



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO PÚBLICO

ALESSANDRA MATOS PORTELLA

SOLUÇÕES PROPOSTAS PELO DIREITO PENAL PARA O
PROBLEMA DO HOMICÍDIO INFANTIL INDÍGENA NA
REGIÃO AMAZÔNICA

Salvador
2016

ALESSANDRA MATOS PORTELLA

**SOLUÇÕES PROPOSTAS PELO DIREITO PENAL PARA O
PROBLEMA DO HOMICÍDIO INFANTIL INDÍGENA NA
REGIÃO AMAZÔNICA**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial à obtenção de grau de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello.

Salvador
2016

ALESSANDRA MATOS PORTELLA

**SOLUÇÕES PROPOSTAS PELO DIREITO PENAL PARA O
PROBLEMA DO HOMICÍDIO INFANTIL INDÍGENA NA
REGIÃO AMAZÔNICA**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em
Direito pela Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora

Aprovada em ____/____/____

Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello
Orientador _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Yuri Carneiro Coelho
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Ordep José Trindade Serra
Doutor em Ciência Social pela Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Júlio César de Sá Rocha
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo presente chamado **Vida**, pela saúde, perfeição, discernimento, sabedoria, iluminação, proteção, chamamento, ensinamento, pela eterna presença e amparo.

Agradeço a **meus pais**, pelo amor incondicional, cuidado, preocupação, proteção, apoio, solicitude, educação, pela existência deles em minha vida.

Agradeço a minha princesa **Maria Luiza**, pelo seu amor, também incondicional, carinho, companheirismo, compreensão, alegria e presença em minha vida.

Agradeço a todos os meus **amigos**, que torcem verdadeiramente por mim, pelo meu crescimento profissional e, em especial, ao querido professor e amigo **Olympio Serra e Neilton da Silva** por me ajudarem na concretização deste trabalho dissertativo.

Agradeço ao professor **Doutor Júlio César de Sá Rocha** pela brilhante contribuição dada ao meu trabalho de pesquisa, notadamente no campo das ciências sociais.

Por fim, agradeço ao meu **orientador, Doutor Sebastian Borges de Albuquerque Mello**, pelo apoio dado, pelas sugestões, pela troca salutar de ideias, pelo indicar do caminho, pela compreensão.

Agora você já sabe que ninguém passa incólume
pela experiência de ver o mundo pelos olhos de um
índio. Você nunca mais vai ser a mesma pessoa
(DARCY RIBEIRO).

PORTELLA, Alessandra Matos. Soluções Propostas pelo Direito Penal para o Problema do Homicídio Infantil Indígena na Região Amazônica. 152f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

RESUMO

A presente tese de doutoramento apresenta como objeto central o homicídio infantil existente em algumas comunidades indígenas da sociedade amazônica. Esta atitude decerto causa repulsa a uma parte da comunidade nacional, uma vez que os “olhos dos não índios” não conseguem entender tal prática, rotulando-a muitas vezes como bárbara e desumana e fazendo com que seja demandada a intervenção do Estado brasileiro nesta seara. Inclusive, tem quem advogue a favor da responsabilização penal do índio que assim age, basta somente observar o Projeto de Lei nº 1057 que se encontra tramitando no Congresso Nacional desde 2007 e já aprovado na Câmara dos Deputados. Surge a partir desta reflexão o problema suscitado no presente trabalho monográfico: Deve o índio que comete o homicídio infantil no interior de sua comunidade ser responsabilizado penalmente pelo Estado brasileiro? Para responder tal indagação, buscou-se realizar uma pesquisa qualitativa exploratória de modo que fossem percorridos caminhos seguros e aptos a desvelar tal problema. Por ser um tema interdisciplinar, além das fontes bibliográficas na área do Direito, também foram pesquisadas fontes bibliográficas no campo da Antropologia, visando compreender com maior profundidade a cultura do índio, sua cosmologia e afastando qualquer sombra de superficialidade que pudesse pairar sobre a presente pesquisa. A relevância deste tema indubitavelmente é enorme, uma vez que se confronta direitos fundamentais da pessoa humana, quais sejam, vida e cultura, ambos salvaguardados no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, não podendo por esta razão serem abolidos, já que receberam tratamento de cláusula pétrea pela própria Carta Magna brasileira de 1988 em seu art. 60, § 4º. A hipótese aventada desde o princípio é que o índio não pode ser responsabilizado penalmente por tal ação por se encontrar imersa em sua cultura, não sendo tal prática considerada criminosa pelo seu povo, o que de fato foi confirmado no decorrer da presente pesquisa. Para os povos indígenas da Amazônia, o conceito de pessoa não coincide com o de humanidade, existindo, assim, “pessoas humanas” e “pessoas não humanas”, sendo estas últimas concebidas como uma fonte de perigo para a sua organização social, o que justifica a necessidade imperativa de eliminação. A humanidade é adquirida em processos complexos determinados pela natureza da interação social, em sentido amplo, incluindo a interação com pessoas não humanas como animais, plantas e objetos. O fato de uma mulher dar à luz a um filho não quer dizer que ele seja “humano”, uma vez que ela pode ter sido fecundada por espíritos, animais e pessoas não humanas, que visam a avançar os interesses de suas espécies em detrimento de seus competidores. Desse modo, se pode afirmar que a humanidade é uma qualidade que diz respeito apenas a um tipo de ser, à “pessoa de verdade”. Este acaba sendo o parâmetro que norteia as condutas dos ameríndios da Amazônia e que os leva a praticar o que a Comunidade Nacional representa como homicídio. À luz desta realidade cultural, defende-se nesta tese doutoral a exclusão da responsabilidade penal do índio pelo erro de tipo culturalmente condicionado.

Palavras-Chave: Homicídio Infantil. Comunidade Indígena. Não Responsabilização Penal. Erro de Tipo Culturalmente Condicionado.

PORTELLA, Alessandra Matos. Proposed Solutions by Criminal Law to the Problem of Indigenous Children's Murder in the Amazon Region. 152f. Thesis (PhD). Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2016

ABSTRACT

This doctoral thesis presents as central object the children's murder that exist in some indigenous communities in the Amazon society. This attitude certainly causes repulsion to a part of the national community, because the "eyes of the non-Indians" cannot understand this practice, labeling it often as barbaric and inhumane, and making necessary the intervention of the Brazilian state in this matter. Even have those who advocate in favor of the criminal responsibility of the Indian who acts like so, just only observe the Law Project No. 1057 that is in process in Congress since 2007 and already approved in the House of Representatives. From the reflection arises the issue raised in this monograph that is, should the Indians who commit child murder within their community be criminally liable by the Brazilian government? To answer the question we sought to carry out an exploratory qualitative research so that were traveled safe paths and able to unveil such a problem. Being an interdisciplinary subject, in addition to the bibliographic sources in the area of law, were also surveyed bibliographic sources in the field of anthropology to understand more deeply the Indigenous culture, their cosmology, ruling out any shadow of superficiality that could hang over the present research. The relevance of this topic is undoubtedly huge, since it confronts fundamental rights of the individual, namely, life and culture, both safeguarded in art. 5 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil and could not therefore be abolished, since it received treatment of entrenchment clause by the Brazilian Constitution of 1988 in its article. 60, § 4. The hypothesis suggested from the beginning is that the Indian cannot be criminally liable for such action because it is inherent to his culture, not being such a practice considered criminal for his people, which in fact was confirmed in the course of this research. For the indigenous people of the Amazon, the concept of person does not coincide with that of the humanity, existing, thus, "human beings" and "non-human persons"; the latter designed as a source of danger to its social organization, which justifies the imperative need of elimination. Humanity acquired in complex processes determined by the nature of social interaction in a broad sense, includes the interaction with non-human beings as animals, plants and objects. The fact that a woman gives birth to a child does not mean that it is "human", since she may has been impregnated by spirits, non-human animals and people that aim to advance the interests of their species in detriment of its competitors. Thus, one can state that humanity is a quality that relates to only one type of being, the "real person". This ends up to be the parameter that guides the conduct of Amerindians of the Amazon and that leads them to practice what the National Community represents as a homicide. In light of this cultural reality, it is argued in this doctoral thesis the exclusion of criminal liability of the Indian culturally conditioned by type of error.

Keywords: Child Murder. Indigenous Community. No Criminal Liability. Culturally Conditioned Error Type.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A INFLUÊNCIA DO MULTICULTURALISMO PARA A (RE) CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA	14
2.1 A RECONSTRUÇÃO DA CIDADANIA A PARTIR DO ESTADO LIBERAL.....	16
2.2 A RECONSTRUÇÃO DA CIDADANIA A PARTIR DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....	22
2.3 A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA CIDADANIA INDÍGENA FRENTE AO ESTADO MULTINACIONAL BRASILEIRO.....	27
2.4 A NECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DE UMA JUSTIÇA ESPECIALIZADA PARA OS POVOS INDÍGENAS.....	31
3 O PLURALISMO JURÍDICO E O SEU IMPACTO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO	36
3.1 PLURALISMO JURÍDICO INTRAESTATAL.....	39
3.1.1 O CASO PASÁRGADA.....	40
3.1.2 O CASO BASÍLIO.....	43
3.2 PLURALISMO JURÍDICO EXTRAESTATAL.....	45
3.3 O DIREITO PENAL REPENSADO A PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO...	49
4 O PROBLEMA DO HOMICÍDIO INFANTIL NAS COMUNIDADES INDÍGENAS	55
4.1 A DEFINIÇÃO DE PESSOA HUMANA NA COSMOLOGIA AMERÍNDIA.....	58
4.2 “SER ÍNDIO”: UM CRITÉRIO DE AUTOIDENTIFICAÇÃO ÉTNICA.....	62
4.3 O TRATAMENTO JURÍDICO DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	65
4.4 O TRATAMENTO JURÍDICO DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO LATINO AMERICANO.....	70
4.5 O TRATAMENTO JURÍDICO DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO INTERNACIONAL.....	72
4.6 O PROBLEMA DO RECONHECIMENTO DO SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA FRENTE AO MONISMO JURÍDICO OCIDENTAL.....	76

4.7 O PROJETO DE LEI 1057/2007 E O DESRESPEITO AOS POVOS INDÍGENAS AMAZÔNICOS.....	82
4.8 SOLUÇÕES PROPOSTAS PARA O PROBLEMA DO HOMICÍDIO INFANTIL NAS COMUNIDADES INDÍGENAS.....	89
4.8.1 A ÉTICA DISCURSIVA DE HABERMAS E APEL.....	89
4.8.2 A HERMENÊUTICA DIATÓPICA DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.....	93
4.8.3 A IMPULSÃO ÉTICA DELINEADA POR RITA SEGADO.....	95
5 O PROBLEMA DO HOMICÍDIO INFANTIL INDÍGENA E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIS.....	100
5.1 TESES PELA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL.....	101
5.1.1 REQUISITOS DOGMÁTICO-PENAIIS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO ÍNDIO.....	104
5.2 TESES PELA IRRESPONSABILIZAÇÃO PENAL.....	110
5.2.1 Exclusão da culpabilidade pelo erro de proibição inevitável.....	112
5.2.1.1 <i>Culpabilidade enquanto fundamento da pena: breve digressão histórica.....</i>	112
5.2.1.2 Erro de proibição enquanto excludente de culpabilidade.....	122
5.2.2 Exclusão da antijuridicidade pelo estado de necessidade putativo.....	128
5.2.3 Exclusão da antijuridicidade por exercício regular de direito.....	131
5.2.4 Exclusão da tipicidade pelo erro de tipo culturalmente condicionado.....	132
6 CONCLUSÃO.....	140
REFERÊNCIAS.....	144
ANEXO A – PROJETO DE LEI Nº 1057/2007	
ANEXO B - LEI Nº 6.001 DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973	
ANEXO C – PROJETO DE LEI Nº 2057/1991	
ANEXO D – DECRETO Nº 5.051 DE 19 DE ABRIL DE 2004	
ANEXO E – DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS	

1 INTRODUÇÃO

A tese de doutorado apresentada tem como objeto de estudo o homicídio infantil praticado em algumas comunidades indígenas situadas na Região Amazônica, trazendo o seguinte problema central: o índio que pratica o homicídio infantil indígena no interior de sua comunidade deve ser responsabilizado penalmente?

Para responder tal indagação foi realizada uma pesquisa de natureza qualitativa, na abordagem de revisão de literatura nos moldes do levantamento do estado da arte, tendo sido realizadas leituras em livros, dissertações, periódicos e artigos na área do Direito e das Ciências Sociais (Antropologia e Sociologia), para que se pudesse formar uma posição avalizada a respeito do tema investigado.

Importantes referenciais teóricos foram utilizados, tanto no campo do Direito, nas áreas do Direito Penal e de Direitos Humanos, quanto das Ciências Sociais, nas áreas de Antropologia e Sociologia.

A título de exemplo podem ser citados no campo do Direito: Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée (1999); Carnevali Rodríguez (2007); Donna (2012); Frank (2004); Liszt (2003); Pérez Manzano (1990); Piovesan (2006); Barreto (2011); Dotti (2012); Losano (2007); Pontes (2012); Sanz Mulas (2014); Villares (2012); Welzel (2004); Zaffaroni e Pierangeli (2015), dentre outros.

No campo das Ciências Sociais destacam-se: Barbosa (2001); Cardoso de Oliveira; Geertz (1999); Malinowski (2015); Nader (2013); Panikkar (2004); Rabben (2004); Santos (1988); Semprini (1999); Villares (2012); dentre outros.

Destaca-se que no meio acadêmico foram localizados outros trabalhos voltados para a prática cultural do homicídio infantil indígena, erroneamente denominado de infanticídio indígena, contudo, nenhum deles com o viés da responsabilização penal do índio, de onde sobressai o ineditismo da tese doutoral.

Há no ordenamento jurídico brasileiro uma lacuna normativa a este respeito, levantando-se teses a favor e contra a responsabilização penal do índio, dependendo do viés teórico que se adote acerca do monismo e do pluralismo jurídico, sendo estas perspectivas teóricas de suma importância para responder o problema de pesquisa aventado.

Pode-se afirmar, inicialmente, que o viés do monismo jurídico leva à defesa pela intervenção estatal; enquanto o pluralismo jurídico conduz à sua antítese, qual seja, a não ingerência do Estado brasileiro no ordenamento político-jurídico das sociedades indígenas em respeito à sua autonomia.

A defesa da intervenção do Estado pelo viés do monismo jurídico, entretanto, não conduz necessariamente à responsabilização penal do índio, uma vez que o próprio Direito Penal estatal traz em sua construção teórico-dogmática excludentes de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, aptas a não responsabilizar penalmente o índio que age impelido pela sua prática cultural.

O pluralismo jurídico, por outro lado, conduz inexoravelmente à tese da não responsabilização penal do índio, na medida em que defende a legitimidade de sistemas normativos independentes do Direito nacional, sendo plúrimas as ordens jurídicas que convivem concomitantemente no mesmo espaço geopolítico estatal.

Por este prisma, a autonomia político-jurídico das sociedades indígenas seria reconhecida plenamente, o seu sistema normativo de regras e valores seria tão eficaz e legítimo quanto do Direito estatal. Consequentemente, não haveria nenhuma ingerência por parte da “comunidade nacional” nas decisões tomadas pelas sociedades indígenas, sendo ilegítimo invocar o Direito Penal ou outro ramo do Direito para solucionar conflitos no interior de sua organização social.

O pluralismo jurídico se tornou um tema muito recorrente na contemporaneidade graças ao advento do multiculturalismo surgido nas duas últimas décadas do século passado. Este momento histórico foi marcado por apelos de grupos minoritários em diversos segmentos - mulheres, gays, lésbicas, negros, pacifistas, etc.- que, mobilizados, reivindicaram direitos inerentes à sua categoria.

Esse episódio levou a um compromisso do Estado nacional com uma gestão multicultural, fomentando uma política de identidade comprometida em promover direitos desses grupos minoritários, reconhecendo suas diferenças e peculiaridades, tendo em vista se efetivar o princípio da igualdade e da justiça proposto pelo projeto da Modernidade.

Neste diapasão, a cidadania foi reconstruída, sendo o cidadão contemporâneo não mais um sujeito abstrato, indeterminado e igualado pela lei positiva, como o fora na Modernidade, mas situado num plano concreto e determinado, possuidor de direitos especiais ligados aos seus grupos culturais específicos.

No bojo dessas profundas transformações político-sociais, o índio foi alçado à condição de cidadão, sendo reconhecida a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições pelo Estado brasileiro, consoante preconizado no art. 231 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Este novo cenário tornou inconcebível a defesa do paradigma integracionista presente no art. 4º do Estatuto do Índio- Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973-, que considera a cultura indígena inferior à cultura da sociedade nacional, defendendo uma perspectiva assimilacionista do índio à “sociedade civilizada”.

Em razão disso, defende-se a não receptividade da Lei nº 6.001/73 pela “Constituição Cidadã” de 1988 que impõe o respeito à diferença e à valorização da cultura do índio, de modo que ambas as culturas possam conviver pacificamente no mesmo espaço territorial.

Por ser anacrônico o Estatuto do Índio, se encontra tramitando há 24 anos no Congresso Nacional o Projeto de Lei 2.057 de 1991, conhecido como Estatuto das Sociedades Indígenas, o qual impõe o paradigma interacionista em detrimento do integracionista, em consonância com a previsão da Carta Magna brasileira.

Apesar da previsão constitucional do reconhecimento das crenças e tradições indígenas, foi elaborado pelo Deputado Federal Henrique Afonso do PT do Acre, o Projeto de Lei 1057 de 11 de maio de 2007, criminalizando as práticas tradicionais de algumas comunidades indígenas situadas na região norte do Brasil, colocando o índio em permanente condição de réu frente o Estado brasileiro.

Tal Projeto de Lei, inspirado numa visão universalista dos direitos humanos de cunho etnocentrista, além de afrontar o art. 231 da Constituição brasileira de 1988, também viola os arts. 8º e 9º da Convenção 169 da OIT - Organização Internacional do Trabalho da qual o Brasil é signatário, devendo ser rechaçado veementemente.

A Convenção 169 da OIT, regulamentada pelo Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004, impõe ao Estado nacional o respeito ao direito consuetudinário dos povos indígenas, não podendo as autoridades e os tribunais em questões penais deixar de levar em conta os costumes dos povos indígenas.

Para as sociedades indígenas que se encontram localizadas na Região Amazônica, a “pessoa humana” é construída por meio de processos de interações sociais complexos, dadas em contextos variados, não sendo suficiente o nascimento

de um ser humano advindo de uma mãe como na visão ocidental, não havendo relação de interdependência entre a pessoa e a humanidade.

Por isso, para estas sociedades podem existir “pessoas humanas” da mesma forma que “pessoas não humanas”, sendo estas últimas abatidas para a preservação de sua organização social, uma vez que representam uma fonte de perigo para os seus povos.

Os motivos da existência das “pessoas não humanas” são diversificados a depender da comunidade indígena em questão, podendo ocorrer em contextos de incestos, adultério, fecundação por animais ou espíritos, nascidas com deformidade física ou mental, gêmeas, dentre outras possibilidades ligadas à cosmologia ameríndia.

O fato é que esta compreensão é o âmago da tese da não responsabilização penal do índio defendida neste trabalho de doutorado, sendo apresentadas no último capítulo algumas soluções propostas pelo Direito Penal a partir deste paradigma, optando a doutoranda pela defesa da exclusão da responsabilidade penal pelo erro de tipo culturalmente condicionado, haja vista a ausência de representação da realidade por parte do índio que possui tal prática cultural no tocante à elementar do tipo “alguém”, já que apenas vidas de “pessoas não humanas” não ceifadas.

Ressalte-se que as soluções propostas pelo Direito Penal em defesa da não responsabilização penal do índio se dão pelo viés do monismo jurídico em razão de ser esta a postura adotada pelo Estado brasileiro, não reconhecendo em seu sistema legal a autonomia do sistema normativo das sociedades indígenas, ainda que lhe reconheça sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Diante do exposto, a tese de doutoramento se encontra dividida em cinco capítulos, sendo o primeiro a introdução ora apresentada; o segundo trata da influência do multiculturalismo para a reconstrução da cidadania e o seu impacto no Direito Penal; o terceiro aborda o pluralismo jurídico intra e extraextatal; o quarto delinea o homicídio infantil praticado em algumas comunidades indígenas brasileiras; o quinto e último esboça as implicações do homicídio infantil indígena no Direito Penal nos vieses da responsabilização penal e da não responsabilização penal para, enfim, expor as considerações finais.

2. A INFLUÊNCIA DO MULTICULTURALISMO PARA A (RE) CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA

Pensar em multiculturalismo requer necessariamente compreender o projeto da modernidade proposto pelo movimento iluminista uma vez que ele surge de sua derrocada, notadamente quanto aos aspectos filosóficos, políticos e sociais (SEMPRINI, 1999, p. 8-9).

O projeto da modernidade foi

construído a partir de um “universalismo” que era com frequência apenas um disfarce de uma monocultura sob os traços de um simulacro de humanidade incrivelmente branca e europeia; estruturado a partir de um espaço público “igualitário” que na verdade fechava as portas a numerosos grupos sociais; fundamentado sobre uma noção de indivíduo abstrata e redutora, submisso à experiência real da diversidade; enfrentando reivindicações de reconhecimento radicais; sofrendo tensões pelas pressões exercidas nos limites do espaço público; fragilizado enfim pelas mudanças ocorridas no coração mesmo deste espaço (SEMPRINI, 1999, p. 160).

Durante o século XVIII, especificamente após as revoluções americana (1776) e francesa (1789), surge como projeto da modernidade o Estado de Direito inserido no ideário liberal-burguês, tendo como premissas fundamentais “os princípios da soberania nacional, da independência dos poderes e da supremacia constitucional” (SOARES, 2010, p. 41).

O Estado de Direito marca definitivamente a ruptura com o sistema político predecessor calcado no absolutismo, atribuindo a legitimidade do poder legislativo ao Parlamento constituído por representantes do povo, o poder executivo restrito agora pelos ditames da lei e o judiciário imparcial a julgar e decidir sem influência política de modo que todo o Estado estivesse dessa forma submetido ao primado da legalidade.

A noção do Estado de Direito, portanto, encontra suas raízes na tradição jurídica ocidental, representando “o momento extremamente simbólico em que se deu o divórcio entre o Direito e a Política e brindando a humanidade com o milagre com um governo de leis e não de homens” (NADER, 2013, p. 18).

Nas palavras de Kelsen (2006, p. 315):

O Estado cumpre a sua missão histórica – ensina-se – criando o Direito, o “seu” Direito, a ordem jurídica objetiva, para depois se submeter ele próprio a ela, quer dizer: para se obrigar e se atribuir direitos através do seu próprio Direito. Assim, o Estado é, como entidade metajurídica, como uma espécie de poderoso macroânthropos ou organismo social, pressuposto do Direito e, ao mesmo tempo, sujeito jurídico que pressupõe o Direito porque lhe está submetido, é por ele obrigado e por ele recebe direitos. É a teoria da bilateralidade e autovinculação do Estado que, apesar das patentes contradições que repetidamente lhe são assacadas, se afirma contra todas as objeções com uma tenacidade sem exemplo.

Foi o Estado de Direito quem se comprometeu em salvaguardar os direitos humanos fundamentais para o ser humano, positivando-os nas Constituições modernas para garantir que o povo pudesse cobrá-los do Estado, constituído a partir do Direito, ou seja, da lei, por isso, “existe uma interdependência genética por quanto o primeiro não teria surgido sem a luta pelos direitos humanos e pelo seu reconhecimento nas primeiras declarações dos séculos XVII e XVIII” (PISÓN, 2001, p. 132).

Entretanto, a terminologia Estado de Direito mesmo quando usada com o sentido de ser um Estado submetido à lei é deveras controvertida por conta da ambiguidade e vagueza semântica que carrega. Possui diferentes acepções desde a sua criação, sendo utilizada em contextos e situações muito diferentes. Consoante aduz Pisón (2001, p. 135), “não quer dizer o mesmo quando se emprega um liberal clássico (F. Hayek), um liberal igualitário (J. Rawls) ou um defensor do socialismo democrático (E. Díaz)”.

O Estado de Direito, numa visão liberal clássica como a de Hayek, é um Estado em que as leis devem ser inspiradas numa concepção particular de liberalismo, defendendo a liberdade individual, entendida esta como uma liberdade negativa, devendo o Estado se abster de atuar na esfera de liberdade dos indivíduos (PÍSON, 2001, p. 135).

A postura absenteísta do Estado privilegia os direitos civis e políticos, os denominados direitos fundamentais, sendo esta construção, na realidade, a afirmação da primazia do direito frente aos abusos do poder despótico do Antigo Regime.

Contrário a este pensamento, na ótica de um liberal igualitário como Rawls, a ideia de liberdade se concretiza em seus princípios com a justiça, com a igualdade, implicando certas obrigações do Estado para atuar de modo a impedir os obstáculos que impedem igual liberdade (PÍSON, 2001, p. 136).

Num olhar de um defensor do socialismo democrático como Díaz, o Estado de Direito não é apenas um Estado que se encontra submetido às leis, a um sistema normativo, mas também e principalmente um Estado que respeite o homem, a pessoa humana e seus direitos fundamentais. Díaz cita quatro características fundamentais de um Estado de Direito: a) império da lei; b) divisão de poderes; c) legalidade da Administração e d) direitos e liberdades fundamentais (PÍSON, 2001, p. 137-138).

A diferença básica entre estes três modelos de Estado de Direito reside na classe de direitos fundamentais que se reconhece, garante e se propõe a materializar: o Estado liberal se identifica com os direitos da burguesia; o Estado liberal igualitário (ou social) com os direitos sociais e com a realização dos objetivos da justiça social e o Estado democrático com o sistema de representação no plano da participação e do controle do poder político, se propondo a resolver a crise do Estado social (PÍSON, 2001, p. 139).

Não há que se falar numa visão estanque e incomunicável entre esses três modelos de Estado de Direito, uma vez que há uma linha de continuidade entre eles, consoante adverte Píson (2001, p. 144), “o Estado social se concebe como uma fórmula que remedia os defeitos do Estado absentéista e, em particular, seu excessivo individualismo”.

Percebe-se, assim, que as diferentes concepções em torno do Estado de Direito foram formadas a partir de circunstâncias e situações políticas, econômicas e sociais de uma época. É a realidade socioeconômica que afeta a textura axiológica do Estado de Direito, que dá seus matizes, que corporificam a primazia de valores e de direitos fundamentais salvaguardados por este.

2.1 A RECONSTRUÇÃO DA CIDADANIA A PARTIR DO ESTADO LIBERAL

O conceito de cidadania, como é curial, foi cunhado pela Grécia antiga e por Roma, sendo a sua acepção semântica ligada à participação de algumas pessoas na vida política da *polis* o que, na ocasião, era restrito somente a uma determinada classe social.

O Estado de Direito, em sua acepção liberal, resignificou tal conceito de cidadania, pois universalizou o cidadão, construiu um conceito abstrato sobre ele de

modo que todas as pessoas foram igualadas perante a lei. Esta igualdade formal fez com que os cidadãos possuíssem, em tese, os mesmos direitos e as mesmas obrigações diante do Estado.

Essa pseudo igualdade do ideário burguês é denunciada por Marx, mostrando que o ser humano aparecendo como uma categoria abstrata leva à sua despolitização e não permite a real emancipação dos excluídos da classe dominante, já que se sentem parte de uma mesma comunidade (CAMARA; MEDEIROS, 2014, p. 5).

Essa novel concepção levou à homogeneização como premissa fundamental da Modernidade, impondo valores universalizantes válidos para todo e qualquer contexto, principalmente no tocante aos direitos fundamentais, convertendo os indivíduos em meros receptáculos de estratégias de produção, seja como força de trabalho (alienação), seja como consumidores (coisificação), seja como mecanismo de dominação política (massificação) (SOARES, 2010, p. 46).

O conceito de cidadania reformulado guardou profunda relação com a noção de direitos humanos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, sendo muito utilizado no Tribunal de Nuremberg e em outros foros internacionais e se materializou em 1948 na Declaração Universal dos Direitos Humanos de inspiração ocidental, tendo como fontes a Declaração da Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França (RABBEN, 2004, p.26).

Consoante aduz Barreto (s/d),

A Revolução Norte-Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 introduziram na ordem constitucional um novo tipo de direitos relativos à pessoa humana, que não encontrava a sua justificativa no corpo da teoria dos direitos subjetivos. Essa nova categoria, chamada de direitos humanos, levou à elaboração teórica da categoria dos direitos públicos subjetivos.

O discurso dos direitos humanos em sua gênese estava adstrito a uma determinada classe social, notadamente a burguesia, que se utilizou dessa retórica para criticar a opressão exercida pela monarquia vigente (CAMARA; MEDEIROS, 2014).

Camara e Medeiros (2014, p. 3) afirmam que

O Direito Natural é o grande predecessor dos Direitos Humanos, não só por ter firmado as bases para os ideais das revoluções burguesas, mas também porque os conceitos de “natureza”, “homem” e “direitos naturais” atravessaram os séculos e foram fielmente absorvidos pelos Direitos Humanos, tal qual atualmente estão estabelecidos.

Na base das declarações

há a pressuposição de que existiria uma natureza humana universal comum a todos os povos de que se diferencia dos animais, o que pode parecer escandaloso para algumas culturas não-antropocêntricas e menos hegemônicas, como as animistas, jansenistas e budistas (MARSILLAC, 2007, p. 54).

Os animistas compreendem que

o cosmos é habitado por muitas espécies de seres dotados de intencionalidade e consciência. Isso possibilita que um conjunto de não-humanos seja concebido como “pessoas”, isto é, “como sujeitos potenciais de relações sociais. O animismo não distingue duas séries paralelas – natureza e cultura – ele estabelece uma só série, a série social das pessoas. Entre natureza e cultura há uma contiguidade metonímica que cabe ao social e não uma (des)semelhança metafórica (HOLANDA, 2008, p. 134).

O animismo pode ser encontrado no próprio Brasil, país signatário da declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre alguns povos indígenas como os Yawalapíti, os quais

na interação que estabelecem com os “bichos” [...] constroem níveis de relacionamento e procedimentos comportamentais em relação a eles que são de fato reveladores de suas formas de ver, entender e incluir os animais em suas comunidades/sociedades (FEITOSA, 2010, p. 82).

Os universalistas acabaram equiparando-se aos iluministas na medida em que acreditavam mesmo haver uma razão universal, restringindo o problema a um monismo metodológico europeu, ferindo outras concepções culturais distintas, notadamente quanto se privilegiava liberdade e igualdade numa visão essencialmente individualizante em detrimento de uma visão coletivista, defendida principalmente por comunidades orientais (MARSILLAC, 2007).

Enquanto os universalistas prioriza o universalismo, a sua liberdade e autonomia, a visão relativista se posiciona a favor da coletividade, onde o indivíduo é percebido como parte integrante desta (ESTEVEES, 2012, p. 37).

Este conceito universal acerca dos direitos humanos “cresceu e evoluiu durante a Guerra Fria, e os governos ocidentais o utilizaram nas lutas de propaganda e relações públicas contra o bloco socialista” (RABBEN, 2004, p. 27).

Em 1961, a Anistia Internacional, entidade não-governamental, “começou a transformar os direitos humanos numa ideologia acima da geopolítica [...], insistindo até hoje em denunciar violações de direitos humanos sempre e onde quer que aconteçam” (RABBEN, 2004, p. 27).

Esta postura ideológica acerca dos direitos humanos calcada na cultura da universalidade ocidental, oponível unilateral e hegemonicamente, acabou por imprimir a ideia de que outras culturas devem quedar-se perante a sua superioridade, conduzindo a uma política imperialista e desrespeitadora de direitos humanos, notadamente no tocante à autodeterminação dos povos.

O mais curioso é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, de pretensão universalista, foi ratificada apenas por 56 Estados num universo de 200 países. Devido a esta pouca expressividade, precisou ser realizado em Viena no ano de 1993 um acordo internacional que envolvia 171 países os quais convencionaram que respeitadas as diversidades culturais os direitos humanos deveriam possuir um cunho universal, a despeito das críticas advindas de países da Ásia, África e Oriente Médio (MORAIS, 2012).

Entretanto, “há uma tendência dos grupos humanos, das culturas e dos povos de guardarem suas características próprias, de se preservarem, de se defenderem tais como são, contra tudo e contra todos” (BARBOSA, 2001, p. 78).

Tais grupos defendem a relativização dos direitos humanos, em contraposição à sua universalização, pois acreditam que “a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural e moral vigente em determinada sociedade” (PIOVESAN, 2006, p. 142).

Diversas críticas, portanto, se formaram a partir dos defensores da relativização dos direitos humanos. Uma delas diz respeito à universalização do próprio conceito de direitos humanos, pois entendem que nenhum conceito pode ser universal, uma vez que só pode ser válido para o local em que foi concebido. Os direitos humanos, por ser uma criação do mundo ocidental, só podem ser válidos apenas neste contexto (PANIKKAR, 2004, p. 217).

Santos (1997, p. 19) ensina que a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental porque “todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais”.

A marca da cultura ocidental, ou melhor,

ocidental-liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser facilmente identificada em muitos outros exemplos: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo dos direitos individuais, com a única exceção do direito coletivo à autodeterminação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito econômico (SANTOS, 1997, p. 20).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos só possui cunho universal porque a cultura ocidental lhe deu valores e lhe conferiu sentido universal, porém os direitos humanos podem também ser vistos pelo prisma da relatividade na medida em que cada cultura específica expressa sua realidade segundo tradições peculiares e, desta forma, sua experiência não seria universalizável (PANIKKAR, 2004).

Mesmo no interior da vasta cultura ocidental idealizadora do conceito de direitos humanos não há universalidade. Panikkar (2004, p. 217-218) adverte que existem, pelo menos, três fontes divergentes a seu respeito: teológica, marxista e histórica.

Teologicamente, a fonte dos direitos humanos provém de Deus e por isso eles “devem ser baseados em um valor superior, transcendente e, portanto, não manipulável [...]. Caso contrário, eles se tornam apenas um dispositivo político nas mãos dos poderosos” (PANIKKAR, 2004, p. 218).

Os marxistas entendem que os direitos humanos são direitos de classe, refletindo interesses de uma determinada classe, suas aspirações. “Segundo ele, os Direitos Naturais eram promovidos por e para a burguesia e [...] tornaram-se ferramenta nas mãos desta classe em ascensão” (CAMARA; MEDEIROS, 2014, p. 5).

Já os historiadores compreendem os direitos humanos como “mais um exemplo da dominação mais ou menos consciente exercida pelas nações poderosas

para manter seus privilégios e defender o *status quo*" (PANIKKAR, 2004, p. 218-219).

Ademais, a problemática acerca dos direitos humanos é de ordem ocidental, haja vista "de um ponto de vista não-ocidental, o próprio problema não é percebido como problema" (PANIKKAR, 2004, p. 220).

Os relativistas, portanto, entendem de forma geral que "a pretensão de universalidade desses instrumentos simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar suas próprias crenças" (PIOVESAN, 2006, p. 144).

Do mesmo modo adverte Santos (1997, p. 18-19) que concebidos como universais, os direitos humanos não passam de uma arma do Ocidente contra o resto do mundo, a sua abrangência local será obtida à custa de sua legitimidade local.

Para os relativistas, não é possível universalizar crenças, formar uma moral universal, haja vista a realidade do multiculturalismo que impõe o respeito às diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral, a exemplo da adoção da prática da clitorectomia e da mutilação feminina existente em muitas sociedades não ocidentais (PIOVESAN, 2006, p. 143).

Da mesma forma, "nos países islâmicos, o movimento dos direitos humanos é visto como imposição dos valores ocidentais e símbolo da continuidade da hegemonia política e cultural do Ocidente" (SEGATO, 2006, p. 214).

Esse argumento resulta de uma constatação antropológica, segundo Barreto (s/d), a constatação da

existência na humanidade de diferentes valores, hábitos e práticas sociais, que se expressam sob variadas formas culturais. A constatação de que entre os grupos sociais existem tradições culturais múltiplas representa para o relativismo a prova de que é impossível o estabelecimento de normas universais de comportamento social.

Barreto (s/d) afirma que no relativismo filosófico e social contemporâneo se encontra três formas de relativismo cultural, quais sejam, epistemológico, que afirma a impossibilidade de se produzir um discurso ético que seja transcultural; antropológico, que busca na evidência empírica dados que irão demonstrar o que é afirmado pelo relativismo epistemológico e cultural, que sustenta o argumento

aceitável de que as particularidades culturais exercem um papel determinante na forma sob a qual os valores assegurados pelos direitos humanos irão formalizar-se.

Pinezi (2010) ensina que o “relativismo cultural é uma teoria que implica a ideia de que é preciso compreender a diversidade cultural e respeitá-la, reconhecendo que todo sistema cultural tem uma coerência interna própria”.

Tal crença reflete diretamente na noção de cidadania, entendida aqui como “bem-estar dos diferentes grupos diante da conjugação dos direitos fundamentais, que apresentam caráter individual com os direitos de caráter coletivo que levam em conta as particularidades culturais dos grupos” (SILVA, 2006, p. 314).

Nesta acepção, o “sujeito” do Iluminismo, visto como tendo uma identidade fixa e estável, foi descentrado, resultando nas identidades abertas, contraditórias, inacabadas, fragmentadas do sujeito pós-moderno” (HALL, 2011, p. 46).

