



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

GIULIA ROBERTA DANTAS SPILLARI

**MULTICULTURALISMO E OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS: A
culpabilidade do réu indígena no Processo Penal**

**BRASÍLIA
2021**

GIULIA ROBERTA DANTAS SPILLARI

**MULTICULTURALISMO E OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS: A
culpabilidade do réu indígena no Processo Penal**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis Bastos

**BRASÍLIA
2021**

GIULIA ROBERTA DANTAS SPILLARI

**MULTICULTURALISMO E OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS: A
culpabilidade do réu indígena no Processo Penal**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UnICEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis
Bastos

BRASÍLIA, 21 de outubro de 2021

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador Marcus Vinícius Reis Bastos

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelo sustento e renovo diários em minha vida, tornando possível concluir essa trajetória acadêmica com alegria e realizações. Agradeço também ao meus pais, pela paciência, pelo apoio incondicional e por sempre acreditarem em mim e nos meus sonhos.

Também agradeço à minha irmã, por toda força, incentivo e por sempre estar ao meu lado e também agradeço à minha avó, por ser meu exemplo de coragem, determinação e honestidade.

Agradeço imensamente ao Professor Marcus Vinícius Reis Bastos, por toda a ajuda, por ter me norteado durante toda a pesquisa com maestria e por ser tão paciente com minhas dúvidas em relação ao projeto.

Também agradeço aos meus primos, primas, tios, tias, amigos e amigas, em especial minhas amigas Angélica, Isabel Cristina e Lara Helena, por escutarem algumas dezenas de vezes o que eu pensava sobre o tema escolhido e por me incentivarem com a pesquisa desde o início.

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso abordará a culpabilidade dos réus indígenas dentro do contexto dos crimes culturalmente motivados, somados ao viés do multiculturalismo, dentro do cenário atual do pluralismo cultural existente no Brasil. Primeiramente, a presente monografia se propõe a explicar os conceitos relativos à culpabilidade na dogmática penal, e os modos como a culpabilidade interage com réus de orientação moral distinta da sociedade majoritária. Em seguida, o texto retoma para a análise dos crimes culturalmente motivados, além de apresentar a ótica multiculturalista como caminho a ser percorrido para que se encontrem respostas ao pluralismo cultural. Por último, o presente texto analisa alguns conceitos decorrentes da cultura e o modo como tais elementos dialogam com o Direito Penal na atualidade.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Culpabilidade. Indígenas. Crimes culturalmente motivados. Multiculturalismo. Diversidade cultural. Pluralismo jurídico. Pluralismo cultural.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A CULPABILIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	10
1.1. ANÁLISE DO ELEMENTO CULPA	10
1.1.1. A inimputabilidade	13
1.1.2. O potencial conhecimento do injusto e o erro de proibição.....	16
1.1.3. A inexigibilidade de conduta diversa	17
1.2. OS LIMITES DO DIREITO PENAL	19
2. O MULTICULTURALISMO E OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS 22	
2.1. MODELOS DE MULTICULTURALISMO	24
2.2. <i>CULTURAL OFFENSES</i>	26
2.3. <i>CULTURAL DEFENSE</i>	27
2.4. O MULTICULTURALISMO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	28
2.4.1. Constituição Federal de 1988	29
2.4.2. Código Penal e Código de Processo Penal	32
2.4.3. Estatuto do índio	34
2.5. O MULTICULTURALISMO E O DIREITO AO RECONHECIMENTO	36
2.6. A NECESSIDADE DO MULTICULTURALISMO COMO POLÍTICA PÚBLICA ..	37
2.7. OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS	39
2.7.1. O diálogo entre o multiculturalismo e os crimes culturalmente motivados.....	40
2.7.2. A jurisprudência brasileira diante dos crimes culturalmente motivados	42
2.8. A PRODUÇÃO DE PROVA CULTURAL	43
3. OS SISTEMAS SANCIONATÓRIOS INDÍGENAS.....	46
3.1. DIÁLOGO COM O DIREITO PENAL ESTATAL.....	48
3.2. A RELAÇÃO ENTRE A JUSTIÇA COMUM E A JUSTIÇA INDÍGENA	52
3.4. DIÁLOGO COM A JUSTIÇA PENAL COMUM.....	56
3.4.1. Formas de solução de conflitos a partir da coexistência entre as ciências sociais.....	58
3.5. A FORMA DE SER DOS POVOS.....	62
3.6. IDENTIDADE ÉTNICA	64
3.7. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE CULTURAL INDÍGENA NO BRASIL	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

O tema abordado no presente Trabalho de Conclusão de Curso consiste na discussão acerca do fenômeno do multiculturalismo e os crimes culturalmente motivados: A culpabilidade do réu indígena no Processo Penal, utilizando-se como ponto de partida o estudo interdisciplinar entre os ramos do Direito, da Antropologia e da Sociologia, de modo a observar o diálogo entre as normas positivadas e impostas pelo ente estatal frente aos regramentos existentes nas comunidades étnicas minoritárias, em especial os povos indígenas no Brasil.

A relação observada entre o Direito Penal presente no ordenamento jurídico tradicional e os réus pertencentes a alguma etnia indígena problematiza a aplicabilidade das leis penais estatais a indivíduos que não compartilham dos mesmos hábitos, valores ou tradições que a sociedade majoritária. Deste modo, a temática se destaca diante da pluralidade cultural existente no Brasil, a partir de uma perspectiva distinta dos temas cotidianos estudados pela ciência jurídica.

A relevância da temática multiculturalista se exprime no viés social, antropológico e jurídico, tendo em consideração que, apesar de inegavelmente diversa, a sociedade brasileira apresenta uma tendência etnocêntrica em relação aos povos indígenas, suas tradições, modo de vida e concepções. Neste sentido, a desconstrução de algumas concepções existentes em detrimento dos povos indígenas é decorrente do violento processo de colonização que ocorreu no Brasil no século XVI.

Um dos objetivos do presente Trabalho de Conclusão de Curso é a análise dos crimes culturalmente motivados, com ênfase na importância da Antropologia e sua contribuição no Processo Penal que envolva réus indígenas, em decorrência do auxílio prestado pelo laudo antropológico no trâmite processual, de modo que as sentenças proferidas em tais casos se aproximem dos ideais de justiça aclamados no Estado Democrático de Direito.

A magnitude do assunto também se exprime no campo cultural e social devido ao modo como as comunidades indígenas são vistas na sociedade brasileira não índia. Os grupos indígenas remanescentes no Brasil se encontram em clara situação de vulnerabilidade social, econômica e ambiental, situação que não foi amparada e solucionada de modo pleno por meio do Estatuto do Índio e da Constituição Federal Brasileira de 1988.

A amplitude do processo de globalização e sua influência na forma majoritária de compreender e enxergar os povos culturalmente minoritários, os avanços do Direito Processual Penal e a ausência de proteção efetiva pelas legislações vigentes no Brasil são

algumas das razões da escolha da temática abordada. Assim sendo, a delimitação do tema é a análise do grau de culpabilidade dos réus indígenas diante do multiculturalismo e a necessidade de diálogo entre o Direito e as demais ciências sociais para a análise abrangente do tema e das leis que devem ser aplicadas diante da prática de determinadas condutas consideradas ilícitas pela lei penal estatal.

A coexistência entre culturas distintas comprova que a intervenção do Estado no âmbito penal diante da prática de determinadas tradições culturais é um fenômeno social a ser observado pela Antropologia e pelos elementos de análise racional que o Direito oferece acerca da questão indígena. A contribuição dada pelo campo jurídico se manifesta através das legislações destinadas a proteção dos direitos relativos aos povos indígenas.

O presente projeto visa analisar os posicionamentos adotados pela doutrina brasileira, o conteúdo das decisões judiciais acerca da temática e os dados de pesquisa fornecidos pelo Direito, pela Sociologia, pela Antropologia e pela História. As disciplinas distintas do campo jurídico possuem a prerrogativa de enriquecer o discurso acerca da análise da culpabilidade do réu indígena no Processo Penal no Brasil.

O objetivo a ser alcançado por meio do presente Trabalho de Conclusão de Curso é a expansão dos horizontes jurídicos tradicionalmente abordados, de modo que o sistema jurídico positivado e majoritário conviva e coexista em harmonia com os grupos indígenas, com base no respeito mútuo aos grupos minoritários que historicamente foram ignorados e dizimados ao longo dos séculos.

O primeiro capítulo do projeto tem como enfoque a análise da culpabilidade no Processo Penal Brasileiro, a análise do elemento culpa e os limites do Direito Penal. O segundo capítulo se concentra na análise do multiculturalismo, os modelos de multiculturalismo, a relação entre o multiculturalismo e as legislações brasileiras vigentes correlatas ao tema, o direito ao reconhecimento e a necessidade do multiculturalismo como política pública.

O terceiro capítulo do projeto se dedica ao conceito dos crimes culturalmente motivados, o diálogo entre os crimes culturalmente motivados e o multiculturalismo, a jurisprudência brasileira diante de tal temática e a produção das provas de cunho cultural. O quarto capítulo se destina ao estudo dos sistemas sancionatórios indígenas e a relação entre a justiça comum e a justiça indígena.

O quinto capítulo salienta as relações entre Direito e Cultura, a forma de ser dos povos, o conceito de identidade étnica e a necessidade da preservação da identidade cultural indígena no Brasil. Ante o exposto, os tópicos foram organizados de modo a compreender o

multiculturalismo, os crimes culturalmente motivados e a situação de evidente vulnerabilidade social, cultural e jurídica na qual se encontram os povos indígenas no Brasil.

1. A CULPABILIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1.1. ANÁLISE DO ELEMENTO CULPA

Dentro da análise acerca dos requisitos essenciais para a configuração de um crime, o Direito Penal Brasileiro estabelece três elementos necessários para que a conduta em questão se verifique como um injusto jurídico: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Dentre eles, será objeto de análise a culpabilidade, que pode ser conceituada de modo objetivo como a reprovabilidade do injusto ao autor do fato, tendo em vista a ausência de uma motivação de seu ato fundada na previsão contida na norma.¹

A culpabilidade é dotada um juízo de reprovação cujo objeto é a conduta que contraria o disposto na lei, figurando como juízo de valoração a ser feito em relação a um indivíduo e sua conduta não amparada pela norma jurídica. Para se verificar a culpabilidade de um agente é necessário o preenchimento de três requisitos: a sua imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude de sua conduta e a exigibilidade de conduta diversa diante do fato.²

A análise da potencial culpabilidade do sujeito é resultado da evolução histórica enfrentada pela dogmática jurídico-penal, tendo como marco inicial a segunda metade do século XIX. A partir dessa evolução, o conceito de culpabilidade passou a ser distanciado e separado do conceito de ilicitude. Diante dessa identificação, a culpabilidade passou a figurar como elemento de grande relevância e complexidade no Direito Penal.³

A culpabilidade configura um dos mais interessantes temas abordados dentro da Teoria do Crime, tendo em vista a análise minuciosa que deve ser feita para que, no caso concreto, se verifique que um sujeito possui uma motivação interna que contraria o que foi estabelecido na norma jurídica, tornando sua conduta reprovável. O sujeito afasta de sua conduta o elemento da culpabilidade quando o próprio ordenamento jurídico o permite agir de tal modo, justificando seu ato a partir da coerência do mesmo em relação ao ordenamento jurídico.⁴

¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte Geral. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 541.

² SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: Editora ICPC, Lumen Juris, 2005, p. 199.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, v. 1, p. 455.

⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte Geral. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 542.

A culpabilidade pode ser definida a partir de perspectivas distintas, sendo uma delas relativa ao elemento demonstrativo de que onde há a ausência de culpabilidade, não existe a exigibilidade acerca da conduta adotada pelo indivíduo, seja qual for o motivo excludente. Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli definem que “são requisitos gerais da culpabilidade, entendida como reprovabilidade, que tenha sido exigível do sujeito a possibilidade de compreender a antijuridicidade de sua conduta, e que as circunstâncias em que agiu não lhe tenham reduzido o âmbito de autodeterminação, além de um limite mínimo”.⁵

O limite mínimo ao qual os autores se referem, quando não alcançado, exclui a culpabilidade do agente. Com isso, se verifica quando não se pode exigir do sujeito a compreensão da antijuridicidade do seu ato, seja ela decorrente da ausência de capacidade psíquica para tal, seja pela ocorrência de um estado de erro acerca da antijuridicidade do seu ato. Outros dois exemplos de inexigibilidade da compreensão da antijuridicidade da conduta de um sujeito são a possibilidade de o agente se encontrar em situação de necessidade que exclui sua culpa ou caso o agente não possua capacidade de se determinar de acordo com a compreensão da ilicitude de seu ato.⁶

A culpabilidade tem como função não apenas fundamentar, mas também delimitar a pena imposta ao réu dentro do Processo Penal, mesmo não configurando o único fundamento da pena, que deverá ser justa e necessária, de acordo com os elementos apresentados diante do caso concreto.⁷ Sua função é fundamentar a punição promovida pelo Estado, se apresentando como um juízo individualizado de atribuição de responsabilidade penal. Além disso, a culpabilidade pode ser analisada como uma forma de se instrumentalizar a prevenção de crimes, como resposta que visa proporcionar estabilidade ao sistema normativo.⁸

A culpabilidade pode ser facilmente destacada na possibilidade ou não de o agente agir de outro modo. Essa possibilidade é geradora da reprovação decorrente da conduta do sujeito, ou seja, só há reprovabilidade quando notadamente o sujeito agiu voluntariamente,

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 551.

⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 551.

⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 201.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, v. 1, p. 455.

tendo meios e possibilidades de agir de modo diverso, de acordo com o dever jurídico estabelecido nas normas.⁹

Poderá ser considerada reprovável, censurável ou valorada negativamente aquela conduta passível de alguma conotação negativa para a ordem jurídica. O chamado juízo de censura avalia se a conduta do sujeito é ou não censurável, sendo essa avaliação feita pelo julgador da ação, desconsiderando critérios pessoais de valoração e utilizando critérios racionais para tal.¹⁰

A culpabilidade é um elemento jurídico que age como limitador do poder de punir do Estado, por meio de uma função política exercida pelo mesmo de modo a garantir a liberdade individual dos sujeitos. Essa visão se estabeleceu como contraponto ao antigo modo de se ver a culpabilidade, que se utilizava da mesma apenas como fundamento de pena, tendo em vista que o juízo de reprovabilidade era classificado como conceito ontológico, fator que legitimava o poder Estatal em detrimento da liberdade dos indivíduos.¹¹

Considerando a complexidade das relações sociais e a necessidade de controle diante de atos que ferem a liberdade individual dos indivíduos, a análise acerca da responsabilidade dos sujeitos não pode se basear em elementos metafísicos ou de demonstração que não seja possível concretizar. Nesse sentido, o princípio da alteridade encontra seu espaço dentro da culpabilidade, em decorrência de ser o fundamento material da responsabilidade social e, em consequência disto, fundamentar os juízos de reprovabilidade pessoal em decorrência das condutas que contrariam as normas jurídicas.¹²

O modo de se conceber a culpabilidade analisa não apenas os fatores presentes na norma jurídica, mas também as noções de liberdade individual e suas manifestações através da vontade do sujeito dentro dos grupos sociais, mediante a colaboração dos estudos da Antropologia e da Psicologia, visando a construção do conhecimento acerca do ser humano moderno de forma ampla e abrangente.¹³

Os três elementos identificados pela doutrina que são analisados no campo da culpabilidade são: a imputabilidade do agente, o potencial conhecimento da ilicitude da

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, v. 1, p. 456.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, v. 1, p. 470.

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: Editora ICPC, Lumen Juris, 2005, p. 205.

¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: Editora ICPC, Lumen Juris, 2005, p. 210-211.

¹³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 201.

conduta e a existência ou não de exigibilidade de conduta diversa por parte do agente.¹⁴ Os elementos citados que complementam e densificam o estudo acerca da culpabilidade serão abordados separadamente a seguir.

1.1.1. A inimputabilidade

A inimputabilidade consiste em causa excludente de culpabilidade dentro do Processo Penal, e pode ser definida como a capacidade de culpabilidade, a aptidão que o sujeito possui para ser culpável. Mesmo não apresentando um conceito de imputabilidade penal, o artigo 26 Código Penal Brasileiro define como inimputável aquele que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.¹⁵

Portanto, a imputabilidade pode ser excluída ou reduzida em decorrência da menoridade do sujeito ou por alguma anomalia ou doença mental que o mesmo seja detentor. Os critérios utilizados para tal definição podem ser o desenvolvimento biológico do sujeito e o seu desenvolvimento psíquico normalizado. Diante de tais definições, indivíduos maiores de 18 anos e em plena normalidade psíquica são classificados penalmente como portadores de capacidade de culpabilidade, ou seja, serão penalmente imputáveis.¹⁶

A inimputabilidade também pode ser conceituada como um compilado de condições inerentes ao sujeito nos âmbitos de sanidade mental e de maturidade, e de qual modo essas condições permitirão ou não que o sujeito tenha total consciência da ilicitude que cerca sua conduta e de se determinar através desta percepção. A referida capacidade do sujeito de compreender a ilicitude de sua conduta e se determinar através dessa consciência possui duas faces: um aspecto intelectual e outro volitivo.¹⁷

A definição da capacidade intelectual trazida pela doutrina brasileira consiste no poder do sujeito de compreender a ilicitude da conduta que a ele foi imputada, ao passo em

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, v. 1, p. 475.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, v. 1, p. 475-476.

