

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO**

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar
Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-045-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju,
SE).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

DIREITO PENAL E MULTICULTURALISMO: ANÁLISE DO HOMICÍDIO INFANTIL INDÍGENA SOB O PRISMA DO ORDENAMENTO JURÍDICO ESTATAL

DERECHO PENAL Y MULTICULTURALISMO: ANÁLISIS DE ASESINATO DE NIÑOS EN INDÍGENAS PRISMA PLANIFICACIÓN DEL ESTADO LEGAL

Alessandra Matos Portella

Resumo

Este trabalho de pesquisa tem por objetivo analisar o comportamento de algumas comunidades indígenas, a exemplo dos Kamayurás, situada no Parque Indígena do Xingu, que têm por tradição ceifar a vida de determinadas crianças quando alguns episódios anormais ocorrem v.g. acometidas por determinadas enfermidades, sejam elas físicas ou mentais; nascidas gêmeas; nascidas de mães solteiras, etc., tendo por pano de fundo o ordenamento jurídico penal brasileiro e os direitos humanos fundamentais. Busca-se verificar se tais índios devem responder penalmente pelo crime de homicídio ou, ao revés, podem ter seu comportamento exculpado segundo institutos do Direito Penal, quais sejam, inimputabilidade ou erro de proibição inevitável.

Palavras-chave: Direitos humanos; tradição indígena; culpabilidade penal

Abstract/Resumen/Résumé

Esta investigación tiene como objetivo analizar el comportamiento de algunas comunidades indígenas, como el Kamayura, ubicado en el Parque Indígena Xingu, que tienen tradicionalmente se cobran la vida de algunos niños cuando se producen algunos episodios anormales - por ejemplo, afectados por ciertas enfermedades, ya sean físicos o mentales; gemelos nacidos; nacidos de madres solteras, etc., en un contexto de Pando el derecho penal brasileño y los derechos humanos fundamentales. El objetivo es verificar si estos indios deben responder penalmente por asesinato o, a la inversa, puede ser excusado su comportamiento segundo institutos del derecho penal, es decir, falta de responsabilidad o error inevitable prohibición.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos humanos; tradición indígena; culpabilidad penal

1. INTRODUÇÃO

O tema ora analisado versa sobre a tradição de algumas comunidades indígenas quando do cometimento de homicídio infantil por motivo de determinadas enfermidades ou anomalias, à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro e dos direitos fundamentais. Busca-se compreender se tal comportamento pode ser exculpado segundo mecanismos advindos do Direito Penal como a exclusão da culpabilidade do índio e, caso afirmativo, se esta decorre da inimputabilidade ou do erro de proibição inevitável.

Questiona-se se é lícita a intervenção do Estado em microssistemas jurídicos, como o indígena, para regulação de comportamentos segundo padrões culturais distintos daquela comunidade ou se, ao contrário, estaria o Estado afrontando direitos fundamentais, notadamente à liberdade de crença e cultura do índio, ao intervir segundo seu modelo comportamental.

Analisou-se, para tanto, ambas as posturas estatais: interventora, quando da punição pelo ilícito penal pela prática do homicídio infantil, declarando a culpabilidade e, conseqüentemente, a punibilidade do índio; e a sua omissão, seja no respeito à tradição indígena, seja quando chamado a intervir absolve-o com base ou na inimputabilidade, ou no erro de proibição inevitável.

Visando elucidar tal temática, optou-se por destrinchar o trabalho da seguinte forma: introdução; abordagem sobre os direitos humanos e o multiculturalismo, situando o debate entre o universalismo e o relativismo cultural; análise da culpabilidade penal indígena quando do cometimento da prática do homicídio infantil; exclusão da culpabilidade penal indígena - seja por inimputabilidade, seja por erro de proibição; e, por fim, as considerações finais acerca do tema abordado.

2 O ESCOPO DOS DIREITOS HUMANOS E SEU ÂMBITO DE PROTEÇÃO

A definição acerca de um consenso a respeito da terminologia “direitos humanos” não existe. Diversos autores que já se debruçaram sobre tal objeto de estudo concordam com a tamanha subjetividade inerente a tal temática. Pacífica apenas é a aceção que compreende os direitos

humanos como valores relevantes para o ser humano e, por isso, justificam a necessidade da tutela do Estado, porém, uma definição precisa acerca desses “valores” inexistem.

O marco histórico sobre o surgimento dos direitos humanos pode ser situado no período oitocentista, notadamente a partir das revoluções burguesas, quais sejam, a Revolução Gloriosa (1776) e a Revolução Francesa (1789).

Neste momento histórico, com a derrocada na nobreza e ascensão da burguesia no poder político, foi erigido um repertório ideológico que legitimava o povo como detentor do poder, advindo daí fundamentos basilares de um Estado de Direito, respaldado na igualdade, liberdade e fraternidade.