Desta forma, a noção de cidadania hodierna encontra-se imbricada umbilicalmente com o conceito de direitos humanos num viés relativista, daí a sua necessidade de efetivação, uma vez que para se exercer a cidadania é preciso encontrar-se inserido na sociedade, ter consciência de seu papel enquanto indivíduo pertencente a uma unidade geopolítica de tal sorte que tenha condições reais de participar das decisões políticas de seu Estado.

Violar direitos humanos, nessa medida, significa em efetivo prejuízo ao exercício da cidadania consoante aduz Melo (2015), uma vez que sem a materialização de seus direitos básicos o indivíduo não poderá contribuir plenamente para a construção da sociedade na qual se encontra inserido, não terá condições de participar da vida política de sua própria *polis*, ficará alijado das decisões importantes que impactam a vida socioeconômica da sua nação.

2.2 A RECONSTRUÇÃO DA CIDADANIA A PARTIR DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.

O final do século XX foi marcado pela passagem do Estado liberal para o Estado social de Direito, uma vez que este veio “amenizar os excessos do individualismo liberal e da neutralidade estatal a reequilibrar as enormes desigualdades provocadas por um mercado irrestrito” (PÍSON, 2001, p. 146).

O objetivo precípua do Estado social de Direito é promover igualdade de condições materiais de vida para todos os cidadãos, priorizando-se os direitos sociais, econômicos e culturais de modo que se materializem as exigências do bem-estar geral e os princípios da solidariedade e da justiça social (PÍSON, 2001, p. 146).

O Estado social de Direito é interpretado num sentido democrático, pois “sustenta um caráter pluralista de sociedade e a necessidade de regular procedimentos democráticos de participação de indivíduos e grupos no governo da sociedade e do Estado” (PÍSON, 2001, p. 146).

Tal necessidade advém do reconhecimento de se estar vivendo hoje em um Estado multicultural,

na medida em que coabitam em um mesmo território diferentes culturas, sejam porque são sociedades que estejam presentes culturas indígenas que hoje reclamam pleno reconhecimento; porque são Estados plurinacionais (as situações do Canadá e da Índia emblemáticas); ou porque se trata de sociedades que, produto de imigração, tem incorporado novas culturas. Este último é o caso da Europa (SANZ MULAS, 2014, p. 4).

Por esta razão, precisa ser um Estado mais garantista com novas formulações entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, assegurando e reconhecendo as culturas de diversos grupos coletivos em sua base territorial, transmudando-se em um Estado Constitucional de Direito onde a centralidade está na Constituição e não na lei como outrora.

A pedra angular do final do século XX passa a ser, portanto, a Constituição, uma vez que é este diploma legal que representa o conjunto de princípios e de valores advindos de um consenso social, corporificando um metadireito, um direito sobre o direito, regras que estão acima do ordenamento jurídico (PÍSON 2001, p. 154).

O Estado Constitucional de Direito além de possuir limites de natureza formal, também possui limites de natureza material, possuindo elementos estruturais intocáveis, verdadeiros axiomas advindos de um amplo consenso social, reflexo de uma sociedade plural.

O reconhecimento da pluralidade e fragmentação da sociedade neste novo contexto produziram “uma variedade de diferentes “posições de sujeito” – isto é, identidades – para os indivíduos” (HALL, 2011, p. 17-18).

Neste diapasão, foi dada origem à política de identidade – uma identidade para cada movimento – “assim, o feminismo apelava às mulheres, a política sexual aos gays e lésbicas, as lutas raciais aos negros, o movimento antibelicista aos pacifistas, e assim por diante” (HALL, 2011, p. 45).

Para gerir essa nova realidade e promover os direitos desses grupos minoritários, se tornou indispensável uma gestão multicultural se configurando “como um ideal de convivência da sociedade pluralista para promover o sonho de uma convivência marcada e enriquecida pelas diferenças de cada grupo” (SANZ MULAS, 2014, p. 8).

A política da diferença incentiva e fomenta a manutenção da particularidade de cada grupo sociocultural, defendendo muito mais do que uma simples tolerância por parte dos demais grupos que não coadunam daqueles mesmos valores, mas lutando para assegurar, por meio do Poder Público, mecanismos capazes de preservar a identidade de determinados grupos de modo que se perpetue a diversidade cultural, sendo os direitos coletivos, neste diapasão, também direitos fundamentais.

O multiculturalismo, portanto, se tornou uma realidade e, paradoxalmente, fez com que a Modernidade caísse

em sua própria armadilha ao reclamar dela, realmente, o que lhe é devido, ao pretender que ela coloque esse universalismo, essa igualdade, essa justiça, esse reconhecimento que ela sempre pretendeu ter na própria base do seu projeto civilizatório (SEMPRINI, 1999, p. 161).

Há, entretanto, duas interpretações acerca do multiculturalismo, uma de natureza política e outra de natureza culturalista, necessitando fazer uma distinção entre elas. A interpretação política “limita-se basicamente às reivindicações de minorias com o objetivo de conquistar direitos políticos e sociais específicos dentro do Estado nacional” (SEMPRINI, 1999, p. 43).

A interpretação culturalista

privilegia sua dimensão especificamente cultural. [...] Eles são movimentos sociais, estruturados em torno de um sistema de valores comuns, de um estilo de vida homogêneo, de um sentimento de identidade ou pertença coletivos, ou mesmo de uma experiência de marginalização. Com frequência, é esse sentimento de exclusão que leva os indivíduos a se reconhecerem, ao contrário, como possuidores de valores comuns e a se perceberem como um grupo à parte (SEMPRINI, 1999, p. 45).

No tocante à interpretação culturalista, “os conflitos culturais podem ser resumidos em três áreas problemáticas: a educação; a identidade sexual e as relações interpessoais, as reivindicações identitárias (Identity politics)” (SEMPRINI, 1999, p. 45).

Num viés de natureza culturalista o multiculturalismo diz respeito à convivência de grupos etnoculturais distintos dentro de uma mesma unidade geopolítica de modo que todos possam manter suas pautas sociais e culturais, devendo para isso o Poder Público criar estratégias para assegurar o direito de ser diferente nos limites de seu espaço territorial.

Uma fonte de diversidade cultural, adverte Kymlicka (1996, p. 10),

é a coexistência, dentro de um determinado Estado, de mais de uma nação, onde nação significa comunidade histórica, mais ou menos completa institucionalmente, que ocupa um território ou uma terra natal determinada e que compartilha uma língua e uma cultura diferenciadas. A noção de “nação”, em sentido sociológico, está estritamente relacionada com a ideia de “povo” ou de “cultura”; de fato, ambos os conceitos resultam intercambiáveis. Um país que contém mais de uma nação não é, portanto, uma nação-Estado, senão um Estado multinacional, onde as culturas menores conformam as “minorias nacionais”.

Para Kymlicka (1996, p. 16),

um Estado é multicultural se seus membros pertencem a nações diferentes (um Estado multinacional) ou se seus membros migraram de diversas nações (um Estado poliétnico), sempre e quando isso suponha um aspecto importante da identidade pessoal e da vida política.

Kymlicka (1996, p. 16) rechaça a utilização do termo multiculturalismo quando se trata do viés político, ele não inclui “o tipo de estilos de vida grupal, movimentos sociais e associações voluntárias que outros englobam dentro do âmbito do multiculturalismo”.

Nem por isso ele deixa de reconhecer a importância das reivindicações político-sociais desses grupos marginalizados como o das mulheres, gays, lésbicas, dentre outros, porém entende que essa marginalização ocorre dentro de sua própria sociedade nacional ou de seu grupo étnico (KYMLICKA, 1996, p. 16).

O multiculturalismo para Kymlicka (1996, p. 21) está presente em praticamente todas as democracias liberais hodiernas, haja vista elas serem multinacionais ou poliétnicas, ou ambas. Por isso, o desafio maior da contemporaneidade é acomodar

as diferenças nacionais e étnicas de uma maneira estável e moralmente defendida e um dos principais mecanismos para fazer frente a este objetivo tem sido a proteção dos direitos civis e políticos dos indivíduos.

Indubitavelmente, o conceito de cidadania sofreu novamente uma ressignificação e foi reconstruído a partir do multiculturalismo culturalista, uma vez que o Poder Público passou a reconhecer a necessidade de assegurar o direito de ser diferente, da manutenção de múltiplas identidades no interior de um mesmo espaço geopolítico, concedendo direitos especiais a grupos culturais específicos.

Kymlicka citando Iris Young (1996, p. 21) denomina esse fenômeno de “cidadania diferenciada”, entendendo que “algumas formas de diferença derivadas da pertença a um grupo só podem acomodar-se se seus membros possuem alguns direitos específicos como grupo”.

Consoante preleciona Feitosa (2010, p. 22),

reconhecer e respeitar as diferenças é condição essencial para possibilitar a participação política dos sujeitos autonômicos. Na diferença reside a identidade, o auto-reconhecimento, a consciência de alteridade que possibilita a existência do “outro”, em toda a sua corporeidade autônoma, com todo o seu protagonismo.

Acreditar em algo diferente disso é defender a subjugação de grupos minoritários pelos grupos dominantes, uma vez que estes tendem a afirmar a sua hegemonia inculcando uma imagem de inferioridade sobre aqueles como ocorreu no período de colonização por parte dos europeus em relação aos povos da América e da Ásia.

Há uma intrínseca relação, portanto, entre reconhecimento e identidade, uma vez que

nossa identidade se molda em parte pelo reconhecimento ou pela falta dele, bem como pelo falso reconhecimento do outro e, assim, um indivíduo ou um grupo de pessoas pode sofrer um verdadeiro dano, uma autêntica deformação, se a gente ou a sociedade que os rodeiam, mostram como reflexo, um quadro limitativo ou degradante ou depreciativo de si mesmo (TAYLOR, 2003, p. 43-44).

Constata-se, assim, que

a percepção que um indivíduo tem de si mesmo e de sua individualidade depende de estruturas cognitivas, esquemas corporais, afinidades comuns

e outras qualificações inscritas num quadro que emerge somente no decurso de interações com os membros de seu grupo de pertença e dos outros grupos sociais (SEMPRINI, 1999, p. 101).

Por isso, Taylor (2003) entende que o reconhecimento é uma necessidade humana vital e não uma simples cortesia, uma vez que a falta de reconhecimento ou o falso reconhecimento pode ser uma forma de opressão que aprisiona alguém ou um grupo, infligindo uma ferida dolorosa, causando em suas vítimas um ódio de si mesmas a exemplo do que aconteceu com as mulheres, com os negros, os índios e os povos colonizados em geral ao longo da história.

Para se compreender a ligação intrínseca entre o reconhecimento e a identidade, é preciso compreender o caráter dialógico da vida humana, adquirir enriquecedoras linguagens humanas para nos expressarmos num processo de interação com outros (TAYLOR, 2003, p. 53).

A identidade é definida e construída a partir da interação com esses outros significantes, “no diálogo com as coisas que estes outros significantes desejam ver em nós mesmos e às vezes em luta com eles [...], a conversação com eles continuará em nosso interior enquanto nós vivermos” (TAYLOR, 2003, p. 53).

Sobressai neste cenário a relevância da ética da alteridade que acentua certos valores específicos representados por emancipação, autonomia individual e coletiva, solidariedade, justiça e satisfação das necessidades humanas. Sem deixar de contemplar princípios racionais universalizantes comuns a toda a humanidade, prioriza as práticas culturais de uma dada historicidade particular, material e não-formal (WOLKMER, 2001, p. 269).

Assim sendo, a importância do reconhecimento é hoje universalmente reconhecida, tanto num plano íntimo quanto num plano social, sendo neste último plano constantes os influxos ininterruptos de uma política de reconhecimento igualitário e “não dar esse reconhecimento pode constituir uma forma de opressão” (TAYLOR, 2003, p. 58-59).

2.3 A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA CIDADANIA INDÍGENA FRENTE AO ESTADO MULTINACIONAL BRASILEIRO

Pode-se afirmar que o Estado brasileiro é um Estado multinacional, na medida em que coexistem no seu interior diferentes nações, a exemplo da indígena

e da “sociedade nacional”, cada qual possuindo valores e culturas peculiares, constituindo povos diferentes e com línguas distintas.

Afinal, “nação não é apenas uma entidade política, mas algo que produz sentido – um sistema de representação cultural. [...] é uma comunidade simbólica e é isso que explica seu poder para gerar um sentimento de identidade e lealdade” (HALL, 2011, p. 49).

De acordo com a FUNAI, existem atualmente 215 povos indígenas, com uma população de aproximadamente 345.000 índios, representando 0,2% da população nacional, considerando apenas os índios que vivem em aldeias. Estima-se ainda a existência de 100 a 190.000 índios que vivem fora de terras indígenas, inclusive em cidades, além de haver indícios de pelo menos 53 grupos sem qualquer contato com a sociedade (ARAÚJO, 2006, p. 23).

A diversidade sociocultural é enorme, os índios no Brasil falam mais de 180 línguas distintas do idioma oficial e possui usos, costumes e tradições diferenciadas da comunidade nacional (ARAÚJO, 2006, p. 23).

Até o momento, já foram reconhecidas 582 terras indígenas no território nacional, cuja extensão equivale a 12,54% de todo o território brasileiro, sendo que praticamente 99% do total da extensão das terras indígenas se encontram localizadas na Amazônia, onde vivem cerca de 60% da população indígena. Os outros 40% vivem espremidos no pouco mais que 1% restante de terras, espalhadas ao longo das regiões Nordeste, Sudeste, Sul e no Estado do Mato Grosso do Sul (ÁRAÚJO, 2006, p. 23-24).

A nação indígena precisa de reconhecimento por parte do Estado brasileiro de modo que se sinta representada em suas pautas de reivindicações políticas, econômicas, sociais e culturais, exercendo seus direitos de cidadania, a despeito de continuarem sendo cidadãos da “comunidade nacional”.

O art. 33 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê justamente esta “dupla cidadania” quando prescreve que “os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou composição conforme seus costumes e tradições. Isso não prejudica o direito dos indígenas de obterem a cidadania dos Estados onde vivem”.

Sabidamente, as minorias étnicas e nacionais precisam que o Estado lhes confira direitos específicos para assegurar um tratamento igualitário com os

demais cidadãos oriundos da cultura majoritária. Na opinião de muitos defensores dos direitos específicos, a acomodação das diferenças constitui a essência da verdadeira igualdade (KYMLICKA, 1996, p. 27-28).

Os direitos diferenciados em função do grupo mitigam a vulnerabilidade das culturas minoritárias diante de decisões da cultura majoritária. A proteção estatal neste sentido “asseguram que os membros de uma minoria tenham as mesmas oportunidades de viver e de trabalhar em sua própria cultura que os membros da maioria” (KYMLICKA, 1996, p. 28).

Assim, não basta apenas a Constituição brasileira em seu art. 231 reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições para lhes conferir *status* de cidadãos, é preciso ainda lhes possibilitar direitos de autogoverno e direitos especiais de representação.

É necessário que o Estado brasileiro confira autonomia política e jurisdição territorial aos povos indígenas de modo a assegurar o pleno e livre desenvolvimento de suas culturas, efetivando o princípio da autodeterminação dos povos contido no art. 1º da Carta das Nações Unidas de 1945.

Geralmente este princípio é interpretado de forma restritiva, se referindo apenas às colônias de ultramar consoante preleciona Kymlicka (1996, p. 22), sendo esta “uma limitação arbitrária e muitas minorias nacionais insistem que também são “povos” ou “nações” e que, como tais, têm direito ao autodeterminar-se”.

No tocante especificamente às minorias indígenas é indiscutível que constituem “povos”, sendo este reconhecimento extraído da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de setembro de 2007.

Da mesma forma, é insofismável que os povos indígenas possuem o direito de autodeterminar-se, constante no art. 3º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, podendo “determinar livremente a sua condição política e escolher os modos de procurarem seu desenvolvimento econômico, social e cultural” (ROWEDER, 2010, p. 212).

Consoante Curi (2012, p. 242), “esse coletivo, como sujeito de direitos e deveres, é o que garante a autodeterminação dos povos indígenas, ou seja, o direito do grupo em gerir a sua sociedade e decidir o seu próprio destino”.

Esta questão remete imediatamente ao art. 4º desta Resolução, o qual prevê que os povos indígenas “têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a dispõem dos meios para financiar suas funções autônomas” (DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, 2008).

Este artigo indubitavelmente é inovador em relação às garantias dos povos indígenas, uma vez que lhes atribui “uma certa “soberania” para gerir seu território e sua sociedade não conforme o direito tradicional, mas de acordo com as regras tradicionais daquela comunidade”. (ROWEDER, 2010, p. 214).

Um mecanismo capaz de propiciar este autogoverno à nação indígena segundo Kymlicka (1996, p. 22) é o federalismo, que reparte poderes entre o governo central e suas unidades regionais. Entende ele que “onde as minorias nacionais estão concentradas territorialmente se pode traçar os limites de subunidades federais de maneira que a minoria nacional forme uma maioria em uma destas subunidades”.

Sob essas circunstâncias, aduz Kymlicka (1996, p. 22), “o federalismo pode oferecer um amplo governo a uma minoria nacional, garantindo sua capacidade de tomar decisões em determinadas esferas sem sofrer rechaço da sociedade global”.

O autogoverno de minorias nacionais propiciaria as mesmas oportunidades da nação majoritária, notadamente quanto às questões de ajuda para sua língua e cultura, bem como teriam poder legislativo para proteger seus interesses em decisões que afetem a sua cultura (KYMLICKA, 1996, p. 32).

Esta medida certamente contribuiria para o fortalecimento dos povos indígenas uma vez que suas competências de autogoverno possuiriam a mesma proteção constitucional dos direitos estatais. Porém, não é isto que ocorre no Brasil, o autogoverno dos povos indígenas neste país está vinculado ao sistema de terras reservadas conforme preconizado no art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Os direitos especiais de representação, por sua vez, são uma espécie de corolário do direito de autogoverno, uma vez que

o direito ao autogoverno de uma minoria se veria gravemente debilitado se algum organismo externo pudesse revisar ou revogar suas competências unilateralmente, é dizer, sem consultar à minoria nem assegurar seu consentimento (KYMLICKA, 1996, p. 26).

Para Kymlicka (1996, p. 26), tanto o direito de autogoverno quanto os direitos especiais de representação se contemplam como algo intrínseco e permanente às minorias, e não como uma medida temporal para remediar o sofrimento de suas opressões.

Os direitos especiais de representação da nação indígena são contemplados no art. 5º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos indígenas, tendo eles

o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo o seu direito de participar plenamente, caso desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Este artigo é de extrema relevância para os povos indígenas, pois lhes garante o direito de possuir uma justiça especializada para o disfrute do exercício de seus direitos específicos reconhecidamente distintos da “comunidade nacional”.

Consoante preleciona Curi (2012, p. 242), “o direito estatal cria regras para o indivíduo, ao passo que as sociedades indígenas possuem normas coletivas, operadas e recriadas mediante a figura do sujeito coletivo”.

2.4 A NECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DE UMA JUSTIÇA ESPECIALIZADA PARA OS POVOS INDÍGENAS

É completamente defensável a existência de uma justiça especializada para os povos indígenas, haja vista suas especificidades culturais, sendo esta proposta tratada exaustivamente pela Defensoria Pública do Chile, em um manual intitulado “Modelo de Defesa Penal para Imputados Indígenas”.

Neste manual composto de 236 páginas há o reconhecimento explícito que “os defensores dos indígenas devem conhecer o contexto cultural das pessoas defendidas”, bem como que “os funcionários da administração pública, especialmente em processo penal, devem ter conhecimentos amplos em matéria cultural indígena e de seus direitos em geral” (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 19-20).

A existência de uma justiça especializada para os povos indígenas significa o reconhecimento por parte do Estado nacional da “existência de cosmovisões

distintas da cultura oficial, de suas instituições tradicionais e sistemas próprios da administração da justiça” (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 36).

A defesa especializada é definida pela Defensoria Pública chilena como

aquela defesa jurídica que garante aos povos indígenas (em sua dimensão individual ou coletiva) em condições de igualdade o disfrute do exercício dos direitos humanos que os assistem em sua qualidade de pessoas, assim como de seus direitos específicos e próprios no âmbito de um processo penal (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 20).

Esta sensibilidade de oferecer um tratamento jurídico diferenciado para os povos originários já é sentida em alguns países latino-americanos como Bolívia, Colômbia e Guatemala, que têm implementado “modelos de defensoria e serviços jurídicos especializados em prestar assistência gratuita à população indígena mais desfavorecida” (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 21).

A Bolívia, por ser um país que se auto reconhece como multiétnico e pluricultural, há espaço para a coexistência de “um sistema de justiça formal com um sistema comunitário, o qual prioriza a resolução de conflitos de acordo com o costume e tradição própria dos povos originários” (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 23).

Macchino e Fernández (2008, p. 36) afirmam que países como a Bolívia, Colômbia, Equador, México, Peru e Guatemala são exemplos de Estados que têm reconhecido os direitos indígenas, sua jurisdição e instituições próprias, tanto a nível Constitucional quanto legal.

Do mesmo modo reconhecem Vaz e Balthazar (2013, p. 97) o pluralismo jurídico adotado pelas constituições boliviana e equatoriana, alterando o paradigma do Estado moderno no tocante ao monismo jurídico. Eles ensinam que na escala do Direito nacional surgem o “meio ambiente” e os “recursos naturais”, enquanto na escala local dos Direitos dos povos originários reconhecem uma autonomia ancorada em relações identitárias de pertencimento culturais, familiares e territoriais.

Um ponto extremamente importante apontado pelo documento publicado pela Defensoria Pública chilena diz respeito ao tratamento dado pela justiça na defesa de pessoas advindas de cultura diferente, sendo “uma combinação entre os delitos culturalmente motivados (modelo europeu) e a *cultural defenses* (modelo norte-americano)” (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 98).

Os delitos culturalmente motivados, afirma este documento:

São aqueles que se bem contradizem uma norma penal, se explicam em razão da cultura a que pertence o infrator, supondo que este pertence a uma cultura minoritária, dentro da qual essa conduta é atípica, está justificada ou exculpada, ou sendo delito, é tratada de maneira distinta. Seus requisitos são:

- a) Que as razões para atuar se apoiem em motivações culturais (fator psicológico). O sujeito está obedecendo a códigos culturais que o determinam a obrar desta maneira.
- b) Coincidência cultural entre a conduta do sujeito e o grupo de pertença, mesmo que não seja absoluta.
- c) Relação antinômica entre a cultura de pertença e a cultura do lugar de residência, isto é, deve haver diferenças na resposta à conduta em um e outro sistema, que se um se castiga, em outro está isento de responsabilidade ou esta seja atenuada (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 98).

A estratégia da defesa, em casos de delitos culturalmente motivados, “se articula sobre a base de um conjunto de fatores que por razões culturais excluem ou diminuem a responsabilidade penal” (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 98).

Já a *cultural defenses* advinda do modelo norte-americano “se faz sobre a base de categorias dogmáticas já conhecidas e que incidem ou bem no injusto (a nível de antijuridicidade) ou bem na culpabilidade” (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 99).

Por isso, se pode encontrar na *cultural defenses* três vias de defesa, quais sejam, “justificação 10 N° 10; exculpação (erro de proibição e erro de compreensão culturalmente condicionado); e a atipicidade (erro de tipo culturalmente condicionado)” (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 99).

A justificação 10 N° 10 diz respeito, segundo a Defensoria Pública do Chile, ao exercício legítimo de um direito em relação à norma internacional que é o Convênio 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 99).

Porém, o documento aponta que “a via mais usada pela defesa e aceita na doutrina [...] é a defesa no âmbito da culpabilidade, via erro de proibição ou erro de compreensão culturalmente condicionado” (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 102). Apesar de ambos estarem situados no âmbito da culpabilidade, há uma diferença conceitual entre estes dois institutos jurídico-penais. O erro de proibição “é aquele que impede a compreensão da antijuridicidade, isto é, a contrariedade da conduta com o direito sem que se afete o conhecimento dos elementos do tipo” (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 102).

Enquanto o erro de compreensão culturalmente condicionado

exclui a culpabilidade quando o sujeito por sua cultura ou seus costumes não compreende a criminalidade de sua conduta ou não se pode exigir que adeque sua conduta a esta compreensão. Em outros casos, não exclui a culpabilidade, podendo somente atenuá-la (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 104).

Por fim, afirma o documento publicado pela Defensoria Pública chilena, “excepcionalmente, em alguns casos, pode argumentar a atipicidade da conduta por ausência de dolo, devido à presença de um erro de tipo culturalmente condicionado. [...] Se trata, pois, de um problema de conhecimento (e não de compreensão)” (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 105).

A despeito da existência de tratamentos diferenciados aos povos indígenas pela justiça estatal no tocante à atenuação ou exclusão da responsabilização penal, se utilizando do modelo europeu ou norte-americano, é sempre salutar advertir que a criação de uma justiça especializada indígena é sempre mais favorável aos imputados originários, haja vista suas especificidades culturais que os diferenciam do restante da população nacional.

A criação de tribunais indígenas possui previsão legal no Convênio 169 da OIT, senão vejamos:

Art. 9.1 Desde que sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos tradicionalmente adotados por esses povos para lidar com delitos cometidos por seus membros deverão ser respeitados.

Do mesmo modo, possui amparo no princípio da igualdade, que segundo “amplo consenso doutrinal e jurisprudencial [...] implica tratar como iguais os iguais e como diferentes os diferentes” (MACCHINO; FÉRNANDEZ, 2008, p. 124-125).

No Brasil, entretanto, apesar da existência de mais de 215 etnias indígenas, o que se constata é a inexistência de uma justiça especializada para dirimir os conflitos dos povos indígenas, uma ausência de sensibilidade para tratar das especificidades culturais destes povos e uma aplicação da justiça completamente defasada e anacrônica quanto se tem em vista o paradigma constitucional de 1988.

Apesar de o art. 231 da Carta Magna brasileira ter rechaçado peremptoriamente o paradigma assimilacionista, substituindo-o pelo paradigma do reconhecimento, o que se tem constatado na prática, lamentavelmente, é a insistência da aplicação do viés assimilacionista nos julgamentos do STF, como

aponta Biviany (2008, p. 91) após análise de acórdãos publicados por esta Corte Constitucional no período entre 1988 e 2007, senão vejamos:

Para a maioria dos Ministros, as categorias assimilacionistas continuam sendo um conjunto de categorias eficientes dentro do sistema jurídico para decidir sobre os direitos das populações indígenas mesmo após a mudança constitucional de 88. O STF caracteriza-se, paradoxalmente, por ser um executor explícito da política indigenista anterior à CF de 88.

O julgamento do *habeas corpus* 79.530-7 pelo STF é um bom exemplo da insistência de aplicação do paradigma assimilacionista pelo “guardião” da Constituição brasileira. Neste caso, “o Supremo Tribunal Federal considerou o índio como aculturado por ser alfabetizado, eleitor e falar fluentemente o português, não permitindo sequer que fosse procedida uma avaliação antropológica no caso” (ARAÚJO, 2006, p. 66).

Nesta mesma direção aponta Souza (2008, p. 1) afirmando que o Brasil, a despeito do reconhecimento formal do direito à autodeterminação dos povos indígenas efetuado pela Constituição Federal de 1988, afirmando o direito à diferença, continua perpetrando velhas estratégias de homogeneização cultural.

Isto revela a imperiosa necessidade de se erigir uma justiça especializada para os povos originários no Brasil, de modo que os índios possam ser julgados segundo seus valores, crenças e tradições, levando-se em conta os seus direitos humanos, muitas vezes discordes daqueles defendidos pela cultura ocidental, principalmente no tocante à defesa de direitos coletivos em detrimento de direitos individuais, sendo este um imperativo das sociedades indígenas.

3 O PLURALISMO JURÍDICO E O SEU IMPACTO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

O reconhecimento do respeito às diferenças impulsiona a defesa pelo pluralismo jurídico, alterando a concepção do monismo jurídico instituído pelo Direito moderno, reconhecendo ser o Direito um produto artesanal adstrito à cultura local de uma dada comunidade, variando muito a sensibilidade jurídica de um lugar para outro, extraindo-se a conclusão de que as decisões jurídicas só fazem sentido quando analisadas dentro de um determinado contexto sócio-histórico-cultural.

Consoante menciona Sanz Mulas (2014, p. 2), citando Benhabib:

A distinção mais importante na nova ordem mundial não são as ideológicas, políticas ou econômicas, senão culturais, pois se necessita compreender como se pode reconciliar as pretensões de universalidade com a diversidade de formas de vida.

O pluralismo jurídico é hoje uma realidade presente na civilização humana, principalmente depois do fenômeno da globalização, da expansão tecnológica e do fluxo migratório decorrente da integração entre os países. Costa (2013, p. 175), citando Ferré Olivé, aponta para o

surgimento de uma “nova civilização nômade”, uma vez que não existiria mais a mera migração de sujeitos individualizados, mas a transladação de famílias ou até povos quase que completos, formando assim modernas cidades multiétnicas, multiculturais e multirreligiosas.

Inexoravelmente, tal advento trouxe consequências para o mundo do Direito, repensando o monismo jurídico de modo a implementar novas e diferentes formas de resolução de conflitos dentro e fora das fronteiras de um Estado, fazendo nascer o pluralismo jurídico intra e extraestatal, pois “tanto a tendência à autonomia nacional quanto a tendência à globalização estão profundamente enraizadas na modernidade” (HALL, 2011, p. 68).

Do mesmo modo preleciona Wolkmer (2001, p. 77) afirmando que hoje há uma

clara indicação de um novo paradigma de validade para o Direito alicerçado num certo tipo particular de pluralismo, capaz de reconhecer e legitimar normatividades extra e infra-estatais (institucionalizadas ou não), engendradas por carências e necessidades próprias das contingências de sujeitos coletivos recentes, e de apreender as especificidades das representações formadas juridicamente no contexto de sociedades do

Capitalismo periférico, marcadas por estruturas de igualdades precárias e pulverizadas por espaços de conflitos intermitentes.

O pluralismo jurídico extraestatal se entrecruza com o intraestatal a ponto de Boaventura de Sousa Santos (1988b, p. 154) afirmar que se vive hoje uma situação de interlegalidade, "ou seja, numa situação em que a legalidade de pequena escala se entrecruza com a legalidade de grande escala".

A interlegalidade ensina Boaventura de Sousa Santos (1988b, p. 164),

é a dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico. Trata-se de um processo altamente dinâmico porque os diferentes espaços jurídicos não são sincrônicos e por isso também as misturas de códigos de escala, de projeção e de simbolização são sempre desiguais e instáveis.

O pluralismo jurídico se torna realidade a partir de "novos agentes que participam do processo histórico e que, a partir de suas aspirações, carências e exigências, vêm afirmando-se como fatores potenciais de produção jurídica" (WOLKMER, 2001, p. 119).

Esses novos agentes histórico-sociais são denominados por Wolkmer (2001, p. 120) de "novos movimentos sociais", portadores de elementos constitutivos para edificação de uma juridicidade alternativa, a despeito da mesma possuir "autonomia relativa" e "baixo grau" de institucionalização.

Os "novos movimentos sociais" são compreendidos como

sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de "institucionalização", imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais (WOLKMER, 2001, p. 122).

Exemplos desses "novos movimentos sociais" podem ser encontrados nos ensinamentos de Vaz e Balthazar (2013, p. 97) que afirmam coexistirem direitos locais "nas zonas rurais, nos bairros periféricos e marginais, nas igrejas, nas empresas, nos esportes. Um fenômeno que conforma uma configuração complexa entre distintas formas de direito: locais, nacionais e globais".

Retoma-se aqui a importância do conceito de identidade para explicar o fenômeno do pluralismo jurídico, dessa vez como a acepção de "um processo de

ruptura que permite que movimentos sociais se tornem sujeitos de sua própria história” (WOLKMER, 2001, p. 130).

Com experiências cotidianas centradas na autogestão, solidariedade e democracia participativa esses sujeitos coletivos acabam redefinindo um espaço que minimiza a institucionalização e exige uma participação constante no corpo social, seja na tomada de decisões, seja na concretização das execuções (WOLKMER, 2001, p. 133).

A proposta do pluralismo jurídico, consoante Curi (2012, p. 239-240) é abordar

um novo caminho para a solução de conflitos e para o reconhecimento de normas particulares de grupos e sociedades. Seu objetivo central é demonstrar que o Estado moderno não é o único agente legitimado a criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão surgindo, ou seja, que não possui o monopólio da produção de normas jurídicas.

Para Wolkmer (2001, p. 78), o pluralismo jurídico hodierno configura-se

através de um espaço público aberto e compartilhado democraticamente, privilegiando a participação direta de agentes sociais na regulação das instituições-chave da Sociedade e possibilitando que o processo histórico se encaminhe por vontade e sob controle das bases comunitárias.

Esta nova feição da sociedade pós-moderna instaura uma cultura jurídica trazendo como marco característico deste pensamento a desconfiança de todo discurso unificante, inexistindo uma realidade social totalizante, mas fragmentada, multifacetada e plural (SOARES, 2010, p. 50).

Neste contexto, o sistema jurídico hermético, fechado, não lacunoso cede lugar para o Direito aberto, fluído, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, “porque suscetível aos constantes influxos fáticos e axiológicos da vida social” (SOARES, 2010, p. 51).

A fonte do direito neste novel cenário político-jurídico não fica adstrito à

imposição da vontade de uma autoridade dirigente, nem de um poder legiferante ou de uma criação iluminada de magistrados onipotentes, mas, essencialmente, na dinâmica interativa e espontânea da própria sociedade humana. Assim, a fonte jurídica por excelência encontra-se interligada às relações sociais e às necessidades fundamentais desejadas, inerentes ao modo de produção da vida material, subjetiva e cultural (WOLKMER, 2001, p. 151-152).

Neste diapasão, a formação primária do Direito “se manifesta como resultado do interesse e das necessidades de agrupamentos associativos e comunitários, assumindo um caráter espontâneo, dinâmico, flexível e circunstancial” (WOLKMER, 2001, p. 152).

Como aduz Wolkmer (2001, p. 157), “trata-se do pluralismo de formulações jurídicas provenientes diretamente da comunidade, emergindo de vários e diversos centros de produção normativa, adquirindo um caráter múltiplo, informal e mutável”.

Essa nova concepção de juridicidade emerge a partir de interesses cotidianos concretos, “direitos” vivos referentes à subsistência, à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho, à segurança, dentre outros. Esses direitos comunitários se legitimam nos múltiplos “corpos intermediários” existentes na sociedade, cabendo a primazia de representação os movimentos sociais (WOLKMER, 2001, p. 157-158).

3.1 PLURALISMO JURÍDICO INTRAESTATAL

O pluralismo jurídico intraestatal é uma realidade inexorável na sociedade pós-moderna. É pacífico na sociologia do Direito, como preleciona Boaventura de Sousa Santos (1988b, p. 147-148) advertindo que

ao contrário do que se pretende a filosofia liberal e a ciência do direito que sobre ela se constituiu, circulam na sociedade não uma, mas várias formas de direito ou de juridicidade. O direito oficial, estatal, que está nos códigos e é legislado pelo governo ou pelo parlamento, é apenas uma dessas formas, se bem que tendencialmente a mais importante.

Pode-se captar a sua existência a partir de certos princípios valorativos fundamentais delineadores de seu espectro tais como autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância (WOLKMER, 2001, p. 174-175).

Segundo Wolkmer (2001, p. 175), a autonomia se refere ao poder intrínseco que os movimentos sociais possuem independentemente do poder governamental e se manifesta não apenas diante do poder do Estado, mas também no próprio interior dos vários interesses particulares, setoriais e coletivos.

A descentralização remete ao deslocamento do exercício do poder político-administrativo de instituições formais unitárias para esferas locais e fragmentadas, reforçando os espaços de poder local e ampliando a participação dos corpos intermediários (WOLKMER, 2001, p. 175).

A descentralização acaba se tornando condição necessária para impulsionar a dinâmica da participação não apenas nas diversas instâncias sociais mais complexas e autônomas, como também na participação dos elementos integrantes de pequenas unidades e de corpos setoriais (WOLKMER, 2001, p. 175-176).

O localismo, por sua vez, afirma Wolkmer (2001, p. 176) permite favorecer as condições estratégicas que permitem a produção e movimentação direta de bens e serviços, alicerçando processos decisórios alicerçados em técnicas de ação comunitária e participativa.

A diversidade está na raiz da ordem pluralista, criador de uma normalidade estruturada na proliferação das diferenças, dos dissensos e dos confrontos, motivada por necessidades concorrentes e pela diversidade cultural e religiosa de agrupamentos comunitários (WOLKMER, 2001, p. 176-177).

A tolerância, por derradeiro, acentua Wolkmer (2001, p. 177), está associada à filosofia da liberdade humana como também ao direito de autodeterminação que cada indivíduo, classe ou movimento coletivo possui de ter sua identidade própria e de ser diferente funcionalmente dos outros. Implica bom-senso e predisposição em aceitar uma vida social materializada pela diversidade de crenças e pelo dissenso de manifestações coletivas.

A título exemplificativo podem ser citados dois casos de pluralismo jurídico intraestatal possuidores de todos os elementos axiológicos acima delineados, quais sejam: o caso Pasárgada e o caso Basílio.

