, os costumes e as práticas ancestrais próprias dos povos e povos indígenas, a fim de garantir o reconhecimento ideal e a plena realização da diversidade cultural;
- b) Igualdade. A autoridade tomará as medidas necessárias para garantir a compreensão das regras, procedimentos e consequências jurídicas do que for decidido no processo de intervenção dos povos e comunidades indígenas. Para tanto, disporão, entre outras medidas, a intervenção processual de tradutores, antropológicos e especialistas em direito indígena;
- c) Non bis in idem. A atuação das autoridades de justiça indígena não poderá ser julgada ou revista pelos juízes do Poder Judiciário ou por qualquer autoridade administrativa, em qualquer estado dos casos que lhes sejam levados ao conhecimento, sem prejuízo do controle constitucional;
- d) Jurisdição pró-indígena. Em caso de dúvida entre a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena, será preferida esta última, de modo a assegurar a sua maior autonomia e a menor intervenção possível; e

1) [...] Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

e) Interpretação intercultural. No caso do aparecimento de povos ou comunidades indígenas, no momento da sua ação e decisão judicial, eles interpretarão interculturalmente os direitos disputados no litígio. Consequentemente, serão envidados esforços para aproveitar os elementos culturais relacionados com os costumes, práticas ancestrais, normas, procedimentos do direito dos povos indígenas, nacionalidades, comunas e comunidades, a fim de aplicar os direitos estabelecidos na Constituição e nos instrumentos internacionais. (tradução nossa)^{116 117}

Esses princípios devem ser seguidos pelas autoridades judiciais que exercem a jurisdição ordinária com a finalidade de viabilizar

116 EQUADOR. **Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de 21 de septiembre de 2009**. Quito: Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf. Acesso em: 15 jul. 2022.

117 Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.

La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

- a) Diversidad. Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;
- b) Igualdad. La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena;
- c) Non bis in idem. Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;
- d) Pro jurisdicción indígena. En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y
- e) Interpretación intercultural. En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretararán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

a interlocução intercultural entre povos indígenas e a sociedade nacional. Apesar de a Constituição assegurar o respeito das instituições e autoridades públicas em relação às decisões proferidas pelas autoridades indígenas, não é isso que se tem realizado na prática, uma vez que o próprio Código Orgânico da Função Judicial, em seu artigo 345, deixa transparecer a prevalência da jurisdição ordinária sobre a jurisdição indígena.

Art. 345. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. Os juízes que tenham conhecimento da existência de um processo submetido ao conhecimento das autoridades indígenas declinarão sua competência, desde que haja solicitação da autoridade indígena nesse sentido. Para tanto, será aberto um prazo probatório de três dias, no qual será demonstrada sumariamente a relevância de tal invocação, sob juramento da autoridade indígena, se houver. Acolhida a alegação, o juiz ordenará o arquivamento do processo e encaminhará o processo à jurisdição indígena. (tradução nossa)^{118 119}

Denota-se que as Constituições da Bolívia e do Equador estabelecem que a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária têm o mesmo tratamento constitucional, ou seja, são reconhecidas em igualdade. Nesse sentido, são definidas formas de coordenação e cooperação de modo a evitar sobreposições e contradições entre elas. São várias as coordenações possíveis, algumas referentes às formas de relacionamento, outras dizem respeito aos mecanismos e instituições que podem realizá-las.

118 *Ibidem.*

119 Art. 345. DECLINACION DE COMPETENCIA. Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.

2.5.6. BRASIL

No Brasil, a jurisdição indígena é tratada na Constituição Federal de 1988, na Convenção 169 da OIT, de 7 de junho 1989 (ratificada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 02/6/2002, com entrada em vigor em 2003) e na Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (conhecida Estatuto do Índio), conforme transcritas abaixo.

Constituição Federal de 1988

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 bens¹²⁰.

Convenção nº 169 da OIT

Art. 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

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

120 Cf. BRASIL. [Constituição (1988)], *Op. cit.*, s.p.

recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros¹²¹.

Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio)

Art. 57. 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 morte¹²².

Pela transcrição do texto constitucional, nota-se que a jurisdição indígena não é tratada nesse campo de modo expresso, como ocorre em alguns países latinos, o que, de certo modo, dificulta o reconhecimento dos direitos indígenas na medida em que essa ausência formal afeta a análise de questões dessa natureza pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, tal situação não foi obstáculo para que o tema fosse apreciado por outras instâncias do Poder Judiciário e não por nossa Corte Constitucional, como ocorreu no estado de Roraima, nos casos Basílio e Denilson como precedentes da jurisdição indígena.

Em relação ao caso Basílio, tem-se que, no ano de 1986, Basílio Alves Salomão tirou a vida de Valdenísio dos Santos, ambos da etnia Macuxi. Em 2000, Basílio foi absolvido pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri Popular, do estado de Roraima, com a aplicação do *non bis in idem*, diante do julgamento anteriormente realizado pela comunidade a qual pertencia o autor do crime, onde foram aplicadas e cumpridas as penas de cavar a cova de sua vítima, bem como de ser banido de sua família e comunidade. Neste sentido, o então Presidente da Sessão do Tribunal do Júri Federal, Helder Girão Barreto, esclarece que:

(...) no dia do julgamento o acusado estava há quase catorze anos sem poder retornar ao convívio

121 Cf. BRASIL. Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, *Op. cit.*, s.p.

122 Cf. BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, *Op. cit.*

da Comunidade Indígena do Maturuca. Ao ser interrogado em plenário o acusado declarou: “quando um índio comete um crime é costume ele ser julgado pelos próprios companheiros Tuxauas”, e que isso “é um costume que vem antes do tempo dos seus avós”. (...) Em plenário, foi ouvida a antropóloga Alessandra Albert, que assegurou que na tradição da etnia Macuxi “um índio que mata outro é submetido a um Conselho, escolhido pela própria comunidade e reconhecido como detentor de autoridade, que a maior pena aplicada pelo Conselho é o banimento, que tanto o julgamento quanto a pena são modos como eles encaram a Justiça”; e, conclui, “para a pessoa que sofreu banimento o julgamento e a pena têm o sentido da perda da convivência e da diminuição do conceito perante a Comunidade, coisas que são muito importantes (...)”¹²³

Outro caso é o de Denilson Trindade Douglas¹²⁴, irmão de Alanderson Trindade Douglas, ambos indígenas Macuxi e habitantes da comunidade Manoá-Pium, que foi denunciado pelo Ministério Público do Estado de Roraima, em razão de ter matado seu irmão, desferindo diversas facadas em suas costas, sob o efeito de bebida alcoólica. De acordo com os relatos, o fato ocorreu em território indígena, na data de 26 de junho de 2009, conforme consta da Ação Penal 0090.10.000302-0, julgada em 03 de setembro de 2013.

Depois de várias reuniões envolvendo diversas comunidades indígenas, dentre elas Anauá, Manoá e Wai Wai, houve a deliberação pela punição de Denilson, sendo-lhe aplicadas algumas penas, dentre elas a saída da comunidade Manoá-Pium por cinco anos, período em que deveria permanecer vivendo junto aos Wai Wai, aprendendo

123 BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2011, p 119-120.

124 BRAGA, Rafael. Decisão inédita do TJRR afasta condenação de índio já punido pela tribo. **Poder Judiciário do Estado de Roraima**, Boa Vista, 21 mar. 2016. Disponível em: <http://oifc200.tjrr.jus.br/index.php/11-noticias/86-decisao-inedita-tjrr-afasta-condenacao-de-indio-ja-punido-pela-tribo>. Acesso em: 21 jul. 2022, s.p.

sua língua e costumes e prestando serviços comunitários, sempre supervisionado pelas lideranças do local. Esses detalhes foram mencionados na sentença proferida pelo juiz de Direito Aluizio Ferreira Vieira, que deixou de analisar o mérito da denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual e decidiu pela inexistência do direito de punir do Estado, tendo em vista que já havia sido realizado o julgamento de Denilson pelo mesmo fato pela comunidade indígena, com fundamento no artigo 57 da Lei n.º 6.001/73 e no artigo 231 da Constituição Federal.

Casos dessa natureza não são regra em nosso país. Conforme leciona Baldi¹²⁵, o Brasil não tem se esforçado no trato das questões relacionadas aos direitos indígenas e interculturalidade, apesar de a Constituição Federal reconhecer os indígenas como sujeitos de direitos. Em termos de Brasil, pode-se perceber que a jurisdição indígena está restrita aos casos de conflitos penais internos relacionados aos grupos indígenas, não sendo possível a aplicação de sanções que colidam com direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Contudo, a nossa Carta Maior, em vários momentos, confere suporte à diversidade cultural, que é uma realidade no Brasil.

2.6. SUPORTE CONSTITUCIONAL À DIVERSIDADE CULTURAL

Não se pode perder de vista que a Constituição da República de 1988, além de consagrar os direitos fundamentais individuais como a vida e a liberdade, proclama também os de caráter coletivo ou sociais, entre eles a liberdade de culto, de pensamento e a liberdade religiosa. Destaque-se, ainda, a expressa previsão dos direitos indígenas estabelecidos nos artigos 231 e 232 da mesma Lei Maior.

125 BALDI, César Augusto. Questão indígena no Brasil: alguns pontos para uma revisão hermenêutica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (org.). **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**: soberania, separação de poderes e sistema de direitos. Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 276.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 foi um grande marco em relação ao reconhecimento dos direitos humanos, o que é perceptível quando tutela os direitos e garantias individuais (artigo 1º, inciso III), não aceita a discriminação (artigo 3º, inciso IV), assegura os direitos humanos e a autodeterminação dos povos (artigo 4º, incisos II e III), resguarda os direitos à igualdade e à liberdade (artigo 5º, *caput*), além de outros. No caso concreto estudado nessa pesquisa, a Carta Magna tornou-se significativa na busca do afastamento das desigualdades ao reconhecer o direito à diferença, oportunizando aos indígenas a convivência social de acordo com seus costumes, tradições e práticas ancestrais. Nesse sentido, os direitos culturais são assegurados tanto em relação ao seu incentivo quanto às suas formas de apresentação, inclusive dos diferentes grupos sociais, conforme preceituam os artigos 215 e 216 da Constituição Federal.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira [...].¹²⁶

Ressalta-se, como oportuna, a transcrição dos dispositivos constitucionais acima mencionados, traduzidos para a língua Wheengatu/Yëgatu.

Art. 215. Istadu usú ugaáranti payëë míra ta rikusaára resé waára, ta puderi aárama ta mukamé ta resé waára ta resé.

126 Cf. BRASIL. [Constituição (1988)], *Op. cit.*, s.p.

Art. 216. Yaseruka kuá rikusá tá, payëë maã mír tá ukuá sá waá yamaã waá asui ti waitá yamaã, mayé.¹²⁷

Pela análise dos dispositivos constitucionais acima mencionados, os direitos culturais asseguram a exclusão de preconceitos e discriminações dos povos indígenas, pois, assim, enfatiza Souza Filho¹²⁸ dizendo que “os direitos culturais não são apenas os ligados ao respeito ao exercício de suas tradições, festas, alimentação, mais do que isso é o Direito a que as informações sobre o povo não sejam recobertas por manto de preconceito, desprezo e mentiras”.

Além disso, os direitos dos povos indígenas foram consagrados na Constituição Federal, dentro do Título que trata “Da Ordem social”, no Capítulo VII, destinado aos indígenas, em seus artigos 231 e 232, onde são previstos direitos de forma não exaustiva, os quais devem ser respeitados com a observância de alguns princípios. Dentre eles se destacam os da igualdade, dignidade e liberdade.

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.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.¹²⁹

Essas questões abordadas pelos dispositivos acima transcritos evidenciam a afirmação dos direitos direcionados à proteção dos povos indígenas e, conseqüentemente, dos direitos humanos. Nessa

127 *Ibidem*.

128 Cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, *Op. cit.*, p. 158-159.

129 Cf. BRASIL. [Constituição (1988)], *Op. cit.*, s.p.

linha, leciona Wolkmer¹³⁰ que a Constituição da República de 1988 rompeu com a política integracionista e assimilacionista na medida em que, aos indígenas, foram assegurados o direito e o respeito à sua diversidade étnico-cultural. Assim, os direitos à diferença e à identidade étnica ao serem contemplados na Carta Magna são relevantes para a manutenção do multiculturalismo em harmonia com as relações sociais.

Nessa quadra, o Brasil, por ser um país multicultural, não pode deixar de lançar um olhar atencioso para os povos minoritários, em especial aos povos indígenas, que devem ter protegidas e preservadas suas crenças, tradições e costumes, mesmo diante de situações específicas, quando adotam comportamentos que, à luz da legislação penal vigente, são considerados como crimes.

Visando equacionar problemas dessa natureza, revela-se importante a análise e a aplicação da dogmática penal, de modo mais específico a teoria do delito, como mecanismo de conferir soluções adequadas, como nos casos do estupro de vulnerável e do neonaticídio cometidos no contexto da cultura indígena.

Por essa razão, dentro da teoria do delito, serão analisados os elementos que integram o conceito analítico de crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, de forma conjugada com a cultura indígena, com o princípio da adequação social e com o de erro de proibição direto.

130 Cf. WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens (orgs.), *Op. cit.*, p. 95.

3. A TIPICIDADE E SEUS ELEMENTOS: A AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

A análise da tipicidade penal é relevante, pois é através dela que será possível saber se determinada conduta cometida pelo agente encontra correspondência na descrição do tipo. Desde logo, faz-se necessário diferenciar tipo e tipicidade de forma sucinta. Conforme Bitencourt¹³¹, tipo “é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal” e tipicidade “é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”. Assim, para que um fato seja considerado típico, precisa se ajustar ao modelo descrito na lei penal, ou seja, a conduta realizada pelo agente deve se enquadrar ao molde descrito na lei.

Direito e sociedade são termos indissociáveis e equivalentes. Por isso, não se separa o estudo do aspecto material e social do aspecto jurídico. Dessa maneira, não é possível considerar a tipicidade apenas no aspecto formal, isto é, a tipicidade formal, como sendo absoluto e suficiente, já que a tipicidade material é indispensável para a completa composição da tipicidade. Nesse contexto, surge o princípio da adequação social.

A tipicidade material é de grande importância e não pode ser desprezada, uma vez que se refere à análise constitucional do delito, que deve ser apreciada em face do Estado Democrático de Direito, o que impõe a compreensão do tipo penal, bem como as teorias que refletem no modo como ocorrerá a análise da conduta do agente no caso concreto.

131 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9-10.

3.1. COMPREENSÃO DO TIPO PENAL E A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO TIPO PENAL NO CAMPO DA DOGMÁTICA PENAL

O Direito Penal, sob a ótica de sua fragmentariedade, ocasiona a elaboração de tipos de condutas individualizadas, as quais considera altamente lesivas a certos bens jurídicos que devem ser tutelados¹³². Com isso, a lei quando realiza a definição de crime, em regra, restringe-se a descrever, de forma objetiva, o comportamento proibido.

Cabe aqui esclarecer que tipo e tipicidade são categorias distintas. Acerca de tal distinção, Zaffaroni¹³³ ressalta que o tipo diz respeito à fórmula contida na lei, enquanto a tipicidade está ligada à conduta.

De acordo com Francisco de Assis Toledo¹³⁴, tipo penal é constituído por um modelo abstrato de comportamento vedado. No mesmo sentido, é a conceituação dada por Luciano Lopes¹³⁵ ao esclarecer que “[t]ipo legal de crime é um esquema legal abstrato que descreve condutas proibidas/ordenadas pela ordem jurídica”. Nesta perspectiva, o tipo possui a função de limitar e individualizar as condutas humanas que possuem relevância penal. Consequentemente, cada tipo traz consigo elementos e características próprias que os diferenciam uns dos outros, ocasionando a necessária e especial adequação da conduta à respectiva correspondência do tipo.

É de extrema relevância a compreensão do tipo penal para que se possa proceder à sua análise sob a ótica de aceitação de determinada conduta. É com Feuerbach, no início do século XIX, que se inicia a

132 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007, p. 148.

133 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 384.

134 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 127.

135 LOPES, Luciano Santos. **A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude**: uma análise do tipo total de injusto. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-8FLNLT>. Acesso em: 10 de mar de 2023, p. 53.

conceituação de crime como a totalidade dos elementos internos e externos, conforme esclarece Brandão.

Anselm von Feuerbach, que formula o conceito dogmático do princípio da legalidade, utiliza-se, no começo do Século XIX (1801), do conceito de Tatbestand, entendido como o próprio crime. Ele é o conjunto de características de uma ação concreta que são contidos em um conceito legal de uma classe determinada de conduta antijurídica.¹³⁶

Nesse contexto, faz-se imperiosa a abordagem da construção das várias teorias do tipo penal no campo da dogmática penal que possuem fundamentos diversos e passam por Ernest Von Beling, Max Ernst Mayer, Edmund Mezger, Hans Welzel e, por fim, a apreciação do tipo penal na concepção de Claus Roxin e de Günther Jakobs. Todos os fundamentos com importantes bases sólidas de defesa.

3.1.1. O TIPO PENAL E SUA ESTRUTURA INDEPENDENTE NA TEORIA DE ERNEST VON BELING

Ernest Von Beling iniciou a construção de sua teoria em 1906, na obra *Die Lehre Vom Verbrechen*, que tratava da doutrina do crime, destacando a relevância do tipo e estabelecendo a redução do alcance do fato-crime em sua totalidade ao afirmar que a tipicidade possui apenas a função descritiva, ficando, dessa maneira, separada da ilicitude e da culpabilidade. Assim, não cabe à tipicidade a realização de juízo de valor em relação às causas de justificação ou em relação ao dolo ou a culpa¹³⁷.

136 BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**. Coimbra: Almedina. 2014, p. 72.

137 *Ibidem*, p. 80.

Nesta perspectiva, coube a Beling a conceituação de tipo, *Tatbestand*, que, antes, correspondia à noção de *Corpus Delicti*¹³⁸. A concepção de tipo desenvolvida por Beling está vinculada ao princípio da legalidade, uma vez que estabelece limites ao poder punitivo estatal a partir da descrição da conduta, decorrente da escala de valoração, no momento da formulação dos tipos, o que representa uma garantia ao destinatário da norma penal.

Antes da formulação realizada por Beling, a compreensão de delito era a de que consistia em um fato contrário ao Direito e ao mesmo tempo culpável, o que ocasionava dificuldades na vinculação do delito ao conceito de taxatividade penal¹³⁹. Ainda anteriormente a Beling, Carrara defendia que a ideia geral de delito era a violação da lei, pois qualquer ato somente poderia ser censurado se houvesse proibição da lei e que, além disso, o sujeito apenas poderia ser responsabilizado criminalmente se moralmente imputável, o que decorre da imputabilidade política. Nesse sentido, Luis Jiménez de Asúa¹⁴⁰ esclarece que o delito era a “[i]nfracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moramente imputável y políticamente dañino”.

Partindo da compreensão de Carrara, a sistematização do Direito Penal foi aprimorada por Beling com a ideia de vinculação à legalidade, de tal modo que a teoria de Beling consagrou o princípio da legalidade com a função de limitação do arbítrio¹⁴¹. No que se refere à teoria da ilicitude, a concepção de Beling lhe trouxe grande influência, de maneira que os debates acerca da ilicitude adquiriram relevância para quando as condutas estão relacionadas à tipicidade penal, conforme explica Jiménez de Asúa.

138 REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: RT, 1998, p. 38.

139 SALVADOR NETTO, Altamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quantier Landin. 2006, p. 54.

140 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Princípios de derecho penal**. La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Sudamerica. 1958, p. 219.

141 CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 12.

As relações entre a referência ao tatbestand e a ilegalidade são tão estreitas que só essa ilegalidade da conduta é suficiente para a punição que, precisamente do ponto de vista do tatbestand em questão, a própria conduta acarreta. (tradução nossa)¹⁴²¹⁴³

Desse modo, o conceito de tipo sustentado por Beling se mostra limitador da intervenção do Estado na liberdade, além de considerar o tipo independente, ou seja, separado tanto da ilicitude, onde se realiza a função valorativa, como da culpabilidade, onde se faz o juízo de reprovação a título de dolo ou de culpa¹⁴⁴. De acordo com a lição de Welzel, se o conceito de tipo considerava o tipo como sendo a integralidade das características do delito; a partir de Beling, o tipo se converteu em elemento integrante do delito, sendo este considerado como uma ação típica, antijurídica e culpável¹⁴⁵. Considerando essa postura, a tipicidade passou a ter uma nova concepção para impulsionador o Direito Penal.

3.1.2. O TIPO INDICIÁRIO DE MAX ERNST MAYER

A ideia de Beling de um tipo penal neutro, com sua desvinculação da antijuridicidade provocou críticas. A partir dessa concepção que cria a estrutura do crime em três etapas, ocorreram profundas mudanças com a utilização de nova metodologia de estudo das ciências criminais¹⁴⁶. Parte dessas mudanças fez com que Max Ernst Mayer se posicionasse contra a ideia de Beling, sustentando “a importância de

142 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Princípios de derecho penal**, *Op. cit.*, p. 266.

143 Las relaciones entre la referencia al tatbestand y la antijuridicidade son hasta tal punto estrechas, que sólo es suficiente para la punibilidad aquella antijuridicidade de la conducta que precisamente desde el punto de vista del tatbestand em cuestion, lleva em si la conducta.

144 *Ibidem*, p. 257.

145 WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 66.

146 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**, *Op. cit.*, p. 84.

se vincular a existência de crime à existência prévia de tipicidade¹⁴⁷, ocorrendo um elo valorativo de modo que a tipicidade se mostra como indício de outro elemento do crime, a antijuridicidade.

A concepção de Mayer, diferente da ideia de Beling, aceitava a compreensão da realidade e a inclusão de valores ao tipo penal através de um relativismo axiológico. Conforme explica Reale, “[é] esta, conclui Mayer, a direção acertada, a axiologia relativa crítica. Todo valor cultural é condicionado por mil contingências de lugar e tempo”¹⁴⁸.

Além do mais, Mayer defende que a base de toda legislação é o reconhecimento de normas de cultura por parte do Estado e, assim, busca um fundamento socioculturalista para resolver as questões de validade jurídica¹⁴⁹. Assim, o Direito se mostra como consequência da percepção de dados culturais transportados para o âmbito normativo, conferindo legitimidade à norma quando embasada na conexão com a sua cultura.

Para Mayer, cultura é o conjunto dos dados que possui significação e se manifesta como um desejo de atingir aquilo que é justo, deduzindo-se a noção de valor como fenômeno cultural¹⁵⁰. Dessa maneira, Mayer não afasta a influência do positivismo legalista, o que fica evidente quando ele considera o tipo como indício da antijuridicidade, pois, segundo ele, a conduta será típica se não estiver abrigada por uma causa de justificação. Contudo, realiza a separação entre tipicidade e antijuridicidade.

De acordo com a posição de Mayer, a tipicidade tem a função de solidificação em virtude da existência anterior da norma que confere uma forma à antijuridicidade. Por sua vez, esta possui a função de conhecimento que ocorre quando há a coincidência da existência concomitantemente com o tipo e a antijuridicidade¹⁵¹.

147 *Ibidem*, p. 90.

148 REALE, Miguel. **Fundamento do Direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 188.

149 *Ibidem*, p. 192.

150 *Ibidem*, p. 195.

151 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Princípios de derecho penal**, *Op. cit.*, p. 270.

Em suma, Mayer defende que, por ocasião da análise metodológica de delito, este deve ser entendido com um fato típico, ilícito e culpável, sendo que, na estrutura do tipo, estão inseridos os elementos valorativos. De maneira contrária, o pensamento de Mayer sofreu críticas por parte de Edmund Mezger em razão de ter dado preferência às normas de cultura em relação às normas jurídicas.

3.1.3. O PENSAMENTO DE EDMUND MEZGER E O TIPO COMO *RATIO ESSENDI* DA ANTIJURIDICIDADE

Na primeira metade do século XX, Edmund Mezger incluiu o tipo na antijuridicidade, sustentando a ideia de que delito é o fato tipicamente antijurídico e culpável, de modo que o tipo passa a ter um juízo valorativo.

Com base na perspectiva de Mezger, Brandão¹⁵² ensina que, nessa estrutura, “[a] tipicidade é tratada como injusto tipificado, porque a antijuridicidade, para o autor, é uma característica do tipo, isto é, o tipo constitui a base real da antijuridicidade”. A partir do pensamento de que a tipicidade é elemento da antijuridicidade, ocorre uma junção dos elementos objetivos com os valorativos.

O pensamento de Mezger é de que os elementos de valoração jurídica integram os elementos valorativos. Já os elementos de valoração cultural estão fora do campo do Direito, embora sejam agregados por este¹⁵³. Nesse sentido, a sua ideia deixa evidente que o juízo de valor trilhará para que se conceba a tipicidade como fundamento da antijuridicidade.

Com a introdução da doutrina do Nacional Socialismo na Alemanha, a posição de Mezger sofreu grande mudança, evidenciando sua adesão ao mencionado regime político, com a criação de teorias

152 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**, *Op. cit.*, p. 92.

153 MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 390.

que lhe davam suporte¹⁵⁴. Tal posição fica clara na obra de Mezger denominada *Kriminalpolitik*, do ano de 1933, onde ele sustentou uma nova ideia de povo e raça, inclusive defendendo a pureza da raça ariana, buscando adequar o Direito Penal ao novo regime, tendo retomado sua posição anterior após o ano de 1945¹⁵⁵. Por fim, assim como a teoria desenvolvida por Mayer, a de Mezger, também, foi criticada.

3.1.4. O TIPO PENAL NA CONCEPÇÃO FINALISTA DE HANS WELZEL

A teoria defendida por Mezger foi alvo de fortes críticas feitas por Hans Welzel que, embasado no finalismo, alterou o conceito de tipo sustentando que, em sua estrutura, estão presentes elementos objetivos e subjetivos. Além disso, criou a teoria defendendo que a tipicidade funciona como indício da antijuridicidade, esclarecendo que Beling estava equivocado ao afirmar que o tipo não possuía nenhum juízo de valor, além de ser desprovido de qualquer elemento-subjetivo anímico. Para provar seus pontos, ele lecionou que “[e]ste último defeito foi corrigido com o descobrimento dos elementos subjetivos do injusto e o desenvolvimento da doutrina da ação finalista: o tipo compreende tanto os elementos objetivos como os subjetivos ou anímicos da ação¹⁵⁶.

Para Welzel, o delito é entendido como fato típico, antijurídico e culpável, devendo ser considerada a ação final do agente, ou seja, a ação como ato de vontade, de modo a atingir o verdadeiro significado social da ação. Assim, Welzel esclareceu que:

154 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Princípios de derecho penal**, *Op. cit.*, p. 270.

155 MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: Estudos sobre Direito Penal no nacional socialismo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 79.

156 Cf. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**, *Op. cit.*, p. 66.

Uma ação converte-se em delito se infringe a ordem da comunidade de um modo previsto em um dos tipos legais e pode ser reprovável ao autor no conceito de culpabilidade. A ação tem que infringir, por conseguinte, de um modo determinado, a ordem da comunidade: tem que ser “típica” e “antijurídica”; e há de ser, além disso, reprovável ao autor como pessoa responsável: tem que ser “culpável”. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem a ação em delito.¹⁵⁷

A partir de Welzel, a ideia de tipo passou a orbitar no conceito de ação, com o dolo e a culpa fazendo parte do tipo, quando se terá uma tipicidade objetiva e uma tipicidade subjetiva. Nesse sentido, é a lição de Luciano Lopes ao ensinar que:

O injusto penal se compõe da união entre o tipo penal e a ilicitude. Fica ali determinada a desconformidade da conduta com a normatividade de um ordenamento jurídico-penal. Para se completar o conceito de crime, ainda é preciso incorporar a categoria da culpabilidade, como uma relação entre o agente censurável e o injusto praticado.¹⁵⁸

Da mesma maneira que as teorias anteriormente abordadas, a de Welzel também foi alvo de críticas.

157 *Ibidem*, p. 57.

158 Cf. LOPES, Luciano Santos, *Op. cit.*, p. 20.

3.1.5. O TIPO PENAL NA CONCEPÇÃO DO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN E NO FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS

O finalismo de Hans Welzel sofreu críticas de Claus Roxin e foi, a partir delas, que houve a consolidação de sua ideia de vincular o Direito Penal às estruturas lógico-objetivas. Com a obra de Claus Roxin, intitulada *Política Criminal e Sistema de Direito Penal*, de 1972, foi criado um meio de compreensão entre o tipo e o Direito Penal, diverso do que sustentava o finalismo.

De acordo com a concepção funcionalista teleológica de Roxin¹⁵⁹, a política criminal deve servir de base para a construção do Direito Penal, dando maior relevância às suas finalidades e considerando a tutela dos bens jurídicos. Essa ideia representa uma ruptura com as estruturas lógico-objetivas do finalismo.

Roxin destaca que “a construção sistemática jurídico penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc.), mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais”¹⁶⁰. Seu pensamento é alicerçado na necessidade de afastar o conceito de conduta de essência ontológica, a fim de que se possa alcançar o resultado mais justo diante de uma situação concreta, com a realização dos objetivos político-criminais.

Contudo, nesse contexto, o grande destaque ficou por conta da teoria da imputação objetiva, a qual não se limitou aos elementos subjetivos do tipo e à relação de causalidade, mas vislumbrou a necessidade da realização de um risco não permitido dentro do âmbito do tipo penal para que, somente assim, seja possível a imputação de um tipo objetivo ao agente¹⁶¹. Além da mudança trazida com a teoria da imputação objetiva, Roxin ampliou o alcance da culpabilidade, acrescentando na sua estrutura a responsabilidade, de modo que

159 ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro, 2002, p. 205-206.

160 *Ibidem*, p. 205.

161 *Ibidem*, p. 313-315.

a sua aplicação ocorreria apenas quando existisse a necessidade da prevenção geral ou especial da pena¹⁶². Em síntese, a posição de Roxin buscou um sistema que estabelecesse limites ao poder punitivo estatal, de modo que o Estado somente poderia atuar quando houvesse uma lesão grave a bens jurídicos fundamentais.

Após a concepção de Roxin, Günther Jakobs surge com o pensamento normativista, defendendo um sistema baseado nas finalidades da pena, onde a importância do sistema penal é centralizada na necessidade da legitimação da norma. Dessa maneira, ocorrendo o desrespeito à norma, deve ser realizado o seu restabelecimento com a efetiva aplicação da pena.

Neste sentido, Jakobs parte do pressuposto de legitimidade das normas válidas para criar a concepção funcional-sistêmica, baseada na edificação de identidades normativas caracterizadas pela elaboração de expectativas de condutas¹⁶³.

Com base nessa seção, entende-se que o funcionalismo teleológico sustentado por Roxin é o que melhor atende à finalidade do Direito Penal, pois confere destaque à política criminal como forma de sua sustentação para estabelecer limites ao poder punitivo do Estado diante do caso concreto, como nos casos de certas práticas realizadas por indígenas no contexto cultural de suas respectivas etnias. Porém, ainda assim, muito se discute acerca das funções do tipo penal, dentre elas a sua função de garantia, através da qual se estabelece que apenas será possível existir sanção penal se a conduta realizada pelo agente estiver caracterizada como tipicidade penal.

162 ROXIN, Claus. **Política criminal e sistemas jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 67-77.

163 JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008, p. 10.

3.2. FUNÇÕES DO TIPO

Diversas são as funções conferidas ao tipo penal, inclusive com várias denominações, o que evidencia que não existe uma padronização em relação aos nomes a elas atribuídos. Por ora, serão abordadas as que convergem dentre as ideias de alguns autores, apesar de serem tratadas com nomes diferentes.

Para Muñoz Conde, o tipo penal possui três funções. São elas:

O tipo tem tripla função no direito penal:

- a) Uma função de seleção de comportamentos humanos criminalmente relevantes.
- b) Uma função de garantia, na medida em que apenas os comportamentos nela subsumidos podem ser sancionados criminalmente.
- c) Uma função motivadora geral, pois com a descrição dos comportamentos do tipo penal o legislador indica aos cidadãos quais os comportamentos proibidos e espera que, com a injunção penal contida nos tipos, os cidadãos se abstenham de praticar os comportamentos proibidos, a questão da proibição. (tradução nossa)^{164 165}

Ao abordar o assunto, Roxin divide em três as funções do tipo penal.

164 MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria General del Delito**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 32.

165 El tipo tiene em derecho penal una triple función:

- a) Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- b) Una función de garantía, em la medida que solo los comportamientos subsumibles em él pueden ser sancionados penalmente.
- c) Una función motivadora general, por cuanto com la descripción de los comportamientos em el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, com la conminación penal contenida em los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la matéria de prohibición.

Contudo, as distinções essenciais para o direito penal podem ser reduzidas às três tarefas que o tipo deve cumprir: tem uma função sistemática, uma função dogmática e uma função político-penal. (tradução nossa)^{166 167}

Cabe esclarecer que há um critério tradicionalmente adotado, onde são apontadas três funções consideradas como fundamentais: função selecionadora (sistematizadora); função de garantia; e função motivadora geral (de fundamentação da ilicitude). As funções do tipo, anteriormente apontadas, são essenciais tanto por ocasião da criação do tipo quanto no momento da aplicação da lei.

Em relação à função sistematizadora, Roxin¹⁶⁸ leciona que “[e]n sentido sistemático el tipo abarca ‘él compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito tipicamente se trata; (...)’”. Portanto, essa função inclui o tipo como elemento indispensável do conceito de crime, de tal maneira que seja possível realizar a diferenciação entre os inúmeros delitos elencados na parte especial do Código Penal¹⁶⁹. Além disso, elucidando o assunto, Lopes¹⁷⁰ destaca que “[m]ais que isto, esta perspectiva sistematiza as partes especiais dos Códigos Penais (e, evidentemente, de leis esparsas que tenham entre suas normas proibições de condutas através de suas tipificações)”.

Por sua vez, a função de garantia estabelece que somente haverá a possibilidade de punição no campo penal quando determinada conduta estiver configurada de tipicidade penal. Isto porque a função em comento está ligada ao princípio da legalidade, segundo

166 ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997, p. 277.

167 Sin embargo, las distinciones esenciales para el Derecho penal se pueden reducir a los tres cometidos que debe cumplir el tipo: el mismo tiene una función sistemática, una función dogmática y una función políticocriminal.

168 *Ibidem*, p. 277.

169 TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 198.

170 Cf. LOPES, Luciano Santos, *Op. cit.*, p. 73.

o qual “[n]ão há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, conforme previsão no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, no artigo 1º do Código Penal brasileiro, no artigo 9º do Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica) e no artigo XI, 2 da Declaração Universal sobre Direitos Humanos.

Ressalte-se que o princípio da legalidade possui grande relevância na esfera penal, conforme ensina Cláudio Brandão¹⁷¹, ao enfatizar que “[a] legalidade é um dos pilares do ordenamento jurídico criminal brasileiro. Além de ser princípio constitucional, ela é – não por acaso – o primeiro artigo do Código Penal, para mostrar que nosso Direito não aceita formas incriminatórias que não estejam previstas na lei.”

Por fim, a função de garantia exige uma precisa descrição das condutas para que se possa assegurar o respeito ao princípio da legalidade. Nessa garantia, há um significado político-criminal conferido à tipificação, conforme esclarece Roxin¹⁷², ao destacar que “[s]ólo um Derecho penal en el que la conducta prohibida sea descrita exatamente mediante tipos se adecua por completo al principio *nullum crimen sine lege*”.

Para que haja a efetividade da função de garantia do tipo, são indispensáveis clareza e objetividade no enunciado contido no tipo, evitando, assim, que ocorra qualquer forma de equívoco no momento de se proceder à análise, visando estabelecer se determinada conduta é típica ou atípica. Desse ponto, decorre a relevância de uma boa técnica legislativa, com elaboração criteriosa dos tipos penais que permitam a sua justa e correta interpretação e aplicação, respeitando o princípio da legalidade.

De acordo com Roxin¹⁷³, a função dogmática “consiste em describir los elementos cuyos desconocimiento excluye el dolo”. Desse

171 BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 123.

172 Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 277.

173 *Ibidem*, p. 277.

modo, o tipo penal cumpre a missão de fixar todos os elementos sobre os quais deve se referir a intenção que norteou o comportamento vedado. Posto que, uma vez existindo erro sobre a existência desses pressupostos fáticos, ocorrerão consequências jurídicas distintas. Daí, a importância de diferenciar as espécies de erro que repercutem na esfera penal, conforme leciona Roxin.

A distinção entre erro de tipo, que exclui o dolo (§ 16), e erro de proibição, que exclui apenas facultativamente a culpa (§ 17), pertence, segundo o Direito em vigor, aos fundamentos básicos da dogmática jurídica penal. (tradução nossa)¹⁷⁴¹⁷⁵

Segundo Tavares¹⁷⁶, a função dogmática está associada à definição do objeto e dos limites do erro de tipo. O tipo constitui, nesse caso, o parâmetro da estrutura do dolo.

Com nomenclatura diferente, mas com a mesma essência, Bitencourt¹⁷⁷, ao tratar da função diferenciadora do erro, ensina que apenas haverá punição do autor pelo cometimento de um fato doloso quando conhecer as suas circunstâncias fáticas que o integram, ou seja, quando o autor desconhecer qualquer elemento constitutivo do tipo, configura erro de tipo o que ocasiona a exclusão do dolo.

Uma vez compreendidos o tipo penal e sua função, resta analisar o comportamento do agente em face do modelo abstrato descrito na lei penal, ou seja, se a conduta é típica ou não.

174 *Ibidem*, p. 278.

175 La distinción entre el error de tipo, que excluye el dolo (§ 16), y el error de prohibición, que sólo excluye com carácter facultativo la culpabilidad (§ 17), pertenece conforme al Derecho vigente a los fundamentos básicos de la dogmática jurídica penal.

176 Cf. TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**, *Op. cit.*, p. 198.

177 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 154.

3.3. JUÍZO DE TIPICIDADE

Importante destacar, também, o processo mental que deve ser desenvolvido a partir da análise dos diversos fatos decorrentes da conduta humana à luz do modelo típico previsto em lei. Conforme Bitencourt¹⁷⁸, é nessa ocasião que se deve verificar se, em determinada conduta, estão presentes os requisitos exigidos em lei para ser considerada infração penal. A essa operação se dá o nome de “juízo de tipicidade”.

Sobre o tema, Zaffaroni¹⁷⁹ complementa esclarecendo que “[o] juiz comprova a tipicidade comparando a conduta particular e concreta com a individualização típica, para ver se se adequa ou não a ela. Esse processo mental é *juízo de tipicidade* que o juiz deve realizar”. Tal operação pode trazer um resultado positivo, quando a conduta sob análise está envolvida pela tipicidade, ou negativo, quando for atípica.

Em relação à tipicidade, ela ocorre quando há a correspondência entre a conduta praticada pelo agente com o modelo abstrato descrito em lei. Em outras palavras, para que um fato seja considerado típico, é necessária sua adequação à descrição de uma conduta abstrata prevista na lei penal. Nesse sentido, Muñoz Conde¹⁸⁰, ao abordar o tema, aponta a importância da tipicidade, afirmando que “[d]e estas tres categorias la primera y más relevante juridicopenalmente es la tipicidade. La tipicidade es la adecuación de um hecho cometido ala descripción que se esse hecho se hace em la ley penal”. Portanto, a demonstração da tipicidade ocorre com a efetiva comparação da conduta concreta do agente com a individualização típica, visando verificar se há ou não adequação a ela¹⁸¹.

178 *Ibidem*, p. 150.

179 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 385.

180 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**, *Op. cit.*, p. 31.

181 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 385.

A distinção entre tipo e tipicidade é bem esclarecida por Silva¹⁸² ao ressaltar que “[n]o tipo, há a previsão abstrata da conduta criminosa. Na tipicidade, há a subsunção da conduta concreta ao tipo penal incriminador”. Além disso, a tipicidade é o primeiro elemento a ser enfrentado para que se possa avaliar se determinada conduta irá ou não se converter em crime. Nessa esteira, Brandão¹⁸³ ensina que “a tipicidade é a primeira condição a ser satisfeita para que se possa dar relevância a um acontecimento humano e, via de consequência, para que uma pena possa ser aplicada”. Contudo, vale esclarecer que a tipicidade somente se apresenta completa quando estiverem presentes a tipicidade formal e a tipicidade material.

3.3.1. TIPICIDADE FORMAL

Para que se tenha uma ideia do que é a tipicidade formal, é imperioso dizer que ela está ligada ao princípio da legalidade, que determina *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, pois, no campo do Direito Penal, não há crime sem lei anterior que o defina, impedindo, assim, a criminalização de conduta por analogia ou por interpretação extensiva. Sendo assim, em termos conceituais, a tipicidade formal é o enquadramento da conduta humana na descrição conferida pela lei, caracterizada como crime. Caso contrário, ocorrerá a atipicidade formal quando houver a exclusão da tipicidade pela ausência de alguma condição essencial para que se enquadre na descrição legal.

Para a afirmação da tipicidade, não basta apenas subsunção da conduta à descrição do tipo, ou seja, a tipicidade formal. É necessário algo mais, que é a tipicidade material, de acordo com a lição de Toledo.

Não será demasiado, contudo, salientar que, se o fenômeno da subsunção (= sotoposição de uma

182 SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Teoria Geral do Crime**. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022, p. 104.

183 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 112.

conduta real a um tipo legal) estiver subordinado a uma concepção material do tipo, não bastará, para a afirmação da tipicidade, a mera possibilidade de justaposição, ou de coincidência formal, entre o comportamento da vida real e o tipo legal.¹⁸⁴

Portanto, a existência apenas da tipicidade formal não se mostra suficiente para que a tipicidade satisfaça a sua função como elemento integrante do conceito de crime, sendo necessária, ainda, a presença da tipicidade material.

3.3.2. TIPLICIDADE MATERIAL

No campo jurídico, não se pode separar o Direito da sociedade, de modo que a interpretação do Direito não deve se restringir aos critérios lógico-formais. É sob essa perspectiva que a tipicidade material deve ser analisada. Desse modo, para a completa formação da tipicidade, devem ser consideradas a tipicidade formal e a tipicidade material.

A tipicidade material se refere à avaliação do caso concreto em face do Estado Democrático de Direito, da lesividade dos bens jurídicos, considerando o que é reprovável na esfera cultural, social e política, contextualizando a aplicação da lei penal e suas consequências. Nessa linha, Toledo¹⁸⁵ ensina que “não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprováveis”. Portanto, a tipicidade formal e material são indispensáveis para a caracterização da tipicidade penal.

A concepção material do tipo exerce papel importante por ocasião do juízo de tipicidade na medida em que busca evitar que o

184 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 130.

185 *Ibidem*, p. 131.