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: Editora ICPC, Lumen Juris, 2005, p. 212.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 202.

que ao conceito formulado pela doutrina sobre a capacidade volitiva consiste no poder de se autodeterminar de acordo com a sua vontade.¹⁸

A redação atual do Código Penal é resultado da Reforma Penal de 1984, demonstrando um claro avanço da legislação penal brasileira, tendo em vista que trouxe a consciência da ilicitude como um dos elementos da culpabilidade, aproximando o conceito biopsicológico, uma das abordagens utilizadas atualmente para definir a culpabilidade. Dentro da análise da imputabilidade, a ausência de maturidade mental ou de sanidade mental ensejam a inimputabilidade do agente, o que poderá ser devidamente provado através da análise do aspecto psicológico do ato, que significa ser o sujeito capaz ou não se autodeterminar a partir das circunstâncias fáticas.¹⁹

A inculpabilidade do sujeito poderá se verificar no Processo Penal caso uma das capacidades estiver ausente, seja ela de entendimento, seja ela de autodeterminação. Entretanto, é possível inferir que não sendo o agente capaz de avaliar sua conduta, ele também não terá conhecimento da natureza valorativa de seus atos. No sistema penal brasileiro, figuram como possibilidades excludentes de imputabilidade do agente quatro hipóteses: as doenças mentais, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade e a embriaguez acidental completa/embriaguez patológica completa.²⁰

A hipótese relativa às doenças mentais tem como exemplos a esquizofrenia, a epilepsia grave, a paranoia, entre outros. Essa previsão legal de imputabilidade tem como base uma alteração mórbida do estado de sanidade mental do sujeito, sem dependência de qual é a origem de tal alteração.²¹

O desenvolvimento mental incompleto se refere ao sujeito que tem seu desenvolvimento intelectual de forma irregular, considerando a socialização e integração que são consideradas padronizadas dentro da sociedade. Não consiste em mera hipótese de condição patológica, sendo costumeiramente definida através de laudo antropológico que comprove ou não a sua existência.²²

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 202.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, v. 1, p. 492-493.

²⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 202.

²¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 202.

²² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 202.

O desenvolvimento mental retardado consiste em uma debilidade mental do sujeito, tendo como exemplos a imbecilidade, a idiotice e a debilidade mental. Essa condição não é considerada como doença, mas como um resultado de limitações referentes a intelectualidade do sujeito, ensejando dificuldades para que o agente tenha pleno funcionamento intelectual.²³

A menoridade tem como fundamento central o fator biopsicológico decorrente da idade do sujeito, de modo em que os menores de 18 anos serão punidos de acordo com as disposições do texto legal constante no Estatuto da Criança e do Adolescente. O tratamento diferenciado dado aos menores de dezoito anos prevê aos infratores a aplicação medidas de proteção, que poderão ser genéricas ou específicas, além de medidas socioeducativas.²⁴ Essa definição com base no critério biopsicológico se baseia na ausência de compreensão acerca do injusto e também do provável descontrole com seus instintos e impulsos que possuem os inimputáveis em razão do marco etário, se comparados com pessoas maiores de 18 anos.²⁵

A hipótese referente à embriaguez, que pode ser classificada como acidental completa ou patológica completa, prevê a aplicação de medida de segurança, que consiste na internação do sujeito em hospital de custódia e aplicação de tratamento psiquiátrico e ambulatorial ao indivíduo, seguindo as disposições constantes nos artigos 96 e 97 do Código Penal Brasileiro.²⁶

Outro conceito existente dentro da imputabilidade, além da exclusão completa da mesma, conforme os exemplos citados, é a redução da capacidade de culpabilidade do indivíduo, também chamada de imputabilidade diminuída ou atenuada. Essa conceituação se baseia na necessidade de estabelecer uma conduta intermediária, tendo em vista que existe grande dificuldade de demarcar com precisão se um sujeito estaria agindo em plena saúde mental ou se é possuidor de alguma insanidade.²⁷

No caso de psicoses, psicopatias e algumas outras doenças que impossibilitam o desenvolvimento mental pleno do indivíduo, a capacidade do agente de reconhecer a ilicitude de sua conduta e se determinar de acordo com este entendimento se encontrarão comprometidas. Em decorrência desse comprometimento, o artigo 26, parágrafo único, do

²³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 202.

²⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 203.

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: Editora ICPC, Lumen Juris, 2005, p. 213.

²⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 203.

²⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 203.

Código Penal Brasileiro, estabelece que a responsabilização penal imputada ao indivíduo semi-imputável será reduzida de modo proporcional ao grau de comprometimento de sua culpabilidade.²⁸

Uma possibilidade trazida pelo sistema penal brasileiro é a substituição da pena privativa de liberdade ao sujeito semi-imputável pela medida de segurança, como o tratamento ambulatorial e a internação, caso o agente demonstre que carece de tratamento em decorrência de transtorno mental. Além disso, os sujeitos identificados como dependentes de substâncias tóxicas alucinógenas, as drogas ilícitas, poderão ser submetidos ao regime de internação hospitalar ou de regime extra-hospitalar.²⁹

Entretanto, a possibilidade de que os acusados que possuam doenças mentais possam ser submetidos a penas privativas de liberdade gera discussões, considerando que no sistema prisional estes detentos não receberão o tratamento necessário, tendo em vista que se encontram em situação de sanidade mental diversa dos demais detentos, ressaltando que o sistema prisional brasileiro não se mostra eficaz ao promover o devido tratamento destes pacientes dentro dos presídios.³⁰

Outra possibilidade de reduzir a imputabilidade do indivíduo se refere ao estado emotivo ou passional em que o mesmo se encontra. Entretanto, sentimentos como vingança, tristeza, amor e ciúmes, invariavelmente fazem parte da vida dos indivíduos em geral, sendo capazes de ensejar a imputabilidade do indivíduo apenas quando se tratarem de emoções ou paixões patológicas. Caso contrário, o contexto envolvendo forte estado emotivo e o forte estado passional poderão apenas incidir como circunstâncias atenuantes ou causas de diminuição de pena, a exemplo do homicídio privilegiado, previsto no artigo 121, §1º do Código Penal Brasileiro.³¹

1.1.2. O potencial conhecimento do injusto e o erro de proibição

O conhecimento do injusto tem como objeto o substrato psíquico mínimo de conhecimento suficiente para que se verifique a sua consciência da ilicitude do agente em

²⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 203.

²⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 203.

³⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 203.

³¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 204.

relação à sua conduta.³² Entretanto, cabe destacar que não se exige do sujeito o conhecimento das disposições trazidas na lei, pois nem mesmo os operadores do direito têm conhecimento acerca da legislação brasileira de forma plena, o que se exige é o conhecimento análogo ao que foi de fato exigido.³³

Dentro do estudo acerca da culpabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e o erro de proibição se relacionam em decorrência de serem estados psíquicos dotados de uma relação de exclusão recíproca. A presença do conhecimento do injusto exclui o estado de erro de proibição, ao passo em que o estado de erro de proibição demonstra a ausência do conhecimento acerca da ilicitude.³⁴

O erro de proibição constitui elemento pertencente ao campo da culpabilidade, configurando-se quando o sujeito recai sobre a compreensão da ilicitude de sua ação. O erro de proibição pode ser dividido em erro de proibição invencível, quando com a devida diligência o indivíduo não compreenderia a ilicitude do seu ato, excluindo a sua culpabilidade, e erro de proibição vencível, quando o erro não afeta o dolo ou a culpa e, conseqüentemente, não afeta a tipicidade da conduta.³⁵

A inimputabilidade decorrente da incapacidade do sujeito de compreender a ilicitude de sua conduta tem como consequência a exclusão da culpabilidade, tendo em vista que não permite ao sujeito que o mesmo compreenda que o seu comportamento é antijurídico. Em contraponto, a inimputabilidade por incapacidade do sujeito de se autodeterminar de acordo com a compreensão da ilicitude da conduta, enseja a exclusão da culpabilidade, em decorrência do estreitamento do campo de autodeterminação do indivíduo.³⁶

1.1.3. A inexigibilidade de conduta diversa

A inexigibilidade de conduta diversa se refere ao elemento volitivo da culpabilidade, ao grau de exigência destinado ao sujeito de que o mesmo adotasse uma conduta de acordo com o disposto na norma jurídica. Essa inexigibilidade se traduz na situação em que o

³² SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: Editora ICPC, Lumen Juris, 2005, p. 219.

³³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 572.

³⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 572.

³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 572.

³⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 573.

indivíduo deveria e poderia atuar de modo diverso do conteúdo legal, diante da circunstância fática em que se encontrava.³⁷

A disposição legal presente no artigo 22 do Código Penal Brasileiro determina as hipóteses de aplicabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, e conseqüente exclusão da culpabilidade do agente, são elas: a coação moral irresistível, a obediência hierárquica ou devida e o estado de necessidade exculpante.³⁸

A coação moral irresistível constitui hipótese de exclusão da culpabilidade do agente, considerando que é dotada de grave ameaça do coator, que implica no vício da vontade do coacto. Mesmo existindo campo de vontade do coacto, o seu elemento volitivo se encontra dotado de vícios que impedem a exigência de um comportamento consoante com o ordenamento jurídico.³⁹

O mal que baseia a ameaça destinada ao coacto deve ser certo, grave e inevitável, tendo como base para análise o *homo medius*, que não poderia evitar a coação moral em prol de resguardar o bem jurídico que se encontra em eminente perigo. Nesta modalidade de coação existe a previsão legal de se punir apenas o coator, tendo em vista que este se caracteriza como autor mediato do injusto jurídico.⁴⁰

A obediência hierárquica ou devida consiste na única modalidade de obediência que enseja a exclusão da culpabilidade do agente. A hipótese de obediência devida pode ser definida como a conduta do subordinado que obedece a ordem proveniente de superior hierárquico, quando o mesmo a realiza dentro de suas atribuições e nos moldes exigidos pela legislação.⁴¹

Neste caso, a punição será destinada apenas ao superior hierárquico, que figura como autor mediato da ação, salvo se a ordem determinada por este seja manifestamente ilegal, caso em que também será penalmente punido o subordinado. Os requisitos necessários para a configuração da obediência hierárquica são: a existência de uma relação de subordinação hierárquica com base no Direito Público, que a ordem esteja de acordo com as formalidades

³⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 206.

³⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 207.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 207.

⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 207.

⁴¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 207.

da lei, que a ordem não seja manifestamente ilegal e que haja estrita obediência ao que foi ordenado.⁴²

A última hipótese de exclusão da culpabilidade em decorrência da inexigibilidade de conduta diversa é o estado de necessidade exculpante, que consiste no conflito entre dois bens jurídicos equivalentes ou não, ocorrendo o sacrifício do bem de maior valor. Nessa hipótese não se verifica o elemento objetivo da culpabilidade, o que torna inculpável a conduta do sujeito. Entretanto, a hipótese de exclusão da culpabilidade relativa ao estado de necessidade exculpante ainda se verifica como questão polêmica e encontra divergências dentro da doutrina brasileira.⁴³

1.2. OS LIMITES DO DIREITO PENAL

A importante questão que será objeto de análise no presente Trabalho de Conclusão de Curso se refere ao ponto de intersecção e contrariedade que se verifica entre o Direito Penal promovido pelo Estado, estabelecido através de normas formais, executado por meio de juízes, desembargadores e ministros, em contraponto com as leis e regras formuladas dentro de comunidades indígenas, com base em paradigmas diversos, que não compactuam das mesmas crenças, dos mesmos hábitos, dos mesmos costumes ou das mesmas leis que a sociedade não-índia apresenta.⁴⁴

A problemática acerca do tema se instaura a partir da existência de condutas que são penalizadas pelo Estado, ao passo em que são permitidas e até mesmo incentivadas pelas comunidades indígenas. A partir dessa discrepância, os casos concretos, em sua grande maioria, apresentam soluções baseadas em perspectivas eurocêntricas, ensejando a imposição do controle Estatal sobre comunidades minoritárias, desconsiderando o contexto multicultural no qual o Brasil se insere.⁴⁵

Neste sentido, uma análise a respeito da abrangência da dogmática penal brasileira revela que o Direito Penal mostra respostas e disposições insuficientes para a resoluções de conflitos decorrentes do fenômeno do multiculturalismo. Outro obstáculo a ser enfrentado,

⁴² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 208.

⁴³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 209.

⁴⁴ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

⁴⁵ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

visando a coexistência entre as diferentes manifestações culturais é o projeto integracionista, que consiste na ideia de inferioridade em que o índio se encontraria, necessitando ser integrado e dominado pelas formulações advindas do Estado em detrimento de sua própria cultura ou crença.⁴⁶

O Estatuto do Índio, que é a principal fonte legislativa referente aos direitos das comunidades indígenas no direito brasileiro, é resultado dos projetos integracionistas que dominam no Brasil, perpetuando o entendimento de que, com o passar dos anos, os índios se tornariam similares à sociedade majoritária, pouco a pouco abandonando sua cultura em prol de uma homogeneização do processo cultural.⁴⁷

O Estado é dotado de grande responsabilidade dentro da análise do multiculturalismo, tendo em vista que é inegável a escassez de políticas públicas efetivas de proteção aos direitos dos indígenas e também da ausência de produção de leis que regulem os limites da intervenção penal promovida pelo Estado. A tradição jurídica brasileira pouco avançou em relação ao multiculturalismo, refletindo a tendência que vigora no país de dar ao Estado o total monopólio do poder de punir.⁴⁸

A perspectiva intercultural apresenta elementos satisfatórios para a resolução dos conflitos decorrentes de práticas culturais específicas, considerando que o interculturalismo se pauta prioritariamente pelo respeito mútuo entre as culturas, visando promover, a longo prazo, a preservação de grupos minoritários que se encontram em constante ameaça, viabilizando um diálogo entre o direito promovido pelo Estado e o direito promovido pela comunidade indígena.⁴⁹

Ao longo dos capítulos seguintes, o presente Trabalho de Conclusão de Curso terá como proposta observar os limites do Direito Penal previstos pelas normas jurídicas brasileiras com relação às comunidades culturalmente minoritárias, em contraponto ao fenômeno do multiculturalismo e dos elementos que dele são decorrentes, tendo em vista que

⁴⁶ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

⁴⁷ PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

⁴⁸ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

⁴⁹ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

o direito à cultura pode ser visualizado como direito fundamental, e, em decorrência de tal fato, carece de reconhecimento e proteção promovida pelo Estado.⁵⁰

⁵⁰ SCALCON, Raquel Lima. A cultura como direito humano ou como delito? O problema da criminalização da cultura minoritária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 132, p. 421-429, jun. 2017.

2. O MULTICULTURALISMO E OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

Diante da existência inegável de uma realidade multicultural, a proposta do pensamento multiculturalista se pauta na visão de desejar uma realidade que promova e evidencie a convivência harmônica entre as diversidades verificadas nos grupos sociais. Deste modo, as aspirações multiculturalistas se pautam na mescla entre os ingredientes culturais de cada grupo sem que os mesmos se fundam, com a finalidade de manter as especificidades culturais de cada um deles.⁵¹

A vantagem trazida pelo conceito multicultural se refere a sua posição de renunciar os pensamentos culturais de finalidade hegemônica e pela busca pela articulação entre direitos étnicos e os direitos humanos universais. O conceito de multiculturalismo foi utilizado pela primeira vez pelo primeiro-ministro canadense Pierre Trudeau, no ano de 1971, com o intuito de propor a tolerância e o respeito entre os grupos étnicos diversos que formavam o Canadá. Simultaneamente, o tema ganhava relevância nos Estados Unidos, não sendo bem aceito pela população estadunidense diante da adesão populacional majoritária ao pensamento referente ao *american way of life*.⁵²

Na realidade jurídica brasileira, o reconhecimento dos direitos culturais dos povos teve início com a Proclamação da República em 1889, diante da coexistência entre negros africanos que recentemente saíram da condição de escravidão, comunidades indígenas, mestiços e imigrantes europeus. Entretanto, apenas nos anos 1990, com a Conferência da Organização Internacional do Trabalho, teve início a propagação de ideais relativos às políticas antiassimilacionistas, um dos mais importantes marcos do tema para o Brasil e para outros países.⁵³

Dentro deste modo de se pensar a convivência cultural pacífica, diversos elementos podem ser definidos como ensejadores de uma identidade cultural de determinada

⁵¹ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. RB-1.2.

