

**O ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL DOS
ATOS ILÍCITOS PRATICADOS POR INDÍGENAS****THE CRIMINAL LEGAL FRAMEWORK FOR
ILLEGAL ACTS COMMITTED BY INDIGENOUS PEOPLE**

Artigo recebido em 10/07/2024

Artigo aceito em 21/07/2024

Artigo publicado em 30/12/2024

Maria Júlia Alves Rodrigues de PaulaGraduanda em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). E-mail: julia.paula@mail.uft.edu.br.**Tarsis Barreto Oliveira**Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Universidade de Sorbonne. Doutor e Mestre em Direito pela UFBA. Professor Associado de Direito Penal da UFT. Professor Adjunto de Direito Penal da UNITINS. Professor do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT. Coordenador e Professor da Especialização em Ciências Criminais da UFT. E-mail: tarsisbarreto@uft.edu.br.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo compreender o enquadramento jurídico-penal dos atos ilícitos praticados por indígenas, a partir da análise de como o Direito brasileiro lida com a diversidade cultural presente no país e a colisão entre normas internacionais, constitucionais e penais. Para isso, foi realizada pesquisa qualitativa por meio de fontes bibliográficas, explorando a origem e evolução das normas que abordam os direitos dos povos indígenas, o crime culturalmente motivado e os elementos constitutivos do crime associados à análise minuciosa do caso concreto como essenciais para tomadas de decisões justas.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes culturalmente motivados; Direito Penal; erro de proibição; povos indígenas.

ABSTRACT: The aim of this study is to understand the legal and criminal framework for illegal acts committed by indigenous people, based on an analysis of how Brazilian law deals with the cultural diversity present in the country and the collision between international, constitutional and criminal norms. To this end, qualitative research was carried out using bibliographic sources, exploring the origin and evolution of norms that address the rights of indigenous peoples, culturally motivated crime and the constituent elements of crime associated with a thorough analysis of the specific case as essential for making fair decisions.

KEYWORDS: Culturally motivated crimes; Criminal Law; error of prohibition; indigenous peoples.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é marcado por sua diversidade cultural, reflexo de sua história de contato com diferentes grupos étnicos e culturais ao longo dos séculos, como resultado da confluência de populações indígenas, africanas e europeias, principalmente. No entanto, a colonização estabeleceu uma ruptura profunda para os povos originários, promovendo uma estrutura social que hierarquizou e subordinou suas culturas à cultura dominante. Esse processo de subalternização foi orientado pela perspectiva de integração forçada, que, ao longo do tempo, buscou moldar esses grupos de acordo com valores e normas alheios a suas tradições, ignorando suas organizações sociais, espirituais e formas de resolução de conflitos.

Alguns países latinoamericanos, como a Bolívia, reconhecem o multiculturalismo em sua estrutura jurídica, levando em consideração as características da população, permitindo a pluralidade de direitos e autonomia cultural frente às distintas culturas presentes no país. Em contrapartida, o Brasil adota o modelo de uniformização jurídica que tende a inviabilizar e marginalizar as minorias étnicas e culturais. Esse modelo perpetua um sistema jurídico que desconsidera as particularidades culturais dos povos indígenas no tocante à aplicação de suas leis e costumes, frequentemente vistos pelo Estado sob o prisma da cultura dominante.

A Constituição Federal de 1988 trouxe avanços importantes ao reconhecer formalmente a diversidade étnica e cultural dos povos indígenas, assegurando-lhes direitos sobre suas terras, modos de vida, línguas, crenças e tradições. Esse marco constitucional representa um passo significativo na tentativa de proteção e valorização da identidade indígena no ordenamento jurídico-brasileiro. No entanto, o sistema jurídico-penal ainda mantém uma estrutura uniformizada, na qual as normas e valores da sociedade hegemônica possuem bens jurídicos mais relevantes, cuja tutela estatal é imposta de maneira generalizada.

A consequência imediata desse sistema dominante é a desvalorização das particularidades interculturais, especialmente em relação aos povos indígenas, que possuem visões distintas quanto aos atos ilícitos ou lícitos. Ainda que as influências externas e os processos de aculturação tenham impactado profundamente diversas aldeias, há comunidades que preservam com firmeza seus valores, crenças e modos tradicionais de organização social, o que gera conflitos entre suas práticas culturais e as normas impostas pelo Estado, visto que alguns costumes podem ser considerados crimes pela sociedade dominante, como o homicídio infantil indígena, também chamado de *infanticídio indígena*.

O presente trabalho tem como objetivo estudar, inicialmente, o conceito de crimes culturalmente motivados, ou seja, atos que, embora considerados ilícitos pelo sistema penal dominante, possuem justificativa e significância dentro de uma determinada perspectiva cultural. A partir disso, o estudo busca analisar as legislações que tratam dos povos indígenas no plano nacional e a evolução do seu reconhecimento e proteção cultural, principalmente pela Constituição Federal de 1988. O estudo também aborda o impacto das normas internacionais e a aparente antinomia quando analisadas sob o aspecto cultural.

O problema central desta pesquisa reside em como enquadrar jurídica e penalmente os atos considerados ilícitos praticados por indígenas, levando em consideração as características elementares do crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Nesse contexto, serão exploradas possíveis soluções para a desconstrução do crime quando o fator cultural é relevante no caso concreto, além de contribuir para o debate acerca do reconhecimento dos direitos indígenas, os avanços normativos e suas limitações e contradições frente ao sistema jurídico-penal brasileiro.

2 MULTICULTURALISMO E CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

De acordo com o Censo Demográfico de 2022, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, os indígenas somam cerca de um milhão e seiscentos mil indivíduos, representando quase 1% da população brasileira, distribuídos em 305 etnias diferentes e 274 línguas indígenas. Logo, não é possível ignorar que o território brasileiro possui uma diversidade cultural e étnica considerável, capaz de gerar choque em razão de eventuais práticas culturais da cultura minoritária e o Direito Penal do Estado-Nação dominante.

Acerca da cultura em si mesma, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural dispõe que:

A cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças. (Unesco, 2002)

Nesse sentido, Calçada e Heringer Júnior (2018, p. 160) sintetizam esse significado, abrangendo todas as realizações materiais e espirituais de um povo, ou seja, a abrangência dos feitos humanos, desde artefatos e objetos até suas ideias e crenças. Afirmam, ainda, a

interligação entre cultura e identidade, de modo que “a cultura faz parte da identidade do indivíduo, e a identidade do indivíduo integra sua cultura”.

Ao analisar a conjuntura brasileira, percebe-se que, embora os povos indígenas tenham sido, em determinado período, a maioria originária dos brasileiros, a colonização inverteu essa realidade, subalternizando a cultura indígena e tornando-a minoritária em termos quantitativos e de controle social, político e econômico. Isso demonstra a imposição da cultura majoritária sobre a minoritária, de modo que, conforme explicado por Elgelmann e Wolkmer (2021, p. 128-129), a “civilização moderna” justifica a violência e a subjugação de outros povos como meios para a modernização e ao caráter civilizatório, colocando os demais povos e culturas em posição de inferioridade.

Dessa realidade, emergem debates e conceitos acerca da temática, como o multiculturalismo e, posteriormente, o interculturalismo. Segundo Godoy (2017, p. 21), o multiculturalismo se empenha para compreender o pluralismo das culturas e dos grupos que caracterizam as sociedades contemporâneas, cujo ideal é a busca pela “convivência pacífica e harmônica de sociedades que possuem um acervo cultural distinto”. No Brasil, seria fruto da colonização, intenso fluxo migratório e da já heterogênea cultura indígena por natureza; assim, o multiculturalismo seria a convivência pacífica de grupos distintos culturalmente em um mesmo espaço territorial.

De acordo com Calçada e Heringer Júnior (2018, p. 167), o multiculturalismo enaltece a diferença, buscando o reconhecimento das singularidades dos grupos minoritários. O interculturalismo, por sua vez, promove a integração e o gerenciamento de conflitos sociais, tendo o Estado como provedor de condições e estímulos para a convivência comum e harmoniosa entre todos.

Diante disso, logo se pensa no ideal de tolerância que, para Lopes (2012, p. 73), surge como uma maneira de pacificar a sociedade frente às diferenças, e “apesar de a tolerância ter sido inicialmente associada à ideia da coexistência de crenças religiosas diversas, o seu atual significado tem sido alargado de modo a abranger também a coexistência de minorias étnicas e linguísticas”.