O Estado-poder se amparou no discurso legitimador de um direito que vinha do povo e existia para o povo, influenciando diversos Estados - principalmente no mundo ocidental -, neste mesmo sentido, que foram se solidificando com esta mesma retórica. O Brasil é um exemplo disso, senão vejamos: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único, CF).

Foi justamente este Estado de Direito que se comprometeu em salvaguardar os direitos humanos fundamentais para o ser humano, positivando-os nas Constituições modernas para garantir que o povo pudesse cobrá-los do Estado, constituído a partir do Direito, ou seja, da lei. Nas palavras de Kelsen (2006, p. 315):

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

Os direitos humanos fundamentais numa primeira acepção representavam a não intervenção do Estado na sociedade de massa, ou seja, denominados como direitos de primeira dimensão significavam valores individuais do ser humano como a vida, a liberdade e a propriedade que deveriam ser salvaguardados pelo Estado mínimo.

O Estado nada teria que realizar se a ordem jurídica tivesse em condição de “normalidade”, se todas as pessoas respeitassem esses direitos fundamentais individuais supramencionados, abstendo-se, dessa forma, de intervir no mercado econômico, o qual deveria livremente caminhar.

O problema decorreu da ausência de igualdade material do povo ao longo do tempo, problema ínsito ao modelo capitalista de produção, requisitando a intervenção estatal para regulamentar e sanear alguns aspectos controvertidos na ordem social e econômica. Assim, a presença do Estado no mercado econômico que não era desejada passou a ser imprescindível.

Este novel paradigma denominado de “Estado do Bem-Estar Social” ou “Welfare State”, assegurou direitos aos cidadãos de prestações como educação, saúde, trabalho, previdência, dentre outros, de modo que passou a tutelar direitos de segunda dimensão, com o enfoque coletivo em detrimento do individualismo de outrora.

Estabeleceu-se, assim, direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, devendo ser ambos salvaguardados pelo Estado de Direito, ainda que de maneira diferente, uma vez que para tutelar direitos de primeira dimensão era preciso uma postura absenteísta do Estado, enquanto que para tutelar direitos de segunda dimensão se fazia imprescindível uma intervenção provedora estatal.

Mas, então, qual o parâmetro existente para saber se um dado direito é ou não fundamental para o ser humano? Analisando estes dois casos emblemáticos, nos quais o primeiro representa a completa ausência do Estado na sociedade e, o segundo, a sua imprescindível presença, pode-se extrair alguma lógica natural do *status* “direito fundamental”?

Os direitos fundamentais são assim designados por serem inerentes ao homem, ontologicamente falando, ou são criados pelo Estado num dado momento histórico? Será que há por detrás da concepção de direitos humanos e, portanto, fundamentais, alguma ideologia que o ampare?

Duas principais correntes buscaram responder tais indagações, contrapondo-se mutuamente: de um lado se tem o jusnaturalismo, defendendo que os direitos humanos fundamentais são intrínsecos ao homem, pelo simples fato de serem homens e, dessa maneira, detentores de tais direitos; a outra corrente denominada de positivismo, existente a partir das Revoluções

Burguesas, defende que tais direitos são erigidos à categoria de fundamentais a partir do momento em que o Estado os aceita como tais, positivando-os em suas Constituições, não passando, assim, de decisão política.

Sem adentrar no mérito da discussão, haja vista não ser este o objeto do trabalho ora proposto, busca-se compreender o parâmetro norteador de tais direitos, ditos fundamentais para os cidadãos. Segundo Cunha Junior (2010, p. 539) o critério a ser utilizado é o da dignidade da pessoa humana, posição esta também compartilhada por Soares (2010, p. 139), mencionando que

o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançados pelos particulares e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio. Logo, os preceitos referentes à dignidade da pessoa humana não podem ser pensados apenas do ponto de vista individual, enquanto posições jurídicas dos cidadãos diante do Estado, mas também devem ser vislumbrados numa perspectiva comunitária, como valores e fins superiores da ordem jurídica que reclamam a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais.

Parece ser este critério razoável para definir o que seja ou não um direito humano fundamental, apesar da abertura semântica que tal termo propicia, uma vez que “dignidade da pessoa humana” pode ser vista sob inúmeros prismas, indo desde direitos materiais até direitos intangíveis, incomensuráveis como o lazer e a cultura.

Não se pode olvidar que numa sociedade plural a perspectiva comunitária tem que ser contemplada pelo Estado, que direitos de grupos minoritários precisam ser tutelados e garantidos pela entidade estatal.

O direito à cultura, por exemplo, indubitavelmente, precisa ser considerado como fundamental, por estar atrelado diretamente à dignidade da pessoa humana. A cultura é construída naturalmente, possui um valor primordial para uma determinada comunidade. Por isso, afrontar a cultura é o mesmo que ferir valores relativos à dignidade das pessoas que ali estão inseridas. É um valor intangível e que não pode ser mensurado.

O Direito, que tem por objetivo tutelar a paz comunitária e pacificar os conflitos sociais, deve salvaguardar valores culturais, notadamente, num Estado de Direito. Não pode ser justamente o Estado o ente jurídico violador de tais valores, deve, ao contrário, envidar esforços para

manter a identidade de seu povo, demonstrando um profundo respeito à sua pluralidade axiológica.