⁵² GOMARASCA, Paolo. Multiculturalismo e convivência: uma introdução. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, Brasília, v. 20, n. 38 p. 11-26, jun. 2021. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852012000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2021.

⁵³ MONTERO, Paula. Multiculturalismo, identidades discursivas e espaço público. **Sociologia & Antropologia**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 81-101, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-38752012000400081&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2021.

comunidade: o idioma, o território ocupado, os costumes difundidos, a religião predominante, os ritos típicos do grupo, entre outros.⁵⁴

Um dos objetivos centrais da visão multiculturalista é individualizar os direitos dos grupos minoritários, com a finalidade de respeitar a identidade destas comunidades em face do processo de homogeneização cultural. A partir do processo de globalização e dos embates entre as manifestações culturais diversas no mesmo território, surge a necessidade de estabelecer o modo de tratamento entre elas, tendo em vista que existirá uma tendência de priorizar a cultura majoritária.⁵⁵

Diante da existência de um grupo social majoritário cujas práticas culturais são predominantes, o multiculturalismo objetiva reconhecer a identidade das minorias culturais que possivelmente foram negadas ou reduzidas diante do embate com relação ao pensamento hegemônico. Outra pretensão trazida pelo pensamento multiculturalista se refere à superação do estigma e da exclusão que são frequentes aos grupos de minoria étnica, que, por vezes, sequer são reconhecidos como cidadãos pelos membros do Estado.⁵⁶

O reconhecimento das diferenças entre as manifestações culturais não é o único problema a ser enfrentado pelos Estados em prol do multiculturalismo, haja vista ser essencial o estabelecimento de mecanismos que propiciem que as minorias culturais exerçam seus direitos diante das culturas dominantes. Entretanto, o equilíbrio entre a valorização das minorias culturais e um possível favorecimento descabido das mesmas se mostra como um desafio a ser enfrentado pelos Estados, tanto no processo legislativo referente ao tema, como no estabelecimento de políticas públicas relacionadas ao multiculturalismo.⁵⁷

Os dilemas e tensões decorrentes da existência de grupos culturais que não compartilham dos mesmos paradigmas também se estende ao campo da Dogmática Penal nos tempos atuais, tendo em vista que envolve a proteção de bens jurídicos culturais e também a possibilidade de promover a punição estatal por meios diversos dos convencionais. A hipótese

⁵⁴ MONTERO, Paula. Multiculturalismo, identidades discursivas e espaço público. **Sociologia & Antropologia**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 81-101, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-38752012000400081&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2021.

⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

⁵⁶ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

⁵⁷ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

de reconhecimento dos direitos dos povos culturalmente minoritários encontra barreiras diante da propensão de que o direito promovido pelo Estado seja privilegiado indiscutivelmente.⁵⁸

Diante de um cenário de tradições jurídicas tão diversas, o multiculturalismo também busca evidenciar a diversidade cultural e diminuir as tensões entre as comunidades majoritária e minoritária, não apenas na análise das pautas culturais e sociais, mas também no âmbito jurídico. Neste sentido, o modo com o qual determinado grupo indígena visualiza a questão criminal também é uma manifestação jurídica, mesmo que não emane do Estado e não seja prevista por leis escritas e formais.⁵⁹

A partir da observância da existência das diferenças culturais entre os povos que compõem o território nacional, o Direito Brasileiro, frente à sua incapacidade de enfrentar e analisar diversas questões indígenas, reconhece a limitação de seu alcance, abrindo o caminho para o reconhecimento e executividade dos sistemas sancionatórios indígenas que compõem o país. Ao proteger o pluralismo jurídico e defender o multiculturalismo, o Estado assume uma posição contrária à tendência opressora e homogeneizante, dando espaço para uma democratização nacional plena.⁶⁰

2.1. MODELOS DE MULTICULTURALISMO

Em decorrência de se tratar de uma temática vasta e relevante, o multiculturalismo pode ser dividido a partir de alguns modelos que auxiliam a compreensão prática de como esse conceito se manifesta no mundo teórico. O primeiro deles é o multiculturalismo moderado, que constitui uma vertente de pensamento na qual os direitos culturais são incorporados apenas se houver compatibilidade entre eles e a proteção dos direitos humanos fundamentais, sendo o multiculturalismo neoliberal um de seus exemplos. Seus traços

⁵⁸ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

⁵⁹ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

⁶⁰ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

essenciais podem ser vistos a partir de duas perspectivas: a primeira admite os direitos étnicos, ao passo em que a segunda apoia as culturas minoritárias sem admitir esses direitos.⁶¹

A segunda vertente se refere ao multiculturalismo radical, que se baseia no tratamento prioritário destinado aos direitos étnicos, se fracionando entre a perspectiva essencialista, que nega a existência de direitos humanos de caráter universal, e a perspectiva comunitarista, que almeja a inflexibilidade dos interesses da comunidade em relação aos interesses individuais, culminando na subordinação dos direitos humanos aos direitos do grupo étnico em questão. O traço essencial da corrente essencialista de pensamento se baseia na negação dos direitos individuais, ao passo em que o traço principal da corrente multiculturalista radical comunitarista é a submissão dos direitos individuais em relação aos direitos culturais.⁶²

A terceira vertente se refere ao multiculturalismo crítico, que consiste na ideia de promover os direitos culturais não como um fim em si mesmo, mas de modo a instrumentalizar ações de cunho político por meio de perspectivas mais amplas, com o objetivo final de dar fim às injustiças de cunho social resultantes dos racismos. O principal traço da vertente multiculturalista crítica é a admissão dos direitos étnicos de modo a instrumentalizar a crítica às desigualdades sociais.⁶³

A quarta e última perspectiva é o multiculturalismo neo-mercantilista, que entende que a diversidade étnica configura uma oportunidade referente ao aumento de vendas dentro da perspectiva comercial, abrangendo as manifestações culturais como mero bem de consumo. Com isso, o principal traço do multiculturalismo neo-mercantilista é a afirmação dos direitos culturais de forma retórica, de modo que as diferenças culturais ganham relevância apenas se demonstrarem funcionalidade em relação ao mercado.⁶⁴

⁶¹ GOMARASCA, Paolo. Multiculturalismo e convivência: uma introdução. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, Brasília, v. 20, n. 38 p. 11-26, jun. 2021. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852012000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2021.

⁶² GOMARASCA, Paolo. Multiculturalismo e convivência: uma introdução. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, Brasília, v. 20, n. 38 p. 11-26, jun. 2021. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852012000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2021.

⁶³ GOMARASCA, Paolo. Multiculturalismo e convivência: uma introdução. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, Brasília, v. 20, n. 38 p. 11-26, jun. 2021. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852012000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2021.

⁶⁴ GOMARASCA, Paolo. Multiculturalismo e convivência: uma introdução. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, Brasília, v. 20, n. 38 p. 11-26, jun. 2021. Disponível em:

2.2. CULTURAL OFFENSES

Um dos principais conceitos utilizados no estudo do fenômeno multicultural é relativo às *cultural offenses*, que consiste no delito culturalmente motivado, ou seja, na conduta praticada por um indivíduo que integre uma comunidade étnica minoritária que, seguindo sua própria concepção moral, é conivente, redime, ou até mesmo impele seus membros a agir de tal modo, mesmo que essa ação seja tipificada como crime no sistema penal dominante, imposto pela autoridade estatal.⁶⁵

O grande debate que permeia a *cultural offense* reside em qual seria o modo adequado de lidar com a coexistência entre o pluralismo cultural e o respeito às diversidades diante da possibilidade de se legitimar ou não determinada conduta que contraria e viola as disposições constantes no ordenamento jurídico predominante. É inegável que a jurisdição penal brasileira não apresenta instrumentos que possibilitem uma resposta esperada para tais questionamentos, considerando que a seleção entre quais bens jurídicos serão protegidos e quais serão tutelados penalmente é incerta e intrincada.⁶⁶

Algumas condutas que exemplificam e se enquadram como *cultural offenses* são o infanticídio ritual indígena, o homicídio em defesa da honra, a escarificação para fins ornamentais, a mutilação genital e a excisão clitoridiana, também conhecida como fanado.⁶⁷ Outras práticas comuns em comunidades minoritárias que não são amparadas pelos sistemas jurídicos predominantes são o casamento forçado de meninas menores de quatorze anos, a proibição de que mulheres tenham acesso à determinadas oportunidades, a poligamia, o incesto, a recusa de permitir transfusões de sangue em crianças que têm risco de vida e também os sacrifícios rituais acompanhados de condutas que violam normas de proteção aos animais.⁶⁸

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852012000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2021.

⁶⁵ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

⁶⁶ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

⁶⁷ GODOY, Luísa Nami. A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados. **Revista UEPG**, Ponta Grossa, v. 24, p. 321-332, dez. 2016.

⁶⁸ GODOY, Luísa Nami. **Os delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

Para a configuração de um delito culturalmente motivado, entende-se que é necessário o preenchimento de três requisitos: que o agente seja componente de um grupo étnico minoritário, que o grupo que ele compõe tenha uma tradição cultural distinta da cultural dominante e que o agente, ao cometer o injusto penal, estivesse por influência da tradição de sua comunidade.⁶⁹

Na perspectiva de análise dos crimes culturalmente motivados, a questão motivacional não traduz que o indivíduo tenha consciência de que existe um conflito cultural decorrente da diversidade étnica, mas apenas que a sua conduta se associa às tradições oriundas da sua cultura originária. Neste sentido, a caracterização de um crime culturalmente motivado carece de que a conduta do agente acarrete um conflito cultural cujo encorajamento seja um motivo relacionado à condição cultural em que o indivíduo se encontra.⁷⁰

2.3. CULTURAL DEFENSE

A *cultural defense* pode ser definida como a desculpa, a justificação existente em determinado ambiente, originária dos problemas sociais e que pode ser invocada ou alegada por indivíduos oriundos de comunidades culturalmente minoritárias.⁷¹ *Defense* é um conceito que traduz a ideia de que todo aquele argumento que poderá ser trazido em juízo, dotado capacidade jurídica a fim de atenuar ou impedir a condenação do sujeito. Essa ideia permite que os juízes e tribunais apreciem as influências culturais em relação ao seu poder de interferência e influência na conduta de determinado réu, a depender dos elementos constantes no caso concreto.⁷²

Deste modo, a *cultural defense* constitui uma relevante tese defensiva que poderá ser usada no processo penal com o objetivo de alcançar a absolvição do sujeito ou uma punição mais amena. Com isso, o acusado tem a oportunidade de provar a influência exercida pelo seu

⁶⁹ GODOY, Luísa Nami. A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados. **Revista UEPG**, Ponta Grossa, v. 24, p. 321-332, dez. 2016.

⁷⁰ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

⁷¹ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

⁷² GODOY, Luísa Nami. A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados. **Revista UEPG**, Ponta Grossa, v. 24, p. 321-332, dez. 2016.

local de origem no momento do cometimento do injusto jurídico, com a finalidade de que tal reconhecimento seja usado em seu benefício.⁷³

Entretanto, nem todos os crimes cometidos por indivíduos pertencentes a grupos minoritários ensejarão a aplicabilidade de tal argumento jurídico, apenas aqueles em que as tradições culturais tenham papel essencial na prática do injusto pelo agente pertencente ao agrupamento. Deste modo, apenas os casos concretos em que os três pressupostos da *cultural offense* sejam presentes ensejarão o uso da *cultural defense* como argumento jurídico.⁷⁴

O conceito da *cultural defense* possui um sentido quase processual, tendo em vista que não enseja nenhum papel sistemático na definição do conceito de injusto jurídico. Ao ser utilizada como estratégia de defesa, a *cultural defense* deve analisar o grau de influência que os fatores culturais acarretaram na prática do delito, carecendo de uma análise delicada e profunda a respeito das particularidades de cada caso.⁷⁵

Deste modo, o uso da *cultural defense* como argumento jurídico de defesa deve ser baseado e limitado pelos Direitos Humanos, de modo que a tolerância e o respeito à identidade dos grupos minoritários em prol do pluralismo cultural não firam os direitos fundamentais da pessoa humana em relação à comunidade majoritária de determinado território.⁷⁶

2.4.O MULTICULTURALISMO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Embora o multiculturalismo seja uma temática que carece de abordagem legislativa específica para conceder efetividade aos direitos dos povos culturalmente minoritários, algumas legislações brasileiras, além da Constituição Federal de 1988, estabelecem alguns parâmetros que possibilitam uma previsibilidade maior a respeito de quais serão as respostas dadas pelos juízes e tribunais em todo o país. A carência de legislações amplas que regulamentem os conflitos resultantes do fenômeno multiculturalista dificulta, em certa

⁷³ GODOY, Luísa Nami. A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados. **Revista UEPG**, Ponta Grossa, v. 24, p. 321-332, dez. 2016..

⁷⁴ GODOY, Luísa Nami. A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados. **Revista UEPG**, Ponta Grossa, v. 24, p. 321-332, dez. 2016.

⁷⁵ GODOY, Luísa Nami. **Os delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

⁷⁶ GODOY, Luísa Nami. **Os delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

medida, que a sociedade não índia implemente, reconheça e respeite os direitos e prerrogativas dos povos culturalmente minoritários.⁷⁷

Não apenas no Brasil, mas também em outros países da América Latina, a questão multicultural se concentra de forma mais intensa em relação aos povos indígenas, o que pode ser comprovado inclusive pelo Estatuto do Índio e também pelas disposições apresentadas na Constituição Federal Brasileira de 1988 acerca dessas comunidades. A apresentação da perspectiva de pluralidade cultural também permite o avanço na questão indígena em termos penais, de modo a reconhecer e legitimar, a depender dos elementos apresentados na situação fática, o sistema sancionatório indígena.⁷⁸

Diante da existência das disposições legais que regulem, mesmo que de forma prematura, a temática multiculturalista no Brasil, o reconhecimento das culturas minoritárias que se apresentam no território nacional carece de aplicabilidade em decisões jurisprudenciais. Tal modo de compreender e enfrentar as tensões decorrentes do multiculturalismo mostram a falta de harmonia entre o avanço legislativo e a compreensão do tema pelo Poder Judiciário, culminando na manutenção do menosprezo aos povos minoritários e incentivando as políticas públicas dotadas de intenções homogeneizantes.⁷⁹

Neste sentido, os tópicos seguintes terão como objetivo principal extrair das legislações brasileiras e da Constituição Federal de 1988 quais elementos, ideais e direitos são estabelecidos legalmente aos povos culturalmente minoritários. Tais regramentos permitem a aplicabilidade prática do reconhecimento de povos culturais distintos, haja vista que a história brasileira é marcada pela coexistência entre povos de origens culturais completamente diversas que, há séculos, subjagam determinados grupos culturais em detrimento de outros.⁸⁰

2.4.1. Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal Brasileira de 1988 reconheceu o direito à cultura em seu artigo 215, reconhecendo que é dever do Estado promover a garantia a todos os cidadãos do

⁷⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e Direitos Fundamentais Culturais. **Revista dos Tribunais**, v. 63, p. 30-41, jun. 2008.

⁷⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

⁷⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

⁸⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

pleno exercício de seus direitos culturais e também possibilitar o acesso às fontes da cultura nacional, de modo a apoiar e incentivar a valorização e difusão das manifestações culturais diversas. No contexto brasileiro, tal proteção cultural é de grande relevância, considerando que o processo civilizatório nacional teve como participantes e abarcados por tal proteção os grupos indígenas, afro-brasileiros, europeus, entre outros.⁸¹

Na perspectiva brasileira, o direito à cultura constitucionalmente previsto se apresenta em duas faces: a primeira no plano individual, manifestada através do direito dos indivíduos à liberdade cultural, e a segunda perspectiva se relaciona ao direito social à fruição da cultura, com base nos valores que são oriundos das tradições e do pluralismo cultural. As previsões e disposições constitucionais se alinham ao multiculturalismo, tendo em vista que reconhecem, protegem e estimulam a manutenção dos valores e tradições culturais que compõem as diversas etnias existentes, de modo que tais grupos possam perpetuar as próprias culturas e também interagir com as demais.⁸²

Em seguida, o artigo 216 da Constituição Federal Brasileira dispõe acerca do reconhecimento dos bens de natureza material ou imaterial relacionados às identidades culturais dos povos que compõem o Brasil como patrimônio cultural do povo brasileiro, incluindo as tradições, os modos de expressão, as obras, as manifestações culturais, entre outros exemplos. Tal valorização consagra a visualização do patrimônio cultural como universalidade de bens jurídicos que não são de titularidade exclusiva do Estado.⁸³

A perspectiva constitucionalmente apresentada acerca do multiculturalismo visa promover a valorização das culturas minoritárias diante de sua relevante contribuição em todo o processo civilizatório brasileiro, de modo que sejam tratadas e respeitadas diante da cultura majoritária. A apresentação de tal visão pluricultural é relevante diante da tendência de que os

⁸¹ MARTINS, Charles Emil Machado. A “farra do boi” e os crimes culturalmente motivados. Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p.35-84, abr. 2017.