Direito Penal alcance fatos estranhos ao seu campo de abrangência, seja em virtude de sua aceitação pela sociedade, seja pela irrelevância social do dano. Assim, ocorrerá a atipicidade material quando a conduta se enquadra formalmente à descrição do tipo, mas é aceita e tolerada socialmente ou, ainda, quando o seu resultado for penalmente irrelevante.

Importante salientar que, na apreciação da tipicidade penal, a primeira análise deve recair sobre a tipicidade formal, visando averiguar a sua obediência ao princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal brasileiro. Ultrapassada esta etapa, com a confirmação do enquadramento da conduta à descrição formal do tipo, então, passe-se a enfrentar a etapa seguinte que é a análise da tipicidade material.

A infração penal necessita ser considerada grave dentro do contexto histórico do momento em que se analisa a tipicidade, considerando os valores sociais, como bem pontua Welzel ao esclarecer que, “nos tipos se destaca a natureza social e ao mesmo tempo histórica do direito penal: indicam as formas de conduta que supõem uma infração grave de ordem histórica da vida social”¹⁸⁶. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes ensina que, a partir de Welzel, a tipicidade deixa de ser apenas objetiva, passando a ser também subjetiva.

E o delito não é fruto exclusivo do resultado, senão sobretudo (na visão de Welzel) do desvalor da ação, que, no sistema, conta com primazia (em virtude da concepção pessoal do injusto). O desvalor da ação, de qualquer forma, passa a representar requisito obrigatório de todo delito.¹⁸⁷

A inserção do desvalor da ação, ou seja, o valor negativo da ação como requisito indispensável da tipicidade, ganhou grande

186 Cf. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**, *Op. cit.*, p. 59.

187 GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 159.

importância na teoria da adequação social criada por Welzel que, além da tipicidade formal, exige a valoração da conduta no sentido de verificar se ela é ou não inadequada socialmente. Portanto, a conduta é permeada pelo seu significado material.

Por sua vez, o princípio da adequação social recairá sobre a tipicidade material, de modo que, se determinada conduta for formalmente típica e, por outro lado, for socialmente adequada, isto é, aceita ou tolerada, então, estaremos diante de uma conduta materialmente atípica, o que afasta, por completo, a tipicidade material. Portanto, ocasionará a inexistência da tipicidade penal.

Com isso, o tipo passou a se vincular à realidade social e à hermenêutica a partir de Welzel, quando os aspectos sociais ganharam grande relevância por ocasião da análise do tipo penal, conforme destaca Gomes.

A construção de um critério delimitador, estabelecendo um critério delimitador do âmbito da normatividade do tipo penal: por razões sociais (tradição, cultura, costumes de um determinado povo em determinado período histórico) ficam fora do âmbito do proibido (fora da literalidade dos tipos penais) algumas condutas até danosas, mas só aparentemente típicas (leia-se: não materialmente típicas).¹⁸⁸

Na interpretação do tipo penal, não se pode desprezar os fatores sociais, históricos e culturais para que não ocorra aplicação incorreta e injusta da lei penal. Nesse ponto, destaca-se a importância da apreciação da existência ou não da tipicidade material, em relação às práticas indígenas relacionadas às suas culturas, com observância dos bens jurídicos tutelados pela norma penal.

188 *Ibidem*, p. 153.

3.4. O BEM JURÍDICO E A DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL

Para que se possa ter uma ideia precisa da importância do bem jurídico no Direito Penal, necessariamente, deve-se focar na estrutura do tipo penal, pois nele está um valor relevante a ser tutelado pela norma, que é o bem jurídico. Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli¹⁸⁹ ensinam que o legislador, ao mostrar interesse em determinados entes, o faz através da norma jurídica, de tal maneira que são considerados como bens jurídicos tutelados pela norma, o que significa dizer que, uma vez violada a norma que protege o bem jurídico, tal violação acarretará uma sanção ao agente que a violou. Assim, os bens jurídicos passam a ser bens jurídicos penalmente relevantes. Portanto, é inconcebível se falar na existência de conduta típica sem que, de algum modo, não tenha ofendido ou exposto a perigo um bem jurídico tutelado.

3.4.1. SÍNTESE EVOLUTIVA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

De acordo com a lição de Cláudio Brandão¹⁹⁰, foi a partir das ideias iluministas trazidas para o Direito Penal, no início do século XIX, com a preocupação de qual seria o objeto da tutela penal, que começou a ser elaborada a teoria do bem jurídico, quando, então, passou-se a explorar uma concepção material de delito. Nesse contexto, nasceu a teoria do bem jurídico, onde os iluministas definiam o fato punível como lesão de direitos subjetivos¹⁹¹.

Anselm Von Feuerbach¹⁹² enfrentou o tema relacionado à função do Direito Penal defendendo a tese de que, em todo preceito penal, existe um direito subjetivo que deve ser tutelado, sendo que tal direito diz respeito ao conjunto de direitos privados ou individuais

189 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 398.

190 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 40.

191 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 155.

192 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 40-41.

relacionados às pessoas que são as titulares desses Direitos, de modo que o Direito subjetivo é o objeto da proteção penal¹⁹³. Nesse sentido, Feuerbach¹⁹⁴ enfatizou que, para “toda pena jurídica dentro do Estado é a consequência jurídica, fundada na necessidade de preservação de Direitos externos, de uma lesão jurídica e de uma lei que comine um mal sensível”.

Por sua vez, o conceito de bem jurídico surgiu na primeira metade do século XIX com Johann Michael Franz Birnbaum. Embora ele não tenha utilizado o termo “bem jurídico”, ele usou uma diversidade de expressões descritivas que conduziram à compreensão de que seu conteúdo tratava de bem jurídico. Nesse sentido, Silva¹⁹⁵ esclarece que “[d]everas, ao longo do texto de Birnbaum fica evidente a edificação da noção de bem jurídico - ainda que não com essas (exatas) palavras (...)”.

É importante ressaltar que a ideia de bem sustentada por Birnbaum se mostrou como uma crítica à concepção de Feuerbach em relação à tutela de Direitos subjetivos como função do Direito Penal. Nesse sentido, Brandão¹⁹⁶ ensina que Birnbaum sustentou que o delito, ao representar uma lesão, não deve ser objeto de tutela de um direito e, sim, de um bem oriundo do Direito. A partir dessa ideia, ele conclui que “[é], portanto, o bem, objeto do Direito que se priva ou se diminui com o crime, logo o que o crime lesiona só pode ser dito objeto”.

Já, na segunda metade do século XIX, a dogmática do bem jurídico teve novo impulso com Karl Binding, quando ele apresentou a primeira depuração de bem jurídico, ao instituir uma ligação de dependência do bem jurídico ao Estado, a partir da norma, fazendo com que fosse conferido ao legislador a atribuição de escolher quais são os objetos de tutela da lei penal¹⁹⁷.

193 *Ibidem*, p. 40.

194 *Ibidem*, p. 40-41.

195 Cf. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, *Op. cit.*, p. 47.

196 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 43.

197 *Ibidem*, p. 46.

Assim, nos moldes da concepção de Binding, somente serão bens jurídicos aqueles assim considerados pela norma, ou seja, apenas a norma é fonte do bem jurídico e, ao evidenciá-lo, mostra, também, qual é o objeto de proteção, estabelecendo, ainda, o conteúdo da lesão. Além disso, em razão de o bem jurídico ser um valor social, ele foi convertido em objeto de proteção do Direito Penal, motivo pelo qual, visando resguardar a lesão ao bem jurídico, o legislador utilizou a norma como mecanismo para a sua tutela.

Em outras palavras, o pensamento de Binding é no sentido de que bens são formados por juízo de valor de uma coletividade, no caso do delito, no qual há o interesse da comunidade jurídica. Sobre a posição de Binding, Jakobs ensina que:

A teoria de *Binding* constituiu a tentativa de proporcionar um suporte teórico para uma compreensão do direito orientada pela sociedade: o que são bens é decidido pelo legislador, o qual, no entanto, segundo a opinião de *Binding*, se mantém no caminho da antiga burguesia, além disso, *Binding* reconhece amplamente o direito não legislado e, com isso, aproxima-se do entendimento de uma autorregulamentação social.¹⁹⁸

Nas lições de Silva¹⁹⁹, resta esclarecida a ideia de Franz von Liszt, contrapondo-se ao pensamento de Binding. Liszt defendeu que o bem jurídico não está atrelado à norma ou à vontade do legislador, mas que o bem jurídico é oriundo das relações sociais e, ademais, o papel do legislador é tão somente o de efetivar o seu reconhecimento.

Como forma de se contrapor ao positivismo defendido por Binding, nasceu uma nova corrente de pensamento importante para a conceituação de bem jurídico, denominada Neokantismo. De acordo

198 JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?**: sobre a legitimidade do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 36.

199 Cf. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, *Op. cit.*, p. 47-48.

com Brandão²⁰⁰, a referida corrente tinha como alicerce a ideia de que “a investigação dos objetos vinculados às ciências da natureza não poderia ter o mesmo tratamento que a investigação dos objetos vinculados às ciências culturais”.

Com base nesse pensamento, Brandão²⁰¹ esclarece que Mezger sustenta que o objeto de proteção do Direito, que se dá com a lei penal, é a lesão ou a exposição ao perigo do bem jurídico, de modo que o objeto de proteção é aquele contra o qual é direcionado o crime. Outrossim, o autor frisa a preocupação de Mezger em distinguir o objeto da ação de bem jurídico. Isto porque, no pensamento formulado por Mezger, o objeto da ação é o objeto material sobre a qual recai a ação típica do agente, enquanto o bem jurídico é a valoração realizada diante do objeto da ação. Assim, bem jurídico possui uma função teleológica na medida em que busca elucidar o intento da lei penal. Nesse ponto, é primordial realizar a conceituação de bem jurídico.

3.4.2. CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Foi a partir da filosofia iluminista que surgiu a ideia de atrelar o Direito Penal à noção de bem jurídico. Conforme Luiz Régis Prado, esta posição surgiu quando o Estado deu proteção aos bens essenciais à vida humana.

O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido no contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico penalmente protegido.²⁰²

200 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 48.

201 *Ibidem*, p. 49.

202 PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 257.

De maneira similar, a definição de bem jurídico dada por Toledo esclarece que “bens jurídicos são valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”²⁰³. Nesta perspectiva, o ordenamento jurídico-penal está direcionado à proteção de seu objeto, que são determinados bens jurídicos.

Para melhor compreender o tema, tona-se necessária a conceituação de bem jurídico, tarefa árdua e praticamente impossível²⁰⁴. Na visão de Tavares, o conceito de bem jurídico é de extrema importância, pois “nele reside todo o processo de legitimação da norma penal”. Além disso,

Como todo conceito, o de bem jurídico só pode servir a uma autêntica teoria democrática do injusto, à medida que corresponda aos seus fins limitativos e não aos propósitos punitivos. Daí a necessidade de sua formulação dentro de um sentido de linguagem que expresse, na sua própria origem e elaboração, os contornos exatos das zonas de intervenção do Estado, a partir da crítica dessa mesma intervenção, sob o pressuposto de sua legitimidade.²⁰⁵

Outrossim, o bem jurídico como elemento da condição do sujeito e de sua projeção social se incorpora à norma, tornando-se elemento primário da estrutura do tipo. Assim, o bem jurídico condiciona a validade da norma, ou seja, não se aceita a aplicação da norma sem dano ou perigo concreto ao bem jurídico. Nesse sentido, Tavares esclarece que,

203 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 16.

204 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 199.

205 *Ibidem*, p. 202.

Ao ser incorporado à norma, o bem jurídico o faz na condição de um valor e, portanto, de um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito. Neste caso, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto concretamente em perigo.²⁰⁶

Logo, o sentido de bem é bastante vasto, sendo, assim, considerado como tudo aquilo que é apresentado como valioso e necessário. Nessa linha, Toledo²⁰⁷ leciona que “os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de ‘valor’, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, ‘valem’”. Por esse motivo, são disputados e protegidos, bem como expostos a perigos e a certas lesões.

Dentro desse contexto, levando em conta a grande quantidade de bens existentes, são selecionados apenas aqueles que merecem proteção, os quais são elevados à categoria de “bens jurídicos”²⁰⁸. Consequentemente, o Estado seleciona os bens considerados como elementares da vida que deverão receber a proteção jurídico-penal, de acordo com as lições de Prado.

Bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e como princípio do Estado Democrático e Social de Direito.²⁰⁹

206 *Ibidem*, p. 213.

207 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 15.

208 *Ibidem*, p. 16.

209 Cf. PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico e Constituição**, *Op. cit.*, p. 257.

Em termos conceituais, Toledo²¹⁰ aponta a posição de Welzel sobre bem jurídico como sendo “toda situação social desejada que o Direito quer garantir contra lesões”. Além disso, Toledo aprecia tal conceituação, ainda no mesmo raciocínio, na busca de aperfeiçoar o conceito dado por Welzel, ensinando que “bens jurídicos são valores éticos-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesão efetiva”²¹¹.

Por sua vez, de acordo com Hassemer²¹², o conceito de bem jurídico foi idealizado por Alselm Von Feuerbach como instrumento contra a concepção moralista do Direito Penal, de modo que a ofensa a uma norma moral ou ética não poderia ser suficiente para uma conduta tida como criminosa, senão, inicialmente, a prova de que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, pontualmente “bens jurídicos”. Nesse sentido, foi realizada a mudança para um sistema do Direito Penal guiado empiricamente.

Para Roxin²¹³, a melhor forma de compreender o conceito de bem jurídico é partindo da ideia de que “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal”, de maneira que tudo que estiver fora desta função, que é a de assegurar uma convivência socialmente segura e pacífica, não deverá ser objeto do Direito Penal. Sobre esse ponto, Roxin²¹⁴ esclarece também que os objetos protegidos pelas normas são circunstâncias que fazem parte da realidade e, uma vez restringidas, prejudicam a sociedade e o cidadão.

210 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 16.

211 *Ibidem*, p. 16.

212 HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 56.

213 ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 16.

214 *Ibidem*, p. 18.

Para complementar esse contexto, Roxin²¹⁵ define bens jurídicos “como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”. De acordo com o autor, os bens jurídicos não são obrigatoriamente estabelecidos de forma prévia ao legislador, uma vez que é possível a sua criação por este. Portanto, pode-se afirmar que o Estado, através do legislador, realiza a intervenção jurídico-penal apenas quando outras medidas político-sociais não forem suficientes para assegurar a vida harmônica em sociedade, ou seja, os meios mais invasivos somente serão utilizados quando os meios mais leves não se mostrarem eficientes.

Assim, a partir das ideias aqui apresentadas, este trabalho sustenta a concepção de que os objetos de proteção das normas, sejam eles individuais ou estatais, são chamados de bens jurídicos. Desse modo, conclui-se, de modo sintetizado, que bem jurídico é o objeto da tutela penal. Contudo, podem ocorrer situações em que a conduta do agente, embora pareça, num primeiro momento, ser típica, não o é, pois não ofendeu nem colocou em perigo valores éticos e sociais protegidos pela norma penal, como no caso da adequação social, onde o comportamento do agente é aceito ou tolerado em seu meio social.

3.5. ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO

O sistema penal não é formado apenas por normas, existem também outros elementos que devem orientar o intérprete por ocasião da aplicação do direito. Nesse sentido, Toledo²¹⁶ leciona que o Direito Penal como ciência penal é “um conjunto de conhecimentos e princípios, ordenados metodicamente, de modo a tornar possível a elucidação do conteúdo das normas penais e dos institutos em que

215 *Ibidem*, p.18-19.

216 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 1-2.

elas se agrupam, com vistas à sua aplicação aos casos correntes, segundo critérios rigorosos de justiça”.

Com essa ideia, evidencia-se que a ciência penal possui uma função criadora no sentido de que não se deve restringir à letra fria da lei ou lhe conferir um sentido estático, pois o sistema penal não é formado somente por normas descritivas, com conteúdo de imposições, permissões ou proibições. Pelo contrário, reconhece-se a existência de normas jurídicas que, em virtude de seu alto grau de abstração e de conceitos vagos e indeterminados, guiam o legislador para a seleção dos bens jurídicos a serem tutelados e o intérprete do Direito.

As mencionadas espécies normativas, denominadas de “princípios jurídicos”, não deixam de possuir conteúdo programático, formando uma plataforma mínima de construção de todo o sistema penal de um Estado Democrático de Direito²¹⁷. Nessa perspectiva, Nucci²¹⁸ ensina que, “juridicamente, o princípio é, sem dúvida, uma norma, porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do Direito positivo”.

Vale ressaltar que os princípios jurídicos, apesar de não precisarem constar expressamente na Constituição Federal, podem apresentar conteúdo capaz de afastar a responsabilidade penal do agente. Nesse contexto, insere-se a adequação social como princípio, configurado quando a conduta do agente se encontra em harmonia com os objetivos do Estado Democrático de Direito, embasado no respeito à liberdade individual sem ofensa às regras de convivência em sociedade, o que impõe a desnecessidade de intervenção do Direito Penal nesses casos²¹⁹.

217 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 59.

218 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 15.

219 *Ibidem*, p. 184.

Portanto, o princípio da adequação se revela importante no sentido de que determinadas condutas toleradas ou aceitas não sejam criminalizadas, como ocorre com certos comportamentos indígenas realizados dentro de um contexto cultural, onde são considerados como normais.

3.5.1. COMPREENSÃO DE PRINCÍPIOS

Visando assegurar a coerência, por ocasião da aplicação das normas das várias áreas do Direito, o ordenamento jurídico criou um sistema lógico ligado por princípios. Com isso, os princípios se irradiam sobre diferentes normas das mais altas generalidades e diversidades de situações fáticas e jurídicas. Nesse sentido, Robert Alexy ensina que princípios são:

normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.²²⁰

O sistema normativo necessita de otimização, priorizando princípios, de forma que possibilite a sua coexistência com a legislação, realizando a integração das normas para solucionar situações concretas, dando maior segurança ao ordenamento jurídico. Para auxiliar a ordenação do sistema jurídico, a tarefa de analisar o conjunto de normas de determinada área e de encontrar e aplicar os princípios norteadores é conferida ao operador do Direito,

220 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

a fim de que seja dada uma solução correta aos conflitos, em cada caso concreto. Ao tratar da relevância dos princípios na esfera penal e processual penal, Nucci leciona que:

A ideia de valorização e supremacia dos princípios constitucionais penais e processuais penais deve ser enaltecida e lançada como meta para a composição com as demais normas do sistema. Nesse entrelaçamento, o império a ser construído depende da fiel observância dos comandos mais importantes, encarnados pelos princípios.²²¹

Assim, a resposta adequada aos conflitos é viabilizada com a análise do Direito como um todo em observância às normas e princípios que regem determinada sociedade. Com relação aos princípios, eles estão presentes nas Constituições contemporâneas, seja de forma explícita ou implícita, lançando influência em matéria penal, sem perder o objetivo de garantir os direitos humanos e os valores sociais. Nesse sentido, Luisi²²² esclarece que, em relação aos princípios penais, “os explícitos estão anunciados de forma expressa e inequívoca no texto da constituição. Os implícitos se deduzem de normas constitucionais, por nelas estarem contidas”.

Quanto aos princípios explícitos, não há grandes dificuldades em identificá-los. Por outro lado, em relação aos implícitos, a sua identificação fica a cargo dos intérpretes e dos doutrinadores e, uma vez identificados, devem ser aplicados da mesma forma que os explícitos, conforme a imposição da Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

221 Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, *Op. cit.*, p. 37.

222 LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2003, p. 13.

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.²²³

Pela disposição contida no §2º do artigo 5º da Constituição Federal, acima transcrita, é possível concluir que não há a exclusão dos princípios implícitos, ou seja, aqueles não expressos na Constituição, de maneira que os mesmos podem ser aplicados, quando necessários.

Em termos internacionais, os princípios estão presentes nas Constituições da modernidade, conferindo garantias dos direitos humanos e dos valores sociais, resguardando, ainda, tanto os direitos individuais quanto coletivos. Desse modo, os princípios desempenham um relevante papel na esfera jurídica.

No campo do Direito Penal, por sua essência sancionadora mais severa que os demais ramos do Direito, exige-se a observância de princípios limitadores à sua aplicação²²⁴. Nesse aspecto, os princípios são aplicados não apenas para dar suporte às leis, mas também para estabelecer restrições ao poder punitivo estatal na medida em que eles legitimam o Direito Penal e o Estado Democrático de Direito com a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual se originou, dentre outros, o princípio da adequação social²²⁵.

Na Constituição Federal de 1988, foram consagrados diversos princípios que repercutem não apenas na esfera penal, mas também na administrativa, trabalhista, cível e outras, uma vez que servem de base para dar um norte ao legislador e ao intérprete da lei. Alguns, apresentam-se de forma explícita, pois estão expressos na norma

223 Cf. BRASIL. [Constituição (1988)], *Op. cit.*, s.p.

224 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Princípios de derecho penal**, *Op. cit.*, p. 27.

225 Cf. LUISI, Luiz, *Op. cit.*, p. 13.

constitucional e outros, de maneira implícita, sendo que estes se inferem das normas constitucionais que os contêm²²⁶. Em termos de princípios constitucionais, vale destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal de 1988, pois, a partir dele, surgiram diversos princípios implícitos, inclusive o da adequação social.

Em relação aos princípios penais, além de serem a base das normas, eles também estabelecem limites ao poder punitivo estatal na medida em que a pessoa humana se torna o centro do sistema penal. Nesta linha, Yacobucci²²⁷ enfatiza que “son estos principios los que legitiman al derecho penal como realidade, como método o saber – incluyendo aqui las instancias llamadas dogmáticas, hermenêuticas, aplicativas y argumentativas”.

3.5.2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A ideia de pessoa surge da autoconsciência da dignidade, através da qual se sustenta que não há o que se falar em homem simplesmente por sua existência, mas pelo sentido ou significado da existência²²⁸. Assim, dignidade adquire um significado de posição de superioridade da pessoa a quem se está referindo.

É através do reconhecimento universal da dignidade da pessoa humana que são criados direitos direcionados à sua proteção²²⁹, transformando-se na concretude de um valor refletido no mundo social. Apesar desse reconhecimento, é importante ressaltar que o respeito e o reconhecimento à referida dignidade dependem da plena

226 *Ibidem*, p. 13.

227 YACOBUCCI, Guilherme Jorge. **El sentido de los principios penales**: Su naturaliza y funciones em la argumentación penal. 6. ed. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 55.

228 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 311.

229 Cf. YACOBUCCI, Guilherme Jorge, *Op. cit.*, p. 267.

eficácia da ordem legal²³⁰, a fim de que efetivamente ocorra a sua aplicação.

No campo do Direito Penal, a dignidade humana estabelece legítima limitação à ação de cada pessoa, uma vez que a proteção à mencionada dignidade serve de referência tanto ao legislador, no momento da criação dos tipos penais, quanto ao operador do Direito por ocasião da interpretação. Nesse sentido, a proteção à dignidade da pessoa humana, como princípio inerente a todo ser humano, traduz-se como fundamento do Estado Democrático de Direito, fazendo com que dele decorram outros princípios, dentre os quais o da adequação social.

3.5.3. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O princípio da adequação social é inserido no Direito Penal como meio de interpretação por Hans Welzel, em 1939²³¹. Com isso, o surgimento da adequação social decorreu da reação à teoria pura causal da ação para ceder espaço à teoria finalista, afastando a ideia de crime como simples lesão causal e externa ao bem jurídico, conforme explicam Prado e Carvalho.

O principal componente normativo do sistema finalista está representado pela adequação social, ainda que tenha sido pouco desenvolvido. As unidades causal-final de sentido somente ingressaram no âmbito do tipo penal quando socialmente inadequadas, isto é, quando valoradas socialmente como contrárias às concepções ético-sociais que inspiram uma determinada sociedade em um dado momento histórico.²³²

230 *Ibidem*, p.212.

231 MELIÁ, Manuel Cancio. **Las origens de la teoria de la adecuación social**. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1988, p. 15.

232 PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo,

A adequação social nasce como resposta à teoria puramente causal positivista, segundo a qual a ação e o resultado eram compreendidos na mesma ocasião, isto é, havia uma apreciação conjunta de ambos, cedendo espaço à teoria finalista, de acordo com a lição de Tavares.

A questão do desvalor do ato e do resultado sempre esteve implicitamente presente em toda a dogmática, desde a teoria causal, mas começou a vir à tona com a teoria finalista, através da concepção do injusto pessoal: o injusto não é produzido pela simples causalidade, mas somente como obra de uma determinada pessoa, tendo em vista seus objetivos, motivos ou deveres para com o fato, que apresentam a mesma importância para o injusto que a lesão efetiva de bens jurídicos.²³³

A partir do abandono do conceito puramente causal da ação e da ideia de identificação de crime como simples lesão causal e externa ao bem jurídico, é que surge a adequação social com a evolução do conceito de ação para o conceito social na busca de sua compreensão através da valoração do contexto histórico e cultural, segundo esclarece Faria.

E porque a valoração de acção a que procede Welzel é antes de mais uma valoração social, não nos parece ter razão Jakobs quando identifica, desde sua gênese, o conceito de adequação social como pensamento finalista, uma vez que ele, na verdade, nasce com a valoração social da acção, valoração de um contexto social, como um juízo sobre o cumprimento social

v. 95, n. 844, p. 435-451, fev. 2006. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/28956?locale=en>. Acesso em: 18 out. 2023, p. 435.

233 Cf. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, *Op. cit.*, p. 312.

de papéis, de competências, como quer o mesmo Jakobs.²³⁴

Assim, a adequação social emerge como um instituto que visa afastar do campo de atuação jurídico-penal certas condutas consideradas como não desvaloradas sob a ótica social, onde as lesões ou ameaças de lesões aos bens jurídicos ocorrem dentro do normal desenvolvimento da vida em sociedade.

Para Welzel, a adequação social é um princípio de interpretação do tipo e tem como base a apreciação do que é comum na sociedade, tomando isso como critério para a interpretação da adequação penal²³⁵. Com isso, a partir de Welzel, passou-se a atrelar o sistema do fato punível à realidade social e à interpretação.

De acordo com Welzel, condutas socialmente adequadas são aquelas que se desenvolvem dentro do limite ético-social da vida em sociedade em determinado momento histórico²³⁶. Baseado nessa ideia, o princípio da adequação social tem a tarefa de excluir do campo do tipo penal as ações socialmente adequadas, ou seja, de realizar a exclusão do fato considerado típico pela lei.

O princípio da adequação social é de grande importância no desvalor da conduta na medida em que possibilita avaliar o sentido ético e social da atuação do agente em face do tipo penal criado pelo legislador à luz dos padrões dominantes²³⁷. A ideia é de que a conduta do agente deve ser apreciada levando em conta o contexto social em que vive, ou seja, a sua cultura refletida na forma de agir e de pensar.

A adequação à sociedade é o que se deseja do ser humano desde o seu nascimento, seguindo a trajetória natural até atingir a maturidade, com o respeito à sua individualidade e aos interesses

234 FARIA, Maria Paula Bonifácio Leite Ribeiro de. **A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal**. Porto: Coimbra, 2005, p. 36.

235 Cf. MELIÁ, Manuel Cancio, *Op. cit.*, p. 15.

236 WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003, p. 106.

237 Cf. PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de, *Op. cit.*, p. 439.

comuns. A conduta, quando realizada de acordo com a realidade atual de uma sociedade, não deve ser objeto de reprimenda estatal, conforme ressalta Nucci.

Exatamente do mesmo modo em que se defende a moderna aplicação do Direito Penal, no que se refere à valoração particularizada dos bens jurídicos, a ponto de acolher a carência típica ao detectar infração penal ínfima, deve-se sustentar a indiferença do Estado penal-punitivo ao constatar que, formalmente, amoldam-se ao tipo incriminador, porém, na essência, deles se afastam, pois preservados os bens jurídicos visados.²³⁸

Na conduta adequada socialmente, o desvalor da ação se encontra ausente, o que ocasionará, como consequência, o desvalor do resultado²³⁹. Nesses casos, a exclusão do resultado típico tem como fundamento a interpretação teleológica-restritiva dos tipos penais sob a influência das concepções ético-sociais que irão repercutir na tutela dos bens jurídicos²⁴⁰.

É importante destacar que, ao verificar que uma determinada conduta é atípica na seara penal, em virtude de ser aceita ou tolerada, não significa concluir que não deva ser considerada pelos demais ramos do Direito. Nesse sentido, Faria²⁴¹ explica que “a adequação social torna-se um ponto de vista “exclusivo” do Direito Penal, na medida em que permite alicerçar-se sobre o que efetivamente lhe importa, a danosidade social do comportamento”.

Portanto, a aplicação do princípio da adequação reforça o caráter subsidiário do Direito Penal, o que lhe confere legitimidade

238 Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, *Op. cit.*, p. 184.

239 Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**, *Op. cit.*, p. 160.

240 Cf. PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de, *Op. cit.*, p. 435.

241 Cf. FARIA, Maria Paula Bonifácio Leite Ribeiro de, *Op. cit.*, p. 281.

para sua aplicação como *ultima ratio*. Como consequência, o princípio da adequação social deve ser considerado não apenas por ocasião da aplicação da lei penal, mas em todas as suas etapas, desde a sua criação por parte do legislador, a fim de que não sejam criminalizadas condutas aceitas ou toleradas na sociedade.

Com base no exposto nesta seção, defende-se a posição de que a aplicação do princípio da adequação social exige prudência ao intérprete da lei penal, pois deve levar em consideração o caso concreto e suas particularidades, uma vez que podem existir alguns comportamentos que se ajustam ao tipo penal, mas que podem ser aceitos ou tolerados no meio social em que vivem, como ocorre, por exemplo, nos casos de prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso com mulher menor de 14 anos de idade, quando realizada de acordo com a cultura indígena. Nestes casos, é cabível a aplicação do referido princípio, visando a exclusão da tipicidade material, o que torna a conduta atípica e, conseqüentemente, afasta o crime, mesmo que a conduta tenha correspondência com a descrição do tipo legal.

Para a composição do injusto penal ao lado da tipicidade, tem-se a ilicitude, elemento importante para a aferição se o sujeito age ou não de acordo com o ordenamento jurídico ou sob uma causa de justificação.

4. A ILICITUDE NA TEORIA DO DELITO

Desde logo, deve-se destacar a relevância da análise da ilicitude como elemento componente do conceito de delito em relação ao estudo da reprovação de sua conduta no campo da culpabilidade. Neste momento, será aferida a presença ou não da potencial consciência da ilicitude, que possui íntima relação com a possibilidade ou não de responsabilização penal do indígena quando realiza determinados comportamentos no contexto de sua cultura.

De acordo com Olivé²⁴², na esfera da teoria do delito, em dois momentos são realizados juízo de valor: um recai sobre a conduta do agente e o resultado dela decorrente, que é o denominado injusto penal; e o outro recai sobre o próprio autor da conduta, que é a culpabilidade. Assim, é na ilicitude que se realiza o momento final da valoração sobre a conduta típica, seja ela dolosa ou culposa.

A licitude e a ilicitude, de modo geral, indicam, respectivamente, se a conduta está em conformidade ou em contradição com o Direito. Sob essa ótica, no Direito Penal, a ilicitude é a contradição entre a ação ou omissão humana e o ordenamento jurídico, considerando a abrangência do conjunto de suas permissões e proibições. Portanto, a ilicitude pressupõe um juízo de valor, a fim de verificar se a conduta está ou não em conformidade com o Direito. Caso não esteja, então, a conduta será desaprovada, perfazendo, assim, o injusto penal. Contudo, somente poderá dizer que existe crime quando se chegar ao último momento sistemático, que é a culpabilidade.

Conforme explica Lopes, o Direito Penal tem, no conceito de ilicitude, uma “característica de contrariedade objetiva do fato às normas positivadas”²⁴³, sendo que o juízo de censura da conduta fica para ser avaliada em outro momento, na culpabilidade. Nesse sentido, o autor ressalta que “a censurabilidade da pessoa, por

242 OLIVÉ, Juan Carlos Ferré *et al.* **Direito penal brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 366.

243 Cf. LOPES, Luciano Santos, *Op. cit.*, p. 21.

subjetivamente querer se conduzir contrariamente à norma, fica para a culpabilidade”²⁴⁴.

Ressalte-se que o juízo de reprovação da conduta, ou seja, a culpabilidade, apenas poderá ser realizado depois da constatação prévia da existência de uma ação típica e contrária ao Direito, ou seja, quando presente o injusto penal. Para melhor compreensão do tema, impõe-se a conceituação da ilicitude, como meio para conferir melhor visão desse elemento integrado do delito.

4.1. CONCEITO DE ILICITUDE

Ilicitude e antijuridicidade são expressões utilizadas como sinônimas para identificar uma questão que integra o segundo elemento do conceito analítico de crime. Contudo, essa posição não é uníssona, pois há quem defenda que a expressão antijuridicidade não é a mais apropriada. Nesse sentido, Fernando Galvão esclarece que “o crime é um fato jurídico e seria contraditório reconhecer nele uma *antijuridicidade*”²⁴⁵. Seguindo essa concepção, o mais adequado seria a doção da expressão ilicitude e não antijuridicidade.

(...) o certo será, pois, dizer que o delito é um *fato jurídico*, classificado, em uma das ramificações deste, entre os denominados atos ilícitos. Podemos, portanto, atribuir-lhe corretamente, como fazem, aliás, os autores portugueses (dentre os quais Eduardo Correia, Figueiredo Dias e Cavaleiro de Ferreira) a *ilicitude*, sem incorrer naquela contradição apontada por Carnelutti.²⁴⁶

244 *Ibidem*, p. 21.

245 GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 14. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 411.

246 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 160.

Vale destacar que a expressão ilicitude foi adotada na reforma da parte geral do Código Penal de 1984, como se constata nos termos contidos nas indicações dos arts. 21 e 23, que tratam, respectivamente, de *erro sobre a ilicitude do fato* e *exclusão de ilicitude*²⁴⁷. Nesta perspectiva, Lopes²⁴⁸ esclarece que “certo é que nenhum fato (ato) é antijurídico, posto que é regulado pelo instrumental jurídico. O fato (ou ato) é, na estrutura jurídica (e não antijurídica), proibido/ilícito”.

Sobre a ilicitude, é possível defini-la como um desvalor atribuído à conduta humana por ser contrária ao Direito, de modo que a ação não é aceita pelo ordenamento jurídico²⁴⁹. Assim, a ilicitude é uma conclusão realizada pelo julgador ao encerrar um juízo de valor, onde resta demonstrado que o agente praticou uma conduta descrita no tipo penal que não estava autorizada pela norma jurídica, ocasionando a ameaça ou a violação de bem jurídico.

É no injusto penal, composto pela tipicidade e ilicitude, que se realiza o juízo de valor que recairá sobre a conduta do agente. Na tipicidade, será realizado o juízo de adequação, onde a conduta será apreciada se ela se adequa ao modelo descrito no tipo penal. Por sua vez, na ilicitude, será realizado o juízo sobre a conduta no sentido de verificar se ela contraria o ordenamento jurídico em vigor²⁵⁰. No desenvolvimento do presente trabalho, adotar-se-á a expressão ilicitude por entender ser a mais coerente e adequada. Nesse ponto, é interessante analisar as relações existentes entre ilicitude e injusto, ilicitude e antinormatividade e ilicitude e tipicidade.

4.2. ILICITUDE E INJUSTO

De antemão, faz-se esclarecer que, por vezes, as expressões *ilicitude* e *injusto* são tratadas como se fossem sinônimas, o que é

247 *Ibidem*, p. 160.

248 Cf. LOPES, Luciano Santos, *Op. cit.*, p. 26.

249 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 149.

250 *Ibidem*, p. 149.

equivocado, pois são conceitos distintos. Nesse sentido, Muñhoz Conde leciona que:

Enquanto a ilegalidade é uma qualidade da ação comum a todos os ramos do sistema jurídico, o injusto (às vezes também chamado de ilícito) é uma ação ilegal específica: a ação ilegal de roubo, homicídio, quebra de contrato, infração administrativa. É por isso que falamos de injusto criminal, injusto civil ou injusto administrativa, embora a antijudicialidade se aplique a todo o ordenamento jurídico. (tradução nossa)²⁵¹²⁵²

Pode-se afirmar que, conforme esclarece Bitencourt²⁵³, “a antijuridicidade é um predicado e o injusto, um substantivo”, tendo em vista que o injusto é a forma de conduta ilícita propriamente, enquanto a antijuridicidade é uma qualidade dessa forma de conduta. De modo mais específico, é a contradição diante do ordenamento jurídico. Por sua vez, nos ensinamentos de Tavares²⁵⁴, a ilicitude é a relação de contrariedade existente entre a conduta vedada ou imposta e o ordenamento jurídico, enquanto o injusto é a conduta típica e ilícita, de maneira que “o injusto engloba todos os elementos da conduta típica e antijurídica, em contraste com a culpabilidade, que trataria especificamente da relação entre o injusto e o autor”.

Seguindo essa mesma linha que estabelece distinção entre ilicitude e injusto, Roxin ensina que a “*antijuridicidade* designa uma propriedade da ação típica, a saber, sua contradição com as proibições

251 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria General del Delito**, *Op. cit.*, p. 66.

252 Mientras que la antijuridicidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto (aveces también llamado ilícito) es una acción antijurídica determinada: la acción antijurídica de hurto, de homicidio, de incumplimiento contractual, de infracción administrativa. Por eso se habla de injusto penal, injusto civil o injusto administrativo, aunque la antijudicialidad sea para todo el ordenamento jurídico.

253 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 220.

254 Cf. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, *Op. cit.*, p. 133-137.

e ordens do Direito Penal, por *injusto* se entende a própria ação típica e antijurídica”²⁵⁵. Assim, de acordo com essa concepção, sob o aspecto formal, a ilicitude é a etapa que se refere à realização de um juízo de valor diferente do juízo de tipicidade, pois, nesta, será analisada a subsunção entre o fato e a norma, ao passo que, na ilicitude, será tratada a valoração da força da norma proibitiva ou permissiva. Já o injusto abrange um juízo de valor maior, que vai além de seu aspecto formal, alcançando o campo material, representado pela valoração da ofensa ao bem jurídico.

Por fim, deve ser destacada, ainda, de acordo com Santos²⁵⁶, a importância das distinções conceituais entre “*antijuridicidade* (qualidade invariável que existe ou não existe na ação típica) e *injusto* (conteúdo variável da lesão do bem jurídico)”, bem como a importância prática por ocasião da aplicação da lei penal.

A antijuridicidade abstrata (mera literalidade da lei) pode ser desconsiderada em situações específicas de inexistência ou de insuficiência do injusto concreto, como ocorre nas hipóteses de *ações socialmente adequadas* e, de modo especial, nos casos de bagatela abrangidos pelo princípio da insignificância (...).²⁵⁷

Portanto, resta clara a distinção existente entre ilicitude e injusto.

4.3. ILICITUDE E ANTINORMATIVIDADE

Outra diferença estabelecida diz respeito à ilicitude e à antinormatividade, apresentada por Welzel. O autor²⁵⁸ sustenta que o

255 Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 557-558.

256 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, *Op. cit.*, p. 215.

257 *Ibidem*, p. 215.

258 WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editora Roque Depalma, 1956, p. 76.

tipo penal descreve conceitos formas de possíveis condutas humanas e a norma proíbe a concretização dessas formas de condutas ali conceituadas. Quando ocorre a concretização da conduta conceituada no tipo de uma norma proibitiva, estará caracterizada uma contradição com a exigência da norma penal, ou seja, ocorrerá a realização de uma conduta contrária ao teor do comando proibitivo da norma, o que dá origem ao que Welzel denominou de “antinormatividade” da conduta.

Na concepção de Welzel²⁵⁹, toda conduta humana realizada de acordo com o tipo penal descrito na norma proibitiva é antinormativa. Porém, nem sempre ela será ilícita, uma vez que o ordenamento jurídico não é composto apenas de normas proibitivas, pois possui, também, normas permissivas, as quais permitem, de modo excepcional, a realização de condutas típicas. Nesse contexto, Welzel entende que a ilicitude é a contradição do tipo descrito na norma penal proibitiva com o ordenamento jurídico como um todo e não apenas com uma norma separada.

Para Zaffaroni²⁶⁰, a antinormatividade “é a contradição entre a conduta do sujeito e o conteúdo da proibição (tipos comissivos) ou da prescrição (tipos omissivos) consubstanciada na norma deduzida do tipo interpretada de modo conglobado com as demais normas integrantes da legislação vigente”. Seguindo a ideia de Welzel, Zaffaroni também defende a necessidade de uma impetração sistêmica das normas que integram o ordenamento jurídico, considerando que nele existem tanto normas proibitivas como permissivas.

A interpretação integrada das leis impõe antes de mais nada a dedução das normas proibitivas ou prescritivas (mandamentais), compreendendo-se, por força do princípio da reserva legal, que todas as condutas que não estejam expressamente proibidas ou prescritas (mandadas) por tais normas são lícitas.

259 *Ibidem*, p. 76.

260 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 18.

Contudo, mesmo condutas que tipicamente violem tais normas podem estar legitimadas por regras jurídicas reconhecedoras de que, sob determinadas circunstâncias, a realização da ação antinormativa constitui um direito que não pode ser negado ao agente como parte do exercício de sua liberdade social. Das leis não se deduzem apenas normas proibitivas ou permissivas, que cabe harmonizar com as demais.²⁶¹

Assim, percebe-se que o Direito Penal é composto tanto por preceitos de conduta humana proibitivos quanto permissivos, onde esses autorizam a realização de determinadas condutas típicas que, embora venham a ser consideradas como antinormativas, não são ilícitas. A título de exemplo, tem-se o caso do agente que provoca a morte de alguém (matar alguém), cuja norma possui o comando de que não se deve matar, mas a conduta de matar, uma vez concretizada dentro dos parâmetros legais exigidos pelo instituto da legítima defesa, não é ilícita.

Certo é que a ilicitude não pode ser vista apenas sob o aspecto formal, o que causaria uma aproximação simbiótica com a antinormatividade, em razão de possuírem o mesmo ponto de partida, que seria a contradição do comportamento à norma. Daí, a necessidade de ressaltar o conteúdo material da ilicitude para buscar determinar se, efetivamente, houve ofensa ao bem jurídico como elemento a mais para integrar o seu conceito²⁶².

4.4. ILICITUDE E TIPICIDADE

A ilicitude, também, não se confunde com tipicidade, posto que é possível a existência de uma conduta típica que não se caracterize

²⁶¹ *Ibidem*, p. 18.

²⁶² Cf. LOPES, Luciano Santos, *Op. cit.*, p. 31.

como ilícita. Neste viés, a relação entre ilicitude e tipicidade possuem qualidades distintas na conduta punível.