2.1 UNIVERSALISMO X RELATIVISMO CULTURAL: SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Panikkar (2004) afirma categoricamente que não há direitos humanos universais e aponta três razões para isso. A primeira delas é que, em sua visão, nenhum conceito é universal, sendo válido apenas onde foi concebido.

Em seguida afirma que ainda no interior da vasta cultura ocidental idealizadora do conceito de direitos humanos, não existe universalidade, sendo estes distintos segundo a concepção que se adote: teológica, marxista ou histórica, afirmando que a problemática acerca dos direitos humanos é de ordem ocidental, haja vista “de um ponto de vista não-ocidental, o próprio problema não é percebido como problema” (PANIKKAR, 2004, p. 220).

Quanto ao símbolo dos direitos humanos, diferentemente de seu conceito, Panikkar (2004) aduz que pode ser visto tanto no âmbito da universalidade, quanto no âmbito do relativismo. Seria universal no momento em que uma cultura descobre determinados valores e lhe confere sentido universal, como parece ter sido o caso da Declaração Universal de Direitos humanos, proclamada pelo mundo ocidental em 1948. Pode ser, porém, relativo, na medida em que cada cultura específica expressa sua realidade segundo tradições peculiares e, desta forma, sua experiência não seria universalizável.

Afirma, por derradeiro, que é necessária adotar uma hermenêutica diatópica para poder compreender a temática dos direitos humanos que só pode ser resolvida com um diálogo dialógico, uma vez que este mostra que não se pode tomar a parte pelo todo, nem acreditar que se vê o todo pela parte.

Tal posicionamento é compartilhado por Francisco (2003, p. 3) quando aduz que o consenso normativo sobre direitos humanos somente é possível a partir do respeito às diversas culturas, pois, em sentido contrário, a própria implementação dos direitos acordados seria comprometido.

Não se pode olvidar ainda que a imposição de um padrão valorativo-cultural para todo o mundo pode significar um imperialismo ocidental na imposição de seus valores aos demais povos, concepção esta corroborada quando se percebe a excessiva valorização do indivíduo frente à comunidade na qual se encontra inserido, na defesa do mínimo ético irredutível, valor este oriundo da cultura ocidental, já que em sociedades como as africanas e asiáticas, por exemplo, existe a prevalência de deveres e direitos da comunidade frente ao indivíduo (MORAES, 2012).

Entretanto, apesar dos sólidos argumentos a favor do relativismo cultural, a corrente universalista dos direitos humanos segue afirmando possuir validade universal, sendo seus valores extensíveis para todo e qualquer povo, independentemente de qualquer variável de ordem cultural, histórica ou social. O fato de ser humano, já é suficiente para garantir-lhe dignidade, assegurando-lhe direitos inatos à sua condição humana, devendo, por isso, serem respeitados princípios basilares atrelados à sua condição de pessoa.

Esta concepção difundiu-se principalmente por conta da internacionalização dos direitos humanos, ocorrida no pós Segunda Guerra mundial, notadamente por conta das atrocidades ocorridas no período nazista e fascista europeus, tendo por “objetivo fomentar o reconhecimento e a valorização da dignidade da pessoa humana, independentemente, das diversidades culturais e do regime jurídico adotado por cada Estado” (MORAIS, 2012).

Ocorre que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, contou apenas com a adesão de 56 países num universo de 200 países, “sem voto em sentido contrário, e com 8 abstenções (Bielorússia, Checoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul)” (MORAIS, 2012), sendo este número pouco significativo frente a sua pretensão universalista.

Por isso, visando sanar esta fragilidade e fortificar o argumento da universalidade dos direitos humanos foi pactuado em 1993, em Viena, um acordo internacional que envolvia 171 países os quais convencionaram que respeitadas as diversidades culturais, os direitos humanos deveriam possuir um cunho universal (MORAIS, 2012).

O respeito às diferenças culturais foi, então, preservado, a despeito da defesa da universalização e indivisibilidade dos direitos humanos, devendo os mesmos serem vistos por uma perspectiva multicultural.

Na visão de Boaventura de Sousa Santos (2003), tanto a concepção universalista quanto a relativista é incompleta, haja vista ambas estarem vinculadas à pré-compreensões culturais. Conclui, dessa forma, que “não se trata, simplesmente, de transpor os *topos* de uma cultura em outra, é preciso criar um novo paradigma comunicativo que propicie uma mediação e conciliação dos valores de cada cultura”.

3. DIREITO PENAL E MULTICULTURALISMO

Após conceituar os direitos humanos, sua gênese e desenvolvimento, bem como o debate que lhe é afeto acerca de sua universalidade ou relatividade, adentra-se agora no escopo do presente artigo, qual seja, averiguar o comportamento indígena diante do crime de homicídio tipificado no ordenamento jurídico-penal brasileiro à luz dos direitos humanos fundamentais.