⁸² MARTINS, Charles Emil Machado. A “farra do boi” e os crimes culturalmente motivados. Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p.35-84, abr. 2017.

⁸³ MARTINS, Charles Emil Machado. A “farra do boi” e os crimes culturalmente motivados. Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p.35-84, abr. 2017.

conflitos existentes entre as normas das sociedades culturalmente majoritárias e minoritárias sejam sempre solucionados em favor do grupo preponderante.⁸⁴

Em contraponto com a tendência anteriormente apresentada, a análise dos casos concretos que enfrentam o fenômeno multiculturalista deve se pautar pela ponderação dos bens jurídicos envolvidos e de que maneira foram afetados, de modo que os sistemas jurídicos distintos e as tradições culturais conflitantes possam ser colocadas em questão de forma harmônica e proporcional.⁸⁵

Outra disposição presente na Constituição Federal Brasileira de 1988 se encontra no *caput* do artigo 231, que consagra o reconhecimento aos costumes, línguas, organizações sociais, crenças, tradições e direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas em relação aos povos indígenas. O artigo citado caminha em direção ao raciocínio que valoriza, respeita e protege o pluralismo étnico e jurídico que formam alguns dos elementos de relevância do multiculturalismo.⁸⁶

Acerca da temática multicultural, a Constituição Federal Brasileira de 1988 representa um importante marco de rompimento da tradição integracionista que vigorou por séculos no Brasil, abandonando a visão eurocêntrica de que os povos indígenas seriam portadores de desenvolvimento mental inferior em comparação aos colonizadores. Em contrapartida, a Carta Magna apresentou uma nova interpretação do fenômeno pluriétnico, de modo a valorizar os elementos típicos da identidade de cada comunidade, ensejando uma nova interpretação dos demais diplomas legais dentro do contexto jurídico brasileiro.⁸⁷

Neste sentido, a Constituição Federal Brasileira de 1988 representa um marco essencial acerca das novas lentes através das quais o direito brasileiro deve enxergar e conviver com as comunidades indígenas e culturalmente minoritárias que estão espalhadas por todo o território nacional. Essa mudança de paradigma se explica pela posição

⁸⁴ MARTINS, Charles Emil Machado. A “farra do boi” e os crimes culturalmente motivados. Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p.35-84, abr. 2017.

⁸⁵ MARTINS, Charles Emil Machado. A “farra do boi” e os crimes culturalmente motivados. Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p.35-84, abr. 2017.

⁸⁶ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

⁸⁷ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

hierarquicamente superior do texto constitucional em relação às demais legislações que vigoram no ordenamento jurídico brasileiro.⁸⁸

2.4.2. Código Penal e Código de Processo Penal

A exposição de motivos do Código Penal Brasileiro se baseou na política assimilacionista em relação aos povos indígenas e suas manifestações culturais, tendo em vista que o desenvolvimento incompleto ou retardado de um indivíduo seria um conceito possivelmente estendido aos povos indígenas em decorrência de uma suposta falta de aquisição moral e ética relacionada a determinadas temáticas.⁸⁹

Um dos conceitos mais relevantes acerca dos crimes culturalmente motivados e da sua relação com o Direito Penal Brasileiro é determinado no artigo 26 do Código Penal, que determina como isentos de pena aqueles que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, fossem inteiramente incapazes de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Diante da hipótese apresentada de excludente de culpabilidade, os indígenas, mesmo não sendo mencionados expressamente, são rotineiramente equiparados aos indivíduos amparados pelo artigo 26 do Código Penal Brasileiro.⁹⁰

Neste sentido, a grande problemática decorrente do tratamento dado ao indígena como inimputável e, conseqüentemente, passível de ser submetido à medida de segurança, se revela na premissa de que qualquer ato cometido por réu indígena é, por si só, considerado perigoso, tendo em vista que a medida de segurança é medida aplicável diante da periculosidade inerente ao indivíduo. Com isso, é inegável que a adoção do tratamento dado aos indígenas como inimputáveis se revela problemático, pois permite a perpetuação de

⁸⁸ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

⁸⁹ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

⁹⁰ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

diversas discriminações que foram destinadas aos povos indígenas e culturalmente minoritários no Brasil.⁹¹

A inexigibilidade de conduta diversa caracteriza outra hipótese aplicável aos crimes culturalmente motivados apresentada pelo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 22, que apresenta as hipóteses de cabimento desta excludente de culpabilidade. Para os defensores da aplicação da inexigibilidade de conduta diversa aos réus indígenas, a situação do indígena que agiu de acordo com seus valores e tradições culturais deveria ser incluída como hipótese legal de inexigibilidade de conduta diversa e, conseqüentemente, excludente de culpabilidade do agente.⁹²

A possibilidade de se aplicar aos indígenas a hipótese de que seus crimes culturalmente motivados sejam amparados pela inexigibilidade de conduta diversa, segundo seus defensores, visa proteger o sistema de direitos e garantias dos povos indígenas, tendo em vista que prestigia o direito dos povos culturalmente minoritários de ter suas diferenças reconhecidas e, em decorrência de tal reconhecimento, enseja que tais povos devem ser tratados de forma consoante com os seus próprios ordenamentos jurídicos.⁹³

Dentro da perspectiva processual penal, o artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro explicita que o magistrado deverá formar a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, consagrando o princípio do livre convencimento motivado em relação ao juiz e aos elementos probatórios que serão apresentados no decurso do processo judicial.⁹⁴

Neste sentido, o princípio do livre convencimento motivado encontra aplicação nos casos que envolverem réus indígenas em consonância com o artigo 182 do Código de Processo Penal, que dispõe que o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte. Tal prerrogativa concedida ao magistrado permite que o laudo antropológico produzido no processo criminal acerca do grau de inclusão do réu indígena à

⁹¹ PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

⁹² PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

⁹³ PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

⁹⁴ PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

sociedade não índia poderá ou não ser aceito, desde que tal decisão proferida pela autoridade judicial seja devidamente fundamentada.⁹⁵

2.4.3. Estatuto do índio

A Lei 6.001, de 1973, popularmente conhecida como Estatuto do Índio, constitui o diploma legal mais relevante, dentro do contexto do direito brasileiro, com sua aplicabilidade voltada para os direitos, garantias e prerrogativas inerentes aos povos indígenas.⁹⁶ O artigo 3º da Lei 6.001 de 1973 define como indígena aquele 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. Tal conceito se baseia na diferença cultural existente entre um índio e um não índio, além de explicitar que não existe uma única étnica indígena, mas diversas.⁹⁷

Os diplomas legais anteriores ao Estatuto do Índio e à Constituição Federal Brasileira de 1988 transmitiam a ideia de que, com o passar dos anos, as comunidades indígenas acabariam se fundindo à sociedade majoritária, sendo aplicado o direito penal estatal com a plenitude de tal absorção cultural. Tal ideia reproduzia o entendimento de que a cultura majoritária estaria em posição superior ou privilegiada em relação aos povos indígenas, perpetuando preconceitos e discriminações contra estes povos.⁹⁸

O artigo 4º do Estatuto do Índio define que poderão ser diferenciados os graus de integração do indígena entre comunidades isoladas, comunidades em vias de integração e comunidades integradas. Tal disposição legal enfrenta diversas críticas pois os casos concretos demonstram a dificuldade do Poder Judiciário de concretizar tal preceito definido pelo legislador.⁹⁹

⁹⁵ PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

⁹⁶ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

⁹⁷ PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

⁹⁸ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

⁹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

Os índios isolados seriam aqueles que vivem em grupos desconhecidos ou dos quais se tenha poucas informações por meio de eventuais contatos com os elementos da cultura não índia. Os índios em via de integração são aqueles que têm contato intermitente ou permanente em relação aos grupos estranhos à comunidade indígena, conservando parte de suas tradições culturais, mas também absorvendo elementos do modo de vida da população não índia. Os índios integrados são aqueles que foram incorporados ao modo de vida não índio, de modo que tenham seus direitos civis plenamente reconhecidos, mesmo que mantenham alguns costumes e hábitos da sua cultura originária.¹⁰⁰

O artigo 56, parágrafo único, do Estatuto do Índio, prevê a aplicação de pena de reclusão e detenção aos réus indígenas em regime de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado. Tal diploma legal tinha como intenção proteger a cultura indígena, de modo que o réu indígena não fosse exposto ao sistema penitenciário convencional, não sendo exigido pela lei o laudo que comprove o grau de integração do acusado.¹⁰¹

Em seu artigo 57, o Estatuto do Índio possibilita a aplicação de sanções penais para seus componentes, de acordo com as instituições inerentes e características do respectivo grupo. O referido diploma legal, entretanto, recusa a possibilidade de que sejam aplicadas ao sujeito penas de caráter cruel e também veda a pena de morte. Além disso, o artigo citado demonstra a inadequação de que se aplique o direito estatal em relação aos fatos praticados por indivíduos inseridos em um contexto cultural diverso, visando proteger a identidade de cada indivíduo.¹⁰²

Os artigos citados são exemplificações de como se manifestam nos casos concretos as disposições presentes no Estatuto do Índio. Tal diploma legal representou uma quebra de paradigma anteriormente estabelecido, reconhecendo juridicamente a pluralidade cultural como elemento relevante para o Direito Brasileiro, tendo em vista que priorizou o

¹⁰⁰ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

¹⁰¹ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁰² CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

reconhecimento dos direitos dos povos indígenas que, durante séculos da história brasileira, foram subjugados e ignorados nos âmbitos social, cultural e jurídico.¹⁰³

2.5. O MULTICULTURALISMO E O DIREITO AO RECONHECIMENTO

O multiculturalismo consiste numa teoria que se baseia no reconhecimento do outro, considerando que suas pretensões se baseiam na individualização dos grupos minoritários com relação aos elementos intrínsecos à sua identidade. Tendo em vista que o fenômeno multicultural afeta o exercício das liberdades dos povos culturalmente minoritários, o campo jurídico também enfrenta as consequências de tal pluralidade.¹⁰⁴

Na dogmática jurídica, o direito penal é um dos campos de maior relevância da pluralidade cultural, tendo em vista que a coexistência entre indivíduos de tradições culturais distintas, mas habitando o mesmo território nacional, permite a tolerância ou não aos povos que compõem a cultura não predominante. Os conflitos decorrentes do multiculturalismo permitem que o direito ao reconhecimento estabeleça o modo de coexistência entre as culturas distintas e os limites existentes entre elas.¹⁰⁵

Diante da existência de modelos jurídicos distintos, a tolerância entre ambos se mostra como um caminho inicial para que as diferenças culturais sejam conciliadas, concretizando os ideais basilares do multiculturalismo e do direito ao reconhecimento.¹⁰⁶ Com base na análise feita anteriormente acerca das legislações existentes no Brasil acerca dos direitos culturais, a aplicação do direito ao reconhecimento dos povos minoritários se encontra em situação frágil, tendo em vista que os conceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988 não são, em muitos casos, efetivamente aplicados.¹⁰⁷

A efetiva garantia dos direitos culturais dos povos culturalmente minoritários se vê prejudicada nos casos concretos diante da tendência dos magistrados a dispensar a produção

¹⁰³ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

¹⁰⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

¹⁰⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

¹⁰⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

¹⁰⁷ PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

do laudo antropológico que afira o grau de integração do réu indígena, com base na suposta suficiência dos demais elementos apresentados nos autos do processo, mesmo que tais fatores não sejam suficientes para tal aferição.¹⁰⁸

A proteção do multiculturalismo é um mecanismo essencial para que a igualdade formal entre os indivíduos não se torne um instrumento opressor promovido pela cultura majoritária, de modo que a pluralidade cultural em que o Brasil se encontra há séculos seja consagrada e, em consequência disto, a democracia seja efetivada e o sistema jurídico se torne coeso, a partir do reconhecimento e do respeito aos institutos e metodologias utilizados na solução de conflitos penais dentro das comunidades indígenas.¹⁰⁹

Neste sentido, é função do Estado não apenas proporcionar e potencializar os mecanismos de proteção e perpetuação das culturas diversas existentes em seu território, mas também legitimar sistemas que concretizem o reconhecimento mútuo, a convivência e o diálogo entre as culturas distintas. A partir dessa perspectiva, é dever do órgão estatal a implementação de políticas públicas referentes ao tema multiculturalista, de modo a promover que os grupos culturais distintos convivam de modo harmônico e respeitoso.¹¹⁰

2.6. A NECESSIDADE DO MULTICULTURALISMO COMO POLÍTICA PÚBLICA

A existência de culturas distintas no mesmo território nacional acarreta o surgimento de algumas questões relevantes acerca do tratamento e dos limites existentes entre elas, sendo o estabelecimento de políticas públicas específicas um dos instrumentos possíveis para tal finalidade.¹¹¹ A partir da possibilidade de que as culturas diversas não apenas se tolerem, mas também interajam entre si, a figura do Estado ganha especial relevância pois é capaz de propiciar a concretização de tal projeto.¹¹²

A implementação de políticas públicas por parte do Estado instrumentaliza a efetiva proteção dos direitos culturais relativos aos povos culturalmente minoritários, não apenas

¹⁰⁸ PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

¹⁰⁹ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹¹⁰ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e Direitos Fundamentais Culturais. **Revista dos Tribunais**, v. 63, p. 30-41, jun. 2008.

¹¹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

¹¹² LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e Direitos Fundamentais Culturais. **Revista dos Tribunais**, v. 63, p. 30-41, jun. 2008.

reconhecendo a existência de tais comunidades, mas demonstrando que as mesmas possuem espaço, voz e função diante da formação de uma nação. As políticas públicas referentes à temática têm como dever avançar os ideais relativos a participação e coexistência entre as culturas distintas, de modo a estabelecer os direitos, responsabilidades e liberdades referentes ao tema e como tais prerrogativas serão usadas em prol da coletividade.¹¹³

A implementação de políticas públicas com enfoque na proteção dos grupos culturalmente minoritários no Brasil deve se basear na ideia de reconhecimento de tais comunidades e na proteção de suas tradições, linguagens, gestos e instituições. Uma das primeiras respostas dadas de origem estatal no Brasil ocorreu no ano de 2001, por meio do estabelecimento de cotas raciais, mediante a reserva de vagas em universidades públicas para negros.¹¹⁴

Tal previsão normativa acerca das cotas raciais envolveu aspectos relativos ao multiculturalismo, tendo em vista que foram colocados em questão o direito ao reconhecimento, o respeito às diferenças dos grupos sociais e também uma retórica redistributivista acerca da possibilidade de permitir o ingresso de tais cidadãos ao ensino de qualidade. A Universidade de Brasília também teve reconhecimento nacional em relação aos procedimentos utilizados para o estabelecimento de cotas raciais, tendo em vista que o objetivo maior de tal política pública era dizimar a desigualdade racial e a exclusão de determinados grupos na realidade universitária no Brasil, a partir do ingresso dos membros de tais grupos ao ensino superior público.¹¹⁵

Neste sentido, a reserva de vagas nas universidades públicas em todo o Brasil se mostra como um exemplo que instrumentaliza o ingresso e participação de indivíduos pertencentes a grupos sociais que foram atingidos diretamente por práticas sociais discriminatórias, racistas e segregatícias que se perpetuaram no território nacional durante séculos. A presença de tais indivíduos em cenários de destaque e que lhe permitam ser vistos e ouvidos diante da cultura predominante é um caminho possível para que a diversidade cultural se torne uma ponte, e não um muro separador entre os sujeitos.¹¹⁶

¹¹³ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e Direitos Fundamentais Culturais. **Revista dos Tribunais**, v. 63, p. 30-41, jun. 2008.

¹¹⁴ CAMPOS, L. A.; FERES JÚNIOR, J. Ação afirmativa, comunitarismo e multiculturalismo: relações necessárias ou contingentes? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 29, n. 84, p. 103-118, 2014.

¹¹⁵ CAMPOS, L. A.; FERES JÚNIOR, J. Ação afirmativa, comunitarismo e multiculturalismo: relações necessárias ou contingentes? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 29, n. 84, p. 103-118, 2014.

¹¹⁶ CAMPOS, L. A.; FERES JÚNIOR, J. Ação afirmativa, comunitarismo e multiculturalismo: relações necessárias ou contingentes? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 29, n. 84, p. 103-118, 2014.