Considerando o conceito tripartido do fato punível, onde tipicidade e ilicitude são elementos autônomos dentro do injusto, a conduta típica indica a ilicitude do fato e as causas de justificação afastam a ilicitude do fato, pode-se concluir que todo comportamento típico é ilícito, com exceção daqueles que se encontram acobertados pelas justificações²⁶³. Assim, a ilicitude é estabelecida por um critério negativo: a ausência de justificação. Leva-se em conta, ainda, que a ilicitude é um juízo de contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico em seu conjunto, de modo que, em havendo causa de justificação que autorize a realização da conduta, não há que se falar em ilicitude.

Nesse contexto, a tipicidade não representa um simples fundamento cognitivo, *ratio cognoscendi*, da ilicitude, onde a violação da norma jurídica constitui apenas um caráter indiciário de que a conduta seja ilícita. Mais que isso, a ilicitude compõe a própria razão de ser da ilicitude, *ratio essendi*, onde o tipo não apenas indica, mas também é o fundamento real e de validade da ilicitude, conforme a lição de Mezger.

Quem age tipicamente também age antijuridicamente, desde que não haja causa de exclusão do injusto. O tipo jurídico-penal que descreve o referido ato típico tem, portanto, o maior significado em termos da existência da antijuridicidade criminalmente relevante da ação: é a base real e válida (“*ratio essendi*”) da antijuridicidade, embora sujeita, sempre, ao fato de a ação não parecer justificada em virtude de uma causa especial de exclusão do injusto. Se isso ocorrer,

263 Cf. SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**, *Op. cit.*, p. 214.

a ação não é antijurídica, a pesar de sua tipicidade.
(tradução nossa)^{264 265}

É importante estabelecer a distinção entre tipicidade e ilicitude, diante da qual são definidas as exigências necessárias para a conceituação de crime, a fim de propiciar ao cidadão a proteção contra eventuais abusos relacionados à intervenção repressiva do Estado. Além das distinções aqui apontadas em relação à ilicitude, outro aspecto que se debate no mesmo campo é se ela é essência ou elemento do crime.

4.5. ILICITUDE COMO ESSÊNCIA DO CRIME E ILICITUDE COMO ELEMENTO DO CRIME

Dentro do estudo da ilicitude, surgiram tendências opostas quanto à sua posição em relação ao crime. Por exemplo, existe uma corrente que defende a ilicitude como elemento do crime e outra que sustenta a ilicitude como essência do crime.

Para os que defendem a ilicitude como essência do crime, desponta Antolisei²⁶⁶, quem sustenta a ideia de que a ilicitude é a contradição entre a conduta e o preceito constante no ordenamento jurídico, de modo que o crime representa a violação da norma que possuía a valoração social para o comportamento hipotético, situação que constituía a própria ilicitude. Em outras palavras, como o crime é uma violação a uma norma penal, essa relação de contradição exaure

264 Cf. MEZGER, Edmund, *Op. cit.*, p. 337.

265 El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico-penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de validez (“ratio essendi”) de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad.

266 ANTOLISEI, Francesco. **Manual de derecho penal**: parte general. 8. ed. Bogotá: Temis, 1988, p. 142.

sua essência. Nesta perspectiva, Antolisei²⁶⁷ não admite que a ilicitude seja objetiva ou subjetiva e esclarece que “a antijuridicidade, aceitando o delito em seu conjunto, não pode ser objetiva nem subjetiva: é simplesmente a relação de contradição entre o fato unitariamente considerado e os ditames do ordenamento jurídico”.

Seguindo a mesma posição de Antolisei, Batagline²⁶⁸ defende que a ilicitude não pode ser considerada como elemento nem característica do crime, mas o crime em si mesmo. No mesmo passo é a concepção de Rocco²⁶⁹, para quem o delito seria a violação ou lesão ao Direito decorrente da ação contrária ao Direito Penal, o que corresponde à ilicitude, de modo que a ilicitude não pode ser considerada como elemento constitutivo do delito, mas a sua própria essência.

No âmbito nacional, o grande defensor dessa posição foi Everardo Luna²⁷⁰, quem apoiou a ilicitude como a “relação de contrariedade entre a ação humana e a norma do Direito”. Com isso, entendia que a ilicitude era uma só, devendo ser considerada como essência do crime. De acordo com a posição defendida, tipicidade e ilicitude não são considerados elementos autônomos e, sim, como um juízo de valor que constitui a essência do crime.

Em sentido contrário, há os que defendem a ideia de ilicitude como um dos elementos do crime. Ressalte-se que esta é a posição predominante na doutrina brasileira.

Na concepção de Mezger²⁷¹, por exemplo, a ilicitude era um elemento do delito, constituindo-se em um juízo de valor que incidia sobre a exteriorização da vontade do agente, que atribuía a condição

267 *Ibidem*, p. 142.

268 BATAGLINE, Giulio. **Diritto Penale**: Parte Generale. Padova: CEDAM, 1949, p. 162.

269 ROCCO, Arturo. **El objeto del delito y de la tutela jurídica penal**. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2001, p. 493.

270 LUNA, Everardo da Cunha. **Culpabilidade**. Capítulos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 113.

271 Cf. MEZGER, Edmund, *Op. cit.*, p. 307.

de ilícita. Beling²⁷², ao defender a mesma posição, esclarece que a ilicitude não contém divisões, sendo considerada como pressuposto geral da sanção, ou seja, somente é possível falar em ação punível no âmbito penal quando uma conduta se encontra em contradição com o ordenamento jurídico.

Mesmo com a chegada do finalismo, que trouxe para a ideia de delito o aspecto subjetivo na conduta do agente, Welzel²⁷³ manteve a separação entre a tipicidade e a ilicitude, considerando esta como elemento do delito e destacando que a ilicitude constitui “el desacuerdo de la acción com las exigências que impone el derecho para las acciones que se realizan em la vida social”. Para Welzel, considerando que as normas permissivas estabelecem a criação de uma ordem importante para a vida social, a ilicitude seria o desvalor da conduta que contraria a ordem jurídica.

Seguindo a mesma posição, mas com uma mudança, Maurach²⁷⁴ sustenta que a ilicitude seria a aferição das particularidades as quais afastam a sanção do fato típico quando se encontrar presente alguma causa de justificação. Assim, para o autor, a ilicitude se restringe à caracterização negativa do fato humano, constituindo-se, assim, um juízo sobre o acontecer.

No Direito brasileiro, grande parte da doutrina admite a ilicitude como elemento do delito. Dentre os seus defensores, destacam-se Nélon Hungria e Aníbal Bruno. Para Aníbal Bruno²⁷⁵, a ilicitude seria a contradição entre o fato e as exigências contidas no ordenamento jurídico. Por sua vez, esse juízo de contradição deve ser realizado sob o campo objetivo. Da mesma maneira, na concepção de Nélon Hungria²⁷⁶, a ação ilícita é aquela realizada em desacordo com

272 VON BELING, Ernst. **Esquema de derecho penal** – la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 22.

273 Cf. WELZEL, Hans. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 57.

274 MAURACH, Reinhard. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ariel, 1962, p. 347.

275 BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 347.

276 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 22.

a ordem jurídica, sendo que a ilicitude deve ser analisada de forma objetiva, independentemente da capacidade penal do agente.

Para este estudo, a posição assumida é a de que a ilicitude constitui elemento do crime, pois somente se pode falar em conduta ilícita quando realizada em desconformidade com o ordenamento jurídico. Ao lado desse debate, há uma discussão interessante em relação à ilicitude que diz respeito à sua divisão em formal e material.

4.6. ILICITUDE FORMAL E MATERIAL

É de grande importância o exame acerca da distinção entre a ilicitude formal e a ilicitude material, considerando as funções do Direito Penal. Isto porque ela não se exaure na relação existente entre a conduta e a norma, já que existe um dano social, representado pela ilicitude material.

Para Toledo²⁷⁷, a ilicitude, uma vez entendida como sendo a contrariedade entre o fato e a norma jurídica, enquadra-se no conceito formal. A partir dessa concepção formal, busca-se um conceito mais aprimorado de ilicitude, quando, então, desenvolve-se o pensamento de ilicitude material, estabelecendo, assim, uma diferença entre ambas. Tal diferença remonta da ideia de Franz Von Liszt, que divide o conceito de ilicitude nessas duas modalidades²⁷⁸. Liszt afirma que é, materialmente ilícita, a conduta socialmente danosa, ou seja, aquela que provocava lesão ou põe em perigo um bem jurídico²⁷⁹.

De acordo com Bitencourt²⁸⁰, Liszt sustenta que a ilicitude formal é “todo comportamento humano que viola a norma penal, ao passo que é *substancialmente antijurídico* o comportamento humano quando fere o interesse social tutelado pela própria norma”. Ocorre

277 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 161.

278 *Ibidem*, p. 161.

279 Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 559.

280 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 222-223.

que esse conceito chega a se confundir com a tipicidade, uma vez que a contradição existente entre o comportamento humano e a lei se exaure no fato típico. Ainda, segundo o autor, houve a necessidade de um melhor aprofundamento do conceito, o que resultou na ideia de ilicitude material, consistente na realização da conduta humana causadora de lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico protegido, sendo que referida lesão pressupõe um dano à sociedade.

A divisão de ilicitude formal e material é esclarecida por Muñoz Conde ao lecionar que:

A antijuridicidade não se esgota, porém, nesta relação de oposição entre ação e norma, mas tem também um conteúdo material, reflectido na ofensa ao bem jurídico que a norma quer proteger. Falando neste caso de antijuridicidade material. A antijuridicidade formal e a material nada mais são do que aspectos do mesmo fenómeno. (tradução nossa)²⁸¹²⁸²

De acordo com Zaffaroni²⁸³, para a determinação da ilicitude, comumente, o legislador busca a valoração de carácter social, o que não implica dizer que toda ilicitude se transforma em campo fechado a critérios sociológicos. Por essa razão, o autor nega a existência de outro fundamento para a ilicitude que não seja a lei, mesmo que, para a sua determinação, haja a necessidade de buscar valorações sociais. Desse modo, ele não concorda com a ideia de ilicitude material oposta à formal. Para tanto, explica que “a antijuridicidade é una, material porque invariavelmente implica a afirmação de que um bem jurídico

281 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**, *Op. cit.*, p. 66.

282 La antijuridicidade no se agota, sin embargo, em esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también um contenido material, reflejado em la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. De habla em este caso de antijuridicidade material. Antijuridicidad formal y material no son sino aspectos del mismo fenómeno.

283 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 492.

foi afetado, formal porque seu fundamento não pode ser encontrado fora da ordem jurídica”²⁸⁴.

Por outro lado, na visão de Toledo²⁸⁵, é descabida a dicotomia ilicitude formal e material, uma vez que a conduta realizada em contrariedade à ordem jurídica sempre ocasionará lesão ou colocará em perigo de lesão bens jurídicos protegidos por essa ordem jurídica. Sob essa ótica, apenas teria sentido essa divisão de ilicitude formal e material se fosse possível a existência da primeira sem a segunda. Seguindo essa posição, Bettiol²⁸⁶ reforça a inconsistência de realizar tal separação, posto que apenas é ilícito o comportamento humano capaz de provocar lesão ao bem jurídico. Caso isso não ocorra, não há que se falar em ilicitude.

Ao lado dessa divisão, são apontadas, ainda, as consequências práticas decorrentes da ilicitude material. Nesse aspecto, a primeira seria a orientação ao legislador, visando estabelecer os tipos penais e permitir a graduação do injusto penal, de acordo com sua gravidade, com reflexos na dosimetria da pena. A segunda é a possibilidade de admitir a existência de causas supralegais de justificação, baseadas no princípio da ponderação dos bens²⁸⁷.

Já, para Roxin, as consequências práticas da ilicitude material são três. A primeira é permitir a graduação do injusto penal, de acordo com a sua gravidade. A segunda é admitir a interpretação dos elementos do tipo penal em todos os casos em que a conduta poderia se subsumir ao teor literal de um preceito penal e seu significado social. Por fim, a terceira é desenvolver e determinar o conteúdo das causas de justificação²⁸⁸.

O ponto em comum na análise do conceito de ilicitude material é que se leva em conta a ofensa ou a ameaça de ofensa ao bem jurídico

284 *Ibidem*, p. 492.

285 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 162.

286 BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 335.

287 *Ibidem*, p. 162.

288 Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 559-560.

tutelado pelo ordenamento jurídico-penal que afronta o interesse da sociedade. Portanto, ao considerar que o objeto do Direito Penal é o bem jurídico, a ilicitude material desempenha a função de proteção do bem jurídico. Ao lado desse aspecto, há a apreciação que se deve fazer acerca dos questionamentos acerca da existência de ilicitude genérica e específica.

4.7. ILICITUDE GENÉRICA E ESPECÍFICA

A ilicitude é um conceito geral de Direito que se aplica aos seus diversos ramos. Logo, não é utilizada apenas no Direito Penal, mas também como um conceito amplo com aplicação a todas as esferas do mundo jurídico²⁸⁹.

Dentro do Direito Penal, surge o questionamento sobre a existência de uma ilicitude penal que pode refletir no conceito de injusto penal, decorrente da composição do tipo legal mais a ilicitude, que seria a ilicitude específica. Acerca da existência de uma ilicitude penal diferente da geral, Vargas²⁹⁰ faz algumas considerações se opondo à ideia de que a ilicitude geral não abarcaria a ilicitude penal, sob o argumento de que, no Direito Penal, o foco seria a sanção, sem abordar a violação das normas.

Sob essa ótica, conforme destaca Lopes²⁹¹, o Direito Penal assumiria um papel sancionador e nada mais que isso, o que o rechaçaria o objeto de tutela do Direito Penal, que são os bens jurídico-penais. Portanto, aceitar o Direito Penal como o ramo do Direito que exerce o papel meramente sancionador é negar a limitação estabelecida pela Constituição em relação à incidência dos princípios a ele inerentes, como a proporcionalidade, a ofensividade e a intervenção mínima.

289 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 226.

290 VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal: parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 319.

291 Cf. LOPES, Luciano Santos, *Op. cit.*, p. 38.

Para Toledo²⁹², o fato ilícito está contido no injusto penal, detentor de maiores exigências, e este, por sua vez, está situado dentro de um campo maior que é o injusto extrapenal, cujas exigências são mais reduzidas para a sua caracterização. Assim, pode existir um ilícito civil ou administrativo (campo maior) sem que esteja caracterizado, também, como ilícito penal (campo menor). Porém, a existência do ilícito penal acarreta, também, a configuração do ilícito extrapenal. Por fim, o autor arremata que a ilicitude penal sempre terá uma natureza típica, que se expande para todo o ordenamento jurídico. Por outro lado, destaca que a ilicitude civil apenas adquirirá o caráter de ilícito penal se receber a complementação da tipicidade. Além dessa questão, cabe esclarecer, ainda, as ideias relacionadas à ilicitude objetiva e subjetiva.

4.8. ILICITUDE OBJETIVA E SUBJETIVA

A ilicitude objetiva decorre da denominada responsabilidade objetiva ou responsabilidade sem culpa, onde o simples fato de fazer ou não fazer já configura o delito, independentemente de outros elementos ou circunstâncias de caráter subjetivo, seja a condição do agente ou a manifestação de vontade na realização da conduta²⁹³. Dessa maneira, trata-se de um juízo de valor que relaciona a ação à norma.

Nessa linha, a ilicitude objetiva é tida como a reprovação da conduta, considerando, exclusivamente, o teor proibitivo da norma, independentemente dos aspectos pessoais do agente, ou seja, tem como única referência o conteúdo proibitivo da norma. Diante dessa ideia, a ilicitude objetiva sofre críticas em virtude de se voltar ao cuidado com a ofensividade aos bens jurídicos tutelados e de deixar de realizar a apreciação subjetiva da conduta.

292 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 165.

293 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 165.

Sob a ótica subjetivista da ilicitude, a vontade do agente em realizar a conduta, juntamente com o resultado, dotará de elementos ou circunstâncias capazes de verificar a caráter proibido da conduta. Assim, a ilicitude necessita de referência à desobediência ao comando dado pela norma²⁹⁴.

Por outra perspectiva, Zaffaroni²⁹⁵ discorda e sustenta a ideia de que o sentido objetivo da ilicitude não recai sobre a integralidade da conduta, mas somente sobre o seu aspecto objetivo. Por isso, ele sustenta que o injusto é complexo, seguindo a sistemática objetivo-subjetivo do delito.

A concepção acerca da existência de elementos subjetivos da ilicitude é defendida por Jiménez de Asúa²⁹⁶, quem defende que eles existem, embora não previstos de forma expressa no tipo, uma vez que somente com esses elementos há a possibilidade de estabelecer diferenças quanto à vontade criminosa do agente. Neste sentido, a ilicitude subjetiva anuncia a ilicitude como parte de um elemento interno da conduta do agente, de modo que a ausência dos elementos subjetivos do injusto ocasiona a atipicidade da conduta. Assim, não se rechaça a subjetividade do injusto penal. Contudo, a sua existência não recai sobre a sua totalidade, preservando a ilicitude objetiva por ocasião da análise da conduta no caso concreto.

Embora a regra seja que as normas estabelecem proibições e obrigações de realização de comportamentos descritos no tipo penal, há situações que, em casos pontuais, é permitida a prática de condutas proibidas, que estabelecem a licitude da conduta típica, é o que se chama de excludente de ilicitude.

294 Cf. LOPES, Luciano Santos, *Op. cit.*, p. 45.

295 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 493.

296 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, *Op. cit.*, p. 717.

4.9. EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Diversas são as terminologias utilizadas pela doutrina para denominar as causas legais de exclusão de ilicitude. Dentre elas, podem ser mencionadas as seguintes: causas excludentes de antijuridicidade, causas de exclusão do crime e causas de justificação²⁹⁷. Em termos conceituais, as causas de exclusão de ilicitude constituem garantias em favor de certas condutas autorizadas pelo Direito, quando, por razões diversas e em situações emergenciais, o Estado não pode propiciar a proteção dos interesses do cidadão naquele momento, situação que justifica o esforço do particular para garantir o seu direito.

A fim de regulamentar essas situações especiais, o Estado criou as chamadas causas legais de justificação, nas quais estão previstas as condutas permissivas, que, uma vez praticadas pelo particular, desde que justificada a violação da norma proibitiva, afasta a ilicitude. As causas gerais de justificação estão previstas no artigo 23 do Código Penal brasileiro, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Doutrinariamente, Bitencourt²⁹⁸ aponta que, embora a legislação brasileira não contemple, a doutrina e a jurisprudência nacionais reconhecem a viabilidade dogmática de causas supralegais de exclusão de ilicitude, sendo as mesmas decorrentes do caráter fragmentário do Direito Penal.

4.9.1. FUNDAMENTO DA EXCLUSÃO DE ILICITUDE

No ordenamento jurídico, não existem apenas normas proibitivas, mas também normas permissivas, as quais justificam a violação do que é vedado pela norma em circunstâncias específicas, que são as denominadas causas de justificação. Ocorrendo uma causa

297 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 240.

298 *Ibidem*, p. 240.

de justificação, ou seja, existindo casos em que o Direito Penal autoriza a realização da conduta típica, a norma proibitiva perde sua força.

Há uma certa dificuldade em sistematizar as justificações levando em conta as diversas fundamentações e suas variadas origens, que não são limitadas pelo Direito Penal. Desse modo, segundo Santos²⁹⁹, destacam-se as teorias monistas que apresentam a finalidade como princípio unitário em que se baseia a fundamentação e se apresenta de variadas formas. Ao lado delas, existem as teorias pluralistas, as quais apontam como fundamento alguns princípios sociais que vão variar de acordo com a causa de justificação.

Nas lições de Roxin³⁰⁰, atualmente, já não se busca uma base própria para cada espécie justificante, mas, sim, um sistema construído em fragmentos parciais de uma unidade superior. Para Mezger, as causas de justificação se baseiam ou na falta de ilicitude, de acordo com o princípio da ausência de interesse, ou no interesse maior, conforme o princípio do interesse preponderante³⁰¹. Para ele³⁰², o contraste entre proibição e permissão é explicado pelo sistema regra-exceção e esclarece que “[e]n este estudio del problema de las causas que excluyen la antijuridicidad nunca insistirá lo bastante sobre el hecho de que en el *sistema* de regla-excepción aqui elegido no se trata realmente más que de una forma de *exposición* del asunto.”.

O Estado como único detentor do direito de punir possui, também, o dever de tutelar os bens jurídicos através de diversas medidas estatais, como, por exemplo, a aplicação e o cumprimento de pena. Contudo, de modo excepcional, o Estado confere, ao particular, a proteção de bens jurídicos, onde este atua com a permissão daquele, assumindo, assim, o dever do Estado.

De mais a mais, Brandão³⁰³ explica que as condutas realizadas em tais circunstâncias “têm o condão de excluir a antijuridicidade da

299 Cf. SANTOS, Juares Cirino dos. **Direito Penal**, *Op. cit.*, p. 218-219.

300 Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 285-286.

301 Cf. MEZGER, Edmund, *Op. cit.*, p. 362.

302 *Ibidem*, p. 362.

303 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 169.

ação, isto é, têm o condão de excluir o desvalor que qualificaria o fato como contrário ao direito”, de modo que o agente, ao atuar dentro dos limites da exclusão da ilicitude, terá a sua conduta considerada lícita.

Com base na ideia de ilicitude material, a razão para a realização de condutas consideradas como típicas tem como fundamento o bem jurídico, levando em conta a sua valoração, pois estará afastada a ilicitude da conduta quando o agente ofender ou expor a perigo um bem jurídico para defender outro bem de igual ou maior valor, se este for o único meio para protegê-lo³⁰⁴.

Com base nisso, haverá licitude da conduta lesiva ao bem jurídico quando esta for indispensável para a proteção de outro bem jurídico de relevância igual ou superior. Por exemplo, no conflito entre bens jurídicos tutelado, a violação de um bem jurídico acarreta a proteção de outro. Ademais, vale esclarecer que, mesmo que a conduta do agente não tenha sido eficaz para proteger o bem jurídico que se pretendia defender e com isso tenha provocado a lesão a outro bem jurídico, a conduta do agente não deixará ser acobertada pela causa de justificação.

As causas legais de exclusão de ilicitude estão elencadas no artigo 23 do Código Penal.

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:
I- em estado de necessidade;
II- em legítima defesa;
III- em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.³⁰⁵

Além das causas legais de justificação, existem, também, as causas supralegais de justificação, que podem ocorrer não em razão

304 Cf. MEZGER, Edmund, *Op. cit.*, p. 442.

305 BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 mar. 2022, s.p.

da norma jurídica e, sim, com base em normas de cultura, conforme esclarece Bitencourt.

Aliás, a existência de causas justificantes supralegais é uma decorrência natural do caráter fragmentário do Direito Penal, que jamais conseguiria catalogar todas as hipóteses em que determinadas condutas poderiam justificar-se perante a ordem jurídica, mesmo quando eventualmente se tornem adequadas a algum tipo penal.³⁰⁶

Atualmente, as causas supralegais de justificação são amplamente aceitas em nosso ordenamento jurídico.

4.9.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE

A doutrina brasileira, por muito tempo, defendeu que as causas de exclusão de ilicitude deveriam ser analisadas apenas de maneira objetiva, desconsiderando a relação anímica entre o agente e o fato justificado. Conforme explica Galvão³⁰⁷, “considerava-se na ilicitude a existência objetiva do crime, decorrente da vontade da lei, independentemente da consciência da ilicitude do fato que era matéria a ser examinada na culpabilidade”.

Contudo, houve mudança desse pensamento e, atualmente, entende-se de forma majoritária que, nas causas de justificação, estão presentes não apenas os elementos objetivos, mas os subjetivos também. Conforme ensina Bitencourt³⁰⁸, para a configuração de uma causa de justificação não são suficientes apenas os elementos objetivos, sendo necessária a presença do elemento subjetivo representada pela

306 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 240.

307 Cf. GALVÃO, Fernando, *Op. cit.*, p. 425.

308 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 241-242.

“consciência de agir acobertado por uma excludente, isto é, com vontade de evitar um dano pessoal ou alheio”.

Nesse sentido é a lição de Zaffaroni³⁰⁹ ao destacar que, ‘no tipo permissivo de legítima defesa requer-se o conhecimento da situação de defesa, isto é, o reconhecimento da agressão, e a finalidade de defender-se’. Comungando do mesmo pensamento, Toledo³¹⁰ destaca que, “assim como no estado de necessidade e nas demais causas de justificação, exige-se o elemento intencional que, na legítima defesa, se traduz no propósito de defender-se”. Deve-se esclarecer que tal posicionamento decorre da adoção da teoria finalista da ação, adotada pelo nosso Código Penal, com a reforma de sua parte geral de 1984, onde se confere relevância à finalidade, conforme leciona Welzel.

As causas de justificação possuem elementos objetivos e subjetivos. Para a justificação de uma ação típica, não basta que sejam dados os elementos objetivos da justificação, mas o autor deve conhecê-los e também ter as tendências subjetivas especiais de justificação. Assim, por exemplo, na legítima defesa ou no estado de necessidade (justificação), o autor deve conhecer os elementos objetivos da justificação (a agressão atual ou o perigo atual) e ter vontade de defender ou resgatar. Se faltar um ou outro elemento subjetivo de justificação, o autor não está justificado, apesar da existência dos elementos objetivos de justificação. (tradução nossa)^{311 312}

309 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 505.

310 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 205.

311 Cf. WELZEL, Hans. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 100.

312 Las causales de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos. Para la justificación, de una acción típica no basta que se den los elementos objetivos de justificación, sino que el autor debe conocerlos y tener además las tendencias subjetivas especiales de justificación. Así, por ejemplo, em la legitima defensa ou em el estado de necesidad (justificante) el autor deberá conocer los elementos objetivos de la justificación (la agresión actual o el peligro actual) y tener la voluntad de defensa o de salvamento. Si faltare el uno o el outro elemento subjetivo de justificación, el autor no queda justificado a pesar de la existencia de los elementos objetivos de justificación.

De acordo com essa concepção, os elementos subjetivos estão representados pelo conhecimento (ou consciência) da situação justificante e pela vontade da realização da defesa. Por outro lado, existe a posição que sustenta que o elemento subjetivo consiste apenas no conhecimento da situação justificante, sem a necessidade da presença da vontade de defesa do agente. Um dos autores que sustenta essa concepção é Roxin, que ensina:

Segundo a opinião aqui defendida, já dominante, para a justificação basta, em princípio, que o sujeito atue objetivamente no quadro do que é justificado e subjetivamente com conhecimento da situação justificadora. Nesse caso, o dolo de fazer algo objetivamente de acordo com o Direito já elimina o desvalor da ação e, portanto, o injusto. Não é necessário que o sujeito também atue em virtude da finalidade de justificação. (tradução nossa)^{313 314}

Apesar das posições divergentes, na mesma linha de pensamento de Roxin, defende-se aqui que para a caracterização de uma causa justificante não basta o elemento objetivo, sendo necessária a presença do elemento subjetivo em todas as causas de justificação, representado pelo conhecimento da referida situação, tornando dispensável a vontade de agir e forma permitida pelo ordenamento jurídico. Para esses casos, o legislador se preocupou em normatizar essas situações, as quais passaram a ser denominadas de causas legais de exclusão de ilicitude.

313 Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 597.

314 Según la opinión aquí defendida, ya dominante, para la justificación es en principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación justificante. En tal caso tiene dolo de hacer algo objetivamente conforme a Derecho elimina ya el desvalor de la acción y por tanto el injusto. No es necesario que el sujeto obre además en virtud de la finalidad de justificación.

4.10. CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE

As causas legais de exclusão de ilicitude ou de justificação estão elencadas no artigo 23 do Código Penal e são o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de Direito.

4.10.1. ESTADO DE NECESSIDADE

O estado de necessidade surge sempre que for preciso lesionar um bem para evitar um mal, devendo ser observada a proporcionalidade existente entre o mal que foi provocado e o mal que foi evitado diante da situação emergencial. No Direito brasileiro, o estado de necessidade é definido no artigo 24 do Código Penal.

Art. 24 Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual que não provocou por sua vontade nem podia por outro modo evitar Direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§1º Não pode alegar estado de necessidade quem tem o dever legal de enfrentar o perigo.

§2º Embora seja razoável o sacrifício do bem ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.³¹⁵

A fim de explicar a natureza jurídica do estado de necessidade, duas teorias surgiram: a teoria diferenciadora e a teoria monista. De acordo com a teoria diferenciadora, surgida na Alemanha, o estado de necessidade pode ocasionar a exclusão tanto da culpabilidade quanto da ilicitude. Haverá a exclusão da culpabilidade quando o bem sacrificado for do mesmo valor que o bem preservado. Contudo,

315 Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, *Op. cit.*, s.p.

se o sacrificado for de valor inferior ao bem preservado, o estado de necessidade terá o condão de afastar a ilicitude, sendo considerada como uma causa de justificação³¹⁶.

Ao abordar a teoria diferenciadora, Bittencourt³¹⁷ esclarece que ocorrerá o estado de necessidade justificante “quando o bem ou interesse sacrificado for de menor valor”. Nesse caso, a conduta do agente será considerada lícita e afastará o crime, “desde que tal conduta tenha sido considerada indispensável para a preservação do bem mais valioso”³¹⁸. Já, em relação ao estado de necessidade exculpante, o autor enfatiza que ocorrerá “quando o bem ou interesse sacrificado for de valor igual ou superior ao que se salva”³¹⁹, sendo que, nessa hipótese, não há a aprovação pelo Direito, mas “ante a *inexigibilidade* da conduta diversa, exclui a culpabilidade”³²⁰.

Nesse aspecto, a teoria diferenciadora realça a diferença existente entre o estado de necessidade justificante, que exclui a ilicitude do fato, e o estado de necessidade exculpante, que afasta a culpabilidade.

Para a teoria unitária, de acordo com Brandão³²¹ o estado de necessidade afastará a ilicitude da ação “quer o bem sacrificado seja de mesmo valor que o preservado, quer ele seja de menor valor”, ou seja, de acordo com essa teoria, o estado de necessidade sempre será uma causa de justificação.

Acerca da teoria adotada pelo Direito brasileiro Toledo³²² esclarece que em razão da disposição contida no artigo 24 do Código Penal não exigir a ponderação de bens nem definir a natureza do bem protegido ou a condição de seu titular “é fora de dúvida que o legislador pátrio adotou a teoria unitária” e esclarece que enquanto perdurar a

316 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 172.

317 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 251.

318 *Ibidem*, p. 251.

319 *Ibidem*, p. 251.

320 *Ibidem*, p. 251.

321 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 172.

322 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito penal**, *Op. cit.*, p. 181.

redação do artigo 24, na situação de conflito entre bens jurídicos que possuam valoração igual, é razoável exigir o sacrifício de qualquer um deles, situação que configurará o estado de necessidade como justificante. Ao abordar o tema, Bitencourt ressalta que o Código Penal doméstico adotou a teoria unitária, embora, a seu sentir, não seja a que melhor busca solução adequada, uma vez que:

O natimorto Código Penal brasileiro de 1969, a exemplo das legislações modernas, adotava a *teoria diferenciadora*, permitindo uma solução mais justa, sempre que houvesse conflito de interesses e um deles tivesse de ser sacrificado. Porém, a Reforma Penal de 1984, em lamentável retrocesso, não adotou a *teoria diferenciadora*, mantendo-se fiel a sua histórica tradição, com a *teoria unitária*. O art. 24 do nosso Código Penal, com a redação da reforma de 1984, dificulta a adoção, como *causa supralegal*, do estado de necessidade exculpante.³²³

Assim, o Código Penal brasileiro vigente, ao regular o estado de necessidade nos arts. 23 e 24, adotou a teoria unitária, segundo a qual o estado de necessidade sempre excluirá a ilicitude diante da presença de situação em que, para salvar bem jurídico cujo sacrifício, nas circunstâncias existentes, não era razoável exigir, sacrifica-se bem jurídico de outrem.

4.10.2. LEGÍTIMA DEFESA

A legítima defesa representa uma alocação do direito de autopreservação para a norma frente a ataques imotivados. Para Roxin³²⁴, a legítima defesa é regida por dois princípios: o da proteção individual no sentido de resguardar os seus próprios interesses

323 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 251.

324 Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 608.

individuais e o da prevalência do direito, visto ser esperado que o direito se assegure diante de agressões a interesses individuais. Nesse sentido, a legítima defesa se constitui no reconhecimento pelo direito de uma reação a ataques alheios.

Com isso, a legítima defesa surgiu da ideia de preservação de possível atuação frente a uma atitude injusta praticada por terceiro, partindo do direito da necessidade decorrente da urgência para a causa de justificação. Nesse sentido, Jiménez de Asúa³²⁵ ressalta que “[s]egún se há dicho por muchos autores alemanes, puede considerarse la legítima defensa, dentro del ‘derecho de necesidad’, como una forma de necesidad privilegiada”.

Nos termos do artigo 25 do Código Penal, como requisito para a configuração da legítima defesa, é necessário que esteja presente uma situação de injusta agressão, realizada contra o cidadão que, no instinto de autopreservação, adota um comportamento de reação dentro dos parâmetros exigidos pela norma. Além disso, devem estar presentes uma emergência e um comportamento justificado.

4.10.3. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

O Código Penal, diferente com que fez com a legítima defesa, não conceituou o estrito cumprimento do dever legal nem o exercício regular de direito. Desta maneira, as definições destas modalidades de exclusão de ilicitude são compreendidas a partir de preceitos jurídicos que aceitam a realização de determinadas condutas típicas³²⁶. Essa causa de exclusão de ilicitude exige o elemento subjetivo, configurado na vontade de resguardar bens jurídicos.

O cumprimento de um dever somente pode decorrer de lei em sentido amplo (lei, decreto, regulamento etc.) e deve ser de caráter geral. Por conseguinte, afasta-se a ordem decorrente de superior hierárquico, pois essa sucede de uma norma de caráter particular,

325 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, *Op. cit.*, p. 25.

326 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 184.

com eventual possibilidade de reconhecimento da obediência hierárquica prevista no artigo 22 do Código Penal, que é causa de exclusão da culpabilidade³²⁷.

É indispensável que o agente atue dentro do estrito cumprimento do dever imposto pela norma. Assim, estará fora do alcance dessa excludente de ilicitude a conduta do agente que extrapola os limites do dever legal, ou seja, tudo que foge do “estrito” é considerado excesso e estará sujeito à punição.

4.10.4. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

O agente que exerce regularmente um direito não pode ser responsabilizado criminalmente por essa conduta, conforme ensina Bitencourt³²⁸, desde que realizado dentro dos “limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do direito”. Compartilhando a mesma concepção, Toledo³²⁹ destaca o termo “regular” e diz que esse “é o que se contém nos limites impostos pelo fim econômico ou social do direito em causa, pela boa fé e pelos costumes”. Em outros termos, o exercício de um direito com o fim de causar prejuízo a terceiro evidencia a sua irregularidade pelo abuso de direito. De igual modo, ocorre quando o agente excede os limites de seu próprio direito, situação em que não incidirá a causa de exclusão de ilicitude. Assim, o agente que pratica uma conduta típica, mas exercita de forma legítima um direito, o faz sob o manto desta excludente de ilicitude.

A enumeração legal das causas de exclusão de ilicitude, aqui mencionadas e previstas no artigo 23, I, II e III do Código Penal, não é exaustiva, visto que são reconhecidas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência outras causas de justificação. Estas últimas são as

327 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 274.

328 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 277.

329 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 213.

chamadas causas supralegais de exclusão de ilicitude e, além disso, podem encontrar seu fundamento nos princípios gerais de direito, na analogia e nos costumes³³⁰.

4.11. CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE: CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

No ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão de outras causas de exclusão de ilicitude, além das elencadas no artigo 23 do Código Penal. Apesar disso, não há impedimento de se buscar soluções de alguns casos de ordem penal, nos quais não estejam presentes a ilicitude material, considerando as evoluções históricas existentes da sociedade, que passam a fazer parte do dia a dia do cidadão.

O legislador, por ocasião da elaboração da lei, não tem como prever e abarcar todas as situações decorrentes das mudanças ético-sociais de um povo, o qual passou a admitir certas condutas que, de início, eram consideradas como vedadas. Considerando esses aspectos, passaram a ser reconhecidas as causas de justificação não previstas expressamente em lei, admitindo, assim, a existência de causas supralegais de exclusão de ilicitude³³¹.

Ao admitir a aplicação de causas supralegais de justificação, Toledo³³² destaca que “as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positiva do Direito, às hipóteses expressas em lei”. Sendo assim, devem se estender a outras situações não previstas em lei que necessitam de uma solução, devendo ser ampliadas às hipóteses que “sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes”³³³.

330 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 241.

331 *Ibidem*, p. 243.

332 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 171.

333 *Ibidem*, p. 171.

Antecipadamente, cabe esclarecer que o tema é controverso, não sendo pacífica a admissibilidade de causas supralegais de justificação. Contudo, atualmente, a posição dominante é no sentido de seu reconhecimento. A partir da ideia de conteúdo material da ilicitude passaram a ser reconhecidas as causas supralegais de justificação, ou seja, de exclusão de ilicitude, como é o caso do consentimento do ofendido.

4.11.1. CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Atualmente, o consentimento do ofendido tem sido palco de debates e controvérsias não apenas em relação ao seu alcance, mas também no que se refere ao meio que fundamenta o afastamento da responsabilidade penal nos casos relacionados a ele. Isto é, se exclui a tipicidade ou a ilicitude.

A partir dessa ideia, surgem duas teorias: a diferenciadora e a unitária. De acordo com a teoria diferenciadora, que adota a concepção dualista, são admitidos dois efeitos, a depender do caso, o consentimento do titular do bem jurídico terá como efeito a exclusão de tipicidade quando ele for pressuposto ou elemento do tipo penal incriminador e terá o efeito de afastar a ilicitude quando a ausência do consentimento não constituir elemento necessário à caracterização típica. Por outro lado, há a teoria denominada unitária, que adota a concepção monista, segundo a qual será admitido apenas o efeito de afastar a ilicitude, na hipótese anteriormente mencionada³³⁴.

Na concepção de Brandão³³⁵, o consentimento do ofendido, a partir da estruturação dos elementos do delito, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, em alguns casos, funciona como causa de exclusão de tipicidade e, em outros, como causa de exclusão de ilicitude do fato. Sobre este ponto, Brandão³³⁶ continua esclarecendo que, quando o

334 Cf. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, *Op. cit.*, p. 223.

335 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 186.

336 *Ibidem*, p. 187.

dissenso da vítima é uma elementar do tipo para a sua configuração e o consentimento é válido, ocasionará a exclusão da tipicidade, como, por exemplo, no caso do crime de estupro. Por outro lado, continua o autor, quando o consentimento do ofendido não é elementar do tipo e o bem jurídico for disponível, o consentimento terá a função de excluir a ilicitude.

É relevante a análise da distinção das situações que ocasionam a exclusão da tipicidade e as que agem como excludente de ilicitude. Sob essa ótica, Bitencourt³³⁷ ressalta que, em diversas figuras típicas do Código Penal, “a ausência de consentimento faz parte da estrutura típica como uma característica negativa do tipo”, de tal modo que que “a presença de consentimento afasta a tipicidade da conduta, que, para configurar crime, exige o *dissenso* da vítima”. Além disso, o autor menciona que, em outras situações, “o consentimento do ofendido constitui verdadeira *elementar do crime*”, sendo que, nas duas situações, o consentimento é elemento essencial do tipo penal, influenciando na tipicidade e ocasionando a sua exclusão.

Já, em relação ao consentimento do ofendido e à exclusão da ilicitude, Bitencourt destaca que ele existirá quando a vontade for juridicamente válida. Para tanto, o autor esclarece que:

O consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a *conduta consentida* venha a se adequar a um modelo abstrato de proibição. Nesse caso, o consentimento opera como *causa justificante supralegal*, afastando a proibição da conduta, como por exemplo, nos crimes de *cárcere privado* (art. 148), *furto* (art. 155), *dano* (art. 163) etc.³³⁸

337 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 246.

338 *Ibidem*, p. 246.

Comungando do mesmo pensamento, Toledo³³⁹ destaca que há casos em que o “consentimento do titular do direito desempenha mais de uma função na área penal” e outros casos em que “sua presença ou ausência é totalmente irrelevante (homicídio, artigo 121)” e, ainda, existem casos em que “anula a própria tipicidade por excluir o dissenso da vítima que constitui elemento essencial do tipo”. Segue o autor ressaltando que, ainda, existem casos em que o consentimento do titular do bem jurídico “atua como verdadeira causa de justificação”³⁴⁰ e cita como exemplo os crimes de dano (artigo 163) e cárcere privado (artigo 148).

Para que o consentimento do titular do bem jurídico tenha o atributo de excluir a ilicitude da conduta, ou seja, para que atue como consentimento justificante, há a necessidade da satisfação de alguns requisitos. Sobre este ponto, Toledo enumera:

- a) que o ofendido tenha manifestado sua aquiescência livremente, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; b) que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois, capacidade para tanto; c) que o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão se situe na esfera de disponibilidade do aquiescente; d) finalmente, que o fato típico penal realizado se identifique com o que foi previsto e se constitua em objeto de consentimento pelo ofendido.³⁴¹

Na visão de Muñoz Conde³⁴², para que o consentimento tenha o atributo de causa de justificação, é necessário que estejam presentes,

339 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 214-215.

340 *Ibidem*, p. 214-215.

341 *Ibidem*, p. 215.

342 MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte General. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 345.

ao mesmo tempo, os seguintes requisitos: ser o bem jurídico do ofendido disponível, de acordo com o ordenamento jurídico; possuir o ofendido a capacidade para consentir; não existirem vícios do consentimento, como erro, coação ou fraude; e que o consentimento seja realizado antes da ofensa e seja, assim, reconhecido pelo ofensor.

Cabe esclarecer que o consentimento pode ser real ou presumido. O consentimento presumido do ofendido é sustentado pela doutrina alemã quando este não puder manifestar sua vontade. Com relação a esse assunto, Roxin³⁴³ sustenta que “el consentimiento presunto sólo pretende substituir la falta de um consentimiento real (y no facilitar ponderaciones de intereses independientes de ello), sólo se podrá plantear cuando sea imposible obtener um consentimiento real”.

A posição de Roxin, na verdade, evidencia que há uma interpretação do fato vista como uma presunção de consentimento que não ocorreu. Isto porque, de acordo com ele³⁴⁴, o consentimento presumido do ofendido resolveria problemas em caso de necessidade de realização de procedimento médico de emergência, onde o paciente, por se encontrar inconsciente, fica impossibilitado de manifestar sua vontade.

Acerca da natureza jurídica do consentimento real e do presumido, Juarez Cirino dos Santos se posiciona no sentido de gerar efeitos distintos.

*O consentimento presumido é construção normativa do psiquismo do autor sobre a existência objetiva de consentimento do titular do bem jurídico, que funciona como causa supralegal de justificação da ação típica – ao contrário do consentimento real, expressão de liberdade de ação do portador de bem jurídico disponível, que exclui a tipicidade da ação.*³⁴⁵

343 Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 769.

