

# **XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E  
CONSTITUIÇÃO III**

**MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH**

**DENISE NEVES ABADE**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRIO - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

**Comunicação:**

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

**Educação Jurídica**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

**Eventos:**

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

**Comissão Especial**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Direito penal, processo penal e constituição III[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, Denise Neves Abade – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-318-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Os Caminhos Da Internacionalização E O Futuro Do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. XXXII Congresso Nacional do CONPEDI São Paulo - SP (4: 2025: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

# **XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP**

## **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III**

---

### **Apresentação**

A presente obra reúne a produção científica apresentada no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição III, realizado no âmbito do XXXII Congresso Nacional do CONPEDI, em São Paulo, no dia 27 de novembro. Inseridos em um espaço de reflexão crítico-acadêmica de alta densidade teórica, os textos aqui compilados evidenciam o vigor das discussões contemporâneas sobre o sistema penal brasileiro, articulando análises dogmáticas, constitucionais e político-criminológicas. Ao congregar pesquisas que dialogam com metodologias diversas e com a literatura especializada nacional e internacional, a coletânea reafirma o papel do CONPEDI como locus de produção de conhecimento avançado e de circulação de debates capazes de tensionar paradigmas tradicionais, fomentar perspectivas inovadoras e contribuir para a consolidação de um pensamento jurídico comprometido com os direitos fundamentais e com o aprimoramento das instituições democráticas.

O estudo de Idir Canzi, Yonatan Carlos Maier e Lucas Stobe oferece uma leitura tecnicamente consistente do problema das condenações de inocentes, articulando a análise empírica dos erros judiciais com a Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio. A principal contribuição reside na demonstração de que a incoerência sistêmica é estrutural, decorrente tanto do uso inadequado dos procedimentos de reconhecimento quanto da persistência de traços inquisitórios. A interação entre coerência normativa, presunção de inocência e limites epistemológicos do processo penal reforça a necessidade de abordagens sistêmicas para enfrentar injustiças penais.

O trabalho de Paulo Hideki Ito Takayasu e Sérgio Tibiriçá Amaral, ao examinar a constitucionalidade e a eficácia do Cadastro Nacional de Predadores Sexuais, situa-se na interface entre política criminal simbólica e tutela de direitos fundamentais. A comparação com a Lei de Megan evidencia a fragilidade de soluções baseadas em exposição pública, revelando déficits de eficiência e riscos de violação à presunção de inocência. A análise qualitativa e quantitativa demonstra baixa operacionalização da medida e potencial de gerar condenações sociais irreversíveis, indicando a urgência de políticas baseadas em evidências.

Já o estudo de Dierik Fernando de Souza, Danilo Rinaldi dos Santos Jr. e Dêivid Barbosa dos Santos Neves retoma a tensão entre verdade e legalidade no processo penal, aprofundando a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. A discussão das exceções

jurisprudenciais evidencia que a teoria só se mantém como garantia efetiva se forem evitadas flexibilizações que subordinem a legalidade à busca pela verdade. O trabalho contribui ao debate sobre limites epistêmicos da prova e racionalidade do modelo garantista.

A análise crítica realizada por Antonio Henrique da Silva sobre as condenações proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos eventos de 8 de janeiro de 2023 introduz o conceito de humildade judicial como ferramenta hermenêutica e de autocontenção. O exame das dosimetrias demonstra que, embora não haja exacerbação punitiva evidente, persistem inconsistências decorrentes da ausência de critérios objetivos na pena-base. O estudo oferece contribuição relevante ao debate sobre proporcionalidade sancionatória e transparência decisória no âmbito das cortes constitucionais.

No trabalho de André Giovane de Castro, o monitoramento eletrônico é analisado a partir de uma perspectiva que reconhece o caráter jurídico-político das decisões judiciais. A pesquisa, apoiada em método quali-quantitativo, evidencia a coexistência de feições autoritárias e democráticas nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destacando a necessidade de que os direitos humanos funcionem como bússola interpretativa para a formação da decisão judicial em um Estado Democrático de Direito.