Segundo Carnevali (2007, p. 4), “entre los factores que pueden tensionar la convivencia, dentro de las sociedades multiculturales, destaca la posición asumida por ciertas minorías de resaltar su cultura, intensificando procesos identitarios”. Além disso, observa que os enfrentamentos culturais não geram conflitos violentos, em sua maioria, mas se

manifestam como uma colisão entre o sistema penal do Estado e os costumes e práticas divergentes de certos grupos culturais.

Portanto, significa dizer que comportamentos considerados ilícitos pela cultura dominante podem ser justificados e normalizados quando analisados sob a perspectiva do indivíduo em seu ambiente de pertencimento. Assim, o que é visto como um crime pela sociedade majoritária pode ser uma prática culturalmente aceita e legitimada pelo grupo cultural ao qual o indivíduo pertence.

Acerca dessa temática, Mulas (2014) afirma que atos culturalmente aceitos por um povo podem ser vistos como delitos em um contexto jurídico distinto daquele de sua origem:

Esto es, la conducta se realiza por quien pertenece a una cultura minoritaria donde el comportamiento llevado a cabo no es delito, bien porque es atípico, bien porque está justificado, exculpado o, en determinadas ocasiones, incluso impuesto (...). Esto es, el delito culturalmente motivado surge de una percepción o lógica cultural, pero es reprimido según otra diferente. (Mulas, 2014, p. 11-13)

O conceito de *crime culturalmente motivado* geralmente é associado à realidade de imigração comum no mundo globalizado, em que as normas do país *anfitrião* são contrárias a determinados comportamentos da cultura a que pertence o infrator. Porém, no contexto brasileiro, essa realidade se molda de maneira diferente, quando levada em consideração a diversidade étnica e cultural proveniente dos povos indígenas.

Conforme Broeck (2001), renomado estudioso belga, acerca da temática de *cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, trata-se de fenômeno comum nas Américas:

In some formerly colonised countries something different happened. The economic and cultural elite, endorsing the values of the former colonisers, tried to force these values onto ‘native peoples’. Examples of this category can be found in the Americas (...). In each of those cases, situations might arise where a person tried does not share the cultural values incorporated in the norms upheld by the state. (Van Broeck, 2001, p. 6)

No entanto, o que se pode perceber é um conflito entre princípios fundamentais, que não podem ser utilizados para proteger o ilícito, nem como meio de eximir o indivíduo de suas responsabilidades, sejam elas civis ou penais. Nesse sentido, Mendes e Branco (2023) afirmam que deve ser feita a aplicação de acordo com o caso concreto, “sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro”, além de afirmarem que:

Para solucionar o conflito, não se consideram as circunstâncias do caso concreto, pesando-se os interesses em conflitos, no intuito de estabelecer que princípios há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática. (Mendes; Branco, 2023)

A cultura dominante economicamente criminalizou uma cultura já existente, a dos povos indígenas, colocando-a como uma antinomia ao conceito de civilização. O embate cultural, portanto, surge pela imposição de uma sobre a outra. No entanto, não se pode ignorar os efeitos penais que práticas culturais acarretam, bem como a sua existência como essencial para a identidade de um povo, tampouco a culturalidade como dinâmica.

3 POVOS INDÍGENAS, COSTUMES E DIREITOS HUMANOS

Em mais de um artigo os direitos dos povos indígenas são protegidos na Constituição Federal, além de outros dispositivos infraconstitucionais disporem acerca de seus direitos. Embora se defenda a preservação cultural e liberdade organizacional, existem determinados atos questionáveis frente às disposições legais vigentes no Brasil em relação aos direitos humanos de modo geral. Diante de normas contrastantes, qual direito deve ser defendido? Haverá, portanto, uma sobreposição de uma norma em relação à outra?

Acerca dessas dificuldades, Moraes sintetiza de modo certo esta ideia paradoxal:

Reconhecer o multiculturalismo é romper o mito da homogeneidade da comunidade nacional para absorver a ideia de pluralismo cultural, com as correspondentes contraposições identitárias. Esse processo põe à prova a capacidade dos Estados de promoverem o caráter pluralista e inclusivo dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que questiona os limites de reconhecimento jurídico das diferenças culturais. Enfim, o panorama do Direito no multiculturalismo aponta para os desafios próprios da contraposição entre universalismo dos direitos humanos e relativismo cultural. (Moraes, 2017, p. 57)

Nesse sentido, cabe inicialmente destacar quais são as normas que atuam em sua defesa. A começar pelo Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), cujo propósito disposto em seu art. 1º é a preservação da sua cultura e a integração à comunhão nacional, *de forma progressiva e harmoniosa*. Em outro dispositivo, determina o dever dos entes federativos de respeitar seus valores culturais, tradições, usos e costumes.

Na mesma legislação, no título que aborda as normas penais, há a determinação de que a pena deverá ser atenuada conforme o grau de integração do indivíduo à sociedade, de

acordo com o entendimento do juiz. Além disso, determina a tolerância à aplicação de sanções penais ou disciplinares contra seus membros, desde que não sejam aplicadas penas que incluam crueldade ou infâmia, e determina a proibição da pena de morte.

Diante disso, pode-se perceber o marco do reconhecimento dos direitos indígenas, em que o legislador prioriza a defesa dos seus costumes, ao passo que determina a capacidade de ser julgado penalmente, mas estabelece limites para isso, quais sejam, o grau de integração em relação à comunidade, além de permitir que práticas culturais possam determinar penas aos seus integrantes.

Além disso, o artigo 4º define o grau de integração dos povos indígenas em “isolados”, “em vias de integração” e “integrados”, pelos quais se pode inferir que há estágios de evolução quanto à integração deles à sociedade, dando a entender que os “integrados” seriam considerados o ápice da evolução cultural, reafirmando o objetivo a que se refere o artigo 1º de “integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

Segundo Feijó (2015, p. 71), o advento da Constituição Federal de 1988 rompeu com a ideia do indígena como primitivo, sem desenvolvimento mental completo e, por isso, incapaz de gerir seus bens e até a sua própria vida. Além disso, faz a seguinte afirmação acerca do caráter disruptivo da Constituição:

A transformação operada no ordenamento jurídico pátrio rompeu com toda uma tradição jurídica, e política, no cenário do direito indigenista, reclamando uma revisão de entendimentos consagrados pela doutrina e jurisprudência bem como uma releitura da legislação pertinente, de modo à adequá-la aos novos padrões constitucionais, dando efetividade aos direitos de uma minoria tão fragilizada por séculos de dominação cultural. (Feijó, 2015, p. 71)

Além do mais, Neves (2014, p. 205) afirma que o surgimento da Constituição se desdobrou a partir de dois problemas, quais sejam, a crescente complexidade social em decorrência da heterogeneidade e das exigências dos direitos fundamentais e/ou humanos; e a necessidade de imposição dos limites de controle de poder, externa ou internamente.

Dentre os artigos em que tratam de seus direitos, cabem ser destacados os seguintes:

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.

§1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

(...)

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. (Brasil, 1988)

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira em reservar um capítulo para tratar dos direitos indígenas, reconhecendo, além do direito originário sobre suas terras, a proteção à organização social, bem como seus costumes, línguas, crenças e tradições. Abandona, portanto, o princípio de integração, substituindo-o pelo reconhecimento das diferenças que os caracterizam. De modo precursor, processos constituintes de países da América Latina, como Bolívia e Colômbia, foram influenciados pelo caráter *divisor de águas* da Constituição brasileira.

Coadunando com tal conclusão, Camacho (2017, p. 81), afirma: “Como a nova Constituição abandonou o ‘paradigma da integração’ substituindo-o pelo ‘paradigma do reconhecimento’, cujo fundamento é exatamente a diferença, cabe inferirmos que a forma de tutela que privilegiou é a da ‘proteção’”.

De modo semelhante, o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, afirma:

A Lei brasileira sempre deu comandos com forma protetora, mas com forte dose de intervenção, isto é, protegia-se para integrar, com a ideia de que a integração era o bem maior que se oferecia ao gentio, uma dádiva que em muitos escritos está isenta do cinismo porque o autor crê, sinceramente, que o melhor para os índios é deixar de ser índio e viver em civilização. (Mendes, 2023, p. 13.296)

O reconhecimento dos costumes, línguas, crenças e tradições proporcionou, portanto, o respeito à diversidade cultural e assumiu o compromisso de preservá-los. Foi retirada, então, a limitação proposta anteriormente, bem como o caráter evolutivo da inserção social do indígena, proporcionando a liberdade para continuar sendo indígena e perpetuar sua cultura para as próximas gerações.