344 *Ibidem*, p. 769.

345 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, *Op. cit.*, p. 266.

Frise-se que a natureza dessa construção normativa não é pacífica. De maneira contrária, Toledo³⁴⁶, ao abordar a questão, manifesta-se sustentando a sua inutilidade prática, tendo em vista que, para tais casos, a solução seria a aplicação da regra do instituto do estado de necessidade, que já possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico. Por essa razão, entende ser inadmissível no direito brasileiro o consentimento presumido.

Com base no exposto, essa pesquisa conclui que parece ser mais apropriada a concepção que coloca o consentimento do ofendido no campo da exclusão da ilicitude quando esse consentimento não representar uma elementar do tipo penal e desde que satisfeitos alguns requisitos, dentre eles ser o bem jurídico disponível. Além disso, as causas de justificação devem ser realizadas de acordo com os limites exigidos para a sua configuração, traçando, dessa maneira, uma linha divisória entre o direito e o ato abusivo, pois somente assim é possível conferir legitimidade aos respectivos institutos e qualquer conduta que ultrapasse tais limites será considerada excesso na causa de justificação. Por fim, para que haja a imposição de uma pena, não é o bastante que o agente cometa uma conduta típica e ilícita, ou seja, um injusto penal, sendo necessário, ainda, que seu comportamento seja reprovável, o que será aferido no campo da culpabilidade.

346 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 215.

5. CULPABILIDADE

A abordagem da culpabilidade é relevante, pois, nela, serão analisados diversos aspectos capazes de dar suporte dogmático à não responsabilização penal do indígena, considerando os seus elementos. Dentre eles, destaca-se a potencial consciência da ilicitude, que está estritamente relacionada ao erro de proibição.

Embora existam outros meios de controle social, o Estado se utiliza do Direito Penal como meio de facilitar e regular a convivência pacífica dos homens em sociedade, com a cominação de pena para quem comete infração penal, visando proteger determinados bens jurídicos. Dessa maneira, a reprovação da conduta do autor do fato se evidencia quando existe a possibilidade de agir de acordo com o Direito; porém, faz a escolha de ofendê-lo. Conforme esclarece Vives Antón³⁴⁷, para se falar em existência de crime, é necessário que o agente realize uma conduta típica e ilícita e ela não seja permitida ou justificada. Além disso, é necessário que seja suscetível de reprovação pelo ordenamento jurídico, o que ocorre com a reunião dos elementos caracterizadores de sua capacidade de receber a reprovação, representada pela culpabilidade.

5.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

Visando conferir uma melhor compreensão acerca da culpabilidade, é indispensável a abordagem de sua evolução histórica e dos seus conceitos. Neste sentido, a conceituação da culpabilidade é importante dentro da teoria do crime, assim como a sua evolução, pois constitui ponto de destaque para relacionar o conhecimento humano à realidade.

347 VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamento del Sistema Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 487.

Tem-se como origem a conceituação de culpabilidade no Direito Penal italiano e no Direito Comum, nos séculos XVI e XVII³⁴⁸. O Direito Natural mostrou a primeira aproximação com o conceito de culpabilidade, tomando como ponto de partida a imputação, que corresponderia à atribuição da responsabilidade da ação livre ao autor³⁴⁹. Posteriormente, surgiu a imputação subjetiva, segundo a qual o agente, através de sua vontade particular, afastava-se da vontade geral, representada pela lei. Contudo, Bitencourt³⁵⁰ esclarece que a sistematização conceitual somente ocorreu em meados do século XIX, com Adolf Merkel e Karl Binding, por meio dos contornos e da estruturação da culpabilidade.

5.1.1. CONCEITO PSICOLÓGICO DE CULPABILIDADE

O denominado conceito psicológico da culpabilidade decorre dos diferentes conceitos científicos dos elementos da teoria do delito.

Para Adolf Merkel³⁵¹, a norma gera uma unicidade de antijuridicidade e de culpabilidade, de tal modo que a imputação dos fatos reprováveis e atentatórios às ordens moral e jurídica contêm um juízo referente à culpabilidade. Esta representa o atuar ou o não atuar antijurídico de uma pessoa que, de acordo com os critérios vigentes, importa àquela estar em dúvida. Portanto, trata-se de uma culpabilidade jurídica, tendo em vista que ambas, pretensão lesionada e medida de apreciação de valor, são de natureza jurídica. Do mesmo modo, Binding³⁵² aceita a concepção de injusto culpável de Merkel

348 JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1981, p. 577.

349 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 297.

350 *Ibidem*, p. 299.

351 MERKEL, Adolf. **Derecho penal**. Parte General. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 72-74.

352 BINDING, Karl. **La culpabilidade em derecho penal**. Buenos Aires: BdeF 2004, p. 5-6.

e destaca que a culpabilidade significa ação culpável e não apenas constitui pressuposto, mas também fundamento jurídico da pena.

De acordo com Maurach³⁵³, na ótica jusnaturalista, a culpabilidade era representada pela junção entre Direito e moral e pelo positivismo quando surgiu a ideia de dissociá-la da moral. Sob a influência do positivismo do século XIX, surgiu a necessidade de adoção de conceitos jurídicos com cunho científico e foi isso que ocorreu com o conceito de culpabilidade, quando Von Liszt³⁵⁴ a definiu como sendo a relação subjetiva existente entre o autor e o fato. Em outras palavras, o relacionamento era o elo psicológico que ligava o autor ao resultado acarretado pela sua ação. Além disso, para o autor, não basta que o resultado possa ser objetivamente produto do ato volitivo do agente, sendo necessário, ainda, um nexu subjetivo, presente na culpabilidade, de tal maneira que a culpabilidade seria a responsabilidade pelo resultado realizado.

Nesse sentido, a relação existente entre autor e resultado era demonstrada nas formas de dolo e culpa, onde o dolo operava como causa voluntária e a culpa como causa involuntária do resultado. Considerando essa concepção, Bitencourt³⁵⁵ esclarece que “a culpabilidade era a relação psicológica, o vínculo subjetivo que existia entre a conduta e o resultado, assim como, no plano objetivo, a relação física era a causalidade”.

Juarez Cirino dos Santos³⁵⁶ indica dois fundamentos para o conceito psicológico de culpabilidade: um seria a vinculação do injusto e da culpabilidade às dimensões objetiva e subjetiva do fato punível e o outro seria o nexu psíquico do agente com o fato, a título de dolo e culpa. Nos termos do conceito psicológico, a aceitação da metodologia naturalística livra os elementos normativos do corpo da

353 Cf. MAURACH, Reinhard, *Op. cit.*, p. 14.

354 LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 375.

355 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 300.

356 SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 206.

culpabilidade, retirando, assim, a consciência da ilicitude do dolo, que passa a subsistir como mera previsibilidade acrescida à vontade de realização do fato³⁵⁷. Acerca dessa questão Brodt³⁵⁸ esclarece que, “embora a consciência da ilicitude seja um dado normativo, sustenta-se que não há contradição em tratá-la como elemento do dolo e, ao mesmo tempo, aceitar-se a teoria psicológica da culpabilidade”. O conceito psicológico de culpabilidade abrangia, também, a imputabilidade que constituía pressuposto para a análise da culpabilidade, de modo que apenas o agente imputável poderia ser culpável.

O mencionado conceito sofreu severas críticas, dentre as quais a sua dificuldade de explicar, de forma satisfatória, a culpabilidade nos atos praticados com culpa inconsciente, assim entendida como sendo aquela em que não existe nenhum liame psicológico entre o autor e o ato por ele praticado. Do mesmo modo, não confere apoio sólido em relação à ausência de culpabilidade nos casos dos inimputáveis, onde existe o referido liame³⁵⁹. Além desses aspectos, Brodt³⁶⁰ aponta que, por conta do reconhecimento da existência de elementos subjetivos no tipo penal, evidenciou-se a “impropriedade de atribuir-se todos os elementos objetivos do crime ao injusto e todos os elementos subjetivos à culpabilidade”.

Com base no exposto, o conceito psicológico de culpabilidade foi dominante durante o século XIX e parte do século XX, quando foi superado pelo conceito psicológico-normativo, diante de sua insuficiência conceitual³⁶¹.

357 JAKOBS, Günther. **Moderna dogmática penal**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008, p. 207.

358 BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Novo estudo sobre a consciência da ilicitude**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2019, p. 26.

359 *Ibidem*, p. 27-28.

360 *Ibidem*, p. 28.

361 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 303.

5.1.2. CONCEITO PSICOLÓGICO-NORMATIVO DE CULPABILIDADE

Diante das críticas lançadas ao conceito psicológico de culpabilidade, principalmente por possuir metodologia naturalística, retirando da culpabilidade os elementos normativos, ele foi suplantado pelo conceito psicológico-normativo, tendo como seu idealizador Reinhard Frank e aperfeiçoado por Edmund Mezger e James Goldschmidt, conferindo contornos científico ao conceito de culpabilidade³⁶².

No que diz respeito à culpa inconsciente, de acordo com Welsel³⁶³, foi a primeira questão a atormentar a ideia psicológica da culpabilidade. No âmbito do conceito psicológico-normativo, a culpabilidade não mais é considerada como puro vínculo psíquico entre o agente e o fato, mas um juízo de reprovação do fato, sendo que tal juízo recai sobre vários elementos, inclusive o liame psicológico³⁶⁴.

De acordo com Brandão³⁶⁵, o conceito psicológico-normativo resgata o conceito de dolo como elemento da culpabilidade ao lado da culpa, sendo “considerado como vontade e previsibilidade aliadas ao elemento normativo *consciência da antijuridicidade*”. Nos termos dessa concepção, Brodt³⁶⁶ esclarece que a consciência da ilicitude assume um papel relevante, uma vez que somente se censura o fato quando o agente podia conhecer a ilicitude de seu comportamento. Nas palavras de Brandão³⁶⁷ “é pela relevância dada à consciência da ilicitude que a culpabilidade deixou de ser um puro nexó psicológico para ser um juízo normativo”. Assim, no momento da realização da conduta, exige-se que o agente tenha conhecimento que sua prática é contrária à ordem jurídica.

362 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 227.

363 Cf. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**, *Op. cit.*, p. 98.

364 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 29.

365 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 227.

366 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 29.

367 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 227.

De acordo com Frank³⁶⁸, para que um comportamento fosse considerado reprovável, seriam necessários três requisitos: ser o agente imputável; a existência de nexó psíquico do autor com o fato ou, pelo menos, a possibilidade dessa existência se o agente está consciente das consequências de seus atos (dolo) ou se tinha condições de distinguir (culpa); e a situação de normalidade quando o autor agiu. As ideias de Frank foram desenvolvidas por James Goldschmidt³⁶⁹, para quem a culpabilidade estaria representada por uma motivação contrária ao dever e à desobediência ao esse dever somente seria possível através do conhecimento da norma, de maneira que a conduta dolosa conteria, em sua essência, uma manifestação de vontade contrária ao dever.

Partindo dessa ideia de Goldschmidt, a reprovação do agente passa a depender da consciência da ilicitude, uma vez que se torna imperiosa a compreensão da violação de um dever ligado ao enunciado normativo, de forma que sua atitude estaria justificada pelo erro de proibição.

Há, ainda, a contribuição de Edmund Mezger³⁷⁰ com o conceito em questão, dando-lhe os contornos mais afinados e ajustados ao estabelecer o nexó entre a existência de um conteúdo da culpabilidade, ligando-o ao caráter de reprovabilidade, como juízo de valor negativo daquele conteúdo. Partindo dessa concepção, Mezger sustenta que a culpabilidade é pressuposto da pena que fundamenta a reprovabilidade do agente diante da conduta ilícita praticada. Assim, Mezger apresenta a culpabilidade como juízo de valor sobre a situação fática da culpabilidade, sendo este o juízo de referência que recai sobre a valoração do fato praticado.

368 FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2004, p. 40-41.

369 GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2007, p. 92.

370 Cf. MEZGER, Edmund, *Op. cit.*, p. 11.

Levando em conta o presente conceito defendido por Mezger, Toledo, de forma direta, faz as seguintes indagações: o que é a culpabilidade?; e onde ela se encontra? A partir delas, ele responde:

A culpabilidade é um juízo de valor sobre uma situação fática de ordinário psicológica; Os seus elementos psicológicos (dolo ou culpa) estão no agente do crime, mas o seu elemento normativo está no juiz, não no criminoso.³⁷¹

As respostas às indagações formuladas são alvo de críticas apontadas por Rosenfeld e Antolisei, conforme esclarece Toledo³⁷². Isto porque, com a construção de Mezger, “retirou-se a culpabilidade do psiquismo do réu para colocá-la na cabeça de quem julga, de quem emite o denominado juízo de censura”.

De fato, incumbe ao juiz realizar a valoração normativa da culpabilidade, sendo esta entendida como uma situação fática do objeto de reprovação, não obstante os elementos psicológicos estarem no agente. Com isso, a reprovação recai sobre a situação e não sobre a pessoa. Contudo, o debate acerca do conceito de culpabilidade avançou, inclusive com críticas ao conceito psicológico-normativo, fazendo com que surgisse o conceito normativo puro de culpabilidade.

5.1.3. CONCEITO NORMATIVO PURO DE CULPABILIDADE

O conceito psicológico-normativo, evidenciado como evolução do conceito psicológico de culpabilidade, também apresentava diversas inconsistências, que deram ensejo a críticas de doutrinadores, principalmente por Hans Welzel, em virtude do desenvolvimento da teoria finalista. É no finalismo que a teoria do delito ganha um

371 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 224.

372 *Ibidem*, p. 224.

expressivo impulso em sua evolução. De acordo com Brodt³⁷³, os finalistas foram os grandes responsáveis pelo desenvolvimento da concepção normativa pura da culpabilidade.

Com a nova estrutura conferida pela teoria finalista da ação, os elementos subjetivos, dolo e culpa, foram retirados da culpabilidade e transferidos para o conceito de ação. Logo, tais elementos passaram a integrar o tipo. Com a teoria finalista, houve a separação do tipo penal em tipos dolosos e tipos culposos, de maneira que dolo e culpa não mais são elementos da culpabilidade³⁷⁴. Assim, a mencionada teoria não se fundamenta na causalidade, mas na vontade humana que direciona o resultado a uma finalidade criminosa³⁷⁵.

Para Juan Córdoba Roda³⁷⁶, no finalismo, a culpabilidade era entendida como um puro juízo de reprovação pessoal, desprovida de seus antigos elementos de cunho psicológico, de forma que a finalidade está contida na ação e o dolo no tipo. Na concepção de Mezger, não era possível aplicar o dolo normativo unido à consciência da ilicitude dentro da culpabilidade nos casos de criminosos habituais, uma vez que se chegaria à conclusão de que ocorreria a ausência de culpabilidade por falta do elemento normativo. Esta explicação levou Mezger a sustentar uma tese mais extremada, defendendo a culpabilidade do agente por condução de vida, que trata de uma alternativa à falta de punição do delinquente contumaz³⁷⁷.

A consciência da ilicitude passou a integrar o centro da culpabilidade na medida em que a exigência do conhecimento da injustiça do ato é indispensável na culpabilidade normativa, posto que não há como reprovar alguém que não possua a consciência de que seu ato é contrário à obrigação de respeito às normas³⁷⁸. Em

373 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 30.

374 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 312.

375 Cf. OLIVÉ, Juan Carlos Ferré *et al.*, *Op. cit.*, p. 47.

376 CÓRDOBA RODA, Juan. **Uma nueva Concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963, p. 47.

377 Cf. MEZGER, Edmund, *Op. cit.*, p. 51.

378 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, *Op. cit.*, p. 468.

outras palavras, somente é possível atribuir reprovação a um ato se o agente que o praticou tinha a possibilidade de saber se ele estava em desacordo com a norma jurídica.

De acordo com Toledo³⁷⁹, a teoria finalista excluiu a consciência da ilicitude do dolo e fez sua inclusão na culpabilidade, sem ocasionar qualquer prejuízo e destaca que “a consciência da ilicitude poderia ser mais bem situada no interior da própria culpabilidade”. Além disso, continua o autor, o finalismo realizou uma nova elaboração acerca do conceito normativo e transformou a consciência da ilicitude em consciência potencial da ilicitude.

Toledo³⁸⁰ esclarece, ainda, que Welzel se valeu dos resultados da teoria psicológica e da teoria normativa da culpabilidade e realizou uma redistribuição sistematizada dos elementos que compõem a estrutura do crime. Para tanto, ele baseou o finalismo na ação, considerando que toda ação é dirigida a um fim, o que torna evidente que a vontade é o elemento que faz parte da ação, onde está contido o dolo, cujo modelo teórico é o tipo. Logo, o dolo está incluído nele e não mais na culpabilidade. Contudo, a consciência da ilicitude, como elemento normativo, continua situada na culpabilidade, de tal maneira que o dolo exerce o caráter naturalístico. Portanto, a culpabilidade exige uma reprovação contra o autor, que possuía a capacidade de conhecer o injusto e de adequar sua conduta de acordo com ordenamento jurídico e não o faz.

Na lição de Muñoz Conde³⁸¹, somente é possível reprovar uma conduta se a mesma for considerada culpável. Para isso, devem estar presentes todos os elementos que a compõem, de forma que, “para poder afirmar la culpabilidade de una persona, que em el caso concreto, ha cometido um hecho típico y antijurídico, es necesario que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidade”.

379 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 228.

380 *Ibidem*, p. 228.

381 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**, *Op. cit.*, p. 104.

A valiosa colaboração conferida pela teoria finalista foi o deslocamento dos elementos subjetivos da culpabilidade, dolo e culpa, para o tipo, assim como a retirada da consciência da ilicitude do dolo, fazendo a transposição dela para a culpabilidade e, com isso dando origem a uma concepção normativa pura. Com a nova configuração da culpabilidade baseada no conceito normativo puro, a culpabilidade passou a ser composta pelos seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de obediência ao direito.

5.2. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE NA TEORIA NORMATIVA PURA

Importante destacar que somente ocorrerá o juízo de reprovação da conduta do agente se estiverem presentes todos os elementos que integram a culpabilidade. A ausência de qualquer um deles acarreta a exclusão da culpabilidade.

Nesse aspecto, um dos mais relevantes é a potencial consciência da ilicitude que está diretamente relacionada à capacidade de compreensão dos indígenas que realizam determinadas condutas, de acordo com a cultura de sua comunidade, como é o caso do neonaticídio indígena. Por exemplo, a ausência de conhecimento da ilicitude e o erro de proibição são questões que estão intimamente relacionadas ao caso citado.

5.2.1. IMPUTABILIDADE

Nos moldes da teoria finalista, a imputabilidade passa a ser condição central da reprovabilidade. Neste sentido, Brandão³⁸² explica que uma conduta apenas pode ser reprovada caso haja a demonstração de que o agente possuía plenas condições de compreender o que

382 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 245.

estava fazendo, bem como de orientar a sua conduta conforme essa compreensão. Logo, a imputabilidade diz respeito à reunião de um conjunto de atributos pessoais que tornam a pessoa apta a ser culpável pelo cometimento de conduta considerada ilícita.

Em termos de legislação, o Código Penal brasileiro oferece uma definição negativa de imputabilidade, ou seja, por exclusão, aponta os requisitos da imputabilidade.

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena poderá ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental, ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.³⁸³

O dispositivo acima transcrito faz alusão a algumas situações que afastam a culpabilidade. Dito de outro modo, presume-se que as demais situações que não estão ali previstas são condutas realizadas por agente imputável.

Para a aferição da inimputabilidade do agente, são considerados três sistemas: o biológico, o psicológico e o biopsicológico. De acordo com Olivé³⁸⁴, o psiquiátrico ou biológico exige que o agente esteja acometido de uma enfermidade ou transtorno mental, sem se indagar se tal anomalia psíquica provocou alguma perturbação que retirou do agente o discernimento e a vontade por ocasião do fato. O autor continua esclarecendo que, no sistema psicológico, são

383 Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, *Op. cit.*

384 Cf. OLIVÉ, Juan Carlos Ferré *et al.*, *Op. cit.*, p. 459.

verificadas somente as condições psíquicas do autor no momento do fato sem a análise da existência ou não de doença mental ou de distúrbio patológico, ou seja, “afirmam a inimputabilidade sem a necessidade de limitar as causas que possam causar a falta de vontade ou compreensão”³⁸⁵. E, além disso, arremata destacando que triunfou o sistema misto, biopsicológico ou psiquiátrico-psicológico, segundo o qual se exige “o elemento psiquiátrico (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado) ao qual adiciona o elemento psicológico (a capacidade de compreender sua ilicitude ou de determinação de acordo com o entendimento)”³⁸⁶.

No Direito brasileiro, a inimputabilidade pode ocorrer, também, em razão da idade para as pessoas menores de 18 anos, o que evidencia uma exceção ao sistema biopsicológico. Em outras palavras, nesse caso específico, o legislador adotou o sistema biológico.

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.³⁸⁷

Nos termos da lei penal, trata-se de presunção absoluta de inimputabilidade no sentido de que os menores de 18 anos são considerados pessoas com desenvolvimento mental incompleto. Nesta perspectiva, Santos³⁸⁸ esclarece ser correto o critério político-criminal aplicado pelo legislador, pois os menores de 18 anos, embora sejam capazes de compreender o injusto de crimes graves, são incapazes de compreender a maioria dos crimes previstos no Código Penal e na legislação penal extravagante, como, por exemplo, crimes contra o sistema financeiro, contra a ordem econômica e tributária e, em relação a essas hipóteses, destaca que “são *incapazes* de comportamento conforme a eventual compreensão do injusto,

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 459.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 459.

³⁸⁷ Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, *Op. cit.*, s.p.

³⁸⁸ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, *Op. cit.*, p. 286.

por insuficiente desenvolvimento do poder de controle dos instintos, impulsos ou emoções”³⁸⁹.

Convém destacar que o caráter de política criminal que envolve a idade de 18 anos ganhou reforço com a declaração da capacidade civil expressa no artigo 5º, *caput*, do Código Civil de 2002. A partir dela, a inimputabilidade em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado é aferida com base no critério biopsicológico necessário para verificar se a ausência de higidez mental atinge a capacidade de compreensão da ilicitude do fato ou a possibilidade de agir conforme o direito.

É relevante apontar que as noções de doença mental estão relacionadas à área médica, de tal maneira que a doença mental se refere a todas as perturbações patológicas de âmbito mental, onde se incluem as de caráter intelectual e emocional³⁹⁰. Por sua vez, também é importante destacar que, por desenvolvimento mental incompleto, entende-se a ausência de maturidade, uma vez que o indivíduo não possui, ainda, o desenvolvimento completo, o que ocasiona a falta de capacidade para entender o caráter ilícito do fato e para decidir. Por fim, o desenvolvimento mental retardado é condição que também retira a capacidade de entendimento do agente, por ocasião da realização da conduta.

5.2.2. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

Para a existência do delito, não basta que o agente atue de forma típica e ilícita, sendo necessário, ainda, que ele detenha a possibilidade de conhecer a ilicitude de sua conduta, o que, segundo Brandão³⁹¹, a torna o alicerce da reprovação do juízo de culpabilidade e “será a consciência da antijuridicidade o elemento que possibilitará a valorização do que é ou não contrário ao direito”. Com isso, o juízo de

389 *Ibidem*, p. 286.

390 Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op. cit.*, p. 396.

391 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 233.

reprovação implica na possibilidade normativa de determinação das possibilidades de compreensão e de propósito do agente em relação à situação concreta, levando em consideração diversos aspectos como condições jurídicas, culturais, psicológicas e demais condições que o possibilitem receber informações e conhecer o injusto realizado.

De mais a mais, é possível dizer que a consciência de ilicitude abrange dois aspectos, um aspecto positivo e outro negativo. Ao abordar o tema, Brandão³⁹² esclarece que o positivo ocorre quando ela se encontra presente na mente do sujeito, estando, então, caracterizado o referido elemento da culpabilidade; e o negativo é representado pela sua ausência da mente do agente, que dará origem ao erro de proibição. Na mesma esteira, Brodt³⁹³ ensina que a consciência da ilicitude “é a capacidade de o agente de uma conduta proibida, em uma situação concreta, apreender a ilicitude do seu comportamento; quando presente autoriza a reprovação do sujeito. Se ausente, permite ao mesmo alegar que atuou em erro sobre a ilicitude”.

Portanto, a consciência da ilicitude representa um elemento de grande importância para a culpabilidade, como juízo de reprovação.

5.2.3. EXIGIBILIDADE DE OBEDIÊNCIA AO DIREITO

Esse elemento diz respeito ao grau de exigência destinado ao agente para que ele realizasse um comportamento de acordo com o ordenamento jurídico. É representada pela situação em que o autor deveria e poderia agir em conformidade com a norma, em face da circunstância concreta em que se encontrava.

Nessa linha, Gomes³⁹⁴ leciona que “o agente autor de injusto penal só pode ser reprovado se, nas circunstâncias em que praticou a conduta, lhe era possível exigir comportamento diverso, conforme

392 *Ibidem*, p. 234.

393 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 15.

394 GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**: erro de tipo e suas modalidades, erro de proibição e suas modalidades, erro de tipo permissivo (CP, art. 20, 1), evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação, teorias

o Direito”. De outro modo, se era inexigível conduta diversa, ocorrerá a exclusão da culpabilidade e, como consequência natural, o juízo de reprovação.

Uma vez abordados os elementos da culpabilidade, impõe-se a realização de algumas considerações acerca da culpabilidade à luz do funcionalismo.

5.3. A CULPABILIDADE E O FUNCIONALISMO NO DIREITO PENAL

A partir da segunda metade do século XX, nasceram os sistemas funcionalistas na seara penal através de uma aproximação com as ciências sociais. Conforme Greco³⁹⁵, o desenvolvimento do funcionalismo se deu a partir de novas correntes de pensadores, como Parsons e Luhman. Posteriormente, ele foi ajustado por Günther Jakobs ao Direito Penal e pela corrente doutrinária de política criminal de Claus Roxin, que evidencia a necessidade de diálogo entre as normas jurídico-penais com a realidade social.

Os defensores do funcionalismo, apesar de possuírem algumas divergências entre eles, convergem na ideia de que o Direito Penal não pode se atrelar às realidades ontológicas prévias. Dito de outra forma, as estruturas preexistentes à valoração jurídico-penal, principalmente sobre a ação³⁹⁶.

sobre a culpabilidade, conceito complexo de culpabilidade. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 62.

395 GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf). Acesso em: 18 out. 2023, p. 131.

396 Cf. ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**, *Op. cit.*, p. 205.

5.3.1. O FUNCIONALISMO DE CLAUD ROXIN

Roxin³⁹⁷ sustenta que há unidade sistemática entre Direito Penal e política criminal, ajustando todas as categorias sistemáticas daquele a esta, principalmente em relação à teoria geral do delito e da pena, de maneira que a culpabilidade está associada à necessidade da pena. A partir dessa concepção, surge a categoria da responsabilidade com a finalidade de resolver o problema em relação a quais pressupostos o agente pode ser responsabilizado pelo injusto cometido.

O sistema defendido por Roxin³⁹⁸, funcionalismo teleológico, repousa sobre dois pilares: a imputação objetiva do resultado e a culpabilidade. A imputação objetiva é o primeiro elemento para fundamentar o funcionalismo teleológico, por meio do qual reconhece que a imputação de um resultado ao tipo objetivo somente pode ocorrer se houver a constatação da realização de um perigo não permitido dentro do objetivo de tutela da norma. Em relação à culpabilidade, há a sua ampliação para a categoria de responsabilidade quando Roxin passa a entender a culpabilidade a partir do momento em que o agente estava em condições de compreender a norma diante de sua capacidade espiritual e anímica, ampliando sua dimensão para a responsabilidade.

5.3.2. O FUNCIONALISMO DE GÜNTHER JAKOBS

O sistema defendido por Jakobs, funcionalismo sistêmico, baseia-se em expectativas de relações, de modo que a norma desempenha uma função de estabilização na relação entre sistema e ambiente, ficando o sistema estabelecido em sistemas expressos pelos fenômenos sociais, ou seja, dentro de uma teoria funcionalista-sistêmica da sociedade³⁹⁹. Essa concepção de Jakobs nasce do fato

397 Cf. ROXIN, Claus. **Política criminal e sistemas jurídico-penal**, *Op. cit.*, p. 34-35.

398 Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 204.

399 Cf. GRECO, Luís, *Op. cit.*, p. 139.

de que, no âmbito social, cada pessoa possui um papel social a ser desempenhado, detendo, assim, certas expectativas de acordo com a função que realiza em determinada ocasião⁴⁰⁰.

Além disso, Jakobs⁴⁰¹ assevera que o delito é considerado uma falha de comunicação, sendo essa falha atribuída ao agente. Por sua vez, a pena se constitui na própria preservação da identidade social e não somente em um meio para a sua manutenção.

Com base nos estudos, é importante ressaltar que tanto Roxin quanto Jakobs avançaram nos debates sobre a culpabilidade, mas com concepções diferentes, conforme será possível verificar adiante.

5.3.3. CULPABILIDADE E ERRO DE PROIBIÇÃO EM CLAUS ROXIN

Para Roxin⁴⁰², a culpabilidade desempenha uma função importante na estruturação do conceito de delito, representada pela expressão das funções da pena, e, apenas, a partir da existência de um fundamento punitivo, haverá a possibilidade de comprovar a existência de responsabilidade. Com isso, o autor propõe a substituição da culpabilidade pela responsabilidade e, nesse contexto, explica que “talvez fosse materialmente mais correto falar de responsabilidade (Verantwortlichkeit) em vez de culpabilidade. Pois a culpabilidade é somente um dos fatores que decidem sobre a responsabilidade penal”⁴⁰³.

Nessa ideia de Roxin⁴⁰⁴, a responsabilidade se constitui em um novo elemento a compor a estrutura da teoria do delito, representando, inclusive, uma nova valoração a ser realizada após a ilicitude, o que ocasiona, em regra, a punibilidade. Porém, não há a exclusão nem

400 *Ibidem*, p. 140.

401 JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manoele, 2003, p. 04.

402 Cf. ROXIN, Claus. **Política criminal e sistemas jurídico-penal**, *Op. cit.*, p. 70.

403 *Ibidem*, p. 70.

404 ROXIN, Claus. Culpa e Responsabilidade. Questões fundamentais da teoria da responsabilidade. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, Lisboa, ano I, n. 4, p. 503-541, out./dez. 1991, p. 503-504.

a substituição da culpabilidade. Pelo contrário, ela permanece com todos os seus elementos, agora, inserida na responsabilidade, acrescentando, ainda, a necessidade de pena, de tal modo que a responsabilidade passa a ser composta por culpa do agente e por necessidade preventiva de uma sanção penal. Dessa maneira, Roxin destaca que a responsabilidade indica, depois da ilicitude, uma valoração posterior e que, geralmente, dá espaço à punibilidade.

Enquanto com o predicado da antijuridicidade o fato é julgado na perspectiva de que viola a ordem do dever jurídico-penal e de que é proibido como socialmente prejudicial, a responsabilidade significa uma avaliação do ponto de vista da responsabilização penal do sujeito. (tradução nossa)^{405 406}

Ainda sobre o tema, Roxin⁴⁰⁷ entende que são pressupostos da responsabilidade, a culpabilidade e a necessidade preventiva de sanção penal, tidas como uma proteção posterior em face da intervenção do Direito Penal. Com base nisso, enfatiza que “la responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal que hay deducir de la ley”⁴⁰⁸.

No intuito de explicar sobre o pensamento de Roxin, Greco⁴⁰⁹ esclarece que a posição do referido autor é destacada por sua feição político-criminal, baseada na teoria dos fins das penas, pois, para ele, deve haver uma interação entre política criminal e Direito Penal, onde ambas devem atuar de forma conjunta. Partindo dessa concepção,

405 Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 791.

406 Mientras que com el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infrine el orden del deber ser jurídicopenal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto.

407 *Ibidem*, p. 791-792.

408 *Ibidem*, p. 792.

409 Cf. GRECO, Luís, *Op. cit.*, p. 135.

Roxin⁴¹⁰ esclarece que a culpabilidade não mais é admitida como fundamento da pena, mas como um fator de limitação para a sua imposição, de maneira a proteger o cidadão de eventuais restrições de liberdade superiores à sua respectiva culpabilidade, fazendo com que haja a necessária limitação da intervenção do Estado, visando a prevenção de abusos. Desse fundamento, deriva o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Nessa posição, surge um elemento importante para a determinação da culpabilidade: o acesso à norma. Isto significa dizer que apenas a capacidade de ser destinatário das normas possibilita a constatação empírica e a verificação das condições de compreender a ilicitude da ação do agente, assim como da diminuição ou da prejudicialidade de sua capacidade de autocontrole, o que pode ser demonstrado por meios psicológicos ou psiquiátricos⁴¹¹.

Com base nesse ponto de vista, a exclusão da culpabilidade não se baseia somente na ausência ou na diminuição da culpabilidade, mas, também, em aspectos de prevenção geral e específica acerca da isenção de pena, gerando reflexos expressivos em casos concretos, como, por exemplo, no caso de erro de proibição.

Para dar sustentação ao seu pensamento, Roxin⁴¹² se socorre da disposição contida no §17 do Código Penal alemão, que trata do erro de proibição e afirma que a tradicional essência da culpabilidade, representada pelo “poder atuar de outro modo” não pode definir o critério da evitabilidade do erro. Dessa maneira, apenas o agente que pode conhecer integralmente o ilícito de seu comportamento pode ser excluído da imposição da pena, o que impossibilita qualquer apreciação de cunho político-criminal e, conseqüentemente, a não aplicação da inevitabilidade do erro de proibição como causa de exculpação, pois sempre o erro de proibição seria evitável quando

410 ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Madrid: Reus, 1981, p. 21.

411 *Ibidem*, p. 146.

412 *Ibidem*, p. 21.

as pessoas tivessem que externar sua consciência ou seu dever de se informar.

A impossibilidade de conhecimento suficiente acerca de uma proibição a torna sem eficácia por motivos jurídico-constitucionais. Nessa esteira, Roxin⁴¹³ sustenta que o erro de proibição representa uma causa de exclusão de culpabilidade, pois o agente não tem a possibilidade de conhecer totalmente a ilicitude de seu ato, de tal maneira que sobre ele não poderá recair a reprovabilidade do delito. Assim, quando ocorre a ausência de culpabilidade, ausentes também estarão as necessidades preventivas geral e especial de uma pena.

Dessa maneira, o erro deverá ser considerado inevitável quando o agente não tem conhecimento da norma, mesmo tendo cumprido as expectativas que derivam de um grau normal de respeito ao Direito. Nesses casos, não está presente a necessidade de prevenção geral nem especial, pois o agente atuou com a convicção de que sua conduta era permitida.

Para dar sustentação ao que se defende nesta obra, concorda-se com a posição de Roxin em relação ao erro de proibição por ser a que mais se adequa ao modo de aferição de sua existência, assim como a inevitabilidade ou inevitabilidade ligada à concepção finalista, que leva em conta o comportamento humano no contexto social.

5.3.4. CULPABILIDADE E ERRO DE PROIBIÇÃO EM GÜNTHER JAKOBS

Conforme esclarece Brodt⁴¹⁴, do mesmo modo que Roxin desenvolveu sua concepção da teoria da culpabilidade relacionando-a aos fins da pena, Günther Jakobs também tratou do assunto. Porém, Jakobs a tratou de forma distinta, entendendo que a punição ocorre com a finalidade de manter a confiança geral na norma para cultivar

413 ROXIN, 1981, p. 21) (ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención em derecho penal. Tradução Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981* *Ibidem*, p. 161.

414 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 36.

o reconhecimento desta com a contribuição do Direito Penal para a estabilização da norma.

Para Jakobs⁴¹⁵, a pena tem um sentido comunicativo e confirma a vigência da norma. Por sua vez, o juízo de culpabilidade somente pode ser um juízo em relação à falta de consideração da norma por parte do agente. Assim, a culpabilidade é uma ausência que se exterioriza com a falta de respeito ao ordenamento jurídico. Nessa linha, Jakobs⁴¹⁶ assevera que o conceito de culpabilidade deve se ajustar a certos princípios de regulação de uma sociedade, levando em conta o fim da pena. Acrescenta, ainda, que o importante para a imputação do agente é saber se havia alguma alternativa de organização social mais adequada. Nesse contexto, Jakobs⁴¹⁷ destaca que a culpabilidade é representada pela ausência de fidelidade ao Direito. Em outras palavras, o agente será considerado culpado quando a motivação estiver ausente em uma norma ofendida, para a sua conduta típica e ilícita, na medida em que tal ausência não possa ser desculpada sem atingir a confiança geral da norma.

Além da apreciação da culpabilidade, Jakobs⁴¹⁸ expôs sua concepção acerca do erro de proibição, na qual considera o erro sobre a existência de uma norma, de forma que a falsa representação ofende a norma que exige do agente determinado comportamento. Ao estabelecer a diferença entre erro de tipo e erro de proibição, esclarece que, no caso deste, é possível que a própria compreensão do Direito seja questionada, situação que não ocorre no caso daquele.

Além disso, foi lançada crítica, por parte de Jakobs⁴¹⁹, do mesmo modo que Roxin, em relação à ideia tradicional de erro de proibição, adotada pela jurisprudência alemã, que tem como base o finalismo e

415 JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 22.

416 JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 584-585.

417 *Ibidem*, p. 579.

418 JAKOBS, Günther. **Fundamentos del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1996, p. 30-31.

419 *Ibidem*, p. 34-35.

que se utilizou do princípio da culpabilidade como reprovabilidade para realizar a sua aplicação a casos de desconhecimento da norma sob o argumento de que o cidadão deve conhecer o que está de acordo com o Direito e o que contraria o Direito para que ele possa decidir de acordo com sua autodeterminação. Essa posição parte da presunção do conhecimento da lei. Por fim, é relevante apontar que tal concepção foi afastada por Jakobs com a justificativa de que incidem fatos psíquicos sobre a presunção de conhecimento ou de possibilidade de conhecimento da norma.

De maneira complementar, Jakobs afirma que, para a aferição do erro de proibição e sua evitabilidade, deve ser analisado o nível de ignorância do agente que pode ser aceito por parte do Estado e da sociedade, sem que seja ofendida a função preventiva geral do Direito Penal. Dessa maneira, a evitabilidade do erro de proibição é um conceito que depende dos fins da pena.

Sendo assim, a linha defendida por Jakobs evidencia que o Direito Penal não lança olhar sobre os aspectos pessoais do agente, importando, apenas, a função que ele desempenha na sociedade e que esteja dentro das diretrizes do direito⁴²⁰. Soma-se a isto, o fato de que os funcionalistas também se ocuparam nos debates sobre a posição da consciência da ilicitude dentro da teoria do delito.

5.4. FUNCIONALISMO E A POSIÇÃO DA CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE NA TEORIA DO DELITO

Acerca da topografia da consciência da ilicitude na teoria do delito, parte dos funcionalistas se posiciona no sentido de afastar a teoria da estrita culpabilidade, segundo a qual todo erro sobre a ilicitude do fato é considerado erro de proibição. Neste sentido, é relevante apontar que a maioria dos funcionalistas apoia a teoria

420 NIETO MARTÍN, Adan. **El conocimiento del Derecho**. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: Atelier, 1999, p. 150.

limitada da culpabilidade, de modo a aceitar o erro sobre a existência de uma situação legítima como excludente do dolo⁴²¹.

Por outro lado, há adeptos do funcionalismo que repelem a teoria da culpabilidade em suas duas modalidades, aceitando a teoria do dolo. Trata-se de uma nova teoria limitada do dolo, onde a consciência da ilicitude faz parte do dolo. Dessa forma, o erro de proibição inevitável exclui a consciência da ilicitude e, via de consequência, o dolo. Como o dolo integra a culpabilidade, esta fica, também, excluída, gerando como resultado lógico o afastamento da responsabilidade⁴²².

No que se refere ao erro de proibição evitável, o autor da conduta será punido com a pena do crime doloso, porém com a possibilidade de ser reduzida e admite, também, a punição do autor a título de culpa⁴²³.

Pelas posições acima expostas, defende-se que a teoria limitada da culpabilidade é a que mais se afina à ideia de política criminal e ao funcionalismo penal. Porém, ainda se faz necessária uma melhor apreciação, caso a caso, da ocorrência ou não do erro de proibição, considerando, acima de tudo, o contexto social e as suas peculiaridades, visando aferir de forma mais segura os fins de prevenção da pena.

5.5. A CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

A pretensão de reprovação da conduta do agente exige que ele tenha possibilidade de conhecer a ilicitude de seu comportamento, o que acontece nessa ocasião. Para tanto, é necessário que o agente, diante de determinada situação, conheça ou possa conhecer a ilicitude de sua conduta⁴²⁴. Assim, a consciência da ilicitude é o elemento que

421 Cf. GRECO, Luís, *Op. cit.*, p. 148.

422 *Ibidem*, p. 148.

423 Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**, *Op. cit.*, p. 67.

424 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 321.

permite a valoração do que é ou não contrário ao Direito, sendo, portanto, um juízo de desvalor.

Nesse ponto, há a relevância da consciência da ilicitude em relação ao comportamento do indígena, a fim de aferir se, em face da situação em que se encontrava, possuía ou não a consciência da ilicitude. Daí, tornar-se necessária a realização de considerações acerca de seu conceito e objeto.

5.5.1. CONCEITO DE CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

Uma conduta em desacordo com o Direito somente poderá ser objeto de reprovação caso o agente conheça ou possa conhecer as circunstâncias que integram o tipo e a ilicitude⁴²⁵. Dessa forma, como critério normativo, não se pretende afirmar que o agente conhece o tipo ou a ilicitude, mas que podia conhecer, ou seja, que havia possibilidade de conhecer.

Ao abordar o tema Brandão⁴²⁶ esclarece que a consciência da ilicitude “é o conhecimento da significação ilícita do comportamento; é, portanto, o conhecimento do desvalor jurídico da ação”. Por sua vez, para Brodt⁴²⁷, a consciência da ilicitude “é a capacidade de o agente de uma conduta proibida, em uma situação concreta, apreender a ilicitude do seu comportamento: quando presente autoriza a reprovação do sujeito”. Sendo assim, fica evidente que a base da culpabilidade tem suporte na consciência da ilicitude que o agente possuía por ocasião da realização de sua ação.

425 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 321.

426 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 235.

427 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 15.

5.5.2. OBJETO DA CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

Inicialmente, deve ficar claro que a falta de consciência da ilicitude da conduta não se confunde com a falta de conhecimento da própria conduta, posto que a ausência daquela diz respeito à culpabilidade e desta se refere à estrutura da conduta, base da teoria do delito. Assim, Brodt⁴²⁸ ressalta que, para o juízo de culpabilidade, o importante é que o agente tenha conhecimento ou possa ter conhecimento do antagonismo existente entre a conduta e a ordem jurídica, de maneira que o objeto da ilicitude consiste na ilicitude da conduta.