3.1.1 O CASO PASÁRGADA

Pasárgada, uma das maiores e mais antigas favelas do Rio de Janeiro, foi retratada num precioso trabalho de Boaventura de Sousa Santos (1988a) que, por meio de seu olhar metódico e perspicaz, revelou existir judicialidade nas decisões tomadas por seus moradores quanto à ratificação de direitos e resolução de conflitos ainda que não reconhecida pelo Direito estatal, uma vez que corre paralelo a este, mas tão eficaz quanto ele.

A associação de moradores em Pasárgada funciona como um fórum jurídico, resolvendo questões ligadas principalmente à habitação e à terra, envolvendo direito de propriedade, posse e direitos reais como um todo. Suas decisões válidas e legais

para todos os habitantes desta comunidade são, entretanto, ilegais ou juridicamente nulas para o restante da população, já que a propriedade dos terrenos lá existentes se deu por invasão e as construções de suas casas se deram de modo clandestino.

No entanto, as transações jurídicas conhecidas pela associação dos moradores possuem materialidade e juridicidade na medida em que são cumpridas e respeitadas pela comunidade a despeito de não terem coercibilidade, sendo válidas e oponíveis entre as partes de modo que seus contratos são firmados semelhantemente a do Direito estatal até mesmo na linguagem jurídica utilizada, pacificando os conflitos e restabelecendo a ordem das relações sociais, finalidade última do Direito.

As decisões são dialógicas, construídas pela argumentação entre as partes, segundo a facticidade das situações em análise. É a lógica do discurso tópico-retórico que põe fim nas relações conflituosas, tendo as decisões sentido para as partes e o auditório relevante, constituído quase sempre pelos vizinhos que têm interesse na lide. O processo de mediação é aqui altamente maximizado em detrimento da adjudicação amplamente utilizada pelo Direito estatal, maximizando o poder da persuasão e, conseqüentemente, aumentando a possibilidade de adesão à decisão.

Por isso, a normatividade autóctone acaba prevalecendo sobre a normatividade heteróctone, uma vez que a solução dos conflitos conta amplamente com a participação das partes e acaba sendo um produto de vontade, o que favorece o caráter constitutivo da ratificação.

Os principais *topoi* do discurso jurídico em Pasárgada são do equilíbrio, da justiça, da cooperação e do bom vizinho, sendo esta forma de resolver conflitos bastante eficaz na medida em que as partes concordam e participam ativamente de suas soluções, ocorrendo uma pacificação real dos conflitos e não artificial como acontece na maioria das vezes no Direito oficial.

A associação de moradores, sendo uma expressão sociopolítica da comunidade, se investe de alteridade, auxiliando a resolução de conflitos. Esta dialética é muito importante em Pasárgada, já que lá não existem separadores mecânicos que caracterizam o direito estatal como as tecnologias, a profissionalização e a burocratização.

Por todo o exposto, se pode inferir que a expectativa das partes na favela de Pasárgada é satisfeita de modo significativo quando reconhece a Associação de Moradores como um fórum judicial capaz de atender suas demandas e resolver seus conflitos.

Tal conclusão leva ao questionamento e análise de dois importantes fatores que caracterizam o Direito do Estado, a saber: o nível de institucionalização da função jurídica, analisada a partir do processo de produção em si e das suas relações técnicas e sociais; e o poder dos instrumentos de coerção que estão a serviço da produção jurídica.

O nível de institucionalização da produção jurídica é medido por variáveis como divisão do trabalho jurídico, conseqüentemente, a sofisticação da profissionalização, a hierarquização das tarefas que integram a função; a atuação impessoal dos sujeitos participantes da produção, bem como pelos princípios e normas do sistema jurídico.

Analisando essas variáveis, pode se perceber com clareza que o grau de institucionalização em Pasárgada é bastante precário quando comparado com a do Direito oficial, não impactando, entretanto, no respeito e cumprimento de suas decisões que, pelo contrário, ocorrem naturalmente já que as partes se convenceram da solução porque participaram dela, construíram-na a partir de uma dialética constitutiva.

O mesmo ocorre com o poder dos instrumentos de coerção que estão a serviço da produção jurídica, que representam os meios de violência que podem ser acionados legitimamente para se fazer cumprir uma determinada solução jurídica. Por óbvio que a associação de moradores não a possui, pois não representa oficialmente uma instituição estatal, apesar de reconhecida pela comunidade como tal, sendo então utilizado, na maior parte das vezes, apenas o discurso da violência e da ameaça, tratando-se, sobretudo, de uma retórica da força que visa intimidar as partes caso não seja cumprido o que se convencionou.

Conclui-se, assim, com Boaventura de Souza Santos (1988a), que nas sociedades que apresentam um baixo nível de institucionalização e uma precariedade dos instrumentos de coerção, o discurso jurídico tende a impor-se por um espaço retórico amplo, sendo a ordem jurídica adequada às necessidades da

comunidade e ao seu nível de desenvolvimento, caracterizando, por isso, por um viés sociológico, sociedades autônomas.

3.1.2 O CASO BASÍLIO

O caso Basílio é um exemplo do reconhecimento do Direito estatal aos direitos dos povos indígenas, podendo ser considerado um paradigma a ser seguido. Abaixo se encontra a narrativa completa desta estória extraída na íntegra do artigo de Souza (2008), *in verbis*:

Basílio Alves Salomão, indígena do povo Macuxi, foi denunciado pelo Ministério Público de Roraima em março de 1986 por homicídio contra Valdenísio da Silva, também Macuxi, na aldeia em que ambos viviam. O processo passou para competência da Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de Roraima – em fevereiro de 1992, e em outubro de 1994, depois de ouvidos o réu e as testemunhas, o Ministério Público Federal solicitou laudo antropológico, tendo em vista a necessidade de avaliar, conforme se argumentou, “(a) como o fato criminoso praticado por Basílio repercutiu perante àquela comunidade indígena, tendo em vista seus usos e costumes; b) o grau de imputabilidade do referido índio [Basílio]; c) se houve alguma punição ou qual o sistema primitivo adotado pela comunidade, levando em conta, especialmente, ser ele um tuxaua.”

Deferido pelo juiz, o laudo foi realizado por antropólogo da FUNAI, o qual ressaltou a importância do sistema de liderança para manter a identidade grupal e defender o território, e relatou as consequências do crime em questão para a comunidade Macuxi, uma vez que Basílio era o Segundo Tuxaua do pólo mais importante de uma das regiões do pólo Macuxi, o que abalou a comunidade e levou-a a rediscutir suas práticas de controle social. Os Tuxauas reuniram-se, discutiram e decidiram o destino de Basílio: o desterro, durante o qual Basílio ficaria privado da companhia de seus familiares e privado de iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo.

Quanto ao “grau de imputabilidade”, o laudo argumentou que não se pode basear num suposto “grau de aculturação”, por este revelar o etnocentrismo da sociedade nacional, que toma a si própria como parâmetro de comparação. Por fim, o laudo destacou a vigência de um sistema penal aplicado pela comunidade, que, como demonstrou o caso de Basílio, consiste no julgamento por um conselho de Tuxauas, que analisa os fatos e ouve o réu, aplicando pena de acordo com as tradições e com o acordo da família do ofendido e do restante da comunidade, devendo o cumprimento da pena ser fiscalizado pelo Tuxaua. No caso de Basílio o laudo informa que este ainda se encontrava cumprindo a pena – de início, mais rigorosa, depois, mais flexível – e que contava, no momento de elaboração do laudo (junho de 1995), com quase 10 anos.

Não obstante o laudo ter sido requerido pelo Ministério Público Federal, em suas alegações finais (setembro de 1995), o representante do MPF (que não era o mesmo que pedira o laudo) manifestou-se pela pronúncia do acusado – isto é, que Basílio fosse levado a júri popular –, afirmando, entre

outras coisas, que o laudo antropológico não cumprira com a finalidade para que havia sido requerido. A FUNAI, por outro lado, que atuou durante todo o tempo na defesa de Basílio, por meio de seus advogados, em suas alegações finais pede a absolvição do réu, com fundamento no *estado de embriaguez* em que este se encontraria no momento do crime, alegando ainda a relevância de se avaliar o “grau de aculturação” do indígena. Não faz o defensor qualquer menção ao laudo antropológico constante dos autos.

O juiz federal, na sentença em que pronunciou o réu, aceitou a tese do MPF de que o laudo antropológico não cumprira a finalidade a que se destinava. Afirma o juiz que Basílio “era um tanto quanto aculturado e integrado à cultura brasileira predominante” e, ainda, que não era “alienado da vida civilizada”.

Até esse momento, portanto, o *Caso Basílio* não parece diferir do que é a prática comum de nossos tribunais, ao insistirem no grau de *aculturação*, de *integração* ou de *civilização* de indígenas. Também não é considerado pelo juiz o fato de Basílio estar cumprindo pena imposta pela comunidade a que pertencia, ao se julgar competente para processar (e punir) Basílio.

Levado a júri popular em maio de 2000, Basílio foi absolvido. Entretanto, o que fundamentou sua absolvição pelo Conselho de Sentença (os jurados) não foi ausência de materialidade ou não comprovação da autoria. Apesar de terem decidido que Basílio desferiu a facada na vítima, e que esta facada levou Valdenísio à morte, os jurados consideram que o fato de Basílio ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena era suficiente para isentá-lo de pena no julgamento realizado pela Justiça Federal.

O reconhecimento pela Justiça Federal da aplicação de normas jurídicas que não estão previstas no Código Penal Brasileiro, prática pouco comum na jurisprudência brasileira, torna o *Caso Basílio* singular na prática jurídica brasileira. Com efeito, o desfecho do caso leva-nos à discussão sobre as possibilidades de reconhecimento do(s) Direito(s) indígena(s) no Estado brasileiro, na tentativa de superar o colonialismo jurídico a que estão submetidos os povos indígenas, permitindo, assim, a construção de um Estado plural.

Em ambos os casos o que pode ser percebido é que existem instâncias de poder não institucionalizadas que funcionam regularmente no interior do ordenamento político-jurídico estatal, a despeito de por ele não serem reconhecidos.

A legitimidade dessas instâncias provém de coletividades sociais que se agrupam em torno de valores comuns formadores de suas identidades: político-social, no primeiro caso e étnica, no segundo caso.

As decisões tomadas nestas instituições sociais são válidas e respeitadas para os membros que compõem as comunidades afetadas, possuem legitimidade e eficácia, principalmente porque são tomadas a partir de valores comuns compartilhados no interior dos grupos afetados, eleitos democraticamente a partir de suas sensibilidades jurídicas.

Estão presentes em ambas as situações os princípios valorativos fundamentais delineados por Wolkmer (2001) para a caracterização do pluralismo jurídico: autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância.

Trata-se, como adverte Wolkmer (2001, p. 337) de perceber que

Justiça e Direito são conquistas do povo, extraídos de um social conflitivo e de relações de força que não se confundem com o “legal” positivado e outorgado pelas minorias, camadas e classes privilegiadas, detentoras do poder político e econômico. Trata-se da concepção política comum do Direito e da Justiça, que não passa pelo “legal” abstrato e aleatório, pré-determinado por órgão burocratizado e equidistante da realidade imediata e vivida.

Entretanto, o pluralismo jurídico não fica adstrito apenas às fronteiras do Estado, mas, pelo contrário, extrapola tais barreiras, se fazendo presente também entre os Estados de modo que exista uma variedade de decisões jurídicas decorrentes das inúmeras compreensões acerca do Direito espalhadas pelo globo terrestre.

3.2 PLURALISMO JURÍDICO EXTRAESTATAL

Geertz (1999) apresenta um bom exemplo do pluralismo jurídico extraestatal por meio da análise da aplicação do Direito de algumas comunidades, a exemplo da islâmica, índica e malaia, verificando-se que há uma enorme variedade de sensibilidades jurídicas - dependendo muito das perspectivas culturais, políticas, morais etc. de onde se depreende que as decisões jurídicas só fazem sentido para uma determinada comunidade para um *locus* específico.

Para a comunidade islâmica, por exemplo, o termo *haqq*, um dos nomes de Deus, surge junto com a norma, ou seja, não há subsunção do fato à norma como no Direito Ocidental, o fato e a norma possuem uma relação atávica, nascem juntos, são inseparáveis, significam a sensibilidade jurídica islâmica concretamente situada, nos processos de deliberação e nos procedimentos.

Isto ocorre segundo Losano (2007, p. 399) porque o termo “Islã” significa efetivamente “total submissão a Deus” e o Direito islâmico não se subtrai a tal submissão”, estando subordinado a um ritual religioso, sendo por esta razão a ciência jurídica vinculada à teologia.

Como ensina Segato (2006, p. 215),

não há separação entre igreja e o Estado: A lei islâmica é controlada dirigida e regulada pela religião islâmica. A teocracia controla todos os assuntos, públicos e privados. Governo, lei e religião são uma só entidade.

O texto fundamental do Direito islâmico é o Corão, codificado com base nos princípios revelados pelo arcanjo Gabriel a Maomé (cerca de 570-632), refletindo diretamente a vontade de Deus não podendo, por isso, ser inovado pelo homem (LOSANO, 2007, p. 400).

Além do Corão, Losano (2007, p. 404) aponta mais três importantes fontes teológico-jurídicas do Direito islâmico, quais sejam: a tradição sagrada (*sunnah, suna*), a opinião concordante e a interpretação analógica.

Diferentemente do Direito ocidental, no Direito islâmico não vigora a lógica binária do lícito e do ilícito. Como ensina Losano (2007, p. 401), “o ato jurídico pode ser obrigatório, recomendado, permitido, reprovado e proibido”.

Por isso que a prova testemunhal é de suma importância, valendo mais do que documentos, representando o aqui estamos e ali estamos de uma determinada situação específica, o que é crucial na administração da justiça.

A sharia no Direito islâmico é de extremamente relevante, significando literalmente “o caminho a seguir”, representando o conjunto de normas religiosas, jurídicas e sociais diretamente baseadas na doutrina corânica (LOSANO, 2007, p. 402).

Já para o direito índico, o *dharma* possui papel vital, significando o conjunto de direitos e obrigações de uma determinada classe social definida transcendentemente. A categoria social pode ser se dar em forma de castas, como no hinduísmo, ou pode se dar de forma meritória, como no budismo, já que na Índia encontram-se espalhados de maneira difusa o hinduísmo, o budismo e o hindu-budismo.

O *dharma* possui cinco significados na Índia, consoante Losano (2007, p. 471), sendo

em primeiro lugar, [...] religião, que é uma categoria da teologia, em segundo lugar, significa virtude (oposta a pecado ou vício), que é uma categoria da ética; em terceiro lugar, significa direito, que é uma categoria da jurisprudência; em quarto lugar, significa justiça; em quinto lugar, dever.

O lugar que o rei ocupa no direito Índico é tão decisivo quanto o da testemunha no direito islâmico, pois é ele quem faz a conexão do *dharma* com as consequências práticas de seu governo, é ele que tem a responsabilidade de fazer com que os indivíduos sigam seus códigos naturais segundo sua posição social.

A casta mais elevada para o Direito Índico é a dos brâmanes, a qual goza de privilégios especiais, de modo contrário, os considerados sem castas (sudras), impuros, estavam expostos a penas cruéis e desproporcionais (LOSANO, 2007, p. 469-470).

Ao *dharma* contrapõem-se a *vyavahāra*, uma vez que o *dharma* “representa verdades ou os princípios jurídicos contidos nas fontes escritas do direito bramânico, [...] enquanto *vyavahāra* é, por outro lado o direito positivo” (LOSANO, 2007, p. 472).

A complexa sociedade de castas é refletida na administração da justiça, sobretudo na prática dos tribunais, composta de três tribunais reais e três tribunais de origem popular (LOSANO, 2007, p. 475).

Contrariamente ao Direito islâmico, no Direito Índico a prova escrita é privilegiada, só se chegando ao ordálio se inexistir prova escrita ou, subsidiariamente, testemunho humano (LOSANO, 2007, p. 476).

O eixo do sistema jurídico bramânico, segundo Losano (2007, p. 473) é o conjunto do Código de Manu (*Manusmṛti*), redigido entre o século II a.C. e o século II d.C., os escritos de *Yājñavalkya* e *Narada*.

Para o direito malaio, por sua vez, o termo *adat* é que representa a palavra-chave, que significa decoro e, por consequência, a administração da justiça ocorre de forma consensual, é um acordo social exibido publicamente, sendo, por isso, um Direito menos sistematizado e mais associado à normalização da conduta.

Geertz (1999, p. 318-319) aduz que no sentido de julgamento, *adat* tem a tarefa prática de aproximar-se da harmonia social e do decoro individual, tendo como elemento principal os mecanismos utilizados nas tomadas de decisão e procedimentos no sentido mais comportamental.

Estabelecendo uma associação com o Direito ocidental, Geertz (1999, p. 319) ensina que *adat* possui um sentido similar a etiqueta, importando ao final

que essa unanimidade mental se manifeste não tanto no próprio veredito, que é apenas um desenlace, um aplauso final à concordância, e sim nos processos públicos nos quais é gerada. Para que o decoro seja preservado, é preciso que sua preservação seja visível a todos.

Desse modo, o procedimento da administração da justiça funciona segundo a lógica de análise comportamental, verificando sua normalidade conforme o que foi convencionalizado ou seu desvio, sendo tudo discutido de acordo com a etiqueta do grupo de modo a preservar o decoro, tranquilizando e, ao mesmo tempo, persuadindo um determinado padrão de comportamento.

Granjo (2011) também relata uma rica experiência ocorrida em Moçambique de prática de administração da justiça bem peculiar quando comparada à ocidental. Baseando-se empiricamente em entrevistas e observação participante, aborda acusações e julgamento de feitiçarias como expressão de justiça local.

Uma acusação de feitiçaria em Moçambique, mesmo confessada pelo acusado ou considerada provada pelos acusadores, não conduz necessariamente a uma punição ou marginalização.

Ele aduz que “o sistema dominante de *domesticação da incerteza* e a fenomenologia local da possessão criam mesmo uma possibilidade que, pelo contrário, viabiliza e facilita a reintegração social” (GRANJO, 2011, p. 174).

Fulcral para o desenlace da acusação é o grau de consenso que se estabelece acerca da pessoa a culpabilizar, da sua culpabilidade e da vantagem de destruí-la enquanto ser social, ou mesmo enquanto ser vivo. Isto porque muitas vezes as acusações não chegam a ser objeto de qualquer julgamento formal. Em zonas mais distantes da autoridade estatal é normal que a suspeita coletiva se dê por adivinhação por parte de um especialista.

Nas zonas de maior densidade populacional ou mesmo nas cidades, a obtenção de elementos de provas e a promulgação política da punição tende a formalizar-se. Geralmente, a primeira adivinhação que confirma as suspeitas dos acusadores terá que ser confirmada por um grupo de especialistas indicado pela associação profissional respectiva, numa sessão previamente combinada tensa e solene.

Nesta situação, o meio formal de prova é a adivinhação conjunta por parte dos especialistas designados. Os juizes de feitiçaria dispõem, para confirmar a culpa da pessoa acusada, de uma autoridade e competência que é reconhecida pelas partes através da sua própria presença no julgamento. Os instrumentos utilizados por eles para conduzir a uma confissão ou um acordo de compensação são a sua capacidade retórica e performativa, a par do respeito e do medo que suscitam.

Por último, adverte Granjo (2011, p. 177), “em casos em que suscitem elevadíssima tensão social e unanimidade acerca da culpa da pessoa acusada, poderá chegar-se à realização de um ordálio”.

Realizadas estas pequenas e singelas análises comparativas da diversidade do direito islâmico, índico, malaio e moçambicano, pode-se inferir que o direito é, de fato, um saber local, constitutivo de realidades válidas para um determinado grupo social, representação de um imaginário coletivo que almeja disciplinar desejos e sistematizar deveres sob o ponto de vista da comunidade local.

E é por isso que os significados extraídos de suas decisões práticas servem apenas e tão-somente para os locais em que foram produzidos, tendo um sentido específico, único, não podendo, por isso, ser transportado, exportado, migrado de uma cultura para outra, pois sua estrutura simbólica, de significantes, não mais faria sentido e por via de consequência haveria a implosão do sistema jurídico nativo.

Dessa conclusão se extrai a importância do pluralismo jurídico nas sociedades modernas, da necessidade de coexistirem instituições jurídicas diversas respeitando-se umas às outras de modo a compatibilizar suas imagens coerentes com suas fórmulas consequentes para que todas possam existir autonomamente, preservando sua identidade cultural e a sensibilidade jurídica de sua comunidade.

3.3 O DIREITO PENAL REPENSADO A PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO

O pluralismo jurídico como já supra referido defende um direito aberto aos influxos da sociedade, defende um direito cultural interessado em proteger as diferenças, sejam estas individuais ou coletivas, dispondo de tratamentos diferenciados caso o titular pertença a uma cultura determinada.

Carnevali Rodríguez (2007, p. 11) adverte que os direitos culturais podem ser positivos ou negativos, demandando estes a não interferência do Estado ou de outros indivíduos no exercício dos direitos individuais, e aqueles uma atitude ativa por parte do Estado, que deve adotar medidas para preservar certas culturas, como, por exemplo, construir edifícios para práticas religiosas.

Estas duas posturas, como aponta Carnevali Rodríguez (2007, p. 11-14), se relacionam com as teses do liberalismo e do comunitarismo no tocante ao reconhecimento dos direitos culturais. Numa perspectiva do liberalismo, o Estado

deve respeitar os direitos culturais, assumindo uma posição neutra para com eles, enquanto os comunitaristas entendem que o Estado deve assumir uma postura ativa na promoção de certas expressões culturais, fomentando a particularidade, salvaguardando a identidade e reconhecendo direitos de caráter coletivo.

Estas duas teses – liberalismo e comunitarismo - trazem repercussão no tocante à interpretação dos direitos fundamentais, entendendo os liberais que se tratam de direitos universais e, portanto, de conteúdo imutável e os comunitaristas de valores históricos, variando a sua compreensão conforme as realidades culturais (CARNEVALI RODRÍGUEZ, 2007, p. 16).

A hermenêutica advinda de tais concepções teóricas indubitavelmente reflete nas propostas de solução de conflitos em sociedades multiculturais em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito Penal que foi

tradicionalmente construído sobre os valores de uma sociedade (erroneamente) considerada homogênea, mas que hoje não tem mais razão de ser ante a evidência de uma grande maioria de Estados pluriculturais. Uma incontestável realidade que repercute sobre alguns de seus princípios básicos, como os da legalidade e culpabilidade, e que obriga inclusive a reformular suas próprias categorias para adaptá-las a novas exigências (SANZ MULAS, 2014, p. 3).

Sanz Mulas (2014, p. 14), citando Ferreira, afirma que podem advir duas possíveis soluções do Direito Penal para solucionar esses conflitos interculturais, variando em razão da postura ideológica que defenda na seara dos direitos humanos, quais sejam:

A admissão de um pluralismo jurídico, que aceita uma espécie de relativismo cultural, permitindo diferentes soluções segundo o background cultural; e a existência de um único Direito Penal, neutral em relação aos acontecimentos ou as preferências culturais ou de origem étnica, mas articulando possíveis vias que tenham em consideração as motivações culturais.

Sanz Mulas (2014, p. 15-16), citando Becerra, aduz ainda que quando se adota a versão do pluralismo jurídico o pressuposto basilar que decorre a partir do Direito Penal é que este não pode sancionar a diversidade cultural em respeito ao direito consuetudinário, devendo-se respeitar as distintas valorações sobre as condutas que provenham de parâmetros culturais diversos e preexistentes à cultura oficial.

A título de exemplo e advertindo acerca da dificuldade enfrentada pelo Direito Penal no tocante a encontrar soluções para os conflitos interculturais, Carnevali Rodríguez (2007, p. 17-18) cita alguns casos emblemáticos como as mutilações genitais admitidas por certas culturas do norte da África e outros países árabes; a poligamia praticada por mulçumanos; as mortes, inclusive de menores, para resguardar a honra da família e os atos constitutivos de maus tratos familiares e trabalhos infantis que são tolerados a respeito do pai de família.

Questiona Carnevali Rodríguez (2007, p. 21) acerca da possibilidade de, nesses casos, se estabelecerem fronteiras “que permitam falar em delitos culturalmente orientados ou motivados e, com isso, determinar se cabem respostas particulares”, conduzindo de imediato tal questionamento a outro, qual seja:

Se resulta válido ou não manter uma espécie de presunção de igualdade entre os valores de diversas culturas ou, se corresponde, que uma sociedade realize um juízo de legitimidade a respeito do comportamento de outras culturas minoritárias.

Aduz que os comunitaristas defendem o estabelecimento de diversos sistemas sancionatórios – com suas próprias instituições - circunscritos territorialmente, atendendo o sentimento de pertença de certos grupos culturais.

Em sua visão, entretanto, tal procedimento leva a uma generalização de guetos dentro da sociedade podendo derivar em um desmembramento social, impactando, inclusive, na eficácia da prevenção geral pelo Direito Penal. Ademais, a fragmentação do Direito Penal em direitos penais próprios iria levar a se admitir certos comportamentos intoleráveis para o resto dos componentes sociais (CARNEVALI RODRÍGUEZ, 2007, p. 22).

Os delitos culturalmente motivados, explica Carnevali Rodríguez (2007, p. 24), são aqueles cometidos por alguém pertencente a uma cultura minoritária, não sendo considerado delito no interior de sua esfera cultural, seja porque é atípico, justificado ou exculpado a despeito de ser um delito dentro do sistema penal da cultura majoritária. Podem também ser considerados delitos em ambas as culturas, porém possuem tratamento diferenciado.

Em outras palavras, delitos culturalmente motivados são aqueles “casos em que determinadas condutas contrárias a norma penal do país “anfitrião”, se explicam

sem embargo em razão da cultura a qual pertence o infrator” (SANZ MULAS, 2014, p. 13).

Para identificar se estamos diante de um delito culturalmente motivado é necessário o preenchimento de três elementos, segundo Carnevali Rodríguez (2007, p. 24-25), que são: a) os fatores psíquicos, ou seja, a determinação dos motivos para atuar, caso se apoiem em motivações culturais; b) a relação desses motivos de natureza individual com o grupo cultural a que pertence, o que ele denomina de fatores objetivos e, por fim, c) se existe uma relação antinômica entre a cultura de pertença e a cultura do lugar de residência.

Constatada a existência de delitos culturalmente motivados se deve passar à análise do tratamento sistemático dado aos sujeitos que os cometem, tendo a literatura e jurisprudência norte-americana adotado, nestes casos, a *cultural defenses*. Quando se fala de *defenses*, se aponta essencialmente a concorrência de certos fatores ou circunstâncias que permitem excluir ou diminuir a responsabilidade penal. Concorrendo a esses fatores o componente cultural, pode-se falar em *cultural defenses* (CARNEVALI RODRÍGUEZ, 2007, p. 25).

Para o Direito norte-americano a *cultural defenses* não constitui uma eximente autônoma, mas tomam em consideração os valores culturais recorrendo às instituições gerais, tais como o erro de fato, estados passionais, a provocação, a enfermidade mental e a imputabilidade diminuída (CARNEVALI RODRÍGUEZ, 2007, p. 26).

Todas essas eximentes encontram respaldo no Direito Penal por conta da existência de algum tipo de vício que faz com que a culpabilidade seja diminuída ou mesmo justificada. Utilizar tais eximentes na seara cultural pode significar, portanto, denegrir toda a tradição e cultura de um grupo minoritário, “sendo os custos, em consequência, maiores que os benefícios, pois para deixar impune o autor do delito culturalmente motivado se afeta necessariamente toda a comunidade de origem” (SANZ MULAS, 2014, p. 18).

Esta postura estadunidense demonstra a sua opção teórica pela tese do liberalismo, já supra exposta, uma vez que

se trata de um sistema que quer mostrar-se sensível à diferença étnico-cultural mas não cede frente a mesma, um sistema que não está disposto a pôr em discussão os fundamentos de um direito penal de signo ocidental,

que sempre e em toda circunstância devem ser confirmados (SANZ MULAS, 2014, p. 18).

Para Carnevali Rodríguez (2007, p. 27) o tratamento que deve ser dado aos delitos culturalmente motivados é o de erro de proibição, uma excludente de culpabilidade, fundamentado não no desconhecimento da norma penal, mas na sua falta de compreensão, uma vez que

podendo conhecer a proibição da norma, o sujeito não a pode compreender por ter internalizado um conjunto de valores diferentes, que podem inclusive serem incompatíveis com os compartilhados pela cultura dominante.

Para Zaffaroni (2015, p. 576-577), o erro de compreensão culturalmente condicionado ocorre “quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da nossa, e desde criança tenha internalizado as regras de conduta desta cultura, como no exemplo dos enterros clandestinos do indígena”. Como regra geral, nesses casos, a culpabilidade deve ser excluída por ser um erro de proibição invencível.

Mas para Zaffaroni (2015, p. 577), “o condicionamento cultural nem sempre dá lugar a um erro de proibição, mas pode dar lugar a distintas classes de erros”. Cita o exemplo da cultura ahuca no oriente equatoriano na qual se acredita que o homem branco sempre matará um dos seus membros e, por isso, vai matá-lo assim que o ver. Tal fato é encarado como um ato de defesa e, assim, diante dessa situação, estar-se-á diante de “um erro de proibição culturalmente condicionado, mas que constituirá uma justificação putativa e não um erro de compreensão”.

Da mesma forma, será um caso de defesa putativa baseada em erro sobre a concepção da causalidade

acreditar numa causalidade mágica e entender que se defende legitimamente aquele que crê seriamente estar sendo levado à morte por outrem através de sortilégios, o que é muito comum nas culturas africanas, requerendo mortes particularmente cruéis para esconjurar os “bruxos” (ZAFFARONI, 2015, p. 577).

Por fim, Sanz Mulas (2014, p. 16), citando Becerra, apresenta outra concepção de tratamento dado pelo Direito Penal aos delitos culturalmente motivados, não se devendo sequer buscar o instituto da culpabilidade nestas situações

pois deste modo se estaria reconhecendo a supremacia de uma cultura sobre a outra. E isto porque em um Estado que desconhece a diversidade e

baseia sua soberania numa visão de um só grupo (e cujos interesses representa), o interesse “comum” se converteria em um interesse de um grupo e o desenvolvimento de políticas estatais se converteria assim em um desenvolvimento de políticas que refletem uma relação de dominação. Isto é, a justiça penal que não respeita a diversidade cultural termina sendo uma justiça discriminatória na qual um parâmetro cultural é imposto a quem responda a um modelo distinto. (SANZ MULAS, 2014, p.16)

Assim não há que se falar em erro, pois a pessoa atua por um condicionamento cultural “e obviamente seus valores e padrões culturais não são uma forma errônea de perceber o mundo, senão uma forma própria tão válida quanto outras” (SANZ MULAS, 2014, p. 21).

Os delitos culturalmente motivados, destarte, podem ter tratamento diferenciado na dogmática penal e serem tratados como uma excludente de antijuridicidade em vez de excludente de culpabilidade, como, por exemplo, um exercício regular de direito amparado pela cultura minoritária (SANZ MULAS, 2014, p. 19).

Talvez esta seja a resposta estatal mais condizente ao ideal dos comunitaristas, porém, inaplicável ao caso concreto, uma vez que “nenhum dos ordenamentos jurídicos europeus tem reconhecido em alguma medida a especificidade cultural no âmbito do Direito Penal” (SANZ MULAS, 2014, p. 29).

Essa realidade é facilmente percebida quando se analisa as soluções encontradas pelo Direito Penal para os casos das mutilações genitais femininas. O Reino Unido e a Suécia promulgaram leis penais *ad hoc* para proibir e penalizar esta prática; a Bélgica, a Dinamarca e a Itália reformaram seus Códigos para incluir essa prática como um delito autônomo; a Alemanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo, Portugal entenderam que já existem em seus Códigos Penais adequação típica perfeita para tal prática, notadamente nos delitos de lesões e suas causas agravadas por conta das vítimas serem menores ou pelo fato das lesões serem cometidas por seus pais (SANZ MULAS, 2014, p. 28-29).

4. O PROBLEMA DO HOMICÍDIO INFANTIL NAS COMUNIDADES INDÍGENAS BRASILEIRAS

Antes de adentrar na problemática do homicídio infantil nas comunidades indígenas brasileiras, deve ser ressaltado que este tema, quando tratado na literatura pátria, é referido como “infanticídio indígena”, haja vista se tratar da prática de *infante* (de origem latina), cujo significado é não-falante (ADINOLFI, 2008, p. 14).

O infanticídio é definido por Adinolfi (2008, p. 14) como a prática de morte intencional de recém-nascidos humanos e baseando-se na terceira edição da *Encyclopedia of Bioethics* entende que os motivos seriam doença terminal; experiência insuportável de dor ou sofrimento; nascimento com anomalias inaceitáveis; gênero, raça, classe maternidade ou paternidade consideradas erradas; ameaças políticas e/ou econômicas; sacrifícios em rituais religiosos; embarços, frustração ou inconveniente.

Tecnicamente está incorreta tal definição, pois o crime de infanticídio no direito penal brasileiro ocorre apenas e tão-somente quando a mãe mata o próprio filho sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após (art. 123, CP).

A explicação da terminologia “infanticídio indígena” para se referir à morte de crianças indígenas em suas aldeias é justificada por Silva e Machado (2014, p. 30) consoante a lógica da origem histórica do infanticídio, assim como pela explicação etimológica da palavra “matar criança”.

Como se demonstrará adiante, não é esta a causa da morte de crianças indígenas no vasto território da Região Amazônica, não sendo correto tratar deste problema sob esse prisma, motivo pelo qual esta tese doutoral optou pela terminologia homicídio infantil.

Curioso é que até Adnolfi (2008, p. 17) reconhece que “não são mortos apenas bebês recém-nascidos, mas também crianças e até adolescentes. Niawi e Hakani, por exemplo, foram enterrados já com cinco e dois anos, respectivamente [...]”.

Apesar de o objeto de estudo da tese versar sobre o homicídio infantil nas comunidades indígenas da Região Amazônica, é salutar ressaltar que este problema não se encontra adstrito a estas comunidades nem está limitado ao território brasileiro, mas se encontra espalhado de modo difuso em muitas culturas de povos autóctones.

Em Guiné-Bissau, pequeno país da costa ocidental da África, por exemplo, é comum tal prática nas etnias Mancanha, Manjaco e Pepel de matriz cultural comum, possuindo dialeto semelhante e religião animista, que influencia as práticas e rituais de seus membros (DIAS, 1996, p. 8).

Quando uma dessas três etnias nasce com uma deformação física marcante ou com comportamento estranho, algumas pessoas, sobretudo da família da mãe, acabam por duvidar se se trata mesmo de uma pessoa, podendo ser nestes casos um *ucó* (mau espírito) que se apoderou da mãe, causando-lhe a morte ou problemas em futuras gerações (DIAS, 1996, p. 8-9).

Do mesmo modo ocorre com a etnia kaxinawá, localizada no leste do Peru, que entende que as más formações são sinal de uma criança-espírito, podendo a mulher ter sido fecundada pelos *yushins*, que são espíritos associados com o excesso e a mutabilidade (SANTOS-GRANERO, 2011, p. 6).

Adolfi (2008, p. 14) ensina que “a prática de infanticídio ocorre entre diversos povos, como os gregos da Antiguidade, os indianos, os romanos, os povos indígenas das Américas e outros”.

Citando o bioeticista Peter Seinger, Adolfi (2008, p. 14-15) explana diversos casos de infanticídio em várias partes do mundo:

entre os povos esquimós Tetsilik (que o fazem como forma de controle populacional, para terem equilíbrio entre o número de crianças e o de caçadores, e portanto entre comida e demanda); entre os !Kung do Kalahari, o motivo é também a dificuldade de alimentar a todos; e os Tikopia, da Polinésia, que também decidem pelo infanticídio a partir da comparação entre o suprimento de comida e o tamanho da família; japoneses praticaram o infanticídio até o século XIX.

Nas sociedades indígenas da Amazônia, região norte do Brasil, a explicação para se matar uma criança varia muito em função da comunidade indígena que lá se encontra situada. Santos-Granero (2011, p. 6) cita, a título de exemplo, os Mehinaku, os Desana e os Tenetehara.

Os Mehinaku atribuem o nascimento de gêmeos ou crianças excessivamente grandes à promiscuidade da mãe, pois acreditam que as crianças vão crescendo pelo acúmulo de sêmen de um ou mais machos no ventre da mãe, podendo a criança, nesse caso não humana, ser enterrada viva.

Os Desana, por sua vez, atribuem o nascimento de gêmeos à mistura de comidas masculina e feminina pelos pais, sendo este acontecimento um tabu. Essa

transgressão é associada ao adultério e, por extensão, à endogamia incestuosa, sendo permitida a morte da criança nestes casos, já que representa tanto uma ameaça à humanidade quanto à vida social.

Já os Tenetehara possuem fortes tabus com relação a matar e comer animais considerados *tapiwára* ou “portadores de espírito”, por isso, se o pai ou a mãe assim o fizerem, o espírito do animal entra no feto, desenvolvendo traços indesejáveis como dos animais, nascendo bebês com feições não humanas que são imediatamente enterrados.