O estudo de Tamíris Rosa Monteiro de Castro sobre a Teoria da Co-culpabilidade revisita um dos debates mais complexos da dogmática penal: a possibilidade de considerar a omissão estatal como fator redutor de culpabilidade. A análise constitucional e dogmática demonstra como variáveis estruturais – desigualdade, marginalização e exclusão social – ainda encontram resistência jurisprudencial para ingressar na teoria do delito, indicando a urgência de uma leitura material do princípio da igualdade.

A pesquisa de Lucas Guedes Ferreira de Brito e Fausy Vieira Salomão sobre o sistema prisional de Frutal-MG articula investigação documental, bibliográfica e empírica in loco. A análise da superlotação, das deficiências estruturais e da localização inadequada do presídio evidencia os impactos diretos sobre a dignidade dos presos, a segurança da comunidade e a eficácia das políticas de ressocialização. A perspectiva de um novo presídio surge como alternativa, mas também como convite a reflexões sobre planejamento carcerário e direitos fundamentais.

O artigo de Fabrício Veiga Costa, Karoliny de Cássia Faria e Matheus Castro de Paula enfatiza a indispensabilidade do contraditório técnico na prova pericial, inclusive na fase investigativa. Ao evidenciar a assimetria entre acusação e defesa no inquérito policial, o trabalho consolida a importância de um modelo garantista de produção probatória, no qual a

formulação de quesitos, o acompanhamento técnico e a crítica ao laudo são condições para a concretização do devido processo legal.

Por fim, a investigação de Antonio Carlos da Ponte e Eduardo Luiz Michelan Campana sobre regulação das redes sociais e crimes cibernéticos contra crianças e adolescentes apresenta uma leitura abrangente da arquitetura digital contemporânea, dos tipos penais aplicáveis e dos possíveis modelos regulatórios. A proposta de critérios objetivos para orientar tanto a legislação quanto a jurisdição constitucional e a autorregulação das plataformas contribui de modo inovador ao debate sobre proteção integral em ambientes digitais.

O trabalho de Rodrigo Gomes Teixeira introduz uma discussão sobre a interculturalidade e seus impactos na teoria do delito, ao defender a possibilidade de ausência de ação penalmente relevante em casos de descontextualização cultural absoluta. Fundamentado em uma concepção significativa da ação e em um paradigma discursivo inclusivo, o estudo evidencia a necessidade de um direito penal intercultural que reconheça projetos de vida diversos e experiências etnoculturais historicamente condicionadas. A abordagem sobre performatividade, ação significativa e diversidade cultural explicita que a dogmática penal deve dialogar com parâmetros constitucionais pluralistas, permitindo a identificação de situações nas quais a imputação penal não se justifica diante da ruptura completa entre o ato praticado e o horizonte cultural do agente. Trata-se de uma contribuição de elevada densidade teórica ao debate sobre pluralismo, limites da culpabilidade e reconhecimento das diferenças em um Estado Democrático de Direito.

O texto de Gustavo Ribeiro Gomes Brito enfrenta com precisão analítica o debate sobre o princípio da insignificância na lavagem de capitais, campo marcado por forte expansão legislativa e por tensões conceituais em torno do bem jurídico protegido. Seu estudo historiciza o fenômeno, reconstrói as narrativas de legitimação penal e problematiza a pertinência de juízos de tipicidade material em crimes econômicos, especialmente em sociedades de risco. A investigação, ancorada na literatura especializada nacional e estrangeira, ilumina a complexidade do tema e demonstra que a discussão sobre a insignificância, longe de trivial, demanda compreensão sofisticada da função político-criminal da lavagem de capitais.

O artigo de Alan Stafforti, Juliana Oliveira Sobieski e Rômulo Moreira da Silva projeta um debate essencial sobre tecnologia, liberdade e justiça, ao examinar criticamente a proposta de utilização de NFTs no sistema prisional. Fundamentado na Lei Geral de Proteção de Dados e na teoria das capacidades de Amartya Sen, o estudo evidencia que a introdução acrítica de inovações digitais em ambientes de vulnerabilidade pode produzir reforço de estigmas, riscos

discriminatórios e violações estruturais de direitos fundamentais. O histórico comparado e as referências a experiências distópicas indicam a necessidade de prudência regulatória e de um olhar ético-humanista acerca das finalidades do sistema penal, cujo horizonte constitucional é a ampliação de liberdades, e não o aprofundamento de desigualdades.