A precisa definição do objeto da consciência da ilicitude é bastante controversa na dogmática penal contemporânea. Neste sentido, Toledo⁴²⁹ esclarece que existem diferentes perspectivas na apreciação do conteúdo da consciência da ilicitude: a formal, a material e a intermediária.

De acordo com Liszt⁴³⁰, a formal é finalizada quando há o conhecimento da norma jurídica, que descreve a conduta realizada, isto é, quando o agente possui o conhecimento da existência de uma norma proibitiva de seu comportamento. Córdoba Roda⁴³¹ destaca que, além de Liszt, a concepção formal foi defendida por Binding e Beling. Conforme Binding, para o conhecimento da ilicitude, há a exigência da representação de sua formal ilicitude: o conhecimento da existência e do conteúdo da norma ofendida. De acordo com Beling, seria suficiente que o agente soubesse que sua conduta está causando lesão a alguma norma. Além do mais, a perspectiva formal se atrela ao fim preventivo geral do ordenamento jurídico penal, uma vez que a ameaça de sanção deveria evitar a realização de práticas delituosas.

428 *Ibidem*, p. 20.

429 TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 72.

430 Cf. LISZT, Franz Von, *Op. cit.*, p. 414-415.

431 CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 89.

Daí, ser exigível que o autor do fato possua o conhecimento de punição decorrente de sua conduta⁴³².

Conforme se depreende, o referido modelo é bastante rígido, uma vez que, sob a ótica técnica, impõe a presunção de que todas as pessoas possuem a possibilidade de conhecer as normas e no aspecto prático. Em relação a esse aspecto, Brandão repudia essa ideia e destaca que,

Como a consciência da antijuridicidade é a base de reprovação da culpabilidade criminal, esse critério deve de pronto ser afastado. A presunção de conhecimento da lei é uma das maiores mentiras do ordenamento jurídico! Se, no meio de dezenas de milhares de leis, nem mesmo os operadores do Direito sabem-nas todas, que se dirá, portanto, dos indivíduos estranhos ao ambiente jurídico⁴³³.

A crítica central lançada à concepção formal diz respeito ao argumento de que apenas os operadores do Direito Penal poderiam praticar infrações penais, considerando a não realidade dos fatos em relação à presunção de conhecimento da lei.

Por sua vez, a concepção material pressupõe que a apreciação da consciência da ilicitude tem por objeto a ciência do caráter antissocial ou imoral do comportamento⁴³⁴. De acordo com Córdoba Roda⁴³⁵, a constatação da natureza material do injusto exige, para a representação da ilicitude, o conhecimento do cunho antissocial da conduta, do antagonismo ao dever, da imoralidade do comportamento ou da lesão de um interesse. Ainda na perspectiva do autor⁴³⁶, os

432 *Ibidem*, p. 90.

433 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 236.

434 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 21.

435 Cf. CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**, *Op. cit.*, p. 90.

436 *Ibidem*, p. 91-92.

defensores dessa posição são Guillermo Sauer, Gallas, C. Espósito. Max Ernst Mayer e Arthur Kaufmann.

Para Guillermo Sauer⁴³⁷, a aptidão socialmente danosa deve ser conhecida pelo autor. Já o conhecimento das leis e o conhecimento da subsunção dos fatos à lei não podem ser esperados do autor. De maneira contrária, o conhecimento do injusto material concreto pode ser exigido. O autor baseia seu entendimento na ideia de que as representações ético-sociais concretas são as mesmas para todas as pessoas imputáveis.

Córdoba Roda⁴³⁸ leciona que, por questões de política criminal, na Alemanha pós-guerra, a concepção material da consciência da ilicitude foi revestida de uma nova visão jusnaturalista fundada nas normas de cultura de Max Ernst Mayer. De acordo com essa nova ótica defendida, principalmente por Arthur Kaufmann, para a configuração da culpabilidade, exige-se o conhecimento da possibilidade de dano à sociedade, ou seja, o agente deve saber que sua conduta lesiona ou expõe a perigo bem jurídico protegido.

Na concepção de Mayer⁴³⁹, o agente sabe que certa conduta é ilícita, assim como sabe também que o Estado castiga referida conduta, mas, de maneira geral, não compreende a gravidade da pena decorrente de tal comportamento e destaca que:

as normas culturais não se estendem às consequências jurídicas que o comportamento antinormativo terá” (...). “a tradição cultural fornece ao sujeito informações exatas apenas sobre se a ação é contrária ao dever

437 SAUER, Guillermo. **Derecho Penal**. Parte Geral. Barcelona: Bosch, 1956, p. 256.

438 Cf. CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**, *Op. cit.*, p. 92.

439 MAYER, Max Ernst. **Normas jurídicas y normas de cultura**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 66-67.

e sobre até que ponto o injusto é determinante para julgamento moral. (tradução nossa)^{440 441}

Para Mayer, a obrigatoriedade da lei não está no seu conhecimento, mas no contexto em que as normas jurídicas coincidem com as normas de cultura. Kaufmann sustenta que, para a caracterização da culpabilidade, basta que o agente tenha valorado a sua conduta no mesmo sentido da lei⁴⁴². Assim, de acordo com essa concepção, o agente que pratica um comportamento sabendo que está lesionando ou expondo a perigo bem jurídico tutelado possui o conhecimento da danosidade social de sua conduta.

A exemplo da concepção formal, a material também sofreu críticas pelo fato de que muitas pessoas podem ofender a ordem jurídica imaginando que seu comportamento está acobertado por razões de ordem moral, social ou pedagógica. Convém destacar que, por vezes, as definições de muitas infrações penais não são acessíveis ao leigo. Então, não tem como se exigir do agente, que se supõe ser conhecedor das normas, certa motivação pelo conhecimento destas ou pela antissocialidade ou pela imoralidade de uma conduta absolutamente neutra. A partir dessa questão, surge, então, a concepção intermediária que, de acordo com Brodt, foi adotada na decisão do Supremo Tribunal Federal alemão, de 18 de março de 1952.

O conhecimento da antijuridicidade não importa nem o conhecimento da punibilidade do comportamento, nem o conhecimento do dispositivo legal que contém a proibição. Porém, não basta que o sujeito tenha consciência de que seus atos são moralmente

440 *Ibidem*, p. 67.

441 las normas de cultura no se extienden sobre las consecuencias jurídicas que tendrá el comportamiento antinormativo" (...) "la tradición cultural le proporciona al sujeto una información exacta unicamente sobre si la acción es contraria al deber y sobre medida en que el injusto es determinante para el enjuiciamiento moral.

442 Cf. CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**, *Op. cit.*, p. 92.

reprováveis{...} O sujeito, embora não deva fazer avaliação técnico-jurídica, deve conhecer ou ser capaz de conhecer com a devido esforço de sua consciência, em um julgamento geral correspondente à sua esfera de pensamentos, o caráter injusto de sua ação. (tradução nossa)^{443 444}

Conforme ensina Toledo⁴⁴⁵, essa perspectiva “se satisfaz com um, juízo geral a respeito do caráter injusto da ação e com a possibilidade de se atingir esse juízo, através de um esforço da consciência”. A partir dessa leitura, é importante ressaltar que essa é a concepção de maior aceitação no campo da doutrina alemã e espanhola, superando as ideias quanto ao conteúdo formal ou material da ilicitude.

No Brasil, a posição intermediária foi adotada por Munhoz Netto, Toledo, e Hungria⁴⁴⁶. Com relação a essa perspectiva, existe a defesa de que não basta somente a ideia material, que requer o conhecimento da danosidade social ou moral da conduta, nem apenas a formal, que exige um conhecimento específico e técnico da norma atingida. Exige-se, também, um juízo geral acerca do caráter ilícito da conduta, bem como a possibilidade de se alcançar esse juízo através de um mero esforço da consciência.

A posição intermediária é defendida por Córdoba Roda⁴⁴⁷ e sustenta que a ilicitude material não é elemento indispensável, pois é suficiente apenas o conhecimento de que a conduta ofende bem jurídico protegido. Com essa ideia, há a vantagem de garantir um

443 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 23.

444 El conocimiento de la antijuridicidad no importa ni el conocimiento de la punibilidad del comportamiento, ni el de la disposición legal que contiene la prohibición. No basta sin embargo con que el sujeto sea consciente de que su obrar es reprochable moralmente {...} El sujeto, si bien no debe realizar una valoración de orden técnico jurídico, si debe conocer, o poder conocer, com el esfuerzo debido de su consciencia, em un juicio general correspondente a su esfera de pensamientos, el carácter injusto de su obrar.

445 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**, *Op. cit.*, p. 73.

446 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 21.

447 Cf. CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**, *Op. cit.*, p. 99.

critério que procura a solução do problema da consciência do injusto na ordem jurídica. Do mesmo modo, Roxin⁴⁴⁸ também se mostra defensor da concepção intermediária, considerando, ainda, que os valores sociais e morais sofrem constantes variações em face de uma sociedade plural.

Consciência da antijuridicidade significa: o sujeito sabe que o que faz não é juridicamente permitido, mas proibido (BGHSt 2, 196). De acordo com isso, para a consciência da antijuridicidade não basta a consciência do dano social ou da contrariedade à moralidade da própria conduta; mas por outro lado, não é necessário de acordo com op. sol. a consciência da punição. Muito pouco é exigido quando se considera suficiente para a consciência da antijuridicidade a consciência da danosidade ou da imoralidade. (tradução nossa)^{449 450}

O referido autor⁴⁵¹ ainda destaca que a mera ideia de esforço de consciência pode levar quem pratica a conduta ao conhecimento da imoralidade de sua conduta, que não é o objeto da consciência da ilicitude.

Para esta pesquisa, a posição que se inclina a favor da corrente intermediária é a que consegue melhor atingir a essência da delimitação da consciência da ilicitude, dispensando a necessidade do conhecimento do tipo penal; porém, exigindo o desvalor jurídico do caráter ilícito da conduta. A partir desse tema, percebe-se a inquietação

448 Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 866.

449 *Ibidem*, p. 866.

450 Conciencia de la antijuridicidade significa: el sujeto sabe que lo que hace no está juridicamente permitido, sino prohibido (BGHSt 2, 196). Según eso, para la conciencia de la antijuridicidad no basta la conciencia de la danosidad social o de la contrariedad a la moral de la propia conducta; pero por otro lado, tampoco es necesaria según la op. dom. la conciencia de la punibilidad. Se exige demasiadamente poco cuando se considera suficiente para la conciencia de la antijuridicidad la conciencia de la danosidad o de la inmoralidad.

451 *Ibidem*, p. 889.

e a árdua tarefa de enfrentar o assunto acerca da consciência da ilicitude no estudo da teoria do delito.

5.6. A RELEVÂNCIA DA CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE NA TEORIA DO DELITO

Na teoria do delito, é imprescindível lançar um olhar sobre a consciência da ilicitude e sua repercussão na conduta realizada pelo indígena, considerando as questões culturais por eles assimiladas quando haverá a possibilidade da aplicação da dogmática penal para solucionar questões controvertidas.

Atualmente, a posição dominante, segundo Brodt⁴⁵², é no sentido de que a consciência da ilicitude possui grande importância na estrutura da teoria do delito, pois a sua presença é indispensável para a caracterização do delito. Dessa maneira, traz-se, como consequência, a necessidade de seu estudo com a elaboração de algumas teorias acerca da falta de consciência da ilicitude, a saber: teoria estrita do dolo, teoria limitada do dolo, teoria estrita da culpabilidade e teoria limitada da culpabilidade.

5.6.1. TEORIA ESTRITA OU EXTREMADA DO DOLO

Para os adeptos dessa teoria, conforme explica Tavares⁴⁵³, a consciência da ilicitude é elemento do dolo, que é normativo e se situa na culpabilidade. Por essa razão, o autor apenas age de forma dolosa se tiver consciência da ilicitude de seu comportamento, de tal forma que a exclusão do dolo implica na exclusão da culpabilidade.

De acordo com essa teoria, Muñoz Conde⁴⁵⁴ explica que o conhecimento da ilicitude deve ter, na visão psicológica, a mesma

452 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 74-75.

453 Cf. TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**, *Op. cit.*, p. 516.

454 MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error em Derecho Penal**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 32.

condição que o conhecimento de qualquer dado caracterizador do fato delituoso, seja ele um mero elemento descritivo do tipo, seja elemento normativo ou pressuposto objetivo de uma causa de justificação. Dessa forma, Tavares⁴⁵⁵ esclarece que o conhecimento dos dados, inclusive o da ilicitude, deve ser atual ou real em relação ao momento do fato, o que implica dizer que “o agente só atuaria dolosamente se conhecesse mesmo a ilicitude de seu comportamento, não importando que, nas circunstâncias, fosse-lhe possível alcançar esse conhecimento”.

Com essa concepção, chegou-se à equiparação das espécies de erro no que diz respeito aos seus efeitos, pois o erro recebeu tratamento igualitário em suas consequências na medida em que tanto o erro de direito quanto o erro de proibição e o erro de tipo excluem o dolo, se inevitável. Se evitável, o agente será responsabilizado na modalidade culposa, caso haja previsão legal⁴⁵⁶.

Em relação a essa teoria, foram apontadas algumas falhas. Dentre elas, o inconveniente de demonstrar a situação de atualidade do conhecimento da ilicitude, como exemplifica Muñoz Conde⁴⁵⁷ no caso do delinquente contumaz que faz da prática de delitos seu meio de vida, de tal forma que apenas em raras situações considera a ilicitude de seu comportamento, o que ocasiona inúmeros casos de impunidade. Outra falha seria em relação ao fato de que nem todas as infrações penais possuem a modalidade culposa, fazendo com que, em virtude da ausência de conhecimento atual da ilicitude e da falta de previsão legal da modalidade culposa, o agente fique impune, mesmo quando se trata de erro evitável.

5.6.2. TEORIA LIMITADA DO DOLO

Em face das críticas lançadas à teoria estrita ou extrema do dolo, houve a necessidade de sua adaptação visando solucionar as

455 Cf. TAVARES, Juares. **Fundamentos de teoria do delito**, *Op. cit.*, p. 516.

456 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 76.

457 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error em Derecho Penal**, *Op. cit.*, p. 32.

questões práticas, trazendo restrições àquela teoria. A mais relevante contribuição, no que diz respeito às limitações mencionadas, é a denominada teoria limitada do dolo, proposta por Mezger⁴⁵⁸.

A teoria limitada do dolo teve seu ponto de partida no Projeto Günther, de 1935, a qual declarava que agia dolosamente o autor que prosseguisse em sua conduta com a consciência e a vontade na prática do injusto ou na ofensa à lei. E, de outra maneira, atuava culposamente o agente que desconhecesse a ilicitude ou a ilegalidade de sua conduta⁴⁵⁹.

Conforme destaca Motta⁴⁶⁰, Mezger é considerado o fundador da teoria limitada do dolo. Foi ele quem introduziu o chamado “estado de inimizade ao direito” como meio de corrigir impunidade. Nesse sentido, Motta esclarece que,

De acordo com essa teoria, o erro evitável continua a excluir o dolo, deixando subsistente a responsabilidade a título de culpa, exceto se o erro derivar de uma cegueira jurídica ou desprezo pelo direito, admitindo-se nesse caso a responsabilidade a título de dolo, “como se fosse” um atuar doloso (dolo *fictício*).⁴⁶¹

De acordo com Muñoz Conde⁴⁶², o conceito de “inimizade ou cegueira jurídica” é vago e inadequado para descobrir o comportamento relativamente despreocupado que vários delinquentes evidenciam em relação ao ordenamento jurídico. Aliado a esse fato, constata-se uma presunção do dolo nos casos de “cegueira jurídica”, fazendo com

458 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 77.

459 Cf. CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidade en la teoria del delito**, *Op. cit.*, p. 108-109.

460 MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

461 *Ibidem*, p. 43.

462 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error em Derecho Penal**, *Op. cit.*, p. 33.

que surja uma nova espécie chamada “culpabilidade pela condução da vida”, que é incompatível com a culpabilidade pelo fato.

Por fim, Toledo⁴⁶³ esclarece que a teoria limitada do dolo também sofreu críticas, dentre as quais é possível apontar a possibilidade de condenação do agente não em virtude do que ele faz, mas em razão do que ele é. Com a modernização do Direito Penal e o surgimento da doutrina finalista da ação, as teorias do dolo se tornaram desatualizadas, fazendo com que fossem desencadeadas teorias da culpabilidade.

5.6.3. TEORIA ESTRITA OU EXTREMADA DA CULPABILIDADE

A teoria estrita ou extremada da culpabilidade foi adotada por uma parcela expressiva de finalistas, dentre os quais podem ser mencionados Welzel, Maurach, Córdoba Roda e Alcides Munhoz Netto, além de outros de correntes doutrinárias diversas⁴⁶⁴. Para essa teoria, a consciência da ilicitude é elemento da culpabilidade, desvinculada do dolo, pois este é elemento integrante do tipo penal. Logo, a falta de consciência da ilicitude não exclui o dolo, pois ele foi deslocado da culpabilidade para o tipo penal⁴⁶⁵.

A consciência da ilicitude, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta constituem a culpabilidade. Para Maurach⁴⁶⁶, o conteúdo da culpabilidade esbarra na aberta rebelião contra a norma ou pela reprovável indiferença frente às exigências do Direito, segundo o sujeito atue com atual, ou potencial, conhecimento do injusto. Nesse sentido, Toledo⁴⁶⁷ destaca que “a consciência da ilicitude, por sua vez, passa a fazer parte da culpabilidade como um pressuposto necessário

463 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 284.

464 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 80.

465 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 243.

466 Cf. MAURACH, Reinhard, *Op. cit.*, p. 145.

467 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 284.

do juízo de censura. Adota-se, porém, a consciência potencial da ilicitude”.

Nesse sentido, Brandão⁴⁶⁸ ensina que a consciência da ilicitude é, conseqüentemente, sempre potencial. Dessa maneira, o que dispensa o questionamento em saber se o agente, de fato, possuía ou não a referida consciência. Ainda assim, será feita uma aferição pessoal sobre o agente, visando avaliar se, nas circunstâncias em que realizou a conduta, tinha possibilidade de conhecer o injusto.

Com a mudança realizada por esta teoria na estrutura do delito, ocorreram alterações em relação às duas formas de erro quanto a esse aspecto, de forma sintetizada, Toledo ensina que:

O erro de tipo exclui sempre o dolo, quer seja inevitável ou evitável; se o erro de tipo era evitável, mas não se evitou, há que se investigar a muito provável existência de um crime culposo. O erro de proibição exclui a culpabilidade somente quando inevitável. Mas neste caso a absolvição será sempre certa, visto como não há possibilidade de condenação por dolo ou por culpa, sem o aperfeiçoamento da censura de culpabilidade.⁴⁶⁹

Com base nessa teoria, todo erro sobre a ilicitude do fato se constitui em erro de proibição, ocorrendo, inclusive nos casos de erro sobre causas de justificação, as chamadas discriminantes putativas, provocando como resultado a exclusão ou atenuação da culpabilidade, sem atingir o dolo do tipo. Assim, todo e qualquer erro que incida sobre uma causa de justificação é erro de proibição⁴⁷⁰. As principais críticas a esta teoria são apontadas por Brodt⁴⁷¹ como sendo a falta de clareza na substituição do sistema próprio das teorias do dolo por

468 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 244.

469 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 284-285.

470 Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**, *Op. cit.*, p. 93.

471 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 81.

outro e a não realização da diferença entre culpabilidade culposa e dolosa.

5.6.4. TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE

Nas palavras de Brodt⁴⁷², a teoria limitada da culpabilidade se assemelha à teoria extremada da culpabilidade ao considerar o dolo como elemento do tipo e a consciência da ilicitude como integrante da culpabilidade. Contudo, destoam no que se refere ao erro que recai sobre dados objetivos de uma causa de justificação, pois, enquanto a teoria extremada sustenta que se trata de erro de proibição, a teoria limitada sustenta que ocorre erro de tipo (erro de tipo permissivo), gerador da exclusão do dolo.

Conforme Santos⁴⁷³, a teoria limitada da culpabilidade, atualmente majoritária, impõe diferentes consequências ao erro de proibição. Quanto ao erro de proibição direto, em relação à lei penal, no que tange à sua existência, validade ou significado, afasta ou diminui a reprovação, ou seja, a culpabilidade. Já, quanto ao erro de proibição indireto, erro de permissão, que diz respeito aos limites jurídicos de uma causa de justificação ou à existência de uma hipótese de justificação não prevista em lei, ocorrerá, também, a exclusão ou a diminuição da culpabilidade.

O chamado erro de tipo permissivo tem como essência os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, onde o autor quer atuar em conformidade com o Direito. Porém, não faz em razão de desconhecer a realidade fática, ou seja, imagina uma situação de fato que não existe, mas, se existisse, tornaria sua conduta legítima. Nessa situação, o autor age sem dolo e seu erro equivale ao erro de tipo, sendo cabível a responsabilidade a título de culpa, caso haja previsão legal nesse sentido⁴⁷⁴.

472 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 81-82.

473 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, *Op. cit.*, p. 298.

474 *Ibidem*, p. 298-299.

Acerca desse tema, Córdoba Roda⁴⁷⁵ menciona que o Supremo Tribunal alemão se posicionou no sentido de que a imaginação equivocada da existência de um suposto fato, que ensejaria uma causa de justificação, dá origem a um erro de fato. Neste sentido, a convicção de que o comportamento praticado está respaldado por uma causa de justificação importa em erro de natureza jurídico-penal.

No que diz respeito ao erro sobre uma causa de justificação, a teoria dos elementos negativos do tipo influenciou a teoria limitada da culpabilidade nas hipóteses de erro nas descriminantes putativas. Contudo, Córdoba Roda⁴⁷⁶ explica que partem de fundamentos distintos, uma vez que considera os elementos do tipo como elementos positivos e as hipóteses de justificação como elementos negativos do injusto, de maneira que o erro sobre a causa justificante gera a exclusão do dolo e, como consequência natural, do tipo e do injusto, ficando apenas a possibilidade de punição do agente na modalidade culposa, caso haja previsão do tipo culposo, nos casos de evitabilidade do erro.

Para Muñoz Conde⁴⁷⁷, os pressupostos fáticos de uma causa de justificação são considerados causa de justificação que exclui o dolo e justifica que, nesses casos, o autor deseja algo que é permitido pela norma. Em outras palavras, permanece obediente ao Direito enquanto o agente que comete o erro em relação aos limites ou à existência de uma causa de justificação almeja algo que não é permitido pela norma, ainda que pense que seja permitido.

Com a teoria da culpabilidade, o conhecimento da ilicitude se converte em um conhecimento potencial, diferente de um real conhecimento, posto que uma potencial consciência, na realidade, não é um conhecimento que possa ser atestado como outros pontos de cunho psicológico, pois se trata de um conceito⁴⁷⁸. Acerca da aceitação

475 Cf. CORDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoria del delito**, *Op. cit.*, p. 53.

476 *Ibidem*, p. 299.

477 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error em Derecho Penal**, *Op. cit.*, p. 41.

478 *Ibidem*, p. 37.

dessa mera possibilidade de consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade, Brodt⁴⁷⁹ ressalta que, com isso, “não se compromete a realização da justiça, nem se viola o princípio da culpabilidade”.

Das teorias aqui expostas, entende-se que a teoria limitada da culpabilidade é a que melhor se adequa à visão de política criminal, dando respostas justas às punibilidades, como nos casos de erro de proibição evitável, quando houver previsão legal de delito na modalidade culposa e o afastamento da culpabilidade, nos casos de erro de proibição inevitável. Além disso, ela não se utiliza da imprecisa noção de cegueira jurídica e de inimizade do Direito, da teoria limitada do dolo. Por fim, em relação à teoria estrita do dolo, há o problema do conhecimento atual da ilicitude, que constitui uma dificuldade de apreciação no caso concreto.

Sob essa perspectiva é crucial a análise acerca da consciência da ilicitude em relação ao erro de proibição.

5.7. A FALTA DE CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E SUA RELAÇÃO COM O ERRO

A ausência da consciência da ilicitude e o erro possuem íntima pertinência, pois, através deles, é possível estudar a possibilidade de exclusão de responsabilidade penal do indígena quando este realiza determinado comportamento em respeito à cultura adotada em sua comunidade.

É sabido que o erro é inerente à natureza humana. Por esse motivo, o Direito não poderia se furtar em realizar seu estudo, sendo ele resultante de uma falta ou falha de percepção ou de raciocínio⁴⁸⁰. Sob o aspecto jurídico, de acordo com Toledo⁴⁸¹, o entendimento dominante é no sentido de que o erro compreende a ignorância.

479 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 85.

480 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**, *Op. cit.*, p. 1.

481 *Ibidem*, p. 2.

Portanto, há equivalência entre os termos, ou seja, erro e ignorância exprimem um conceito único.

Contudo, ignorância e erro não representam o mesmo fenômeno psicológico. Nesse sentido, Jiménez de Asúa⁴⁸² esclarece que, na ignorância, há a ausência de qualquer noção acerca do objeto do conhecimento; enquanto, no erro, há a falsa noção, isto é, uma representação errônea de determinado objeto. Assim, na ignorância, há um estado negativo e, no erro, há um estado positivo.

Nessa percepção, o erro, considerado como a situação que vicia a vontade em razão da falsa percepção da realidade, pode incidir tanto sobre os elementos integrantes do tipo penal quanto sobre o desvalor da conduta. Na primeira hipótese, tem-se o chamado erro de tipo e, na segunda, o erro de proibição. Nessa ótica, deve-se abordar, de forma pontual, alguns aspectos importantes pertinentes ao erro e à ignorância, assim como seus reflexos na seara penal.

5.7.1. ERRO E IGNORÂNCIA NO DIREITO PENAL

Embora, inicialmente, os termos erro e ignorância possam parecer sinônimos, eles possuem significados diferentes e representam fenômenos distintos. Nesse sentido, Toledo⁴⁸³ leciona que, na ignorância, há uma ausência de noção em relação ao objeto do conhecimento, ou seja, há um estado negativo; enquanto, no erro, há uma noção falsa sobre o objeto do conhecimento, isto é, há um estado positivo.

Na mesma linha, Antolisei⁴⁸⁴ sustenta que uma das diferenças entre erro e a ignorância consiste no fato de que, na ignorância, há total falta de conhecimento, já, no erro, há certo conhecimento. Tal posição é seguida por Jiménez de Asúa⁴⁸⁵ ao esclarecer que, na

482 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, *Op. cit.*, p. 313.

483 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**, *Op. cit.*, p. 04.

484 Cf. ANTOLISEI, Francesco, *Op. cit.*, p. 287.

485 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Princípios de derecho penal**, *Op. cit.*, p. 390.

ignorância, infere-se a absoluta ausência de representação, onde há uma total falta de noção acerca de determinado objeto. Por outro lado, no erro, infere-se uma representação errônea de certo objeto.

Ao apreciar essas abordagens, nota-se que tanto a ignorância quanto o erro geram reflexos no dolo e no conhecimento da ilicitude, uma vez que atingem a livre avaliação do que é lícito e ilícito, o que não significa dizer que os dois possuem o mesmo tratamento e efeito jurídico, uma vez que não se pode conferir tratamento igual para situações distintas. Desse modo, o fato de alguém desconhecer a lei não significa, necessariamente, que o agente não saiba que sua conduta é reprovável.

Cabe ressaltar que a situação do erro de proibição, a qual possui ligação com o desconhecimento e o agente, atua em desacordo com o Direito. Essa relação ocorre entre a conduta e a norma prevista no tipo penal, sendo que o agente, sustentado em uma falsa representação, atua em desacordo com o Direito. É em cima dessa relação entre a conduta e a norma que recai o debate acerca da existência ou não do conhecimento da ilicitude. Sobre essa questão, Munhoz Netto⁴⁸⁶ esclarece que a ignorância da lei por parte do agente pode levá-lo ao desconhecimento da classificação jurídica e das condições a serem apreciadas por ocasião da aplicação da pena, mas, apesar disso, ter a noção da ilicitude de sua conduta.

Para Hungria⁴⁸⁷, uma pessoa pode ter conhecimento de que determinada conduta é proibida pelo ordenamento jurídico embora a desconheça objetivamente, o que significa dizer que é possível a falta de consciência da ilicitude apesar de o agente ter ou não conhecimento específico da lei.

De acordo com Jorge de Figueiredo Dias⁴⁸⁸, se o decisivo na consciência da ilicitude, como momento importante para a culpa,

486 MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 20.

487 Cf. HUNGRIA, Nelson, *Op. cit.*, p. 118.

488 DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 257-258.

é a determinação da expressão de uma posição incorreta do agente diante de valores jurídicos, então, a realização concreta traz como uma das consequências fundamentais a seguinte possibilidade:

Pode o agente ignorar ou não ter presente na sua consciência-psicológica, no momento da ação, a lei, o princípio ou a norma geral abstrata efetivamente aplicáveis ao problema da licitude, e que contêm a respectiva proibição ou imposição da ação, e, todavia, possuir a consciência da ilicitude relevante para a culpa.⁴⁸⁹

A partir desses pontos, Dias⁴⁹⁰ esclarece, ainda, que haverá a força da possibilidade de conhecimento do ilícito toda vez que a valoração jurídico-penal estiver contida em um contexto mais abrangente, em um âmbito moral, cultural ou social.

Nessa quadra, entende-se como adequada a apreciação das questões referentes ao desconhecimento do ilícito e o desconhecimento da norma.

5.7.2. DESCONHECIMENTO DO ILÍCITO E DESCONHECIMENTO DA NORMA

Inicialmente, é importante frisar que a ilicitude de um fato é diferente do desconhecimento da norma.

Para estabelecer uma linha de raciocínio acerca dessa diferença, Toledo⁴⁹¹ esclarece que a ilicitude de um fato não está no fato em si, nem nas leis vigentes, mas entre ambos, de forma que a ilicitude é “a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e ordenamento jurídico, de sorte a causar

489 *Ibidem*, p. 257-258.

490 *Ibidem*, p. 258.

491 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 85-86.

lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”. Assim, há uma relação entre a norma e o conhecimento que alguém possa ter acerca da conduta que ofende a norma. É nesse contexto que se vai aferir a presença ou a ausência da consciência da ilicitude, que se encontra ligada à culpabilidade. Acerca do tema, Munhoz Netto⁴⁹² defende que a distinção entre a ignorância da ilicitude se configura no desconhecimento de que a conduta contraria o Direito e, por conta disso, pode o agente desconhecer a classificação jurídica, a quantidade da pena. Contudo, ainda assim, o agente pode possuir a representação da ilicitude da conduta.

Em algumas situações o erro lança reflexos na culpabilidade, mas não gera efeitos para cessar a obrigatoriedade da lei. Desse modo, é oportuno destacar que um dos elementos da culpabilidade não é mais a plena consciência da ilicitude, mas seu potencial conhecimento. Desta maneira, não se pode exigir conhecimento técnico-jurídico por parte do agente. Assim, na potencial consciência da ilicitude, a falta do conhecimento não é bastante para ocasionar a absolvição do agente, sendo necessário que se verifique se existia alguma possibilidade de ele ter possuído aquela consciência no momento do ato. Caso tenha existido essa possibilidade, então, deve-se aferir se houve alguma falta de cuidado em não a adquiri-la ou, até mesmo, o dever de esclarecimento. Nestes casos, o erro justificável somente existe quando inevitável. Nessa linha, é a posição inculpada no Código Penal brasileiro.

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude

492 Cf. MUNHOZ NETTO, Alcides, *Op. cit.*, p. 20.

do fato quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.⁴⁹³

No dispositivo legal acima transcrito, encontra-se a base do erro de proibição, representado pela impossibilidade de o autor adquirir o entendimento relativo ao desvalor de seu comportamento. Nesse contexto, evidencia-se o fundamento de validade para a aplicação da lei, representado pela assertiva de que o desconhecimento da lei não é motivo para a sua não aplicação, de tal sorte que não deve ser considerado para a aferição da presença ou não da consciência da ilicitude. Ainda sobre o erro, convém, desde logo, estabelecer a distinção existente entre erro de tipo e erro de proibição, conforme será apresentado a seguir.

5.7.3. ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO

Como já explanado anteriormente, há uma diferença entre erro e ignorância, na qual aquele diz respeito à falsa percepção e esta se refere ao absoluto desconhecimento. Com base nessa síntese, o erro pode interferir na reprovação da conduta do agente, podendo, inclusive, alcançar a exclusão da responsabilidade penal.

Em relação ao erro de tipo e ao erro de proibição, o fundamento da diferença entre ambos consiste na dissimilaridade entre tipo e ilicitude. Nesse sentido, Brodt⁴⁹⁴ ensina que “o erro de tipo, assim, é aquele que incide sobre qualquer elemento constitutivo do tipo, independentemente de sua natureza. Erro de proibição, por sua vez, é o que se refere ao caráter ilícito do fato”.

De acordo com Maurach⁴⁹⁵, o erro de tipo se refere ao equívoco em relação a algo que forma o tipo penal, de maneira que não existe muita relevância se a falsa percepção disser respeito ao mundo

493 Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, *Op. cit.*, s.p.

494 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 52.

495 Cf. MAURACH, Reinhard, *Op. cit.*, p. 336.

fático, conceitual ou normas jurídicas. Em verdade, o que importa é a integração da estrutura da figura típica. Em outras palavras, o equívoco que recai sobre elementos descritivos do tipo penal caracteriza o erro de tipo, de tal maneira que permite a ocorrência de uma verdadeira confusão fática.

Por sua vez, Bitencourt⁴⁹⁶ esclarece que o erro de proibição recai sobre a ilicitude do comportamento e ocorre quando o agente supõe, por equívoco, que sua conduta está de acordo com o ordenamento jurídico, imaginando inexistir proibição para a realização de sua conduta. Assim, o erro de proibição possui relação com o juízo que é feito do comportamento em face da ordem jurídica. Em síntese, o agente sabe o faz; porém, o erro ocorre em face da compreensão da regra imposta ao comportamento, que é tido como proibido.

Por tudo que se falou até aqui, torna-se imperioso trazer o tema para o cenário nacional, visando verificar as espécies de erro de proibição aceitas no Brasil.

5.7.4. ESPÉCIES DE ERRO DE PROIBIÇÃO ADMITIDOS NO BRASIL

O grau de reprovação do comportamento do agente deve ser aferido levando em conta quem atua sem saber, mas com a possibilidade de saber. Do mesmo modo, deve-se observar quem age, efetivamente, sabendo de sua ilicitude.

No âmbito nacional, o agente que atua com a consciência real terá como retribuição a reprovação normal. Todavia, aquele que age com a consciência potencial tem a reprovação reduzida. Por sua vez, o que age sem potencial consciência da ilicitude não recebe qualquer reprovação.

Em relação ao erro de proibição, de acordo com Bitencourt⁴⁹⁷, três são as espécies: erro de proibição direto, erro de proibição indireto e erro de mandamento. Em qualquer delas, o erro poderá

496 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**, *Op. cit.*, p. 105.

497 *Ibidem*, p. 117.

ser escusável ou não. Para ser considerado inescusável (vencível ou evitável), deve-se ter havido um erro que o agente podia ter evitado, ou seja, se tivesse adotado algum cuidado, não teria acontecido, porque era possível haver a consciência da ilicitude. Por outro lado, o escusável (invencível ou inevitável) é aquele no qual o agente não tinha a possibilidade de conhecer o caráter ilícito de sua conduta. Por esse motivo, não se pode reprovar o autor, uma vez que ele não se encontra em situação de conhecer o injusto do fato, não sendo sua conduta censurada pelo Direito⁴⁹⁸.

Assim, no caso de erro de proibição escusável (invencível ou inevitável), o agente sempre será desculpado, conforme previsão constante no artigo 21, 2ª parte, do nosso Código Penal, que diz: “o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena”. Já, no caso do erro de proibição inescusável (vencível ou evitável), o agente responderá pelo crime doloso, com a possibilidade de diminuição de pena, nos termos do artigo 21, 3ª parte, do mesmo diploma legal, onde se lê que, “se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”⁴⁹⁹.

O erro de proibição direto ocorre quando o agente se equivoca em relação à norma proibitiva, sendo que sua conduta se dá em razão de desconhecer a proibição ou de não a conhecer perfeitamente. Nesse ponto, Brodt⁵⁰⁰ contextualiza situações em que pode ocorrer o erro de proibição direto.

Não é difícil imaginar casos de erro sobre a ilicitude em nosso país, onde restam comunidades inteiras a serem plenamente integradas à comunhão nacional (apesar da força da mídia). Muitas vezes, os próprios meios de comunicação transmitem e cultivam valores contrários à Ética, à Moral e ao Direito. A injustiça do modelo econômico e as consequentes disparidades

498 Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op. cit.*, p. 627.

499 Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**, *Op. cit.*, p. 143.

500 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 58.

sociais negam a milhões de indivíduos a dignidade inerente à cidadania.⁵⁰¹

Nesse passo, Toledo⁵⁰² esclarece que o erro de proibição direto não recairá sobre o modelo de conduta proibida, nem sobre o tipo penal e muito menos sobre a lei penal. Pelo contrário, o erro recairá sobre o agente que, equivocadamente, realizou a conduta contrária à norma proibitiva. Além disso, o autor destaca que, no erro de proibição direto, “o agente, por erro inevitável, realiza uma conduta proibida, ou por desconhecer a norma proibitiva, ou por conhecê-la mal, ou por não compreender o seu verdadeiro âmbito de incidência”⁵⁰³. Convém mencionar que o erro de proibição também pode ocorrer nos crimes culposos, uma vez que a regulamentação constante no artigo 21 do nosso Código Penal tem caráter geral e não impõe restrições quanto à necessidade da existência de dolo⁵⁰⁴.

É importante citar que Jescheck⁵⁰⁵ ensina que estará configurado o erro de proibição direto quando o agente não conhece determinada norma punitiva, a qual tenha relação direta com o fato praticado. Por isso, ele imagina que sua conduta foi lícita. Do mesmo modo, o erro de proibição direto pode ocorrer, ainda, quando o agente faz uma valoração global equivocada da norma.

Por sua vez, o erro de proibição indireto é denominado por Jescheck⁵⁰⁶ de erro de permissão. Para ele, este tipo de erro ocorre quando o agente sabe que sua conduta é proibida; porém, crê, em virtude de uma suposição equivocada, que o ordenamento jurídico permite o seu comportamento, sendo relevante ressaltar que tal suposição pode incidir sobre uma causa de justificação ou no desconhecimento dos limites de uma causa de justificação permitida.

501 *Ibidem*, p. 58.

502 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**, *Op. cit.*, p. 103.

503 *Ibidem*, p. 101.

504 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**, *Op. cit.*, p. 118.

505 Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op. cit.*, p. 627.

506 *Ibidem*, p. 632.

Sobre esse tema, deve-se ter atenção para não confundir o erro de tipo, que exclui o dolo, com o erro de proibição indireto. Para não restar dúvidas, Toledo esclarece que:

(...) o erro que recai sobre tais pressupostos de uma causa de justificação deve ser tratado, se escusável, como erro de tipo excludente do dolo, não se afastando a hipótese de resíduo culposo (culpa stricto sensu). Todavia, pode dar-se o caso de o agente, com pleno conhecimento dos pressupostos fáticos e preenchendo os requisitos subjetivos em foco, incorrer em erro sobre a própria existência ou sobre os exatos limites da causa de exclusão do injusto. Surge, então, o erro de proibição indireto, que, a nosso ver, de ter tratamento dentro dos princípios gerais já enunciados.⁵⁰⁷

De maneira complementar, Brodt⁵⁰⁸ arremata que os pressupostos fáticos de uma excludente de ilicitude não se incluem no erro de proibição indireto.

Além dos erros já citados, também existe o erro de mandamento⁵⁰⁹. Ele ocorre em relação aos crimes omissos próprios ou impróprios e recai sobre norma mandamental, isto é, aquela que impõe um dever de ação ou de prática de determinados atos. Dessa maneira, “se o erro incide sobre a existência da própria *norma preceptiva*, isto é, sobre a existência de impedir o resultado, dá-se o erro de proibição, denominado ‘erro de mandamento’”⁵¹⁰.

Em síntese, Brodt⁵¹¹ afirma que, se o erro se relacionar aos elementos constitutivos da posição de garantidor, estar-se-á diante de erro de tipo e não de erro de mandamento, uma vez que os

507 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**, *Op. cit.*, p. 108-109.

508 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 65.

509 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**, *Op. cit.*, p. 105-106.

510 *Ibidem*, p. 106.

511 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 68.

mencionados elementos integram o tipo dos delitos de omissão imprópria. Portanto, deve-se destacar a relevância da culpabilidade e seus elementos, bem com as causas que ocasionam a sua exclusão por ocasião da aferição da reprovação da conduta do agente. Desse modo, deve-se destacar os aspectos dogmáticos acerca da tipicidade, de modo que não sejam cometidos equívocos por ocasião da aplicação da lei penal nos casos de estupro de vulnerável e de neonaticídio praticados no contexto cultural indígena.

6. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E NEONATICÍDIO INDÍGENA E SEUS REFLEXOS PENAIS

Os casos de estupro de vulnerável e neonaticídio indígena são temas extremamente sensíveis, uma vez que permeiam diversos campos. Dentre eles, a antropologia, os direitos humanos, os direitos fundamentais, o multiculturalismo e o Direito Penal.

De acordo com o relativismo cultural, sob a perspectiva antropológica, cada grupo social somente pode ser analisado a partir de suas particularidades culturais. Sob essa ótica, deve-se refutar a responsabilização criminal do indígena quando o comportamento for motivado por questões culturais, característica que se torna indispensável para a apreciação dos casos de estupro de vulnerável e neonaticídio indígena. Nesse sentido, é imperioso destacar, desde logo, que a cultura dos indígenas integra seu próprio acervo de direitos humanos, uma vez que é, a partir dela, que os indígenas se identificam e se reconhecem em sua sociedade.

No campo do relativismo cultural, Flávia Piovesan⁵¹² defende que as regras morais variam de acordo com o lugar. Dessa maneira, a busca de uma solução única para todos os casos de moralidade evidencia uma postura imperialista na tentativa de fazer valer uma cultura como regra para as demais. Sob essa ótica, não deve ocorrer a responsabilização penal indígena que comete o neonaticídio, posto que tais práticas são realizadas no interior de suas comunidades, de acordo com as regras de comportamento inerentes às suas cosmologias, as quais são distintas daquelas adotadas pela sociedade nacional.

Contudo, ainda assim, é necessária a coexistência harmônica do sistema jurídico estatal com o “sistema jurídico indígena”, a fim de evitar a interferência estatal nos comportamentos indígenas acobertados por questões culturais. Isto porque, embora o Brasil seja um país multicultural, ainda se adota o monismo jurídico para

512 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143.

a aplicação do Direito em todo o território nacional, desconsiderando a existência de variados grupos étnicos e de suas diversas culturas e tradições. Apesar disso, vislumbra-se a possibilidade de aplicação da dogmática penal ligada à teoria do delito para solução de algumas práticas culturais, de modo a afastar a responsabilidade penal do indígena.