A criança pode ainda ser morta por causa de uma transgressão social, como, por exemplo, nascer fora do casamento ou ser fruto de relações adúlteras, não sendo, portanto, uma pessoa de verdade, devido à ausência de conexões sociais adequadas (SANTOS-GRANERO, 2011, p. 6-7).

Simões (2012) afirma que no Brasil, “existem mais de quinze tribos indígenas brasileiras que mantêm uma prática cultural de ceifar a vida de suas crianças por nascerem com defeito físico ou cultural”, utilizando métodos diversos para interditar a vida da criança como, por exemplo, sufocação, envenenamento, abandono, dentre outros.

Esteves (2012, p. 13) aponta o registro do homicídio infantil indígena ao menos em 17 etnias brasileiras: Uaiuai, Mehinaco, Tapirapé, Ticuna, Amondaua, Uru-eu-uau-uau, Suruwaha, Deni, Jarawara, Jaminawa, Waurá, Kuikuru, Kamayurá, Parintinti, Yanomami, Paracaná e Kajabi.

Entre os Yanomami,

o infanticídio é a principal causa de morte entre as crianças com menos de um ano. O que pode parecer uma barbárie aos olhos da sociedade não-índia não passa de um traço cultural desse povo, que é considerado o mais “primitivo” do mundo (COMISSÃO PRÓ-YANOMAMI).

Percebe-se, diante do exposto, que há uma variedade de crenças advindas de povos autóctones e indígenas que levam à prática de ceifar a vida de crianças, sendo certo afirmar que “num caldo de diversas etnias e culturas pode-se constatar [...] que cada povo indígena e até mesmo cada comunidade indígena possui um sistema normativo e autoridades para elaborar regras próprias” (VILLARES, 2012, p. 15).

No interior das sociedades indígenas amazônicas há, portanto, uma pluralidade de cosmologias, o que ressalta a diversidade cultural existente nesta parte do território brasileiro que, a despeito das diferenças, mantém um ponto em comum entre todas elas, qual seja: a concepção de pessoa.

Para os povos indígenas a noção de pessoa se encontra estritamente relacionada com a de corporalidade, sendo este um idioma simbólico local, de modo que “o corpo, afirmado ou negado, pintado e perfurado, resguardado ou devorado, tende sempre a ocupar uma posição central na visão que as sociedades indígenas têm da natureza do ser humano” (SEEGER; MATTA; CASTRO, s/d, p. 4).

Isto porque o corpo é visto como “instrumento, atividade, que articula significações sociais e cosmológicas: o corpo é uma matriz de símbolos e um objeto de pensamento” (SEEGER; MATTA; CASTRO, s/d, p. 11).

Ensina Feitosa (2010, p. 84-85) que “as marcas no e do corpo serão, ao longo de toda vida, evidências identitárias da pessoa. São elas que asseguram a ideia do contínuo [...], a autoconsciência do existir enquanto pessoa”.

O corpo enquanto matriz simbólica ocupa posição central na estrutura da organização tribal. “A fabricação, decoração, transformação e destruição dos corpos são temas em torno dos quais giram as mitologias, a vida cerimonial e a organização social” (SEEGER; MATTA; CASTRO, s/d, p. 11).

4.1 A DEFINIÇÃO DE PESSOA HUMANA NA COSMOLOGIA AMERÍNDIA

As concepções de “pessoa” e “humanidade” nas sociedades amazônicas não coincidem com as das sociedades ocidentais. Segundo Santos-Granero (2011, p. 3),

em contraste com o isomorfismo presumido entre as noções de pessoa e humanidade, hipótese que informou muito sobre a religião e a filosofia ocidentais desde o começo da era cristã, nas ontologias ameríndias estas duas condições são consideradas como estados independentes de existência, que podem ou não se manifestar conjuntamente.

Ensina Feitosa (2010, p. 75) que

tendo perdurado por vários séculos, o pensamento cristão tornou-se base da modalidade europeia e determinou o comportamento ético das sociedades ocidentais que devotam especiais privilégios à espécie humana.

A condição de pessoa é um atributo de todos os seres vivos para as sociedades indígenas amazônicas, porém a humanidade é uma qualidade que diz respeito a apenas um tipo de ser, caracterizado como “pessoa de verdade”, e nessa medida

consideram pessoa e humanidade condições adquiridas em processos determinados pela natureza da interação social, em sentido amplo, ou seja, incluindo a interação com pessoas não humanas, como animais, plantas e objetos (SANTOS-GRANERO, 2011, p. 3).

Como ensina Holanda (2008, p. 26),

o status de pessoa é um atributo dado pelo “nós”, pelas relações entre mãe-pai-bebê e entre estes e seu povo. Já a condição humana se dá pela relação com os demais seres que compõem a cosmologia e, portanto, demanda a existência dos Outros.

O processo de se tornar uma pessoa humana é muito complexo nas sociedades ameríndias da Amazônia, é “um processo social que envolve a contribuição não apenas dos pais, mas também de parentes próximos e amigos por meio de seus presentes de comida, ornamentos e conhecimento ritual” (SANTOS-GRANERO, 2011, p. 8).

Diferentemente das convicções biomédicas do mundo ocidental, entre os ameríndios não há simultaneidade entre o nascimento e a pertença ao mundo social. A garantia de parentesco não advém da procriação, mas uma condição a ser continuamente produzida pelas trocas e relações (HOLANDA, 2008, p. 16).

A procriação é fabricação, no caso na ontologia indígena, os pais não dão vida à criança, mas articulam a sua introdução em uma comunidade de substâncias, de moralidades e de diferenças (HOLANDA, 2008, p. 26).

Holanda (2008, p. 134) citando Conklin e Morgan, aduz que

enquanto os ameríndios transferem elementos fortemente sociais para os bebês no intuito de torná-los humanos, a substância transferida no ocidente judaico-cristão é o gene, o componente estrutural de uma pessoa.

Ensina Santos-Granero (2011, p. 5) que

a humanidade não é garantida pelo fato de se nascer de mãe humana. As mulheres podem ser fecundadas por animais, espíritos e outras pessoas não humanas que visam avançar os interesses da sua espécie em detrimento de seus competidores.

Do mesmo modo, aduz Holanda (2008, p. 16) que

a constituição da humanidade indígena depende da aquisição de elementos no “exterior”, originalmente possuídos por não humanos, e sua contínua elaboração é fruto das relações entre esta humanidade e seus outros – os animais, os mortos, os inimigos, os brancos – de onde emana o que é social.

É este movimento evocado pela alteridade que faz o social, como os afins, os inimigos e os mortos. Porém, alguns neonatos nunca participarão dessa dinâmica das relações, uma vez que a eles carece “saber ser”. Nestes casos, podem tanto tornar-se outros, como animais, por exemplo, como serem excluídos de qualquer outra relação, tanto de parentesco quanto de afinidade (HOLANDA, 2008, p. 17).

Os entes “estão fora de tudo o que elabora o regime ontológico transformacional, estão fora do simbólico e do prático, não existem como conceito ou imagem, não participam do movimento que faz humanos e não humanos” (HOLANDA, 2008, p. 25).

São casos em que os entes ultrapassam as fronteiras ontológicas, se colocando no mundo mostrando que não sabe pertencer. Quebram o que deve ser por desconhecerem as regras e, por isso, são punidos com a impossibilidade de gozarem do social (HOLANDA, 2008, p. 21).

Visando elucidar a questão ontológica da elaboração da humanidade no universo ameríndio, Holanda (2008, p. 18-20) cita um exemplo emblemático associado aos Desana do alto Rio Negro. No mito citado em seu exemplo, os irmãos sol e lua são os responsáveis pela ligação entre os elementos essenciais para pensar a vida, a personalidade e a morte.

O primeiro elemento a ser destacado é o fumo, que permite a criação, a transformação, o movimento e assim a vida. Os objetos transformados em ancestrais de humanos instaura uma instabilidade que é central para compreender os processos de elaboração da personalidade indígena.

O cosmos é formado a partir das inconstâncias, fluxos e ciclos entre humanos e não humanos, entre vida e morte. A diferenciação entre os seres é a base de mundos sociais nos quais a alteridade é definidora das relações. Contudo, as relações entre os seres não se dão de forma aleatória, é importante cada humano seguir devidamente os ritos, as prescrições reveladas pelo ancestral místico.

Os Desana só puderam fundar a humanidade quando provaram ao trovão que “que eles sabiam fazer as coisas direito”. Ademais, a formação das mulheres se relaciona intrinsecamente com a importância do fogo. É a sabedoria da utilização do fogo que distingue a humanidade, a partir do momento que os humanos roubam das onças esse conhecimento.

Para esta etnia indígena o fogo é vida, já que é uma forma de consumir a alteridade, incorporando-a. A partir da sabedoria de usar o fogo a humanidade é elaborada, bem como os seus outros: as onças, as cobras, os diferentes.

A estrutura social indígena, portanto, se encontra alicerçada em cosmovisões de mundo completamente diferentes da sociedade nacional, a sua gramática de significantes e significados muitas vezes não encontra correlação alguma fora de seus contextos, por esta razão,

algumas ações ou omissões que para o Direito Penal são tipificadas como crimes podem não ser condutas reprováveis socialmente para um povo indígena. Essas ações podem, pelo contrário, ser exigidas pela sociedade indígena que as considera necessárias (VILLARES, 2012, p. 24).

Simões (2012), a despeito de defender a tese do universalismo cultural, entende que a nação indígena possui um *ethos* completamente diferente da comunidade nacional haja vista serem dois mundos completamente diferentes, um pautado na ontologia e outro da deontologia.

Este é o caso, por exemplo, do crime de homicídio, tipificado no art. 121 do Código Penal brasileiro. Tal conduta não é reprovada socialmente para algumas comunidades indígenas, como já supra exposto, pois “a vida individual como experiência física pode ser considerada secundária à sobrevivência do grupo, à natureza e ao meio ambiente, ao corpo espiritual ou à honra de outro indivíduo” (YAMADA; BELLOQUE, 2012, p. 127).

É preciso ressaltar que

os interditos de vida ameríndios não são um processo de transformação religiosa dos entes porque antes eles não são postos no movimento de pertencimento da vida e nem da morte [...]. Eles não entram na rede de reciprocidades e alterizações. Se estes entes estão impossibilitados de relacionar-se, eles estão fora tanto do social quanto do sagrado e do complexo ontológico vida-morte. O que os ameríndios matam é a possibilidade de relação e não um outro – porque este carece de uma relação para existir (HOLANDA, 2008, p. 110).

Daí a necessidade de respeitar as diferenças e a identidade cultural de cada povo de modo a preservar o sentido das práticas culturais nas quais os indivíduos são reconhecidos e se reconhecem em sua organização social. Esta postura é determinante num Estado de Direito que assegura, enquanto princípio, a autodeterminação do povo.

O princípio da autodeterminação teve dupla origem, “tanto foi concebido como direito individual de rebelião contra a tirania quanto o de lutas sucessivas dos povos contra diferentes formas de dominação” (BARBOSA, 2001, p. 316).

Constante na Carta das Nações Unidas de 1945, o seu artigo primeiro “enumera dentre os fins da organização, a elaboração de relações internacionais fundadas no respeito do princípio da autodeterminação dos povos” (BARBOSA, 2001, p. 316).

Em 1960, através das Resolução 1514 da Assembleia Geral, o princípio da autodeterminação deixou de ser um princípio político e passou à condição de direito, afirmando que “todos os povos têm o direito de livre determinação, eles determinam livremente seu status político e continuam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural” (BARBOSA, 2001, p. 316).

Posteriormente, esse princípio é retomado na íntegra em 1966 no Pacto dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tratando-se de uma norma imperativa do Direito Internacional, não podendo ser derogada por nenhuma outra (BARBOSA, 2001, p. 316-318).

Barbosa (2001, p. 324), citando Wilhelm, afirma que identidade cultural e autodeterminação são indissociáveis, não podendo haver real independência sem respeito à identidade cultural que “é o critério último na definição de povo, sujeito ativo do direito à autodeterminação e desencadeia, conseqüentemente, o processo de autodeterminação”.

4.2 “SER ÍNDIO”: UM CRITÉRIO DE AUTOIDENTIFICAÇÃO ÉTNICA

O conceito de índio não é pacífico de entendimento entre os membros da comunidade nacional. O imaginário popular ainda se encontra arraigado a conceitos construídos no período colonial, vendo-os como seres primitivos e inferiores.

A designação de índio, para a comunidade nacional, continua sendo, até o presente momento, a mesma de quando Cristóvão Colombo chegou à ilha de São Salvador, nas Bahamas, ou seja, definida e determinada por impregnação visual e genética,

...de modo que não poderia ser índio quem não fosse razoavelmente escuro-avermelhado, não tivesse cabelos negros e lisos, olhos levemente puxados e, se possível, com muita tinta no rosto e pouca roupa no corpo (PONTES, 2012, p. 168).

Consoante Manuela Carneiro da Cunha citada por Barreto (2011, p. 36):

Nosso imaginário – e, por que não dizer, nosso entendimento – está repleto desta correlação: índio é aquele ser que vive na selva, anda nu, é feroz, primitivo...ou, ao contrário, está em um museu vivo, é o “bom selvagem”.

O legislador brasileiro, por sua vez, designou índio ou silvícola:

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 (Lei 6.001/73, art. 3º inc. I).

Nesse sentido, a lei 6.001/73 confundiu índio e silvícola, como preleciona Manuela Carneiro da Cunha citada por Barreto (2011, p. 36) “como se todo índio fosse habitante da selva, desconsiderando a possibilidade, se não o fato, de que existem índios sobrevivendo nas periferias das pequenas e grandes cidades”.

Pontes (2012, p. 169) afirma que o legislador brasileiro levou em consideração três critérios para definir o índio, quais sejam: “a) autoconsideração (“que se identifica”); b) consideração da sociedade (“e é identificado”); e c) hereditariedade (“de origem e ascendência pré-colombiana)”. O critério da hereditariedade, entretanto, não se encontra de acordo com a teoria antropológica moderna, que aponta como melhor critério de conceituação de “ser índio”, o de autoidentificação étnica (PONTES, 2012, p. 169).

O critério de hereditariedade também não encontra consonância com a prescrição normativa da Constituição brasileira de 1988, que protege o sentimento indígena, como mostram os antropólogos. Consoante aduz Pontes (2012, p. 170):

O espírito constitucional está permeado de infrangível consideração aos aspectos culturais do povo indígena, [...] há uma notória consideração com o exercício atual das tradições e culturas históricas dos índios como forma de inclui-las na conjuntura cultural brasileira.

Visto por outro prisma, Barreto (2011, p. 33) analisando o art. 3º, inc. I, da Lei 6.001/73, entendeu que os três critérios adotados na definição de índio, foram os seguintes:

Genealógico, quando se refere à “origem e ascendência pré-colombiana”; cultural, ao mencionar as “características culturais [que] o distinguem da sociedade nacional”; e, por fim, pertença étnica, na expressão “que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico”.

O critério cultural, da mesma maneira que o critério genealógico (hereditário), não encontra guarida na visão antropológica moderna nem na Carta Magna brasileira, pois, consoante preleciona Manuela Carneiro da Cunha citada por Barreto (2011, p. 36), “traços culturais podem variar no tempo e no espaço, como de fato variam, sem que isto afete a identidade do grupo”.

Desta forma, o que se deve levar em consideração na conceituação do índio é apenas e tão-somente o critério de autoidentificação étnica, o seu sentimento de pertença a um determinado grupo indígena, bem como o sentimento deste grupo para com este indivíduo que se sente e se autodenomina índio.

Seguindo esta premissa, o Estatuto da Sociedade Indígena, Projeto de Lei 2.057/91, já prevê o conceito de índio em seu art. 92 sem o critério da vinculação hereditária e cultural, entendendo que “índio é todo indivíduo que se identifica como pertencente a uma sociedade indígena e é por ela reconhecido como tal”, não importando

se o indivíduo tem origem indígena, se é ancestral dos povos pré-colombianos, pois o que importa é saber se aquele indivíduo se identifica e é considerado pelo meio que o circunda como um verdadeiro índio, como um verdadeiro perpetuador da cultura autóctone no vasto caldo cultural brasileiro, porque é isso que a Constituição quer preservar (PONTES, 2012, p. 171).

A proposta presente no Projeto de Lei 2057/91 encontra-se em perfeita harmonia com a antropologia contemporânea, como ensina Barreto (2011, p. 34), “a qual elimina critérios raciais, inaceitáveis e realça a continuidade histórica e a autoidentificação como definidoras da etnia”.

4.3 O TRATAMENTO JURÍDICO DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO BRASILEIRO

Santos Filho (2012, p. 18) afirma que “a legislação indigenista brasileira se inclinou sempre pela exclusiva defesa dos interesses dos colonizadores sem preocupação ou respeito com a cultura dos índios que já habitavam as terras”.

Do mesmo modo Souza (2008, p. 1-2) afirma que o Estado brasileiro sempre pautou sua relação com os povos indígenas muito mais pela negação do que pelo reconhecimento de seus direitos, já que possuía interesse pelas terras que hoje ocupa aliada a concepção ideológica etnocentrista a respeito dos povos considerados primitivos, levando ao Estado a apostar na extinção dessas populações.

A Constituição Republicana de 1891, assim como a Constituição do Império, não continham nenhuma previsão legal sobre os direitos indígenas. Apenas em 1910 foi editado o Decreto 8.072, criando o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), transformado em 1918 no Serviço de Proteção ao Índio (SPI) (SANTOS FILHO, 2012, p. 18).

O Decreto 8.072

previa a demarcação das terras ocupadas pelos índios, que delas teriam usufruto exclusivo; estabelecia a colocação em prática de meios mais eficazes para evitar que civilizados invadissem terras de índios e reciprocamente; preconizava o respeito à organização interna das tribos, seus hábitos e instituições, e a promoção, sempre que possível, da restituição dos terrenos ocupados” (SANTOS FILHO, 2012, p. 37).

Em 1916, foi aprovado o Código Civil, que previa em seu art. 6º a relativa capacidade dos índios para a prática de atos da vida civil e, em 1928, foi editado o Decreto 5.484, que regulava a situação dos índios nascidos em território nacional, com cinquenta artigos (SANTOS FILHO, 2012, p. 38).

Foi apenas a Constituição de 1934 “que tratou dos direitos dos povos indígenas, assegurando aos índios a posse de seus territórios, atribuindo à União a responsabilidade pela promoção da política indigenista”, previsão esta mantida pelas Constituições de 1937 e 1946 (SANTOS FILHO, 2012, p; 40).

Em 1961 foi criado o Parque Nacional do Xingu, no governo do Presidente Jânio Quadros, tendo por fundamento a preservação das condições em que viviam

diversos povos indígenas da Região do Xingu, incluindo o seu meio ambiente (ARAÚJO, 2006, p. 28).

A Constituição de 1967, além de reconhecer a posse das terras que habitavam aos silvícolas, também previu o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades neles existentes.

Foi também no ano de 1967 que foi editada a Lei nº 5.371, a qual substituiu o Serviço de Proteção aos Índios (SPI) pela FUNAI – Fundação Nacional do Índio, tendo por finalidade

aplicar a política em prol do índio no território nacional; zelar pelo patrimônio indígena; fomentar estudos sobre populações indígenas que vivem em território brasileiro e garantir sua proteção; demarcar, assegurar e proteger as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (SANTOS FILHO, 2012, p. 43).

Araújo (2006, p. 31) afirma que

a FUNAI ergueu-se sobre os escombros do SPI, aproveitando inclusive a sua estrutura de pessoal, recursos etc. [...] Se algo de novo havia, quando aparecia, vinha na forma de funcionários sem nenhuma experiência de trabalho com os índios, provenientes de outros órgãos que, funcionando em Brasília, estavam sendo transferidos para outras partes do país.

O SPI foi extinto porque “enfrentou uma avalanche de denúncias sobre irregularidades administrativas, corrupção, gestão fraudulenta do patrimônio indígena, em especial dos recursos naturais das terras indígenas” (ARAÚJO, 2006, p. 31).

Em 1973 foi editada a Lei nº 6.001,

conhecida como Estatuto do Índio, disciplinando as relações do Estado e da sociedade civil brasileira com os índios. Constituída por sessenta e oito artigos, divididos em sete títulos, essa lei regula a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e “integrá-los”, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (art.1º) (SANTOS FILHO, 2012, p. 44).

O Estatuto do Índio possui o mesmo princípio contido no Código Civil de 1916, classificando os índios como relativamente incapazes, devendo ser tutelados pelo órgão indigenista estatal que de 1910 a 1967 era representado pelo Serviço de Proteção ao Índio – SPI e, atualmente, é pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

A tutela só cessa quando houver a integração dos indígenas à sociedade nacional (ESTEVEZ, 2012, p. 17).

Como preleciona Araújo (2006, p. 32),

o objetivo do Estatuto era fazer com que os índios paulatinamente deixassem de ser índios. Tratava-se, portanto, de uma lei cujos destinatários eram como “sujeitos em trânsito”, portadores, por isso mesmo, de direitos temporários, compatíveis com a sua condição e que durariam apenas e enquanto perdurasse essa mesma condição.

Silveira (2011, p. 55) adverte que

a capacidade relativa do índio é, também, um reflexo das ideias positivistas, pois, pela Lei dos Três Estados de Auguste Comte, os índios estariam em um estágio inicial da escala civilizatória e, não teriam discernimento completo para responderem, por si próprios, perante os atos da vida civil.

O marco do direito constitucional indígena se deu apenas de 1988 com a Constituição cidadã, possuindo “um Capítulo composto de previsões concernentes aos índios onde foram delineados os contornos de como devem ser efetivadas as relações entre os índios, seus povos e o Estado brasileiro” (SANTOS FILHO, 2012, p. 45).

Preleciona Santos Filho (2012, p. 46) que a Constituição de 1988 é considerada um marco para os povos indígenas porque cria uma postura inovadora no ordenamento jurídico pátrio, abandonando uma política de perspectiva assimilacionista e reconhecendo aos índios o direito à diferença, tornando explícita a multiétnica e multiculturalidade brasileira.

Do mesmo modo aduz Scotti (2013, p. 491-492), reconhecendo que apenas a partir da “Constituição Cidadã” de 1988

o patrimônio cultural passou a ser considerado um direito dos povos indígenas e de toda a sociedade brasileira, não uma situação transitória, vestígio do passado a exigir superação pela modernização, mas uma garantia do multiculturalismo e um elemento central para a autocompreensão ética e nacional.

Santos Filho (2012, p. 46), citando Paulo de Bessa Antunes, ensina que:

Reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, o art. 231 alberga o direito à alteridade, ou seja, o direito de o

índio ser diferente, o que implica a aceitação de que a cultura dos não-índios não é a única forma de cultura válida.

Em razão dessa nova orientação, diz Santos Filho (2012, p. 47), citando Orlando Vilas Boas Filho, “as populações indígenas deixam de ser encaradas a partir de sua futura integração à sociedade brasileira, e sim, a partir de si próprias, de modo a ganhar visibilidade”.

Como aduz Silveira (2011, p. 58),

é a Carta cidadã que, finalmente, põe um fim na categorização entre índios isolados e índios integrados, superando, definitivamente, as distinções impostas pelo Estatuto do Índio e valorizando a diversidade cultural brasileira.

O paradigma da integração foi abandonado pela Constituição de 1988 e, em seu lugar, foi erguido o paradigma da interação, cujo fundamento é precisamente a diferença (BARRETO, 2011, p. 42).

Em face deste novo contexto político-jurídico, Santos Filho (2012, p. 48) preleciona que “os dispositivos do Estatuto do Índio, lei 6.001/73, forjados sob a óptica assimilacionista, [...] não foram recepcionados pelo novo sistema constitucional implantado a partir de 1988”.

Do mesmo modo assevera Roweder (2010, p. 219) afirmando que a Constituição Federal de 1988 “revogou, tacitamente, alguns artigos da lei nº 6.001/73, principalmente no que os destituía da condição de povos etnicamente diferenciados”.

Outra novidade relevante trazida pela Carta Magna brasileira de 1988 foi “a consagração do princípio de que as comunidades indígenas constituem-se em sujeitos coletivos de direitos coletivos” (SILVEIRA, 2011, p. 59).

Neste diapasão, “a “cidadania indígena” é uma “cidadania plural”, que abarca não apenas os direitos e garantias fundamentais de cada índio, mas os direitos comuns de toda a comunidade indígena” (SILVEIRA, 2011, p. 60).

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, diversos diplomas legais relacionados aos índios foram editados, merecendo destaque o Decreto 22 de 04.02.1991; os Decretos 23, 24, 25 e 26 de 04.02.1991; o Decreto 1.141 de 19.05.1994; o Decreto 1.775 de 08.01.1996 (revogou o Decreto 22 de 04.02.1991); o

Decreto 3.108 de 30.06.1999; o Decreto 3.156 de 27.08.1999; a Lei 9.838 de 23.11.1999 e o Decreto 4.412 de 07.10.2012, todos em harmonia com a Constituição Cidadã (SANTOS FILHO, 2012, p. 53-54).

O reconhecimento à diferença imposta pela Constituição de 1988 não se confunde com incapacidade; pelo contrário, “reconhece a “capacidade” do índio para ingressar em juízo na defesa de seus direitos, sem depender da intermediação” (BARRETO, 2011, p. 43).

Do mesmo modo o novo Código Civil brasileiro de 2002, que alterou o art. 6º do Código Civil de 1916, prevê em seu art. 4º, parágrafo único, “que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial, no momento o Estatuto do Índio, que deve ser aplicado no que não contrariar a Constituição de 1988 e a Convenção 169/OIT” (SANTOS FILHO, 2012, p. 54).

Barreto (2011, p. 40) afirma que o Código Civil de 2002 não representou apenas uma mudança de técnica legislativa, mas representou uma mudança substantiva na medida em que não tratou os índios como incapazes; reconheceu a capacidade dos índios, remetendo à legislação especial o dever de regulamentá-la de acordo com o novo paradigma posto pela Constituição de 1988.

Atualmente, existe o Projeto de Lei 2.057 de 1991 tramitando no Congresso Nacional, que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas, o qual

abandona “os critérios de indianidade” contidos no art. 4º do Estatuto do Índio. Apenas uma única vez (art. 7º) usa a expressão “índios isolados”, mas mesmo assim para garantir-lhes a “integridade física e cultural” e o “direito de permanecerem como tais” (BARRETO, 2011, p. 40).

Barreto (2011, p. 34) ensina que o Estatuto das Sociedades Indígenas traz novidades interessantes, dentre as quais cita os artigos 2º, 3º e 92, vejamos:

Art. 2º Sociedades indígenas são grupos socialmente organizados, compostos de uma ou mais comunidades, que se consideram distintos da sociedade envolvente e mantêm vínculos históricos com sociedades pré-colombianas.

Art. 3º As sociedades indígenas têm personalidade jurídica de natureza pública de direito interno e sua existência legal independe de registro ou qualquer ato do Poder Público.

Art. 92 Índio é todo indivíduo que se identifica como pertencente a uma sociedade indígena e é por ela reconhecido como tal.

Citando João Pacheco Oliveira, Barreto (2011, p. 34) preleciona que as propostas do Estatuto da Sociedade Indígena coadunam com a antropologia

contemporânea, uma vez que elimina critérios raciais inaceitáveis e realça a autoidentificação como definidora da etnia.

Ressalte-se que o Estatuto das Sociedades Indígenas se encontra em tramitação no Congresso Nacional há 25 anos sem, até o presente momento, ter sido aprovado e sancionado pelo Presidente da República, permanecendo em vigor o anacrônico Estatuto do Índio de 1973 em completa desarmonia com a Carta Magna de 1988 que impõe o paradigma da interação em detrimento do paradigma da integração.

4.4 O TRATAMENTO JURÍDICO DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO LATINO AMERICANO

Na segunda década do século XX, em países latino americanos como Peru e México com populações indígenas numerosas, foi marcada pela necessidade de se elaborar políticas estatais conhecidas como indigenistas, formadas por programas massivos de integração social, de saúde e educação para a população indígena (PAUL AMRY, 2006, p. 83).

Isto porque as crises econômicas, políticas e sociais contribuíram para debilitar os regimes autoritários que imperaram nestes continentes, dando azo à abertura democrática e às reformas constitucionais nas quais participaram a sociedade civil, incluindo o movimento indígena (PAUL AMRY, 2006, p. 88).

O problema indígena foi redefinido como social e cultural em vez de racial, se distanciando das políticas de assimilação forçosa como a existente anteriormente. Cuidou-se de integrar o indígena com o cidadão, conservando os elementos de sua cultura que não prejudicassem sua integração (PAUL AMRY, 2006, p. 83).

Como se sabe, por conta de uma antropologia evolucionista já ultrapassada, o índio era classificado de forma tripartite entre “selvagem”, “semicivilizado” e “civilizado”, não se aplicando aos selvagens os Códigos clássicos, uma vez que se acreditava que estes careciam de livre arbítrio, base para a punibilidade, substituindo por isso a punibilidade pela perigosidade, próprio da ideologia da defesa social (PAUL AMRY, 2006, p. 85).

A mudança se deu apenas na década de 70, quando se mudou o viés teórico antropológico, passando a ser este relativista, defendendo a existência de uma

pluralidade de culturas de mesmo valor, não podendo por esta razão serem julgadas sobre a base de esquemas de outra cultura (PAUL AMRY, 2006, p. 87).

Este novo marco teórico antropológico entendeu que o comportamento dos integrantes de cada cultura era condicionado pela cultura na qual viviam, consoante afirmado por Ruth Benedict, citada por Paul Amry (2006, p. 87).

Esta novel reorientação antropológica interferiu inclusive na jurisprudência dos países da América Latina conforme citado por Paul Amry (2006, p. 87), considerando que

em 1970 a Corte Suprema da Colômbia [...] rechaçou a analogia entre indígenas e menores de idade ou retardados mentais, alegando que sua condição derivava de sua cultura, é dizer, de um fator exógeno, e não de uma normalidade psíquica.

Da mesma forma, aduz Paul Amry (2006, p. 87), “a mesma orientação relativista informou posteriormente a elaboração dos projetos que antecederam o Código Penal peruano de 1991”.

Tais mudanças foram fruto do reconhecimento do pluralismo cultural, tendo sido reconhecida em meados da década de 80 a identidade cultural, levando na década de 90 ao reconhecimento do direito à jurisdição própria indígena (PAUL AMRY, 2006, p. 89).

Foi na década de 80 que passou a se discutir a necessidade de redefinir as relações entre os povos indígenas e o Estado, sendo encontradas neste período referências aos direitos humanos como justificadores da política indigenista, assim como as implicações desta problemática para o tema das autonomias étnicas (HOLANDA, 2008, p. 100-101).

Paul Amry (2006, p. 89) ensina que as reformas constitucionais interferiram diretamente no Direito Penal dos países da América Latina, pois “era contraditório reconhecer o direito à identidade cultural e seguir penalizando condutas que refletem esta identidade”.

Dessa maneira, a inimputabilidade foi reavaliada pelos penalistas, uma vez que este conceito era estigmatizante como ensina Juan Bustos Ramírez, citado por Paul Amry (2006, p. 89), “pois diferenciava entre pessoas que dispõem de livre arbítrio e outros que, por falta de capacidade, se encontram relegados à categoria de seres humanos incompletos que necessitam ser tutelados”.

O Código Penal peruano de 1991, por exemplo, desprezou a proposta baseada na inimputabilidade, substituindo por outra aprovada sob o nome de “erro culturalmente condicionado” (PAUL AMRY, 2006, p. 89).

4.5 O TRATAMENTO JURÍDICO DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO INTERNACIONAL

O tratamento jurídico dos povos indígenas no Direito internacional possui uma intrínseca relação com os direitos humanos, que ganharam expressão na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A partir dessa Declaração, foi generalizada a preocupação de proteção dos direitos humanos no âmbito civil, político, econômico, social e cultural, refletindo um processo de evolução da humanidade, conhecido como dimensões de direitos fundamentais.

Os direitos humanos de primeira geração estabelecem regras de limitação ao Estado, afirmam a defesa dos indivíduos em face do poder soberano do Estado, proclamam os direitos civis e políticos do cidadão. Os direitos humanos de segunda geração, por sua vez, exigem uma prestação positiva do Estado, efetivando direitos econômicos, sociais e culturais e acentuando o princípio da igualdade (SANTOS FILHO, 2012, p. 56-57).

Já os direitos humanos de terceira geração são os que têm como titulares a coletividade (povo, família, nação, etnia), estando incluídos nestes os direitos dos povos indígenas, que “relacionam-se com a proteção da dignidade humana, como a proteção ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz e ao patrimônio comum da humanidade” (SANTOS FILHO, 2012, p. 57).

Estas gerações de direitos humanos não se sucedem, mas interagem entre si. “Acolhem a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação” (PIOVESAN, 2006, p. 135).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos (SANTOS FILHO, 2012, p. 62).

O sistema global de proteção dos direitos humanos é inaugurado a partir desta Carta Internacional de Direitos Humanos que, ao lado do sistema regional de proteção dos direitos humanos já existente – nos âmbitos europeu, americano e posteriormente africano – forma a estrutura normativa de proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006, p. 152).

O sistema global e os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos são complementares, “na medida em que o sistema especial de proteção é voltado, fundamentalmente, à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem tutela especial” (PIOVESAN, 2006, p. 178).

Santos Filho (2012, p. 69) afirma que “é expressivo o número de instrumentos internacionais específicos de direitos humanos ligados diretamente aos índios”, sendo o primeiro deles datado de 1957, momento em que foi editada a Convenção 107 da OIT - Organização Internacional do Trabalho, a qual se relacionava com a proteção das populações indígenas e outras populações tribais de países independentes.

A Convenção 107 da OIT foi aprovada pelo Brasil pelo Decreto 20 de 1965 e promulgada pelo Decreto 58.824 de 1966, porém,

com a evolução da mentalidade sobre a causa indígena, a Convenção 107/OIT, passou a sofrer fortes resistências, visto estar alicerçada na proposta de integração das populações indígenas na vida dos países (SANTOS FILHO, 2012, p. 71).

Assim, em 1989, a Convenção 107/OIT foi revisada pela Convenção 169/OIT, “assegurando o direito de os povos indígenas viverem e se desenvolverem como povos diferenciados em conformidade com seus padrões próprios” (SANTOS FILHO, 2012, p. 71-72).

A Convenção 169/OIT foi promulgada pelo Brasil pelo Decreto 5.051 de 2004 e é constituída por quarenta e três artigos distribuídos em dez seções e

define a política geral para o tratamento dos povos indígenas, obrigando os governos a assumirem a responsabilidade de desenvolver ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade (art. 2º), e garantir o gozo pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação (art. 3º) (SANTOS FILHO, 2012, p. 75).

Torres Romero (2009, p. 4) aduz que a Convenção 169 da OIT é um dos diplomas internacionais mais importantes sobre os direitos indígenas, ressaltando três artigos fundamentais, quais sejam: 8, 9 e 10, uma vez que “outorgam aos povos indígenas o direito de administrar sua justiça segundo suas próprias pautas culturais, invocam aos Estados a obrigação de respeitar suas próprias decisões”.

Além destes dois diplomas específicos relacionados aos índios – Convenção 107/OIT e Convenção 169/OIT – podem ser citados ainda alguns:

Instrumentos integradores do sistema especial de proteção dos direitos humanos relacionados aos índios, tais como: a Convenção para prevenção e a repressão do crime de genocídio (ONU/1948); a Convenção relativa à luta contra discriminação no campo do ensino (UNESCO/1960), e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (ONU/1966) (SANTOS FILHO, 2012, p. 76).

Deve ser realçado ainda, consoante Santos Filho (2012, p. 76-77), a Agenda 21 (ONU/1992), documento elaborado durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano realizada no Rio de Janeiro em 1992, uma vez que “um capítulo inteiro desse documento foi dedicado para o reconhecimento e fortalecimento do papel das populações indígenas e suas comunidades”.

Importante também é a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, citada por Esteves (2012, p. 31), aprovada por unanimidade na Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em 2001, por 185 países. Este documento mostra a necessidade de reconhecimento da diversidade cultural para que possam existir reformulações nas políticas governamentais no tocante à inclusão social e participação da sociedade no âmbito civil e político.

Por fim, não pode deixar de ser citada a recente Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada na Assembleia Geral da ONU, em 13 de setembro de 2007. Constitui num instrumento internacional que apresenta interesses tanto da ONU quanto dos povos indígenas, estabelecendo um modelo para o futuro com paz e justiça, fundada no respeito e reconhecimento mútuos (ESTEVES, 2012, p. 32-33).

Esta Declaração é de capital importância para os povos indígenas porque “ênfatiza os direitos indígenas de manter e reforçar suas próprias instituições,

tradições e culturas seculares, além de promover o desenvolvimento de acordo com suas necessidades e aspirações” (ESTEVES, 2012, p. 33).

Ademais, aduz Esteves (2012, p. 33),

traz o compromisso dos Estados signatários para arcarem com medidas que ajudem a garantir que os povos indígenas tenham seus anseios e decisões sobre os assuntos pertinentes respeitados.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas aborda os direitos individuais e coletivos como direitos culturais e de identidade, afirmando que os indígenas possuem o direito de manterem e desenvolverem seus próprios costumes, espiritualidade, tradições e práticas (ESTEVES, 2012, p. 33-34).