Itzhak Zeitune Oliveira e Silva, por sua vez, oferece uma reflexão aprofundada sobre o estado de coisas inconstitucional reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, conectando-o a teorias de políticas públicas estruturais e a experiências estrangeiras, especialmente a colombiana. O autor demonstra como a crise prisional brasileira exige soluções sistêmicas, superando a lógica casuística e convocando o Judiciário, o Executivo, o Legislativo e a sociedade civil para um processo colaborativo de reconstrução institucional. Ao situar medidas como as audiências de custódia, a Súmula Vinculante 56 e o HC coletivo 143.641 no contexto de transformações estruturais, o trabalho revela a urgência de políticas de desencarceramento e de afirmação dos direitos humanos como vetores de contorno do punitivismo.

O artigo de Thiago Allisson Cardoso de Jesus, Igor Costa Gomes e Guilherme da Silveira Botega analisa a proposta de tipificação do ecocídio no PL n. 2933/2023, destacando sua relevância como resposta penal à destruição ambiental em larga escala. Ao examinar os fundamentos jurídicos e político-criminais da criação de um tipo penal específico, o estudo evidencia a necessidade de instrumentos normativos capazes de enfrentar danos ambientais graves e irreversíveis, reforçando a centralidade da tutela ambiental no Estado Democrático de Direito.

No campo da epistemologia jurídica, a contribuição de Ana Clara Vasques Gimenez e Vitor Rorato analisa com rigor científico a fragilidade da prova testemunhal diante dos limites cognitivos da memória humana. A partir de aportes da psicologia do testemunho, expõem como processos de esquecimento, reconsolidação e sugestibilidade alteram a confiabilidade dos relatos, especialmente quando colhidos tardiamente. O trabalho situa-se em sintonia com a literatura internacional que critica práticas forenses baseadas em intuições não científicas e propõe reformas procedimentais capazes de qualificar a valoração probatória e oferecer maior racionalidade às decisões judiciais.

Por fim, o estudo de Maiza Silva Santos sobre advocacia e lavagem de dinheiro apresenta um panorama internacional robusto, mapeando tensões entre sigilo profissional e deveres de colaboração na prevenção a crimes financeiros. Seu exame comparado — que envolve sistemas jurídicos como o norte-americano, britânico, francês, alemão, italiano e espanhol — permite compreender diferentes modelos de regulação e seus impactos sobre a função

essencial da advocacia. A análise do caso Michaud versus França, articulada à atuação do GAFI/FATF e da Rede Egmont, demonstra que o equilíbrio entre proteção do direito de defesa e mecanismos de compliance é tema central da política criminal contemporânea, exigindo parâmetros de proporcionalidade e garantias institucionais para evitar a erosão de direitos fundamentais.

Os trabalhos, em conjunto, evidenciam uma agenda de pesquisa comprometida com a racionalidade penal, com a centralidade dos direitos fundamentais e com o aperfeiçoamento das instituições do sistema de justiça a partir de metodologias robustas e sensibilidade democrática.

Desejamos uma ótima leitura a todos e todas que tiverem o privilégio de acessar estes anais!

São Paulo, 27 de novembro de 2025.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Denise Neves Abade