Posteriormente, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Brasil em 19 de abril de 2004, e consolidada pelo Decreto nº 10.088/2001, reforça o respeito e a preservação das práticas culturais e sociais.

De modo especial, cabe destacar os artigos 8º, n. 2 e art. 9º, que reafirmam o direito à conservação cultural, limitando-a à compatibilidade com os sistemas jurídicos internacionais e nacionais, conforme dispõe:

Artigo 8

(...)

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. (BRASIL, 2019)

Artigo 9

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. (Brasil, 2019)

Desse modo, o que se percebe é a dicotomia das normas, tendo em vista que as normas estatais concedem a proteção e a liberdade cultural aos povos indígenas, ao passo que seu limiar são os direitos humanos e as normas nacionais. No entanto, frente ao direito penal, por exemplo, mesmo que exista o reconhecimento dessa normativa, ainda persistem as dificuldades no julgamento das práticas de costumes considerados ilícitos penais.

Neves (2014, p. 216) sintetiza tal problema como a incompatibilidade dos pressupostos antropológico-culturais com o modelo de constitucionalismo. Afirma, ainda, que se trata de uma questão comum aos países latino-americanos, com base no conflito entre a autonomia cultural e princípios fundamentais.

Nesse sentido, tal problema se materializa frente a práticas culturais indígenas que colidem com a norma penal brasileira, dentre as quais cabe citar o “infanticídio” - denominação dada ao crime de homicídio contra recém-nascidos e crianças maiores, gêmeos, filhos de mãe solo ou portador de alguma deficiência -, praticado por algumas etnias. Além disso, têm-se também práticas de caráter contrário à liberdade e à dignidade sexual de mulheres, como o estupro de vulnerável.

No entanto, tais práticas costumam ser consideradas transgressões sociais pela sociedade não indígena. Além disso, a concepção de “pessoa”, nesse contexto, não é inerente

ao nascimento, mas se atrela à ideia de construção social. O estado de “pessoa” é precedido por trocas e relações dentro da comunidade. A partir de então o indivíduo se torna verdadeiramente humano. (Portella, 2020)

A divergência entre os costumes étnicos indígenas e o Direito Penal é analisada sob duas perspectivas: a universalista e a relativista. Enquanto os defensores do universalismo priorizam o valor universal absoluto, prevalecendo as normativas que preservam, sobretudo, a vida, os relativistas culturais defendem a coexistência “pacífica do sistema jurídico estatal com o sistema jurídico indígena (...) inadmissível qualquer tipo de intervenção estatal nas sociedades indígenas que, caso ocorresse, violaria o princípio da autodeterminação dos povos”. (Portella, 2020, p. 67)

Em seu texto, Neves (2014) aponta como o Projeto de Lei nº 1.057 de 2007, que tentou criminalizar a prática do infanticídio, ensejou um debate acerca da colisão das normas jurídicas estatais e as normativas das próprias comunidades indígenas. Diante disso, é categórico quanto à abrangência negativa da criminalização de práticas culturais, fazendo a seguinte afirmação sobre a tentativa de imposição de uma norma em relação à outra:

Essa postura unilateral pela imposição dos direitos individuais em detrimento da autonomia cultural das comunidades não pareceu adequada para os que se manifestaram em torno do problema em uma perspectiva antropológica mais abrangente. A simples criminalização das práticas indígenas, em nome da defesa do direito à vida pode ser vista, outrossim, como um verdadeiro genocídio cultural, a destruição da própria comunidade, destruindo suas crenças mais profundas. (Neves, 2014, p. 220)

Diante disso, pontua que a atuação do Estado teria de ser baseada na moderação quando se trata da concretização de suas normas constitucionais em discordância com as normas das comunidades nativas. Portanto, Neves (2014) considera que a “descrição e o comedimento” podem ser as vias para estimular mudanças internas nas comunidades indígenas, sem causar grandes consequências negativas para os povos.

Voltada fortemente para as questões de gênero, Segato (2006) também debate as dificuldades quando são colocados frente a frente os direitos dos povos originários e os direitos humanos. Nesse tocante, afirma que a equiparação da norma moral dentro das comunidades indígenas a uma espécie de lei pode conceder a emancipação, ao passo que se distancia dos direitos internacionais:

O relato da discussão do grupo de mulheres sobre um conjunto de políticas públicas que poderia beneficiá-las expõe o difícil dilema da universalidade dos direitos humanos e uma de suas contradições inerentes: pelo menos no

caso específico dos direitos humanos da mulher, se afirmarmos que a norma moral tradicional vale tanto quanto a lei, estaremos no caminho do reconhecimento pleno da autonomia dos povos originários, mas nos distanciamos, na maior parte dos casos, do que os instrumentos internacionais promulgam com relação aos direitos humanos da mulher e até, em alguns casos, das crianças, entre outras categorias marcadas por um *status* inferior e dependente. Porém, se negarmos tal equivalência, ficaremos confinados ao paradigma jurídico do Estado democrático, que deve albergar, administrar e intermediar diversas comunidades morais, sem coincidir com nenhuma delas. (Segato, 2006, p. 211)

Diante da clara colisão entre normas, cabe destacar o que diz Robert Alexy em sua obra **Teoria dos direitos fundamentais**, na qual o conflito de regras é solucionado com a inserção de uma cláusula de exceção e, na impossibilidade dessa, uma delas é considerada inválida. No caso da colisão entre princípios, afirma que um dos princípios deve ceder, a partir do reconhecimento hierárquico, ou seja, a ordem de prioridade hierárquica que um exerce sobre o outro. (Silva, 2011)

No caso dos povos indígenas, trata-se de dois princípios em colisão: o direito à liberdade cultural e o direito à vida e à dignidade sexual (nos casos de infanticídio e estupro de vulnerável). Diante da impossibilidade de estabelecimento da hierarquia entre eles, Alexy afirma que é necessário um sopesamento para definir qual interesse tem mais peso no caso concreto. (Silva, 2011)

Visto que a aplicação de princípios válidos - caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (Silva, 2011, p. 117-118)

No entanto, diante do embate entre princípios, é importante discutir a extensão do pluralismo jurídico e até onde ele pode ser sustentado sem comprometer a coesão do sistema jurídico nacional. Moraes (2017) critica o determinismo cultural, sublinhando que o comportamento individual não pode ser inteiramente determinado pelos valores de uma cultura a ponto de eximir a pessoa de responsabilidade por suas ações. Ele afirma:

Existe outra objeção importante ao pluralismo jurídico como decorrência do multiculturalismo, radicada na falibilidade do determinismo cultural. Com efeito, essa vertente induz que os valores e crenças de uma cultura determinam o comportamento de seus integrantes, de tal forma que não poderiam ser responsabilizados nem sancionados por ações correspondentes a esses valores. Porém, esse argumento de determinismo cultural sucumbiria

frente à autonomia e à liberdade individual, capazes de transcender os marcos culturais e adaptar-se a novos. (Moraes, 2017, p. 66)

Desse modo, Moraes propõe avaliar o grau de compulsoriedade ou vinculação de um modelo de comportamento cultural a que o indivíduo pode ser submetido, especialmente considerando a assimilação de valores culturais do local onde reside, ainda que essa adesão se dê por motivos de subsistência ou trabalho. Essa avaliação deve levar em conta a capacidade efetiva de o indivíduo resistir a tal modelo cultural, analisando-se, sob o prisma jurídico, os padrões de razoabilidade e proporcionalidade aplicáveis aos direitos e liberdades fundamentais garantidos constitucionalmente.

Quanto à esfera penal, o pluralismo jurídico necessita de limites muito claros, pois o Direito Penal brasileiro, com sua tendência centralizadora, busca uniformidade nas suas normas, como destaca Moraes (2017, p. 65):

O Direito Penal, nessa visão típica do centralismo jurídico em que radica nossa tradição, é um conjunto de normas que aspira à uniformidade. Não há um mal em si, expresso no crime, mas um mal proibido, expresso na norma. Admitirem-se delitos culturalmente motivados implicaria desequilibrar a certeza sobre a própria eficácia jurídica do ordenamento, criando-se um direito de exceção para estrangeiros ou minorias fora das compreensões excepcionadas pelas próprias referências legais e constitucionais.