Rechaça peremptoriamente o paradigma assimilacionista contido no anacrônico Estatuto do Índio, afirmando em seu art. 8º que “os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura” (DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, 2008).

Esteves (2012, p. 34) aponta ainda a importância dos arts. 18 e 19 desta Declaração, os quais “ênfatiza o direito de participação desses povos nas tomadas de decisões sobre questões que afetem seus direitos [...] e o dever do Estado de cooperar com boa-fé com os interessados”.

4.6 O PROBLEMA DO RECONHECIMENTO DOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS FRENTE AO MONISMO JURÍDICO OCIDENTAL

A ideologia jurídica ocidental surge juntamente com os Estados modernos, dotando o conteúdo semântico do Direito de ideias como poder, coerção e controle e produzindo a crença de que o Estado é um elemento indispensável para garantir a ordem social.

Consoante ensina Wolkmer (2001, p. 26),

o fenômeno jurídico que florescerá na moderna cultura europeia ocidental, a partir do século XVII e XVIII, corresponderá à visão de mundo predominante no âmbito da formação social burguesa, de modo de produção capitalista, da ideologia liberal-individualista e da centralização política, através da figura de um Estado Nacional Soberano.

“Tal concepção atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão se impondo” (WOLKMER, 2001, p. 46).

Nasce o monismo jurídico, “fortemente associada ao declínio do Feudalismo, aos interesses absolutistas da monarquia fortalecida e às novas necessidades de regulamentação centralizadora das práticas mercantis prevalecentes” (WOLKMER, 2001, p. 51).

Este é o que Wolkmer (2001, p. 51) denomina de primeiro ciclo do monismo jurídico. O segundo ciclo abarca o período da Revolução Francesa até o final das principais codificações do Século XIX. Durante este período,

o Direito Estatal não será mais reflexo da vontade exclusiva de soberanos absolutistas, mas produto da rearticulação das novas condições advindas do Capitalismo concorrencial, da crescente produção industrial, da ascensão social da classe burguesa enriquecida e do liberalismo econômico, condições essas movidas pela lei do mercado, com a mínima intervenção estatal possível.

É neste segundo ciclo onde se verifica

a gradativa postulação e redução do Direito Estatal ao Direito Positivo, consagra-se a exegese que todo o Direito não só é Direito enquanto produção do Estado, mas, sobretudo, de que somente o Direito Positivo é verdadeiramente Direito (WOLKMER, 2001, p. 55).

O terceiro ciclo do monismo jurídico é caracterizado por “uma legalidade dogmática com rígidas pretensões de cientificidade e que alcança seu apogeu dos anos 20/30 aos anos 50/60 deste século” (WOLKMER, 2001, p. 57).

É neste ciclo monístico que o Direito se impõe enquanto uma “Teoria Pura” kelseniana, “que o Estado é identificado com a ordem jurídica, ou seja, o Estado encarna o próprio Direito em determinado nível de ordenação, constituindo um todo único” (WOLKMER, 2001, p. 57).

Por fim, aduz Wolkmer (2001, p. 58-59), chega-se ao quarto e último ciclo do monismo jurídico situado a partir dos anos 60/70. Este período é marcado pelo “esgotamento do paradigma da legalidade que sustentou, por mais de três séculos, a modernidade burguês-capitalista”.

Porém, a despeito da crise do modelo legalista caracterizada pela gradual perda de sua funcionalidade e de sua eficácia, “a variante estatal normativista resiste a qualquer tentativa de perder sua hegemonia, persistindo, dogmaticamente, na rígida estrutura lógico-formal de múltiplas formas institucionalizadas” (WOLKMER, 2001, p. 59).

Hodiernamente, portanto, ainda subsiste a ideologia do centralismo jurídico, da identificação do Estado com o Direito, da interdependência mútua entre estes dois entes político e jurídico, sem a qual se tornou inimaginável pensar em um sem o outro.

Consoante ensina Boaventura de Sousa Santos (1988b, p. 165), “o direito estatal continua a ser, no imaginário social, um direito central, um direito cuja centralidade, apesar de fortemente abalada, é ainda um fator político decisivo” e umas das consequências advindas disso é a falsa crença de que as sociedades tradicionais são sociedades sem Direito.

As sociedades primitivas são sociedades sem Estado, mas não sem Direito. Consoante ensina Barbosa (2001a, p. 27), citando Shirley:

Muitas sociedades existiram e ainda existem sem quaisquer leis escritas, ou poder burocrático, ou violência organizada do Estado. Isto não significa que essas sociedades não tenham regras ou normas sociais, nem quer dizer que não há mecanismos de controle social ou sanções contra aqueles que infringem essas regras.

Apenas uma visão etnocêntrica pode sustentar que não se pode imaginar uma sociedade sem Estado e que o Estado é o destino de toda a sociedade, entendendo que “a história tem um sentido único, de que toda sociedade está condenada a inscrever-se nessa história e a percorrer as suas etapas que, a partir da selvageria, conduzem a civilização” (CLASTRES, 1974, p. 3).

Clastres (1974, p. 12) adverte que essa divisão tipológica entre selvageria e civilização só se deu a partir do surgimento do Estado, que forneceu a toda a sociedade o seu elo lógico, traçando uma linha irreversível de descontinuidade entre as sociedades.

Essa visão distorcida e imposta pelos Estados modernos ocidentais se pautou na ideia de desenvolvimento ligado à produção material, notadamente a partir do século XIX em decorrência de um pensamento antropológico denominado de “evolucionismo unilinear”. A cultura, para esta corrente de pensamento, “desenvolve-

se de maneira mais ou menos uniforme, sendo aceitável pressupor que cada sociedade percorresse as mesmas etapas evolutivas” (BARRETO, 2011, p. 35).

Como aponta Curi (2012, p. 231), as teses antropológicas evolutivas

fundamentam suas teorias na ideia de que toda a humanidade atravessa sucessivamente, seguindo uma única direção, uma trajetória do simples para o complexo, do irracional para o racional, compreendendo três fases de desenvolvimento: a selvageria, a barbárie e, finalmente, a civilização.

Transposto esta ideologia para as sociedades indígenas, nasce a falsa percepção de que é preciso

civilizar os grupos de cosmovisão primitiva a partir de uma suposição básica de que a cultura moderna é superior à primitiva, baseando-se em ideias do darwinismo social que fundamentam o prevalectimento dos grupos fortes sobre os fracos (BARBOSA, 2001a, p. 24).

O índio, nesta concepção, “é um ser “primitivo” e “em processo de evolução” para a condição de “civilizado” ou com os termos empregados pela legislação a caminho da integração à “comunidade nacional”” (BARRETO, 2011, p. 36).

Holanda (2008, p. 99) ensina que “foi mediante o gradativo acúmulo de conhecimentos e práticas que o conceito de civilização tornou-se sinônimo de ação sobre os índios”.

Transposto tal crença para o plano jurídico, a ideologia do desenvolvimento “consiste em considerar desenvolvidas as sociedades que adotaram as técnicas jurídicas ocidentais, onde as codificações são símbolos de desenvolvimento jurídico” (BARBOSA, 2001a, p. 33).

Desta forma, ensina Barbosa (2001a, p. 36), citando Rouland, houve uma progressiva transferência no plano jurídico dos costumes para as leis, da vingança para a pena, “sendo considerada sanção civilizada pela existência de um aparelho especializado com a intervenção determinante de um terceiro [...] com bastante poder e na condição de representante da sociedade”.

Esta visão, entretanto, está bastante equivocada, como demonstra o estudo de campo de Malinowski (2015, p. 53) realizado ao noroeste da Melanésia em 1926. O Direito não se encontra imbrincado à existência de uma sanção oriunda de um poder central, mas é definido a partir de suas funções no campo das relações sociais, que

devem ser buscadas na concatenação das obrigações, no fato de elas serem organizadas em cadeias de serviços mútuos, numa reciprocidade que se estende sobre longos períodos de tempo e cobre amplos aspectos de interesse e atividade.

A lei da sociedade “civilizada” encontra seu análogo na sociedade “primitiva” nos incentivos sociais e psicológicos complexos. Teleologicamente são iguais, uma vez que ocorre a submissão de seus membros no tocante ao comportamento esperado, diferenciando-se, entretanto, no aspecto formal, já que naquela a mensagem é transmitida de forma escrita, nesta a comunicação ocorre por meio das práticas sociais.

As práticas sociais dos povos indígenas caracterizam o seu direito como consuetudinário, sendo este “um conjunto de normas sociais tradicionais, criadas espontaneamente pelo povo, não escritas e não codificadas” (CURI, 2012, p. 231).

Curi citando Gayosso (2012, p. 236) afirma que

o direito costumeiro para os povos indígenas atende a uma cosmovisão fundada em princípios ancestrais que está relacionada com a ordem natural dos acontecimentos. São regras aceitas e aplicadas pela sociedade porque a consciência coletiva diz que são boas para os homens. Sua aplicação não requer a inclusão de tais regras em textos normativos, pois o que as tornam legítimas é a consciência comum do grupo que, por meio do conhecimento dos princípios gerais que regem as suas condutas, sustenta as regras determinadas para a resolução de problemas específicos.

A força vinculante do costume, consoante Losano (2007, p. 320),

fundamenta-se ou na sanção positiva da reciprocidade (com base na qual o sujeito aceitar adotar um certo comportamento porque a ele vincula uma obrigação de outro na qual está interessado), ou na sanção negativa, ou seja, na punição derivada de antepassados reverenciados ou de divindades temidas, ou seja, de seres sobrenaturais.

Villares (2012, p. 23) ensina que “o uso de retribuições e penas para determinadas condutas é constante, mas os pressupostos da pena prevista anteriormente e de algum procedimento formal para impingi-las não é regra”.

Portanto, menciona Curi (2012, p. 235),

a afirmação de que os indígenas não têm lei, incutida no senso comum e na compreensão de juristas mais conservadores, é alimentada pela ideia de que a “primitividade” das relações sociais desses povos não comportaria as características do Direito. Uma concepção ultrapassada dentro da antropologia jurídica moderna.

É fato a existência do sistema jurídico indígena, é certo que ele existe, porém, de forma diversificada. Como ensina Souza (2008, p. 9),

os Direitos indígenas precisam ser compreendidos nos seus próprios termos, isto é, sem serem qualificados ou hierarquizados conforme o padrão do Direito estatal, considerados “não escritos”, “sem tribunais” (entres outras qualificadoras negativas) e, desse modo, “inferiores” ou “subsidiários” em relação ao Direito estatal.

São plúrimos os sistemas jurídicos indígenas e não uno, uma vez que os grupos indígenas existentes no território brasileiro são muito diversificados e diferenciados entre si, variando muito em função do contato que tem com a sociedade nacional.

Conforme aduz Barbosa (2001a, p. 22):

Há sociedades indígenas em contacto muito antigo com a sociedade brasileira, em condições de dependência quase absoluta, em todos os níveis de sua realidade – econômica, social, política e jurídica – e há sociedades indígenas ainda não contactadas; há, outrossim, extenso leque intermediário.

O certo é que todas as comunidades indígenas possuem o seu próprio regramento, podendo ser análogo ou não ao Direito estatal, a depender do grau de contato que o grupo indígena considerado guarda em relação à sociedade nacional.

Apesar desta realidade, o Estado brasileiro adota a mesma legislação especial para regular toda essa diversidade cultural, “outorgando unilateralmente direitos genéricos através de sua própria lógica jurídica aos indivíduos e às próprias sociedades indígenas” (BARBOSA, 2001a, p. 18).

Entretanto, esta postura estatal não é a mais adequada, como ensinam Silva e Machado (2014, p. 37), “uma vez que observando os padrões de uma população que não possui os mesmos critérios de criminalidade e moralidade, os mesmo não se sentiriam minimamente responsáveis pelas consequências do ato”.

Segato (2006, p. 211-212) explica que

a ideia de uma sociedade nacional como uma unidade de base étnica e com as características de uma comunidade moral prescreve continuidades entre a lei e o costume do grupo dominante para todos os habitantes de seu território, afirmando o parentesco entre o sistema legal e o sistema moral desse grupo particular e, portanto, entre o regime de contrato – no qual se baseia a ideia de Constituição e Jurisprudência – e o regime de *status*, assentado no costume.

A despeito deste fato, a legitimidade do Direito das comunidades indígenas mantém-se incólume, uma vez que são “via de regra, restritas ao seu próprio espaço territorial, político e social, elas serão sempre legítimas para os afetados por terem sido criadas e aplicadas por eles próprios” (BARBOSA, 2001a, p. 20).

Consoante ensinam Yamada; Belloque (2012, p. 125):

Os sistemas de organização social indígena têm um valor intrínseco à cultura e moral dos povos indígenas, tal como o sistema de organização não indígena representa e se legitima para o não índio.

Entretanto, apesar dessa suposta igualdade axiológica entre ambas as organizações sociais – indígena e não indígena -, Segato (2006, p. 211) preleciona que não existe o reconhecimento dos costumes indígenas por parte do Estado brasileiro como equivalente à lei positivada, pois

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 distanciaremos, 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.

Apesar disso, o direito de criar e aplicar suas próprias regras de conduta é extraído do princípio da autodeterminação dos povos indígenas, é um direito à coexistência pacífica no interior do Estado com o resto da população, tratando-se de uma descolonização interna.

Amparados pelo princípio da autodeterminação dos povos, não apenas podem como devem os povos indígenas viver no seu território sob o comando de seus regramentos, sob o manto de sua cultura, devendo ser reconhecida pelo Estado sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, consoante preconiza o art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil.

É sob este prisma que deve ser compreendido o problema do homicídio infantil presente em algumas comunidades indígenas brasileiras. Para alguns sistemas normativos indígenas esta é uma conduta permitida na medida em que ceifam a vida de uma “pessoa não humana”, a despeito de contrastar com o ordenamento jurídico nacional no que se refere à proibição de matar contida no art. 121 do Código Penal brasileiro.

O Estado brasileiro, por adotar uma postura monista, em situações como esta não aceita o regramento indígena e entende que deve intervir em suas práticas culturais de modo a normatizar aquilo que, para os índios, já se encontram normatizados.

Os sistemas jurídicos indígenas, a despeito de existirem de fato, acabam sendo solapados pela sociedade nacional que impõe o jugo de sua tutela ainda que isto represente uma violação dos direitos fundamentais indígenas, pois, como adverte Villares (2012, p. 24), “se o Direito ignora o pluralismo jurídico e a existência de formas indígenas próprias de resolução de suas ações e conflitos, é colocado em risco o direito individual do índio e o direito coletivo de todo um povo”.

O Projeto de Lei 1057 de 11 de maio de 2007, de autoria do Deputado Federal Henrique Afonso (na época do PT/AC e hoje do PV/AC), membro ativo da Frente Parlamentar Evangélica na Câmara dos Deputados, denuncia o monismo estatal brasileiro ao propor a criminalização das “práticas tradicionais nocivas indígenas” num viés universalizante dos direitos humanos.

4.7 O PROJETO DE LEI 1057/2007 E O DESRESPEITO AOS POVOS INDÍGENAS AMAZÔNICOS

O projeto de Lei 1057/2007 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.

É conhecida como Lei Muwaji em homenagem a uma mãe da tribo dos suruwahas, que se rebelou contra a tradição de sua tribo e salvou a vida da filha Iganani, que seria morta por ter nascido deficiente segundo informação constante no site da Câmara dos Deputados.

O objetivo principal deste Projeto de Lei, consoante Scotti (2013, p. 494), é “coibir práticas incompatíveis com os Direitos Humanos e possuindo como foco principal o infanticídio supostamente praticado por alguns povos indígenas, como os Suruwahá, os Yanomami e os Tapirapé”.

A proposta deriva da pressão de grupos religiosos como a organização missionária Jovens com uma Missão (Jocum) e da Organização Não-Governamental

ATINI – Voz pela Vida, tendo sido apresentada na Câmara dos Deputados por um deputado membro da bancada evangélica (SCOTTI, 2013, p. 495).

Visando incentivar a aprovação do Projeto de Lei 1057/2007, foi editado no *youtube*, no dia 5 de maio de 2008, o Trailer Hakani, um vídeo de 50 segundos, denunciando o homicídio infantil indígena na Amazônia. Esse vídeo é parte do filme Hakani de 35 minutos, “produzido pelo ONG brasileira ATINI – Voz pela Vida para divulgar sua campanha contra o infanticídio indígena na Amazônia brasileira” (SANTOS-GRANERO, 2011, p. 131).

Representação baseada em fatos e eventos reais (Hakani 2008), pertencente ao gênero docudrama, o filme foi produzido com o apoio de Jovens Com Uma Missão, “uma das maiores organizações evangélicas do mundo, cuja base brasileira foi banida de vários lugares do Brasil” (SANTOS-GRANERO, 2011, p. 144).

Santos-Granero (2011, p. 132) afirma que a história de Hakani é verdadeira, membro da comunidade indígena suruwaha, foi acometida por uma doença neuromotora mais tarde diagnosticada como causada por hipotireoidismo, considerada em sua etnia como atacada por um espírito da floresta, sendo esta a causa de muitos de seus infortúnios.

Enterrada numa cova rasa, após ter sido atingida com um pau até cair inconsciente, Hakani chorou e foi salva pelo seu irmão do meio que a criou por três anos até que a entregou a um posto missionário próximo, sendo adotada mais tarde pelos missionários evangélicos Márcia e Edson Suzuki, fundadores da ONG brasileira ATINI – Voz pela Vida (SANTOS-GRANERO, 2011, p. 132).

João Pacheco Oliveira citado por Santos-Granero (2011, p. 149), presidente da Comissão de Assuntos Indígenas da ABA - Associação Brasileira de Antropologia, em 2009, se posicionou no sentido de que a campanha encampada pela ATINI “não é uma campanha pró-vida, mas uma tentativa de criminalização das coletividades indígenas, colocando-as na condição permanente de réus”.

Na mesma forma, Villares (2012, p. 16) entende que:

A crescente relação dos povos indígenas com o Estado e com os outros grupos sociais acarreta uma maior criminalização de algumas de suas condutas, que antes passavam despercebidas.

A antropóloga Rita Segado afirma que este “Projeto de Lei é uma forma de calúnia aos povos indígenas, criando uma imagem distorcida em relação aos fatos, aos índios e as crianças” (ESTEVEZ, 2012, p. 41).

O Projeto de Lei nº 1057/2007 tem a pretensão de constituir uma legislação autônoma sobre a matéria, mesmo já existindo uma legislação específica relevante no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, o Estatuto do índio, que regulamenta exhaustivamente a questão indígena no Brasil, ainda que de forma ultrapassada (SCOTTI, 2013, p. 495).

Em seu art. 4º, o Projeto de Lei 1057/2007 prevê como medida extrema a responsabilização pelo crime de omissão de socorro com pena prevista de detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa, a todos que tenham conhecimento das situações de risco em função de “tradições nocivas” e não comuniquem à FUNASA, FUNAI, Conselho Tutelar ou à autoridade judiciária e policial, bem como às próprias autoridades que não adotem, de maneira imediata, as medidas cabíveis (art. 5º).

São consideradas nocivas, segundo este Projeto de Lei, as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica (art. 2º), tais como:

- I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores;
- II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla;
- III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais;
- IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero;
- V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão;
- VI. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo;
- VII. homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;
- VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo;
- IX. homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto
- X. de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição;
- XI. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas;
- XII. Maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança.
- XIII. Todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional.

Segato (2006, p. 215) aduz que “nesse processo de censura [...] acaba-se produzindo acriticamente a equivocada certeza de superioridade moral e o nocivo reforço de estereótipos negativos, com consequências frequentemente nefastas”.

Percebe-se claramente que o Projeto de Lei 1057/2007 foi inspirado numa visão universalista acerca dos direitos humanos, defendendo a prevalência absoluta do direito à vida frente ao direito à crença, afrontando a cultura e a tradição secular dos povos indígenas, concepção teórica que vai de encontro à Convenção 169/OIT, em seu art. 8º, *in verbis*:

Art. 8º

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

Afronta também a Constituição da República Federativa do Brasil na medida em que “o art. 231, de modo expresso, garantiu a permanência da cultura indígena e, portanto, o direito de o índio continuar a ser índio, sem nenhuma tendência normativa de assimilação e aculturação” (PONTES, 2012, p. 170).

Especificamente ao Direito Penal, diz Villares (2012, p. 24-25):

A Convenção 169 da OIT prevê em seu art. 9º o respeito aos métodos de que os povos indígenas se utilizam para reprimir os delitos cometidos pelos seus próprios membros. Ou seja, dentro de sua organização, os delitos interiores são punidos conforme os costumes e tradições, devendo o Estado não sobrepor sua punição ao sistema indígena.

Fruto de uma visão etnocentrista e anacrônica é incompatível com a realidade multicultural do Brasil, reconhecidamente “pluriétnico e multicultural, que conta com mais de 215 etnias indígenas, falantes de aproximadamente 180 línguas diferentes, formadoras do povo brasileiro” (VILARES, 2012, p. 15).

Ademais, lembra Scotti (2013, p. 510), “políticas e leis intolerantes podem aumentar a marginalização social das minorias, negando-lhes o direito às condições de possibilidade de autoestima”.

A pluriétnicidade leva à necessidade do reconhecimento do pluralismo jurídico pelo Estado brasileiro, que deveria “respeitar e admitir a coexistência de outros sistemas organizacionais ou ordens jurídicas fundadas em normas, usos, costumes e tradições que regulam a vida social de um povo indígena” (VILLARES, 2012, p. 22).

Se fosse o Brasil um país adepto do pluralismo jurídico, proposta de lei como esta jamais seria submetida à Câmara dos Deputados, pois “evitar e combater a discriminação no plano legislativo e judicial são os pontos fundamentais da proposta de pluralismo jurídico” (YAMADA; BELLOQUE, 2012, p. 125).

Porém, como ensina Holanda (2008, p. 11), o pluralismo jurídico representa uma ameaça à soberania nacional.

cegos aos direitos historicamente conquistados e principalmente à perspectiva de sujeitos de direito coletivo [...], alguns setores da nação preferem repetir que o exercício de direitos indígenas é uma ameaça à unidade territorial, ao sistema jurídico nacional e que corrompe pactos internacionais.

As premissas contidas no Projeto de Lei 1057/2007 desconhecem por completo as especificidades da sociedade amazônica no tocante à sua construção de pessoa e humanidade, às diferenças existentes entre “pessoa” e “pessoa de verdade”, impondo valores do grupo cultural hegemônico às comunidades indígenas lá situadas.

Na perspectiva indígena amazônica, como ensina Santos-Granero (2001, p. 142), “ser um “verdadeiro” humano acarreta [...] um conjunto de expectativas morais, sociais e culturais”, razão pela qual abatem aqueles que não se encaixam nesta “definição legal”, sendo esta conduta lícita e esperada pela etnia indígena em questão.

Como preleciona Holanda (2008, p. 137),

as prescrições e interditos indígenas se fundamentam em uma rede de afinidades e parentelas que tem no cuidado (ou na ausência de) o demarcador do que é social e humano. A possibilidade de existência de um “indivíduo” só ocorreria enquanto a afirmação de um coletivo.

Aplicar o Direito Penal em sociedades indígenas, diz Yamada; Belloque (2012, p. 131):

Não corresponde a uma resposta satisfatória, pois impõe como resposta uma medida que não servirá para a prevenção de futuros ‘crimes’, ao mesmo tempo em que não pode ser considerada retributiva ao ponto de substituir uma necessária resposta da sociedade indígena – que trabalha com seu próprio código de castigos e expiações – para aquela conduta.

Em última análise, ainda que o Brasil seja adepto do monismo jurídico, o Projeto de Lei 1057/2007 caminha na contramão do próprio Direito pátrio uma vez que desrespeita as organizações sociais indígenas, suas crenças e tradições, violando o disposto no art. 231, caput, da Constituição Federal de 1988.

Em maio de 2011 foi apresentado na Câmara dos Deputados um substitutivo do Projeto de Lei nº 1057/2007 e foi

submetido à apreciação pela Relatora do projeto na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), deputada Janete Pietá (PT/SP), com um teor significativamente diverso – refutando o discurso de criminalização em prol de uma perspectiva pedagógica (SCOTTI, 2013, p. 495).

No parecer favorável a Relatora rechaça o viés criminalizante, avaliando como inviabilizadora da construção de um diálogo, manifestando também a preocupação com a atribuição implícita da pecha de cruéis aos povos indígenas (SCOTTI, 2013, p. 495).

Consoante entendimento de Scotti (2013, p. 511),

o PL nº 1057, na forma do substitutivo aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados – e, em julho de 2013, também pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania -, abre possibilidades de regulamentação das atividades de diálogo pedagógico, previstas por nosso ordenamento no espaço de competências do Estado para a promoção da educação nas comunidades indígenas.

Neste substitutivo, as alterações na legislação inserem-se no próprio Estatuto do Índio, no art. 54 – A, *in verbis*:

Art.54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Parágrafo único. Cabe aos órgãos responsáveis pela política indigenista oferecerem oportunidades adequadas aos povos indígenas de adquirir conhecimentos sobre a sociedade em seu conjunto quando forem verificadas, mediante estudos antropológicos, as seguintes práticas: I – infanticídio; II - atentado violento ao pudor ou estupro; III - maus tratos; IV - agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores.

Entende Scotti (2013, p. 495) que esta mudança pode ser vista como uma tentativa de inserir a discussão num contexto mais amplo, uma vez que a Deputada

entende que são cabíveis políticas públicas conscientizadoras, mas não criminalizadoras das práticas culturais indigenistas.

Nesta mesma direção, Feitosa (2010, p. 93-94) defende a intervenção numa perspectiva defendida pela bioética de matriz interventiva, da sociedade nacional no “infanticídio indígena”, devendo ocorrer por meio de uma ação política devidamente planejada, dentro de um processo construído conjuntamente com as pessoas diretamente envolvidas e destinatárias da ação.

Ao mesmo tempo Feitosa (2010, p. 94) rechaça a “atitude intervencionista”, autoritária e impositiva do Estado brasileiro, na medida de que se trata de uma decisão unilateral desrespeitadora da autonomia da pessoa ou do grupo supostamente beneficiário da ação.

O problema ainda se torna mais grave segundo Feitosa (2010, p. 94) quando o “benfeitor” não tem consciência da intromissão/violação, não sendo possível por este motivo que ele meça as consequências de seus atos.

Ressalte-se ainda que em 2009, foi disciplinada por meio da Lei nº 12.010, a adoção de crianças indígenas, acrescentando dispositivos no ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo por objetivo “retirar as crianças do ambiente de rejeição e maus tratos, para transferi-la para outra família, entretanto, deve ser preservada a identidade cultural da criança” (SILVA; MACHADO, 2014, p. 32).

Porém, a despeito de posicionamentos a favor da intervenção estatal nas práticas culturais dos povos indígenas num viés “pedagógico”, é preciso advertir que ainda que não haja criminalização destas, continua existindo uma ingerência da “sociedade nacional” na nação indígena, contrariando o disposto no mais importante e recente diploma legal que protege os direitos destes povos.

Com efeito, prescreve o art. 9º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas que

os povos e pessoas indígenas têm o direito de pertencerem a uma comunidade ou nação indígena, em conformidade com a tradição e costumes da comunidade ou nação em questão. Nenhum tipo de discriminação poderá resultar deste direito.

Em consonância com o reconhecimento identitário dos povos indígenas, também o art. 8º, item 2, a, deste diploma legal prescreve que

os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de todo ato que tenha por objetivo ou consequência privar os povos e as questões indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica.

Pelo exposto, é dever do Estado coibir atos que atentem contra os valores culturais e a identidade étnica dos povos indígenas, não podendo ser ele o principal promotor de tais atrocidades como parece ser o caso do Projeto de Lei nº 1057/2007, seja em sua forma original, seja em seu substitutivo.

4.8 SOLUÇÕES PROPOSTAS PARA O PROBLEMA DO HOMICÍDIO INFANTIL NAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Indubitavelmente, a criminalização dos povos indígenas não é a solução adequada para evitar a prática do homicídio infantil indígena, uma vez que marginaliza a cultura ameríndia, revelando uma postura etnocêntrica, preconceituosa e desrespeitosa por parte do Estado brasileiro.

Existem propostas teóricas salutares que podem ser adotados pela “sociedade nacional” para tentar coibir ou minimizar tal prática social que se mostram compatíveis com o espírito democrático brasileiro e com sua opção por uma gestão multicultural, como, por exemplo, a ética discursiva de Habermas e Apel, a hermenêutica diatópica de Boaventura de Sousa Santos e a impulsão ética delineada por Rita Segato.

4.8.1 A ÉTICA DISCURSIVA DE HABERMAS E APEL

A ética do discurso, de um ponto de vista histórico, “foi fundada por Karl-Otto Apel (1922-) no final da década de 1960 e posteriormente retomada por Jürgen Habermas (1929-)” (ZANELLA, 2012, p. 131).

Cardoso de Oliveira (s/d) em seu artigo intitulado “Antropologia e Moralidade” entende que a partir da ética discursiva habermesiana se consiga criar um ambiente propício ao diálogo interétnico de modo que se estabeleça um padrão democrático de sociabilidade, inaugurando uma verdadeira comunidade de comunicação e argumentação capaz de resolver o choque entre culturas.

Zanella (2012, p. 133) ensina que

a ética do discurso é constituída pela tentativa de estruturação de uma teoria de racionalidade fundamentada naquilo que tanto Habermas quanto Apel chamaram de razão comunicativa, o que não é apenas uma queixa contra a razão instrumental, mas uma proposta de uma ética do viver bem, da felicidade e da solidariedade entre os indivíduos capazes de linguagem e ação.

A ética discursiva sugere que a moralidade deve ser guiada por normas sujeitas à argumentação racional, tendo por consequência que os juízos morais sempre podem ser negociados no interior de comunidades de comunicação, sendo as normas estabelecidas democraticamente.

Para que isto ocorra “os falantes devem ter chances iguais para expressar as suas atitudes, os seus sentimentos e as suas intenções sem se sentirem constrangidos” (ZANELLA, 2012, p. 135).

Quando essas comunidades de comunicação são formadas por duas etnias em conjunção, como no caso da “sociedade nacional” e “comunidades indígenas”, a racionalidade pode fluir naturalmente desde que as partes envolvidas assumam uma relação dialógica com a disposição de aceitarem o melhor argumento advindo de juízos morais postos discursivamente.

Para que isso ocorra, entretanto, é imprescindível, diz Cardoso de Oliveira (s/d), que haja um acordo, primeiro sobre as regras que conduziriam o diálogo e segundo sobre os próprios juízos morais em discussão. A relação dialógica é possível porque na construção habermesiana o gênero humano é dotado de competência comunicativa.

Este constructo teórico “depende muito das competências cognitiva, racional, hermenêutica, comunicativa e inclusive da performance dos participantes em agir de maneira autônoma, com a intenção manifesta e visando o mútuo entendimento” (ZANELLA, 2012, p. 145).

É imprescindível, portanto, o “princípio do discurso”, “segundo a qual, um discurso somente será válido se a argumentação puder ser racional e aceita sem coação pelos demais participantes” (ZANELLA, 2012, p. 135).

Dessa forma,

todo conteúdo que poderá ser reconhecido como verdadeiro terá que ser passível de consenso. Todas as pretensões da razão contidas no pensar, no conhecer e no agir devem ser justificadas no *a priori* da argumentação, ou seja, na comunidade ideal de ação e fala (ZANELLA, 2012, p. 134).

Ressalte-se que neste constructo teórico o costume se distingue da moralidade, não sendo suficiente a noção de cultura para permitir uma correta colocação do problema de moralidade, de onde decorre que o que está na tradição ou no costume não pode ser tomado necessariamente como normativo.

A moralidade mencionada por Cardoso de Oliveira (s/d), remete à questão do “que é igualmente bom para todos”, envolve o bem viver no sentido de vida justa, levando à conclusão de que em um conflito interétnico existem duas moralidades passíveis de interseção através do diálogo persuasivo, pelo exercício da argumentação.

Cita o caso dos “Tapirapé” como de sucesso da aplicação da ética discursiva, sendo este um trabalho etnográfico seu juntamente com o seu colega Charles Wagley, em 1957, o qual envolvia a prática do que ele chama de infanticídio, mas sendo, em realidade, a questão do homicídio infantil indígena tratado nesta tese doutoral.

Os Tapirapé haviam instituído a prática de eliminação do quarto filho para impedir o aumento de sua população, uma vez que não seria capaz de sobreviver naquele ecossistema com mais de 1000 indivíduos. Essa prática foi institucionalizada na cultura Tapirapé, sendo esta a moralidade deste grupo.

A presença de missionárias católicas nesta aldeia fez com que se não erradicada, fosse substancialmente diminuída tal prática social neste grupo indígena. Por meio de uma interação comunicativa extremamente favorável criou-se uma comunidade de comunicação na qual o padrão democrático de sociabilidade se manifestou, onde não se verificavam quaisquer mecanismos repressivos e autoritários comuns em situações de ações missionárias.

A comunidade de comunicação só foi criada a partir do momento em que as missionárias católicas mudaram seu argumento. Inicialmente argumentaram contra o homicídio infantil indígena a partir de princípios religiosos sobre a vida como um dom divino, não fazendo nenhum sentido isto para os Tapirapé, que valorizavam prioritariamente a vida comunitária e não a do indivíduo (PINEZI, 2010).

Quando as missionárias católicas argumentaram sobre a questão da grande diminuição dos habitantes da aldeia, que em 1957 contavam apenas com 54 indígenas, ameaçada ainda mais com a morte do quarto filho, houve a obtenção de uma resposta positiva dos indígenas que reviram essa prática tradicional, parecendo ter abandonado (PINEZI, 2010).

A argumentação das missionárias católicas foi capaz de persuadir os Tapirapé a quebrar o padrão do tamanho da família. A partir da relação dialógica instituída neste caso, o juízo moral deste grupo indígena cedeu frente à moralidade das missionárias católicas, as novas normas foram postas por meio de uma argumentação racional.

Isto porque, amparada na ética discursiva habermesiana,

a linguagem mediatiza toda a relação significativa entre o sujeito e o objeto. De modo mais fundamenta ainda, esse tipo de relação está decisivamente presente em toda a comunicação humana, o que insinua um mútuo entendimento sobre o sentido das palavras usadas e sobre o sentido das coisas mediadas pelos significados das palavras, já que se trata do jogo linguístico do argumentar, o qual segue regras, e, por isso, é acessado de modo intersubjetivo (ZANELLA, 2012, p. 134).

Neste diapasão, “as regras semânticas constitutivas do discurso são decisivas para o significado e, desse modo, também são decisivas para o procedimento de verificação e para o consenso” (ZANELLA, 2012, p. 134).

Seguindo a mesma linha de raciocínio de Cardoso de Oliveira, Pinezi (2010) compreende que

uma das maneiras pela qual essa polarização tem sido resolvida é por meio da ideia de que é importante valorizar uma relação dialógica entre diferentes culturas, que possibilite a superação de conflitos e o estabelecimento de um acordo entre elas.

A relação dialógica entre culturas diferentes ocorre porque as sociedades são interdependentes e a dinâmica cultural tem haver com o contato entre elas. É no diálogo intercultural que se poderá incluir a argumentação do outro, do diferente (PINEZI, 2010).

Outro exemplo dessa relação dialógica de sucesso é citado por Segato (2006, p. 217) se referindo aos índios U’wa da Colômbia. “Eles articularam os princípios de sua cosmologia tradicional e o idioma dos direitos humanos para garantir o controle dos recursos naturais localizados em seu território [...], o petróleo”.

Silva e Machado (2014, p. 38) prelecionam que

o diálogo intercultural é um meio de mediação entre os grupos indígenas e não indígenas, que irá ajudar a prevenir conflitos, bem como a promover os direitos fundamentais, através de meios pacíficos que respeitem as limitações de cada povo.

Conforme aduz Pinezi (2010) um dos caminhos para os impasses interculturais pode ser encontrado na ética da responsabilidade que não apenas reforça o respeito à diferença e ao diferente, mas também chama a atenção para a necessidade de estabelecer uma ponte em que o contato se dê pelo encontro e pelo diálogo.

4.8.2 A HERMENÊUTICA DIATÓPICA DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

A hermenêutica diatópica de Boaventura de Sousa Santos está calcada no ideário de uma concepção multicultural de direitos humanos e não universal, de modo que possa ser desenvolvido o seu potencial emancipatório. Ele estabelece cinco premissas para construir um diálogo intercultural sobre a dignidade humana.

Um diálogo intercultural propicia a troca entre diferentes culturas, entre universos de sentido diferentes consistentes em constelações de *topoi* fortes que funcionam como premissas de argumentação que, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos (SANTOS, 1997, p. 23).

O objetivo da hermenêutica diatópica é maximizar a consciência de incompletude entre as culturas de modo a favorecer o diálogo intercultural, exige uma produção de conhecimento coletiva, interativa e intersubjetiva.

A primeira premissa sustenta que o debate sobre o universalismo e relativismo cultural é falso porque o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorreta, assim como o universalismo cultural enquanto atitude filosófica também é incorreta, por isso,

contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. Contra o relativismo, há que desenvolver critérios políticos para distinguir política progressista de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação de regulação (SANTOS, 1997, p. 21).