## **A AUSÊNCIA DE AÇÃO PENALMENTE RELEVANTE POR DESCONTEXTUALIZAÇÃO CULTURAL**

### **THE ABSENCE OF CRIMINALLY RELEVANT ACTION DUE TO CULTURAL DESCONTEXTUALIZATION.**

**Rodrigo Gomes Teixeira<sup>1</sup>**

#### **Resumo**

O presente artigo ocupa-se dos problemas e das questões relacionados com a multiculturalidade que tenham algum tipo de repercussão penal. Assim, a partir de uma concepção significativa do delito, tratamos da hipótese de ausência de ação penalmente relevante por descontextualização cultural absoluta, tendo em conta, sobretudo, os parâmetros democráticos e pluralistas estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Na busca, portanto, de um «direito penal intercultural», intenta-se uma particularização normativa, em vista, na máxima medida possível, de todos os projetos de vida boa e de suas condicionalidades históricas, com o intuito de contemplar nos resultados normativos as experiências etnoculturais indígenas. Nesse contexto, o trabalho estuda as noções de fato culturalmente condicionado, de ação significativa, de performatividade, de ação penalmente relevante, de diversidade cultural e de descontextualização social por razões culturais. Com base, então, num paradigma discursivo racional e inclusivo, propõe-se, no final, um enquadramento dogmático-penal de ausência de ação de interesse penal nos casos de descontextualização cultural absoluta ou determinante.

**Palavras-chave:** Multiculturalidade, Povos indígenas, Conflitos etnoculturais, Fatos culturalmente condicionados, Argumento cultural

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article addresses the problems and issues related to multiculturalism that have some kind of criminal repercussion. Thus, based on a meaningful conception of crime, we address the hypothesis of the absence of criminally relevant action due to absolute cultural decontextualization, taking into account, above all, the democratic and pluralistic parameters established by the 1988 Federal Constitution. Therefore, in the pursuit of an "intercultural criminal law," we attempt a normative particularization, considering, to the maximum extent possible, all projects for a good life and their historical conditioning factors, with the aim of incorporating Indigenous ethnocultural experiences into normative results. In this context, the work examines the concepts of culturally conditioned fact, significant action, performativity, criminally relevant action, cultural diversity, and social decontextualization for cultural

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade Federal de Pernambuco Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra/Portugal

reasons. Based, then, on a rational and inclusive discursive paradigm, a dogmatic-criminal framework is proposed in the end, with the absence of criminal interest action in cases of absolute or determinant cultural decontextualization.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Multiculturalism, Indigenous peoples, Ethnocultural conflicts, Culturally conditioned facts, Cultural argument

## **1 INTRODUÇÃO: O PROBLEMA E A PROPOSTA DE SOLUÇÃO**

Nas sociedades contemporâneas, (quase sempre) com características multiculturais sobressalentes, os conflitos culturais de interesse penal têm se tornado fenômenos cada vez mais comuns. Nas sociedades latino-americanas, especificamente, destacam-se os conflitos etnoculturais - conflitos culturais qualificados pela distinção étnica - pautados pelo histórico de precedência étnico-territorial indígena e pela específica organização social desses povos.

Com isso em vista, propomo-nos neste artigo discutir questões relacionadas ao [mais adequado] tratamento dogmático-penal de comportamentos culturalmente condicionados, considerados, à primeira vista, penalmente relevantes [segundo a percepção cultural majoritária consolidada nas leis penais oficiais dessa sociedade]. Aqui, nos concentramos naqueles casos onde em evidência uma diversidade cultural de tal monta que seja capaz de gerar “uma significativa descontextualização sociocultural do autor do fato culturalmente condicionado analisado”. Buscamos, ao fim deste texto, em vista do ordenamento jurídico brasileiro e da realidade multicultural que lhe é subjacente, sugerir um enquadramento penal que tenha em conta o contexto social e a diversidade cultural – enquanto fatores de explicação dos sentidos sociais desses comportamentos culturalmente condicionados.

No desenvolvimento deste estudo, tratamos de um conceito de ação penalmente relevante, a partir de uma concepção significativa da ação, e dos efeitos dogmáticos dessa compreensão. Ressaltamos, ainda, a necessidade de conexão entre o autor de um fato penalmente relevante e o seu contexto sociocultural. Encerramos o artigo com a apresentação de nossa sugestão de enquadramento dogmático-penal das condutas culturalmente condicionadas qualificadas penalmente, quando seus autores estiverem em situações de descontextualização cultural absoluta.