2.7. OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

O crime culturalmente motivado pode ser definido como a conduta exteriorizada por um sujeito que pertence a uma comunidade étnica minoritária, sendo que tal conduta é considerada como ilícito penal pela lei que orienta a cultura predominante naquele território. A mesma conduta que é considerada como ilícito penal na cultura majoritária é tida como normal, aprovada, aceita ou até mesmo imposta dentro do grupo minoritário.¹¹⁷

Diante deste conceito norteador, para que em determinada situação se verifique a ocorrência de um crime culturalmente motivado, é necessário que se encontre no caso concreto a noção de cultura dentro de uma dimensão étnica. A adoção de tal conceito restringe a abrangência do crime culturalmente motivado, de modo que apenas casos precisamente identificados com tais características sejam abarcados por tal hipótese.¹¹⁸

Nos casos concretos, alguns dos requisitos usados para definir a ocorrência ou não de um crime culturalmente motivado são: o motivo cultural, a coincidência de reação e a divergência entre as culturas. O motivo cultural pode ser entendido como a razão de natureza psíquica que levou o indivíduo ao cometimento do ilícito estar abarcada pelas concepções culturais que tal sujeito é possuidor.¹¹⁹

A coincidência de reação pode ser definida como a demonstração de que a atitude tomada por aquele indivíduo é uma enunciação das características culturais do grupo étnico ao qual ele pertence, observando-se no caso concreto se o indivíduo valorou na situação em análise da mesma maneira em que o grupo étnico valora tal circunstância. Tal requisito busca analisar por meio de uma dimensão objetiva o motivo cultural que impulsionou o cometimento do ilícito penal.¹²⁰

O terceiro e último requisito é a divergência entre as culturas, que pode ser entendida como a identificação de divergências de consideração e de tratamento entre o sistema sancionatório da sociedade culturalmente predominante e o sistema sancionatório

¹¹⁷ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. RB-1.17.

¹¹⁸ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. RB-1.17.

¹¹⁹ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. RB-1.18.

¹²⁰ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. RB-1.18.

do grupo minoritário. Se tal divergência for, no caso concreto, consistente, somada aos demais requisitos, será observado que a situação fática se trata de um crime culturalmente motivado.¹²¹

A verificação dos requisitos anteriormente dispostos se mostra uma tarefa complexa a ser analisada pelo julgador de tal demanda, de modo que as verificações a serem feitas carecem de uma análise de indivíduos devidamente qualificados, que sejam detentores de capacitação profissional específica para a análise dos elementos culturais inerentes ao grupo étnico que o indivíduo cometedor do ilícito penal pertence.¹²²

Diante de tais definições, é necessário ressaltar que os crimes culturalmente motivados não são produtos de origem individual, mas resultantes dos conflitos entre grupos que desejam o controle social. Além disso, os conflitos ocorridos dentro de um mesmo grupo étnico, ou seja, os conflitos culturais internos, não são objeto de análise dos crimes culturalmente motivados, sendo relevantes apenas os delitos que decorrem de uma sociedade pluriétnica, na qual se observa a coexistência entre povos minoritários e majoritários na perspectiva cultural.¹²³

2.7.1. O diálogo entre o multiculturalismo e os crimes culturalmente motivados

O multiculturalismo se define como uma visão favorável ao reconhecimento e respeito às diferenças culturais notadas entre os grupos étnicos minoritários e majoritários, ao passo em que os crimes culturalmente motivados são resultado dos agrupamentos culturais distintos cujos membros não compartilham dos mesmos costumes e tradições, resultando na prática de condutas que são consideradas ilícitos penais no grupo predominante e são aceitas no grupo minoritário.¹²⁴

Diante da coexistência entre culturas distintas e por vezes conflitantes no mesmo espaço territorial, surgem os debates acerca de como a cultura minoritária poderá atenuar ou afastar a punição promovida pelo Estado em detrimento do indivíduo que pertence ao grupo

¹²¹ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. RB-1.18.

¹²² MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. RB-1.18.

¹²³ SCALCON, Raquel Lima. A cultura como direito humano ou como delito? O problema da criminalização da cultura minoritária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 132, p. 421-429, jun. 2017.

¹²⁴ GODOY, Luísa Nami. A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados. **Revista UEPG**, Ponta Grossa, v. 24, p. 321-332, dez. 2016.

não predominante, sendo os crimes culturalmente motivados uma consequência direta da existência do fenômeno multiculturalista.¹²⁵

A constatação do fenômeno multiculturalista gera reflexos na esfera do Direito Penal, considerando os crimes culturalmente motivados, tendo em vista que a identidade dos indivíduos é moldada a partir do contexto social e cultural no qual estão inseridos, podendo refletir em ações penalmente relevantes e puníveis pelo Estado, mas que ao mesmo tempo se encontram amparadas e protegidas pela comunidade na qual tal indivíduo pertence.¹²⁶

Deste modo, a intersecção entre o multiculturalismo e os crimes culturalmente motivados se encontra no modo de analisar como a influência cultural incide na motivação do cometimento de um ilícito penal, e como tais elementos devem ser traduzidos no campo de responsabilização penal dos indivíduos que não compactuam com a cultura predominante em determinado território, podendo ser a pena aplicável atenuada ou até mesmo extinta diante de tais circunstâncias.¹²⁷

Os crimes culturalmente motivados têm sua existência reconhecida a partir da concretização da convivência harmoniosa entre os grupos culturais distintos. Com isso, através do reconhecimento do multiculturalismo, deve ser espelhada na restrição ou atenuação da punibilidade aplicável aos costumes culturais. Com isso, as tradições culturais devem ser respeitadas, desde que não coloquem em risco a estabilidade social daquele país.¹²⁸

O fenômeno multiculturalista se encontra com a justiça criminal de forma muitas vezes conflituosa, tendo em vista que a flexibilização legal é uma possibilidade incerta, podendo ou não atenuar a pena aplicável ao sujeito que cometeu ilícito culturalmente motivado. Deste modo, se faz necessária uma aplicabilidade previsível da norma, de modo que a jurisprudência brasileira estabeleça meios de aplicação da norma penal em tais casos de

¹²⁵ GODOY, Luísa Nami. A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados. **Revista UEPG**, Ponta Grossa, v. 24, p. 321-332, dez. 2016.

¹²⁶ MARTINS, Charles Emil Machado. A “farra do boi” e os crimes culturalmente motivados. Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p.35-84, abr. 2017.

¹²⁷ MARTINS, Charles Emil Machado. A “farra do boi” e os crimes culturalmente motivados. Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p.35-84, abr. 2017.

¹²⁸ MARTINS, Charles Emil Machado. A “farra do boi” e os crimes culturalmente motivados. Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p.35-84, abr. 2017.

modo coeso, para que as respostas possíveis diante de tais conflitos não sejam demasiadamente variadas.¹²⁹

2.7.2. A jurisprudência brasileira diante dos crimes culturalmente motivados

Diante da coexistência entre o Direito Penal e os crimes culturalmente motivados, a jurisprudência brasileira tem caminhado, aos poucos, no sentido de formular respostas diante do fenômeno multiculturalista em contraponto com a lei estatalmente promovida. Um dos caminhos possíveis no julgamento de demandas envolvendo crimes culturalmente motivados é o prestígio à justiça indígena, que tende a proteção dos direitos culturais das comunidades minoritárias.¹³⁰

As garantias previstas no Estatuto do Índio acerca dos direitos culturais inerentes aos povos minoritários não se mostram suficientes para que tais prerrogativas sejam protegidas nos casos concretos, tendo em vista que os Tribunais Superiores mostram uma tendência a priorizar o descrito na norma penal, sem que o fenômeno sancionatório possa ser influenciado pelos elementos culturais demonstrados na situação fática.¹³¹

Com isso, a ausência de jurisprudência acerca da proteção dos direitos culturais minoritários na esfera penal se mostra em descompasso com as leis de cunho multiculturalista que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a Constituição Federal Brasileira de 1988, favorecendo os modos de pensar de caráter assimilacionista que vigoram no Brasil há séculos.¹³²

Além disso, na escolha acerca da necessidade ou não de que se produza o laudo antropológico nos processos que envolvam réus indígenas, a jurisprudência brasileira tem se inclinado em sentido contrário ao disposto na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que grande parte dos magistrados dispensam a produção do laudo antropológico,

¹²⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

¹³⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

¹³¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

¹³² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

considerando que outros elementos constantes nos autos do processo seriam capazes de afastar a necessidade de tal documento.¹³³

Os magistrados que optam pela dispensa do laudo antropológico afirmam que tal decisão não caracteriza cerceamento de defesa, mesmo que tal prerrogativa concedida aos réus indígenas tenha previsão constitucional. Tal posicionamento perpetua a ótica integracionista acerca dos indígenas no Brasil, através da escolha pela aplicação do critério da imputabilidade aos casos sobre a temática dos crimes culturalmente motivados.¹³⁴

A dispensa do laudo antropológico se mostra como uma tendência preocupante acerca dos crimes culturalmente motivados, tendo em vista que tais decisões consideram elementos rasos, por exemplo a fluência na língua portuguesa, como suficientes para determinar o grau de integração de um réu indígena. Deste modo, ocorre uma padronização do tratamento dado aos réus pertencentes a culturas minoritárias, desconsiderando no caso concreto os elementos culturais inerentes a cada sujeito.¹³⁵

2.8. A PRODUÇÃO DE PROVA CULTURAL

Para que a responsabilidade penal de um indivíduo pertencente a um grupo étnico minoritário seja aferida da maneira correta, o fator cultural inerente ao sujeito deve ser devidamente apurado e possivelmente considerado na aplicação ou não de uma punição promovida pelo Estado. Deste modo, as decisões proferidas em relação aos réus indígenas que agiram amparados pela sua identidade cultural devem considerar os aspectos culturais e étnicos que permeiam a construção de sua identidade, de modo a respeitar os princípios da igualdade e da individualização da pena.¹³⁶

A produção de prova cultural tem como objetivo densificar e trazer um número maior de elementos para os autos do processo, facilitando que o magistrado profira uma decisão adequada, de modo que as declarações de membros do grupo minoritário ao qual o

¹³³ PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

¹³⁴ PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

¹³⁵ WAGNER, Daize Fernanda. Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil: paradoxos insustentáveis. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 123-147, abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000100123&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 abr. 2021.

¹³⁶ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

réu pertence e os laudos produzidos por peritos especializados são alguns dos exemplos de provas produzidas para que se colham elementos suficientes para a aferição da culpabilidade do sujeito.¹³⁷

A comprovação de que determinado indivíduo membro de uma comunidade minoritária deverá ser punido penalmente e responsabilizado pelo Estado diante de determinada conduta carece de meios de prova idôneos que efetivamente demonstrem a necessidade do afastamento do elemento cultural diante da prática delitativa, respeitando-se o princípio da legalidade da prova.¹³⁸

Dois dos principais meios de prova utilizados nos crimes culturalmente motivados são a prova pericial e a prova testemunhal. A prova pericial consiste na atuação de um perito devidamente qualificado e especializado para tal tarefa, de modo que o laudo produzido por tal perito é de natureza antropológica e etnológica, e tem como objetivo aferir o grau de integração de determinado réu pertencente a um grupo culturalmente minoritário em relação aos elementos culturais existentes na cultura predominante.¹³⁹

A prova testemunhal consiste na possibilidade de que membros do grupo ao qual o indivíduo pertence, principalmente aqueles que ocupam posição de destaque dentro dessa comunidade e os membros que mantenham relações próximas com o réu, possam auxiliar para que o perfil do sujeito passível de responsabilização penal seja traçado diante de seus hábitos e costumes.¹⁴⁰

Diante de tais elementos resultantes da análise entre a prova testemunhal e a prova pericial, o julgador se encontra em melhor posição para identificar qual motivação de cunho cultural ensejou tal conduta do indivíduo. A prova pericial produzida nos crimes culturalmente motivados consiste em uma perícia cultural, que deverá ser produzida por antropólogos e etnólogos detentores de qualificação necessária para exercer tal função nesta hipótese apresentada.¹⁴¹

¹³⁷ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

¹³⁸ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

¹³⁹ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

¹⁴⁰ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

¹⁴¹ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

A necessidade de que a perícia cultural seja produzida na análise dos crimes culturalmente motivados é consequência da inexigibilidade de que o julgador detenha de conhecimento específico que não integra o domínio cognitivo típico de um magistrado. Deste modo, a análise detalhada de tais elementos carece de particularidades oriundas de outras ciências sociais capazes de contribuir dentro do Processo Penal Brasileiro.¹⁴²

A contribuição dada pela perícia cultural e pela prova testemunhal diante dos crimes culturalmente motivados permite que o julgador possa consolidar seu entendimento acerca da motivação cultural alegada pelo réu de etnia minoritária, de modo que tal motivo seja definido como fator ensejador de absolvição, atenuação da pena ou que o sujeito seja condenado diante da desconsideração de tal circunstância no momento de definição acerca de sua responsabilização penal.¹⁴³

¹⁴² MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

¹⁴³ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

3. OS SISTEMAS SANCIONATÓRIOS INDÍGENAS

Os sistemas sancionatórios de origem indígena são parcialmente reconhecidos pelo Direito Brasileiro no cenário atual. Tal reconhecimento não é dotado de alcance pleno diante das complexas relações sociais e culturais decorrentes da pluriétnica existente no Brasil. A impossibilidade de que sejam dadas respostas claras e padronizadas para tais conflitos de cunho cultural decorre da incapacidade do sistema jurídico brasileiro promovido pelo Estado de regular diversos conflitos possíveis em relação aos crimes culturalmente motivados.¹⁴⁴

Considerando o texto descrito no artigo 231 da Constituição Federal Brasileira de 1988, o pluralismo étnico e jurídico existente no Brasil é objeto de proteção constitucional, devendo, com isso, considerar o multiculturalismo na análise dos crimes culturalmente motivados. Tal posição adotada pela Carta Magna direciona o ordenamento jurídico brasileiro rumo à igualdade entre os povos índios e não índios que ultrapassa o campo formal e se concretiza na realidade fática.¹⁴⁵

O reconhecimento da existência de sistemas sancionatórios que não têm origem estatal não demonstra uma tendência de enfraquecimento da figura do Estado, mas a escolha por um caminho democrático e coerente diante da realidade cultural complexa existente no Brasil. Entretanto, a tarefa de afastar a incidência das normas e punições de origem estatal se mostra como um longo percurso a ser trilhado pelo Direito Brasileiro.¹⁴⁶

Tal dificuldade se explica pelo temor diante da possibilidade de se afastar o poder de punir das mãos do Estado, tendo em vista que este representa um dos mais importantes instrumentos de soberania dentro de um território nacional. Deste modo, ainda existe relutância com relação à possibilidade de se consagrar o direito indígena em detrimento do direito promovido estatalmente.¹⁴⁷

¹⁴⁴ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁴⁵ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁴⁶ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁴⁷ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

Importante ponto a ser destacado é que o reconhecimento de um sistema sancionatório indígena não possui como objetivo principal impedir a incidência do direito estatalmente promovido em relação ao indígena, mas reconhecer e garantir a identidade étnica dos povos indígenas e concretizar a inexistência de hierarquia de normas penais entre os grupos culturais formadores do território brasileiro.¹⁴⁸

A ocorrência de crimes dentro de territórios indígenas não é elemento ensejador, pura e simplesmente, da incidência do direito penal indígena ao caso concreto, tendo em vista que os sistemas sancionatórios de tais comunidades não se aplicam a conflitos que envolvam indivíduos não índios, mesmo que tais fatos sejam praticados dentro dos territórios indígenas.¹⁴⁹

A Constituição Federal Brasileira apresenta, no artigo 5º, inciso XXXV, a possibilidade de que, por iniciativa dos próprios índios, a sua lei seja afastada em prol da aplicação da lei penal estatal. Tal possibilidade não se traduz em desrespeito ao pluralismo cultural, tendo em vista que decorre da impossibilidade de que a comunidade indígena julgue tal demanda de forma justa, imparcial e impositiva, carecendo da aplicação do direito positivado em tais casos.¹⁵⁰

A incidência da lei penal indígena também pode ser afastada diante da ocorrência de crimes entre membros de diferentes comunidades indígenas, sendo tal afastamento decorrente de iniciativa dos próprios indígenas. A necessidade de intervenção estatal é consequência direta do entendimento de tais povos de que o julgamento com base no direito promovido pelo Estado impedirá a ocorrência de atos de vingança entre os sujeitos envolvidos na lide.¹⁵¹

Ao passo em que no sistema penal promovido pelo Estado o elemento culpa é fundamental para a criminalização de determinadas condutas, nos sistemas penais indígenas o que se analisa é o valor coletivo compartilhado em relação ao fato, difundindo-se ou até

¹⁴⁸ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁴⁹ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁵⁰ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁵¹ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

mesmo excluindo o conceito de culpa ao identificar os elementos presentes na conduta do indivíduo.¹⁵²

Os sistemas penais indígenas também se destacam pela sua característica restaurativa, tendo em vista que a sua função dos seus líderes em tais situações é dialogar com os seus membros envolvidos acerca de determinado acontecimento, de modo que este evento seja evitado futuramente e a conduta seja devidamente prevenida com relação aos demais membros do grupo.¹⁵³