A segunda premissa se baseia na crença de que “todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos” (SANTOS, 1997, p. 21).

A terceira premissa parte da perspectiva de que

todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. A incompletude provém da própria existência de uma pluralidade de culturas, pois, se cada cultura fosse tão completa como se julga, existiria apenas uma só cultura (SANTOS, 1997, p. 22).

A quarta premissa defende

que todas as culturas têm versões diferentes de dignidade humana, algumas mais amplas do que outras, algumas com um círculo de reciprocidade mais largo do que outras, algumas mais abertas a outras culturas do que outras (SANTOS, 1997, p. 22).

A quinta e última premissa se apoia na concepção de que

todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios competitivos de pertença hierárquica. Um – o princípio da igualdade – opera através de hierarquias entre unidades homogêneas [...]. O outro – o princípio da diferença – opera através da hierarquia entre identidades e diferenças consideradas únicas. Os dois princípios não se sobrepõem necessariamente e, por esse motivo, nem todas as igualdades são idênticas e nem todas as diferenças são desiguais (SANTOS, 1997, p. 22).

A partir destas cinco premissas Santos (1997, p. 23) elabora o seu constructo teórico da hermenêutica diatópica, baseada na ideia de que os *topoi* de cada cultura são tão incompletos quanto à cultura a que pertencem, porém, tal incompletude não é visível a partir do interior da cultura a que pertencem, mas somente a partir da outra cultura.

Um exemplo citado por Santos (1997, p. 23) de aplicação da hermenêutica diatópica diz respeito ao diálogo intercultural entre “o *topos* dos direitos humanos da cultura ocidental, o *topos* do *dharma* na cultura hindu e o *topos* da *umma* na cultura islâmica”.

Sob a perspectiva do *dharma*, os direitos humanos são incompletos na medida em que não estabelecem a ligação entre a parte (o indivíduo) e o todo (o cosmos), por outro lado, visto a partir do *topos* direitos humanos, o *dharma* também é incompleto por conta do seu enviesamento não dialético a favor da harmonia, ocultando injustiças e negligenciando o valor do conflito como o caminho para uma harmonia mais rica (SANTOS, 1997, p. 24).

O mesmo se verifica com relação ao *topos umma* da cultura islâmica. Por esta perspectiva, os direitos humanos individuais são incompletos porque com base neles é impossível fundar os laços e as solidariedades coletivas sem as quais

nenhuma sociedade pode sobreviver e prosperar. Pelo *topos* dos direitos humanos, a *umma* enfatiza demasiadamente os deveres em detrimento dos direitos, perdoando desigualdades que seria de outro modo inadmissíveis (SANTOS, 1997, p. 25).

Baseando-se na hermenêutica diatópica de Boaventura de Sousa Santos, Feitosa (2010, p. 99) propõe como metodologia para enfrentar o desafio do “infanticídio indígena” o estabelecimento de um diálogo permanente entre a pluralidade dos sistemas morais e a universalidade da experiência moral.

Defende o estabelecimento de um relacionamento entre comunidades que possuem morais diferentes como os grupos minoritários étnicos com *status* social de povo que aceitam a prática do “infanticídio” como um “dever moral”, de um lado, e da poderosa sociedade com *status* de Estado nação onde o “infanticídio” é crime, de outro (FEITOSA, 2010, p. 99).

O diálogo entre estes grupos com moralidades diferentes, entretanto, apenas será profícuo se “o *topoi* cultural for compreendido amplamente por ambas as culturas envolvidas, suas semelhanças e diferenças, o que demanda tempo e disposição, tornando-se um trabalho complexo para os envolvidos” (REIS, s/d).

4.8.3 A IMPULSÃO ÉTICA DELINEADA POR RITA SEGATO

Outra alternativa que se apresenta como um caminho sadio para mudanças de comportamentos culturais é apontado por Segato (2006, p. 222), quando afirma que a partir da impulsão ética se “desinstala os chips cuja finalidade é tornar nosso comportamento automático”.

Afirma Segato (2006, p. 222):

A pulsão ética nos permite fugir da automação: se a cultura é uma *paranatureza*, ou seja, uma segunda natureza ou programação não biológica, *parabiológica*, implantada em nós mediante o processo de socialização e coincidente, portanto, com nossa própria humanidade, o *desejo* ético, transcendente e complexo, leva-nos a vislumbrar o outro lado da consciência possível e nos possibilita ultrapassar a visão programada de uma época e desarticular o programa cultural e jurídico que a sustenta.

O impulso ético, afirma Segato (2006, p. 222), não apenas permite analisar criticamente a lei e a moral e considerá-las inadequadas, como também possibilita o

distanciamento do leito cultural que permeia o ser humano desde o seu nascimento de modo a transformar os costumes da comunidade moral a qual faz parte.

Citando Geertz, Segato (2006, p. 223) pontua que o homem é um ser de cultura, com padrões para o comportamento e padrões de comportamento, sendo que

os padrões para o comportamento automatizam a conduta; os padrões de comportamento são nossas apostas intelectivas a respeito dos moldes que nos fazem agir, já em sua versão reflexiva, como produto da tentativa de autoconhecimento por parte de uma sociedade ou de um indivíduo.

São os padrões de comportamento que fazem os humanos seres históricos exercendo algum grau de liberdade e autonomia, dando plenitude humana à sua existência, independente da sociedade que se viva. Por meio de um trabalho reflexivo se consegue identificar padrões de comportamento considerados inaceitáveis e a partir do impulso ético redirecionar a vida, a própria historicidade, de modo que não haja acomodação nas comunidades morais e sociedades jurídicas de origem (SEGATO, 2006, p. 223).

É a impulsão ética que faz com que dentro de uma mesma comunidade moral possa existir mais de uma sensibilidade ética, a qual Segato (2006, p. 223) enquadra em duas posições:

a ética dos conformistas e dos desconformes; a dos satisfeitos e a dos insatisfeitos; a dos que têm disponibilidade quanto à diferença, ao novo e ao outro e a dos que não a têm; a dos sensíveis às margens (o que se encontra do outro lado das muralhas de contenção da “normalidade” moral do grupo) e às vítimas e a dos não sensíveis a elas.

Conclui Segato (2006, p. 223-224) “ser este motor ético o impulso por trás do desdobramento expansivo dos direitos humanos, da abertura das comunidades morais e do processo constante e histórico de despositivação da lei”.

Importante frisar com Segato (2006, p. 225) que os direitos humanos não são universais, mas “o anseio ético é universal, no sentido de que pode ser encontrado dentre alguns membros de qualquer grupo humano, mas seus objetos são variáveis. A ética, portanto, não tem conteúdos a serem listados”.

Segato (2006, p. 224) ensina que a noção contemporânea da ética foi dada por Nietzsche a partir do elogio aos espíritos livres e a vontade de viver, bem como

da sua investida contra a moral e os valores vigentes. A partir da perspectiva Nietzscheana, “o sujeito ético seria [...] o ser em movimento, aberto ao futuro e à transformação, o ser exigido por uma vontade infatigável de transmutar valores e minar certezas, o ser que duvida e suspeita”.

É a partir das fendas e das inconsistências do sistema normativo que se vive que acende a percepção “dos outros”, das outras moralidades, das outras soluções, das outras moralidades, das outras legislações. O virtual e não realizado no horizonte da cultura do sujeito vivente se infiltra através das brechas abertas pela imperfeição das ideias onde o sujeito habita (SEGATO, 2006, p. 224).

Em Lévinas, o impulso ético ou a ética como impulso, é “o que nos arranca de sermos nós mesmos e nos salva da coincidência com o que já somos. Responsabilidade e abertura são os predicados do eu ético” (SEGATO, 2006, p. 227).

Preleciona Segato (2006, p. 227) que

o outro, na narrativa de Lévinas [...] não instala o sujeito com sua violência fundadora, mas o desloca, torna-o mais humilde e o infiltra com dúvidas: convida-o a desconhecer-se e a abandonar suas certezas, entre elas a de sua superioridade moral. Lévinas introduz, portanto, o valor ético daquilo que nos desconfirma, ou seja, o valor ético da alteridade.

Em qualquer acepção a ética “permite estranhar nosso próprio mundo, qualquer que seja, e revisar a moral que nos orienta e a lei que nos limita. Por isso, podemos dizer que constitui o princípio motor dos direitos humanos” (SEGATO, 2006, p. 227-228).

Conclui Segato (2006, p. 229) que

o anseio ético é [...] uma abertura alimentada pela presença da alteridade e que se manifesta na experiência de insatisfação com relação tanto aos padrões morais compartilhados – que nos fazem membros natos de uma comunidade moral – quanto às leis que orientam nossa conduta na sociedade nacional da qual fazemos parte.

Pelo caminho da impulsão ética Segato (2006, p. 225) entende que o relativismo cultural deixa de ter uma relação antagônica com a universalidade dos direitos humanos, pois “justamente na diferença das comunidades morais ampara-se e alimenta-se o anseio ético tanto para conseguir desnaturalizar as regras que sustentam nossa paisagem normativa quanto para dar ritmo histórico à moral”.

A mudança das práticas sociais ameríndias quanto a matar os seus “não-humanos” pode vir deste tipo de atitude, interna ao grupo e não exterior a ele, pois qualquer forma de imposição externa indubitavelmente representa uma violência aos direitos humanos indígenas.

A impulsão ética pode levar ao indivíduo ou grupo indígena a questionar sua cultura, suas premissas, levando a uma abertura de sua comunidade moral e à reflexão crítica de seu direito consuetudinário, podendo este se apresentar como um *iter* legítimo para renovação de seus valores, crença e tradições.

Feitosa (2010, p. 97) aponta nesta direção quando traz em seu trabalho o relato da líder indígena Valéria Payé, oriunda da etnia kaxuyana, na Comissão de Direitos e Minorias em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados em 2007, *in verbis*:

Há 30 anos acontecia isso com o meu povo. Não mais acontece por força das nossas mulheres. Resolvemos, internamente. Não houve necessidade de imposições externas para isso ser feito. Não foi preciso uma lei do Congresso Nacional do Brasil para o povo Tiryó, Katchuyana, Aparai e Wayana, até porque dizemos que a cultura não é parada (Comissão de Direitos Humanos e Minorias, 2007, p. 14).

Dialogando a partir deste relato, Rita Segado também se posicionou na Comissão de Direitos Humanos e Minorias em 2007, como mostra Feitosa (2010, p. 97-98), *in verbis*:

[...] De certo, as sociedades que praticam o infanticídio têm dissidências no seu interior. É evidente. Toda a sociedade, até a menor dela, conhece o dissenso. Não existe sociedade monolítica de consenso absoluto. Nem uma aldeia de 25 pessoas tem consenso. Sempre há dissenso. Não se trata disso. Quando pensamos o princípio do pluralismo, ideias de cultura como conjunto cristalizados e históricos devem ser abandonadas e substituídas pela ideia de uma história em plural. Todo povo habita, no fluir dos tempos históricos, em muito entrelaçamento e todo povo tem dissenso no seu interior, de forma que os costumes são constantemente mudados no curso da deliberação interna dos povos. Mas isso fala precisamente contra o que aqui se está tentando fazer, contra a necessidade de legislar, justamente como dizia a companheira Valéria: porque existe esse dissenso, essa deliberação, essa construção da história pelo próprio povo, o Estado deve garanti-la.

A impulsão ética parece ser a ferramenta apta a instaurar um novo *ethos*, um novo padrão de moralidade no interior das comunidades indígenas que possuem a prática cultural de ceifar a vida de suas crianças, levando ao questionamento de sua

própria cosmologia e de seu paradigma ontológico, instrumento este em perfeita consonância com a multiétnica do Estado brasileiro.

5. O PROBLEMA DO HOMICÍDIO INFANTIL INDÍGENA E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIS

O monismo estatal impõe a todos à submissão ao Direito nacional, que tem como uma de suas premissas basilares a igualdade de todos perante a lei. As normas são elaboradas a partir do pressuposto de uma sociedade homogênea, na qual valores e princípios são compartilhados por todos, ainda que no interior da sociedade pulse um caldeirão cultural como no caso do Estado brasileiro.

Essa situação leva a um descontentamento dos grupos minoritários uma vez que não se sentem politicamente representados nas pautas normativas estatais, vendo seus interesses sociais, econômicos e culturais vilipendiados e esquecidos pelo Estado.

Este é o caso dos povos indígenas, secularmente esquecidos pelo Estado brasileiro, que sempre os mantiveram sob a tutela de um regime especial de proteção por serem considerados inferiores. Consoante ensina Barreto (2011, p. 38),

a legislação do início do século XIX atribuía ao Juiz de Órfãos duas competências: a) tutelar o índio que se encontrasse em escravidão ou em servidão em decorrência de guerra e que tenha sido posteriormente posto em liberdade; b) proteger os bens de todo e qualquer índio, inclusive daqueles que sequer tivessem sido contactados (os tais “isolados”).

O Estatuto do índio, elaborado em 19 de dezembro de 1973, ressalta essa lógica de inferioridade do índio quando estabelece um paradigma integracionista ancorado na necessidade de sua integração à “comunidade nacional”.

O respeito aos povos indígenas por parte do Estado se deu apenas no final do século XX com o advento do multiculturalismo, momento no qual foram assegurados seus direitos e suas pautas de reivindicações, sendo reconhecida a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, consoante preconizado no art. 231 da Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna brasileira, portanto, substituiu o paradigma integracionista pelo interacionista, refutando o viés assimilacionista imposto pelo Estatuto do Índio que se tornou anacrônico. É sob esta perspectiva que serão apresentadas as soluções propostas pelo Direito Penal para o problema do homicídio infantil praticado em algumas comunidades indígenas na região norte do Brasil.

Como já explicitado no quarto capítulo, a morte de crianças praticadas por algumas comunidades indígenas na região amazônica tornou-se um problema nacional quando foi postado na internet o vídeo de Hakani produzido pela ONG brasileira ATINI – Voz pela Vida.

O principal objetivo desta ONG é a aprovação do Projeto de Lei 1057/2007, de autoria do Deputado Federal Henrique Afonso do PT do Acre, já aprovado na Câmara dos Deputados, que criminaliza as “práticas tradicionais nocivas indígenas”.

O vídeo postado de Hakani na internet, bem como o Projeto de Lei 1057/2007, trouxeram discussões importantes no campo dos direitos humanos, dividindo posicionamentos a respeito da legitimidade da intervenção do Estado brasileiro nas comunidades indígenas, polarizadas entre os universalistas e relativistas culturais.

Essa questão trouxe reflexões relevantes para o Direito Penal, na medida em que há um apelo dos universalistas culturais pela punição dos índios que praticam o homicídio infantil, da mesma maneira que há reivindicações em sentido contrário feita pelos relativistas culturais, que entendem que os índios não podem ser responsabilizados penalmente pelo fato de agirem impelidos por sua cultura e sua peculiar cosmologia.

5.1 TESES PELA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

A favor da responsabilização penal dos índios que praticam o homicídio infantil em suas comunidades estão os universalistas culturais, apoiados na crença absoluta dos direitos humanos, os quais possuem valor universal independentemente da cultura que o indivíduo pertença.

Por este prisma, a vida deve ser defendida independente de qualquer circunstância por possuir um valor universal absoluto, uma vez que compõe o núcleo do que eles denominam de “mínimo ético irreduzível”, devendo ser preservada em toda e qualquer cultura.

Consoante ensina Piovesan (2006, p. 144), “qualquer afronta ao chamado “mínimo ético irreduzível” que comprometa a dignidade humana, ainda que em nome da cultura, importará em violações a direitos humanos”.

Apesar de variados, os argumentos dos universalistas culturais possuem em comum a prevalência do direito à vida em detrimento da cultura sempre que haja

colisão entre esses direitos fundamentais, aderindo à técnica da ponderação, segundo o princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana.

Simões (2012), por exemplo, entende que defender o microssistema indígena, sua cultura e tradição, em detrimento da vida, seria o mesmo que negar a Constituição Federal de 1988, baseando-se no disposto no art. 5º, caput, *in verbis*:

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.

Nesta mesma linha de raciocínio advoga Faria e Salles (2015, p. 123) compreendendo que a omissão do Estado brasileiro na questão do homicídio infantil indígena representa uma “inobservância dos tratados, convenções de Direitos Humanos e da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 e demais leis infraconstitucionais”.

Entendem que a criança indígena se encontra em situação de vulnerabilidade, sendo dever de o Estado brasileiro protegê-la consoante posto no art. 227 da Constituição Federal, art. 28, § 6º, do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 2º da Convenção sobre o Direito da Criança da ONU.

Outros instrumentos internacionais que defendem a universalização dos direitos humanos também são elencados por Adinolfi (2008, p. 37-38) como a Declaração de Viena (1993); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (1966), a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969) e a Convenção 169 da OIT (regulamentada pelo Decreto nº 5.051/2004).

Ademais, aponta Simões (2012), priorizar o costume sobre a lei seria uma posição incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que “os costumes são fontes subsidiárias do direito, aplicáveis quando da ausência de previsão legal satisfatória (artigo 4º da LICC)”.

Outro argumento trazido à baila por Simões (2012) se refere à insatisfação de alguns índios quanto a esta prática cultural de ceifar a vida de crianças, entendendo serem elas bárbaras, revelando por isso que “a cultura, em especial no que tange ao seu patrimônio imaterial, é dinâmica, mutável, podendo ser objeto de proteção por outros meios adequados já previstos no ordenamento jurídico pátrio”.

A título de exemplo cita a insatisfação com essa prática cultural a índia Muwaji Suruwahá, que salvou sua filha Iganami; o índio Aisanan Paltu da tribo kamayurá que perdeu um de seus filhos gêmeos; Edson Bakair, sobrevivente da tentativa de infanticídio e Hakani, da etnia suruwahá, salva por seu irmão mais velho e acolhida por um casal missionário hoje símbolo da luta contra o infanticídio indígena (SIMÕES, 2012).

A partir de todos esses argumentos Simões (2012) defende explicitamente a responsabilização penal do índio que em sua ótica deve responder por homicídio qualificado na Justiça Estadual, haja vista a existência da Súmula 140 do STJ.

Barreto (2006, p. 4) também se posiciona firmemente ao lado da universalização dos direitos humanos e se apoia em dois casos reais para isso ocorridos na etnia Suruwahá (considerada semi-isolada pela FUNAI), das indiazinhas Tititu e Iganami, levados à mídia em 2005.

Tititu nasceu com pseudo-hermafroditismo e Iganami com paralisia cerebral, tendo decidido os integrantes da comunidade indígena buscar a medicina “dos brancos” com a ajuda dos missionários, antes de matar as crianças. Porém, mesmo com o consentimento dos pais, Barreto (2006, p. 4) afirma que a FUNAI e a FUNASA foram bastante resistentes ao tratamento médico, por considerarem uma interferência cultural causada pelos missionários, também havendo resistência por parte da Procuradoria da República, no Amazonas.

Mas com o auxílio de alguns deputados foram levadas para Brasília para tratamento, porém, proibidas de serem acompanhadas por intérpretes (os Suruwahá não falam português), representando tal atitude uma violação dos direitos linguísticos. A partir destes dois casos Barreto (2006) extrai o princípio da universalidade dos direitos de personalidade

Na ótica de Barreto (2006, p. 9),

a cultura não é o bem maior a ser tutelado, mas sim o ser humano, no intento de lhe propiciar o bem-estar e minimizar seu sofrimento. [...] Portanto, a tolerância (no sentido de aceitação, reconhecimento da legitimidade) em relação à diversidade cultural deve ser norteada pelo respeito aos direitos da personalidade.

Barreto (2006, p. 10) entende que “dentre esses valores que são universais, comuns a todas as culturas, existe um mínimo de valores que são fundamentais, inderrogáveis e irredutíveis, e que constituem um padrão mínimo legal”.

Adinolfi (2008, p. 8) defende o direito à vida das crianças indígenas num viés universalista a partir da intervenção bioética. Segundo ela, “o respeito à vulnerabilidade e a preservação da integridade da pessoa humana estão na raiz da Bioética, a partir da luta pelos Direitos Humanos fundamentais e universais”.

A partir da bioética intervencionista, rechaça o homicídio infantil indígena se baseando em “documentos nacionais e internacionais relativos aos Direitos Humanos, Direito dos Povos Indígenas e Direitos da criança e dos discursos indígenas acerca do assunto” (ADINOLFI, 2008, p. 8).

Esclarece Adinolfi (2008, p. 19) que “A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005), artigo 12, diz que o pluralismo não pode ser invocado para infringir os Direitos Humanos e a dignidade”.

A favor da intervenção bioética nessa seara também se posiciona Feitosa (2010, p. 98), “por tratar da discussão sobre a vida, em especial a vida humana, e das várias implicações morais decorrentes dos posicionamentos dos diversos atores envolvidos no embate do Projeto de Lei 1057/2007”.

Por todo o exposto e a partir dos mais variados argumentos relacionados ao universalismo cultural, o índio que pratica o “homicídio infantil” indígena deve ser responsabilizado penalmente por seus atos, na medida em que cometeu um crime tipificado no art. 121 do Código Penal, não podendo ser argumentado a seu favor o aspecto cultural, haja vista a vida fazer parte do núcleo do “mínimo ético irreduzível”.

5.1.1 REQUISITOS DOGMÁTICO-PENAIS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO ÍNDIO

Para que o índio possa ser responsabilizado penalmente por seus atos e lhe seja atribuída uma pena, é condição indispensável a sua imputabilidade, pois, caso contrário, será impossível consoante o ordenamento jurídico-penal pátrio haver responsabilização jurídica pelos seus atos.

A imputabilidade penal do índio é aferida pela jurisprudência segundo o seu grau de adaptação à comunidade nacional, disposto no art. 4º do Estatuto do Índio, a saber:

Art 4º Os índios são considerados:

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.

Uma vez integrados os índios são considerados imputáveis, ao revés, se isolados, inimputáveis e, caso estejam em vias de integração, semi-imputáveis. Para Pontes (2012, p. 181-182):

Não há dúvida, então, de que entre a escala de integração à sociedade, de que trata o art. 4º do Estatuto do Índio (índio isolado, índio em vias de integração e índio integrado), e a escala de entendimento do ilícito, de que trata o art. 26 e seu parágrafo único, do Código Penal brasileiro (inimputável, semi-imputável e imputável), há uma correlação evidente, impondo ao operador do Direito uma efusiva consideração.

Um julgado do STF colacionado por Pontes (2012, p. 183) corrobora este entendimento, senão vejamos:

Índio. Responsabilidade criminal. Tentativa de homicídio. Índio em vias de integração. Lei 6.001, de 1973, arts. 4º, 10 e 56. O índio pode ser processado, criminalmente, estabelecendo-se, no art. 56, da Lei 6.001, de 1973, entretanto, que a pena deve ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá, também, ao grau de integração do silvícola. Pelo só fato de se encontrar em vias de integração, não se torna, assim, o índio, criminalmente, inimputável. O acórdão, de outra parte, examinando os fatos e provas, não reconheceu o enquadramento do acusado no art. 22 do Código Penal. Súmula 272. Recurso extraordinário não conhecido (STF, RE 97.064-9/AM, 1ª Turma, Rel. Néri da Silveira, j. em 24.09.1982).

As circunstâncias mais usuais apontadas pela jurisprudência para aferir o estado de adaptação do índio à comunidade nacional, segundo Dotti (2012, p. 72) são três: “a) a alfabetização; b) o relacionamento ou não com os demais membros de sua comunidade; c) a compatibilidade maior, menor ou inexistente com os usos, hábitos e costumes da cidade onde vive”.

Assim sendo, o grau de integração do índio acaba sendo o paradigma norteador de sua imputabilidade, tornando indispensável, por isso, o laudo pericial antropológico que especificará se o índio se encontra isolado, em vias de integração ou integrado à comunidade nacional.

A solução encontrada pela jurisprudência, entretanto, não encontra ressonância no Código Penal brasileiro, uma vez que a inimputabilidade penal do índio jamais foi tratada por este diploma legal, sendo esta interpretação advinda do Código Civil de 1916 que o considerava

relativamente incapaz para a prática de certos atos ou à maneira de exercê-los (art. 6º, III), estando sujeito ao regime tutelar previsto em leis e regulamentos especiais, o qual cessaria na medida em que for se adaptando à civilização do país (DOTTI, 2012, p. 70).

Essa interpretação advinda do Código Civil de 1916 possuía um condão nitidamente preconceituoso na medida em que atrelava a capacidade do índio ao seu grau de adaptação da civilização branca, posicionamento este não aceito pela doutrina majoritária, haja vista

pertencer a uma cultura diferente não significa ser inimputável. Ter costumes, crenças, hábitos próprios não implica desenvolvimento mental incompleto, ou retardado. O desenvolvimento mental do índio, independentemente de seu estágio de integração à sociedade branca, é completo (PASCHOAL, 2012, p. 83).

Barreto (2011, p. 41) compartilha da afirmação do viés preconceituoso da qualificação do índio como inimputável, já que o fato de ser diferente, para ele, inadaptado à valores civilizatórios diversos, não significa ausência de compreensão daquele ordenamento, mais justamente o contrário: consciência que eles são diferentes.

Do mesmo modo, Sanz Mulas (2014, p. 19) que sequer valora a possibilidade da inimputabilidade por ser esta “uma visão excessivamente paternalista, e por isso inaceitável, e que parte de uma visão etnocêntrica do mundo considera como inferiores as culturas que não se ajustam ao modelo ocidental”.

Assim sendo, tal posicionamento foi revisto pelo Código Civil de 2002 que não definiu a capacidade dos índios para a assunção de obrigações e exercício de direitos, mas tão-somente declarou que “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial” (art. 4º, parágrafo único, CC).

O Estatuto do Índio, indubitavelmente, reconhece a imputabilidade do índio em seu art. 56, quando afirma que “no caso de condenação do índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”.

Resta claro que o grau de integração do silvícola constante na redação do art. 56 do Estatuto do Índio não diz respeito à sua imputabilidade, questão esta superada pela imposição da pena, mas tão-somente à sua aplicação, sendo a integração do silvícola uma circunstância judicial a ser considerada.

Da mesma maneira, corroborando com a imputabilidade penal do índio tem-se o parágrafo único do art. 56 do Estatuto do Índio, prevendo que

a reclusão ou detenção devem ser executadas, se possível, em regime de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios e mais próximo da habitação do condenado.

Superada a questão da imputabilidade penal do índio, resta outra barreira a ser superada pelos defensores do universalismo cultural para efetivamente ver o índio responsabilizado penalmente, qual seja, a questão da competência jurisdicional, se estadual ou federal, uma vez que não é pacífico tal entendimento.

O art. 109, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, prevê que compete à Justiça Federal processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, assim como o art. 231 do mesmo diploma legal positiva que compete à União o dever de proteger as populações indígenas.

A Súmula 140 do STJ, entretanto, estabelece que “compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”, deslocando a competência da Justiça Federal para a Justiça Estadual.

O objeto do litígio, portanto, parece ser o fator decisivo para definir qual é o órgão jurisdicional competente para julgar a questão indígena, como demonstrando por Pontes (2012, p. 193):

Se as circunstâncias denotam que foi praticado em meio à disputa pelos direitos indígenas, a competência será da Justiça Federal; se, ao contrário, o crime foi praticado de forma individual, sem a conotação de “disputa por direitos indígenas”, a competência será da Justiça Estadual.

Pontes (2012, p. 194) salienta que esta questão merece reflexão em virtude da nulidade processual que pode surgir em face da incompetência absoluta, uma vez que se trata de competência funcional fixada pela Constituição Federal.

A jurisprudência é vacilante quanto à temática, encontrando-se julgados que estabelece a competência da Justiça Federal para julgar crimes individuais cometidos por índios, bem como, da Justiça Estadual, como demonstrado abaixo.

Homicídio cometido por indígenas. Incompetência da Justiça Federal: Súmula 140/STJ. Sentença anulada (art. 113, § 2º, CPC). Prejudicada a apelação.

1. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crimes em que o indígena figure como autor ou vítima (Súmula 140/STJ de 24.05.1995).
2. Não se dando o crime em razão da condição de índio ostentada pelos réus, afasta-se, pois, a competência da Justiça Federal para julgá-los.
3. Precedentes: (STJ, CC 21.968/MG, Rel. Min. Vicente Leal, S3, ac. un., DJ 18.12.1998, p. 287; CC 21.275/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, S3, ac. un., DJ 17.02.1999, p. 116)
4. DECLARADA incompetente a Justiça Federal para processar e julgar os recorrentes. ANULADA a sentença e REMETIDOS os autos à Justiça Comum do Estado de Roraima (Vara Criminal de Boa Vista). PREJUDICADA a apelação.
5. Peças liberadas pelo Relator em 07.05.2002 para publicação do acórdão.

Crimes praticados contra silvícolas. Competência. Justiça Federal.

Em circunstâncias especiais, quando evidenciada ofensas a direitos indígenas que, por força da Constituição, devem ser protegidos pela União, não há como deixar de reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar crimes praticados contra silvícolas.

Habeas corpus. Homicídio. Índio. Justiça Estadual. Incompetência. Art. 109-XI da Constituição Federal.

1. Caso em que se disputam direitos indígenas. Todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob a rubrica do inciso XI do art. 109 da Constituição Federal.
2. Habeas Corpus concedido para que se desloque o feito para a Justiça Federal, competente para julgar o caso.

Recurso Extraordinário. Conflito de competência. Homicídio. Crime praticado contra silvícola. Competência da Justiça Federal.

1. A Constituição Federal, em seu art. 231, impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida.
2. Sendo a vida do índio tutelada pela União, é competente a Justiça Federal para julgar o feito, não estando a Justiça Estadual, na presente ordem constitucional, legitimada a conhecer das infrações penais cometidas por ou contra silvícolas.
Recurso conhecido e provido.

Barreto (2011) salienta que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região com sede em Porto Alegre e jurisdição nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, tem priorizado a aplicação do art. 109, inc. XI, da Constituição Federal de 1988, atribuindo competência à Justiça Federal para processar e julgar crimes em que índios figurem como autor ou vítima de delitos, senão vejamos:

A discriminação racial fica evidenciada pelo desprezo e desconsideração dos costumes e tradições indígenas, revelando manifesto etnocentrismo, que a Constituição não tolera no art. 231 (APN 2001.04.01.071752-7/SC, 4ª Seção, Volkmer de Castilho, j. em 16.10.2002, unanimidade, DJ 30.10.2002)

Em circunstâncias especiais, a Justiça Federal é competente para processar e julgar crimes praticados contra silvícolas (SER 2000.04.01.046689-7/PR, 1ª Turma, Amir Sarti, j. em 26.09.2000, unanimidade, DJ 13.12.2000)

O crime contra um índio ou uma comunidade indígena é praticado em detrimento do interesse da UNIÃO e da FUNAI (SER 1999.04.01.086961-6, 1ª Turma, Guilherme Beltrami, j. em 28.03.2000, unanimidade, DJ 10.05.2000)

A Súmula 140 do STJ não esgota de forma plena as hipóteses de criminalidade em que indígena figure como vítima ou autor (HC 1999.04.01.026342-8/RS, 2ª Turma, relatora-designada Tânia Escobar, j. em 27.05.1999, maioria, DJ 23.06.1999).

Certo é que esta questão já deveria ter sido sanada haja vista tramitar no Congresso Nacional há mais de 20 anos o projeto de Lei nº 2.057 de 1991 - Estatuto das Sociedades Indígenas -, que prevê em seu art. 9º a competência dos juízes federais para “processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas; os crimes praticados por índios ou contra índios, suas sociedades, suas terras e seus bens” (SANTOS FILHO, 2012, p. 95).

Porém, ainda que resolvidas às questões relacionadas à imputabilidade penal e à competência jurisdicional, os relativistas culturais não aceitam a responsabilização penal do índio pelo fato de compreender que suas ações são motivadas por sua cultura, sendo este fator imprescindível para analisar o homicídio infantil indígena.

Utilizando o mesmo argumento dos universalistas culturais no tocante à imperativa necessidade de proteção dos direitos humanos, entendem os relativistas culturais que a cultura do índio faz parte do seu acervo de direitos humanos, pois a partir dela o índio se identifica e se reconhece diante de si e de seus pares, sendo a sua cultura direito humano fundamental indígena.

5.2 TESES PELA IRRESPONSABILIZAÇÃO PENAL

Os relativistas culturais refutam peremptoriamente a existência de uma razão universal, defendendo que as regras morais variam de lugar para lugar. Para este grupo, “buscar uma universalidade [...] como critério para toda moralidade é uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura sejam gerais” (PIOVESAN, 2006, p. 143).

Por isso, os relativistas culturais entendem que não pode haver responsabilização penal do índio em casos de homicídio infantil indígena, uma vez que estas práticas são realizadas no interior de sua comunidade, segundo regras de comportamentos peculiares às suas cosmologias que em nada se parecem com a da “sociedade nacional”.

Os relativistas culturais são adeptos do pluralismo jurídico, compreendendo que o Direito nacional não é o único passível de ser aplicado nos limites territoriais do Estado. Por ser o Direito fruto de concepções morais, culturais, sociais, políticas e econômicas, legítimos que existam outros sistemas jurídicos para regulamentar a vida social de grupos etnoculturais diferentes da sociedade nacional, sendo este o caso das sociedades indígenas.

Os relativistas culturais defendem, assim, a coexistência pacífica do sistema jurídico estatal com o sistema jurídico indígena, entendendo que este é uma realidade de fato ainda que não seja de direito já que não há o reconhecimento oficial por parte do Estado. Por esta ótica seria inadmissível qualquer tipo de intervenção estatal nas sociedades indígenas que, caso ocorresse, violaria o princípio da autodeterminação dos povos.

Entretanto, não é esta a realidade do Estado brasileiro. Apesar de ser um país multicultural e multinacional, insiste em adotar o monismo jurídico como discurso oficial do Estado. O Direito estatal é aplicado em todo o território nacional independentemente da existência de grupos etnoculturais diferentes, tornando legítima a aplicação do Direito Penal no interior das sociedades indígenas.

Apesar disso, entendem os relativistas culturais que jamais poderá haver responsabilização penal do índio que age impelido por suas práticas culturais no interior de suas comunidades, defendendo a não responsabilização penal a partir de excludentes da própria Dogmática Penal inseridas no âmbito da teoria do delito.

Afinal, como ensina Silva Sánchez (2011, p. 553),

a teoria do delito cuida da exposição sistemática dos pressupostos que devem concorrer, de modo genérico, para a imposição de uma sanção penal e das consequências intrasistêmicas que resultam da presença ou da ausência de cada um deles.

Adverte-se, entretanto, que as consequências intrasistêmicas podem variar em função do modelo que se adote, pois, apesar da evolução doutrinária do último século não ter alterado a estrutura básica do sistema de delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), a sua sistematização pode ocorrer segundo pontos de vista muito diferentes (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 556-558).

A modificação substancial de perspectiva que ocorreu neste último século, ensina Silva Sánchez (2011, p. 560), se dá “no âmbito das correntes ecléticas, que coexistem com o finalismo e se concretizam, sobretudo, na orientação teleológica que surge com força a partir da obra de Roxin”.

Desta maneira, é possível fazer distinção entre sistemas dedutivo-axiomáticos construídos a partir de premissas filosóficas e sistemas dirigidos às finalidades político-criminais do sistema. Os primeiros são sistemas fechados, elaborados *a priori*, a partir de uma ideia reitora que não se questiona; os segundos são sistemas abertos, elaborados *a posteriori*, a partir da perspectiva das consequências jurídicas que são obtidas (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 560-561).

Preleciona Silva Sánchez (2011, p. 561-563) que apesar de ser correto relacionar o sistema dedutivo-axiomático à formação conceitual de base ontológica e a concepção de orientação às finalidades de política criminal à formação conceitual valorativa, não se pode perder de vista que a partir do neokantismo o sistema dedutivo-axiomático pretende elaborar um sistema teleológico do delito, a partir dos fins perseguidos pelo Direito Penal e das perspectivas valorativas que lhe servem de base. Exemplo disso é que no tipo se adota como valor reitor a finalidade de proteção de bens jurídicos.

A partir deste constructo teórico-dogmático se pode justificar a intervenção do Direito Penal na sociedade, uma vez que “os fins atuam [...] como valores de legitimação, o que torna perfeitamente lógico que as categorias da teoria do delito também direcionem seu conteúdo aos princípios que legitimam” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 564).

A partir do sistema finalista construído sobre as premissas filosóficas do neokantismo serão apresentadas a seguir algumas possíveis soluções legítimas de exclusão da responsabilidade penal do índio, quais sejam: a) exclusão da culpabilidade por erro de proibição inevitável ou erro de compreensão culturalmente condicionado; b) exclusão da antijuridicidade pelo estado de necessidade putativo; c) exclusão da antijuridicidade pelo exercício regular de direito e d) exclusão da tipicidade pelo erro de tipo culturalmente condicionado.

Apesar das possibilidades acima apresentadas, a presente tese de doutoramento defende com afinco a exclusão da responsabilidade penal a partir do erro de tipo culturalmente condicionado, por se encontrar o índio em erro de tipo invencível, já que imerso em sua cultura não tem como representar a elementar do tipo do crime de homicídio “alguém”, por ausência de conexões sociais constitutivas de humanidade no âmbito de sua cosmologia.