Portanto, ao confrontar o pluralismo cultural com os limites da legalidade, é fundamental que o Estado brasileiro atue com cautela. A solução de conflitos entre normas culturais indígenas e as normas penais não pode ser simplista, tampouco autoritária. Ela requer um sopesamento detalhado, que considere tanto a proteção dos direitos culturais quanto a proteção de direitos fundamentais, como a vida e a dignidade humana.

4 ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL

Antes da ascensão da Constituição Federal de 1988, as demandas dos povos indígenas eram tuteladas pela FUNAI, e os indígenas eram frequentemente tidos como primitivos e, até mesmo, como indivíduos sem desenvolvimento mental completo. Levando em consideração os princípios que os regiam anteriormente, mesmo que um indígena praticasse algum ato tipificado pelo sistema penal brasileiro, ele era geralmente tratado como inimputável, ou seja,

incapaz de distinguir o caráter ilícito de sua conduta. No entanto, conforme já expressamente debatido, o decaimento da tutela ascendeu a responsabilidade individual dos indígenas.

A responsabilidade jurídico-penal é conceituada por Estefam (2023) como a obrigação de determinado agente, ou seja, aquele que pratica um ato, em sujeitar-se às consequências da infração penal cometida. Esclarece, ainda, a situação dos inimputáveis: embora sejam considerados incapazes de responder penalmente da maneira tradicional, isso não os isenta de responsabilidade, uma vez que estão sujeitos às sanções impostas por medidas de segurança.

Além disso, o Direito Penal atua como a medida final de proteção social, com vista a salvaguardar os bens jurídicos considerados mais importantes quando outras formas existentes de proteção não foram suficientes para isso. Como dito por Junqueira e Vanzolini (2023, p. 44), “bem jurídico transcende ao sistema, ou seja, está fora do sistema, ele pertence à vida e não ao direito e recebe o qualificativo de “jurídico” justamente porque sua magnitude recomenda que seja protegido pelo direito”. Assim, a sua atuação é a última medida frente às violências, não a quaisquer bens jurídicos, mas aos que precisam ser protegidos para garantir a convivência em sociedade sem que se torne uma barbárie e, por isso, merecem a tutela do Estado.

Assim, é fundamental compreender o Direito Penal como um conjunto de elementos, dentre os quais para formar um crime são necessários três: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Sendo o fato típico o primeiro dos elementos estruturais do delito, entende-se a tipicidade como a relação de correspondência entre um fato concreto e um tipo penal descrito na lei de forma abstrata, assim como o dano ou risco de dano ao bem jurídico protegido pela norma. Em síntese, essa ideia envolve ajustar um fato real à descrição legal prevista. (Estefam, 2023, p. 558)

Ainda acerca da tipicidade, Zaffaroni criou o conceito de tipicidade conglobante, cuja atuação é uma espécie de filtro que impede a aplicação da lei penal a condutas que, embora formalmente típicas, não se enquadram na proibição da norma analisada em consonância com todo o ordenamento jurídico. O conceito parte do princípio de que a ordem normativa não pode ser contraditória, ou seja, uma norma não pode proibir o que outra ordena ou fomenta. Conforme segue:

(...) apesar da tipicidade legal, configura-se uma atipicidade conglobante, ocorrem quando uma norma ordena o que outra parece proibir (cumprimento de dever jurídico), quando uma norma parece proibir o que outra fomenta, quando uma norma parece proibir o que outra norma exclui do âmbito de proibição, por estar fora da ingerência do Estado, e quando uma norma

parece proibir condutas cuja realização garantem outras normas, proibindo as condutas que a perturbam. (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 479)

A tipicidade conglobante, portanto, exige a análise da conduta em relação a todas as normas jurídicas para verificar se ela é realmente antinormativa, impedindo a criminalização de condutas socialmente aceitas e até mesmo incentivadas pelo Direito, assegurando que a aplicação da lei penal seja coesa e justa.

Nesse sentido, ao analisar todos os aspectos abordados até então, tal conceito se adequa perfeitamente com a discussão que permeia a colisão da norma constitucional com o direito internacional e o direito penal com relação aos atos ilícitos praticados por indígenas. Enquanto a norma constitucional protege e incentiva a preservação cultural, a norma penal, entretanto, restringe essa liberdade cultural por meio da tipicidade de certas condutas. Então, com base no conceito proposto por Zaffaroni, a simples adequação da conduta de um indígena à descrição literal de um tipo penal pode não ser suficiente para configurar crime. Faz-se, portanto, necessária a verificação da antinormatividade da conduta, mesmo sendo típica, levando em consideração a especificidade da cultura indígena.

De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer outro cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com a imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica - biologista e racista - já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes. Nada tem de diferente do discurso de justificação, que produziu frequentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada nos mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou, no seu gabinete de elocubração, uma “mentalidade primitiva”, que foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas. (Pierangeli; Zaffaroni, 2011, p. 559)

A respeito disso, Estefam (2020, p. 556) afirma que tais circunstâncias em relação à contrariedade de normas tornariam o fato lícito, em razão de uma causa de exclusão de ilicitude, qual seja, exercício regular de um direito ou estrito cumprimento do dever legal. Assim, o fato não seria considerado ilícito, pois estaria amparado por uma justificativa legal que legitima a conduta.

No entanto, para Godoy (2017), existem direitos mínimos inerentes à condição humana que não podem ser postos de lado quando em colisão ao direito à cultura, como a

vida, a integridade corporal, a livre sexualidade. Desse modo, o atrito entre normas não é suficiente para simplesmente afastar a tipicidade quando se trata de bens jurídicos de alta relevância e que devem ser protegidos pelo Direito. A esse respeito, a autora observa que:

É claro que o direito à cultura é um direito de todos – minorias ou não – de exercerem livremente suas manifestações e práticas culturais. Entretanto, é preciso atentar para o fato de que essas manifestações não podem colocar em causa outros direitos igualmente valiosos (do agente ou de outrem). Aceitar ou incentivar, sem qualquer questionamento, costumes ou tradições que envolvam atos considerados pela lei penal como crime seria alargar de forma abusiva e inconstitucional esse direito. (Godoy, 2017, p. 69)

Nesse sentido, a antijuridicidade diz respeito à contrariedade de determinada ação (ou omissão) com relação ao Direito e à conformidade desse ato com as características descritas na lei penal. A culpabilidade é a etapa subsequente a essas constatações, direcionando-se ao juízo de reprovabilidade da ação praticada pelo agente e, assim, funcionando precipuamente para fundamentar a existência de uma punição e garantir limitações para a punição estatal, conforme afirmado por Bittencourt:

Com efeito, um conceito dogmático como o de culpabilidade requer, segundo a delicada função que vai realizar - fundamentar a punição estatal -, uma justificativa mais clara possível do porquê e para quê da pena. Tradicionalmente, a culpabilidade é entendida como um juízo individualizado de atribuição de responsabilidade penal, e representa uma garantia para o infrator frente aos possíveis excessos do poder punitivo estatal. Essa compreensão provém do princípio de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*). (Bittencourt, 2013, p. 151)

Para o estabelecimento da culpabilidade, contudo, é preciso que estejam presentes concomitantemente, sob pena de inaplicabilidade da sanção penal, os seguintes requisitos: a) capacidade de culpabilidade; b) consciência da ilicitude; e c) exigibilidade de conduta conforme a norma.

Segundo Bittencourt (2013), os elementos que compõem a culpabilidade coadunam na capacidade de *compreender o injusto e a determinação de vontade conforme essa compreensão*, ou seja, o indivíduo compreende que o seu ato se afasta do correto estabelecido pela norma e, sabendo que pode agir em conformidade com ela, ainda assim, decide praticá-lo. Então, o autor possui conhecimento das circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude e que deveria obedecer ao Direito, mesmo assim opta por não fazê-lo. No entanto, afirma que “o conhecimento do injusto, por si só, não é fundamento suficiente para reprovar a resolução

de vontade. Isto somente poderá ocorrer quando o autor, numa situação concreta, puder adotar sua decisão de acordo com esse conhecimento”. (Bittencourt, 2013, p. 212)

Existem circunstâncias capazes de afastar a culpabilidade, gerando erro (falsa noção da realidade) por parte do agente, em decorrência do desconhecimento total da ilicitude de sua conduta. A esse equívoco sobre a realidade que recai sobre a ilicitude do comportamento do agente, dá-se o nome de *erro de proibição*, cuja culpabilidade é afastada, ao passo que o dolo permanece incólume.