Determinadas condutas que são completamente ignoradas pelo direito penal tradicional poderão ensejar duras penalidades dentro de comunidades indígenas, diante da existência de outras orientações morais e culturais. Dois exemplos de condutas penalmente puníveis em diversas comunidades indígenas são a prática de feitiçaria e a ociosidade, sendo a feitiçaria uma conduta capaz de ensejar até mesmo a execução do indivíduo que a pratique.¹⁵⁴

Os fatores familiares também são elementos que influenciam a penalização da conduta de determinado sujeito dentro da comunidade a qual ele pertence, tendo em vista que um indivíduo oriundo de uma família de duvidosa reputação dificilmente será inocentado diante da comunidade, ao passo em que aquele proveniente de uma família com reputação positiva será visto com menor rigidez diante do seu povo.¹⁵⁵

3.1. DIÁLOGO COM O DIREITO PENAL ESTATAL

A partir do reconhecimento do direito dos povos indígenas no sentido de que suas penas sejam aplicáveis aos sujeitos cometedores de crimes culturalmente motivados, surge o diálogo entre o direito penal promovido pelo Estado e o direito penal indígena. Deste modo, é

¹⁵² VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia? **Política criminal**, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

¹⁵³ VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia? **Política criminal**, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

¹⁵⁴ VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia? **Política criminal**, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

¹⁵⁵ VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia? **Política criminal**, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

papel dos operadores do direito não excluir as instituições existentes dentro dos grupos culturais minoritários e permitir um diálogo entre as diferentes formas de se interpretar o direito e a moral.¹⁵⁶

O conflito existente entre a possibilidade de se aplicar a justiça promovida pelo ente estatal e a justiça indígena se mostra como tarefa complexa e desafiadora para os aplicadores da lei. Tal complexidade se explica pelas notórias diferenças existentes entre agrupamentos sociais tão diferentes, tendo em vista que nas sociedades majoritárias se busca proteger os direitos individuais dos sujeitos, ao passo em que os agrupamentos indígenas, em regra, objetivam a proteção da comunidade.¹⁵⁷

Tal diferenciação se traduz nos princípios aplicáveis por cada uma dessas manifestações sociais e culturais, distanciando tais sistemas diante da inexistência de correspondência entre eles na abordagem de determinados temas. As normas de natureza penal oriundas de uma comunidade indígena, além de visarem a proteção da comunidade de modo geral, são criadas através dos costumes e sua transmissão ocorre de modo oral, a partir do diálogo dos membros de tal agrupamento, acarretando que suas tradições percorram diversas gerações por meio da oralidade.¹⁵⁸

A participação direta dos membros da comunidade no processo de internalização das normas permite que tais regras sejam internalizadas pelo sujeito de forma facilitada, ao contrário do que ocorre no procedimento predominante da sociedade não índia, que estabelece uma série de regramentos para que se concretize a promulgação de determinada legislação de modo formal, sendo tal procedimento legislativo extremamente distanciado dos sujeitos em geral.¹⁵⁹

¹⁵⁶ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁵⁷ VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia? **Política criminal**, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

¹⁵⁸ VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia? **Política criminal**, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

¹⁵⁹ VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia? **Política criminal**, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

A partir do enriquecimento cultural recíproco entre a sociedade indígena e a sociedade não índia, abre-se uma nova possibilidade para que o cenário pretérito no qual as práticas genocidas efetuadas no passado em detrimento dos indígenas no Brasil sejam devidamente superadas e abandonadas permanentemente, de modo a impedir o desaparecimento de tais comunidades com o passar dos anos, preservando não apenas a sua memória, mas também a sua existência.¹⁶⁰

O uso do diálogo entre os membros da comunidade é uma possibilidade decorrente do baixo número de membros dentro do agrupamento indígena, sendo cada um desses agrupamentos detentor de um sistema penal próprio e autônomo, mesmo que sejam observadas características em comum em relação a outras comunidades de características étnicas semelhantes.¹⁶¹

O número pequeno de membros é característica facilitadora diante de uma perspectiva dialógica, no sentido de que todos os indivíduos que compõem a comunidade terão a oportunidade de serem conhecedores das consequências da prática de determinada conduta, concretizando o princípio da legalidade de modo diverso daquele observado no sistema penal tradicional.¹⁶²

Para que tal finalidade dialógica se alcance, é função do Estado não apenas criar mecanismos de respeito e reconhecimento aos direitos dos povos indígenas, mas também adotar sistemáticas que proporcionem espaços de interação cultural entre os povos, a partir da convivência entre as comunidades, a cooperação entre seus líderes, o debate acerca de diversas temáticas e a aprendizagem recíproca.¹⁶³

A aplicação e a execução da pena em crimes culturalmente motivados executadas com base no processo dialógico permite que tal problemática seja analisada por uma perspectiva dinâmica e possibilita que tal questão respeite os direitos e prerrogativas de todos

¹⁶⁰ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁶¹ VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia?

Política criminal, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

¹⁶² VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia?

Política criminal, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

¹⁶³ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e Direitos Fundamentais Culturais. **Revista dos Tribunais**, v. 63, p. 30-41, jun. 2008.

os interessados na situação fática, a fim de compreender os elementos existentes na criminalidade e na violência observadas dentro de tais comunidades.¹⁶⁴

Deste modo, a perspectiva dialogal entre o direito penal estatal e o direito penal indígena se traduz na coroação do pluralismo jurídico dentro do cenário brasileiro, tendo em vista que a mera aplicação do direito penal tradicional nos crimes culturalmente motivados, se utilizada como regra geral e de aplicação impositiva, não atenderá à devida finalidade da pena.¹⁶⁵

As finalidades básicas da aplicação da pena, que são as finalidades retributiva e preventiva, não se alcançarão, tendo em vista que a aplicação impositiva de penas aos indígenas cometedores de crimes culturalmente motivados não prevenirá a prática de novos ilícitos penais, e nem será retributiva da forma correta segundo os parâmetros morais existentes dentro de tal comunidade.¹⁶⁶

A abertura do diálogo entre o direito penal estatal e o direito penal indígena se explica pela insuficiência da norma penal tradicional em solucionar todas as problemáticas decorrentes e possíveis dentro do cenário multiculturalista. Neste sentido, a mera afirmação de que a racionalidade moderna seria superior ao pensamento moral indígena reforça o colonialismo dentro do poder estatal.¹⁶⁷

Com isso, a mera citação aos direitos humanos não se mostra como argumento suficiente para incidir a legitimidade do direito penal estatal em detrimento do direito penal indígena, tendo em vista que o estudo dos direitos fundamentais das culturas minoritárias também se traduz na perspectiva cultural. Deste modo, a concretização dos direitos

¹⁶⁴ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁶⁵ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁶⁶ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁶⁷ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

fundamentais também deve incluir e considerar as particularidades de cada grupo e os elementos culturais que lhe são inerentes.¹⁶⁸

3.2. A RELAÇÃO ENTRE A JUSTIÇA COMUM E A JUSTIÇA INDÍGENA

Existem quatro posições possíveis a serem tomadas pela justiça tradicional diante do cometimento de um crime culturalmente motivado. A primeira delas é a negação direcionada ao reconhecimento da justiça indígena, de modo a negar sua existência, indicando sua posição de ignorar as decisões proferidas pela própria comunidade indígena ou de criminalizar tais condutas de forma genérica.¹⁶⁹

A segunda posição possível a ser adotada pelo direito tradicional é coexistir com as manifestações culturais indígenas de forma distanciada. A terceira via a ser adotada é a reconciliação entre a justiça tradicional e a justiça indígena, conferindo ao sistema penal indígena dignidade e reconhecimento, modificando a posição tradicionalmente adotada em séculos anteriores em diversos países da América Latina.¹⁷⁰

A quarta e última posição a ser adotada é o convívio, que se traduz no reconhecimento mútuo entre a comunidade indígena e a comunidade tradicional, a partir do enriquecimento cultural recíproco e o respeito das autonomias e disposições de cada uma dessas manifestações étnicas, sendo tal posição um caminho ideal a ser buscado para consagrar o fenômeno multiculturalista.¹⁷¹

Após a perspectiva trazida pelas quatro posições possíveis a serem adotadas pelo Estado diante do cometimento de um crime culturalmente motivado, se evidencia a necessidade de que os grupos portadores de identidades culturais próprias tenham seus

¹⁶⁸ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

¹⁶⁹ VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia? **Política criminal**, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

¹⁷⁰ VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia? **Política criminal**, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

¹⁷¹ VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia? **Política criminal**, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

direitos assegurados diante do reconhecimento de suas instituições internas. Deste modo, o papel estatal de proteger tais comunidades não consiste apenas numa defesa genérica de direitos, mas na extensão do princípio da dignidade da pessoa humana aos sujeitos que compõem tais grupos.¹⁷²

A relação complexa criada entre a justiça penal indígena e a justiça penal comum tem como ingrediente principal o pluralismo jurídico existente no Brasil, elemento enriquecedor da dogmática penal e que se traduz na admissão de uma jurisdição étnica que traga maior autonomia aos grupos culturalmente minoritários. Tal perspectiva não visa se afastar permanentemente do direito penal formalizado, mas tem como objetivo não se firmar ao disposto na norma penal estatal de maneira absoluta e impositiva.¹⁷³

Além disso, a harmonia entre a justiça penal comum e a justiça penal indígena se faz necessária de modo a impedir que um réu indígena seja duplamente penalizado pela prática de uma mesma conduta ilícita, diante da coexistência entre a sanção imposta pela sua comunidade originária e de outra sanção imposta pelo Estado. Deste modo, a coexistência mutuamente respeitosa entre a justiça comum e a justiça indígena também se traduz no respeito ao princípio da vedação ao *bis in idem*.¹⁷⁴

3.3. DIREITO E CULTURA

Dentro da análise dos crimes culturalmente motivados, a delimitação ampla do conceito de cultura permite a utilização dos argumentos de defesa do indivíduo que praticou uma conduta criminosa como consequência direta de sua vivência cultural. A cultura pode ser conceituada como um complexo simbólico que compreende os costumes, a linguagem, as crenças, dentre outros elementos, observados em um grupo de pessoas. Tal comunidade se

¹⁷² CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁷³ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

¹⁷⁴ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

identifica e se compreende mutuamente, a partir de uma relação de coesão interna que enseja a permanência de tal agrupamento ao longo do tempo.¹⁷⁵

A cultura se traduz como elemento que o indivíduo adquire quando pertence a determinado grupo social, reúne as crenças, o direito, a moral, os costumes, a arte e o conhecimento inerentes à determinada comunidade que são adquiridos pelos seus membros ao longo do tempo. Deste modo, é possível afirmar que existem tantas culturas como existem sociedades humanas.¹⁷⁶

A cultura representa um bem primário, cuja existência se mostra imprescindível para o desenvolvimento da liberdade individual dentro do contexto social no qual o sujeito se encontra. Além disso, cabe ressaltar que a identidade cultural do sujeito lhe permite definir sua própria identidade, autoestima e autoidentificação a partir da estima destinada ao grupo do qual é membro.¹⁷⁷

A importância da cultura se traduz no modo como os indivíduos transmitem a aprovação, reprovação, imposição e tolerância a determinados atos praticados dentro do contexto social, revelando o modo como seus elementos morais e intelectuais impactam dentro de seu grupo social específico. Os elementos culturais de determinado grupo social permitem que seus membros adquiram conhecimentos a partir do aprendizado. Tal ensino se mostra como elemento que se transmite através das gerações, não se tratando de um conceito congênito, mas sim de um processo de viés social.¹⁷⁸

A cultura se traduz não apenas como instrumento que possibilita a descoberta pelo motivo ensejador de determinadas situações típicas do cotidiano, mas também a discussão aprofundada acerca de determinado caso por meio de uma perspectiva singular. Deste modo, a cultura tem o poder de não apenas influenciar de modo decisivo a identidade de determinado grupo de pessoas, mas também a identidade pessoal de cada indivíduo componente deste grupo.¹⁷⁹

¹⁷⁵ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

¹⁷⁶ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. RB-1.8.

¹⁷⁷ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. RB-1.10.

¹⁷⁸ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

¹⁷⁹ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

A identidade de um grupo social também determina como este se posiciona e se define dentro do contexto de interações sociais recíprocas, havendo uma interligação entre seus membros que permite a estabilidade das relações entre cada um dos seus componentes, a coesão entre o modo de pensar e agir entre seus indivíduos em geral e a permanência de seus membros através das gerações.¹⁸⁰

A cultura não se mostra como identidade estática, sendo continuamente alterada a partir de sua feição dinâmica, tendo em vista que determinados ideais são construídos, destruídos e reconstruídos a partir do decorrer do tempo, influenciados tanto por elementos externos como pela interação interna de seus membros. Deste modo, não apenas a cultura, mas também os elementos que a compõem são alterados a partir da dialética e da contribuição dos indivíduos formadores do grupo social.¹⁸¹

A partir de tais elementos, é possível afirmar que a formação da identidade de determinado sujeito não decorre apenas de fatores educacionais ou de natureza genética, mas também por um fator subjetivo, consequência da autonomia de vontade e da liberdade de escolha dos sujeitos. Tal perspectiva permite o entendimento de que a identidade dos grupos sociais não deve ser apreciada de modo a ignorar a autonomia de vontade dos indivíduos, tendo em vista que os estereótipos e preconceitos por vezes são impostos de modo a ignorar o modo de se pensar e de agir do sujeito na perspectiva singular.¹⁸²

Deste modo, pertencer a determinado grupo cultural, mesmo se tratando de elemento que influencia a conduta de determinado sujeito, não enseja a inexistência de campo de autonomia e questionamento do sujeito para que o mesmo reflita acerca de determinada posição de sua comunidade. O campo de questionamento pode variar entre uma comunidade e outra, tendo em vista que determinados grupos não possuem significativa abertura para mudanças se comparados a outras comunidades, o que demonstra a necessidade de cada caso ser interpretado de modo singularizado.¹⁸³

A noção de identidade cultural permite que entendamos o que conduz determinados conflitos de índole cultural, tendo em vista que reconhecer a identidade pressupõe encontrar

¹⁸⁰ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

¹⁸¹ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

¹⁸² MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

¹⁸³ MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

os elementos de diferenciação entre os diversos grupos culturais, a partir da comparação entre esses grupos que revela seus elementos distintivos. A identificação dessas diferenças pode gerar coexistência entre os grupos culturais, mas também pode gerar conflitos a partir do entendimento de superioridade de uma comunidade em detrimento da outra e também da criação de estereótipos que estigmatizam os sujeitos pertencentes aos grupos culturalmente minoritários.¹⁸⁴

Os grupos sociais se mostram muito mais diversos a partir da observação prática do que por meio da teoria, além de haver uma colaboração cultural recíproca entre os grupos culturais de modo mais frequente do que o estudo teórico apresenta. Tais fatores se traduzem na dinamicidade do fenômeno cultural, que supera o entendimento de que o mesmo seria estático e de definição simples.¹⁸⁵

3.4. DIÁLOGO COM A JUSTIÇA PENAL COMUM

A partir da perspectiva da incidência do fenômeno cultural na construção da identidade dos sujeitos, se questiona como deverá agir o Estado diante de tal fenômeno e como o mesmo poderá proteger os indivíduos e suas especificidades étnicas, de modo a promover a interação e coexistência das manifestações culturais diversas dentro do mesmo território. O caminho que se mostra mais adequado partindo de tal premissa aponta para o reconhecimento da diversidade étnica de modo a viabilizar a integração social com o intuito de preservar os povos culturalmente minoritários.¹⁸⁶

Deste modo, a coexistência entre culturas distintas, reconhecida através das lentes do multiculturalismo, carece não apenas do reconhecimento estatal, mas também de políticas públicas que efetivamente protejam os indivíduos de minoria étnica. O Seminário sobre Multiculturalismo e Racismo, realizado no Brasil em junho de 1996 foi o ponto de partida para que a temática multiculturalista adentrasse no país como política pública.¹⁸⁷

¹⁸⁴ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. RB-1.4.

¹⁸⁵ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. RB-1.8.

¹⁸⁶ FREDERICO, Celso. O multiculturalismo e a dialética do universal e do particular. São Paulo. **Estudos Avançados**, v. 30, n.87, p.237-254, ago. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200237&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 31 maio 2021.