A questão da aplicação da lei penal, considerando o contexto cultural de determinadas etnias, deve ser analisada caso a caso, focando nas peculiaridades dos costumes e das tradições indígenas. O objetivo dessa questão é buscar conferir o mais adequado tratamento penal, com observância dos direitos dos povos originários, sem, contudo, ignorar os direitos humanos. Neste sentido, a criminalização dos indígenas que realizam determinadas condutas, como o estupro de vulnerável e o neonaticídio, considerando sua cultura e tradição, não se apresenta como a melhor forma de coibi-las. Isto porque, se assim for, o Estado continuará marginalizando a cultura indígena. Com isso, evidenciará a posição etnocentrista e preconceituosa que já se arrasta há séculos.

Dentro da dogmática penal, é possível encontrar soluções que compatibilizem a atuação da sociedade nacional com a preservação da diversidade cultural dentro dos pilares de um Estado Democrático de Direito. Desse modo, foram selecionados alguns casos, os quais serão analisados sob essa ótica: o estupro de vulnerável e o neonaticídio indígena. Nessa toada, torna-se interessante ter uma visão sobre como os indígenas são tratados à luz da legislação penal em alguns países que fazem fronteira com o Brasil e possuem grande população de indígenas, como é o caso da Colômbia e do Peru.

6.1. TRATAMENTO PENAL CONFERIDO AOS INDÍGENAS NA LEGISLAÇÃO PENAL DA COLÔMBIA E DO PERU

Nesta subseção, abordar-se-á o tratamento penal dado aos indígenas, restringindo-o aos dois países da América Latina que fazem

fronteira com o estado do Amazonas. A escolha destes dois países se deu, porque são os que detêm os maiores números de comunidades indígenas – Colômbia com 102 e Peru com 85 –, depois do Brasil, com um número de 305⁵¹³. Além disso, a importância desses dois países no presente estudo se encontra evidente em razão de terem sido dispensados tratamentos específicos aos indígenas na legislação penal, tendo em vista a diversidade cultural dos povos indígenas.

6.1.1. COLÔMBIA

No campo penal, o Código Penal colombiano, em seu artigo 33, ao tratar da inimputabilidade, incluiu as pessoas que não possuem a capacidade de compreenderem sua ilicitude ou de se determinarem de acordo com essa compreensão por diversidade sociocultural.

Artigo 33. Inimputabilidade. É inimputável quem, no momento da execução da conduta típica e antijurídica, não tiver capacidade de compreender a sua ilicitude ou de se determinar de acordo com esse entendimento, por imaturidade psicológica, transtorno mental, diversidade sociocultural ou estados similares, Não será inimputável o agente que pré-ordenou seu transtorno mental. Os menores de 18 (dezoito) anos estarão sujeitos ao Regime de Responsabilidade Penal Juvenil. (tradução nossa)^{514 515}

513 Cf. CAMPOS, Ana Cristina. *Op. cit.*, s.p.

514 COLÔMBIA. **Ley nº 599, de 24 de julio de 2000**. Bogotá: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html. Acesso em: 15 jul. 2022, s.p.

515 Artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

Em decisão de maio de 2022, o Tribunal Constitucional colombiano, nos autos da sentença C-370-02, fixou o seguinte entendimento:

i) que a inimputabilidade não decorre de uma deficiência, mas de uma visão de mundo diferente, e ii) que nos casos de erro invencível de proibição decorrente dessa diversidade cultural, a pessoa deve ser absolvida e não declarada inimputável, nos termos do o que está indicado nesta sentença. (tradução nossa)^{516 517}

Com esse posicionamento, houve a sinalização que a pessoa que pratica a conduta típica e ilícita, em casos de erro de proibição inevitável decorrente de diversidade cultural, deve ser absolvida e não declarada inimputável. Isto porque deve ser considerada a sua visão de mundo e as suas particularidades. Portanto, sua conduta não deve ser criminalizada.

Visando fortalecer a segurança dos cidadãos, recentemente, em janeiro de 2022, foi incluído pela Lei n.º 2.179/2022, o artigo 33A no Código Penal. Este dispositivo legal trata da aplicação das medidas pedagógicas a serem aplicadas ao agente que teve declarada a sua inimputabilidade por diversidade cultural ou de inculpabilidade por erro de proibição culturalmente condicionado.

Artigo 33A. Medidas em caso de declaração de inimputabilidade

Nos casos de declaração de inimputabilidade por diversidade sociocultural ou de absolvição por

516 COLOMBIA. **Sentencia C-370/02**. Control de Constitucionalidad. Disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-370_2002.html#1. Acesso em: 15 jul. 2022.

517 i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que em casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado em esta sentencia.

erro de proibição culturalmente condicionado, o procurador delegado que assumiu a direção, coordenação e controle da investigação ordenará à autoridade competente a implementação de medidas pedagógicas e diálogo com o agente e deixará um registro destes.

Se, após a implementação das medidas pedagógicas e de diálogo, o agente insistir no desenvolvimento de conduta punível contra o mesmo bem jurídico tutelado, as novas ações não serão entendidas como cobertas de acordo com as causas de ausência de responsabilidade ou de imputabilidade.

Em qualquer caso, as ações policiais e de restituição de bens previstas no Código de Processo Penal serão aplicadas quando cabíveis a fim de garantir o restabelecimento dos direitos da vítima e as medidas de não repetição necessárias.

Parágrafo. O Governo nacional irá regular e fornecer programas de pedagogia e diálogo. Estes devem respeitar a diversidade sociocultural. (tradução nossa)^{518 519}

Com base nesse dispositivo, é possível notar que existe a previsão, no ordenamento jurídico colombiano, da aplicação do erro

518 Cf. COLÔMBIA. **Ley nº 599, de 24 de julio de 2000**, *Op. cit.*, s.p.

519 Artículo 33A. Medidas en caso de declaratoria de inimputabilidad

En los casos de declaratoria de inimputabilidad por diversidad sociocultural o de inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado, el fiscal delegado que haya asumido la dirección, coordinación y control de la investigación ordenará a la autoridad competente la implementación de medidas pedagógicas y diálogo con el agente y dejará registro de estas.

Si con posterioridad a la implementación de las medidas de pedagogía y diálogo, el agente insiste en el desarrollo de conductas punibles contra el mismo bien jurídico tutelado, las nuevas acciones no se entenderán amparadas conforme con las causales de ausencia de responsabilidad o de imputabilidad.

En todo caso, se aplicarán las acciones policivas y de restitución de bienes previstas en el Código de Procedimiento Penal a las que haya lugar, a fin de garantizar el restablecimiento de los derechos de la víctima y las medidas de no repetición necesarias.

Parágrafo. El Gobierno nacional reglamentará y proveerá los programas de pedagogía y diálogo. Estos deberán respetar la diversidad sociocultural.

de proibição culturalmente condicionado quando cometido o injusto penal no contexto da diversidade cultural.

6.1.2. PERU

O Código Penal peruano, em seu artigo 15, trata do erro de compreensão culturalmente condicionado. É importante frisar que esse dispositivo é utilizado no tratamento penal do indígena que pratica determinada conduta em razão de sua cultura ou costumes e sem compreender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento, quando, então, será aplicada a exclusão de sua responsabilidade.

Artigo 15.- Erro de compreensão culturalmente condicionado

Ficará isento de responsabilidade aquele que, pela sua cultura ou costumes, praticar ato punível sem poder compreender a natureza criminosa do seu ato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Quando, pelo mesmo motivo, essa possibilidade for diminuída, a pena será atenuada.

O disposto no parágrafo primeiro será aplicável seguindo as diretrizes de processos penais interculturais indicadas pelo Poder Judiciário para os casos de prática dos crimes previstos nos capítulos IX, X e XI do Título IV do Livro Segundo cometidos em detrimento de menores de quatorze anos e maiores de quatorze anos quando não tiverem dado seu livre consentimento. (tradução nossa)^{520 521}

520 Cf. PERU. [Constitución (1993)], *Op. cit.*, s.p.

521 Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable siguiendo los lineamientos para procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la

Com base na leitura do dispositivo legal, denota-se que o referido artigo trata da exclusão de responsabilidade e de diminuição de pena, a depender do caso, se inevitável ou evitável, considerando a cultura e os costumes de quem pratica a conduta como criminosa à luz da legislação da sociedade nacional. Ressalte-se que este é um fator importante para a preservação e o respeito à diversidade cultural.

Ao se falar em Brasil, é imperiosa a análise das normas que tratam dos indígenas, seja de forma geral, seja de forma específica focada no campo penal, a fim de visualizar a maneira como são tratados.

6.2. MODELO DE TRATAMENTO PENAL CONFERIDO AOS INDÍGENAS NO BRASIL

No Brasil, aos povos indígenas, foi implementada a política integracionista, que buscava, de forma gradual e integral, a assimilação dos indígenas à sociedade nacional. Na seara penal, os indígenas foram considerados inimputáveis ou semi-imputáveis, dependendo do grau de integração à sociedade majoritária. Nesse sentido, Brodt⁵²² esclarece que o tratamento conferido pela doutrina e pela jurisprudência aos indígenas inadaptados, levando em conta o maior ou menor grau de aculturação, é o de considerá-los inimputáveis ou semi-imputáveis, tomando por base o desenvolvimento mental incompleto.

Neste sentido, a Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, conhecida como Estatuto do Índio, elaborada quando ainda vigorava o Código Civil de 1916 e décadas depois da vigência do Código Penal de 1940, para fins de aferição da capacidade penal do indígena, em seu artigo 4º, fez a divisão do indígena em três categorias. Dessa maneira,

comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento.

522 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 63.

a legislação ordinária apenas considerou o aspecto da aculturação, ou seja, o nível de integração deles com a sociedade⁵²³, desprezando a diversidade cultural dos indígenas, assim considera os indígenas.

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.⁵²⁴

Dessa classificação trazida pela lei, somente os indígenas considerados “isolados” são penalmente inimputáveis, sujeito ao disposto no artigo 26 do Código Penal.

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação

523 PATRÍCIO, Maria Giacomini Lozer; BARRERO, Paloma Andréa Cardozo. A responsabilidade penal dos índios na prática de crimes ambientais: um comparativo da legislação brasileira e colombiana. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, v. 1, n. 2, p. 211-224, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/125906>. Acesso em: 19 out. 2023.

524 Cf. BRASIL. **Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973**, *Op. cit.*

de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.⁵²⁵

Assim, nos termos da lei, os indígenas, para serem considerados inimputáveis, devem ser equiparados a pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, as quais não teriam condições de entender o caráter ilícito de sua conduta na ocasião da prática criminosa. Ressalte-se que este é o caso apenas dos indígenas “isolados”. Por outro lado, os indígenas considerados “integrados” são imputáveis sujeitos ao mesmo tratamento penal conferido a qualquer pessoa que cometa crimes. Por sua vez, os indígenas que se encontram “em vias de integração” necessitam de maior cautela para a avaliação de seu estágio de consciência em relação ao crime cometido, inclusive exames periciais⁵²⁶.

Nessa linha, a doutrina busca, sob a ótica exclusivamente normativa, a conjugação legal do que prevê o Estatuto do Índio com a disposição do Código Penal. Convém destacar que, na legislação brasileira, não há dispositivo específico que confira o tratamento penal a ser dado ao indígena, caso ele venha a praticar conduta considerada como infração penal. Essa omissão vem desde a época dos estudos de criação do Código Penal, na década de 1990. Sobre esse ponto, Brodt destaca que,

Na exposição de motivos do Código Penal de 1940, dizia o Ministro Francisco Campos que prevalecera na comissão encarregada de sua elaboração o entendimento de que a expressão “desenvolvimento

525 Cf. BRASIL. [Constituição (1988)], *Op. cit.*, s.p.

526 Cf. PATRÍCIO, Maria Giacomini Lozer; BARRERO, Paloma Andréa Cardozo. A responsabilidade penal dos índios na prática de crimes ambientais: um comparativo da legislação brasileira e colombiana, *Op. cit.*

mental incompleto” referia-se aos surdos-mudos e silvícolas inadaptados.⁵²⁷

Apesar de a Parte Geral do Código Penal de 1940 ter sido completamente reformulada em 1984, o disposto no vigente artigo 26 do CP, no particular, repete os termos do texto originário (artigo 22 do CP). Sendo assim, o silêncio da lei foi intencional e decorrente de extremo preconceito em relação aos indígenas, inclusive com sentimento etnocentrista. Como se depreende da manifestação de Nelson Hungria, revisor do Código Penal de 1940, que, comungando da mesma ideia naquele momento histórico, também se referiu ao legislador de 1940, conforme afirmação abaixo.

(...) tornava-se desnecessária a referência ao “desenvolvimento mental incompleto”; explica-se: a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio.⁵²⁸

Com base no que foi discutido acima, fica evidente a intenção do legislador, quando da elaboração do Código Penal de 1940, de não dispensar um tratamento específico ao indígena. Sendo assim, o legislador contentou-se em excluí-lo da imposição de penas, nos termos do, então, artigo 22 do Código Penal, tendo em vista o entendimento de que, a termo, “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” abrangeria os “surdos-mudos” e os “silvícolas inadaptados”, sendo sua responsabilidade penal tratada nesse campo. Conforme já apontado anteriormente, essa situação se repetiu na reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984.

527 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 62.

528 Cf. HUNGRIA, Nelson, *Op. cit.*, p 337.

Embora houvesse o desprezo pela presença dos indígenas no Brasil, não se poderia ignorar o fato de que, em toda sociedade, os conflitos nas relações interpessoais existiam e as questões penais integravam esses conflitos. Consequentemente, nas situações criminais envolvendo indígenas, levando em conta a sua condição, eles eram considerados inimputáveis. Embasado nessa posição firmada na exposição de motivos do Código Penal de 1940, o artigo 26 do Código Penal se tornou o dispositivo de lei aplicável aos indígenas, de acordo com o grau de integração, conforme o artigo 4º da Lei n.º 6.001/1973, sendo eles: isolados; em vias de integração; ou integrados. Sobre essa questão, Luiz Fernando Villares esclarece que,

Atualmente, como herança desse entendimento, ao se depararem com casos envolvendo índios como réu em processos criminais, muitas decisões judiciais e obras doutrinárias procuram na inimputabilidade do deficiente mental a saída para a não-responsabilidade criminal. A inimputabilidade do índio em relação ao Direito Penal é fruto do histórico tratamento como criança e da ausência de possibilidades para que no caso concreto exista a possibilidade de não-responsabilidade. Contudo, eventual inculpabilidade do índio não deve residir em uma suposição de inimputabilidade.

Nem sempre os atos que para a sociedade não-índia configuram crimes são considerados condutas reprováveis pelas comunidades indígenas em que foram praticados.⁵²⁹

Por sua vez, a Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, em seu artigo 1º, traz um enfoque assimilacionista. Do mesmo modo, o termo “desenvolvimento mental incompleto” leva ao entendimento de que o desenvolvimento mental estará completo apenas quando houver a

529 Cf. VILLARES, Luiz Fernando, *Op. cit.*

convivência com os não indígenas e quando existir a internalização de valores sociais e culturais da sociedade nacional.

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.⁵³⁰

Além desse ponto, deve-se destacar o tratamento dado ao indígena na hipótese de condenação pelo cometimento de infração penal, quando deverá ser observado o seu grau de integração.

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.⁵³¹

Além do Código Penal e do Estatuto do Índio, é relevante mencionar que existe também a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que trata sobre os Povos Indígenas e Tribais, dispondo sobre o assunto referente ao aspecto penal e cultural da seguinte forma:

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida

530 Cf. BRASIL. **Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973**, *Op. cit.*

531 *Ibidem.*

consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

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.

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.⁵³²

Após a análise legislativa brasileira acerca do tema, é possível compreender que a posição integracionista da Lei n.º 6.001/1973 não se harmoniza com a disposição contida no artigo 231 da Constituição

532 Cf. BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**, *Op. cit.*, s.p.

Federal de 1988, que assegura o direito à diversidade cultural. Isto porque, de acordo com Santos Filho, a Carta Maior “tornou explícita a multiétnicidade e multiculturalidade brasileiras, inovando ao abandonar uma política de perspectiva assimilacionista, que praticava com os indígenas, como categoria social transitória”⁵³³.

Neste sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 231, ao conferir aos indígenas o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assegura o “direito do índio ser diferente, o que implica a aceitação de que a cultura dos não indígenas não é a única forma de cultura válida”⁵³⁴. Noutras palavras, a consagração do direito à diferença representa a não negação de direitos aos indígenas, da mesma forma que não se nega a qualquer outro cidadão integrante da sociedade nacional, garantindo, aos indígenas, os direitos às suas particularidades.

O reconhecimento dado aos indígenas representa um fortalecimento à organização social destes povos. Neste passo, quando o exercício desses direitos colidirem com as regras da cultura dominante e com o ordenamento jurídico, deve prevalecer o preceito constitucional que assegura a preservação dos usos e das tradições dos povos indígenas, resguardando, desse modo, seus direitos. Mesmo com essa compreensão, não se pode perder de vista a disposição do Código Civil de 2002, no parágrafo único, do artigo 4º, que trata da capacidade dos indígenas.

Art. 4 São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

(...)

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.⁵³⁵

533 SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e Competência Criminal – a necessária revisão da súmula 140 do STJ. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2014.

534 *Ibidem*, p. 94.

535 BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

Sobre o tema, Portella⁵³⁶ ressalta que, com o advento do novo Código Civil, de 2002, o legislador, ao estabelecer que a “capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”, evidencia que se trata, atualmente, da Lei n.º 6.001/1973 – Estatuto do Índio, sendo que sua aplicação é cabível naquilo de não for conflitante com a Constituição Federal e com a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Além disso, a autora esclarece que o novo Código Civil não tratou os indígenas como incapazes; pelo contrário, reconheceu a sua capacidade na medida em que estabeleceu que a capacidade deve ser tratada pela Lei n.º 6.001, de 1973; porém, em conformidade com o paradigma constitucional.

Apesar disso, o atual entendimento dos Tribunais é no sentido de adotar os critérios integracionistas constantes no referido Estatuto, ignorando a aplicação de um tratamento diferenciado, conferido aos indígenas, a partir da compreensão de sua condição peculiar diante do Direito Penal⁵³⁷. Acerca dessa questão, apresenta-se abaixo decisão do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2020.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
INDÍGENA. AUTODECLARAÇÃO. LAUDO
ANTROPOLÓGICO.DESNECESSIDADE. PESSOA
PLENAMENTE INTEGRADA E COM CAPACIDADE DE
ENTENDIMENTO DO SUPOSTO ILÍCITO. NO MAIS,
NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA
DECISÃO AGRAVADA. OFENSA À SÚMULA 182/STJ.
AGRAVO DESPROVIDO.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada
nesta eg. Corte, cumpre ao agravante impugnar

ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 jul. 2022, s.p.

536 PORTELLA, Alessandra Matos. **Soluções propostas pelo direito penal para o problema do homicídio infantil indígena na região amazônica**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/21767>. Acesso em: 14 mar. 2022, p. 69.

537 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg HC n. 604898/MS (2020/0202326-0)**. Relator: Min. Felix Fischer, 02 fev. 2020. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1198862782/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-604898-ms-2020-0202326-0/inteiro-teor-1198862797>. Acesso em: 02 abr. 2022, s.p.

especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada.

II - No caso concreto, tem-se que, embora a condição de indígena se reconheça mediante autodeclaração, a de inimputável (ou mesmo de semiimputável) exigiria a completa (ou parcial) incapacidade de entendimento do caráter ilícito dos fatos imputados, para fins penais - o que não se comprovou na espécie.

III - “É dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal” (REsp n. 1.129.637/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 10/03/2014).

IV - No mais, a d. Defesa limitou-se a reprisar os argumentos do habeas corpus, o que atrai a Súmula n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental desprovido⁵³⁸.

Como se denota, ainda persiste nos Tribunais pátrios o entendimento sobre a responsabilidade penal do indígena baseada na posição integracionista, desprezando o multiculturalismo e, inclusive, a avaliação antropológica realizada mediante exame pericial. É importante ressaltar que, na mesma linha, ainda há posições que sustentam a imputabilidade e semi-imputabilidade como meios para aferir a responsabilidade penal do indígena. Contudo, com base naquilo que aqui se defende, não se concorda com esses posicionamentos, pois se compreende ser uma forma preconceituosa de tratar os povos originários.

538 *Ibidem*, s.p.

6.3. A INADEQUAÇÃO DA INIMPUTABILIDADE OU SEMI-IMPUTABILIDADE COMO FORMA DE AFERIR A RESPONSABILIDADE PENAL DO INDÍGENA

Alguns autores fazem a distinção entre imputabilidade e reponsabilidade. Acerca do assunto, Garcia⁵³⁹ ensina que a imputabilidade é uma condição psicológica da qual poderá ou não resultar a responsabilidade. Assim, a imputabilidade está relacionada à capacidade de o agente atuar de maneira responsável por conhecer a ilicitude da ação e poder se autodeterminar de acordo com a lei. Portanto, a responsabilidade é uma consequência da imputabilidade. Ainda sobre o tema, Toledo pontua que a imputabilidade é a capacidade de culpabilidade, enquanto a responsabilidade diz respeito ao princípio que estabelece que toda pessoa imputável deve ser responsabilizada pelos atos que pratica.

Assim, sempre que o agente for imputável, será penalmente responsável, em certa medida; e se for responsável, deverá prestar contas pelo fato-crime a que der causa, sofrendo, na proporção direta de sua culpabilidade, as consequências jurídico-penais previstas em lei. Pode-se, pois, em suma, afirmar, com Welzel, que o conceito de culpabilidade apoia-se sobre o princípio da responsabilidade, segundo o qual as pessoas estão obrigadas a responder pela legitimidade (*Rechmassigkeit*) de suas resoluções fáticas, nos limites da respectiva capacidade de compreensão ético-social.⁵⁴⁰

Assim, o termo imputabilidade, do modo como é empregado no atual Código Penal, diz respeito à capacidade de ser responsável

539 GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 449-452.

540 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 314.

penalmente. Portanto, a aptidão para ser culpável está ligada à pessoa e não ao fato.

Nesta perspectiva, o crime somente se aperfeiçoa quando a conduta é típica, ilícita e culpável. Conforme esclarece Toledo⁵⁴¹, por ser a culpabilidade um juízo de censura, esta somente existirá quando a conduta for antagônica ao comando da norma, ou seja, típica e ilícita. Sendo assim, uma vez existente o injusto penal, restará verificar a presença da culpabilidade, quando, então, estará completa a configuração do crime.

A partir desse contexto, é de extrema importância saber como proceder, a fim de verificar a culpabilidade quando o agente pratica fato típico e ilícito. Isto porque o autor continua a versar sobre a necessidade da realização de procedimento duplo, onde devem ser analisados os pressupostos e os elementos da culpabilidade, demonstrando que, para a aplicação da pena, faz-se necessária a ausência de causas de exclusão de culpabilidade.

Ao abordar as causas que afastam a censurabilidade do fato, o autor o faz dividindo em duas classes: na primeira, há a negação, desde o início, da existência de um agente culpável; na segunda, há a anulação de um dos elementos essenciais da própria culpabilidade⁵⁴². Nessa divisão, na primeira classe, dentre outras causas, estão o retardamento e a enfermidade mental, os quais excluem a imputabilidade e, conseqüentemente, a culpabilidade.

Com base no que foi exposto, compreende-se que o termo imputabilidade aceita a interpretação em mais de um sentido. Segundo Toledo, “quando se diz que determinado fato é imputado a certa pessoa, está-se atribuindo a essa pessoa ter sido a causa eficiente e voluntária desse mesmo fato”⁵⁴³. Desse modo, é inegável que possui certa carga valorativa. Além disto, pode, também, a imputabilidade estar relacionada diretamente ao agente quando, então, terá o sentido de aptidão de ser culpável, ou seja, de ser penalmente responsável.

541 *Ibidem*, p. 310.

542 *Ibidem*, p. 311.

543 *Ibidem*, p. 310-312.

Desse modo, o agente que não possuir a aptidão para ser declarado culpável, isto é, for inimputável, não poderá ser responsabilizado na esfera penal. Nesse sentido, Muñoz Conde pontua que:

A culpabilidade baseia-se no fato de o autor da infração penal, do tipo de injusto, do fato típico e antijurídico, possuir as facultades psíquicas e físicas mínimas exigidas para ser motivado em seus atos pelos mandatos normativos. O conjunto dessas facultades mínimas necessárias para considerar um sujeito culpado por ter feito algo típico e antijurídico é denominado imputabilidade ou, mais modernamente, capacidade de culpabilidade. Quem não possui essa capacidade, seja por não ter maturidade suficiente, seja por sofrer de transtornos psíquicos graves, não pode ser declarado culpado e, conseqüentemente, não pode ser responsabilizado penalmente por seus atos, ainda que típicos e antijurídicos. (tradução nossa)^{544 545}

Sob a ótica dogmática, muito se discute se a imputabilidade é pressuposto ou elemento da culpabilidade. Tomando por base o argumento de que o princípio da responsabilidade penal tem alicerce na imputabilidade do agente, Toledo⁵⁴⁶ entende que a imputabilidade é pressuposto necessário da culpabilidade. Do mesmo modo, Brodt⁵⁴⁷ sustenta que somente o agente imputável pode ser culpável.

544 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**, *Op. cit.*, p. 107.

545 La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo de injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos.

546 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 314.

547 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 26.

Reforçando essa linha, Dias⁵⁴⁸ ressalta que “a inimputabilidade, mais do que uma causa de exclusão, constitui um verdadeiro obstáculo à determinação da culpabilidade”. Em posição oposta, Jescheck⁵⁴⁹ afirma que a imputabilidade como capacidade de culpabilidade representa o primeiro elemento a ser analisado por ocasião da realização da valoração da culpabilidade.

Quando se adota o critério da inimputabilidade ou semi-imputabilidade para conferir tratamento penal ao indígena, parte-se da ideia de que este possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado, com o que não se concorda nesta obra. Isto porque a equiparação dos indígenas às pessoas de desenvolvimento mental incompleto, simplesmente por não se encontrarem completamente adaptados à sociedade nacional é, contudo, uma posição etnocentrista na medida em que desconsidera seus costumes, crenças e tradições, como salienta Mestieri.

Os índios, apenas pelo fato de serem índios, não tem desenvolvimento mental incompleto e com menos razão ainda poderão ser considerados retardados mentais. Trata-se de uma questão cultural; de captação ou não dos valores éticos que nós civilizados, pretendemos impingir aos silvícolas.⁵⁵⁰

A forma inadequada de tratamento dado aos indígenas não passou ao largo por Fragoso, ao destacar que:

Desenvolvimento mental incompleto ou retardado é expressão que compreende principalmente os oligofrênicos (idiotas, imbecis e débeis mentais), que apresentam anomalias do desenvolvimento

548 REZENDE, Guilherme Madi. **Índio o tratamento jurídico-penal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 63.

549 *Ibidem*, 2012, p. 63.

550 MESTIERI, João. **Teoria Elementar do direito criminal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Edição Autoral, 1990, p. 220.

mental. Nessa categoria entram, também, os surdos-mudos não educados e os silvícolas (de quem só impropriamente se pode dizer que tenham desenvolvimento mental incompleto).⁵⁵¹

Se a inclusão dos indígenas na mencionada categoria é uma impropriedade, não resta dúvidas de que o entendimento majoritário tem a equivocada percepção de que as culturas indígenas são inferiores; logo, incapazes de dotar os indivíduos que delas compartilham de adequado desenvolvimento mental. Ao abordar o tema, Fragoso⁵⁵² sustenta que é inapropriado afirmar que os indígenas possuam desenvolvimento mental incompleto.

Conforme esclarece Rezende,⁵⁵³ a questão do desenvolvimento mental está relacionada à vivência que cada pessoa tem em seu próprio meio, internalizando os valores da sociedade na qual está inserido, com sua forma peculiar de compreensão. A partir daí, perfaz-se o desenvolvimento mental dos indígenas. Nesse sentido, o autor ressalta que fica evidente o pensamento assimilacionista no sentido de que o indígena, ao se integrar à sociedade nacional, assimilando sua cultura e valores, vai completando seu desenvolvimento mental. Como lembra Moraes⁵⁵⁴, “há, no assimilacionismo, uma certa e declarada dose de intolerância a um modelo de vida culturalmente divergente, que é confrontado no contexto territorial e, portanto, vinculado à soberania local”, o que, mais uma vez, evidencia a forma de tratar os indígenas como inferiores.

A forma como o Estatuto do Índio trata os indígenas não é a mais apropriada, uma vez que se refere à “integração” deles, menosprezando o fato de que eles já estão integrados a uma cultura própria. Desse

551 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 205.

552 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 246.

553 Cf. REZENDE, Guilherme Madi, *Op. cit.*, p. 63.

554 MORAES, Rodrigo Iennaco. **Crimes culturalmente motivados e violência sexual contra a mulher**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 53.

modo, não é razoável admitir que o indígena seja considerado como pessoa inimputável ou com imputabilidade reduzida somente por compor um grupo de pessoas com outra cultura. Desta maneira, o indígena pode ou não ser inimputável pelos mesmos fundamentos que conduzem qualquer outra pessoa não-indígena a essa condição.

Acerca do assunto referente ao tratamento conferido aos silvícolas por ocasião da elaboração do Código Penal de 1940, Souza Filho⁵⁵⁵ enfatiza que foi ardilosa a inclusão dos “surdos-mudos” e dos “silvícolas inadaptados” na expressão “desenvolvimento mental incompleto”, não fazendo nenhuma referência específica acerca de responsabilidade penal dos indígenas. Outrossim, o autor mencionou que, com isso, foi exposta a ideia de que os indígenas desapareceriam em breve à medida que passassem a conviver com a sociedade dos civilizados, quando, então, o Direito Penal poderia ser aplicado sem qualquer restrição. Com esse pensamento, ficou evidente, mais uma vez, a ideia etnocêntrica e monista.

Atualmente, são várias as decisões judiciais e posições de doutrinadores que buscam, na inimputabilidade, suporte para afastar a responsabilidade penal dos indígenas. Tal postura é decorrente de entendimento formado desde o século passado, conforme esclarece Villares ao dizer que:

Doutrina e jurisprudência brasileiras têm, em seu histórico, o intuito de proteger o índio da aplicação do Direito Penal ao considerá-lo um sujeito com desenvolvimento mental incompleto, quando não integrado à sociedade, afastando a imputabilidade penal.⁵⁵⁶

Apesar de tal entendimento ser dominante, é equivocado. O indígena possui desenvolvimento total de suas faculdades mentais, com plenas condições de entender o que acontece dentro do mundo

555 Cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, *Op. cit.*, p. 111.

556 Cf. VILLARES, Luiz Fernando, *Op. cit.*, p. 299.

em que vive. O fato de fazer parte de uma cultura diferente com valores diversos da sociedade nacional não torna essa pessoa em alguém com desenvolvimento incompleto ou retardado. Dessa maneira, o Estado multicultural não pode buscar fundamento em um Direito que reconheça pessoas como inferiores ou com desenvolvimento mental incompleto ou retardado apenas pela diversidade cultural ou pela falta de adaptação à sociedade dominante.

Além do mais, não se pode aceitar a ideia de que o indígena perde sua identidade à medida em que passa a ter contato com outra cultura. Este pensamento representa um retrocesso ao evolucionismo antropológico do século XIX, já ultrapassado por Barth, ao afirmar que “persiste a visão simplista de que o isolamento geográfico e social tenham sido os fatores críticos para a sustentação da diversidade cultural”. Nesse sentido, o autor arremata destacando que:

As distinções étnicas não dependem de uma ausência de interação social e aceitação, mas são, muito ao contrário, frequentemente as próprias fundações sobre as quais são levantados os sistemas sociais englobantes. A interação em um sistema social como este não leva a seu desaparecimento por mudança e aculturação; as diferenças culturais podem permanecer apesar do contato interétnico e de interdependência grupal.⁵⁵⁷

Conforme se depreende, a condição indígena não é transitória, como pretende demonstrar a política integracionista. O indígena não perde essa condição pelo fato de votar, de possuir carteira de habilitação, de falar a língua portuguesa e de utilizar outros meios de interação à sociedade dominante. Sua condição persiste em razão de fazer parte de uma cultura diferente da comunhão nacional e, assim, ser reconhecido em sua comunidade.

557 BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da Etnicidade**. São Paulo: UNESP, 1998, p. 188

Sendo assim, a inimputabilidade pode ser verificada pelo critério normativo, quando os menores de 18 anos de idade são considerados inimputáveis perante a legislação penal, devendo responder por suas condutas nos termos da legislação especial. E, ainda, podendo a inimputabilidade ser aferida pelo método biopsicológico, quando se tratar de doença e/ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ocasionado, assim, a falta de compreensão do caráter ilícito da conduta ou a impossibilidade de determinação de acordo com essa compreensão. Nesta perspectiva, é indispensável avaliar se tais deficiências prejudicaram a compreensão do autor da conduta.

É relevante apontar que o sistema penal brasileiro não aceita o critério da inimputabilidade alicerçado unicamente na falta de capacidade momentânea de compreensão do caráter ilícito da conduta ou da falta de capacidade momentânea de autodeterminação de acordo com sua compreensão, tornando-se indispensável a incapacidade biológica⁵⁵⁸. Com isso, fica demonstrado que a solução majoritariamente defendida e, ainda adotada atualmente, mantém, como fundamento, o inegável preconceito em relação aos indígenas.

Como é possível verificar, o assunto não é tão simples de ser tratado, pois há a possibilidade de se conferir, através da dogmática penal, outras soluções no sentido de excluir a responsabilidade penal do indígena em face da pluralidade cultural, dependendo da avaliação a ser feita em cada caso concreto⁵⁵⁹. Mesmo assim, a maioria dos Tribunais insiste em dar prevalência ao critério assimilacionista, rechaçando os direitos indígenas para a realização da análise da responsabilidade penal indígena.

558 Cf. VILLARES, Luiz Fernando, *Op. cit.*, p 298-299.

559 Cf. GARCIA, Basileu, *Op. cit.*, p.449.

6.4. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA RESPONSABILIDADE PENAL DO INDÍGENA, ENVOLVENDO SEUS COSTUMES E TRADIÇÕES E A DISPENSA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA

No Processo n.º 0000302-88.2010.8.23.0090⁵⁶⁰, o Tribunal de Justiça de Roraima reconheceu como válida a punição imposta pelos indígenas ao réu Denílson Trindade Douglas. Embora a decisão proferida nos autos tenha sido pioneira em apontar o respeito aos usos e costumes dos povos indígenas em relação ao tratamento penal conferido aos mesmos, tal posicionamento não é adotado como paradigma, tendo em vista que os Tribunais têm acompanhado posições firmadas no sentido de ignorar os direitos indígenas e de criminalizar suas condutas quando entendem que já estão integrados à sociedade, com base nos elementos constantes nos autos. Neste sentido, atualmente, várias são as decisões que se inclinam pela desnecessidade de elaboração de laudo antropológico com o fim de atestar a imputabilidade do indígena, pois, quando existem nos autos elementos suficientes indicando que já estão totalmente integrados à sociedade (p. ex. estudos, compreensão de leitura e escrita, inscrição em cédulas de identidade, cadastro de pessoa física, carteira de habilitação, etc.), entende-se pela plena responsabilidade penal com relação à conduta praticada, independentemente dos valores referentes aos usos, costumes e tradições indígenas. Para comprovar esta questão, existem reiteradas decisões no sentido de adotar a política integracionista, como se constata a seguir.

APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI
-ATENUANTE GENÉRICA - CONFISSÃO ESPONTÂNEA
(ART. 65, III, d, DO CP) - INCIDÊNCIA - APELANTE
QUE É INDÍGENA JÁ INTEGRADO À SOCIEDADE
- INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DO ÍNDIO
- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Para a

560 Cf. BRAGA, Rafael, *Op. cit.*, s.p.

incidência da atenuante da confissão, o dispositivo legal não faz qualquer tipo de restrição, condição ou ressalva quanto à maneira como o réu deve proceder.² O indígena que está em pleno gozo de seus direitos civis está devidamente integrado à sociedade brasileira, logo, está sujeito às mesmas leis que são impostas aos demais cidadãos brasileiros.³ Recurso provido parcialmente.⁵⁶¹

APELAÇÃO CRIMINAL - JÚRI - CRIME DE HOMICÍDIO SIMPLES, PRATICADO POR INDÍGENA - DOSIMETRIA - DIMINUIÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - INVIABILIDADE - SÚMULA 231 DO STJ - RECONHECIMENTO DE SEMI-IMPUTABILIDADE (ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP) - IMPROCEDÊNCIA - APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO ÍNDIO AO RÉU, QUE DEMONSTROU ESTAR INTEGRADO À SOCIEDADE BRASILEIRA - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA MANTIDA.⁵⁶²

Dessa maneira, verifica-se que, para o julgador, a ausência de laudo de exame antropológico não é motivo capaz de macular o processo criminal quando há elementos demonstrativos de que o indígena já está completamente integrado à sociedade nacional. Inclusive, este entendimento tem fundamento em precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tanto o é que, a nível de Tribunais Superiores, a situação não é diferente, conforme se verificam as posições firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DISPENSA

561 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA. Câmara Única. **Apelação Criminal 0090.09.000038-2**. Relatora: Des. Tânia Vasconcelos Dias, 21. jan. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml>. Acesso em: 18 jul. 2022.

562 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA. Câmara Única. **Apelação nº 0090.10.000331-9**. Câmara Única. Relator: Des. Ricardo Oliveira, 11. fev. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml>. Acesso em: 19 jul. 2022.

DE EXAME ANTROPOLÓGICO. AFERIÇÃO POR OUTROS ELEMENTOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, “é dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes” (Resp. 1.129.637/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/2/2014, DJe 10/3/2014).

2. Não se verifica manifesta ilegalidade se, para a dispensa do exame pericial, houve a indicação pelas instâncias de origem de que “conforme se verifica em seu interrogatório prestado em juízo, a acusada respondeu à acusação normalmente, negando-a inclusive, presumindo-se sua plena capacidade de entendimento. Outrossim, veja-se que da qualificação da acusada em juízo esta declarou que estudou até a sétima série, o que deixa indene sua integração à sociedade”.

3. Agravo regimental improvido.⁵⁶³

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO. CONDIÇÃO DE INDÍGENA. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. REGIME ESPECIAL DE SEMILIBERDADE. INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DO ÍNDIO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As instâncias antecedentes concluíram, a partir da análise detalhada do conjunto probatório, que os agravantes agiram conscientes do caráter ilícito da ação de apropriação violenta dos bens. Desse modo, a desconstituição do édito condenatório

563 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 698.909/MS**. Relator: Min. Olindo Menezes, 15 fev. 2022. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1481556084/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-698909-ms-2021-0322033-3/inteiro-teor-1481556122>. Acesso em: 15 jul. 2022.

demanda reingresso no campo fático-probatório para o reexame da presença do elemento subjetivo na conduta, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do enunciado sumular n. 7.

2. A jurisprudência desta Corte tem posicionamento firmado no sentido de só admitir a atenuação da reprimenda nos termos do dispositivo acima destacado quando o fato tiver sido praticado por silvícola não integrado.

3. No caso destes autos, restou consignado que os agravantes já se encontram integrados à cultura e comunhão nacional, exercendo direitos e, embora possam conservar costumes e tradições relacionadas ao seu grupo cultural originário, não podem ser considerados isolados ou em vias de integração, conforme o art. 4º da Lei n. 6.001/73.

4. Por se encontrar o acórdão fustigado em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão dos agravantes esbarra no óbice previsto no Enunciado n.º 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Recurso não provido.⁵⁶⁴

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA. ÍNDIO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DISPENSABILIDADE. RÉU INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. PLEITO DE CONCESSÃO DO REGIME DE SEMILIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N.º 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que o paciente, índio Guajajara, foi condenado, juntamente com outros três co-réus,

564 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.239.271/SC**. Relator: Min. Jorge Mussi, 12 jun. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/607426702/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1239271-sc-2018-0016251-7/inteiro-teor-607426712?ref=serp>. Acesso em: 15 jul. 2022.

pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, em associação, e porte ilegal de arma de fogo, pois mantinha plantio de maconha na reserva indígena Piçarra Preta, do qual era morador.

II. Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante ser índio, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização.

III. Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da inimputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico.

IV. Precedentes do STJ e do STF.

V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n.º 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional.

VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido in casu. Precedentes.

VII. Ordem denegada.⁵⁶⁵

Com base nos julgados, denota-se que a jurisprudência considera o grau de integração do indígena como paradigma norteador da imputabilidade, deixando claro que, quanto à responsabilidade penal do indígena, o Judiciário, em suas decisões, deixa de considerar os

565 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. **Habeas Corpus n. 30.113/MA**. Relator: Min. Gilson Dipp, 5 out. 2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=14126>. Acesso em: 17 jul. 2022, p. 305.

seus fatores étnicos e culturais, fazendo com que, na análise dos casos concretos, as questões referentes a conflitos interétnicos, decorrentes da diversidade cultural, deixem de ser avaliadas com a importância devida, fazendo com que ocorra apenas a aplicação do Direito estatal⁵⁶⁶ e ignorando, em grande parte, os direitos indígenas, como ocorre no caso de estupro de vulnerável realizado com base na prática cultural indígena.

6.5. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO NO CONTEXTO DA CULTURA INDÍGENA

Dentro da cultura de algumas etnias, há a prática de iniciação sexual de meninas indígenas com idade inferior a 14 anos, sendo possível sua ocorrência a partir da menarca, acontecimento que, na cultura indígena, confere plena aptidão de mulher, como se adulta fosse. De maneira diversa, fora do contexto indígena, o referido ato se caracteriza como crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, do Código Penal brasileiro.

No objetivo de melhor entender o que é estupro de vulnerável, torna-se imperioso conceituar estupro. Nos termos da legislação pátria, tipo penal que descreve a referida conduta criminosa, encontra-se o artigo 213 do Código Penal, que apresenta o estupro como a ação de:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze) anos:

566 CASTILHO, Ela Wiecko V. de; MOREIRA, Elaine; SILVA, Tédney Moreira da. Os direitos dos acusados indígenas no processo penal sob o paradigma da interculturalidade. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 141-160, jun. 2020. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/download/463/269/2076>. Acesso em: 19 out. 2023, p. 141.

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.⁵⁶⁷

Na lição de Luiz Regis Prado⁵⁶⁸, o mencionado dispositivo possui como bem jurídico a liberdade sexual da pessoa, que tem absoluto direito sobre a inviolabilidade carnal. Além disso, diz respeito ao consentimento livre de qualquer pessoa em matéria sexual.