Tendo em vista que cabe a todo cidadão conhecer das normas, não se pode alegar o desconhecimento da lei penal para se isentar da responsabilidade por seus atos, conforme o art. 21 do Código Penal:

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 do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Assim, as circunstâncias são analisadas a fim de concluir se o desconhecimento provém da inobservância (desatenção) das regras que regem a sociedade ou se havia a real impossibilidade de conhecê-las.

Diante disso, o erro de proibição, a depender das circunstâncias, é um caminho possível para afastar o elemento da culpabilidade na composição do crime quando se trata de crimes culturalmente motivados pela cultura indígena, visto que a imersão cultural à sua comunidade pode tornar a lei penal distante do conhecimento do indivíduo, que age dotado de dolo, mas desconhece o caráter ilícito da sua ação.

Não basta, no entanto, afirmar o desconhecimento. Nesse caso, o fator cultural é crucial para obter tal constatação de que se trata, de fato, de erro quanto à ilicitude e, para isso, Godoy afirma que é necessário todo um estudo do grau de integração do indivíduo à sua comunidade e alheio à norma penal:

Trata-se de um trabalho árduo, que requer a reconstituição, no caso em concreto, da real influência do fator cultural sobre o agente quando do cometimento do delito. O argumento cultural, para que possa excluir ou atenuar a culpa, dependerá, portanto, de perícias efetuadas por antropólogos, psicólogos sociais e especialistas em psiquiatria transcultural - que conheçam com profundidade a forma de vida e a cultura de origem desse agente. (Godoy, 2017, p. 87)

Por outro lado, existe a possibilidade de o erro recair sobre o elemento essencial do tipo, o que caracteriza o *erro de tipo*. Segundo Bitencourt (2013, p. 276), trata-se, portanto, da “ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal”. Sob essa perspectiva, Portella conclui que o afastamento do crime quanto às práticas de homicídio infantil realizado em determinadas culturas indígenas se dá em razão do erro de tipo culturalmente motivado, pois o art. 121 do Código Penal institui o homicídio como “matar alguém”. Assim, o erro recai sobre o elemento “alguém”, tendo em vista que os homicídios são realizados justamente por não considerarem determinadas características como inerentes aos seres humanos, conforme afirma:

Não sendo, na cosmologia ameríndia, “pessoa de verdade”, não há sujeito passivo, inexistente “alguém” no imaginário dos povos originários, estando o índio em erro de tipo essencial inevitável o que leva, por via de consequência, a exclusão de seu dolo e, conseqüentemente, da própria tipicidade da conduta, sendo este um fato atípico, não podendo, destarte, haver nenhuma responsabilização penal (Portella, 2020, p. 93)

Sustenta, ainda, que tais atos também são justificados pelo erro de proibição inevitável, visto que não se pode esperar de um indígena em estado de completa imersão cultural a compreensão da ilicitude de sua ação, “pois não é possível a internalização da norma jurídica de uma cultura majoritária por indivíduos que desde o seu nascimento se encontram inseridos numa cultura minoritária, devendo a culpabilidade do índio ser por isso excluída.” (Portella, 2020, p. 84)

Sob esse mesmo argumento utilizado por Portella, compreende-se que exigir desse indivíduo uma conduta diversa do que está habituado é questionável. Isso acontece em razão de, caso viva em completa imersão cultural, desconhecer outras formas de comportamento consideradas normativas pela sociedade dominante. Assim, não é possível desconsiderar tal elemento da culpabilidade para justificar atos de pessoas que pertençam a um grupo isolado e que contém uma forma distinta de comportar-se quando comparado com a sociedade que detém o poder de julgar e estabeleceu o Direito tal como é.

Infere-se, portanto, que, dentre os elementos constitutivos do crime, a culpabilidade se apresenta como o aspecto mais adequado para tratar as questões aqui levantadas sobre o conflito entre normas e os atos ilícitos praticados por indígenas. Tal análise deve levar em consideração o elemento cultural e a realidade social específica do agente, promovendo um exame que transcenda a aplicação automática da lei penal e que observe o contexto antropológico.

Nesse sentido, cabe destacar jurisprudências, como a decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Paraná, que ilustra a aplicação dos conceitos discutidos ao longo deste capítulo, especialmente no que diz respeito à culpabilidade e ao erro de proibição inevitável:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, NA FORMA DO ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - ACOLHIMENTO - DESCONHECIMENTO DA ILICITUDE Do fato - ERRO DE PROIBIÇÃO INEVITÁVEL CARACTERIZADO - **direito aos usos e costumes da comunidade indígena reconhecido no art. 231 da constituição federal - conduta reproduzida por gerações dentro do âmbito cultural - contexto corroborado pela elaboração do laudo pericial antropológico - ISENÇÃO DA PENA POR EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE do agente - absolvição como medida que se impõe, com fulcro no ART. 21 CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E NO art. 386, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELA ATUAÇÃO EM SEGUNDO GRAU EM CONFORMIDADE COM O ART. 85, §§ 2º E 11 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 16/03/2015 E A RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 15/2019 DA PGE/SEFA - **recurso conhecido e provido, com fixação de honorários advocatícios.****

(TJPR - 3ª Câmara Criminal - 0004492-95.2018.8.16.0159 - São Miguel do Iguaçu - Rel.: JUÍZA DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU ANGELA REGINA RAMINA DE LUCCA - J. **06.07.2020**) (grifo nosso)

O agente foi condenado pelo crime de estupro de vulnerável, mas em sede de apelação foi requerida sua absolvição. Para excluir a culpabilidade, a tese utilizada pela defesa foi pautada no erro de proibição inevitável. A 3ª Câmara Criminal analisou a conduta do agente à luz de sua inserção cultural, a partir de laudo antropológico que confirmou a característica cultural de seu ato.

Para minimizar as consequências negativas de aplicação da norma em descompasso com o pluralismo jurídico, destacam-se avanços significativos para o tratamento de casos concretos envolvendo indígenas na Justiça brasileira, como os estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019, e da Resolução nº 454, de 22 de abril de 2022. A primeira dispõe sobre os procedimentos voltados ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, condenadas ou privadas de liberdade, dando diretrizes, assegurando seus direitos no âmbito criminal. A segunda estabelece métodos para garantir o direito de acesso ao sistema de Justiça por povos indígenas, consolidando diretrizes que buscam equidade no tratamento jurisdicional.

Essas resoluções representam marcos importantes no reconhecimento do pluralismo cultural brasileiro, reforçando o compromisso com a proteção da diversidade cultural, abordando a necessidade de um tratamento processual que considere a organização social, os costumes e as línguas dos povos originários. Com isso, supera-se a aplicação estritamente formal da lei penal, reconhecendo a importância de considerar as particularidades culturais de comunidades indígenas. Entre as medidas, destacam-se o uso de intérpretes e a realização de perícias antropológicas, elementos essenciais para a promoção de uma justiça inclusiva e contextualizada.

A Resolução nº 287/2019, por exemplo, estabelece no artigo 5º a presença de intérprete em todas as etapas processuais em que um indígena figure como parte, caso a língua falada não seja o português, em caso de dificuldade de entendimento do idioma na norma padrão ou acerca das etapas do processo, ou mediante solicitação da FUNAI ou da própria parte interessada. Essa medida visa assegurar a plena compreensão e participação do indígena no processo judicial.

Quanto à perícia antropológica, o art. 6º prevê que a autoridade judicial poderá solicitá-la de ofício ou mediante requerimento da parte, a fim de formar um arcabouço probatório para a melhor avaliação dos fatos, e deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

Art. 6º Ao receber denúncia ou queixa em desfavor de pessoa indígena, a autoridade judicial 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 designado pelo juízo com conhecimento específico na temática.

Além disso, aborda questões como a responsabilização, a imposição de medidas cautelares diversas à prisão, as penas e os regimes de cumprimento, tomando por base nas decisões a dinâmica da comunidade a qual o indivíduo pertence, bem como a suas tradições.

Cumprе salientar o disposto no art. 14, §5º na Resolução nº 454/2022, que dispõe: “Recomenda-se que a admissibilidade do exame técnico-antropológico não seja fundamentada em supostos graus de integração de pessoas e comunidades à comunhão nacional”, reforçando a necessidade de superação da integração proposta pelo Estatuto do Índio, ampliando o grau de aceitação do laudo antropológico nos processos que envolvam indígenas.