¹⁸⁷ FREDERICO, Celso. O multiculturalismo e a dialética do universal e do particular. São Paulo. **Estudos Avançados**, v. 30, n.87, p.237-254, ago. 2016. Disponível em:

Uma das questões levantadas no evento citado foi a necessidade de que, no Brasil, as questões étnicas e culturais não tivessem relevância no acesso a oportunidades dadas aos indivíduos de etnia minoritária, de modo que tal característica em nada fosse importante no contexto brasileiro para o acesso ao ensino e ao mercado de trabalho, por exemplo. A temática ainda permanece em aberto, sem resposta definitiva, tendo em vista que no Brasil as questões étnicas ainda distinguem os sujeitos de modo visível, na maioria dos casos subjungando os indivíduos que compõem alguma minoria.¹⁸⁸

Os avanços notados no tema multiculturalista por iniciativa estatal não se tratam de questão arbitrária, mas decorrência direta do entendimento de que são um conjunto de direitos fundamentais de cunho cultural. Deste modo, surge a necessidade de que a temática seja abordada de modo intenso para que tais direitos sejam regulados nos ordenamentos jurídicos de cada nação.¹⁸⁹

A partir das disposições inovadoras trazidas pelo texto da Constituição Federal Brasileira de 1988, o cenário brasileiro passou a caminhar em direção ao reconhecimento e proteção do pluralismo étnico no país que por alguns séculos foi totalmente ignorado, de modo a estabelecer alguns direitos de natureza coletiva, como o direito ao meio ambiente e ao território tradicional.¹⁹⁰

A problemática se agrava diante da análise de casos concretos que envolvem indivíduos pertencentes a comunidades indígenas no Brasil, tendo em vista que o texto constitucional, por vezes, é ignorado e as normas que estão em desacordo com as garantias constitucionalmente previstas são privilegiadas. Deste modo, o mero reconhecimento do

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200237&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 31 maio 2021

¹⁸⁸ FREDERICO, Celso. O multiculturalismo e a dialética do universal e do particular. São Paulo. **Estudos Avançados**, v. 30, n.87, p.237-254, ago. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200237&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 31 maio 2021.

¹⁸⁹ MONTERO, Paula. Multiculturalismo, identidades discursivas e espaço público. **Sociologia & Antropologia**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 81-101, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-38752012000400081&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁹⁰ MONTERO, Paula. Multiculturalismo, identidades discursivas e espaço público. **Sociologia & Antropologia**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 81-101, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-38752012000400081&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2021.

direito dos povos indígenas ao reconhecimento de sua etnia não acarreta, de modo automático, a concretização das premissas constitucionais.¹⁹¹

3.4.1. Formas de solução de conflitos a partir da coexistência entre as ciências sociais

A coexistência entre as diversas manifestações culturais no mesmo território nacional explicita a necessidade de que o multiculturalismo, assumindo o papel de fenômeno jurídico e sociológico, tenha papel de destaque, a partir do estabelecimento da coesão entre os diversos povos, de modo a preservar a identidade cultural daqueles que se encontram em posição de vulnerabilidade. Tal percepção se mostra como consequência direta da identificação do fenômeno cultural como dinâmico, fator que demonstra a necessidade de que tais mudanças sejam regulamentadas por meio da legislação.¹⁹²

Deste modo, o Direito também desempenha papel relevante diante do multiculturalismo, considerando que muitos elementos trazidos na legislação dificultam que as decisões judiciais permitam a aplicação de leis distintas daquelas estabelecidas formalmente pelo ente estatal. O impedimento de que novos caminhos sejam adotados decorre diretamente da opção adotada pelo legislador de consagrar determinados bens jurídicos em detrimento de outros, dificultando a existência entre culturas distintas, privilegiando a legislação tradicionalmente utilizada.¹⁹³

A comprovação de que determinada conduta se amolda ao conceito de crime culturalmente motivado carece de demonstração de provas orais e também de evidências de caráter científico, a partir de evidências científicas decorrentes de provas periciais realizadas por profissionais devidamente qualificados nas áreas de Psiquiatria, Antropologia e Psicologia. A produção de prova cultural dentro dos crimes culturalmente motivados

¹⁹¹ WAGNER, Daize Fernanda. Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil: paradoxos insustentáveis. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 123-147, abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000100123&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 abr. 2021.

¹⁹² MARTINS, Charles Emil Machado. A “farra do boi” e os crimes culturalmente motivados. Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p.35-84, abr. 2017.

¹⁹³ MARTINS, Charles Emil Machado. A “farra do boi” e os crimes culturalmente motivados. Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p.35-84, abr. 2017.

comprova a necessidade de que as ciências sociais e comportamentais coexistam de modo a permitir a solução de tal dilema cultural.¹⁹⁴

Os laudos, tanto de caráter antropológico, como psiquiátrico ou psicológico, têm relevante importância diante de sua capacidade de acrescentar aos autos do processo criminal elementos estranhos ao que se discute tradicionalmente na ciência jurídica. Alguns exemplos de informações que podem ser informadas mediante o laudo pericial são as características culturais observadas no grupo originário do réu em processos penais e também quais são os valores protegidos dentro de determinado grupo cultural minoritário.¹⁹⁵

Tal entendimento acerca da necessidade da coexistência das ciências sociais e comportamentais não decorre apenas de orientações doutrinárias e jurisprudenciais, mas se pauta no sistema de direitos e garantias protegidos na Constituição Federal Brasileira de 1988 e também na Convenção da Organização Internacional do Trabalho de número 169 (Convenção sobre os povos indígenas e tribais). Os diplomas legais citados possuem relevante importância no sistema jurídico brasileiro de modo a indicar quais caminhos deverão ser adotados diante da existência de conflitos de ordem cultural ou que envolvam fatores próprios do fenômeno multiculturalista.¹⁹⁶

O papel do ente estatal se traduz na sua obrigação de adotar políticas públicas efetivas acerca das garantias relativas aos bens jurídicos de ordem cultural dos povos de minoria étnica, de modo a concretizar o mandamento constitucional que impõe que os direitos culturais de tais comunidades sejam devidamente protegidos e amparados nas decisões judiciais envolvendo crimes culturalmente motivados.¹⁹⁷

O mero reconhecimento acerca da existência de comunidades culturais minoritárias não se mostra como postura suficiente a ser adotada pelo ente estatal, tendo em vista que o próprio texto constitucional brasileiro determina a necessidade de avanço nas ideias e

¹⁹⁴ MARTINS, Charles Emil Machado. A “farra do boi” e os crimes culturalmente motivados. Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p.35-84, abr. 2017.

¹⁹⁵ PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

¹⁹⁶ PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

¹⁹⁷ LOPES, Ana Maria D’Ávila. Interculturalidade e Direitos Fundamentais Culturais. **Revista dos Tribunais**, v. 63, p. 30-41, jun. 2008.

políticas públicas referentes ao fenômeno multiculturalista, também se aplicando tal aperfeiçoamento ao Direito Penal.¹⁹⁸

Deste modo, a obediência plena ao constante na Constituição Federal Brasileira de 1988 acerca dos direitos culturais dos povos minoritários no Brasil apenas será alcançada através das decisões judiciais e das políticas públicas a serem promovidas e adotadas pelo Estado rumo ao resguardo das comunidades que há séculos fazem parte do território brasileiro.¹⁹⁹

O respeito à identidade étnico-cultural dos povos se mostra como concretização da nacionalidade brasileira, além de representar uma das vertentes alcançadoras do princípio da igualdade, sendo função inerente ao Estado a proteção e o reconhecimento das culturas existentes em seu marco territorial. A garantia efetiva dos direitos culturais dos povos se verifica quando a totalidade das culturas existentes em determinado local coexistem de forma harmônica e equitativa.²⁰⁰

A multietnicidade revela a necessidade de que as diferenças e individualidades dos povos sejam resguardados, de modo a preservar a identidade cultural das comunidades que se encontram em constante ameaça diante do processo de homogeneização cultural. Esse aspecto se relaciona com o pluralismo cultural existente no Brasil, sendo função estatal possibilitar que as diferenças culturais sejam vistas positivamente pela sociedade culturalmente tradicional.²⁰¹

O cenário atual acentua a indispensabilidade de que a abordagem multiculturalista seja relevante na dogmática jurídica diante da existência de uma onda migratória significativa que ocorre na atualidade e também pela existência das comunidades indígenas detentoras de um tecido cultural de caráter heterogêneo. Os dois exemplos demonstram as dificuldades enfrentadas pela convivência e pela coexistência de povos distintos no mesmo marco

¹⁹⁸ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e Direitos Fundamentais Culturais. **Revista dos Tribunais**, v. 63, p. 30-41, jun. 2008.

¹⁹⁹ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e Direitos Fundamentais Culturais. **Revista dos Tribunais**, v. 63, p. 30-41, jun. 2008.

²⁰⁰ CORTÉS, Oscar Andrés López; CURIEUX, Tulio Enrique Rojas. A política do historicismo no discurso jurídico multicultural: a jurisdição constitucional sobre a identidade dos povos indígenas e a ideia de nação na Colômbia. **Revista Sequência, Florianópolis**, v. 41, n. 84, p. 10-35, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p10>. Acesso em: 13 jun. 2021.

²⁰¹ GOMARASCA, Paolo. Multiculturalismo e convivência: uma introdução. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, Brasília, v. 20, n. 38 p. 11-26, jun. 2021. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852012000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2021.

territorial, tendo em vista a propensão de que o grupo mais vulnerável seja aos poucos dizimado pelo processo homogeneizante.²⁰²

A coexistência não se mostra como fator simples a ser enfrentado pelos povos de culturas, moral, religiões e etnias que apresentam diversidades inquestionáveis. Neste sentido, a ciência jurídica não possui elementos suficientes para esgotar de modo satisfatório a discussão acerca dos crimes culturalmente motivados no Brasil, se tratando de um país formado essencialmente pela diversidade cultural entre seus habitantes.²⁰³

Neste sentido, a abertura para que, em casos devidamente analisados como crimes culturalmente motivados, o sistema penal indígena seja privilegiado em detrimento do sistema penal tradicional se apresenta como caminho a ser adotado no sentido de proteger a cultura indígena na perspectiva jurídica, desde que todos os requisitos exigidos para o reconhecimento de tal conduta a partir da motivação cultural.²⁰⁴

Tal possibilidade deve ser acompanhada pela contribuição das demais ciências sociais, de modo que o sistema penal tradicional brasileiro não seja eliminado ou desconsiderado de modo indiscriminado e imoderado. O reconhecimento do sistema penal indígena tem como finalidade reduzir o punitivismo intrínseco ao direito penal tradicional e seu efeito tipicamente marginalizador destinado aos indivíduos originários de grupos culturalmente minoritários.²⁰⁵

A eventualidade de que haja o privilégio ao sistema penal indígena não significa o abandono completo ao disposto na lei penal tradicional, considerando que tais regramentos podem se complementar mutuamente. Desse modo, a coexistência entre a diversidade cultural na perspectiva da dogmática jurídica é a concretização da proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos indígenas a partir do respeito à identidade étnico-cultural de tais comunidades.²⁰⁶

²⁰² GODOY, Luísa Nami. **Os delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

²⁰³ GODOY, Luísa Nami. **Os delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

²⁰⁴ GODOY, Luísa Nami. **Os delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

²⁰⁵ GODOY, Luísa Nami. **Os delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

²⁰⁶ GODOY, Luísa Nami. **Os delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

3.5. A FORMA DE SER DOS POVOS

A amplitude do conceito cultural demonstra a complexidade acerca da forma de ser dos povos e como os mesmos coexistem com outros grupos étnicos a partir da construção da sua própria identidade cultural. A diversidade cultural se apresenta como o principal mecanismo de modo a aproximar os grupos sociais como patrimônio da humanidade a ser protegido ao longo das gerações.²⁰⁷

A identidade cultural pode ser definida como o complexo que permite que determinados indivíduos se definam, manifestem e sejam reconhecidos por outras comunidades ou indivíduos. Deste modo, a identidade cultural também influencia nas liberdades existentes entre os sujeitos e como o seu patrimônio cultural poderá ser protegido, no caminho contrário ao processo homogeneizante promovido pela cultura predominante em determinado território nacional.²⁰⁸

O complexo existente na identidade cultural não possui caráter estático, sendo suscetível a mudanças, adaptações e incorporações de determinados componentes ao longo do tempo. Tal dinamicidade visa proteger a identidade cultural a partir da proteção coletiva, na perspectiva plural da comunidade e também por uma perspectiva singular, diante do reconhecimento do indivíduo como representante das características observadas no grupo ao qual pertence.²⁰⁹

Os problemas têm sua dimensão ampliada a partir do encontro entre as diferenças culturais observadas entre os povos, de modo que as decisões judiciais que discorrem sobre o tema tendem a apresentar argumentos jurídicos deficitários, em decorrência da inexistência de critérios e fundamentos jurídicos que possibilitem a análise jurídica em razão dos crimes culturalmente motivados de forma clara e específica.²¹⁰

Neste sentido, o auxílio prestado pelas demais ciências sociais se mostra fundamental para que a discussão resultante do cenário cultural vasto existente no Brasil apresente

²⁰⁷ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²⁰⁸ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²⁰⁹ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²¹⁰ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Da natureza comum da forma de ser dos povos: uma análise jurídica em sentido negativo**. 2017. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

respostas aceitáveis por meio das decisões judiciais, de modo a promover a autodeterminação dos povos e também o reconhecimento da responsabilidade comunitária como válida e suficiente para substituir a punição promovida pelo Estado.²¹¹

Consoante ao que se espera das decisões judiciais no tocante aos direitos culturais dos povos minoritários, a noção decorrente da forma de ser dos povos não apenas se trata de elemento étnico, mas constitui a esfera da existência humana dos indivíduos pertencentes a determinado grupo minoritário, de modo a ser protegido não apenas pela jurisprudência, mas também pelo texto constitucional.²¹²

Deste modo, a forma de ser dos povos constitui uma necessidade humana de caráter básico que decorre da própria noção de existência humana, podendo ser conceituada brevemente como conjunto de expressões de caráter comportamental tipicamente observadas em determinado grupo social, como expressão máxima da subjetividade humana.²¹³

O reconhecimento jurídico dos direitos culturais das comunidades minoritárias se mostra necessário mesmo diante da ausência de previsão textual normativa, tendo em vista que a comunidade majoritária tem o dever de reconhecer os direitos inerentes a esses povos como titulares de direitos culturais, com a finalidade de proteger a forma de ser dos povos indígenas e das demais comunidades minoritárias que carecem de proteção e preservação no Brasil.²¹⁴

A forma de ser dos povos configura um direito relevante que deve ser reconhecido aos povos culturalmente minoritários, também pela perspectiva étnica, de modo tal direito configura uma extensão da pessoa humana, carecedor de legislação própria acerca do tema e também de jurisprudência sedimentada no sentido de atestar o direito à forma de ser de determinadas comunidades étnicas de modo eficiente.²¹⁵

Nesta perspectiva, a necessidade de que a forma de ser dos povos seja protegida pode ser motivada a partir da compreensão de que se trata não apenas de um direito de caráter

²¹¹ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Da natureza comum da forma de ser dos povos:** uma análise jurídica em sentido negativo. 2017. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

²¹² SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Da natureza comum da forma de ser dos povos:** uma análise jurídica em sentido negativo. 2017. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

²¹³ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Da natureza comum da forma de ser dos povos:** uma análise jurídica em sentido negativo. 2017. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

²¹⁴ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Da natureza comum da forma de ser dos povos:** uma análise jurídica em sentido negativo. 2017. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

²¹⁵ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Da natureza comum da forma de ser dos povos:** uma análise jurídica em sentido negativo. 2017. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

subjetivo, mas também de um direito fundamental para que o bem coletivo seja alcançado e preservado dentro das comunidades étnicas minoritárias.²¹⁶

Em síntese, o reconhecimento jurídico de modo a consagrar o direito à forma de ser dos povos se mostra como capaz de impulsionar a tolerância aos povos de minoria étnica, de modo a abandonar a perspectiva eurocêntrica existente no campo normativo brasileiro no tocante aos povos indígenas, de modo a aclamar a pluralidade étnica e também cultural presente no Brasil.²¹⁷

3.6. IDENTIDADE ÉTNICA

A identidade étnica pode ser conceituada como sinônimo de cultura, elemento determinante dentro das características observadas em determinado agrupamento social. Deste modo, a diversidade cultural se destacada a partir da compreensão de que a coexistência entre manifestações étnicas distintas desafia as concepções clássicas do Direito Penal promovido pelo ente estatal em determinado território.²¹⁸

No cenário brasileiro, algumas problemáticas se apresentam diante da pluralidade cultural presente, de modo que a educação multicultural, a alfabetização étnica dos indivíduos pertencentes a povos minoritários e a proteção de tais comunidades e de suas identidades são alguns exemplos de temas a serem observados pelo Estado. Deste modo, o objetivo a ser alcançado é a dizimação de estereótipos e preconceitos enfrentados por tais comunidades há séculos e a preservação de seus elementos constituintes, seus territórios ocupados e suas manifestações culturais.²¹⁹

Deste modo, o direito dos povos culturalmente minoritários relativos à sua identidade étnica não é satisfeito plenamente pelo mero reconhecimento pelo ente estatal, mas através de uma reforma social que permita que tais comunidades e seus componentes sejam plenamente alcançados pela perspectiva de cidadania, ensejando a diminuição das disparidades sociais e

²¹⁶ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Da natureza comum da forma de ser dos povos: uma análise jurídica em sentido negativo**. 2017. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

²¹⁷ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Da natureza comum da forma de ser dos povos: uma análise jurídica em sentido negativo**. 2017. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

²¹⁸ SCALCON, Raquel Lima. A cultura como direito humano ou como delito? O problema da criminalização da cultura minoritária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 132, p. 421-429, jun. 2017.