## **2 O DIREITO (PENAL) E O (SEU) CONTEXTO (SOCIAL)**

O direito não nos é dado, não se encontra desconectado ou “fora do mundo” em que vivemos, mas é parte dele, produto social circunstancial aos relacionamentos intersubjetivos que lhe são subjacentes, servindo aos valores neles consagrados. Disso resulta que, sendo os valores - fins do direito - contextuais, o direito, em função de sua natureza instrumental de realização concreta de valores, também o é, precisando ser sensível ao contexto social no qual está inserido.

Enquanto subsistema funcional, o direito deve estar, portanto, aberto e atento às mudanças valorativas no tempo e no espaço, sendo mesmo esse dinamismo um fenômeno característico de sua essência, que lhe permite renovação permanente. Nessa lógica, diversos direitos se originam, no mais das vezes, precisamente, de pressões por reconhecimentos, decorrentes de novos padrões comportamentais e comunicativos, até então imprevistos<sup>1</sup>.

Nessa linha de pensamento, Boaventura de Sousa Santos preconiza uma espécie de “hermenêutica diatópica”, baseada na compreensão de que as subjetividades e as culturas são, por natureza, complementares, fazendo-se necessário um contínuo diálogo para o estabelecimento de códigos jurídicos de conduta de perfil intercultural, resultantes de uma efetiva “troca” cultural entre as diversas comunidades conviventes em sociedades multiculturais (Santos, 1997, p. 115-116). Neves, por sua vez, propõe uma espécie de “metodologia transconstitucional”, pautada em critérios de igualdade, de autonomia e de reciprocidade, que se materializa em “relações de observação mútua” e objetiva o aprendizado e o intercâmbio (Neves, 2009, p. 117-118).

De ambas propostas é possível extrair algumas notas básicas para a conformação de um sistema operacional conciliatório, adequado a uma efetiva “conversação” entre sistemas normativos com referenciais culturalmente distintos. Notadamente, destaca-se a necessidade de uma relação de mútua coordenação e influência entre as diversas ordens normativas concorrentes, constitutiva daquilo que Neves chama de “fertilização constitucional cruzada” (Neves, 2009, p. 119)<sup>2</sup>. Assim, sob essa perspectiva, o direito resulta diretamente de certas relações intersubjetivas e opções valorativas, sendo os conteúdos significativos das normas jurídicas dependentes da historicidade dos seus concernidos e das pautas valorativas predominantes nas sociedades de suas referências.

No domínio penal, essa índole contextual das normas punitivas faz-se ainda mais essencial, visto que as normas penais legitimam-se, necessariamente, a partir de “uma integração com o [seu] contexto histórico, geográfico e político” (Busato, 2010, p. 72), sendo certo que a justiça penal é um reflexo dos princípios e valores político-criminais que lhe

<sup>1</sup> A partir dessa constatação, Neves, tratando do modelo discursivo democrático e plural, pontua que “só os princípios de uma moral do dissenso podem ter o caráter universalista e incluente no sentido do acesso de toda e qualquer pessoa”. Nesse ambiente, diz ele, o direito deve demonstrar-se, ao mesmo tempo, preparado para orientar condutas na esfera pública e receptivo às críticas e ressignificações sociais, permitindo, assim, uma permanente discussão dos significados e sentidos comportamentais, conforme os contextos culturais referíveis, bem como dos valores prevalentes (Neves, 2008, p. 128 e 135).

<sup>2</sup> “[S]em que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens [normativas], uma *ultima ratio* jurídica” (Neves, 2009, p. 119).

garnecem, bem como de sua aptidão prática para aplicá-los nas respostas e soluções dos problemas e questões concretos que lhe são submetidos (Roxin, 2002, p. 20)<sup>3</sup>.

Dessas constatações decorre a necessidade de adoção de um conceito de norma penal contextualizado, ou seja, que tenha em conta uma contextualidade social específica, expressivo, em última análise, de um sentido negativo compartilhado pela sociedade de sua referência. A partir dessa perspectiva, as normas penais podem ser definidas como convenções dialógicas racionais possíveis, frente às conjunturas reais históricas de cada sociedade, útil aos valores nelas consagrados, sendo legítimas e aplicáveis enquanto mantiverem ambiência com seu entorno social e axiológico (Contreras; Cintas, 2014).