Sendo atípica a conduta do índio, não há por que questionar acerca das excludentes de antijuridicidade nem de culpabilidade, por mais legítimas que elas sejam. Apesar disto, abaixo serão apresentadas todas as possibilidades aventadas de exclusão da responsabilidade penal do índio, incluindo o erro de tipo culturalmente condicionado, uma vez que se revestem de legitimidade a partir da teoria do delito.

5.2.1 Exclusão da culpabilidade pelo erro de proibição inevitável

Para defender a irresponsabilização penal do índio pelo viés da excludente da culpabilidade pelo erro de proibição inevitável se faz necessário inicialmente entender o que vem a ser a culpabilidade na construção dogmático-penal, bem como, o erro de proibição inevitável.

5.2.1.1 Culpabilidade enquanto fundamento da pena: breve digressão histórica

Na segunda metade do século XIX surgiu a primeira corrente teórica sistemática a respeito da culpabilidade penal, qual seja, a teoria causal-naturalista da culpabilidade também conhecida como teoria psicológica da culpabilidade, tendo por precursor Fran Von Liszt.

Liszt (2003, p. 259-260) defendia que no direito penal, assim como no direito civil, o injusto era decorrente de uma ação culposa, ou seja, não bastava ligar o resultado de maneira objetiva ao ato de vontade do agente, era preciso encontrar na culpa a ligação subjetiva. Desta forma, a imputação do resultado se dava apenas quando este era previsto (dolo) ou quando o resultado não previsto poderia sê-lo (culpa em sentido estrito).

Liszt (2003, p. 265) partia do pressuposto que a imputabilidade criminal nada tinha a ver com o livre-arbítrio. Para ele, responsável é todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são, mas reconhecia que assim como nos limites da saúde física, também nos limites da saúde mental, existiam gradações, além de igualmente admitir que, em matéria de Direito Penal, no mesmo homem e no mesmo momento essa capacidade ora existe, ora falta, conforme se trate deste ou daquele grupo de ações delituosas.

Em sua teoria, a imputabilidade era um requisito da culpa que deve ser verificada *ex officio*, assim como todas as circunstâncias juridicamente relevantes, por isso deve ser verificada no momento em que o ato é praticado, pois posteriormente só pode produzir efeitos processuais (LISZT, 2003, p. 267).

Por isso, sem imputabilidade não pode haver culpa, de igual modo não pode haver crime. Essas situações ocorrem para Liszt (2003): a) quando falta o desenvolvimento mental; b) o desenvolvimento tolhido surdo-mudez; c) quando falta saúde mental e mesmo quando ocorre vacilações no homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são, como, por exemplo, em momentos de embriaguez, desmaio, sono, “embriaguez do sono”, sugestão hipnótica etc.

Pelo exposto, pode-se perceber que na teoria causal-naturalista da culpabilidade construída durante o período positivista naturalista vigente no século XIX o que predominava era o pensamento mecanicista, reduzindo a culpabilidade a uma conexão causal subjetiva e paralela ao nexo de atribuição objetiva; a culpabilidade se circunscrevia a uma conexão causal de índole psicológica, era o relacionamento psíquico do autor com o resultado externo de sua conduta (FERNÁNDEZ, 2004, p. 14-15).

Da mesma forma, Radbruch sustentava que a culpabilidade abarcava o conteúdo da vontade (dolo ou culpa em sentido estrito) e a sua relação psicológica

com o resultado, bem como Beling que identificava a culpabilidade como a relação do autor com o resultado (FERNÁNDEZ, 2004, p. 15).

Entretanto, a teoria psicológica encontrou dois grandes problemas que não conseguiu resolver, quais sejam: a) a dificuldade de configurar um conceito de culpabilidade que englobasse tanto o dolo quanto a culpa, sobretudo a culpa inconsciente e b) a dificuldade para explicar a omissão, uma vez que seu constructo se dava sobre a ação voluntária que dava causa ao resultado (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, p. 313).

Ademais, a teoria causal-naturalista também não conseguiu explicar satisfatoriamente situações anormais como o estado de necessidade que excluía a responsabilidade, bem como situações que atenuavam a culpabilidade como as emoções violentas e casos de esgotamento, não sendo capaz de fundamentar uma gradação da culpabilidade. Por isso, a teoria psicológica que dominou a segunda metade do século XIX e começo do século XX foi substituída pela teoria normativa da culpabilidade (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, p. 314).

Foi Reinhard Frank, no início do século XX, quem rechaçou a teoria causal-naturalista ou psicológica da culpabilidade e inaugurou a teoria normativa da culpabilidade, acrescentando outros fatores ao lado do dolo e da culpa em sentido estrito que ele denominava de “circunstâncias concomitantes”, que poderiam diminuir ou até mesmo excluir a culpabilidade (FERNÁNDEZ, 2004, p. 17).

Entendia Frank que a imputabilidade não era mero pressuposto da culpabilidade, mas era parte integrante desta, que ao lado do dolo e da culpa em sentido estrito, a constituía (FERNÁNDEZ, 2004, p. 18).

A grande inovação trazida pela teoria normativa da culpabilidade, segundo Fernández (2004, p.19) foi sem dúvida o conceito de reprovabilidade, que teve uma enorme repercussão em toda discussão futura acerca da culpabilidade.

Desta maneira, para Frank, culpabilidade é reprovabilidade, ou seja, só se poderá imputar a um sujeito a culpabilidade se pela realização de uma conduta proibida possa se formular uma reprovação, sendo esta uma valoração negativa de uma conduta desaprovada (FERNÁNDEZ, 2004, p. 19-20).

Frank (2004, p. 29) afirma que as circunstâncias concomitantes influenciam diretamente a culpabilidade, uma vez que a lei incrementa ou diminui a punibilidade tendo em conta as circunstâncias concomitantes.

A título de exemplo cita uma fraude realizada hipoteticamente por um caixa de um comércio e um portador de valores, cada um por seu lado, afirmando ser o caixa de um comércio casado com uma esposa enferma e numerosos filhos pequenos e o portador de valores como uma pessoa de condições, sem família, apenas com amores suntuosos.

Nesta situação hipotética, em relação ao dolo, Frank (2004, p. 28) afirma ser o mesmo, pois ambos sabem que se apropriaram ilicitamente de dinheiro alheio, mas todos dirão que o caixa de um comércio tem uma culpabilidade menor do que o portador de valores, posto que se encontra em circunstâncias desfavoráveis, enquanto que a culpabilidade do portador de valores é agravada graças à sua boa situação financeira e suas inclinações luxuosas.

Desta forma, diz Frank (2004, p. 30), “as circunstâncias concomitantes podem atenuar a culpabilidade: então não existe dúvida em reconhecer também a capacidade de excluir a culpabilidade”.

Desta forma, Frank aponta o erro da teoria psicológica da culpabilidade ao mesmo tempo em que anuncia a sua teoria, conhecida como teoria normativa da culpabilidade, afirmando que

o erro da concepção tradicional se baseia na falta de consideração dos elementos individuais da culpabilidade. Ela considera somente o dolo e a imprudência, mas não a imputabilidade nem tampouco as circunstâncias sob as quais é levado a cabo o fato (FRANK, 2004, p. 37).

Assim, buscando uma expressão sucinta que resuma todos os elementos enunciados por ele para conceituar a culpabilidade, ele não encontra outro que não seja reprovabilidade. Afirma Frank (2004, p. 39), “culpabilidade é reprovabilidade. Esta expressão não é linda, mas não conheço outra melhor”.

E para que alguém possa ter seu comportamento reprovado, consoante a teoria normativa da culpabilidade, é preciso a presença de três pressupostos concomitantemente: a) imputabilidade; b) dolo ou culpa em sentido estrito e c) a normalidade das circunstâncias sob as quais o autor atua (FRANK, 2004, p. 40-41).

Ao lado de Frank, deve ser reconhecida também a contribuição de Goldschmidt, que coloca o conceito de contrariedade ao dever no centro da construção da teoria normativa da culpabilidade. Ele considera o problema de

consciência da antijuridicidade sobre a base da norma de dever (DONNA, 2002, p. 21).

Sua teoria se baseia na contraposição de normas, sendo uma norma de direito que se refere ao injusto e uma norma de dever que se relaciona com a culpabilidade. Esta última norma é a que impõe ao indivíduo o dever de conformar a sua conduta interna às exigências estabelecidas pelo ordenamento jurídico no tocante à conduta exterior (DONNA, 2002, p. 23).

Desta Sorte, “a norma jurídica tem relação com o injusto, é de caráter objetiva e geral, e a norma de dever possui relação com a culpabilidade, é de caráter subjetiva e individual” (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, p. 315).

Goldschmidt afirma a independência e a autonomia da norma de dever com relação à norma de ação, uma vez que aquela se refere ao dever atinente ao comportamento interno que obriga o indivíduo a motivar sua conduta. É esta norma de dever que é exigível, sendo a reprovabilidade justamente a não motivação da representação do dever (DONNA, 2002, p. 22).

Assim sendo, para Goldschmidt, “culpabilidade como modalidade de um fato antijurídico, é a atribuição de tal fato a uma motivação reprovável. Por conseguinte, a exigibilidade pressupõe sempre um dever” (DONNA, 2002, p. 23).

Donna (2002, p. 23) afirma que “o fundamental desse tipo de concepção da culpabilidade é que se dá um fundamento às causas de inculpabilidade. Ocupa um lugar essencial, por isso, a motivação normal”.

A exigibilidade também é tratada por Freudenthal, que também contribuiu substancialmente para a teoria normativa da culpabilidade. A culpabilidade contém em si a desaprovação de uma conduta advinda do comportamento do autor, ou seja,

o autor deveria atuar de outra maneira quando podia fazê-lo, e isto é assim porque o autor, segundo a fórmula de Mayer, tem a representação do resultado, podendo valer-se de um contramotivo para poder atuar (DONNA, 2002, p. 25).

Para este autor, era preciso verificar as circunstâncias concretas em que atua o autor do injusto, se estaria ele diante de circunstâncias normais ou anormais, haja vista o Estado só poder exigir dele uma atuação conforme o Direito caso este esteja em uma situação de normalidade. Deparando-se o autor diante de situações

excepcionais, como, por exemplo, um estado de necessidade exculpante, jamais poderá ser-lhe exigido que aja em conformidade com o ordenamento jurídico, devendo-lhe ser declarada sua inculpabilidade.

Por isso, para Freudenthal, para se cobrir o espaço entre culpabilidade e inculpabilidade é imperioso recorrer ao princípio geral da exigibilidade. Assim sendo, ao lado do juízo de reprovação, é preciso também verificar se o autor na situação fática que se encontra pode atuar de outra maneira.

Nessa medida, a exigibilidade deve perpassar por um juízo individual e não objetivo-geral como propugnado pela doutrina dominante. Por meio deste juízo subjetivo-individual que se pode determinar a culpabilidade do autor, levando em consideração as circunstâncias concretas, postura esta refletida *a posteriori* na teoria finalista de Wezel, mais especificamente em um de seus elementos da culpabilidade, a saber: exigibilidade de conduta diversa.

Na esteira deste pensamento, Mello (2010, p. 322) afirma que:

uma concepção material da culpabilidade, para que se respeite a dignidade humana, demanda uma individualização, um exame das circunstâncias individualizadoras presentes no sujeito e na situação, que interferem no fundamento da imputação e na sua graduação. Por esta razão, tantas críticas são feitas ao paradigma do “homem médio”.

Porém, apesar desse esforço original individualizador da conduta do sujeito de Freudenthal, o que prevaleceu mesmo foi a teoria generalizante, foi o conceito do “cidadão tipo médio” inspirado por Eberhard Schmidt e Edmund Mezger. Por tal barema, questiona-se o comportamento de uma pessoa considerada mediana, colocando-a abstratamente na mesma posição do autor do injusto penal de forma a verificar se também essa pessoa se comporta do mesmo jeito que o autor do fato punível.

Não se deve olvidar ainda da contribuição de Mezger para a teoria normativa da culpabilidade, uma vez que ele foi o grande divulgador desta na Espanha e na América Latina. Para Mezger, “para que uma pessoa possa ser castigada pela realização de um fato típico e antijurídico, é preciso que essa conduta possa ser objeto de uma reprovação pessoal do autor” (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, p. 315).

Além disso, Donna (2002, p. 29) adverte que Mezger realizou uma importante distinção entre o fato da culpabilidade e o juízo de culpabilidade. Para ele,

“culpabilidade é uma situação psicológica que, por meio de uma valoração, se precisa que ela é contrária ao dever e, portanto, reprovável”. Porém, “o objeto desta valoração deve ser o dolo em relação ao fato, não o dolo como categoria da culpabilidade”.

A importância de Maurach também deve ser salientada para a teoria normativa da culpabilidade, uma vez que, segundo Donna (2002, p. 30), “aparece a concepção que inclui dentro da culpabilidade a ideia de política criminal, que logo será ampliada e utilizada por Roxin e seus discípulos”.

A essência da culpabilidade, para Maurach, se encontra quando o autor tem a possibilidade de negar o delito e não aproveita e, com isso, usa mal ou não usa sua inteligência, por isso, culpabilidade é a reprovabilidade a uma atitude contrária ao dever ou desvalor do autor (DONNA, 2002, p. 31-32).

Do exposto supracitado se pode constatar que a teoria normativa da culpabilidade parte do pressuposto que o homem é possuidor de livre-arbítrio, podendo determinar-se segundo sua própria vontade e, por esta razão,

o juízo de culpabilidade tende então à comprovação de que o autor havia podido conformar sua vontade, porque era capaz disso, e que sua vontade, deste ponto de vista, era antijurídica ou contrária ao dever (DONNA, 2002, p. 35).

Assim sendo, podendo e devendo motivar-se conforme a norma prefere atuar contrariamente a ela, sendo a culpabilidade, por isso, equiparada a exigibilidade, ou seja, a capacidade do Estado de exigir de uma pessoa imputável uma resposta determinada, que é a sua atuação em conformidade com o ordenamento jurídico.

Esse núcleo ideológico do Direito Penal moderno trouxe à tona um dilema jamais solucionado pelos penalistas, qual seja, a questão do livre-arbítrio, uma vez que indemonstrável no caso concreto.

Por isso, tal tese foi rechaçada pela corrente determinista, surgida com o Positivismo Jurídico do século XIX, pois se entendia que por ser indemonstrável o livre-arbítrio, era também a-científico, não podendo servir de parâmetro para declarar a culpabilidade ou inculpabilidade de uma pessoa. Ademais,

[...] não se pode demonstrar se uma pessoa concreta em uma determinada situação podia atuar de outra forma, pois a base do experimento, colocar a mesma pessoa na mesma situação, é impossível (MANZANO, 1990, p. 93).

Desta forma, em lugar da culpabilidade, a corrente determinista propôs a periculosidade, entendendo esta corrente científica que o homem criminoso era um ser humano patologicamente diferente dos demais, “anormal”, propenso ao crime, interpretação jurídica diametralmente oposta à Escola Penal antecessora, conhecida posteriormente como Escola Clássica.

O crime para a Escola Positivista existia de *per se*, era um ser ôntico, natural e o criminoso era alguém patológico, anormal, que se diferenciava biologicamente dos demais membros da sociedade. Para Lombroso, por exemplo, um dos mais influentes representantes da Escola Positiva “o homem era predeterminado biologicamente a cometer atos delituosos, pressionados por fenômeno de ordem endógena ou exógena” (SANTOS, 2006, p. 32).

Ocorre, todavia, que também esta corrente determinista, representada pelo positivismo, não conseguiu demonstrar cientificamente a veracidade das suas propostas teóricas apesar de se autointitular como “científica”, sendo, pois, também refutada posteriormente, uma vez que

como afirma Nowakowski, a questão da liberdade não pode ser decidida empiricamente nem a favor do determinismo, nem a favor do indeterminismo; a decisão será em todo caso uma opinião pessoal. A aceitação de uma ou outra postura será sempre uma suposição (MANZANO, 1990, p. 105).

Indubitavelmente, este determinismo propugnado pela Escola Positiva representou um retrocesso no tocante às garantias individuais defendidas pelo Estado liberal, indo de encontro aos direitos fundamentais da pessoa humana num flagrante desrespeito à sua dignidade, uma vez que o homem se tornou “objeto de estudo empírico, deixando de ser um fim em si mesmo para transformar-se num objeto a serviço de funções preventivas” (MELLO, 2008, p. 115).

O avanço teórico nesta seara se deu apenas na primeira metade do século XX, partindo do conceito de ação final trazido por Wezel (2004), responsável por fundamentar a culpabilidade a partir da ideia do “poder atuar de outro modo”, que concebia a culpabilidade como um juízo de reprovação que recai sobre a resolução da vontade do homem.

Segundo Donna (2002, p. 35-37), Welzel tratou da culpabilidade penal sob o ponto de vista da consciência sobre a base da ética da responsabilidade. Ele definiu a culpabilidade como uma reprovação pessoal do autor, que podia omitir a ação

antijurídica, mas atuou desta maneira. A essência da culpabilidade se encontrava no poder atuar do autor, sendo reprovada a resolução da vontade antijurídica em relação ao fato individual.

Welzel (2004) desenvolveu um trabalho sistemático de extrema importância sobre o fundamento da culpabilidade, lhe atribuindo novas feições a partir de meados do século XX, retirando da culpabilidade os elementos não normativos e deixando-lhe apenas a imputabilidade, o potencial conhecimento da antijuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa.

O dolo e a culpa não podem ser elementos de reprovabilidade, uma vez que não se referem à possibilidade de motivar-se conforme a norma. Possuem uma relação com o fato, são aspectos subjetivos do comportamento (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, p. 316).

A sua contribuição é no sentido de considerar a culpabilidade como uma valoração negativa da vontade da ação, não a considerando como a vontade da ação em si, como fazia os seus antecessores, separando, desta forma, o objeto da valoração da valoração do objeto.

A vontade de ação, representada pelo dolo (objeto da valoração), passa a pertencer ao injusto, à tipicidade, enquanto que a culpabilidade passa a representar tão-somente um juízo de reprovação individual que se faz a respeito da conduta do autor (valoração negativa do objeto), composto unicamente de elementos normativos, daí essa teoria ser denominada de teoria normativa pura da culpabilidade.

A teoria normativa pura da culpabilidade passa a ser compreendida a partir da ação final do homem, da possibilidade de poder atuar de outro modo de forma a reestruturar a teoria do delito dentro de um sistema finalista da ação, ou seja, “o sujeito é culpável quando pratica um ilícito penal na medida em que poderia, no caso concreto, ter dirigido sua vontade em conformidade ao direito – e não o fez” (MELLO, 2008, p. 161).

Constata-se, assim, que “a concepção material de culpabilidade em Welzel tem íntima correlação com a ideia de livre-arbítrio” (MELLO, 2008, p. 161), retornando ao antigo problema suscitado pela corrente indeterminista no período da Escola Clássica, uma vez que o “poder atuar de outro modo” pressupõe capacidade de autodeterminação, logo, liberdade de vontade.

Retorna-se, dessa maneira, à antiga crítica acerca da indemonstrabilidade empírica do livre-arbítrio, uma vez que “a irrepetibilidade da experiência humana faz com que não disponha o juiz de elementos para auferir se o sujeito, no momento da conduta, atuou de forma livre ou não” (MELLO, 2008, p. 170).

Visando minimizar esta problemática, Wezel (2004) recorreu ao paradigma do “homem médio”, introduzido por Eberhard Schmidt, generalizando o comportamento humano a partir do cidadão tipo médio, encontrado por meio de um raciocínio analógico.

Desta forma, a imputação da culpabilidade ocorre a partir da figura ideal e abstrata de um homem mediano, questionando-o acerca da sua motivação perante a norma penal violada, de sua capacidade em dirigir sua vontade conforme o Direito.

Em outras palavras, o comportamento típico e antijurídico de alguém no caso concreto só é passível de censura quando se substituí o sujeito violador da norma penal pela figura do homem médio idealizado abstratamente, verificando acerca da possibilidade de seu comportamento ser ou não conforme o Direito.

Havendo possibilidade de comportar-se em conformidade com o Direito, se deve imputar ao sujeito concretamente determinado a culpa; devendo ser isentado, entretanto, caso não seja possível o homem médio comportar-se segundo o comando normativo violado.

A teoria de Wezel foi reinterpretada na Espanha como “motivação normal” no lugar do “poder atuar de outro modo”, sendo “desenvolvida por Mir Puig e é defendida por autores como Gimbernart Ordeig, Custa Aguado e Muñoz Conde, entre outros” (BRUNONI, 2008, p. 177).

Segundo a teoria da “motivação normal”, o sujeito com capacidade normal de motivação, recebe o comando normativo com a ameaça da pena e ajusta sua conduta em virtude do papel contramotivador por conta da dita ameaça, deixando de cometer o delito. Caso leve a cabo a realização do injusto, a pena será aplicada, sendo esta a fundamentação do castigo, uma vez que o sujeito podia e devia motivar-se pela norma, abstendo-se de cometer o delito, porém não o fez (BRUNONI, 2008, p. 177).

5.2.1.2 Erro de proibição enquanto excludente de culpabilidade

Antes de tratar do erro de proibição inevitável, é preciso compreender o erro e qual o seu relevância jurídica, notadamente quando o mesmo se encontra inserido na estrutura dogmática do delito, tendo o papel de excluir a culpabilidade penal do agente.

Segundo Gomes (2001, p. 25), “erro é a falsa representação da realidade ou o falso ou equivocado conhecimento de um objeto (é um estado positivo)” e difere da ignorância porque “esta é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (é um estado negativo)”.

Juridicamente são iguais, predominando a tese unificadora na Ciência Jurídica. Consoante Munhoz Netto, citado por Gomes (2001, p. 26), 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”.

O erro, “vicia a vontade, isto é, aquele que causa uma falsa percepção da realidade, tanto pode incidir sobre os elementos estruturais do delito – erro de tipo – quanto a ilicitude da ação – erro de proibição” (BITTENCOURT, 2010, p 115).

Para se compreender a teoria do erro, é preciso antes entender as teorias do dolo e as teorias da culpabilidade cuja classificação tradicionalmente apresentada é a seguinte: a) teoria extremada ou estrita do dolo; b) teoria limitada do dolo; c) teoria extremada ou estrita da culpabilidade; d) teoria limitada da culpabilidade (BITTENCOURT, 2010, p. 120-121).

A mais antiga dentre as teorias apresentadas defende a existência de um dolo normativo constituído de vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida, diz Bittencourt (2010, p. 121), é a teoria extremada ou estrita do dolo, que “situa o dolo na culpabilidade, e a consciência da ilicitude, que deve ser atual no próprio dolo”. Essa teoria equipara as duas espécies de erro – erro de tipo e erro de proibição – quanto aos seus efeitos, já que qualquer delas incidirá sobre o dolo.

Essa fragilidade teórica de equiparação do erro de tipo com o erro de proibição impulsionou o surgimento da teoria limitada do dolo, também sem sucesso. Idealizada por Mezger

introduziu [...] o polêmico elemento denominado culpabilidade pela condução de vida, criando, dessa forma, a possibilidade de condenação do agente não por aquilo que ele faz, mas por aquilo que ele é, dando origem ao combatido Direito Penal do Autor (BITTENCOURT, 2010, p. 122).

Isto porque a teoria limitada do dolo entende que o conhecimento da antijuridicidade não precisa ser atual, bastando ser alcançável, potencial. Entende que o agente “não se interessou em averiguar o fato frente aos valores da ordem jurídica, agindo indiferentemente por “cegueira”, “inimizade” ou “hostilidade ao direito”” (MORAES, 2000).

Ambas as teorias, sejam elas estritas ou limitadas, “sustentam uma teoria unitária do erro, segundo a qual qualquer erro [...] dá sempre lugar à mesma solução: se é invencível elimina a culpabilidade; se é vencível dá lugar à culpa” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 572).

Com a reforma penal da Alemanha em 1975, as teorias do dolo, sejam extremadas ou limitadas, perderam completamente importância, só sendo lembradas pelo seu valor histórico, uma vez que foram adotadas como princípios fundamentais as teorias da culpabilidade (BITTENCOURT, 2010, p. 122).

Consoante aponta Moraes (2000), “as teorias do dolo, nascidas na doutrina alemã, [...] vinculam-se a uma ultrapassada concepção psicológico-normativa da culpabilidade”.

A teoria extremada da culpabilidade tem o mérito de separar o dolo da consciência da antijuridicidade, transferindo o dolo para o injusto, passando a fazer parte do tipo penal e trazendo como elemento da culpabilidade a consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de outra conduta num puro juízo de valor (BITTENCOURT, 2010, p. 122-123).

Desta forma,

qualquer erro sobre a ilicitude conduziria inevitavelmente à exclusão da culpabilidade, se inevitável, ou, caso evitável, à punição com pena atenuada, mas sempre a título de dolo que, segunda essa perspectiva, permaneceria, de qualquer forma, intacto (ROCHA, 2006, p. 246).

Ocorre que a teoria extremada da culpabilidade sofreu críticas no tocante ao tratamento dado às discriminantes putativas (erro de proibição indireto), uma vez que não se poderia dispensar o mesmo tratamento dado ao erro de proibição direto, tendo surgido então a teoria limitada da culpabilidade (ROCHA, 2006, p. 247).

Os partidários da teoria limitada da culpabilidade defendem a exclusão do dolo e não da culpabilidade quando o erro recair sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, como, por exemplo, a existência da agressão na legítima defesa (ROCHA, 2006, p. 247).

A defesa a favor da equiparação ao erro de tipo se dá, segundo Rocha (2006, p. 249), porque “nos casos em que o erro recai sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação (o denominado erro de tipo permissivo), [...] o agente desejava agir de acordo com o ordenamento jurídico”.

O denominado erro de tipo permissivo inserido no ordenamento jurídico a partir da teoria limitada da culpabilidade é um tipo de erro *sui generis*, como adverte Rocha (2006, p. 251),

pois não pode ser classificado como erro de tipo, por não recair sobre os elementos do tipo, e não pode ser classificado como erro de proibição, pois se o fosse seus efeitos deveriam ser os mesmos dos outros erros de proibição. Seria uma espécie intermediária: um erro de proibição, por recair sobre a antijuridicidade, mas com efeitos de um erro de tipo, por excluir o dolo.

O Código Penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade na Reforma de sua parte geral em 1984, seguindo a tradição do Código Penal de 1940, “que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre uma norma permissiva” (BITTENCOURT, 2010, p. 125).

Por fim, vale salientar a teoria dos elementos negativos do tipo, tendo esta a mesma consequência da teoria limitada da culpabilidade no tocante à exclusão do dolo, diferenciando-se apenas quanto aos seus fundamentos.

A teoria do elemento negativo do tipo criou o tipo total do injusto, abrangendo também as causas de justificação como elementos negativos do tipo, ou seja, “a ausência de uma causa de justificação passa a ser mais um elemento do tipo penal. Ela engloba a antijuridicidade dentro da tipicidade” (ROCHA, 2006, p. 256).

Diferentemente, pensam Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 571), entendendo que “a chamada “justificação putativa” é um erro de fato [...] e, não obstante, é um erro de proibição”.

Não se pode confundir o erro de tipo com o erro de proibição, sendo este um problema de culpabilidade, enquanto aquele de tipicidade, uma vez que o dolo “é

querer a realização do tipo objetivo; quando não se sabe que se está realizando um tipo objetivo, este querer não pode existir e, portanto, não há dolo: este é o erro de tipo” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 442).

Um exemplo elucidativo acerca da diferença entre estes dois institutos jurídico-penais é trazido por Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 442-443), senão vejamos:

Quem dispara sobre o que acredita ser um urso não pode ter a vontade de matar um homem, mas quem dispara sobre um homem crendo que este estava prestes a matá-lo e que, portanto, atua em legítima defesa, está também em erro, só que este erro não exclui a vontade de matar (o dolo). Neste último caso, trata-se de um erro sobre a proibição da conduta dolosa, que fica fora do erro de tipo e dentro do conceito de erro de proibição, que é um problema de culpabilidade.

Assim, “o erro de proibição pode eliminar a possibilidade exigível de compreender a antijuridicidade e, conseqüentemente, fazer com que a conduta, ainda que típica e antijurídica, não seja reprovável (culpável)” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 443).

Sinteticamente, Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 443) resumem da seguinte maneira o erro de tipo do erro de proibição:

- a) o erro de tipo afeta o dolo; o de proibição, a compreensão da antijuridicidade;
- 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 de proibição, pode eliminar a culpabilidade.

O erro de proibição

quando é invencível, isto é, quando com a devida diligência o sujeito não teria podido compreender a antijuridicidade do seu injusto, tem o efeito de eliminar a culpabilidade. Quando é vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa que já está afirmada em nível correspondente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 570).

A distinção entre vencível e invencível

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. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 580).

Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 570-571) reconhecem que o erro de proibição, quando invencível, sempre impede o reconhecimento da antijuridicidade, “mas, às vezes, o faz porque afeta a possibilidade de conhecimento dela, enquanto em outras há conhecimento da antijuridicidade, mas não se pode exigir a sua compreensão”. Por isso, eles classificam esta segunda forma de “erro de compreensão, ou seja, o erro que impede a internalização ou introjeção da norma por mais que ela seja conhecida”.

Quando o erro de proibição afeta a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade, é classificado como direto; sendo ainda classificado como indireto “quando recai sobre a permissão da conduta, podendo consistir na falsa suposição da existência de um preceito permissivo não reconhecido pela lei [...] ou em admitir falsamente uma situação de justificação que não existe” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 571).

Seguindo a linha de raciocínio de Zaffaroni e Pierangeli (2015), tem-se enquanto classificação do erro de proibição os seguintes: a) erro de proibição direto; b) erro de proibição indireto; e c) erro de compreensão.

O erro de compreensão abarca o que Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 576) denominam de erro de compreensão culturalmente condicionado, o que acontece “quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da nossa e desde criança tenha internalizado as regras de conduta desta cultura”.

Como regra geral, esta situação incidirá em erro de proibição invencível, eliminando a culpabilidade da conduta, porém, pode dar lugar também a distintas classes de erros, tais como uma causa de justificação putativa ou mesmo um erro de tipo, tendo por solução também a liberação do sujeito de qualquer responsabilidade penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 577-578).

Visando elucidar melhor tal problemática, podem ser citadas duas ilustrações trazidas por Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 576-578), sendo a primeira uma causa de justificação putativa e a segunda um erro de tipo, senão vejamos:

1) Pode-se objetar que, se amanhã trouxermos um indígena para o centro de uma grande cidade e o deixarmos livre, e ele supor que cada branco que dele se aproximar quer matá-lo, deverá reagir matando a todo branco que vê, e, com absoluta tranquilidade, teríamos que deixá-lo seguir com a sua matança por encontrar-se num erro de proibição (justificação putativa) culturalmente condicionado.

2) Aqueles que submetem um homem a certos tratamentos com fins curativos, em particular na crença de que é indispensável prescrever-lhes

pancadas para “livrá-lo do diabo”, podem causar a morte do paciente assim “tratado”, mas não será uma conduta dolosa de homicídio porque media um erro de tipo (erro sobre a causalidade).

Ressalte-se que no primeiro exemplo dado, a classificação em erro de proibição (justificação putativa) se dá conforme entendimento de Zaffaroni e Pierangeli (2015), pois de acordo com a teoria dos elementos negativos do tipo seria um erro de tipo, consoante acima já detalhado.

O erro de proibição evitável e inevitável encontra-se previsto no art. 21 do Código Penal brasileiro, senão vejamos:

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.

A consciência exigida pela norma penal não é uma consciência técnica, como adverte Bitencourt (2010, p. 118), “mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da antissocialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta”. Essa consciência, portanto, provém das regras de uma determinada cultura, de sua moral, dos conhecimentos internalizados ao longo do tempo, passados de geração para geração.

Assim sendo, o erro de proibição em nada se confunde com o desconhecimento da lei, uma vez que esta significa desconhecer um determinado tipo penal em abstrato e aquela significa ignorar a ilicitude da conduta, possuir uma falsa percepção da realidade, acreditando ser seu comportamento lícito quando, em realidade, era ilícito.

Como ensina Bittencourt (2010, p. 129), “o objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei. O agente supõe permitida uma conduta proibida”.

Aplicado tal instituto jurídico ao chamado homicídio infantil indígena, pode-se defender que o índio se encontra no chamado erro de proibição inevitável direto, uma vez que imerso em sua cultura e tradição, vivendo em seu ordenamento social, não possui condições fáticas para compreender a ilicitude de seu comportamento penal representado no Código Penal pela figura típica do homicídio.

Mas se pode cogitar também a aplicação do erro de proibição inevitável indireto (ou de permissão), uma vez que os índios imaginam que estão matando uma pessoa não humana, ou seja, supõem erroneamente a existência de uma proposição permissiva, supõem “a seu favor uma causa de justificação não colhida pelo ordenamento jurídico” (GOMES, 2001, p. 142).

Para Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 576-577), conforme já supracitado, trata-se de um erro de compreensão culturalmente condicionado, 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.

Consoante Paul Amry (2006, p. 90), Raul Zaffaroni foi o primeiro a conceber e discutir o erro de compreensão culturalmente condicionado, em 1977, combinando o conceito penal de “erro” com o de “condicionamento cultural”, distinguindo o erro de proibição na escala “cognitiva” e o erro de “compreensão”.

O erro de proibição

afeta o “conhecimento direto” (conhecimento da norma proibitiva) ou “indireto” (crença errônea da existência de uma causa de justificação) da criminalidade do ato. O erro de “compreensão”, por outra parte, não é um “erro” no sentido literal da palavra, pois o sujeito sabe que o ato é punível, mas afeta a capacidade para “internalizar” a norma (PAUL AMRY, 2006, p. 90).

Em certas situações, segundo Zaffaroni, “não se pode exigir a internalização, pois as normas correspondem a uma visão e experiência do mundo totalmente distintas da do processado” (PAUL AMRY, 2006, p. 90).

5.2.2 Exclusão da antijuridicidade pelo estado de necessidade putativo

A natureza jurídica do estado de necessidade é definida atualmente por meio de duas teorias, quais sejam: a) a teoria diferenciadora que apresenta um sistema duplo para disciplinar o estado de necessidade e b) a teoria unitária que apresenta um sistema único para disciplinar o estado de necessidade (SANTOS, 2010, p. 235-236).

A teoria diferenciadora, adotada na Alemanha, disciplina o estado de necessidade pelo viés justificante – para hipóteses de proteção de bem jurídico

superior ao sacrificado -, e pelo viés exculpante – para hipóteses de proteção de bem jurídico equivalente ao sacrificado (SANTOS, 2010, p. 235).

A teoria unitária, por sua vez, não faz diferenciação entre o viés justificante e exculpante, ou seja, não leva em consideração a superioridade ou equivalência do bem jurídico protegido em relação ao bem jurídico sacrificado. Esta foi a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro que define o estado de necessidade exclusivamente como justificação, consoante preconizado no art. 23, inc. I, do CP (SANTOS, 2010, p. 236).

Queiroz (2010, p. 315) adverte que, pelo fato do Código Penal brasileiro não ter adotado a teoria diferenciadora,

caso não seja reconhecido o estado de necessidade, a hipótese poderá no máximo dar lugar à exclusão da culpabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa (estado de necessidade exculpante, segundo a doutrina estrangeira).

O estado de necessidade está regulamentado no art. 24 do Código Penal brasileiro, *in verbis*:

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 de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

O reconhecimento do estado de necessidade pelo ordenamento jurídico-penal conduz, inexoravelmente, a uma exclusão da antijuridicidade, segundo o art. 23, inc. I, do mesmo diploma legal, não havendo, nessa hipótese, cogitar-se em crime.

Segundo magistério de Bitencourt (2015, p. 409), “o estado de necessidade pode ser caracterizado pela colisão de bens jurídicos de distinto valor, devendo um deles ser sacrificado em prol da preservação daquele que é reputado como mais valioso”.

Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 531) afirmam que “o fundamento geral do estado de necessidade justificante é a necessidade de salvar o interesse maior, sacrificando o menor, em uma situação não provocada de conflito extremo”.

Porém, pode também existir colisão de bens jurídicos de iguais valores, como, por exemplo, deixar de salvar um terceiro desconhecido para salvar um parente próximo, sendo a delimitação do estado de necessidade e da conduta de

salvaguarda necessária através do critério de ponderação de bens (BITTENCOURT, 2015, p. 409).

Segundo Bittencourt (2015, p. 416), a configuração do estado de necessidade existente no Direito Penal brasileiro requer simultaneamente os seguintes requisitos: existência de perigo atual e inevitável a um direito (bem jurídico) próprio ou alheio; não provocação voluntária do perigo por outro meio; inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado; elemento subjetivo; finalidade de salvar o bem do perigo e ausência de dever legal de enfrentar o perigo.

O conceito de perigo é definido segundo Santos (2010, p. 236)

pela probabilidade ou possibilidade de lesão do bem jurídico ameaçado, segundo um juízo objetivo *ex ante* de um observador, combinado, eventualmente, com o juízo do especialista da área.

A atualidade do perigo é demonstrada a partir da proteção imediata do bem jurídico ameaçado, não exigindo a existência de um dano imediato. Igualmente, aduz Santos (2010, p. 237), “pode ocorrer em perigos contínuos ou duráveis, atualizáveis em dano a qualquer momento – segundo aquele juízo objetivo *ex ante*”.