²¹⁹ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e Direitos Fundamentais Culturais. **Revista dos Tribunais**, v. 63, p. 30-41, jun. 2008.

também da opressão que atinge as comunidades indígenas no Brasil desde o período colonial.²²⁰

Em se tratando do direito à identidade étnica dos povos, o pluralismo jurídico permite que as comunidades minoritárias tenham maior autonomia em casos específicos que se identificam como crimes culturalmente motivados, de modo que a comunidade indígena tenha maior protagonismo na solução de conflitos de ordem cultural, aproximando a concretização do ideal de justiça buscado pelo Estado Democrático de Direito.²²¹

O reconhecimento do direito étnico das comunidades indígenas demonstra a possibilidade de que o direito seja permeável diante de determinadas circunstâncias, ampliando os caminhos que poderão ser adotados diante de casos concretos que não serão satisfatoriamente respondidos apenas com a contribuição dada pelo conhecimento jurídico tradicional.²²²

A partir deste diálogo, as culturas minoritárias possuem a possibilidade de solucionar seus conflitos de modo coerente ao que a sua própria identidade determina, afastando a intervenção do ente estatal em determinados casos. Com isso, a solução dada aos crimes culturalmente motivados baseada na interação de ordens jurídicas estranhas às leis penais clássicas figura como materialização do multiculturalismo na dogmática penal.²²³

A coexistência entre os sistemas penais distintos demonstra a necessidade de que um diálogo seja construído entre comunidades distintas pela lógica antropológica e cultural, tendo em vista que a tendência homogeneizante ensejaria que tais grupos vulneráveis sejam aos poucos excluídos e desapareçam com o passar dos anos.²²⁴

A ameaça existente de que as comunidades indígenas sejam vítimas de genocídio cultural demonstra a urgência de que tal temática seja discutida e objeto de legislação

²²⁰ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e Direitos Fundamentais Culturais. **Revista dos Tribunais**, v. 63, p. 30-41, jun. 2008.

²²¹ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

²²² CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

²²³ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

²²⁴ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

específica, diminuindo a possibilidade de que a identidade étnica de tais grupos seja descaracterizada, ensejando o desrespeito a uma série de direitos fundamentais dos sujeitos que compõem esses agrupamentos.²²⁵

A superação da ideia que ainda permeia no cenário brasileiro de que os indivíduos pertencentes a comunidades étnicas minoritárias carecem de incorporação à comunhão nacional demonstra a necessidade de determinação legislativa específica e de políticas públicas destinadas à proteção de tais povos, tendo em vista que tal concepção caminha na direção contrária ao multiculturalismo e ao pluralismo jurídico.²²⁶

Por fim, o respeito necessário a identidade étnica das comunidades indígenas no Brasil demonstra a insuficiência do Direito Penal disposto na legislação comum para responder tal problemática de modo eficaz, tendo em vista a discrepância entre os valores culturais e morais existentes e compartilhados dentro de uma comunidade indígena e uma comunidade não indígena.²²⁷

3.7. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE CULTURAL INDÍGENA NO BRASIL

Ao contrário do que compõe o senso comum, a proteção necessária para as comunidades indígenas no Brasil e de seus respectivos patrimônios culturais não se mostra como objetivo alcançável a partir do isolamento total de tais povos ou pela indiferença em relação à sua existência. Deste modo, a responsabilidade dos povos não índios se traduz na contribuição para que tais comunidades tenham sua sobrevivência cultural e física proporcionadas.²²⁸

O papel da sociedade majoritária e também do ente estatal se traduz na proteção de tais sujeitos em situação de evidente vulnerabilidade através do fornecimento de atendimento

²²⁵ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.

²²⁶ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

²²⁷ SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

²²⁸ COHN, Clarice. Culturas em transformação: os índios e a civilização. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 36-42, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392001000200006>. Acesso em: 17 jul. 2021.

médico, proteção de seus territórios ocupados e também especial atenção para práticas genocidas que ainda ocorrem no Brasil, especificamente em razão de interesses predominantemente econômicos.²²⁹

O espaço ocupado pelo indígena na história do Brasil, por vezes se concebe no passado, como parte relevante apenas na formação da sociedade brasileira séculos atrás. Entretanto, a problemática revela os riscos de que a interação entre índios e não índios no Brasil culmine na aculturação dos indígenas ao longo dos anos, mediante a assimilação de alguns elementos da sociedade nacional aos indígenas, aos poucos destribilizando tais sujeitos.²³⁰

Deste modo, a figura do indígena na sociedade brasileira deve andar em direção ao reconhecimento do ideal de que a cultura indígena é integrante da nação brasileira em razão de sua especificidade, no sentido de valorizar tais grupos em razão daquilo que os diferencia dentro do cenário cultural nacional.²³¹

A proteção da identidade indígena no Brasil não visa tratar as características culturais como estanques, abrindo espaço para mudanças ao longo dos anos, com a observação das tradições e das inovações simultaneamente. Os índios Xavante, habitantes do cerrado brasileiro, são exemplo da colaboração existente entre índios e não índios, de modo a permitir a transmissão de conhecimentos com biólogos e botânicos, com a finalidade de concretizar o desenvolvimento sustentável da região onde habitam.²³²

A articulação existente entre os sujeitos índios e não índios citados no exemplo demonstra a necessidade de que os indígenas sejam afastados dos paradigmas e preconceitos que a sociedade nacional brasileira perpetua, a partir das figuras estereotipadas existentes de que um indivíduo se definirá como indígena apenas se apresentar pinturas na pele e cocares na cabeça.²³³

²²⁹ COHN, Clarice. Culturas em transformação: os índios e a civilização. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 36-42, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392001000200006>. Acesso em: 17 jul. 2021.

²³⁰ COHN, Clarice. Culturas em transformação: os índios e a civilização. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 36-42, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392001000200006>. Acesso em: 17 jul. 2021.

²³¹ COHN, Clarice. Culturas em transformação: os índios e a civilização. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 36-42, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392001000200006>. Acesso em: 17 jul. 2021.

²³² COHN, Clarice. Culturas em transformação: os índios e a civilização. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 36-42, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392001000200006>. Acesso em: 17 jul. 2021.

²³³ COHN, Clarice. Culturas em transformação: os índios e a civilização. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 36-42, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392001000200006>. Acesso em: 17 jul. 2021.

Outro mecanismo de proteção a ser promovido pelo Estado consiste em fornecer tratamento psicológico e psiquiátrico para membros de comunidades minoritárias. A necessidade do tratamento citado decorre, por exemplo, das altas taxas de suicídios entre indígenas que perderam seus territórios tradicionais. A relação existente entre os povos indígenas e a terra por eles ocupada atravessa as gerações, tendo em vista os laços existentes entre tais povos, seus ancestrais e a terra por eles ocupada.²³⁴

A eliminação da religião tradicional de cada comunidade indígena demonstra outra vertente de tais povos que se encontra em situação de ameaça, tendo em vista que a imposição de outras manifestações religiosas em algumas ocasiões ocorre de modo impositivo, culminando no enfraquecimento dos laços existentes entre os povos tradicionais, sua ancestralidade e sua própria identidade.²³⁵

A liberdade de expressão consiste em outro direito que deverá ser garantido aos sujeitos pertencentes às comunidades indígenas, de modo que os mesmos tenham a prerrogativa de manifestar sua cultura e, em consequência direta de tal reconhecimento, manifestar sua própria identidade.²³⁶

Uma das consequências inerentes ao reconhecimento da liberdade de expressão dos povos indígenas é o respeito de suas respectivas linguagens e idiomas. Deste modo, a tendência predominante em alguns países no sentido de reconhecer apenas uma língua dentro de seu território demonstra o desprezo pelas demais manifestações linguísticas de caráter minoritário.²³⁷

A proteção aos direitos de cunho político enseja na participação direta dos representantes das comunidades indígenas em todo tipo de decisão ou política pública que os afete de algum modo. Com isso, um grau satisfatório de autodeterminação deve ser concedido aos seus representantes, de modo que a sua sobrevivência no âmbito cultural seja promovida,

²³⁴ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²³⁵ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²³⁶ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²³⁷ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

a partir da participação real e efetiva de seus representantes nas decisões que de algum modo seja do interesse da comunidade.²³⁸

O direito à propriedade configura uma das garantias a serem preservadas em benefício dos povos indígenas, considerando que o território por eles ocupado é um desdobramento de sua própria essência como comunidade. Desta forma, a proteção necessária destinada à propriedade cultural indígena deve ser direcionada no sentido da livre determinação das comunidades indígenas por meio dos seus direitos territoriais.²³⁹

A garantia judicial, amplamente relacionada com o exposto nos capítulos anteriores, configura a proteção jurídica no sentido de que as peculiaridades inerentes ao direito promovido pela comunidade indígena sejam respeitadas. O estabelecimento de regras e leis configura um dos elementos centrais de uma comunidade e de sua identidade étnica, tendo em vista que regulam os modos de resolução de conflitos a partir dos valores compartilhados dentro do grupo social.²⁴⁰

Por fim, a igualdade perante a lei demonstra mais uma das garantias a serem protegidas em relação aos povos indígenas, de modo que os mesmos não sejam discriminados, hostilizados ou tratados de qualquer modo ultrajante em razão de sua identidade étnica. Tal igualdade não se alcança com o mero estabelecimento nas normas jurídicas, mas através do estabelecimento de políticas públicas e ações de iniciativa estatal que promovam a igualdade entre grupos étnicos distintos.²⁴¹

Os direitos apresentados não demonstram um rol taxativo de direitos inerentes aos povos indígenas, mas um rol exemplificativo, tendo em vista que a complexidade das relações de cunho étnico impossibilita que a temática se esgote com a enumeração de direitos, sendo possível que garantias diversas sejam reconhecidas e devidamente direcionadas para as comunidades que se encontram em vulnerabilidade cultural.²⁴²

²³⁸ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²³⁹ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²⁴⁰ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²⁴¹ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²⁴² CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

Diante da responsabilidade estatal de promover a diversidade cultural dentro de seus limites territoriais, o pluralismo étnico se apresenta como a resposta possível de caráter político ao fenômeno da diversidade cultural. Desta forma, se permite que os distintos grupos culturais que compõem uma nação convivam em harmonia e respeito recíprocos.²⁴³

²⁴³ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como finalidade explicar a relação existente entre o multiculturalismo e os crimes culturalmente motivados, a partir da perspectiva da culpabilidade dos réus indígenas no Processo Penal Brasileiro. A partir da análise do conceito da culpa e de suas hipóteses excludentes, foram analisadas as teses possivelmente adotadas na análise de condutas praticadas por réus indígenas consideradas crimes na sociedade não índia.

A dimensão do conceito de culpabilidade foi somada ao conteúdo do fenômeno multiculturalista e aos crimes culturalmente motivados, elementos tais que demonstram a complexidade de tais fatos e como os mesmos poderão ser respondidos de forma satisfatória pelos magistrados. A abrangência do multiculturalismo e os diversos elementos componentes dos crimes culturalmente motivados explicitam a insuficiência da dogmática jurídica de modo a esgotar tal discussão.

Deste modo, a proposta lançada foi a maior abertura de modo que as demais ciências sociais, em especial a Antropologia, possam contribuir de modo ativo nos processos criminais que envolvam réus indígenas, com base nos elementos constantes e informados pelo laudo antropológico, que por vezes é dispensado nos processos criminais que punem determinadas condutas praticadas por réus indígenas sem uma fundamentação adequada.

A importância da temática desenvolvida anteriormente se fundamenta na pluralidade cultural existente no território brasileiro e como tal sortimento tem consequência direta na incidência ou não das normas penais estabelecidas na legislação estatal diante dos casos que possuam réus indígenas. A abrangência da temática multiculturalista enseja na riqueza de temáticas correlatas ao apresentado no presente Trabalho de Conclusão de Curso, tendo em vista que o assunto carece de legislação específica e de políticas públicas efetivas no sentido de proteger os povos indígenas no Brasil.

A situação de extrema vulnerabilidade social, cultural, política, ambiental e jurídica na qual se encontram os povos indígenas no Brasil demonstra que o esgotamento do tema se mostra distante do atual cenário. Deste modo, também é responsabilidade do Direito, como ciência social relevante no Brasil, dar espaço e voz aos povos indígenas na direção do reconhecimento de seus institutos e na proteção de seus institutos milenares, em consonância com as definições trazidas na Constituição Federal de 1988.

Uma perspectiva futura favorável apresenta maior protagonismo para a pauta indígena no Brasil, de modo a buscar não apenas a sobrevivência de tais povos, mas também

o reconhecimento da contribuição recíproca entre as comunidades indígenas e as comunidades não índias, de modo que seus membros não sejam marginalizados pela sociedade majoritária. Deste modo, o reconhecimento da forma de ser dos povos indígenas é a concretização da perspectiva cultural do Estado Democrático de Direito como sistema de direitos que objetiva o esgotamento das desigualdades sociais e culturais.

Assim sendo, a perspectiva trazida no presente Trabalho de Conclusão de Curso se direciona no sentido de reconhecer os institutos penais indígenas a partir da definição de uma conduta penalmente punível como crime culturalmente motivado, de modo que seja respeitada a segurança jurídica no Brasil e os institutos punitivos tradicionais não sejam totalmente desprestigiados.

A discussão apresentada se mostra distante de respostas absolutas e irrefutáveis, diante da complexidade do fenômeno multiculturalista e do pluralismo cultural existente no Brasil. Entretanto, o tópico não é amplamente discutido entre as ciências sociais, o que contribui para que as decisões judiciais que envolvem réus indígenas apresentem soluções rasas e por vezes contraditórias para tal problemática.

Desta forma, o melhor caminho a ser tomado no futuro da dogmática penal brasileira e das decisões judiciais acerca do tema é a adoção de posicionamentos de viés humanitário para a problemática abordada, de modo que o Processo Penal Brasileiro abra espaços para mecanismos distintos do sistema tradicional quando necessário, para que o cenário jurídico seja menos punitivo e mais integrador.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, v. 1.
- CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 133, p. 69-107, jul. 2017.
- CAMPOS, L. A.; FERES JÚNIOR, J. Ação afirmativa, comunitarismo e multiculturalismo: relações necessárias ou contingentes? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 29, n. 84, p. 103-118, 2014.
- CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.5, p. 42-69, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000200004>. Acesso em: 19 jun. 2021.
- COHN, Clarice. Culturas em transformação: os índios e a civilização. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 36-42, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392001000200006>. Acesso em: 17 jul. 2021.
- CORTÉS, Oscar Andrés López; CURIEUX, Tulio Enrique Rojas. A política do historicismo no discurso jurídico multicultural: a jurisdição constitucional sobre a identidade dos povos indígenas e a ideia de nação na Colômbia. **Revista Sequência, Florianópolis**, v. 41, n. 84, p. 10-35, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p10>. Acesso em: 13 jun. 2021.
- FREDERICO, Celso. O multiculturalismo e a dialética do universal e do particular. São Paulo. **Estudos Avançados**, v. 30, n.87, p.237-254, ago. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200237&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 31 maio 2021.
- GODOY, Luísa Nami. A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados. **Revista UEPG**, Ponta Grossa, v. 24, p. 321-332, dez. 2016.
- GODOY, Luísa Nami. **Os delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.
- GOMARASCA, Paolo. Multiculturalismo e convivência: uma introdução. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, Brasília, v. 20, n. 38 p. 11-26, jun. 2021. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852012000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2021.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e Direitos Fundamentais Culturais. **Revista dos Tribunais**, v. 63, p. 30-41, jun. 2008.
- MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARCELINO, Dina José Ferreira. **A medida da prova nos crimes culturalmente motivados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

MARTINS, Charles Emil Machado. A “farra do boi” e os crimes culturalmente motivados. Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p.35-84, abr. 2017.

MONTERO, Paula. Multiculturalismo, identidades discursivas e espaço público. **Sociologia & Antropologia**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 81-101, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-38752012000400081&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2021.

PIEVOSAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 96, p. 173-202, jun. 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANTOS, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade Penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. **Revista dos Tribunais**, v. 142, p. 17-46, abr. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: Editora ICPC, Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Da natureza comum da forma de ser dos povos: uma análise jurídica em sentido negativo**. 2017. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

SCALCON, Raquel Lima. A cultura como direito humano ou como delito? O problema da criminalização da cultura minoritária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 132, p. 421-429, jun. 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do Multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 205-229, nov. 2012.

VILLEGAS, Myrna Diaz. Sistemas de sancionamento indígena e Direito Penal: O Az Mapu apoia? **Política criminal**, Santiago, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 maio de 2021.

WAGNER, Daize Fernanda. Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil: paradoxos insustentáveis. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 123-147, abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000100123&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 abr. 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.