Com o advento da Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, foi inserido o artigo 217-A, no qual consta o tipo penal referente ao estupro de vulnerável. Neste sentido, deve-se destacar, desde logo, que a referida mudança legislativa encontra suporte na Constituição Federal de 1988, onde, no capítulo “Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso”, encontra-se inserido o §4º do artigo 227, o qual estabelece que “[a] lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Desse modo, o Código Penal traz a tipificação a seguir:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§2º (vetado)

§3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

567 Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, *Op. cit.*, s.p.

568 PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal; Jurisprudência; conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 747.

§5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ele ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.⁵⁶⁹

Com base neste dispositivo legal, Prado⁵⁷⁰ esclarece que, nesse tipo penal, o bem jurídico tutelado é a “liberdade sexual em sentido amplo, especialmente a indenidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis, assim entendidas aquelas que não têm suficiente capacidade de discernimento para consentir de forma válida no que se refere a prática de qualquer ato sexual”. Assim, a questão da vulnerabilidade, nos termos do tipo penal acima mencionado, envolve as pessoas que estão em situações de riscos, desfavoráveis e indefesas. Ao analisar o tema, Guilherme de Souza Nucci esclarece que:

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseada numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes.⁵⁷¹

569 Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, *Op. cit.*, s.p.

570 *Ibidem*, p. 756.

571 NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 a 217-A do CP)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 395.

Ao criminalizar a referida conduta, quis o legislador presumir a falta de maturidade da vítima em decidir acerca de sua vida sexual. Diante disso, mesmo que haja consentimento da vítima, o ato não isentará o autor do fato de sua responsabilidade criminal.

Contudo, em certas etnias indígenas, existe a cultura de que a menina já pode manter relações sexuais a partir da menarca, passando a ser mulher e apta a se casar. Sobre essa questão, Faustino⁵⁷² esclarece que, na cultura da etnia Kainang, que povoa o estado do Paraná, a transição da menina para a fase adulta ocorre muito cedo, em torno dos 12 anos de idade, quando acontece a primeira menstruação. Nesse período, elas são acolhidas e mantidas até o fim do ciclo menstrual em suas casas. Após isso, elas já podem casar ou ter vida sexual ativa.

Ao realizar estudo sobre as etnias Kisêdjê, Yudjá, Ikpeng e Kaiabi, do Parque Indígena do Xingu, no Brasil Central, Pagliaro esclarece que a menarca é um momento marcante para esses povos indígenas, tornando-se uma ocasião de reclusão relativamente longa, período em que:

as mulheres devem se preparar para a vida adulta, tanto moldando o seu corpo com amarrações, arranhaduras, banhos e beberagens com ervas próprias, como aprendendo a fazer artesanato, a cuidar da família, da casa, dos filhos, enfim saber fazer e entender as coisas do universo feminino.⁵⁷³

572 FAUSTINO, Rosângela Célia. Aprendizagem escolar entre indígenas Kaingang no Paraná: questões sobre língua, alfabetização e letramento. **Praxis Educativa**, Maringá, v. 5, n. 2, p. 213-219, 2010. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/1046>. Acesso em: 23 out. 2023, p. 218.

573 PAGLIARO, Heloisa *et al.* Fecundidade e saúde sexual e reprodutiva dos Kisêdjê, Yudjá, ikpeng e Kaiabi do Parque indígena do Xingu, Brasil central. In: WONG, Laura L. Rodrigues (org.). **Avances y Retrocesos en la Salud Sexual y Reproductiva en América Latina**. Rio de Janeiro: Asociación Latinoamericana de Población, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/215960548_Fecundidade_e_Saude_Sexual_e_Reprodutiva_dos_Kisedje_Yudja_Ikpeng_e_Kaiabi_do_Parque_Indigena_do_Xingu_Brasil_Central. Acesso em: 23 out. 2023, p. 104.

Na etnia Ticuna, que povoa o Alto Solimões, nos municípios amazonenses de Tabatinga, Benjamim Constant, São Paulo de Olivença, Amaturá, Santo Antônio do Içá e Tonantins, o ritual da passagem de menina para a vida adulta, que ocorre com a menarca, é denominado Festa da Moça Nova, quando ocorre sua reclusão por três dias e, então, iniciam-se os preparativos da mencionada passagem, momento no qual as meninas recebem conselhos e ensinamentos místicos das mulheres mais velhas⁵⁷⁴.

De maneira geral, é necessário levar em consideração as peculiaridades culturais de cada etnia, observando os preceitos constitucionais e as normas infraconstitucionais. Assim, em determinadas situações, é possível recorrer à dogmática penal para que o caso seja analisado em sintonia com o aspecto cultural em uso na comunidade indígena. Para tanto, deve-se adentrar nos diversos aspectos relativos à tipicidade, como elemento do crime.

6.5.1. ATIPICIDADE MATERIAL E O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

A completa formação da tipicidade possui como pressuposto a efetiva lesão ao bem jurídico ou sua exposição a perigo. Nesse sentido, Tavares⁵⁷⁵ esclarece que o bem jurídico está contido na norma, estando sua validade condicionada a ele e “constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais elementos”. Além disso, ele conclui destacando que “o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo”⁵⁷⁶. O autor ainda continua enfatizando que

574 RITUAL: Festa da Menina Moça celebra tradições indígenas no Maranhão. **Fundação Nacional dos Povos Indígenas**, Brasília, 22 ago. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2022-02/ritual-festa-da-menina-moca-celebra-tradicoes-indigenas-no-maranhao>. Acesso em: 01 out. 2023, s.p.

575 Cf. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, *Op. cit.*, p. 198.

576 *Ibidem*, p. 198.

o bem jurídico e a demonstração de sua concreta lesão ou colocação em perigo representam pressupostos do injusto penal.

O bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente inserido no amplo aspecto de finalidade da ordem jurídica cumpre a função de proteção não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final da proteção da ordem jurídica. Isso significa que o bem jurídico só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere a norma como valor.⁵⁷⁷

Por outro lado, a atividade legislativa de seleção das condutas que serão criminalizadas (criação dos tipos penais) implica numa valoração do comportamento como inadequado, desajustado e danoso para a sociedade, pois autorizará a punição de quem violar o comando legal. Portanto, a ausência de tipicidade ocasiona a inviabilidade da deflagração da persecução penal contra o autor de uma conduta descrita em lei, mesmo que seja ilícita, já que não há delito sem tipicidade e que não se admite analogia no Direito Penal⁵⁷⁸.

Assim, o tipo penal pode ser conceituado, de acordo com Toledo⁵⁷⁹, como a “descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica”. A partir dessa conceituação, constata-se a existência do juízo de desvalor ético-social, bem como a seleção das diversas formas de comportamento humano, estabelecendo o que é permitido e o que é proibido.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli⁵⁸⁰, para que se demonstre a existência da tipicidade, é necessário que se compare a conduta

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 199.

⁵⁷⁸ Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Princípios de derecho penal**, *Op. cit.*

⁵⁷⁹ Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 127.

⁵⁸⁰ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 385.

particular e concreta com a individualização típica. A partir daí, é possível verificar se a conduta se adequa ou não a ela, realizando, assim, o juízo de tipicidade.

Contudo, o tipo deve ser composto de dois sentidos: formal e material. O sentido formal está intimamente ligado ao princípio da legalidade e ocorrerá quando a conduta se enquadrar à descrição conferida pela lei e definida como crime. Por sua vez, o sentido material do tipo deve ser considerado como expressão de uma lesividade social e de perigo social da conduta descrita.

Modernamente, porém, procura-se atribuir ao tipo, além desse sentido *formal*, um sentido *material*. Assim, a conduta, para ser crime, precisa ser típica, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito (*nullum crimen sine lege*). Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos, ou éticos e socialmente reprovável.⁵⁸¹

Sendo assim, não se aceita a tipicidade apenas no aspecto formal, sendo necessária a presença da tipicidade material para sua completa formação. Sendo a tipicidade material avaliada sob o prisma constitucional, da lesividade do bem jurídico, dos valores sociais e culturais, valorando a conduta e o resultado. Portanto, se uma conduta se ajustar formalmente ao tipo penal, mas for tolerada e aceita pela sociedade ou traga como resultado algo irrelevante no campo penal, estar-se-á diante do que se denomina de atipicidade material. Partindo dessa ideia, chega-se à adoção de dois relevantes princípios: insignificância e adequação social.

A partir de Welzel, a realidade social e a hermenêutica estão atreladas ao tipo na medida em que há a necessidade de valoração do contexto histórico e social, pois, de acordo com o autor, “[n]os tipos

581 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 130-131.

se destaca a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: indicam as formas de conduta que supõem uma infração grave de ordem histórica da vida social⁵⁸². Nesse sentido, Gomes⁵⁸³ enfatiza que determinadas condutas praticadas por questões sociais, como a cultura, costumes e tradições de um povo em determinado período histórico não terão o caráter de proibidos pela ausência da tipicidade material.

Noutras palavras, pode ocorrer que, embora o fato se ajuste formalmente ao tipo penal, em determinadas circunstâncias, não é percebido como inadequado ou não aceito socialmente. Nessas situações, a tipicidade não estará presente em virtude da aplicação do princípio da adequação social, que traz como consequência a atipicidade da conduta a partir da formação do juízo de atipicidade. Desse modo, não há que se falar em existência de crime pela incidência do princípio da adequação social em relação a algumas práticas indígenas, tendo em vista que é sobre a tipicidade material que se assenta o mencionado princípio.

Sobre o princípio da adequação social, é relevante apresentá-lo a partir de sua introdução no Direito Penal, em 1939, por Hans Welzel. De acordo com Welzel⁵⁸⁴, a adequação social é um princípio geral de hermenêutica, segundo o qual não se pode interpretar o tipo penal, em determinadas situações peculiares, como capazes de alcançar algumas condutas lícitas, ou seja, socialmente adequadas e aceitas, tendo em vista que estas estão, desde o início, excluídas do tipo por se encontrarem respaldadas na normalidade social. Ainda sobre as condutas socialmente adequadas, o autor revela que:

Delas se exige apenas que se situem dentro da moldura do comportamento socialmente permitido

582 Cf. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**, *Op. cit.*, p. 59.

583 Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**, *Op. cit.*, p. 153.

584 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 131.

ou, na expressão textual de Welzel, dentro do quadro da liberdade social (... im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit), o que, em última análise, como bem observa Mir Puig, se reduz a esta afirmação apodítica: “Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto”.⁵⁸⁵

Outrossim, Welzel resalta que “[s]ocialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos através de la historia”⁵⁸⁶. Portanto, é necessária a compreensão adequada dos tipos para que não se restrinjam somente à subsunção formal, pois somente se a descrição do tipo estiver fora do marco social, histórico e normal da vida é que se poderá falar em existência de ação típica de lesão.

Sendo assim, o princípio desenvolvido por Welzel é um tema que suscita muito interesse e resistência por alguns críticos. Conforme leciona Roxin⁵⁸⁷, o próprio Welzel, após algum tempo, mudou sua concepção a respeito da adequação social como causa de justificação para interpretação como restrição do tipo. Além disso, existem outras doutrinas que entendem tratar de exclusão de tipo, como causa de justificação e, ainda, outras que entendem ser causa de exculpação.

Quando determinada conduta resultar em uma aceitação pacífica, evidenciando uma postura consensual, será possível dizer que ela é aceita. Por outro lado, quando houver a demonstração de uma postura de indiferença, então, será tida como tolerada no meio social. Neste parâmetro, vislumbra-se o desvalor da ação que é conferida pela sociedade.

Considerando que o Direito Penal só pode tipificar condutas que causem repugnância à sociedade que se revestem de grave ofensa à ordem social, a adequação social como princípio do Direito Penal uma vez reconhecida ocasiona a atipicidade da conduta. Para a aplicação do

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 132.

⁵⁸⁶ Cf. WELZEL, Hans. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁸⁷ Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, *Op. cit.*, p. 293.

princípio da adequação social, deve-se proceder com a interpretação do texto da lei, bem como de seus valores e de seus aspectos sociais para se chegar à conclusão sobre se determinada conduta é típica ou não. Por sua vez, em relação às condutas praticadas pelos indígenas no contexto de sua cultura, deve-se atentar para o respeito à diversidade cultural.

Para que o indígena seja responsabilizado criminalmente, parte-se do pressuposto de que ele tenha praticado uma conduta típica, ilícita e culpável. Contudo, deve ser levada em conta a particularidade das características de sua cultura em comparação ao ordenamento jurídico vigente. Nessa perspectiva, não há que se falar em fato típico quando o indígena realiza a conduta de acordo com suas tradições, costumes e crenças. Assim, considerando o contexto cultural de determinadas etnias, a comunidade aceita a prática de conjunção carnal por menor de 14 anos de idade, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos pela comunidade indígena, ou seja, tal comportamento é realizado dentro dos parâmetros de normalidade social. Nessa situação, encontram-se as condutas socialmente adequadas. Sobre essas situações, Toledo discorre que:

Delas se exige apenas que se situem dentro da moldura do comportamento socialmente permitido ou, na expressão textual de Welzel, dentro do quadro da liberdade de ação social (... *im Rahmen sozialen Handlungsfreiheit*), o que, em última análise, como bem observa Mir Puig, se reduz a esta afirmação apodítica: “Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto”.⁵⁸⁸

Como se percebe, a adequação social constitui um importante instrumento de limitação do alcance dos tipos penais, de modo que não há o que se falar em conduta criminosa se ela, ao ser valorada

588 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, *Op. cit.*, p. 132.

socialmente, é tolerada ou aceita. É importante apontar que algumas práticas indígenas que são realizadas somente em situações bastante pontuais e, conseqüentemente, não são bem compreendidas devido às suas peculiaridades e desconhecimento por quem não compartilha da mesma cultura. Por exemplo, este é o caso da mulher indígena que, dentro de sua cultura, após a menarca, mesmo que com idade inferior a 14 anos, passa da fase de criança para a fase adulta, quando já pode contrair casamento e, também, manter relações sexuais.

Não restam dúvidas de que tais práticas, desde que de acordo com o contexto e os valores pertinentes à sua cultura, são consideradas socialmente adequadas. Conseqüentemente, numa perspectiva de respeito à diversidade cultural e em virtude do princípio da adequação social, não se pode compreender caracterizada a tipicidade penal no seu aspecto material. Sendo assim, ausente o requisito da tipicidade, não há que se falar em existência de crime.

Nesse aspecto, esclarece-se que a tipicidade consiste na correspondência estabelecida entre a conduta praticada pelo agente e aquela descrita na lei penal como proibida. Destaque-se, desde logo, que tal relação de adequação tem uma acepção formal e outra material. Para que uma conduta seja considerada típica, não é suficiente apenas que se adeque formalmente ao que é considerado proibido, precisa, além disso, que afete, de modo significativo, o valor ou bem jurídico que se pretende tutelar, como a vida (no caso de homicídio), o patrimônio (no caso do roubo) e a liberdade sexual (no caso de estupro de vulnerável), por exemplo.

As condutas que possuem características socialmente adequadas, comumente, são as que admitem uma ligação com a liberdade de conduta social. Assim, é aceita a exclusão da tipicidade de certas condutas, mesmo que estejam previstas em lei e desde que sejam consideradas como normais no contexto em que foram praticadas. De acordo com Roxin, o princípio da adequação social possui ligação de determinado momento histórico com conceitos de moral e imoral.

A reforma do Direito Penal no âmbito sexual, concluída em 1973, levou a doutrina do bem jurídico ao ponto culminante de seu reconhecimento na Alemanha, ainda que isto seja negado por alguns dos adversários da teoria do bem jurídico com a afirmação de que a punibilidade da homossexualidade entre adultos se suprimiu, não porque um comportamento semelhante não lesione os bens jurídicos de alguém, mas porque as convicções mudaram, e este comportamento já não se considerou imoral. Com efeito, a homossexualidade é considerada hoje na Alemanha como uma forma especial, eticamente neutra, de orientação sexual.⁵⁸⁹

Com base no exposto, vislumbra-se como necessária a análise do contexto histórico e social de determinado grupo social, a fim de possibilitar uma precisa apreciação dos valores sociais, morais e culturais de determinada época em que o comportamento está inserido. Assim, dentro do contexto da cultura indígena que adota esse costume aceito na comunidade, não há que se falar em criminalização da conduta quando há conjunção carnal de um membro da comunidade indígena com menor de 14 anos de idade. Isto porque se está considerando suas peculiaridades, principalmente seus costumes, tradições e crenças. Portanto, trata-se de conduta atípica em razão da incidência do princípio da adequação social. Vale destacar que as decisões dos Tribunais não são uniformes nesse aspecto, de maneira que ora observam e respeitam o direito à cultura, ora o ignoram. Daí, a importância da abordagem de algumas decisões e seus fundamentos.

589 Cf. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**, *Op. cit.*, p. 13.

6.5.2. JURISPRUDÊNCIA CONSIDERANDO E DESCONSIDERANDO A CULTURA INDÍGENA

Atualmente, não há uma uniformização de entendimento jurisprudencial no sentido da responsabilização penal do indígena quando realiza determinadas condutas com base na sua cultura. O critério integracionista ainda é muito utilizado para avaliar tal responsabilidade, conforme se verifica nas decisões dos Tribunais que apreciaram o tema.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 0010.13.002393-9 – BOA VISTA/RR

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DE RORAIMA

APELADO: K DO N. E OUTRA

ADVOGADO: FRANCISCO JOSÉ PINTO MACEDO – OAB/RR N 248-B

RRALTOR: DES. JÉSUS NASCIMENTO

EMENTA:

APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA, NOS TERMOS DO ART. 386, III, DO CPP – PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO RÉU NAS PENAS DOS ARTS. 217 A C/C 226 , I E 234 A, TODOS DO CP – IMPOSSIBILIDADE – APELADO INDÍGENA DA ETNIA MACUXI – LAUDO ANTROPOLÓGICO INDICA QUE O FATO (SEXUALIDADE PRECOCE) FAZ PARTE DO COSTUME E A CULTURA DA COMUNIDADE INDÍGENA – RESPEITO AO TEXTO CONSTITUCIONAL CONTIDO NO ART. 231, 1ª PARTE - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.⁵⁹⁰

APELAÇÃO CRIMINAL N. 0000.15.002237-4 – BOA VISTA/RR

APELANTE: LUIZ TRAJANO NETO E OUTRO

590 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA. Câmara Criminal. **Apelação Criminal n. 0010.13.002393-9**. Relator: Des. Jesus Nascimento, 06 fev. 2018. Disponível em: <https://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631561233/apelacao-criminal-acr-10130023939-001013002393-9/inteiro-teor-631561244>. Acesso em: 20 jul. 2022, p. 14.

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DE RORAIMA
PROCURADOR FEDERAL: DR. FELIPE CAVALCANTE
E SILVA

RELATOR: DES. LEONARDO CUPELLO

EMENTA:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONCURSO DE CRIMES. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EM CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTADA PELA GRAVIDEZ DA VÍTIMA. CONTEXTO FÁTICO OCORRIDO EM COMUNIDADE INDÍGENA. PLEITO PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA. COSTUME SOCIAL DA ETNIA MACUXI. FALTA DE EXAME ANTROPOLÓGICO. PRESCINDIBILIDADE. DISPENSÁVEL LAUDO SE POR OUTROS ELEMENTOS CONSTATA-SE QUE O INDÍGENA ESTÁ INTEGRADO À SOCIEDADE CIVIL. AUTORES POSSUEM ENSINO MÉDIO E SÃO PROFESSORES NA ESCOLA DA COMUNIDADE INDÍGENA. PLEITO PELA DIMINUIÇÃO ESPECIAL DE PENA PREVISTA NO ART. 56 DO ESTATUTO DO ÍNDIO. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA, EM CONSONÂNCIA COM O MINISTÉRIO PÚBLICO GRADUADO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.⁵⁹¹

No julgamento ocorrido em 2015 (Apelação Criminal n.º 0000.15.002237-4, em Boa Vista/RR), o Tribunal de Justiça manteve a condenação dos réus indígenas por estupro de vulnerável. Segundo o Ministério Público, desde junho de 2011 até o mês de dezembro do mesmo ano, em horários indeterminados, na Comunidade Indígena, no município de Normandia-RR, por diversas vezes, os réus praticaram conjunção carnal com a menor de 14 anos, sendo que vítima e autores são da etnia Macuxi. O Relator da Apelação entendeu ser desnecessário o exame antropológico, tendo em vista

591 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA. Câmara Única. **Apelação Criminal 0000.15.002237-4**. Relator: Des. Leonardo Cupello, 18 dez. 2015. Disponível em: <https://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322327951/apelacao-criminal-acr-150022374-000015002237-4>. Acesso em: 19 jul. 2022, p. 37.

que os Apelantes já estão integrados à sociedade nacional. Portanto, no julgamento foi desconsiderada a cultura indígena.

Já, no julgamento ocorrido em 2018 (Apelação Criminal n. 0010.13.002393-9, também em Boa Vista/RR), o mesmo Tribunal de Justiça ratificou a sentença do Juízo de primeiro grau, que absolveu o réu indígena da etnia Macuxi do crime de estupro de vulnerável. De acordo com os autos, vítima e autor, ambos da etnia Macuxi, nasceram e viviam na mesma comunidade indígena São Marcos. Aos 12 anos de idade, a vítima iniciou namoro com o autor e, nesse período, a menor engravidou. No segundo mês de gravidez, o casal resolveu mudar para a capital Boa Vista/RR em busca de trabalho e melhores condições de vida para sustentar o filho que iria nascer. A mãe da menor só soube do namoro após a gravidez da filha, o que gerou uma discussão entre a mãe da vítima e o padrasto, quando, então, todos foram a uma Delegacia, ocasião em que iniciou a atuação do Estado no caso.

O argumento para a absolvição levou em consideração que o laudo de exame antropológico demonstrou que a sexualidade precoce no contexto da comunidade indígena faz parte da cultura e da tradição de seus membros, o que deve ser respeitado, conforme a disposição constitucional do artigo 231, de modo que considera a questão cultural indígena.

Nota-se que, acerca do mesmo tema e com circunstâncias similares, o Poder Judiciário de Roraima tem se manifestado de maneira diferente, vezes considerando, vezes desconsiderando os costumes e tradições indígenas. Além disso, não há uniformização de entendimento quanto à indispensabilidade do laudo de exame antropológico.

A partir da edição da Resolução n.º 287, de 25 de junho de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, que “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”⁵⁹², vislumbra-se um espaço para que a interculturalidade possa viabilizar o efetivo reconhecimento do direito indígena, com vista a suplantar a política assimilacionista e etnocêntrica, até então, existente no Estado. Esta questão fica bastante evidente pelas reiteradas decisões no seio do Poder Judiciário⁵⁹³, quando dispensam, de forma reiterada, a elaboração de laudo antropológico para aferir a responsabilidade penal do indígena, mesmo depois da Resolução n.º 287/2019/CNJ, o que evidencia o não reconhecimento à diversidade cultural. Apesar de ainda tímidas, já existem algumas decisões recentes que buscam conferir mudanças de paradigma quanto ao tratamento jurídico-penal dado ao indígena, respeitando as diretrizes da Resolução n.º 287/2019/CNJ, conforme se evidencia a seguir.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DEVULNERÁVEL. RÉU DECLARADAMENTE INDÍGENA. NULIDADE DO PROCESSO. OFENSA ÀS FORMALIDADES DA RESOLUÇÃO N.º 287/2019 DO CNJ. NÃO OCORRÊNCIA. INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE CIVIL. EXAME ANTROPOLÓGICO. DISPENSÁVEL. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO. SUBSÍDIOS AO JULGADOR NA RESPONSABILIZAÇÃO DO ACUSADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU FORAGIDO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. COVID-19. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

592 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 287, de 25 de junho de 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

593 Cf. CASTILHO, Ela Wiecko V. de; MOREIRA, Elaine; SILVA, Tédney Moreira da, *Op. cit.*, p. 155.

1. Não há que se falar em nulidade do processo por ofensa às formalidades previstas na Resolução n. 287/2019 do CNJ - falta de intérprete e ausência de realização de estudo antropológico - se os atos ainda não foram realizados na hipótese, pois a instrução não foi encerrada e o acusado sequer foi ouvido em juízo.
2. A nomeação de tradutor-intérprete e antropólogo é desejada, mas não indispensável, como dispõem os artigos 5º e 6º da Resolução n. 287/2019 do CNJ, respectivamente: “A autoridade judicial buscará garantir a presença de intérprete ...I - se a língua falada não for a portuguesa;” e “...a autoridade judicial poderá determinar, sempre que possível, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de perícia antropológica...”.
3. In casu, denota-se que o réu está perfeitamente adaptado à sociedade civil, tendo suficiente compreensão dos usos e costumes nacionais, possuindo fluência na língua portuguesa, circunstância que reforça sua plena integração social, tornando desnecessária a realização de laudo antropológico e afasta a necessidade de intérprete para a sua inquirição.
4. “É dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.” (Resp 1.129.637/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/2/2014, DJe 10/3/2014).
5. Esta Corte já decidiu que “a realização do estudo antropológico se apresenta como relevante instrumento de melhor compreensão dos contornos socioculturais dos fatos analisados, bem como dos próprios indivíduos a quem são imputadas as condutas delitivas, de modo a auxiliar o Juízo de primeiro grau na imposição de eventual reprimenda, mormente diante do que prescreve o art. 56 do Estatuto do Índio,

segundo o qual, “[n]o caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”. (RHC 86.305/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 1º/10/2019, DJe 18/10/2019).

6. Embora dispensável na espécie, a realização do exame antropológico pode se revelar um importante aliado do julgador, fornecendo subsídios úteis para o estabelecimento da responsabilidade do acusado.

7. Hipótese em que, além de devidamente evidenciada a necessidade da custódia preventiva para a garantia da aplicação da lei penal, considerando que o réu se evadiu do distrito da culpa, sem apresentar informações acerca de seu paradeiro, a prisão encontra-se justificada para a garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta dos delitos imputados. De se registrar que o pedido de revogação da prisão preventiva foi indeferido em audiência, sob o entendimento de que se mantinham hígidos os motivos que subsidiaram a decretação, somado ao fato de que o acusado esteve foragido por 5 anos.

8. Conquanto seja notória a gravidade da ampla disseminação do novo coronavírus no Brasil, o acórdão atacado está em consonância com o entendimento desta Corte, na medida em que não houve demonstração, nos autos, de que o réu se encontraria em situação de vulnerabilidade que pudesse ensejar, de forma excepcional, a concessão do pedido com amparo na Resolução n. 62 do CNJ.

9. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento da matéria, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

10. Recurso parcialmente provido apenas para determinar a realização de perícia antropológica,

em obediência ao art. 6.º da Resolução n. 287/2019 do CNJ.⁵⁹⁴

Pela decisão acima transcrita, do ano de 2021, percebe-se que, após a edição da Resolução n.º 287/2019/CNJ, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Ordinário em Habeas Corpus, inclinou-se no sentido de determinar a realização de perícia antropológica, a fim de aferir a responsabilidade penal do autor do fato em atendimento à referida Resolução que trata do tema em seu artigo 6º.

Art. 6º Ao receber denúncia ou queixa em desfavor de pessoa indígena, a autoridade policial poderá determinar, sempre que possível, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de perícia antropológica que fornecerá subsídios para o estabelecimento da responsabilidade da pessoa acusada, e deverá conter, no mínimo:

I- a qualificação, a etnia, e a língua falada pela pessoa acusada;

II- as circunstâncias pessoais, culturais, sociais e econômicas da pessoa acusada;

III- os usos, os costumes e as tradições da comunidade indígena a qual se vincula;

IV- o entendimento da comunidade indígena em relação à conduta típica imputada, bem como os mecanismos próprios de julgamento e punição adotados para seus membros; e

V- outras informações que julgar pertinentes para a elucidação dos fatos.

Parágrafo único. O laudo pericial será elaborado por antropólogo, cientista social ou outro profissional

594 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 141.827/MS**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205775859/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-141827-ms-2021-0023758-2/inteiro-teor-1205775869>. Acesso em: 17 de jul. de 2022.

designado pelo juízo com conhecimento específico na temática.⁵⁹⁵

Em respeito ao multiculturalismo, na data de 22 de abril de 2022, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC 212345/DF)⁵⁹⁶, decidiu pelo reconhecimento do erro de proibição para absolver um indígena do crime de estupro de vulnerável, entendendo que a conduta se deu em conformidade com os costumes e tradições indígenas. Na decisão mencionada, autor e vítima são indígenas. Ele, maior de 18 anos e ela, com 12 anos de idade com maturidade sexual precoce, ambos da etnia Pankararus. De acordo com a sentença, os dois mantiveram relações sexuais durante um relacionamento, de forma consentida, dentro dos usos e costumes da tribo. Como consequência do relacionamento, o casal teve um filho e, por ocasião da sentença, ainda viviam na Aldeia Pankararu, zona rural do Município de Jatobá, da Comarca de Petrolândia/PE. Neste caso, o autor foi absolvido em primeiro grau, com base no artigo 386, III, Código de Processo Penal (não constituir o fato infração penal), sob o fundamento de que se tratava de um relacionamento afetivo de pessoas que moram e nunca saíram de uma tribo.

(...) restando evidente que a vítima, apesar da idade, possuía clara capacidade de se autodeterminar sexualmente, tanto por força da cultura em que está inserida, quanto pelos elementos de sua própria personalidade e formação, é forçoso reconhecer, no meu entendimento, que a vítima não se encontrava no estado de vulnerabilidade concebido pela lei, nem houve lesão efetiva ao bem jurídico tutelado pelo art.

595

596 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 212345/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 22 abr. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1296956/false>. Acesso em: 25 jul. 2022.

217-A, do CP, qual seja, a dignidade sexual da vítima Iramaia.⁵⁹⁷

Posteriormente, o Ministério Público recorreu ao Tribunal de Justiça dos Estado de Pernambuco, que condenou o réu a 8 anos de reclusão, em regime semiaberto, por crime de estupro de vulnerável, acatando a imputação de estupro de vulnerável. Na sequência, foi impetrado Habeas Corpus perante o STJ, instituição que indeferiu, liminarmente, a ordem por estar instruído indevidamente e manteve a condenação proferida pelo TJPE. A manutenção da sentença teve como base um precedente do STJ, o qual afirma que “a mera prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso do agente com menor de catorze anos é suficiente para a configuração do delito previsto no artigo 217-A, caput, do CP”, independentemente de ter havido ou não consentimento e de maturidade sexual da vítima.

De modo contrário, no Supremo Tribunal Federal, foi firmado o entendimento de que o agente desconhecia a ilicitude do fato, o que caracteriza o erro de proibição, pois ambos são indígenas e vivem na aldeia Pankararu. Além disso, a união estável do casal ocorreu dentro dos padrões culturais indígenas. Em sequência ao entendimento da Corte Suprema, o Juízo de primeiro grau reconheceu a incidência do erro sobre a ilicitude do fato, evidenciando, assim, a ocorrência do erro proibição previsto no artigo 21 do CP.

Diante do exposto, com fundamento no art. 21, §1º, do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS para reconhecer a incidência do art. 21, do Código Penal, em favor do recorrente J.M.J., no tocante à ação penal n. 0000121-35.2011.8.17.1120, em trâmite na 1ª Vara da Comarca de Petrolândia, do Tribunal de Justiça do Estado de

597 *Ibidem.*

Pernambuco, absolvendo-o com fundamento legal no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.⁵⁹⁸

Embora a maioria dos posicionamentos jurisprudenciais seja no sentido de não reconhecer nem a inimputabilidade nem o erro de proibição quando estão presentes elementos capazes de aferir que o indígena já está aculturado ou integrado à sociedade nacional, dispensando a elaboração de laudo antropológico, o que fortalece a política integracionista instituída pelo Estatuto do Índio, vislumbre-se, a partir das recentes decisões do Tribunais Superiores, um avanço na nova tendência na Corte Constitucional brasileira no trato das questões indígenas relacionadas à responsabilidade penal, considerando o multiculturalismo. Esse é um passo importante, pois a perícia antropológica possui papel relevante no processo penal, uma vez que é através dela que será possível aferir a responsabilidade do indígena que tenha praticado determinada conduta no contexto de sua cultura e tradição.

Conforme esclarece Villares, o laudo antropológico “auxilia no julgamento da compreensão do indígena sobre o caráter ilícito de sua ação, bem como o situa no complexo de relações sociais que definem sua conduta”⁵⁹⁹, sendo, portanto, um instrumento importante, uma vez que possibilita ao Poder Judiciário realizar a apreciação do caso considerando as particularidades culturais do autor do fato. Ao lado do caso de estupro de vulnerável, temos, também, o caso de neonaticídio indígena praticado em situações pontuais, conforme os costumes da comunidade.

598 Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Op. cit.*

599 Cf. VILLARES, Luiz Fernando, *Op. cit.*, p. 309.

6.6. O NEONATICÍDIO PRATICADO NO CONTEXTO CULTURAL INDÍGENA

O monismo estatal conduz os cidadãos à obediência do Direito nacional, que parte do pressuposto de que todos são iguais perante a lei. Ocorre que as leis são elaboradas tomando como base a ideia de uma sociedade homogênea, na qual os princípios e os valores sociais e culturais são divididos por todos, indistintamente, mesmo diante de uma sociedade multicultural, como é o caso do Brasil. Nesse quadro, constata-se que os grupos minoritários, em especial os indígenas, não se sentem representados nas questões relacionadas à elaboração de normas que assegurem seus direitos sociais e culturais.

Em se tratando de neonaticídio, caso sejam desconsideradas as singularidades do contexto cultural em que se inserem os indígenas, caracteriza-se como conduta criminosa, encontrando reprimenda no Código Penal. De modo pontual, ao tratar do neonaticídio indígena ou como alguns autores denominam, no sentir deste trabalho de forma equivocada, “infanticídio indígena”, deve-se abordar o aspecto legal.

A respeito da morte de recém-nascidos, praticadas no cenário aqui descrito, não se trataria propriamente do crime de “infanticídio” (artigo 123 do CP)⁶⁰⁰, como muitas vezes se aponta. A situação é diferente, pois, conforme o dispositivo citado, somente ocorre a conduta caracterizadora de crime de infanticídio quando a mãe mata o filho, durante ou logo após o parto, por influência do estado puerperal. Isso não é o que acontece com as mães indígenas, que, naquelas situações, matam o filho, em geral, quando nascem gêmeos, são frutos de relações extraconjugais ou por terem deficiência física ou mental apresentadas pela criança que acaba de nascer. No infanticídio, leva-se em consideração o abalo emocional ou *stress* decorrente da gravidez ou do próprio parto, fatores diferentes do neonaticídio indígena.

600 Artigo 123 do CP: Matar, o próprio filho, durante ou logo após o parto.

Considerando apenas o Código Penal, o neonaticídio seria passível de punição, pois a conduta praticada estaria prevista na disposição contida no artigo 121⁶⁰¹ do CP, que descreve o crime de homicídio, estando o agente sujeito à punição com aplicação de pena agravada pelo fato de o crime ter sido cometido contra descendente, nos termos previstos no artigo 61, II, e do CP. Contudo, em grupos indígenas, a prática de matar crianças ocorre há muitos anos e é cultural. De acordo com Santos⁶⁰², das 225 etnias existentes no Brasil, algumas delas ainda praticam o neonaticídio indígena, chamado por alguns de “infanticídio indígena”. Dentre elas, estão os Amundawa, Suruwahá, Urueu-WauWau e Yanomami, com maior incidência entre os Yanomami. Em termos de motivos, são variadas as razões que levam a essa prática, mas todas relacionadas às tradições e costumes antigos, que passam de geração em geração, o que torna indispensável um olhar antropológico.

Os fatores culturais, como já dito, são os mais diversos nas distintas etnias. Dentre os Yanomami, destaca-se a promoção do equilíbrio entre os sexos. Já, entre os Suruwahá, ocorre quando a criança nasce com deficiência física; enquanto, entre os Kaiab, seria o nascimento de gêmeos, momento no qual haveria a morte do que nasceu por último⁶⁰³. Nessa ótica, existem fatores que, na visão de mundo dos indígenas, são considerados como maldição ou feitiço, como é o caso da criança que nasce com deficiência física ou mental ou doença não identificada pela comunidade indígena. Portanto, nesse aspecto, não há como negar que, nessa cosmovisão, com base nos costumes e tradições indígenas, as citadas situações justificam o neonaticídio indígena, com vista a proteger o seu povo de maldições.

601 Artigo 121 do CP. Matar alguém. Pena: 6 a 20 anos.

602 SANTOS, Natália França. O infanticídio indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. 8, n. 25, p. 1-28, 2011. Disponível em: https://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf. Acesso em: 23 out. 2023, p. 7.

603 LIDORIO, Ronaldo. Carta aberta sobre infanticídio indígena. **Instituto Socioambiental**, [s.l.], 23 jul. 2008. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/index.php/acervo/noticias/carta-aberta-sobre-infanticidio-indigena>. Acesso em: 01 out. 2023, s.p.

Como já se mencionou, essa prática tradicional ocorre em diversas etnias. Dentre as tantas, pode-se mencionar os Yanomami, onde o neonaticídio tem alcançado grades controvérsias. Conforme esclarece Albert,

(...) em todos os casos, essa prática era sempre para as mães yanomami uma escolha extrema, causadora de grande tormento psicológico. Portanto, nada nos permite rotular preguiçosamente o neonaticídio como uma simples ‘regra cultural’ – para não dizer ‘ritual’ – e logo condená-la com todo o arsenal de preconceitos com o qual nosso imaginário projetivo assola habitualmente os povos indígenas. Devemos fazer o esforço de entender o contexto social no qual essas mães eram levadas a tal escolha.⁶⁰⁴

O tema é palco de grandes debates, pois deve ser considerada não apenas a questão cultural, mas também os direitos fundamentais, que são relevantes na medida em que vidas humanas são postas em discussão. Nesse aspecto, existem dois casos que ganharam imensa repercussão, quais sejam os casos Hakani e Muwaji.

6.6.1. NEONATICÍDIO INDÍGENA E OS CASOS HAKANI E MUWAJI

A questão do neonaticídio em aldeias indígenas ganhou notoriedade no final dos anos 90 até mais recentemente. Dentre as situações conhecidas, dois casos, em específico, trazem à tona o debate acerca da questão cultural em choque com o Direito.

O primeiro caso é o de Hakani⁶⁰⁵, uma menina da etnia Suruwaha, nascida em 1995, cujo desenvolvimento cognitivo, aos dois

604 ALBERT, Bruce. “Infanticídio”: esclarecimento e comentários. *In*: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos Indígenas no Brasil**: 2006-2010. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011, p. 284.

605 Disponível em: <https://www.atini.org.br/hakani-uma-menina-chamada-sorriso/>. Acesso em: 08 mar. 2021.

anos de idade, foi considerado atrasado demais. Esta situação obteve notabilidade em decorrência do conflito entre a realização de ritos contra o desejo familiar. Os pais de Hakani, pressionados a cumprir a obrigação de matar a própria filha, preferiram cometer o suicídio. O avô, o próximo na cadeia de obrigações, teria tentado enterrá-la viva, desistindo da realização do ato, tentando pelo arco-e-flecha, errando o alvo e preferindo também cometer o suicídio. Apenas contando com o auxílio de um irmão mais velho, Hakani acabou vindo a ser adotada por um casal de linguistas, Márcia e Edson Suzuki. Em 2006, os dois também criaram a ONG Atini, que luta contra a prática cultural indígena do neonaticídio⁶⁰⁶.

O outro caso é o de Muwaji Suruwaha⁶⁰⁷, mãe de gêmeas, a primeira sendo hermafrodita e a segunda nascida com paralisia cerebral. Pelas regras dos Suruwaha, a segunda criança, Iganani, deveria ser imediatamente morta, mas Muwaji se opôs aos costumes imediatamente e preferiu sair da sua aldeia para buscar o auxílio dos brancos.

Ambos os casos acabaram por inspirar a criação do Projeto de Lei n.º 1.057/2007, apresentado em 11 de maio de 2007 pelo Deputado Federal Henrique Afonso (PT/AC), conhecida como Lei Muwaji, que “dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais”⁶⁰⁸. O mencionado Projeto de Lei foi aprovado em 2015 na Câmara dos Deputados, onde recebeu nº 119/2015 e, atualmente, encontra-se em apreciação no Senado.

De maneira semelhante, os Tupinambás possuem tradição a qual autoriza que crianças geradas por mãe Tupinambá com inimigo

606 Disponível em: https://usatoday30.usatoday.com/news/world/2008-09-22-infanticide_N.htm. Acesso em: 03 mar. 2021.

607 Disponível em: <https://www.atini.org.br/a-dor-de-muwaji/>. Acesso em: 20 fev. 2021

608 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>. Acesso em: 03 mar. 2021.

cativo sejam sacrificadas, posteriormente, e adicionadas ao repasto para serem ingeridas pela tribo, inclusive pela mãe⁶⁰⁹.

Uma condenação criminal de qualquer pessoa, indígena ou não indígena, gera uma rotulação social de quem cometeu o comportamento considerado criminoso. Certamente, com os indígenas não seria diferente, mesmo quando se trate de indígenas que integrem etnias distintas, é inevitável que o estigma, decorrente da reprovação, recaia também sobre o grupo social a que pertença o agente que foi punido. Portanto, a punição somente é possível a quem comete crime (entendido como sendo a conduta típica, ilícita e culpável).

Em relação ao neonaticídio indígena, ainda merece destaque a análise da culpabilidade, na qual é enfatizada a teoria normativa pura e os aspectos relevantes concernentes à diversidade cultural, conforme será tratado a seguir.

6.6.2. A CULPABILIDADE NA TEORIA NORMATIVA PURA

Atualmente, considera-se a culpabilidade como a reprovação que recai sobre o agente de uma ação típica e ilícita (injusto penal), porque, no contexto em que atuou, era exigível um comportamento em conformidade com o Direito. De acordo com a teoria normativa pura da culpabilidade, que se apresenta como dominante e que esta obra adota para defender a posição aqui apresentada, para que uma conduta seja considerada culpável, conforme esclarece Brodt⁶¹⁰, a culpabilidade é formada pelos seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, reduzida, portanto, a puro juízo de valor.

Com isso, apenas se pode reprovar o agente do fato típico e ilícito, que seja imputável, ou seja, capaz de entender o caráter ilícito

609 FERNANDES, Florestan. Organização social dos Tupinambá. 2ª Ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro. 1963, p. 171-172.

610 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 32.

do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento (em função das condições de amadurecimento e sanidade mental), que tenha agido com potencial consciência da ilicitude. Dessa maneira, remete-se à possibilidade de compreender o caráter injusto do fato (a partir do nível de instrução e características culturais do meio em que se está inserido) e, por fim, à possibilidade de exigir do agente que se comporte de acordo com a norma, isto é, a exigibilidade da conduta conforme o Direito nas circunstâncias em que se dá a conduta. Assim, ausentes quaisquer dos referidos elementos imprescindíveis à aferição da culpabilidade, estará caracterizada uma das causas de exclusão da culpabilidade, a saber: inimputabilidade, erro de proibição inevitável (escusável) ou inexigibilidade de conduta diversa.