Do mesmo modo ensina Queiroz (2010, p. 317), afirmando que o perigo deve ser considerado atual “quando, mesmo que ainda não seja iminente a produção do dano, protelar a intervenção implique aumento considerável e não recomendável dos riscos de dano”.

Ademais, “o perigo deve ser involuntário, ou seja, não pode ser provocado intencionalmente pelo autor para proteção pessoal às custas da vítima [...] e a lesão do bem jurídico é necessária para evitar o perigo” (SANTOS, 2010, p. 237-238).

Por fim, deve inexistir o dever legal de enfrentar o perigo. “Tais deveres de proteção estão limitados aos perigos próprios de cada profissão, como o policial em relação à perseguição de autor de crime” (QUEIROZ, 2010, p. 318).

Todos esses requisitos se encontram presentes no interior das etnias indígenas que ceifam a vida de suas crianças por motivos de crenças diferentes, mas que mantêm em comum o traço da não humanidade em seu particular conceito de pessoa.

A “pessoa não humana”, uma vez que representa fonte de perigo para a organização social indígena, precisa ser sacrificada em prol dos interesses do grupo

social. Para que a comunidade indígena possa ser preservada é preciso, portanto, abater seu inimigo que ali se encontra para competir diretamente com sua espécie.

O estado de necessidade putativo é manifesto na medida em que “pessoas não humanas” põem em risco toda a ordem social, política e cultural da comunidade indígena, sendo necessário exterminá-las para salvar-se de perigo atual que não provocou por sua vontade.

5.2.3 Exclusão da antijuridicidade por exercício regular de direito

O exercício regular de direito é uma das causas excludentes de antijuridicidade ou ilicitude previsto no art. 23, inc. III, do CP, senão vejamos:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Pode ser definida como “o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico” (NUCCI, 2012, p. 261).

Neste diapasão, poder-se-ia cogitar o exercício regular de um direito exercido pelo índio que mata uma “pessoa não humana”, haja vista sua ação ser impelida por motivos de crenças e tradições, sendo nesta perspectiva um direito subjetivo do índio que assim age no interior de sua organização social. É uma faculdade assegurada pelo seu sistema de regras.

Essa possibilidade é, inclusive, reconhecida por Sanz Mulas (2014, p. 19) que, apesar de defender esta excludente de antijuridicidade, ressalta que ela só poderá ser aplicada no caso concreto se houver reconhecimento por parte do Estado nacional da cultura minoritária, não tendo ocorrido até o presente momento nos países europeus.

Em alguns países da América Latina, entretanto, consoante ensina Paul Amry (2006, p. 92), a jurisdição própria indígena é reconhecida, como é o caso da Constituição colombiana, existindo reformas legais similares no Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994), Equador (1998), Venezuela (1999) e México (2001).

O reconhecimento da jurisdição dos povos indígenas é um marco muito importante nestes países da América Latina que, “apesar das diferenças entre os

diferentes países, têm em comum o reconhecimento do direito à identidade cultural” (PAUL AMRY, 2006, p. 93).

Ademais, como aduz Paul Amry (2006, p. 93), é necessário que haja esse reconhecimento amplo da cultura, “considerando que os povos indígenas se diferenciam de outros setores da população não somente por seu folclore, senão por sua cosmovisão e forma de organizar-se”.

A consequência disso é que o Direito nacional, nestes países latino-americanos, não pode interferir na jurisdição indígena, garantindo-lhe a sua autonomia, logo, “as condutas que ocorrem dentro desse espaço são, em princípio, permitidas e não podem, portanto, serem consideradas contrárias ao ordenamento jurídico” (PAUL AMRY, 2006, p. 96).

Assim, em ordenamentos jurídicos que adotam o viés do pluralismo jurídico, como parece ser o caso de alguns países da América latina, o exercício regular de direito enquanto excludente de antijuridicidade é bastante factível, sendo, entretanto inaplicável no Brasil por ser este um país que adota em sua matriz constitucional o monismo jurídico.

5.2.4 Exclusão da tipicidade pelo erro de tipo culturalmente condicionado

A teoria do tipo tem início em 1906 quando Beling tornou a tipicidade independente da antijuridicidade e da culpabilidade, pois, antes disso, a doutrina alemã havia cunhado a expressão *Tatbestand*, concebendo o delito com todos os elementos e pressupostos da punibilidade (BITTENCOURT, 2010, p. 19-20).

Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 406) afirmam que:

Ainda hoje se chama *Tatbestand*, que significa “hipótese de fato”, que provém do latim medieval (*facti species*), que significava “figura do fato” (por isso *Tatbestand* se traduz em italiano como *fattispecie*) e foi traduzido e difundido em português como “tipo”.

Beling foi o precursor da moderna teoria do tipo, “concebeu a tipicidade com função meramente descritiva, completamente separada da antijuridicidade e da culpabilidade. A função do tipo, para Beling, era definir delitos” (BITTENCOURT, 2010, p. 20).

Ensina Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 405) que “este autor introduziu no injusto uma distinção entre tipicidade e antijuridicidade, categorias que continuavam conservando seu caráter objetivo”.

Como aduz Bittencourt (2010, p. 25), “a teoria do tipo criou a tipicidade (Beling) como característica essencial da dogmática do delito, fundamentando-se no conceito causal de ação, concebida por Von Liszt”. Além disso, Beling contribuiu sobremaneira para a construção da figura delitiva quando deu forma à pluralidade dos elementos constitutivos do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), formando um todo unitário, independente e harmônico.

Esta primeira fase da teoria do tipo, conhecida como fase da independência, foi superada em 1915 com o surgimento do Tratado de Direito Penal de Mayer, que entendeu que o tipo não possui apenas um papel descritivo, mas constitui também indício da antijuridicidade. Para Mayer, “a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, isto é, a adequação do fato ao tipo faz surgir o indício de que a conduta é antijurídica, o qual, no entanto, cederá ante a configuração de uma causa de justificação” (BITTENCOURT, 2010, p. 21).

A segunda fase da teoria do tipo, conhecida como fase do caráter indiciário da antijuridicidade, foi contrariada em 1931 por Mezger quando publicou o seu famoso Tratado de Direito Penal. Entendeu Mezger que a “tipicidade é muito mais que indício, muito mais que *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, constituindo, na realidade, a base desta, a sua *ratio essendi*” (BITTENCOURT, 2010, p. 22).

Porém, essa terceira fase inaugurada por Mezger, da *ratio essendi* da antijuridicidade, não logrou êxito, uma vez que essa concepção pressupõe a existência de uma antijuridicidade penal distinta da antijuridicidade geral. Nas palavras de Bittencourt (2010, p. 22), “se a antijuridicidade depende da tipicidade, o legislador ao tipificar uma conduta cria para ela uma antijuridicidade penal, diferente da antijuridicidade geral”.

Em outras palavras:

A tipicidade encerra o juízo de antijuridicidade, o que significa que, afirmada a tipicidade, resultará também afirmada a antijuridicidade, e as causas de justificação eliminarão a tipicidade, comportando-se como elementos negativos do tipo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 408).

A teoria dos elementos negativos do tipo consoante explica Santos (2010, p. 104), “unifica o tipo legal e a antijuridicidade, como descrição e valoração da ação humana realizada ou omitida, no conceito de tipo de injusto”.

Como a antijuridicidade é uma só para todo o ordenamento jurídico, essa conclusão de Mezger se tornou inadmissível, fazendo com que a concepção de Mayer continuasse a ser a melhor opção para a definição da tipicidade, ou seja, “praticado um fato típico, presume-se antijurídico até prova em contrário. Em tese, todo fato típico é também antijurídico desde que não concorra uma causa de justificação” (BITTENCOURT, 2010, p. 23).

Por fim, com o surgimento do finalismo, o tipo passou a ser uma realidade complexa, constituído por elementos objetivo e subjetivo, uma vez que “a vontade consciente de realizar os elementos objetivos do fato é retirada da culpabilidade para integrar a dimensão subjetiva do tipo legal, como dolo de tipo” (SANTOS, 2010, p. 102).

Consoante aduzem Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 407),

com Hans Welzel, na década de 30, aperfeiçoa-se o conceito de tipo complexo, isto é, com um aspecto objetivo e outro subjetivo, dentro do marco de uma teoria do delito com três caracteres específicos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

A partir da breve síntese acerca da teoria do tipo supra exposta, pode-se afirmar então que tipo “é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. Ele exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes” (BITTENCOURT, 2010, p. 25).

Prelecionam Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 410) que

O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que agrega a tutela penal.

Desta definição, decorre o juízo de tipicidade, sendo esta a

operação que consiste em analisar se determinada conduta apresenta os requisitos que a lei exige, para qualificá-los como infração penal. [...] Quando o resultado desse juízo for positivo significa que a conduta analisada reveste-se de tipicidade. No entanto, a *contrario sensu*, quando o resultado desse juízo for negativo, estaremos diante da atipicidade da conduta (BITTENCOURT, 2010, p. 26).

Assim, a conduta penalmente típica, também será necessariamente antinormativa. Entretanto, ensinam Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 411):

A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que se pode concluir pela tipicidade penal da conduta.

Desse entendimento de Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 413), surge, então, o conceito de tipicidade conglobante, “consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa”.

Em outras palavras:

O reconhecimento de que o dolo é uma vontade individualizada em um tipo, obriga-nos a reconhecer em sua estrutura dos dois aspectos em que consiste: o do conhecimento pressuposto ao querer e o próprio querer (que não pode existir sem conhecimento). Isto dá lugar aos dois aspectos que o dolo compreende:

- a) o aspecto de conhecimento ou aspecto cognoscitivo do dolo; e
- b) o aspecto do querer ou aspecto volitivo do dolo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 434).

O tipo subjetivo, portanto, composto pelo dolo, constitui o elemento essencial da ação final, “é composto de um elemento intelectual (consciência, ou representação psíquica) e de um elemento volitivo (vontade, ou energia psíquica), como fatores formadores da ação típica dolosa” (SANTOS, 2010, p. 126).

O elemento intelectual diz respeito à consciência (previsão ou representação), que deve ser atual, ou seja, estar presente no momento da ação e “deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais e constitutivos do tipo, sejam eles descritivos, normativos ou subjetivos” (BITTENCOURT, 2010, p. 41).

O elemento volitivo “pressupõe a previsão, isto é, a representação na medida em que é impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente” (BITTENCOURT, 2010, p. 45).

Sendo o dolo formado por estes dois elementos – intelectual e volitivo – então se pode afirmar, como aduz Santos (2010, p. 142) que “o erro sobre circunstâncias

de fato do tipo legal exclui o dolo. [...] porque uma representação ausente ou incompleta não pode informar o dolo de tipo”.

Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 442) definem erro de tipo como “o fenômeno que determina a ausência do dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva, falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo”.

O erro de tipo pode ser classificado em essencial ou acidental. O erro de tipo é essencial “quando o erro do agente recai sobre os dados constitutivos do tipo fundamental, do tipo qualificado ou sobre circunstâncias agravadoras (agravantes e causas de aumento de pena)” (GOMES, 2001, p. 119).

A consequência do erro de tipo essencial é a exclusão do dolo, podendo ser escusável (inevitável) ou inescusável (evitável). Sinteticamente, se pode traçar o seguinte quadro acerca do erro de tipo essencial, segundo Gomes (2001, p. 119):

[...]

2º) quando o agente comete a infração penal sem a consciência dos elementos constitutivos do tipo incriminador e, nas circunstâncias em que praticou a conduta, sem a possibilidade de atingir essa consciência, surge o erro de tipo essencial inevitável (= ficam excluídos o dolo e a culpa e, em consequência, o fato típico, não decorrendo, assim, nenhuma responsabilidade penal para o agente)

3º) quando o agente comete a infração penal sem a consciência dos elementos constitutivos do tipo incriminador, mas, nas circunstâncias em que praticou a conduta, com a possibilidade de atingir essa consciência, surge o erro de tipo essencial evitável (= exclui o dolo, mas não a culpa, permitindo, assim, a punição do agente por crime culposos, se previsto em lei).

Foi justamente esta teoria adotada pelo Código Penal brasileiro após a reforma de sua parte geral em 1984. O art. 20 do CP reconhece o erro de tipo essencial, determinando que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”, podendo ser, neste caso, inevitável (escusável) ou evitável (inescusável).

O erro de tipo acidental também foi adotado pelo Código Penal brasileiro, estando contidos nos dispositivos do art. 20, 3º (*error in persona e error in objeto*), art. 73 (*aberratio ictus*) e art. 74 (*aberratio criminis*), porém, nestes casos, não há exclusão do dolo, respondendo o agente normalmente pelo crime.

Para Mesquita Junior (1999, p. 219), “o tipo, ratifica-se, será sempre essencial, pois se não for concretizado um dos elementos do tipo, não haverá tipicidade na conduta. Dessa forma, não há como falar em tipo acidental”. Por isso, “não existe

tipo accidental -, sendo que o tipo é inalterável, incorrendo o agente em erro sobre circunstâncias ou elementos do tipo, mas o erro não estará na lei”.

Além destes, ainda se pode salientar a existência do chamado erro de tipo permissivo após a reforma da parte geral do Código Penal brasileiro, que abrigou a moderna sistematização dogmática alemã, vigendo no sistema jurídico brasileiro três espécies de erro, quais sejam: a) erro de tipo (incriminador), b) erro de proibição e c) erro de tipo permissivo (GOMES, 2001, p. 27).

Ressalta ainda Gomes (2001, p. 27) que, no Brasil, de um modo geral, não se reconhece a autonomia do erro de tipo permissivo que por uns é tratado como erro de proibição e, por outros, como erro de tipo incriminador.

O erro de tipo permissivo se encontra previsto no art. 20, § 1º do Código Penal, disciplinando “o erro do agente que recai sobre situação de fato que, se existisse, tornaria sua ação legítima” (GOMES, 2001, p. 135).

É justamente esta a tese defendida nesta monografia de doutorado: a exclusão da responsabilidade penal do índio que comete o “homicídio” infantil indígena pelo erro de tipo essencial, uma vez que o erro recai em um dos elementos estruturais do delito de homicídio, qual seja: “alguém”, contido no art. 121 do Código Penal brasileiro.

Este tipo de erro é, indubitavelmente, inevitável, uma vez que nas circunstâncias que pratica a conduta o índio não possui a possibilidade de atingir a consciência do elemento constitutivo do tipo penal incriminador, já que se encontra imerso em sua cultura no interior de sua organização social.

Como já comentado no capítulo anterior, há uma diferença substancial para algumas comunidades indígenas entre pessoa e humanidade, existindo “pessoas não humanas” e “pessoas humanas”, sendo alvo de tal prática apenas e tão-somente “pessoas não humanas”.

Não sendo, portanto, “pessoa de verdade”, não pode se enquadrar o sujeito passivo no conceito de “alguém” contido no art. 121 do CP, 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.

Do mesmo modo ensina Paul Amry (2006, p. 99), afirmando que:

O direito à identidade indígena demanda, em princípio, um tratamento no âmbito do injusto, pois se trata de condutas que constituem um exercício legítimo de um direito e não de uma questão de culpabilidade individual.

Por esta razão, “a teoria do delito demanda uma análise primeiro da interpretação do tipo, pois se não existe conduta típica, não é necessário averiguar sua justificação” (PAUL AMRY, 2006, p. 99).

Em outras palavras, se o índio incorre em erro de tipo culturalmente condicionado é irrelevante sondar se ele ao matar uma “pessoa não humana” incorre em exercício regular de direito, se encontra em estado de necessidade putativo ou mesmo se se encontra em erro de proibição inevitável ou culturalmente condicionado.

A sua ação é penalmente irrelevante haja vista a completa ausência de representação da realidade por parte do índio que age impelido por sua cosmologia e seu sistema de representação simbólico em nada semelhante ao da sociedade nacional. Não há dolo de matar uma pessoa humana porque a humanidade não chegou a ser construída segundo seus padrões etnoculturais.

Ademais, a norma penal contida no art. 121 do Código Penal não motiva em absoluto as etnias indígenas que possuem tal prática cultural, uma vez que estes povos indígenas possuem valores em nada parecidos com o da comunidade nacional.

O fim da motivação, como ensina Silva Sánchez (2011, p. 544-546), é exercido basicamente pela norma primária e a sua eficácia preventiva é maior quando outras normas sociais e até mesmo as convicções do sujeito vão na mesma direção da norma penal.

Sabidamente isto não pode ser esperado dos povos indígenas que praticam o “homicídio infantil”, suas normas sociais e as convicções íntimas de seus grupos caminham contrariamente às crenças da cultura majoritária que criminaliza a conduta de “matar alguém”, especificamente quanto à construção de “humanidade”.

Como reconhece Silva Sánchez (2011, p. 542), a missão de prevenção geral da norma penal não ocorre em certos grupos sociais, como “aqueles que possuem, fortemente arraigado, um esquema de valores contraposto àqueles que as normas penais pretendem impor”.

Também por esta perspectiva, punir o índio criminalizando a sua cultura, costumes e tradição não seria inteligente por parte do ordenamento jurídico-penal,

uma vez que os fins da pena não seriam cumpridos, notadamente quanto ao aspecto de prevenção geral.

5 CONCLUSÃO

O homicídio infantil indígena na Região Amazônica é uma realidade presente na sociedade hodierna, ocorrendo em algumas comunidades ameríndias lá situadas, sendo também encontrada entre povos autóctones localizados fora do território nacional, como em Guiné-Bissau e no leste do Peru.

A justificativa para tal prática é diversa, sendo correto afirmar que está ligada às crenças e aos valores tradicionalmente passados de geração em geração, tendo sido internalizados ao longo de muito tempo, fazendo parte do acervo cultural desses povos.

Dentre os indígenas do norte do Brasil, a despeito das motivações serem variadas, é certo afirmar que existe um ponto em comum que une todas elas, qual seja, o conceito de pessoa. Pessoa e humanidade para algumas etnias indígenas não coincidem, não existindo nenhuma relação de interdependência entre eles, como ocorre na visão de mundo ocidental.

O fato de ser uma pessoa nascida de uma mulher, não significa que é humana, podendo a mesma ser “não humana” na medida em que foi concebida por espíritos, animais, fruto de relações incestuosas, adultério, nascidas com alguma deformidade física ou mental, dentre outras crenças ligadas à cosmologia ameríndia. A humanidade, para estas etnias indígenas, é um processo complexo que se adquire ao longo de suas conexões sociais.

Por esta razão, ceifar a vida de uma “pessoa não humana” é uma prática cultural aceita neste contexto social, sendo esta uma regra de conduta transmitida por seus antepassados, cultivadas no interior de seus ordenamentos sociais e vistas como necessárias para a preservação da identidade de seus grupos.

As especificidades dos regramentos jurídicos indígenas se justificam a partir de suas compreensões de mundo e de suas perspectivas etnoculturais, encontrando-se o índio completamente integrado e harmonizado com seus pares, vivendo de acordo com seus padrões morais, sociais e culturais, não necessitando de forma alguma da ingerência do Estado brasileiro na resolução de seus conflitos sejam eles quais forem.

Desejar responsabilizar penalmente o índio que age em conformidade com suas regras e seus valores é afrontar a sua identidade, desrespeitar sua tradição e

cultura, adotar uma postura de arrogância e de superioridade, axiologicamente incompatível com o comando normativo prescrito na Carta Magna brasileira; na Convenção 169 da OIT - Organização Internacional do Trabalho, já devidamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.051 de 2004 e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007.

Por esta razão, o Projeto de Lei 1057/2007 que criminaliza as práticas indigenistas deve ser refutado veementemente, pois discorde com a realidade multiculturalista brasileira. O fato de o Brasil adotar o monismo jurídico em sua matriz constitucional não o legitima a levar o índio que age em consonância com seus padrões etnoculturais ao banco dos réus, marginalizando a sua cultura.

Ainda que já tenha sido aprovado um substitutivo na Câmara dos Deputados é imperativo rechaçá-lo, pois este projeto de lei indiscutivelmente representa um retrocesso político-jurídico para o Estado brasileiro que reconhece o multiculturalismo em seus diplomas legais supracitados, sendo o respeito à diferença a característica precípua deste modelo adotado.

Não se pode olvidar que o índio a partir da Constituição de 1988 foi erigido à condição de cidadão e, como tal, deve ser respeitado em todos os seus direitos, não podendo mais o Estado brasileiro discriminá-lo, segregá-lo ou até mesmo tentar integrá-lo à sociedade nacional como previsto no art. 4º do Estatuto do Índio. Resta claro que o paradigma interacionista foi pelo Estado brasileiro consagrado.

Mais coerente seria se o Brasil adotasse, nos moldes de alguns países sul-americanos, uma justiça especializada indígena, sensível aos valores inerentes à cultura indigenista, integrada à cosmovisão ameríndia. Os conflitos seriam dirimidos de forma sensata, uma vez que as pessoas envolvidas com a administração da justiça conheceriam as especificidades etnoculturais dos povos indígenas.

A partir desta compreensão, o Direito Penal da cultura oficial seria aplicado aos índios de modo coerente, sendo suas lides julgadas a partir de dois modelos paradigmáticos já existentes, quais sejam, o europeu (delitos culturalmente motivados) e o norte-americano (*cultural defenses*).

As soluções apresentadas pelo Direito Penal, apesar de partir de perspectivas distintas, conduziriam ao mesmo resultado, reconhecendo a não responsabilização

penal do índio que pratica o denominado homicídio infantil indígena aos olhos da sociedade nacional.

Por se tratar do homicídio infantil indígena um delito culturalmente motivado, há argumentos defensivos da irresponsabilidade penal do índio em diversos vieses teóricos, como já discorridos no quinto capítulo, sendo defendido nesta tese doutoral, entretanto, o erro de tipo culturalmente condicionado, pelo fato do índio não representar em seu sistema simbólico de representação a existência de uma “pessoa humana” segundo seus critérios de aquisição de humanidade.

Inexistindo “pessoa humana” por ausência de conexões sociais próprias de algumas culturas indígenas, não há que se falar em tipicidade, sendo esta imediatamente excluída consoante o instituto jurídico-penal do erro de tipo essencial invencível. Pelo paradigma da *cultural defense* estadunidense se encontra o índio em erro de tipo culturalmente condicionado.

Não há que sequer cogitar dolo de homicídio por parte do índio, uma vez que o mesmo tira a vida de uma “pessoa não humana”, ou seja, ele não age finalisticamente para matar uma “pessoa de verdade”, mas para matar uma “pessoa não humana”, movido no interior de sua cultura. Há aqui uma ausência de representação da realidade que recai sobre um elementar essencial do tipo penal homicídio, a saber: “alguém”.

Afastando a tipicidade da conduta não há que questionar sobre nenhuma causa justificante como o estado de necessidade putativo ou exercício regular de direito, apesar da correta construção lógico-teórica dessas eximentes legais.

O erro de proibição inevitável ou o erro de compreensão culturalmente condicionado apesar de ser defendido pela doutrina majoritária não é aceito no presente trabalho de pesquisa. A norma da cultura oficial não precisa ser internalizada pelo índio, haja vista ele já está integrado em sua organização social tendo introjetado valores condizentes com a sua cultura.

Parte-se do pressuposto de que não existe uma cultura superior à outra, sendo as culturas indígenas tão válidas quanto à da comunidade nacional, não havendo destarte que se cogitar em erro, uma vez que o índio age segundo seus padrões morais, convicto de suas ações, compreendendo a sua conduta em toda a sua inteireza, sendo incorreta a afirmação de que ele não compreende a ilicitude de sua ação por se encontrar inserido em uma cultura minoritária.

Ou seja, sua ação é tão lícita quanto qualquer outra ação que decorre do sistema de crenças e valores de uma dada comunidade moral. O erro de compreensão culturalmente condicionado ou de proibição inevitável é, em realidade, uma forma preconceituosa de se tratar a questão do homicídio infantil indígena.

Reconhecendo a atipicidade da conduta perpetrada pelos povos indígenas, não há por que invocar as excludentes de antijuridicidade nem de culpabilidade por mais razoáveis que possam ser, uma vez que já foi declarada a não existência de crime pelo erro de tipo essencial inevitável, sanando completamente a problemática levantada quanto à questão da prática cultural ameríndia de ceifar a vida de crianças na Região Norte do Brasil.

REFERÊNCIAS

ADINOLFI, Valéria Trigueiro. **Bioética, Direitos Humanos e o Infanticídio e Morte Intencional de Crianças em Grupos Indígenas Brasileiros**. Lavras: Universidade Federal de Lavras: 2008. 79 p. Monografia (Especialização) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Bioética, Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2008

ARAÚJO, Ana Valéria et al. Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença. Brasília: **Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade**; LACED/Museu Nacional, 2006.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 61ª sessão. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Nações Unidas, Rio de Janeiro, 2008.

BARBOSA, Marco Antônio. **Autodeterminação: direito à diferença**. SP: Plêiade: Fapesp, 2001.

_____. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. SP: Plêiade: Fapesp, 2001a.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2011.

BARRETO, Maíra de Paula. Universalidade dos Direitos Humanos e da Personalidade versus Relativismo Cultural. In: **Anais Eletrônicos do 15º Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2006. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_maira_de_paula_barreto.pdf. Acesso em 13 de maio. 2016.

BARRETO, Vicente. **Universalismo, Multiculturalismo e Direitos Humanos**. s/d. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/globalizacao_dh/barretoglobal.html. Acesso em 13 de maio. 2016

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição: uma análise comparativa**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 21. ed. rev. ampl. atual. SP: Saraiva, 2015.

BIVIANY, Rojas Garzón. **Os Direitos Constitucionais dos Povos Indígenas no Judiciário: entre o direito falado e o direito escrito: uma perspectiva comparada do Brasil e da Colômbia**. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Sociais, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, 2008

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal brasileiro. Brasília, DF, 1940.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17 de maio 2016.

BRASIL. Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004. Promulga Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.

BRASIL. Estatuto do Índio. Lei nº 6001 de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil brasileiro, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1952. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, RJ, 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 17 de maio 2016.

BRASIL. Projeto de Lei 1057/2007. 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. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5AEFC6F27EB4DAEB80C0DD0295505093.proposicoesWeb2?codteor=459157&filename=PL+1057/2007>. Acesso em: 18 fev. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei 2057/91. Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09NOV1991.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá Outras Providências, DF, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em 14 de maio 2016.

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança, DF, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 14 de maio 2016.

BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de Culpabilidade**: considerações. Curitiba: Juruá, 2008.

BUSTOS RAMIREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. **Lecciones de Derecho Penal**. V. II. MADRID: Trotta, 1999.

CAMARA, Heloisa Fernandes; MEDEIROS, Monique Bittencourt. As Duas Faces dos Direitos Humanos: Dominação e Emancipação. In: ANDHEP – Políticas Públicas para a Segurança Pública e Direitos Humanos, 8, 2014, São Paulo. **Anais**. Faculdade de Direito da USP, SP

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **Antropologia e Moralidade**. In: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_24/rbcs24_07.htm. Acesso em 12 maio. 2016

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. **El multiculturalismo**: um desafio para el derecho penal moderno. Política Criminal, Santiago, Chile, n. 3, p. 1-28, 2007.

CLASTRES, Pierre. **A Sociedade contra o Estado**. Coletivo Sabotagem, 1974.

COMISSÃO PRÓ-YANOMAMI. Yanomami na Imprensa. **Infanticídio é uma tradição milenar dos Yanomami**. Fonte: Folha de Boa Vista, 10 de março de 2005. Disponível 20 em: <<http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia&id=3980>>. Acesso em: 15 jul. 2006.

COSTA, Sylvia Chaves Lima. **O Multiculturalismo e o Direito Penal**: um estudo à luz da cultural offense e da cultural deffense. TerCi, v.02, n.02, jul/dez. 2013.

CURI, Melissa Volpato. O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, jul-dez 2012, p. 230-247.

DIAS, Augusto Silva. **Problemas do Direito Penal numa Sociedade Multicultural**: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. Conferência proferida no Instituto Max-Planck de Freiburg i. Br, 17 abr.1996.

DONNA, Edgardo A. A Modo de Prólogo: Breve Síntesis del Problema de la Culpabilidad Normativa. In: GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de la Culpabilidad**. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2002.

DOTTI, René Ariel. A Situação Jurídico-Penal do Indígena – Hipóteses de Responsabilidade e Exclusão. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). **Direito Penal e Povos Indígenas**. 1 ed. (2010);.2. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

ESTEVES, Mônica Tatiane Romano. **O Infanticídio Indígena e a Violação dos Direitos Humanos**. 2012. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Brasília, 2012

FARIA, Monica Faria Baptista; SALLES, Denise Mercedes Nuñez Nascimento Lopes. A Vulnerabilidade da Criança Indígena e a Ineficácia do Estado Brasileiro no Combate à Prática do Infanticídio Indígena. In: **Anais Eletrônicos do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte: Dom Helder Câmara, 2015.

Disponível em

<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/04430h54/SJhpsb6014aee554.pdf>. Acesso em 14 de maio. 2016.

FEITOSA, Saulo Ferreira. **Pluralismo moral e direito à vida: apontamentos bioéticos sobre a prática do infanticídio em comunidades indígenas no Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, 2010

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La Fundación de la Teoría Normativa de la Culpabilidad. In: FRANK, Reinhard. **Sobre La Estructura del Concepto de Culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: Júlio César Faira: 2004, p. 13-23.

FRANK, Reinhard. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. In: FRANK, Reinhard. **Sobre La Estructura del Concepto de Culpabilidad**. Montevideo, Buenos Aires: Júlio César Faira: 2004.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparada**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 249 – 356.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2001.

GRANJO, P. Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos: os julgamentos de feitiçaria em Moçambique. **Revista O Público e o Privado**. Ceará, n. 18, 2011.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. 11. ed. RJ: DP&A, 2011.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. **Quem são os humanos dos direitos? sobre a criminalização do infanticídio indígena**. UNB, 2008. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías**. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1996

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. SP: Russell, 2003.

LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. SP: Martins Fontes, 2007

MACCHINO, Miguel; FÉRNANDEZ, José Manuel. **La defensa de imputados indígenas en la Defensoría Penal Pública**". Documento interno da Defensoría Pública. [s.n.]. nov. 2008.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e Costume na Sociedade Selvagem**. Petrópolis: RJ, 2015.

MARSILLAC, Narbal de. Multiculturalismo e a Construção (Axiológica) dos Direitos Humanos. In: **Verba Juris**: Anuário da Pós-Graduação em Direito – Ano 6. n. 6. PB: Ed. Universitária, 2007.

MELO, Getúlio Costa. Evolução histórica do conceito de cidadania e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13959>. Acesso em: fev. 2015.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal da Bahia, 2008. V1 e 2.

_____. **O Conceito Material de Culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. Erro de Tipo e Erro de Proibição. **Revista do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília**. Universitas/ Jus. Uniceub. n. 3. Jan/Jun.1999.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. Teorias do dolo: uma simples referência histórica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 43, 01 jul. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/957>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

MORAIS, André de Oliveira. **O debate entre universalismo e relativismo cultural se justifica?** Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11200&revista_cadern_o=16>. Acesso em: 01 mar. 2016.

NADER, Laura. A pilhagem e o Estado de Direito”. In: MATTEI, Ugo e NADER, Laura. **Pilhagem. Quando o estado de direito é ilegal**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 15 – 58.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 11. ed. rev. atual. ampl. SP: Revista dos Tribunais, 2012.

PANIKKAR, Raimon. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PASCHOAL, Janaina Conceição. O Índio, a Inimputabilidade e o Preconceito. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). **Direito Penal e Povos Indígenas**. 1. ed. (2010); 2. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

PAUL AMRY, René. **Defensa Cultural y Pueblos Indígenas**: propuestas para la actualización del debate. Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal, 2006.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención**: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

PINEZI, Ana Keila M. **Infanticídio Indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão**. Aurora, 8: 2010. Disponível em: http://www.pucsp.br/revistaaurora/ed8_v_maio_2010/artigos/ed/2_artigo.htm. Acesso em 13 de maio. 2016

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7.ed. rev. ampl. e atual. SP: Saraiva, 2006.

PISÓN, José Martínez. **Tolerancia y Derechos Fundamentales em Las Sociedades Multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001.

PONTES, Bruno César Luz. O Índio e a Justiça Criminal Brasileira. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). **Direito Penal e Povos Indígenas**. 1. ed. (2010); 2ª. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 6 ed. rev. ampl. RJ: Lumen Juris, 2010.

RABBEN, L. Direitos Humanos: origens, características e alguns conceitos fundamentais ao olhar antropológico. In: FONSECA, C. L. W. et al. (Orgs.). **Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos**. Porto Alegre: EdUFRGS, 2004.
REIS, Junio Barreto dos. **O Infanticídio Indígena**: um conflito entre a diversidade cultural e os direitos humanos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab28ad5cc818e94c>. Acesso em 15 de maio 2016.

ROCHA, Maicon Fabrício. Teoria Estrita e Teoria Limitada da Culpabilidade. **Revista de Direito Brasileiro**, Londrina, v.1, n.1, Jan/Abr. 2006, p. 245-262.

ROWEDER, Rainer Jerônimo. A Proteção do Direito dos Povos Indígenas no Brasil: uma relação necessária com os direitos humanos internacionais. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, 2010, p. 209-225.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A marginalidade urbana e produção jurídica. O discurso jurídico em Pasárgada e O espaço retórico do direito de Pasárgada e do direito estatal. In: SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988a, p. 09 – 61.

_____. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma representação pós-moderna do Direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 24, Coimbra: CES, 1988b

_____. Por uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, vol. 48, ano 1997. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_

direitos_humanos_RCCS48.PDFf>

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e Competência Criminal – a necessária revisão da súmula 140 do STJ. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). **Direito Penal e Povos Indígenas**. 1. ed. (2010); 2. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS-GRANERO, Fernando. **Hakani e a Campanha contra o Infanticídio Indígena**: percepções e contrastes de humanidade e pessoa na Amazônia brasileira. MANA 17(1): 131-159, 2011.

SANZ MULAS, Nieves. 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, n. 16-11, p. 11:1-11:49 – ISSN 1695-0194.

SCOTTI, Guilherme. Direitos Humanos e multiculturalismo: o debate sobre o infanticídio indígena no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 15, n. 106, Jun./Set 2013. Disponível em: http://www.academia.edu/4629533/Direitos_Humanos_e_multiculturalismo_o_debate_sobre_o_infantic%C3%ADdio_ind%C3%ADgena_no_Brasil. Acesso em: 13/05/2016

SEEGER, Anthony; MATTA, Roberto da; CASTRO, E. B. Viveiros. **A Construção da Pessoa nas Sociedades Indígenas Brasileiras**. UFRJ: Museu Nacional. s/d.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Mana**, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 1, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010493132006000100008&script=sci_arttext> Acesso em 15 de maio. 2016.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru. SP: EDUSC, 1999.

SILVA, Larissa Tenfen. O Multiculturalismo e a Política de Reconhecimento de Charles Taylor. In: **Novos Estudos Jurídicos** – Volume 11. n. 2. Itajaí: Universidade Vale do Itajaí, 2006.

SILVA, Iolanda Catrine; MACHADO, Nélida Reis Caseca. Infanticídio Indígena: o direito à vida sob uma perspectiva cultural. **Formiga**, Fortaleza, v. 5, n. 1, jan/junho 2014, p. 28-43.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. SP: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Mayra. **O infanticídio indígena: uma análise à luz da doutrina da proteção integral**. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2011. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/96005/295138.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 de maio de 2016.

SIMÕES, Jonathas da Silva. **Infanticídio Indígena em Tribos Brasileiras**. Disponível em: <<http://oabpb.org.br/artigos/infanticidio-indigena-em-tribos-brasileiras/>> Acesso em: 17 abr. 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Estella Libardi. Povos Indígenas e o Direito à Diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos. In: **Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos**, 2008, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf>. Acesso em 17 de maio 2016.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo y la “Política del Reconocimiento”**. Fondo de Cultura Económica, 2003.

TORRES ROMERO, Sandra. **Derecho Penal y Diversidad Cultural. Una Mirada a la Nueva Justicia Penal en Contexto Mapuche**. Ilecip. Rev. 004-10 (2009). Revista Eletrônica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología.

VAZ, Antenor; BALTHAZAR, André. Povos Indígenas Isolados, Autonomia, Pluralismo Jurídico e Direitos da Natureza, Relações e Reciprocidades. **Boletín Onteaiken**, n. 15, Mayo 2013. Disponível em: <http://onteaiken.com.ar/ver/boletin15/3-1.pdf>. Acesso em 19 de maio 2016.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito Penal e Povos Indígenas. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). **Direito Penal e Povos Indígenas**. 1. ed. (2010); 2. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura jurídica no Direito**. 3ª ed. São Paulo, Alfa Ômega, 2001.

YAMADA, Erika M; BELLOQUE, Juliana G. Pluralismo Jurídico: Direito Penal, Direito Indígena e Direitos Humanos – uma análise do art. 121 do código penal brasileiro. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). **Direito Penal e Povos Indígenas**. 1. ed. (2010); 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11. ed. rev e atual. SP: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANELLA, Diego Carlos. A Ética Comunicativo-Discursiva de Jürgen Habermas. **Thaumazein**, Santa Maria, Ano V, n. 10, ano 2012. p. 131-149. Disponível em

http://sites.unifra.br/Portals/1/Numero10/Zanella_10.pdf. Acesso em 15 de maio. 2016.