Os elementos assegurados por essas resoluções são essenciais para uma interpretação justa, reconhecendo a realidade cultural indígena como fundamental para a avaliação precisa da imputabilidade e da culpabilidade. Assim, evita-se interpretações que possam criminalizar práticas indígenas por desconhecimento ou preconceito.

É válido observar algumas jurisprudências que abordam a temática ao longo do tempo. Vejamos os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. ÍNDIO. NULIDADE. COMPETÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE EXAME ANTROPOLÓGICO. NOMEAÇÃO DE UM SÓ DEFENSOR PARA OS DOIS RÉUS, COM DEFESAS COLIDENTES. IMPEDIMENTO DE ASSISTÊNCIA DA FUNAI. FALTA DE INTÉRPRETE NO INTERROGATÓRIO. PREVALÊNCIA DA DEFESA PRÉVIA FORMULADA PELO ADVOGADO INDICADO PELO PACIENTE ANTES, POR IMPLÍCITA REVOGAÇÃO DO MANDATO. INADMISSÃO DE DEFENSOR CONSTITUÍDO. Competência - Súmula 140 - Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima. **Havendo prova inequívoca de ser o índio completamente integrado na civilização, sendo eleitor, habilitado para dirigir veículo, operador em instituição financeira, pode o Juiz prescindir do laudo antropológico para aferir a imputabilidade penal.** Nomeação de um só defensor para os dois réus, com defesas colidentes - Conflito de defesa somente se configura em processo onde haja atribuição de um réu a outro da conduta criminosa que a um único pudesse ser imputada, de molde que a condenação de um importasse na absolvição do outro, ou quando o fato delituoso foi perpetrado de modo a que a culpa de um réu exclua a do outro, como sói acontecer quando age mediante coação irresistível, hipótese em que não se pode conferir a defesa dos réus a um só defensor, sob pena de nulidade. Sendo o paciente pessoa integrada na sociedade civilizada, não torna imprescindível a tutela da Funai. Só se faz necessária a presença de intérprete no interrogatório, se o acusado não falar ou não entender a nossa língua (art.193 do CPP), o que não ocorre no presente caso por tratar-se de índio alfabetizado, eleitor e integrado à nossa civilização, falando fluentemente a língua portuguesa. O paciente indicou o seu defensor em 29 de julho de 1992 - dia do seu interrogatório -, motivo pelo qual presume-se que o outro patrono antes indicado não detinha mais poderes para representar o ora paciente. Por outro lado, os advogados da

FUNAI também não tinham poderes conferidos pelo ora paciente para assisti-lo. Desse modo, só poderia prevalecer a defesa firmada pelo Dr. Edidácio Gomes Bandeira. Súmula 523, STF: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu." No presente caso este não restou demonstrado. Ordem denegada em relação ao paciente Benkaroty Kayapó e concedida, de ofício, à co-ré Irekran, visto que se encontrava, consoante o acórdão recorrido, em fase de aculturação.

(HC n. 9.403/PA, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/9/1999, DJ de **18/10/1999**, p. 242) (**grifo nosso**)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 129, CAPUT, E 146, § 3º, DO CP. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSUMAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIX CRIMINAL. SUBSISTÊNCIA DO INTERESSE RECURSAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INDÍGENAS. PERÍCIA ANTROPOLÓGICA OU SOCIOLÓGICA. INTEGRAÇÃO À SOCIEDADE CIVIL. AFERIÇÃO POR OUTROS ELEMENTOS. EXAME. DESNECESSIDADE. PROVAS. INSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ART. 56 DA LEI N. 6.001/1973. APLICAÇÃO. SILVÍCOLA INTEGRADO À SOCIEDADE. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPERAÇÃO. DISCUSSÃO. APLICABILIDADE. ART. 10, ITEM 2, DA CONVENÇÃO N. 169/OIT. ITEM 1 DO MESMO DISPOSITIVO. OBSERVÂNCIA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. Está extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, em relação aos crimes dos arts. 129, caput, e 146, § 3º, do Código Penal, pois, desde o último marco interruptivo, consistente na publicação da sentença condenatória, em 26/1/2007, transcorreram os lapsos suficientes para a sua consumação, que eram, respectivamente, de 2 e 4 anos. 2. Subsistência do interesse recursal tão só quanto ao delito do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal e apenas em relação aos recorrentes que foram por ele condenados (Valdecir Fernandes, João Eloir Fernandes, Jair Cardoso, Adilson Jorge Ferreira, Angelin Gandão e Valmor Venhira Mendes de Paula). 3. Inexiste ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal, uma vez que o acórdão recorrido apreciou, de forma fundamentada, as questões que lhe foram submetidas, não havendo omissão a ser sanada. 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.** 5. **O Tribunal de origem, fundamentado em elementos probatórios constantes dos autos, concluiu que os recorrentes tinham boa compreensão das regras da sociedade não indígena, inclusive sabendo ler e escrever e possuindo identificação civil.** 6. Hipótese em que não houve nulidade pela falta de realização do exame pericial antropológico ou sociológico. Além disso, para rever a conclusão do acórdão recorrido, seria necessária a revisão de provas, providência descabida em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. 7. No mesmo óbice sumular esbarra a análise da alegação de insuficiência de provas e de ausência de nexo de causalidade entre a conduta por eles praticada e a subtração de produtos da Cooperativa,

pois o julgado combatido, de forma fundamentada, entendeu, a partir do conjunto probatório, que estaria presente o nexo de causalidade entre a conduta dos recorrentes e as práticas delituosas. 8. A atenuante prevista no art. 56 da Lei n. 6.001/1973 tem sua aplicação limitada aos indígenas em fase de aculturação, não sendo cabível sua incidência a silvícolas adaptados à sociedade civil. Precedentes desta Corte. 9. Remanescendo tão só a condenação a 2 anos e 4 meses de reclusão, pelo crime do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, será possível o cumprimento da reprimenda em regime aberto, bem como a sua substituição por duas restritivas de direitos, pois atendidos os requisitos do art. 44 desse Estatuto. 10. Efetivada a substituição da pena privativa de liberdade, fica superada a discussão acerca da preferência de aplicação de pena diversa da privativa de liberdade, em atendimento ao disposto no art. 10 da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (item 2), devendo o item 1 do mesmo artigo ser observado pelo Juízo da Execução quando da especificação das penas restritivas de direitos. 11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. Habeas corpus concedido de ofício, para declarar extinta a punibilidade de todos os recorrentes em relação aos crimes tipificados nos arts. 129, caput, e 146, § 3º, do Código Penal, nos termos do art. 107, IV, c/c os arts. 109, V e VI, 110, § 1º, e 114, II, do Código Penal, e para, quanto a Valdecir Fernandes, João Eloir Fernandes, Jair Cardoso, Adilson Jorge Ferreira, Angelin Gandão e Valmor Venhira Mendes de Paula, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo da Execução, o qual deverá observar o art. 43 do referido Códex e o art. 10, item 1, da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, em relação à condenação pelo crime do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.

(REsp n. 1.129.637/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 25/2/2014, DJe de **10/3/2014**.) (grifo nosso)

É possível observar o intervalo de 15 anos entre a primeira jurisprudência citada e a última, ambas do STJ. Nesse ínterim, o mesmo argumento foi utilizado, demonstrando a dispensabilidade de exame antropológico diante de evidências claras de integração do indígena à sociedade civil.