Segundo Simões (2012), “existem mais de quinze tribos indígenas brasileiras que mantêm uma prática cultural de ceifar a vida de suas crianças por nascerem com defeito físico ou cultural”, utilizando métodos diversos para interditar a vida da criança como, por exemplo, sufocação, envenenamento, abandono, dentre outros.

A partir desta realidade, indaga-se se poderá recair sobre tais índios um juízo de reprovabilidade por conta de tal ilicitude penal ou, ao contrário, se lhes é lícito tais práticas levando-se em consideração suas tradições e culturas seculares, se estando diante de “uma verdadeira colisão real entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade cultural e de crença” (SIMÕES, 2012).

3.1 CULPABILIDADE PENAL E SUAS VARIAÇÕES CONCEITUAIS

A culpabilidade enquanto categoria dogmática-penal surge no século XIX, com Franz Von Lizst (2003), tido como representante desta teoria causal-naturalista da ação, conhecida como **teoria psicológica da culpabilidade**, pois entendia que o injusto penal era um processo

causal originário, representado por impulsos voluntários, sendo desprovida de conteúdo, uma vez que o dolo e a culpa *stricto sensu* pertenciam à culpabilidade, sendo esta um nexo psicológico indispensável entre o autor e o fato punível.

Posteriormente, Frank (2004) introduziu um elemento valorativo à culpabilidade, quando afirmou ser esta uma reprovabilidade da conduta do agente, já que como imputável – mentalmente desenvolvido e são -, conhecia a ilicitude da conduta e podendo atuar de modo diverso, ou seja, conforme o Direito, preferiu escolher um comportamento antijurídico, sendo, por isso, culpável.

Desta forma, inaugura a **teoria normativa da culpabilidade**, situando a imputabilidade não mais como pressuposto, mas como elemento mesmo desta, que, ao lado do dolo e da culpa *stricto sensu*, tinha o condão de tornar o homem culpável.

Ao lado de Frank (2004), destaca-se também Goldschmidt (2002), que deu a sua contribuição à teoria normativa da culpabilidade quando diferenciou norma jurídica de norma de dever. Para ele, a norma jurídica relacionava-se com o injusto, por isso era de caráter objetivo e geral, enquanto que a norma de dever se relacionava com a culpabilidade, logo, de caráter individual e subjetiva, tendo, por isso, este autor, conceituado a culpabilidade como uma contrariedade ao dever, sendo este o seu elemento normativo.

Freudenthal, assim como Frank e Goldschmidt, também contribuiu sobremaneira para a teoria normativa da culpabilidade, quando inseriu o elemento exigibilidade, ao lado da reprovabilidade, ou seja, para ele, era preciso verificar as circunstâncias concretas em que atua o autor do injusto, se estaria ele diante de circunstâncias normais ou anormais, haja vista o Estado só poder exigir dele uma atuação conforme o Direito caso este esteja em uma situação de normalidade. Deparando-se o autor diante de situações excepcionais, como, por exemplo, um estado de necessidade exculpante, jamais poderá ser-lhe exigido que aja em conformidade com o ordenamento jurídico, devendo-lhe, assim, ser declarada sua inculpabilidade.

Por isso, para Freudenthal, para se cobrir o espaço entre culpabilidade e inculpabilidade é imperioso recorrer ao princípio geral da exigibilidade. Assim sendo, ao lado do juízo de

reprovação, é preciso também verificar se pode o autor na situação fática que se encontra poder atuar de outra maneira.

Percebe-se, assim, que a teoria normativa da culpabilidade parte do pressuposto que o homem é possuidor de livre-arbítrio, podendo determinar-se segundo sua própria vontade. Assim sendo, podendo e devendo motivar-se conforme a norma prefere atuar contrariamente a ela, sendo a culpabilidade, por isso, equiparada a exigibilidade, ou seja, a capacidade do Estado de exigir de uma pessoa imputável uma resposta determinada, que é a sua atuação em conformidade com o ordenamento jurídico.

Mas, se o juízo de reprovabilidade do Estado se centra na exigibilidade de conduta diversa de alguém, como reprovar uma pessoa se não se pode provar, demonstrar no caso concreto, se ela podia ou não atuar de modo diverso de como atuou? Como declarar sua culpabilidade, ante a impossibilidade de demonstrar “o poder atuar de outro modo”, sendo este o fundamento material da culpabilidade?

Por isso, Wezel (2004) irá desenvolver um trabalho sistemático de extrema importância sobre o fundamento da culpabilidade, lhe atribuindo novas feições, a partir de meados do século XX, tendo retirado da culpabilidade os elementos não normativos, deixando-lhe apenas a imputabilidade, o potencial conhecimento da antijuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa, sendo esta presumida de forma geral para os imputáveis, haja vista sua indemonstrabilidade.