O consenso em torno de uma norma penal adstringe-se, portanto, a uma racionalidade discursiva inclusiva que lhe confere, na feliz expressão de Neves, uma espécie de “força motivadora das afirmações verdadeiras” (Neves, 2008, p. 111). Dessa forma, a norma penal desponta válida, discursivamente, de bases comunicativas comuns aos seus concernidos e o sentido social criminoso do comportamento humano que consolida, necessariamente, interliga-se a uma determinada historicidade (Tavares, 2018).

Nessa lógica, as limitações materiais do direito penal derivam dos seus fundamentos, sendo a sua incidência concreta condicionada pela “realização gradual dos valores” que lhe servem de guia, expressivos de um tipo de subjetividade [contextual]. Com efeito, a norma penal vale e incide na situação pelos argumentos que lhe são favoráveis, que se constituem, no caso concreto, em melhores motivos de agir num determinado contexto social, estabelecendo, por assim dizer, uma “uma razão aceita” por todos os envolvidos no debate (Habermas, 1989, p. 78 *et seq.*).

### 3 A AÇÃO PENALMENTE RELEVANTE

Enquanto expressão de um entendimento mútuo vinculante, a norma penal apresenta-se, portanto, no contexto de sua vigência, como um “motivo” ou “razão de agir”, decorrendo seu exato conteúdo e seu alcance [mandamental ou proibitivo] de uma prévia “contextualização” (Mendes, 2014, p. 147). Sob essa perspectiva, “ação” é o que pode ser compreendido como tal em termos intersubjetivos, sendo definida como um comportamento humano dotado de “sentido social”, expressado num processo interativo linguístico-histórico-cultural compartilhado pelos sujeitos em comunicação.

<sup>3</sup> Numa linha de raciocínio próxima, Zenkner postula um “sistema aberto à realidade” e afirma estarmos passando por um momento de crise do pensamento sistemático-penal, explicada, em sua opinião, pelo esquecimento do “problema” no método jurídico” (Schmidt, 2007, p. 160).

Fora das fronteiras do território comunicativo, portanto, fazem-se até possíveis contatos sociais, mas não propriamente comunicações aptas a promover entendimentos mútuos entre sujeitos performativos.

Procede disso que, o sentido social da conduta, enquanto pressuposto e resultado da comunicação, depende da “pré-compreensão” e das intuições fornecidas e encontradas no mundo vivido compartilhado pelos atores falantes. Assim, num modelo penal significativo, são requisitos da ação “a capacidade subjetiva de atuar de acordo com o contexto social de referência da norma penal e a presença de um processo democrático de comunicação”<sup>4</sup>. O sentido vinculante de um comportamento é (deve ser), por conseguinte, aquele acessível, partilhado, discutido e preferido por todos os participantes desse ambiente de convivência.

Dessa forma, as ações valem pelo que são percebidas pelos sujeitos em seus contatos e experiências comunicativos, importando pelo que significam para as pessoas envolvidas nas situações concretas analisadas. Somente um significado assim consolidado pode ser transportado para uma norma penal e assumir uma função motivadora de outras ações. As ações significativas caracterizam-se, pois, pelo ato de “dizer” algo comprehensível a alguém num dado horizonte cultural e linguístico.

A norma penal, constituindo-se [também] num produto funcional significativo, na sua busca de ordenar a convivência social conforme as compreensões que veicula, não pode, assim, ignorar essa percepção social cotidiana, sendo, precisamente, o que procura capturar e reproduzir em seus mandamentos e proibições.

Desta feita, uma ação somente adquire relevância penal quando, desdizendo o ajuste normativo-penal, enquadra-se na sua descrição legal, incorporando em seu sentido social as pretensões de validade normativas de relevância e de ofensividade. Por isso é que, nesse processo significativo, “investiga-se, primeiro, a condição de pessoa deliberativa do sujeito e, [somente] depois, o fato”, visto que, como explica Tavares, “tampouco haverá ação quando o sujeito não puder tematizar seus objetos no contexto”, já que a mera ofensividade não implica um significado criminoso (Tavares, 2018).