Em relação à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Tocantins:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE. *CRIME* SUPOSTAMENTE COMETIDO POR *INDÍGENA*. PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA OU SOCIOLÓGICA E PARTICIPAÇÃO DA FUNAI. DESNECESSIDADE. INTEGRAÇÃO À SOCIEDADE CIVIL. AFERIÇÃO POR OUTROS ELEMENTOS. CONSELHO DE SENTENÇA COMPOSTO POR COMUNIDADE INDÍGENA. APLICAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS. COMPOSIÇÃO DO CORPO DE JURADOS DEVE ATENDER OS TERMOS DA NORMA. DECOTE DAS QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A Lei n. 6.001/73, em seu art. 7º, destaca que "Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão

nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei", de modo que, a ré não se enquadra ao caso. Isto porque, a ora recorrente/ré, há época do crime, já estava integrada ao convívio social fora da aldeia indígena, uma vez que escreve e fala a língua portuguesa; sabe ler e escrever; e é portadora dos documentos da vida civil (CPF e RG), consoante se comprova em seu Termo de Interrogatório 2. **A recorrente encontra-se totalmente integrada, aculturada, não se tratando de índia isolada, embora ainda residente na aldeia indígena, razão pela qual não é necessária a realização de laudo antropológico e a participação da FUNAI no processo. Outro não é o entendimento do STJ, quando deixa claro que "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 (...)"**. Os elementos probatórios constantes dos autos demonstram que a recorrente tinham boa compreensão das regras da sociedade não indígena, inclusive sabendo ler e escrever e possuindo identificação civil (STJ. REsp 1129637/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014). 3. Quanto à composição do Júri, a norma processual penal impõe que a ré deve ser julgada no distrito da culpa, sempre preservando a lisura do julgamento e a imparcialidade dos jurados, sob pena de haver desaforamento do julgamento para outra comarca ou até mesmo nulidade absoluta do certame. Dessa forma, deve ser observado que o Processo Penal prevê uma séria de requisitos para a composição do corpo de jurados, de modo a garantir a lisura e imparcialidade do julgamento, o que certamente não se alcançaria com Conselho de Sentença formado unicamente de pessoas de comunidades indígenas. Deve ainda ser observado que não existe a necessidade de se diferenciar o tratamento jurídico à ré, com o fim de ser julgada apenas por índios, haja vista que, como acima já analisado, a acusada, embora seja índia, encontra-se totalmente aculturada e habituada com o convívio em sociedade. 4. As qualificadoras só podem ser excluídas da pronúncia quando, de forma incontroversa, mostrarem-se absolutamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos - o que não se observa na hipótese em exame -, sob pena de se invadir a competência constitucional do Tribunal do Júri (STJ. AgRg no REsp 1845702/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 29/06/2020). 5. Recurso conhecido e não provido. (TJTO, Recurso em Sentido Estrito, 0013551-73.2020.8.27.2700, Rel. PEDRO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, julgado em 23/02/2021, juntado aos autos em **04/03/2021 20:07:08) (grifo nosso)**

O lapso temporal entre a primeira jurisprudência apontada e a prolatada pelo Tribunal de Justiça do Tocantins é de 22 anos. O que se pretende não é criticar a posição do magistrado, visto que apontou elementos probatórios corretamente, mas apontar o perigo em persistir em fundamentos antigos, muitas vezes desatualizados, e resistir em incorporar avanços teóricos e normativos mais recentes.

Apesar disso, não se trata de comportamento geral no tratamento de casos envolvendo indígenas, pois é possível inferir a existência de julgados com argumentações mais atualizadas, a exemplo da presente no Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÕES CRIMINAIS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AÇÃO PENAL PÚBLICA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR SUPOSTA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS. PALAVRA DA VÍTIMA REVESTIDA DE ESPECIAL RELEVÂNCIA PROBATÓRIA EM DECORRÊNCIA DA NATUREZA DO DELITO. PRECEDENTES. NARRATIVA DA OFENDIDA CORROBORADA EM JUÍZO PELAS ASSERTIVAS DE DIVERSAS PESSOAS, INCLUSIVE PSICÓLOGOS, OS QUAIS TROUXERAM AOS AUTOS RELATOS TOTALMENTE CONVERGENTES DANDO CONTA QUE OS ABUSOS SEXUAIS (SEXO ANAL, ORAL E CONJUNÇÃO CARNAL) EFETIVAMENTE ACONTECERAM. PROVA INEQUÍVOCA DE QUE O APELANTE PRATICOU AS CONDUTAS QUE LHE FORAM IMPUTADAS. TESES DA DEFESA ISOLADAS E DIVORCIADAS DOS DEMAIS ELEMENTOS COGNITIVOS QUE INSTRUEM OS AUTOS. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO INAPLICÁVEL ANTE A AUSÊNCIA DE DÚVIDA CAPAZ DE EIVAR A CONVICÇÃO DESTE COLEGIADO. SENTENÇA MANTIDA. DOSIMETRIA ESCORREITA. PLEITO GENÉRICO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA AO MÍNIMO LEGAL. **IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE DO RÉU, DAS CIRCUNSTÂNCIAS E DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO.** QUANTUM DE AUMENTO ADOTADO IDÔNEO. SOLICITAÇÃO DE EXTIRPAÇÃO DA AGRAVANTE DO ARTIGO 61, INCISO II, ALÍNEA 'F', DO CÓDIGO PENAL. INDEFERIDA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM COM A CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIA DE LUGAR QUE NÃO SE CONFUNDE COM O VÍNCULO FAMILIAR DO RÉU COM A VÍTIMA. DEVIDO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PRÁTICA DE INÚMEROS DELITOS DE MESMA NATUREZA, POR PROLONGADO LAPSO TEMPORAL. ESCORREITA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). PRETENSÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME ESPECIAL DE SEMILIBERDADE NA FORMA DA LEI 6.001/73 E DA CONVENÇÃO 169 DA OIT SOB RESPONSABILIDADE DA FUNAI. IMPOSSIBILIDADE. CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA ATENUANTE PREVISTA NO ARTIGO 56 DA LEI Nº 6001/1973 (ESTATUTO DO ÍNDIO). INVIABILIDADE. LAUDO ANTROPOLÓGICO, QUE EMBORA NÃO VINCULE O JUIZ, DEMONSTRA QUE O INDÍGENA NÃO SE ENCONTRA PLENAMENTE INTEGRADO À SOCIEDADE CIVIL. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.1. Nos crimes contra a dignidade sexual, em que geralmente não há testemunhas, e que muitas vezes não deixam vestígios, a palavra da vítima possui especial relevância, não podendo ser desconsiderada, notadamente se está em consonância com os demais elementos de prova produzidos nos autos, exatamente como na espécie.2. Embora a vítima tenha se mostrado resistente em falar dos fatos, tal não trouxe qualquer prejuízo à busca da verdade e à produção das demais provas constantes nos autos, pois a ofendida relatou os abusos (sexo anal, oral e conjunção carnal) que sofreu a diversas pessoas, inclusive psicólogos, os quais trouxeram aos autos relatos totalmente convergentes, de modo a corroborar a narrativa da vítima no sentido de que os abusos sexuais

efetivamente aconteceram.³ Os elementos probatórios que embasaram a deliberação monocrática são fortes e suficientes para produzir a certeza moral necessária para dar respaldo ao decreto condenatório imposto, não pairando dúvidas sobre a autoria e materialidade dos delitos sexuais descritos na denúncia.⁴ No tocante à pena, o douto Magistrado sentenciante valorou criteriosamente as circunstâncias judiciais, observando os parâmetros definidos nos artigos 59 a 68, ambos do Código Penal, justificando e fundamentando claramente cada uma das razões que a levaram a fixar a reprimenda no patamar que entendeu necessário e suficiente para prevenção e reprovação do crime.⁵ Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve ponderar as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do artigo 59 do Código Penal, das quais não deve se furtar de analisar individualmente. Deste modo, deve demonstrar pontualmente, em cada circunstância específica, o quantum a ser exasperado e os motivos que justificam a medida.⁶ “A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que se deve basear”. (STF, RHC 129951, PUBLIC 08-10-2015)⁷ **Embora o laudo antropológico, de fato, não vincule o Juízo, ele se mostra como o meio mais adequado para medir o real grau de integração do tribal, bem como sua consciência acerca da ilicitude, visto que se utiliza de metodologia complexa a fim de demonstrar as idiosincrasias de determinado grupo, no caso, os indígenas, de forma a entendê-los como tal. Portanto, uma vez que o apenado não se encontra plenamente integrado à sociedade civil, agiu corretamente a nobre Magistrada ao aplicar a atenuante prevista no artigo 56 da Lei nº 6001/1973 (Estatuto do Índio).**⁸ O fato de o agente possuir parentesco ou valer-se da autoridade sobre a vítima – como enseja o artigo 226, inciso II, do Código Penal – é fato distinto da agravante disposta no art. 61, inc. II, ‘f’, do Código Penal quando o delito for cometido com a prevalência das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade, não havendo que se falar em bis in idem.⁹ Resultou devidamente comprovado que o réu praticou os abusos sexuais com a vítima ao menos em três locais distintos e por diversas ocasiões. Assim sendo, a fixação da fração de exasperação em 2/3 (dois terços) encontra respaldo na jurisprudência, a qual tem entendido ser plenamente possível a adoção do patamar máximo nos casos em que há a certeza de que o crime ocorreu por diversas vezes, ainda que não seja possível identificar o número exato.¹⁰ “(...) Esta Corte Federal Superior registra já entendimento no sentido de que, por força mesmo do disposto no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, não se aplica o regime de semiliberdade estatuído pela Lei nº 6.001/73 ao indígena condenado por delito hediondo ou equiparado. Precedente. (...)” (STJ –6ª Turma, REsp nº555151/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.11.2004, unânime, conheceram parcialmente e deram provimento, DJ. 01.02.2005, p. 633)