Apesar de não enfrentar o problema da “exigibilidade de conduta diversa”, a contribuição de Wezel para a teoria do delito se dá na medida em que considera a culpabilidade como uma valoração negativa da vontade da ação, não a considerando como a vontade da ação em si, como fazia os seus antecessores, separando, desta forma, o objeto da valoração da valoração do objeto.

A vontade de ação, representada pelo dolo (objeto da valoração), passa, então, a pertencer ao injusto, à tipicidade, enquanto que à culpabilidade passa a representar tão-somente um juízo de reprovação individual que se faz a respeito da conduta do autor (valoração negativa do objeto), composto unicamente de elementos normativos, daí essa teoria ser denominada de

teoria normativa pura da culpabilidade, prevalecente até o presente momento na teoria do delito inserido num sistema finalista da ação.

Assim a culpabilidade passa a possuir caráter eminentemente normativo, uma vez que não se trata de declará-la, mas apenas de imputá-la e, para proceder a imputação, se utiliza do método do “homem médio”, utiliza-se o raciocínio analógico para se saber, se naquelas circunstâncias determinadas, um homem mentalmente são (considerado abstratamente), de inteligência mediana, poderia se motivar perante a norma penal. Em caso positivo então se imputa a culpabilidade ao autor do fato típico e antijurídico, sendo negativa a resposta, exclui-se a culpabilidade ou a atenua, segundo padrões definidos pelo Legislador.

3.2 ANÁLISE DA CULPABILIDADE PENAL INDÍGENA DIANTE DO CRIME DE HOMICÍDIO TIPIFICADO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Antes de analisar o crime de homicídio previsto no art. 121 do Código Penal brasileiro é preciso fazer uma breve diferenciação entre este delito e o crime de infanticídio, tipificado no art. 123 do mesmo diploma legal, haja vista as inúmeras confusões generalizadas acerca destes dois injustos penais.

O art. 121 do Código Penal brasileiro traz como preceito primário a prática de matar alguém prevendo uma pena que varia de 6 a 20 anos de reclusão, em sua modalidade simples, podendo ela se tornar mais severa, variando de 12 a 30 anos de reclusão, caso estejam presentes algumas circunstâncias qualificadoras previstas no seu parágrafo 2º e incisos.

Prevê ainda como causa de aumento de pena o homicídio praticado contra pessoas maiores de 60 anos e menores de 14 anos, estabelecendo um aumento de pena de um terço, conforme inteligência do §4º do art. 121.

Já o art. 123 do Código Penal brasileiro prevê a prática do infanticídio, que nada mais é do que uma modalidade especial de homicídio, haja vista possuir o mesmo tipo penal objetivo, a saber: matar, diferenciando-se entretanto do homicídio na medida que traz elementos especializantes em seu preceito primário, quando indica a vítima deste delito, o próprio filho, complementando ainda a sua inteligência ao indicar a influência do estado puerperal como

elemento fundante para o reconhecimento deste crime, bem como o aspecto temporal, durante o parto ou logo após.

Percebe-se, desta forma, que o infanticídio só pode ser reconhecido como tal, ou seja, possuir tipicidade, caso a mãe mate seu próprio filho sob influência do estado puerperal, que nada mais é do que um estado hormonal bastante alterado, durante o parto ou logo após, pois, caso contrário, faltando um desses elementos, forçoso será reconhecer a prática do homicídio.

Daí a imprescindibilidade de realizar a perícia médica visando aferir o grau do estado puerperal que se encontrava a mãe quando da prática do fato, haja vista ser este um elemento normativo do tipo, sem o qual não poderá ser atestado a prática do infanticídio, cuja pena é mais branda do que o homicídio, variando de 2 a 6 anos de reclusão.

Outro aspecto relevante do delito em análise é o aspecto temporal, haja vista o tipo penal prever taxativamente “durante o parto ou logo após” em seu preceito primário, não especificando o legislador, entretanto, o prazo máximo considerado para o período “após o parto”.

Como forma de remediar esta situação a doutrina se debruçou acerca do assunto estabelecendo a compreensão de que durante o parto significa o momento em que não mais o fato pode ser considerado como aborto, tendo como marco inicial o infanticídio (GRECO, 2011, p. 207).

Da mesma maneira quanto à expressão “logo após o parto”, Greco (2011, p. 208) afirma que “deve ser entendida à luz do princípio da razoabilidade”, concluindo que “a medicina aponta o período de seis a oito semanas como o tempo de duração normal do puerpério”.

Feita a distinção acerca dos delitos de homicídio e infanticídio tipificados no Código Penal brasileiro, sendo este válido para todo o território nacional, pergunta-se se as comunidades indígenas que têm por cultura matar crianças nascidas com deformidade física ou mental responderiam pelo delito de homicídio, a exemplo dos suruwahás e os kamaiurás, que tem por tradição enterrar crianças vivas em covas rasas, visando afastar a presença de espíritos funestos (SIMÕES, 2012).

Paschoal (2012, p. 88), adepto do relativismo cultural, responde negativamente, defendendo que o índio que assim age encontra-se acobertado pelo erro de proibição, tendo, portanto, sua culpabilidade excluída, já que este ato praticado por ele não apenas é lícito, como também devido, conforme os padrões de educação a que fora submetido.