A norma penal veicula, pois, uma valoração da ação humana em vista de um prévio sentido social (convencionalmente) negativo. Em função disso, assumem relevância penal apenas as ações que se põem perante as normas penais contrariando as suas razões e os seus objetivos, ferindo bens, interesses ou direitos penalmente tutelados. Em termos significativos, portanto, a ação de interesse penal estabelece uma relação comunicativa com uma norma

<sup>4</sup> Daí Tavares “conceituar a ação como a conduta volitiva, orientada por parâmetros ou objetos de referência, expressos no injusto e subordinados a um discurso jurídico válido, no âmbito da prática social do sujeito” (Tavares, 2018, p. 133 e 135).

penal incriminadora, pressupondo um substrato ôntico comportamental e a capacidade subjetiva de seu autor de apreender as regras sociais que estão por trás e dão suporte às respectivas obrigações penais.

Daí ser certo dizer que, observados os limites ontológicos e significativo-contextuais, quem decide o que é ou não uma ação penalmente relevante são, em última instância, os próprios sujeitos responsáveis, ou seja, as pessoas deliberativas que participam dos processos criativos e interpretativos das ações e normas penais, ficando os aplicadores da lei penal subordinados aos seus acordos discursivos. Com efeito, uma ação criminosa pode ser definida como uma espécie do gênero das ações sociais, um tipo de ação que, especificamente, em vista das práticas e regras sociais vigentes num dado contexto social, desrespeita bens, interesses ou direitos considerados fundamentais pela convenção acolhida pela lei penal.

O crime tem assim sua definição construída socialmente, necessariamente, em função de uma específica escala valorativa contextual, estabelecida pelos próprios cidadãos conviventes e deliberativos. Isso confirma a índole, preferencialmente, localista e contextualista do direito penal, à medida que sua ordem valorativa precisa encontrar respaldo concreto, sendo situada historicamente. A norma penal, nesse enquadramento, ao tempo em que veicula os sentidos comportamentais tidos como danosos e perigosos, serve de guia para que as pessoas orientem seus planos de ações sociais.

Contudo, a compreensão das práticas e regras sociais suportes das normas penais não esgota as exigências de valência contextual da ordem penal. Uma vez que os significados das condutas não são inatos ou definitivos, mas (além de contextuais) dinâmicos, podendo variar conforme o tempo e o lugar de sua realização, faz-se necessário que a adaptação do sujeito ao contexto social da norma seja real e efetiva. Esse ajustamento põe-se mesmo como condição necessária (básica) da qualificação penal de suas condutas, visto que sem isso elas podem não se qualificar como um tipo de ação de interesse para o direito penal.

Por isso, o agir significativo penal não pode jamais ser confundido com um mero movimento corporal voluntário, sendo sempre um algo mais, dotado de racionalidade performativa e deliberatividade perante um mundo com múltiplas motivações e provocações contextuais. A partir desse entendimento é que Vives Antón ressalta que a ação criminosa não se define apenas pelos seus aspectos e fatores físicos (exteriores), mentais (inteiros) ou normativos (juízos valorativos feitos pela norma penal), mas pela conjunção de todos eles, sobretudo, dos relacionais, que realçam a especial relação entre o sujeito-agente, o seu entorno social e a norma penal que lhe pretende controle (Antón, 2022).

Fora de contexto o autor não consegue orientar suas condutas pela norma penal de referência, representando ela (a norma) um elemento estranho a ele, ou seja, um *nonsense*, incapaz de lhe comunicar, ideal e adequadamente, suas razões e orientações de agir. Sem conhecer as regras sociais condicionantes de seus comportamentos, demonstrando-se carente de capacidade performática para criticar os outros e a si mesmo, o sujeito não se apresenta apto a interagir autonomamente em vista das normas penais.

Alheio às circunstâncias contextuais locais, sem capacidade interpretativa das regras sociais e do entorno social, o sujeito não grangeia definir seus objetivos de comunicação e, no âmbito penal, não produz ações relevantes penalmente, pois, quando dizemos uma ação criminosa, admitimos (já) uma pretensão de validade da norma penal relacionada à compreensão adequada de um sujeito em face dos objetos penais protegidos na situação. Daí dizermos que a ação penalmente relevante, em termos significativos, constitui-se num conceito jurídico, que nasce de uma seleção normativo-penal de dados fáticos exteriorizados intencionalmente pelo sujeito (Antón, 2022).