(TJPR - 4ª Câmara Criminal - 0001335-51.2019.8.16.0007 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR CELSO JAIR MAINARDI - J. 15.08.2022) (grifo nosso)

O presente julgado ilustra abordagem mais alinhada com as diretrizes contemporâneas, demonstrando avanços quanto às especificidades culturais no âmbito do Direito Penal. A fim de compreender plenamente as circunstâncias do crime, o magistrado, por meio de estudo antropológico, reconheceu as particularidades culturais do indígena acusado sem reduzir sua identidade a elementos objetivos de integração, ao passo que não deixou de proteger um bem jurídico de alta relevância - a dignidade sexual da vítima.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou os desafios impostos pelo modelo uniforme do sistema penal brasileiro e seus reflexos frente à diversidade cultural, com especial atenção à cultura indígena. A pesquisa evidenciou que a formação jurídica do país, historicamente influenciada por valores eurocêntricos, muitas vezes não se adequa à realidade latinoamericana, resultando na marginalização de minorias étnicas. A análise percorreu a evolução das normas relacionadas aos direitos dos povos indígenas e a complexa relação entre o pluralismo cultural e a tutela de direitos humanos fundamentais.

O conceito de crimes culturalmente motivados, abordados ao longo do texto, revelou a clara colisão entre normas que garantem a reafirmação identitária dos povos indígenas e as normas penais, expondo a dificuldade em estabelecer um equilíbrio entre o respeito à autonomia cultural e a proteção de bens jurídicos relevantes. O exemplo emblemático disso é o infanticídio indígena, praticado por algumas etnias, que coloca em questão a universalidade dos direitos humanos e o relativismo cultural, o direito à vida e o direito de manter tradições.

Na busca por esse equilíbrio, foi necessário compreender todos os aspectos que permeiam a caracterização de um crime. Assim, constatou-se que existem mecanismos normativos que oferecem soluções mais adequadas para atos ilícitos baseados em tradições culturais. A análise de todos os elementos do crime nos casos que envolvem indígenas se faz essencial para compreender o que fomentou a sua ação.

A imersão cultural é fator determinante para enquadrar juridicamente o indígena, pois o desconhecimento da ilicitude de seu ato e a ausência de meios para atingir esse entendimento podem afastar a culpabilidade com base no erro de proibição, descaracterizando o crime. De modo semelhante, o erro de tipo também é aplicável, sobretudo nos casos de infanticídio, visto que o erro recai no elemento essencial do tipo penal do crime de homicídio,

ou seja, o elemento “alguém”, pois o aspecto cultural pode influenciar nas noções de “pessoa” ou “humano”, e não considerar que esteja praticando crime contra “alguém”, mas, sim, sobre “algo”.

Para que essas conclusões sejam aplicadas corretamente, a Justiça precisa reconhecer a diversidade cultural e compreender mais profundamente os aspectos que permeiam os atos ilícitos praticados por indígenas. Para isso, medidas precisam ser tomadas, como a formação dos magistrados para lidarem com especificidades culturais. Apesar dos avanços percebidos por meio da jurisprudência, ainda há muito a ser feito para que sejam tomadas decisões mais justas e menos preconceituosas, considerando o diálogo intercultural.

O enquadramento jurídico-penal de atos ilícitos praticados por indígenas exige uma abordagem complexa e sensível à pluralidade cultural brasileira. O ideal é buscar o equilíbrio, reconhecendo e respeitando a diversidade cultural indígena, sem comprometer a proteção de direitos fundamentais, utilizando ferramentas como a perícia antropológica e a aplicação de princípios como o erro de tipo e o erro de proibição, promovendo um diálogo intercultural. A jurisprudência demonstra avanços nesse sentido, mas ainda há desafios a serem superados para o julgamento mais adequado de casos envolvendo povos indígenas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Arlindo Corrêa de. **Tratamento penal do indígena sob uma perspectiva do multiculturalismo**: análise dos casos de estupro de vulnerável e neonaticídio. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Doutorado Interinstitucional - DINTER - UEA/UFMG. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/62773>> Acesso em: 25 abr.2024.

BITENCOURT, C. R. **Erro de tipo e erro de proibição**. 6. ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 05 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo72> Acesso em 20 de ago. 2024. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 20 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 25 out. 2024.

BRASIL. **Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm> Acesso em 20 ago. 2024.

CALÇADA, Luís Antonio Zanotta; HERINGER JÚNIOR, Bruno. Do multiculturalismo ao interculturalismo: fracasso ou aperfeiçoamento. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas**, v. 6, n. 2, p. 159-170, set. 2018. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3800>>. Acesso em 28 mai. 2024.

CAMACHO, Wilsimara Almeida Barreto. **“Infanticídio” indígena: o dilema da travessia**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017.

CARNEVALI, Raúl. **El multiculturalismo: um desafio para el derecho penal moderno**. Política Criminal. Santiago, Chile, n. 3, p. 1-28, 2007. Disponível em: <<https://dpenal.cl/wp-content/uploads/2021/04/Raul-Carnevali-2007-El-multiculturalismo.-un-desaf%C3%ADo-para-el-derecho-penal-moderno.-Pol%C3%ADtica-Criminal-N%C2%B03..pdf>> Acesso em 27 mai.2024.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n° 287, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre os procedimentos relativos às pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade. Diário da Justiça, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>>. Acesso em: 05 nov. 2024

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n° 454, de 22 de abril de 2022**. Estabelece diretrizes e procedimentos para efetivar a garantia do direito ao acesso ao Judiciário de pessoas e povos indígenas. Diário da Justiça, Brasília, DF, 2022. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4514>>. Acesso em: 05 nov. 2024

CONVENÇÃO N° 169 DA OIT. **Povos indígenas e tribais**. Governo Federal. Disponível em <<https://portal.antt.gov.br/conven%C3%A7ao-n-169-da-oit-povos-indigenas-e-tribais>> Acesso em 20 ago. 2024

ELGELMANN, Iris Pereira; WOLKMER, Maria de Fátima S. Crimes culturalmente motivados e o conflito entre o cultural defense e os direitos fundamentais das mulheres. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 7, n. 1, p. 120-140, jan/ jul. 2021.

ESTEFAM, A. **Direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

FEIJÓ, Julianne Holder da C.S. O direito penal e o índio: desafios históricos sob a nova perspectiva constitucional. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. Alagoas, v. 6, n. 1, p. 69-85, 2015. Disponível em: <<https://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/1827/1335>>. Acesso em: 23.05.2024

GODOY, Luísa Nami. **Os delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. Coimbra, 2017.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **O Brasil indígena**. [s. n.]: [(.), 2009. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf>. Acesso em 05 jun. 2024.

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: 15 jun. 2023.

JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Da coexistência à convivência com o outro: entre o multiculturalismo e a interculturalidade. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Brasília**, Ano XX, Nº 38, p. 67-81, jan./jun. 2012.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; LTDA, I. C. E. P.; LTDA, I. C. E. P.; CANOTILHO, J. J. G.; LEONCY, L. F.; STRECK, L. L. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. **Crimes culturalmente motivados: cultural defense nos casos de violência sexual contra a mulher**. 2017. 175f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AW6KWX/1/iennaco_a_tese.pdf> Acesso em 29 ago. 2024.

MULAS, Nieves Sanz. Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español). **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2014, núm. 16-11, p. 11:1-11:49. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-11.pdf>> Acesso em 17 jun. 2024.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**. São Paulo, v. 93, p. 201-232, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em 20 ago. 2024.

PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume I - Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PORTELLA, Alessandra Matos. **Homicídio infantil indígena: erro de tipo e consequências jurídico-penais**. Curitiba: Juruá, 2020. E-book.

SEGATO, R. L. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Mana: estudos de antropologia social**. Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, 207-236, 2006. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/250029719_Antropologia_e_direitos_humanos_Alteridade_e_etica_no_movimento_de_expansao_dos_direitos_universais> Acesso em 23 ago. 2024

SILVA, Virgilio Afonso da. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 673 p. Tradução de Robert Alexy.

VAN BROECK, Jeroen. Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences). **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**. 2001.