O respeito às diferenças e a livre determinação dos povos, como ele mesmo aponta, é inerente à observância dos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito. Outrossim, zelar pela vida de crianças indefesas também o é (PASCHOAL, 2012, p. 89). Sugere, então, um conflito de princípios fundantes e basilares que devem ser sopesados, “quais sejam, os costumes e a identidade indígena e o direito à vida e à integridade física” (PASCHOAL, 2012, p. 89).

Como solução para tal conflito não afasta a intervenção do Estado na defesa de crianças indefesas, garantindo-lhes a vida e a integridade física, desde que não o faça por meio do Direito Penal, “uma vez que [...] o índio, ao praticar tal ato, não o faz para violar qualquer valor, mas para cumprir os valores inerentes a sua educação” (PASCHOAL, 2012, p. 90).

Em âmbito diametralmente oposto tem-se o argumento de Simões (2012), afirmando que a Constituição Federal garantiu a inviolabilidade do direito à vida como direito fundamental, a despeito de assegurar a preservação da cultura e terras indígenas.

Assim, para Simões (2012) defender o microssistema indígena, sua cultura e tradição, em detrimento da vida, seria o mesmo que negar a Constituição Federal, bem como, priorizar o costume sobre a lei seria uma posição incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que “os costumes são fontes subsidiárias do direito, aplicáveis quando da ausência de previsão legal satisfatória (artigo 4º da LICC)”.

Simões (2012) defende abertamente a prevalência do direito à vida em detrimento da liberdade cultural, quando da colisão desses direitos fundamentais, aderindo à técnica da ponderação, segundo o princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana.

Por fim, argumenta que mesmo dentre os índios oriundos dessa cultura e tradição existem aqueles que denunciam tais práticas por entenderem serem elas bárbaras, revelando que “a cultura, em especial no que tange ao seu patrimônio imaterial, é dinâmica, mutável, podendo

ser objeto de proteção por outros meios adequados já previstos no ordenamento jurídico pátrio”.

Conclui-se, portanto, que não há, até o presente momento, nada pacificado a respeito de tal temática, variando os posicionamentos acerca da culpabilidade penal ou não do índio quanto às suas práticas culturais de matar crianças vivas, independentemente da razão que lhes atribua para isso.

3.3 EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE PENAL INDÍGENA: INIMPUTABILIDADE OU ERRO DE PROIBIÇÃO?

Dentre aqueles que defendem a exclusão da culpabilidade penal indígena em respeito à sua cultura e tradição há divergências quanto à razão para isso, propendendo uns pela sua inimputabilidade e outros pelo erro de proibição, já que os índios que assim agem não possuem consciência da ilicitude da conduta.

O Código Penal brasileiro, em seus arts. 26 e 27, prevê a inimputabilidade penal, tendo-se utilizado do critério biopsicológico para tanto, uma vez que faz menção tanto ao aspecto biológico quanto ao aspecto psicológico, senão vejamos:

A lei penal brasileira exige a idade de 18 anos como marco de desenvolvimento biológico mínimo para a capacidade de culpabilidade (art. 27, CP). [...] Em complemento, a lei penal pressupõe indivíduo portador de aparelho psíquico livre de defeitos funcionais ou constitucionais, excludentes ou redutores da capacidade de compreender a natureza proibida de suas ações ou de orientar o comportamento de acordo com essa compreensão (art. 26 e parágrafo único, CP) (SANTOS, 2010, p. 285).

Disto decorre que apesar de cometer um fato típico e antijurídico, o indivíduo poderá não ter declarada a sua culpabilidade penal, variando, no entanto, as consequências advindas disto, pois em lugar da pena, poderá ser imposta uma medida socioeducativa ou uma medida de segurança.

Para o menor de 18 anos lhe é reservado a legislação penal especial, denominada ECA – Estatuto da Criança e Adolescente, impondo-lhe medidas socioeducativas; para os

considerados inimputáveis haverá imposição de medida de segurança (art. 26, caput) e, para aqueles considerados semi-imputáveis (parágrafo único do art. 26, CP), poderá ser imposta tanto uma pena quanto uma medida de segurança (sistema vicariante adotado pela reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro, em 1984).

Para o objetivo do presente trabalho não se adentrará nas diferenças qualitativas entre tais medidas, sendo relevante tão-somente o conceito de inimputabilidade penal oriundo do Código Penal brasileiro e sua aplicabilidade no povo indígena, sendo este o objeto de estudo.

O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), em seu art. 56, reconhece a imputabilidade do índio quando estabelece que “no caso de condenação do índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do índio”.

Quanto à jurisprudência, existem entendimentos diversos a respeito da imputabilidade do índio, variando conforme as condições pessoais do agente:

- a) Quanto ao inadaptado, pode ser reconhecida a isenção de pena pela possível existência de incapacidade psíquica na compreensão do que seja ou não ato ilícito;
- b) Quanto ao aculturado, não se admite a isenção de pena quando se tratar de índio integrado e adaptado ao meio civilizado (DOTTI, 2012, p. 71).