A culpabilidade, por ser uma característica indispensável para a composição de um crime, a sua exclusão trará como consequência lógica a inexistência de crime, ocasionando, fatalmente, a absolvição do agente. Neste sentido, o entendimento dominante, na atualidade, em relação ao indígena que incorra em conduta definida como crime, estará, em tese, sujeito ao disposto no artigo 26 do CP.

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.⁶¹¹

611 BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 de mar de 2022.

Em relação ao neonaticídio cometido por indígena no contexto da diversidade cultural, o caráter criminoso do fato pode ser afastado, mas não com fundamento no entendimento majoritariamente defendido, a inimputabilidade, mas no erro de proibição, que pode excluir a culpabilidade (quando inevitável), uma vez que rechaça a possibilidade de consciência da ilicitude. Assim, afastada a culpabilidade, a consequência será a inexistência de crime.

De fato, a imputabilidade e a consciência da ilicitude são conceitos intimamente relacionados, mas não se confundem. A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato) e o outro volitivo (capacidade de se determinar de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou as determinações ético-jurídicas. Bettiol ressalta que o agente deve poder “prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social”, devendo ter, pois, a “percepção do significado ético social do próprio agir”⁶¹². O segundo concerne à “capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético jurídico”. Ainda, conforme Bettiol, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impele à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal.

A possibilidade de consciência da ilicitude, ao contrário, refere-se à capacidade específica do agente de, em um momento determinado, consideradas as circunstâncias em que atuou, deixar-se motivar pela vontade da ordem jurídica. Desse modo, uma conduta em desconformidade com o Direito apenas poderá ser objeto de reprovação, caso o agente conheça ou possa conhecer as circunstâncias que integram o tipo e a ilicitude⁶¹³. Neste sentido, pode-se dizer que a consciência de ilicitude abrange um aspecto positivo e outro negativo. Acerca desse tema, Brandão⁶¹⁴ esclarece

612 BETTIOL; Giuseppe. Direito Penal. Tradução de Paulo José da Costa Jr e Alberto da Silva Franco. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 2, 1971, p. 55-56.

613 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, *Op. cit.*, p. 321.

614 Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**, *Op. cit.*, p. 234.

que o positivo ocorre quando ela se encontra presente na mente do sujeito, estando, assim, concretizado o mencionado elemento da culpabilidade; e o negativo é representado por sua falta da mente do agente, o que dará origem ao erro de proibição. Nessa linha, Brodt esclarece que a consciência da ilicitude:

(...) é a capacidade de o agente de uma conduta proibida, em uma situação concreta, apreender a ilicitude do seu comportamento; quando presente, autoriza a reprovação do sujeito. Se ausente, permite ao mesmo alegar que atuou em erro sobre a ilicitude.⁶¹⁵

Portanto, a falta de consciência da ilicitude do fato ocasiona o erro de proibição, que traz, como consequência lógica, a exclusão da culpabilidade. Ressalte-se que esse é um aspecto importante para o estudo da questão do neonaticídio indígena para justificar a não responsabilização penal do autor do fato.

6.6.3. O ERRO DE PROIBIÇÃO COMO EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE

Antes de focar no erro de proibição inevitável, torna-se necessário compreender o erro e sua importância jurídica, considerando sua existência dentro da estrutura da dogmática da teoria do delito, possuindo a força de excluir a culpabilidade do agente. Segundo Gomes, o “erro é a falsa representação da realidade ou o falso ou equivocado conhecimento de um objeto (é um estado positivo)”⁶¹⁶. É importante ressaltar que o erro não se equipara à ignorância, pois “esta é a falta de representação da realidade ou desconhecimento total do objeto (é um estado negativo)”⁶¹⁷. Ademais, o autor destaca

615 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 15.

616 Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**, *Op. cit.*, p. 25-26

617 *Ibidem*, p. 25-26.

que os dois conceitos “incidem sobre o processo formativo da vontade, viciando-lhe o elemento intelectual ao induzir o sujeito a querer coisa diversa da que teria querido, se houvesse conhecido a realidade”⁶¹⁸. Outrossim, Bitencourt⁶¹⁹ ensina que o erro afeta a vontade, viciando-a, ou seja, provoca uma falsa percepção da realidade, que pode recair tanto sobre os elementos estruturais do delito, que gera o erro de tipo, quanto na ilicitude da ação, dando causa ao erro de proibição.

A fim de atingir uma melhor visão acerca do tema, é necessário compreender as teorias do dolo e as teorias da culpabilidade, que, tradicionalmente, têm a seguinte classificação: teoria estrita ou extremada do dolo; teoria limitada do dolo; teoria estrita ou extremada da culpabilidade; e teoria limitada da culpabilidade⁶²⁰. Sobre estas teorias, é oportuno mencionar que elas já foram exaustivamente abordadas no capítulo anterior, para onde remetemos o leitor, onde se tratou acerca da culpabilidade.

Deve-se dizer, desde logo, que o Código Penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade por ocasião da reforma de sua parte geral ocorrida em 1984. Nesse aspecto, Bitencourt⁶²¹ frisa que houve a distinção entre o erro que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação e o que recai sobre uma norma permissiva. Assim, é importante não confundir erro de tipo e erro de proibição. Para diferenciá-los, aponta-se que o erro de proibição é um problema inerente à culpabilidade, enquanto o erro de tipo é uma questão a ser tratada no campo da tipicidade. No que diz respeito ao erro de tipo, deve-se ter em mente o dolo é a vontade de realização do tipo objetivo, quando não se tem conhecimento de que está praticando um tipo objetivo, sendo que esta vontade pode não existir; logo, não haverá dolo, estando caracterizado o erro de tipo⁶²². Por outro lado, o erro de proibição pode afastar a possibilidade de se exigir a compreensão

618 *Ibidem*, p. 25-26.

619 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**, *Op. cit.*, p. 91.

620 *Ibidem*, p. 96-98.

621 *Ibidem*, p. 101.

622 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 424.

da ilicitude e, conseqüentemente, fazer com que a conduta, embora seja típica e ilícita, não seja reprovável, isto é, acarrete a exclusão da culpabilidade. Assim, buscando estabelecer de forma clara a distinção entre erro de tipo e erro de proibição, Zaffaroni e Pierangeli ensinam que:

- a) o erro de tipo afeta o dolo; o de proibição, a compreensão do antijurídico;
- b) o erro de tipo acontece quando, em linguagem comum, “o homem não sabe o que faz”; o de proibição, quando “sabe o que faz”, mas crê que não é contrário à ordem jurídica;
- c) o erro de tipo elimina a tipicidade dolosa; o erro de proibição pode eliminar a culpabilidade.⁶²³

Ainda esclarecendo acerca da diferença entre erro de tipo e erro de proibição, Bitencourt⁶²⁴ leciona que o erro ocasiona uma falsa percepção da realidade, o qual pode recair tanto sobre os elementos estruturais do delito, quando, então, ocorrerá o erro de tipo, quanto sobre a ilicitude da ação, ocorrendo o erro de proibição.

No intuito de dar maiores esclarecimento sobre o assunto, Brodt⁶²⁵ ensina que a diferença entre tipo e ilicitude é a base para a distinção entre erro de tipo e erro de proibição. Além disso, ele arremata frisando que “o erro de tipo, assim, é aquele que incide sobre qualquer elemento constitutivo do tipo, independentemente de sua natureza. Erro de proibição, por sua vez, é o que se refere ao caráter ilícito do fato”⁶²⁶. Nessa perspectiva, o erro de proibição possui ligação com o juízo que é feito da conduta do agente em face da ordem jurídica, ou seja, o agente sabe o que faz, mas o erro existe em virtude da compreensão da regra imposta ao comportamento,

623 *Ibidem*, p. 425.

624 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**, *Op. cit.*, p. 91.

625 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 52.

626 *Ibidem*, p. 52.

que é considerado como proibido. Esta situação dogmática não pode ser desprezada em face das peculiaridades culturais indígenas, como ocorre no caso de neonaticídio indígena.

6.6.4. O ERRO DE PROIBIÇÃO E O NEONATICÍDIO INDÍGENA

O erro de proibição se destaca na análise do presente caso, pois tem o condão de afastar a culpabilidade do agente. Nesse aspecto, convém abordar o erro de proibição vencível e o erro de proibição invencível.

O erro vencível, também denominado de erro evitável, é tratado no Código Penal brasileiro, no artigo 21, sendo descrito em seu parágrafo único, que diz “considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”⁶²⁷. Assim, o erro vencível ou evitável (inescusável) ocorrerá quando se puder exigir do autor a superação do erro. Quanto à sua escusabilidade, a previsão encontra-se na 3ª parte do referido artigo e diz, “se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”. Portanto, não ocorre a exclusão da culpabilidade, sendo mantida a responsabilidade penal do agente, porém acarreta a diminuição da pena.

Por outro lado, o erro invencível ou inevitável (escusável) encontra previsão legal no artigo 21, *caput*, 2ª parte do Código Penal. Nesse dispositivo legal, há a descrição de que “[o] erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena;”. De tal maneira que o erro de proibição inevitável sempre impedirá o entendimento da ilicitude, muitas vezes porque atinge a possibilidade do conhecimento e outras, porque, mesmo havendo o conhecimento da ilicitude, não se pode exigir sua compreensão ou seu entendimento⁶²⁸. Desse modo, o agente não será responsabilizado penalmente, em razão da exclusão da culpabilidade.

627 Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, *Op. cit.*, s.p.

628 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 547.

Importante mencionar que, quando o erro atinge o conhecimento da ilicitude e esse conhecimento recai sobre o conhecimento da norma proibitiva, está-se diante do chamado erro de proibição direto; já, quando o erro incide sobre a permissão da conduta, podendo consistir na falsa suposição de existência de uma causa de justificação que não existe, então está-se diante do erro de proibição indireto⁶²⁹. Contudo, a questão não é simplória, uma vez que é necessária a análise das particularidades de cada caso. Nesse sentido, destacam Zaffaroni e Pierangeli.

Estamos absolutamente seguros de que não é possível estabelecer-se regras fixas que sejam úteis nos casos limites, posto que a exigibilidade de compreensão, vale dizer, a exigência do entendimento da ilicitude, ou, o que dá no mesmo, a inevitabilidade do erro, é questão que deverá ser determinada caso a caso, tomando-se em conta as características pessoais, profissionais, grau de instrução, grupo cultural, obscuridade da lei, contradições das decisões jurisprudenciais ou administrativas a respeito, opinião vulgar etc.⁶³⁰

Portanto, as peculiaridades dos grupos devem ser levadas em conta no momento da análise da conduta praticada pelo agente. No caso em estudo, é importante considerar os costumes, as tradições e as práticas realizadas pelos povos indígenas.

Quanto à prática de neonaticídio indígena, ao abordar a etnia Yanomami, Albert narra que as mães Yanomami deixam seus bebês para morrerem sozinhos apenas quando eles possuem uma grave má formação, deficiência de desenvolvimento, são gêmeos ou quando dão à luz ainda com outro bebê em estágio de amamentação – as mães focam sua amamentação em uma única criança em decorrência da restrição de alimentação e de recursos. Em alguns casos, como o de

629 *Ibidem*, p. 548.

630 *Ibidem*, p. 542.

infidelidade, a regra também é o neonaticídio indígena. Conforme Albert esclarece, é das mulheres Yanomami a total responsabilidade pela criança.

As mulheres yanomami dão à luz na floresta, sozinhas ou, quando mais novas, acompanhadas de mulheres de seu círculo familiar. Os homens estão excluídos do parto e das decisões referentes ao recém-nascido. Uma vez aceito pela mãe e iniciada a amamentação, o bebê é trazido à aldeia e, assim, constituído como ser humano e membro do grupo em sua plenitude, não podendo ser morto posteriormente por nenhuma razão.⁶³¹

De mais a mais, deve-se destacar que tal ação é tomada como forma a evitar que a criança morra futuramente pela escassez de recursos e de cuidados. Ainda, de acordo com Albert, a diferença cultural e o seu contexto são fatores a serem levados em consideração à luz da antropologia.

Em todos os casos, essa prática era sempre para as mães Yanomami uma escolha extrema, causadora de grande tormento psicológico. Portanto, nada nos permite rotular preguiçosamente o neonaticídio como uma simples ‘regra cultural’ – para não dizer ‘ritual’ – e logo condená-la com todo o arsenal de preconceitos com o qual nosso imaginário projetivo assola habitualmente os povos indígenas. Devemos fazer o esforço de entender o contexto social no qual essas mães eram levadas a tal escolha.⁶³²

Não resta dúvida de que a morte do filho se efetiva sem que a mãe indígena acredite estar incidindo em prática que contrarie

631 Cf. ALBERT, Bruce, *Op. cit.*, p. 284.

632 *Ibidem*, p. 284.

aquilo que é considerado certo e seu direito no grupo social do qual faz parte. Ao contrário, faz-no convencer de que a tradição do seu povo a autoriza, naquelas circunstâncias excepcionais, a prática do ato extremo. Neste sentido, o que há é uma evidente divergência entre os valores da cultura em que está inserida e os consagrados na lei penal do Brasil, de tal forma que não existe nenhuma ligação com qualquer anormalidade de desenvolvimento mental.

O fato de a mulher indígena, ao longo do seu desenvolvimento, ter assimilado outras crenças e costumes faz com que reste excluída ou, ao menos, atenuada a possibilidade de compreender o caráter ilícito da conduta, pois não há dúvida de que a influência cultural altera a percepção da ilicitude do comportamento. Conseqüentemente, tal situação deve ser reconhecida como hipótese de erro de proibição direto. Nesse campo, é necessário considerar o erro de proibição quando inevitável, em conformidade com o artigo 21, *caput*, 2ª parte, do atual Código Penal, afasta-se a culpabilidade, de modo a acarretar a isenção de pena. Se evitável, deve atenuar a pena, nos termos do artigo 21, *caput*, 3ª parte, do Código Penal.

Assim, quanto ao erro de proibição, a consciência exigida pela norma penal não é uma consciência técnica, formal. De outro modo, como bem esclarece Bitencourt⁶³³, “a chamada consciência *profana* do injusto, constituída do conhecimento da antissocialidade, da moralidade ou da lesividade da conduta”. Isto significa dizer que essa consciência decorre de regras de uma certa cultura, de sua moral e dos conhecimentos internalizados há muito tempo, os quais são passados de geração para geração, como é o caso dos indígenas.

Nesse sentido, o erro de proibição não se confunde com o desconhecimento da lei, posto que este diz respeito ao fato de desconhecer determinado tipo penal em abstrato, enquanto aquele se refere ao fato de o agente ignorar a ilicitude de sua conduta em razão de possuir uma falsa percepção da realidade, crendo que seu comportamento é lícito, quando, na verdade, é ilícito.

633 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**, *Op. cit.*, p. 94.

Com muita propriedade, Brodt⁶³⁴ alerta que se deve ter um cuidado diferenciado em relação a determinadas condutas praticadas por indígenas no contexto de seus costumes, tradições e valores, as quais devem ser tratadas na seara do erro de proibição direto. Nesse sentido, ele enfatiza que “os costumes e os hábitos que praticam, baseados em normas de cultura próprias, podem impedir ou fazer desaparecer o conhecimento da valoração que a ordem jurídica faz a respeito de determinada conduta”⁶³⁵.

Nesse quadro, deve-se enfatizar que a realidade das práticas indígenas é bem diferente quando se pensa o contexto dos integrantes da comunidade julgando os seus. Cirino, ao se referir aos Yanomami, esclarece que eles possuem leis e as aplicam ao que, aos seus olhos, é delito. Eles possuem uma organização, noções de certo e errado próprias.

Delito é o que a lei penal incrimina, portanto matar é um delito. Pensando a sociedade Yanomami e pensando ainda o seu direito consuetudinário, promover o interdito de vida do neonato sob as circunstâncias já aludidas e punir aquela que cometeu o adultério é uma norma não incriminadora nesta sociedade. Essas condutas não são socialmente danosas à vida na sociedade Yanomami, não afeta a estabilidade do grupo, portanto não podemos falar de crime.⁶³⁶

Como se pode verificar, a problemática do neonaticídio indígena permeia questões antropológicas, sociais, culturais, éticas e legais, sendo indispensável sua análise sob a ótica da realidade indígena e a da sociedade aculturada, pois, nesse contexto, a mãe indígena se vê pressionada a cometer o neonaticídio por sua comunidade.

634 Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo, *Op. cit.*, p. 63-64.

635 *Ibidem*, p. 64.

636 CIRINO, Carlos Alberto Marinho. **Criminalização de práticas culturais indígenas: o caso Yanomami**. Berlim: Ibero-Amerikanischen Institut, 2013, p. 335.

Por outro lado, a mãe não consegue conter tal prática por temor às consequências da não ação. Por isso, ela se sente no dever de manter as suas tradições.

Considerando a dogmática penal e o respeito ao multiculturalismo, deve ser aplicado, no caso de neonaticídio praticado dentro do contexto cultural indígena, o erro de proibição direto, posto que o agente se encontra absorvido por sua cultura e tradição, onde convive em um ordenamento social e cultural próprios, sem possuir condições fáticas de compreender a ilicitude de seu comportamento, que, à luz da legislação penal vigente, configura o crime de homicídio. Assim, deve ser afastada a responsabilidade penal do indígena no caso de neonaticídio, em virtude de tal prática ser realizada no seio da comunidade indígena, de acordo com as suas peculiaridades e os padrões estabelecidos dentro do universo em que vivem, embora diferente da sociedade dominante. Neste sentido, deve-se ter como base a aplicação do erro de proibição direto por ser a adequada causa de exclusão de responsabilidade penal, considerando a dogmática da teoria do delito e o respeito ao multiculturalismo presente em nosso país, de tal modo a manter sólido o Estado Democrático de Direito.

7. CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, demonstrou-se a importância da Teoria do Delito como mecanismo jurídico para a preservação da cultura indígena e como proposta de afirmação dos direitos dos povos indígenas frente ao multiculturalismo. A partir desse ponto, a preservação de uma cultura não dominante tem como condão não apenas resguardar as diversas formas culturais, mas também rechaçar a imposição de responsabilização penal ao indígena que pratica determinadas condutas dentro do contexto cultural indígena, embora haja previsão na legislação de que são consideradas crimes, como ocorre nos casos de estupro de vulnerável e no neonaticídio indígena.

Nesse sentido, a obra se revela importante, pois a legislação penal brasileira é omissa em relação ao tratamento penal a ser conferido ao indígena quando ele pratica condutas descritas no tipo penal e, ao mesmo tempo, dentro de seu contexto cultural, o que impõe a necessidade de projetar o debate para o campo da dogmática penal e, nos casos aqui pesquisados, no âmbito da Teoria do Delito. Conforme apresentado nessa pesquisa, a legislação vigente, as Organizações Internacionais e a jurisprudência demonstram a existência de falhas nas garantias dos direitos indígenas, principalmente no que diz respeito às crenças, tradições e costumes.

Embora a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, tenha trazido o alicerce para estabelecer uma relação entre os Estados e os povos indígenas, em especial no que diz respeito aos seus direitos individuais e coletivos, dentre os quais se incluem os direitos sociais e culturais, ainda não se mostrou suficiente para a sua eficaz aplicação, visando o fortalecimento de direitos no sentido da preservação dos interesses ligados às questões pluriétnicas e multiculturais. A identidade étnica, mesmo que conflitando com valores da sociedade nacional, possui traços claramente coloniais de resistência ao direito dos povos que possuem diferentes aspectos culturais, levando à necessidade de uma reformulação do conceito de

cidadania às minorias étnicas. Em razão disso, há a clara a necessidade de proteção das minorias étnicas, com o fim de superar os obstáculos historicamente construídos para impedir a efetiva consolidação dos direitos dos povos indígenas.

Diante do exposto neste estudo aqui desenvolvido, depreende-se que o reconhecimento do multiculturalismo representa um fator indispensável de respeito à dignidade de todo ser humano, em conformidade com os preceitos estabelecidos pela UNESCO, uma vez que sua consolidação no Estado Democrático de Direito não exige somente o reconhecimento e a proteção da diversidade cultural do seu povo, mas também a aplicação de mecanismos eficazes de integração sociais. Nessa perspectiva, nota-se a necessidade da aplicação adequada da dogmática penal, sobretudo no que se refere à Teoria do Delito, de modo que haja um diálogo entre o jurídico e o cultural, a fim de promover a integração de uma sociedade plural, onde ocorra a harmonia entre as diversas culturas existentes no Brasil, sem desprezar o reconhecimento dos direitos indígenas que foram, por séculos, marginalizados, o que não mais se admite.

Para promover a harmonia, o princípio da adequação social é de grande importância como diretriz normativa do sistema jurídico-penal, uma vez que se compreende a íntima relação entre a estrutura da norma e os sistemas sociais. Assim, o referido princípio deve ser entendido como uma ferramenta de hermenêutica, ou seja, interpretativa da norma penal, através da qual são excluídos determinados comportamentos que, analisados numa visão extrassistêmica e em razão de sua utilidade social, estejam em harmonia com a ordem histórico-social vigente.

Para a aplicação do princípio da adequação social, é importante lembrar que os comportamentos socialmente adequados decorrem de uma contínua percepção histórico-cultural de um grupo de pessoas, como acontece com os indígenas nos casos em que há conjunção carnal ou outro ato libidinoso com mulher menor de 14 anos de idade após a menarca. Tal situação, à luz do Direito Penal, seria considerado estupro de vulnerável quando praticado em

qualquer contexto. Porém, nos casos de comunidades indígenas, deve ocorrer a atipicidade material com a aplicação do princípio da adequação social, de maneira a afastar a responsabilização penal do agente.

Conforme discutido ao longo desta obra, outro caso relevante de análise é o neonaticídio indígena, que é uma realidade no Brasil, onde algumas comunidades indígenas ainda realizam essa prática com as mais variadas justificativas, todas elas relacionadas às crenças, aos valores e aos costumes que, tradicionalmente, são passadas de geração em geração, ocasionando a sua internalização ao longo do tempo e integrando o acervo cultural desses povos. Embora sejam diversas as justificativas, todas convergem para um centro só: a pessoa humana. Inclusive, para algumas etnias indígenas, pessoa e humanidade são distintas, inexistindo qualquer relação entre elas, diferente da visão de mundo da sociedade nacional. Além disso, para algumas culturas indígenas o início da vida tem significado diferente daquele adotado pela sociedade nacional. Para algumas etnias, a vida do ser humano só inicia quando ele é aceito pela sua comunidade.

Na visão cosmológica indígena, onde também está presente o sincretismo religioso, o nascimento de uma pessoa do ventre de uma mulher indígena não significa que o bebê seja humano. Em alguns casos, o recém-nascido podendo ser “não humano”, como, por exemplo, se foi concebido por espíritos, fruto de adultério ou nasceu com deficiência física ou mental. Por esse motivo, a retirada da vida de uma “pessoa não humana” é uma prática cultural aceita no contexto social em que a conduta ocorre, sendo tal comportamento passado de geração em geração, mantendo-se no seio de suas regras sociais a necessária preservação da identidade de seus grupos.

Neste sentido, as regras de como os indígenas agem se justificam, pois devem ser consideradas suas compreensões de mundo e suas perspectivas étnicas e culturais, estando eles integrados com os membros da comunidade em que vivem e com os padrões morais, sociais e culturais que os norteiam. Por isso, tentar atribuir responsabilidade penal ao indígena que age de acordo com suas regras

e seus valores de conduta representa uma forma de desrespeitar sua crença, sua tradição e sua cultura, afrontando o conjunto de normas que garantem direitos aos indígenas, como a Constituição Federal do Brasil, a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Pelo fato de o Brasil adotar o sistema monista, não lhe é conferida legitimidade para criminalizar a conduta do indígena que age dentro dos padrões de sua cultura. Com isso, o mais adequado seria a elaboração de normas, visando disciplinar questões dessa natureza, mas sempre com observância aos valores ligados à cultura indígena em conformidade com sua visão de mundo. Enquanto isso não acontece, buscam-se soluções na seara do Direito Penal, onde, em alguns casos, mesmo tendo como ponto de partida perspectivas diversas, o objetivo é único, qual seja a não responsabilização criminal do indígena que pratica o neonaticídio.

Em defesa da não responsabilização dos indígenas nos casos de neonaticídio, existem diversas tendências teóricas. Na presente pesquisa, defende-se a aplicação do erro de proibição direto, que recai sobre a própria norma proibitiva, considerando a ausência de consciência da ilicitude do agente em face dos valores consagrados na sociedade em que vive, bem como sua visão cosmológica, o que justifica a exclusão da culpabilidade e, conseqüentemente, da responsabilidade penal do indígena. Tal posição representa importante mecanismo para a aplicação do Direito Penal às diferentes realidades fáticas, históricas, pessoais, sociais e culturais. Nesse caso, não há que se falar em crime, uma vez que o indígena não possui a consciência da ilicitude de sua conduta diante do ordenamento jurídico vigente. Nesse contexto, a responsabilização penal do indígena representa uma imposição etnocentrista, que discrimina a diversidade cultural.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Bruce. “Infanticídio”: esclarecimento e comentários. *In*: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos Indígenas no Brasil**: 2006-2010. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. **Os índios na história do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

ANTOLISEI, Francesco. **Manual de derecho penal**: parte general. 8. ed. Bogotá: Temis, 1988.

AZEVEDO, Thales de. Catequese e aculturação. *In*: SCHADEN, Egon. **Leituras de Etnologia Brasileira**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976.

BALDI, César Augusto. Questão indígena no Brasil: alguns pontos para uma revisão hermenêutica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: AVRITZER, Leonardo *et al.* (org.). **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**: soberania, separação de poderes e sistema de direitos. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

BARBOSA, Marco Antônio. **Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, FAPESP, 2001.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2011.

BARRY, Brian. **Culture and equality**: An egalitarian critique of multiculturalism. Boston: Harvard University Press, 2002.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. *In*: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da Etnicidade**. São Paulo: UNESP, 1998.

BATAGLINE, Giulio. **Diritto Penale**: Parte Generale. Padova: CEDAM, 1949.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Buenos Aires: BdeF 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade y libertad**. Introducción de Gregorio Peces-Barba. Barcelona: Paidós, 1993.

BOLÍVIA. [Constituição (2009)]. **Constitución Política del Estado. 7 de fevereiro de 2009**. La Paz: Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

BOLÍVIA. **Ley de Deslinde Jurisdiccional, de 29 de dezembro de 2010**. La Paz: Presidência da República, [2010]. Disponível em: <http://>

tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/ley-073-deslinde-jurisdiccional.pdf. Acesso em: 05 jul. 2022.

BOLÍVIA. **Ley nº 073, de 29 de diciembre de 2010**. La Paz: Presidência da República, [2010]. Disponível em: <https://sea.gob.bo/digesto/CompendioNormativo/09.pdf>. Acesso em: 22 jul.2022.

BRAGA, Rafael. Decisão inédita do TJRR afasta condenação de índio já punido pela tribo. **Poder Judiciário do Estado de Roraima**, Boa Vista, 21 mar. 2016. Disponível em: <http://oifc200.tjrr.jus.br/index.php/11-noticias/86-decisao-inedita-tjrr-afasta-condenacao-de-indio-ja-punido-pela-tribo>. Acesso em: 21 jul. 2022.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**. Coimbra: Almedina. 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, [1988]. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Mundu Sa Turusu Waá: Ubêuwa Mayé Míra Itá Uikú Arâma Purûga Iké Braziu Upé. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da União - Seção 1 - 21/12/1973, Página 13177. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 05 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Novo estudo sobre a consciência da ilicitude**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2019.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CAMPOS, Ana Cristina. Relatório da ONU aponta aumento do número de indígenas na América Latina. **Agência Brasil**, Brasília, 22 set. 2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-09/relatorio-da-onu-aponta-aumenta-do-numero-de-indigenas-na-america>. Acesso em: 01 out. 2023.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito das Organizações Internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de; MOREIRA, Elaine; SILVA, Tédney Moreira da. Os direitos dos acusados indígenas no processo penal sob o paradigma da interculturalidade. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 141-160, jun. 2020. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/download/463/269/2076>. Acesso em: 19 out. 2023.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Metafísicas canibais**: elementos para uma antropologia pós-estrutural. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. Etno-história e história indígena: questões sobre conceitos, métodos e relevância da pesquisa. **História**, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 349-371, jun. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/his/a/j9CyCym5St8xmR4pn9HtcvD/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 18 out. 2023.

CHIN, Rita. **The crisis of multiculturalism in Europe**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

CIRINO, Carlos Alberto Marinho. **Criminalização de práticas culturais indígenas**: o caso Yanomami. Berlim: Ibero-Amerikanischen Institut, 2013.

COLÔMBIA. [Constitución (1991)]. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Presidência da República, [1991]. Disponível em: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>. Acesso em: 18 out. 2023.

COLÔMBIA. **Ley nº 599, de 24 de julio de 2000**. Bogotá: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html. Acesso em: 15 jul. 2022.

COLOMBIA. **Sentencia C-370/02**. Control de Constitucionalidad. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-370_2002.html#1. Acesso em: 15 jul. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-921, de 5 de diciembre de 2013**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>. Acesso em: 26 jun. 2022.

COLÔMBIA. **Ley nº 270, de 15 de marzo de 1996**. Bogotá: Senado, [1996]. Disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html. Acesso em: 26 jun.2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 287, de 25 de junho de 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962.

CÓRDOBA RODA, Juan. **Uma nueva Concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2013.

CUNHA, Manuela Carneiro da; CASTRO, Eduardo Viveiros de. Vingança e temporalidade: os Tupinambá. **Journal de la Societé des Américanistes**, Nanterre, v. 71, [s.n.], p. 191-208, 1985. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24605553>. Acesso em: 18 out. 2023.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. El nuevo constitucionalismo latino-americano como una propuesta jurídica decolonial. In: JULOS-CAMPUZANO, Alfonso. **Constitucionalismo: un modelo jurídico para la sociedade global**. Pamplona: Editorial Aranzadi/Thomson Reuters, 2019.

DAVIS, Shelton H. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 571-585, out. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/ykf4XjHVn7m4W5gnVkj6kyS/>. Acesso em: 18 out. 2023.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DIAS, Mônica Nazaré Picanço. **Proteção Jurídica dos Conhecimentos Tradicionais dos Povos Amazônicos: Sustentabilidade Ambiental e Transnacionalidade**. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2013. Disponível em: https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/42/TESE_REAJUSTADA%20Monica%202013.pdf. Acesso em: 18 out. 2023.

EQUADOR. [Constituição (2008)]. **Constitución de La República del Ecuador, de 20 de outubro de 2008**. Quito: Presidência da República, [2008]. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 05 jul. 2022.

EQUADOR. **Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de 21 de septiembre de 2009**. Quito: Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf. Acesso em: 15 jul. 2022.

FALCÓN Y TELLA, Maria José. **Equidad, derecho y justicia**. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2005.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Leite Ribeiro de. **A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal**. Porto: Coimbra, 2005.

FAUSTINO, Rosângela Célia. Aprendizagem escolar entre indígenas Kaingang no Paraná: questões sobre língua, alfabetização e letramento. **Práxis Educativa**, Maringá, v. 5, n. 2, p. 213-219, 2010. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/1046>. Acesso em: 23 out. 2023.

FAUSTO, Boris; FAUSTO, Sergio. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2004.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 14. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição: erro de tipo e suas modalidades, erro de proibição e suas modalidades, erro de tipo permissivo (CP, art. 20, 1), evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação, teorias sobre a culpabilidade, conceito complexo de culpabilidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf). Acesso em: 18 out. 2023.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

INDÍGENA. **Dicio**: Dicionário Online de Português, [s.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/indigena/>. Acesso em: 05 mar. 2022.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1996.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manoele, 2003.

JAKOBS, Günther. **Moderna dogmática penal**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008.

JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?**: sobre a legitimidade do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Arthur Pereira de. **Pluralismo Jurídico em um Brasil-Índigena**: O índio e o direito de ser julgado conforme seus costumes. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3662>. Acesso em: 18 out. 2023.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Princípios de derecho penal**. La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Sudamerica. 1958.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1961.

KELLY, Paul. **Multiculturalism reconsidered**: Culture and equality and its critics. Cambridge: Polity Press, Blackwell Publishers, 2002.

KUCHERYAVAYA, Elena V *et. al.* The multiculturalism policy in Europe. **Online Journal Modelling the New Europe**, Cluj-Napoca, [s.v.], n. 32, p. 58-71, abr. 2020. Disponível em: http://neweurope.centre.ubbcluj.ro/?page_id=2126. Acesso em: 18 out. 2023.

KYMLICKA, Will. **Cidadania multicultural**: uma teoria liberal de los derechos de las minorias. Madrid: Paiadós, 1995.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 20. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LESSER, Jeff. **A negociação da identidade nacional**: imigrantes, minorias e a luta pela etnicidade no Brasil. São Paulo: Unesp, 2001.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história**. Barcarena: Editorial Presença, 2012.

LIDORIO, Ronaldo. Carta aberta sobre infanticídio indígena. **Instituto Socioambiental**, [s.l.], 23 jul. 2008. Disponível em: <https://>

acervo.socioambiental.org/index.php/acervo/noticias/carta-aberta-sobre-infanticidio-indigena. Acesso em: 01 out. 2023.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A contribuição da teoria do multiculturalismo para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros. **Publica Direito**, [s.l.], [s.v.], [s.n.], p. 1-13, 2010. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf. Acesso em: 18 out. 2023.

LOPES, Luciano Santos. **A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude**: uma análise do tipo total de injusto. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-8FLNLT>. Acesso em: 10 de mar de 2023.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Unijuí, 2010.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha. **Culpabilidade**. Capítulos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1995.

MADERS, Angelita Maria. Alteridade e Multiculturalismo: Os paradigmas de uma filosofia intercultural para o estudo da identidade latino-americana. In: MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela (orgs.). **Multiculturalismo em foco**. Santo Ângelo: FURI, 2010.

MALINOWSKI, Bronisław. **Argonautas do pacífico ocidental**. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

MAURACH, Reinhard. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ariel, 1962.

MAYER, Max Ernst. **Normas jurídicas y normas de cultura**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A soberania e a proteção internacional dos direitos humanos. *In*: GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz (orgs.). **Soberania: antigos e novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Las origens de la teoria de la adecuación social**. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1988.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. [S.L.]: Malheiros Editores, 1978.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, 1993.

MENESES, Paulo. Etnocentrismo e relativismo cultural. **Síntese**: Revista de Filosofia, Recife, v. 27, n. 88, p. 1-10, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rgpp/article/view/183491>. Acesso em: 18 out. 2023.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal**. Parte General. Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2004.

MESTIERI, João. **Teoria Elementar do direito criminal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Edição Autoral, 1990.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

MODOOD, Tariq. Multiculturalismo e grupos. **Estudos Sociais e Jurídicos**, v. 17, n. 4, 2008.

MORAES, Rodrigo Iennaco. **Crimes culturalmente motivados e violência sexual contra a mulher**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: Estudos sobre Direito Penal no nacional socialismo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error em Derecho Penal**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria General del Delito**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte General. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

NIETO MARTÍN, Adan. **El conocimiento del Derecho**. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: Atelier, 1999.

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 a 217-A do CP)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 13 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Genebra, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022.

PAGLIARO, Heloisa *et al.* Fecundidade e saúde sexual e reprodutiva dos Kisêdjê, Yudjá, ikpeng e Kaiabi do Parque indígena do Xingu, Brasil central. *In*: WONG, Laura L. Rodrigues (org.). **Avances y Retrosos en la Salud Sexual y Reproductiva en América Latina**. Rio de Janeiro: Asociación Latinoamericana de Población, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/215960548_Fecundidade_e_Saude_Sexual_e_Reprodutiva_dos_Kisedje_Yudja_Ikpeng_e_Kaiabi_do_Parque_Indigena_do_Xingu_Brasil_Central. Acesso em: 23 out. 2023.

PATRÍCIO, Maria Giacomini Lozer; BARRERO, Paloma Andréa Cardozo. A responsabilidade penal dos índios na prática de crimes ambientais: um comparativo da legislação brasileira e colombiana. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, v. 1, n.

2, p. 211-224, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/125906>. Acesso em: 19 out. 2023.

PENA, Rodolfo F. Alves. Estreito de Bering. **Mundo Educação**, Brasília, [s.d.]. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/estreito-bering.htm>. Acesso em: 05 mar. 2022.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007.

PERU. [Constitución (1993)]. **Constitución Política del Perú, de 29 de dezembro de 1993**. Lima: Congresso da República, [1993]. Disponível em: <http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucion1993-01.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022.

PERU. **Decreto Legislativo 957, de 29 de julio de 2004**. Lima: Congresso da República, [2004]. Disponível em: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/403722/Decreto_Legislativo_N%C2%BA_957.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTELLA, Alessandra Matos. **Soluções propostas pelo direito penal para o problema do homicídio infantil indígena na região amazônica**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/21767>. Acesso em: 14 mar. 2022.

POUGH, F. Harvey; HEISER, John B.; MCFARLAND, William N. **A vida dos vertebrados**. São Paulo: Atheneu, 2003.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal; Jurisprudência; conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 844, p. 435-451, fev. 2006. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/28956?locale=en>. Acesso em: 18 out. 2023.

RAMALHO, Moises. **Os Yanomami e a morte**. 2008. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-04052009-154152/pt-br.php>. Acesso em: 18 out. 2023.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Fundamento do Direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: RT, 1998.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio o tratamento jurídico-penal**. Curitiba: Juruá, 2012.

RITUAL: Festa da Menina Moça celebra tradições indígenas no Maranhão. **Fundação Nacional dos Povos Indígenas**, Brasília, 22 ago. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2022-02/ritual-festa-da-menina-moca-celebra-tradicoes-indigenas-no-maranhao>. Acesso em: 01 out. 2023.

ROCCO, Arturo. **El objeto del delito y de la tutela jurídica penal**. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius, Igualdade. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROXIN, Claus. Culpa e Responsabilidade. Questões fundamentais da teoria da responsabilidade. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, Lisboa, ano I, n. 4, p. 503-541, out./dez. 1991.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Madrid: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistemas jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUBIO, David Sanchez. Direitos Humanos, Ética da Vida humana e Trabalho vivo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SALES, Cristiano Lima. Arqueologia, Arte e História Indígena. *In*: RESENDE, Maria Leônia Chaves (org.). **Mundos Nativos**: cultura e história dos povos indígenas. Belo Horizonte: Fino Traço, 2015.

SALVADOR NETTO, Altamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quantier Landin. 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, Natália França. O infanticídio indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. 8, n. 25, p. 1-28, 2011. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf. Acesso em: 23 out. 2023.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e Competência Criminal – a necessária revisão da súmula 140 do STJ. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (coord). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2014.

SAUER, Guillermo. **Derecho Penal**. Parte Geral. Barcelona: Bosch, 1956.

SCHADEN, Egon. **Aculturação indígena**. São Paulo: Livraria Pioneira, Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

SCHADEN, Egon. Antropologia-Aculturação e Assimilação dos Índios do Brasil. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, São Paulo, [s.v.], n. 2, p. 7-14, 1967. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/45636>. Acesso em: 18 out. 2023.

SEGATO, R. L. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 207-236, abr. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/tRYDbBv8ZQf9SJmpvSywtjb/>. Acesso em: 18 out. 2023.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Teoria Geral do Crime**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

SOUZA, Márcio. **História da Amazônia**. Manaus: Valer, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.239.271/SC**. Relator: Min. Jorge Mussi, 12 jun. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/607426702/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1239271-sc-2018-0016251-7/inteiro-teor-607426712?ref=serp>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 141.827/MS**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205775859/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-141827-ms-2021-0023758-2/inteiro-teor-1205775869>. Acesso em: 17 de jul. de 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 698.909/MS**. Relator: Min. Olindo Menezes, 15 fev. 2022. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1481556084/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-698909-ms-2021-0322033-3/inteiro-teor-1481556122>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg HC n. 604898/MS (2020/0202326-0)**. Relator: Min. Felix Fischer, 02 fev. 2020. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1198862782/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-604898-ms-2020-0202326-0/inteiro-teor-1198862797>. Acesso em: 02 abr. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. **Habeas Corpus n. 30.113/MA**. Relator: Min. Gilson Dipp, 5 out. 2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/>

ATC?seq=1412614&tipo=51&nreg=200301544950&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20041116&formato=HTML&salvar=false. Acesso em: 17 jul. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 212345/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 22 abr. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1296956/false>. Acesso em: 25 jul. 2022.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TREBBE, Joachim. Types of integration, acculturation strategies and media use of young Turks in Germany. **Communications**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 171-191, 2007. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/COMMUN.2007.011/pdf>. Acesso em: 18 out. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA. Câmara Única. **Apelação Criminal 0000.15.002237-4**. Relator: Des. Leonardo Cupello, 18 dez. 2015. Disponível em: <https://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322327951/apelacao-criminal-acr-150022374-000015002237-4>. Acesso em: 19 jul. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA. Câmara Criminal. **Apelação Criminal n. 0010.13.002393-9**. Relator: Des. Jesus Nascimento, 06 fev. 2018. Disponível em: <https://>

tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631561233/apelacao-criminal-a-cr-10130023939-001013002393-9/inteiro-teor-631561244. Acesso em: 20 jul. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA. Câmara Única. **Apelação Criminal 0090.09.000038-2**. Relatora: Des. Tânia Vasconcelos Dias, 21. jan. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml>. Acesso em: 18 jul. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA. Câmara Única. **Apelação nº 0090.10.000331-9**. Câmara Única. Relator: Des. Ricardo Oliveira, 11. fev. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml>. Acesso em: 19 jul. 2022.

UNESCO. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**. Londres, 2002. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20sobre%20a%20Diversidade%20Cultural%20da%20UNESCO.pdf>. Acesso em: 01 de jul. de 2022.

VAINFAS, Ronaldo. Soldados de Cristo. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, Rio de Janeiro, n. 81, jun. 2012.

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VENEZUELA. [Constitución (1999)]. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Caracas: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

VENEZUELA. **Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, de 8 de diciembre de 2005**. Caracas: Presidência da República, [2005]. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/>

Pueblos_indigenas/ley_organica_indigena_ven.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2020.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamento del Sistema Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VON BELING, Ernst. **Esquema de derecho penal** – la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Depalma, 1994.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editora Roque Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens (orgs.). **Novos Direitos do Brasil**: Naturezas e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

YACOBUCCI, Guilherme Jorge. **El sentido de los principios penales**: Su naturaliza y funciones em la argumentación penal. 6. ed. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.