Observa-se assim que o conceito de integração do indígena, sua adaptação à comunidade nacional é um dado de extrema relevância quando da análise da imputabilidade penal ou não do agente. Por isso, Dotti (2012, p. 71) adverte que

para os efeitos legais, os índios são considerados: a) isolados, quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunidade nacional; b) em vias de integração, quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; c) integrados, quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos de sua cultura.

A perspectiva integracionista indígena acima elencada leva em consideração estágios de evolução cultural que os índios devem passar inexoravelmente, classificando-os como mais ou menos evoluídos. Desta sorte, “o índio é visto como um “ser inferior” que deve ser e precisa ser “integrado à comunhão nacional”” (BARRETO, 2011, p. 34).

Ressalte-se, ainda, que, para efeitos classificatórios, a definição de índio é realizada segundo três critérios, extraídos do próprio Estatuto do índio em vigor, a lei nº 6.001/73, a saber:

genealógico, quando se refere à “origem e ascendência pré-colombiana”; cultural, ao mencionar as “características culturais [que] o distinguem da sociedade nacional”; e, por fim, pertença étnica, na expressão “que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico”” (BARRETO, 2011, p. 33).

A etnia, segundo Hall (2011, p. 62)

é o termo que utilizamos para nos referirmos às características culturais – língua, religião, costume, tradições, sentimento de “lugar” – que são partilhadas por um povo.

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

Por isso afirma que a investigação antropológica e psicológica do índio é um dado muito valioso para a aferição da imputabilidade jurídico-penal ou não do agente quando da prática do fato delituoso.

Caso o índio seja considerado imputável e sendo o mesmo condenado,

a pena deverá ser atenuada, devendo o magistrado atender também ao grau de integração. A reclusão ou detenção devem ser executadas, se possível, em regime de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios e mais próximo da habitação do condenado (parágrafo único do art. 56) (DOTTI, 2012, p. 73).

Ocorre que a inimputabilidade penal do índio jamais foi tratada pelo Código Penal, que jamais o considerou com desenvolvimento mental incompleto ou retardado para compreender o caráter ilícito de suas condutas, sendo esta interpretação advinda do Código Civil de 1916 que o considerava

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

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

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

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

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

Tal alteração encontra-se em perfeita sintonia com a Constituição Federal de 1988, que preceitua em seu art. 232 que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses [...]”.

Resta claro, desta forma, declarar a capacidade indígena, seja ela no âmbito civil ou penal, não sendo hodiernamente admitida interpretação contrária sob pena de afrontar os princípios

basilares de um Estado democrático de Direito, como, por exemplo, o princípio da autodeterminação dos povos, corroborando, para tanto, a inteligência do art. 231 da Carta Magna brasileira que reconhece “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam [...]”.

Como se observa a partir da inteligência do art. 231 supracitado, a Constituição da República não recepcionou o paradigma da integração prevista no Estatuto do Índio, mas, ao contrário, o substituiu pelo paradigma da interação, que tem por fundamento a diferença.

A exclusão da culpabilidade penal do índio deverá então ser declarada, para os partidários do pluralismo cultural, com base no erro de proibição, haja vista a ausência de consciência da ilicitude do fato, previsto no art. 21 do Código Penal.

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Bitencourt (2010, p. 118) alerta que não se trata de uma consciência jurídica, técnica, “mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da antissocialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta”. Essa consciência, portanto, provém das regras de uma determinada cultura, de sua moral, dos conhecimentos internalizados ao longo do tempo, passados de geração para geração.

Assim sendo, o erro de proibição em nada se confunde com o desconhecimento da lei, uma vez que esta significa desconhecer um determinado tipo penal em abstrato e aquela significa ignorar a ilicitude da conduta, possuir uma falsa percepção da realidade, acreditando ser seu comportamento lícito quando, em realidade, era ilícito.

Esta orientação, indubitavelmente, demonstra o respeito à diferença da cultura indígena, revelando que o mesmo precisa de tutela especial do Estado para poder manter sua própria

identidade, sua tradição, seus rituais e seus valores, que nada mais são do que direitos humanos indígenas.

Há ainda que fazer-se uma diferenciação acerca do erro de proibição inevitável do evitável, uma vez que o ordenamento jurídico-penal estabelece consequências distintas segundo a classificação citada.

O erro de proibição inevitável (escusável) é aquele em que ainda que o agente agisse prudentemente, buscando informar-se sobre seu comportamento, incorreria em erro, uma vez que estaria impossibilitado de alcançar esse conhecimento segundo a realidade fática que o cerca; enquanto que o erro de proibição evitável (inescusável) poderia ser evitado, caso o agente cumprisse com o seu dever de informação, não a adquirindo por negligência de sua parte, já que nas condições em que se encontrava, poderia fazê-lo.

As consequências jurídicas são distintas, como já supranarrado, pois se evitável o erro, o agente é considerado culpado, apesar de ter sua pena diminuída; mas se inevitável o erro, o agente tem excluída a sua culpabilidade, sendo isento de pena, já que nem ele, nem nenhuma outra pessoa considerada mediana, naquela situação, poderia compreender a ilicitude de seu comportamento.

A exclusão da culpabilidade indígena para os adeptos do relativismo cultural se dá por conta do erro de proibição inevitável, uma vez que os índios imersos em sua cultura, tradição, ordenamento social, não possuem condições fáticas para compreender a ilicitude de seu comportamento penal, representado pelo Código Penal pela figura típica do homicídio.

Não se pode exigir do indígena que aja conforme padrões culturais diversos dos seus, desrespeitando suas tradições, afrontando sua herança cultural, passada de geração a geração. É preciso compreender que os valores morais são internalizados a partir da vida comunitária de seu próprio meio.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial passou a ser a mola propulsora das Constituições ditas civilizadas do mundo ocidental, simbolizando o Estado de Direito e garantindo direitos fundamentais a todos os cidadãos, sendo a dignidade da pessoa humana o fundamento basilar que norteia toda a hermenêutica constitucional.

Por vezes, ocorre colisão de direitos humanos tutelados pelo Estado, a exemplo do que ficou demonstrado neste trabalho, no tocante a valores como vida, de um lado, e liberdade de crença e cultura, de outro, sendo ambos indiscutivelmente direitos fundamentais, insculpidos no art. 5º da Constituição brasileira.

Buscou-se solucionar tal impasse por meio de uma hermenêutica discursiva acerca do universalismo e relativismo cultural, de onde se extrai a prevalência ao valor vida, na primeira acepção, e a prevalência ao valor liberdade de crença e cultura, na segunda acepção.

Restou evidente a necessidade do respeito às práticas culturais indigenistas por parte do Estado, haja vista serem estas constitutivas de sua identidade, o que levou, por via de consequência, à convivência com suas regras jurídicas, notadamente no âmbito do Direito penal.

Constatou-se, assim, que as tradições indígenas merecem tutela especial por parte do Estado, que tem por imperativo reconhecer sua organização social, consoante preconizado no art. 231 da Constituição da República de 1988, asseverando o respeito às diferenças como garante o espírito democrático brasileiro fundamentado no Estado de Direito.

Por este motivo, não pode haver ingerência estatal no âmbito da comunidade indígena que ceifa a vida de suas crianças em determinadas situações por ela tida como legítima, pois se estaria afrontando seus valores construídos secularmente, amparado num discurso hegemônico ocidental que privilegia a vida de forma absoluta.

Havendo intervenção do Estado ter-se-ia que excluir a culpabilidade penal do índio por erro de proibição inevitável, uma vez que ele é plenamente capaz de compreender seus atos, entendendo ser lícita a sua atitude, por ser ínsito à sua identidade, não havendo, desta forma, nenhum crime a ser punido pela comunidade nacional.

5. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993
- BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2011
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição: uma análise comparativa**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal brasileiro. Brasília, DF, 1940. In: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em 04/01/2014.
- BRASIL. Estatuto do índio. **Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF, 1973. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em 04/01/2014.
- BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil (1988)**. In: Vade Mecum Universitário de Direito. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil brasileiro, DF, 2002. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 04/01/2014
- DOTTI, René Ariel. **A Situação Jurídico-Penal do Indígena – Hipóteses de Responsabilidade e Exclusão**. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). **Direito Penal e Povos Indígenas**. 1 ed (2010); 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012
- FRACISCO, Rachel Herdy Barros. **Diálogo Intercultural dos Direitos Humanos**. 2003. 90 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003
- FRANK, Reinhard. **Sobre La Estructura Del Concepto de Culpabilidad**. Buenos Aires: B de F, 2004
- GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de la Culpabilidad**. 2 ed. Buenos Aires: B de F Ltda, 2002
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial, volume II**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011
- HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011
- JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Bahia: Juspodivm, 2010
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006
- LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Tomo I. 1 ed. SP: Russell, 2003
- LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007
- MORAIS, André de Oliveira. **O debate entre universalismo e relativismo cultural se justifica?** <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11200&revista_caderno=16.

Publicado em 01 de março de 2012

PANIKKAR, Raimon. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **O Índio, a Inimputabilidade e o Preconceito**. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). **Direito Penal e Povos Indígenas**. 1 ed (2010); 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y Prevención; las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4 ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999

SIMÕES, Jonathas da Silva. **Infanticídio Indígena em Tribos Brasileiras**.

<http://oabpb.org.br/artigos/infanticidio-indigena-em-tribos-brasileiras/> Publicado em 17 de abril de 2012

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010

SOUSA SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (org.). *Reconectar para libertar. Os caminhos do cosmopolismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito Penal e Povos Indígenas**. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). **Direito Penal e Povos Indígenas**. 1 ed (2010); 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004