Essa lógica significativo-comunicacional conforma, portanto, toda a racionalidade penal e confere ao conceito de delito uma natureza essencialmente normativa, fazendo insuficiente para a sua configuração dados meramente ontológicos ou axiológicos. Com efeito, tendo em conta que a ação criminosa nasce de uma relação entre o objeto jurídico de proteção penal e o mundo de vida do sujeito-agente, resulta que somente a coincidência contextual entre eles possibilita que a referida norma penal incriminadora explique a ação como criminosa e lhe pretenda controlar socialmente (Pérez, 2007).

Essa interconexão dá-se, precisamente, quando as razões normativo-penais, que buscam, em última análise, proteger certos bens e interesses tutelados pelo direito penal (princípio da ofensividade), confrontadas com os motivos de agir contrários do sujeito-agente, são compreendidas como (as) melhores numa dada situação concreta, prevalecendo como argumento forte para fins de atribuição de relevância penal e de sua regulação (Tavarez, 2018). Descontextualizado socialmente ou determinado por forças externas, um comportamento não adquire atributos situacionais básicos, permanecendo sem uma matriz social-penal-significativa (Antón, 2018).

A norma penal cria a ação criminosa ao selecionar certos atributos significativos seus. Essa precedente previsão legal, corolário do princípio da legalidade penal, é requisito de integração da ação (já tida por negativa para a sociedade) ao mundo penal. Sem uma lei incriminadora reflexiva do sentido social negativo da ação, o comportamento pode até ser tido como uma ação social, mas não uma ação social penal, permanecendo um “nada penal”, um

fato irrelevante penalmente. Nesse ponto, fica traçada uma fronteira entre os fatos/comportamentos/substratos ônticos irrelevantes penalmente (que podem ser ações sociais não-penais) e as ações sociais/contextuais de interesse penal.

Os “fatos ou comportamentos” respondem às leis naturais ou às regras sociais vigentes em outro contexto ou ordenamento social que não o da norma penal de incidência, ao passo que as “ações de interesse penal”, enquanto comportamentos livres e contextuais, praticados por sujeitos com capacidade de se orientar pelas regras e práticas sociais vigentes no contexto social correspondente ao da lei penal, representam um certo modo de ver e perceber o entorno social do agente e por isso “assumem significados intersubjetivos que pretendem e podem se comunicar com as expectativas normativas” (Antón, 2018, p. 14).

Dessa maneira é que, segundo Vives, a distinção entre fatos e ações não se baseia em qualquer elemento intrínseco a eles, mas no aspecto significativo de um e descritivo de outro, é dizer, na essência meramente constatativa de uns e comunicativa dos outros. Os fatos são, essencialmente, descritivos e sem interesse comunicacional (e, portanto, sem interesse penal), logo, somente acontecem e independem de ajustes prévios vinculantes. As ações, por seu turno, são compreensíveis ou perceptíveis pelos outros sujeitos responsáveis e contextuais, tendo relevância penal, porque comunicativas e significativas, pressupondo contextos, interpretações, negociações, convenções valorativas e acordos intersubjetivos (Antón, 2022)<sup>5</sup>.

Essa distinção baseia-se, sobretudo, na ideia de que uma ação é um produto humano racional e livre, não (completamente) condicionado a fatores exteriores. De acordo com o próprio Vives, suas considerações sobre a noção de ação provêm (já) das lições kantianas, que fixam a imperativa associação da liberdade à razão, uma vez que os juízos racionais exigem uma adesão livre e voluntária às justificativas, sendo certo dizer que não há razões sem liberdade de escolha. Assim é que “a razão pura tem que se submeter à crítica em todas as suas empresas”, visto que “sobre tal liberdade (de crítica) se baseia mesmo a existência da razão”. Consequentemente, só há uma ação racional se existir um estado de ser livre (Antón, 2018, p. 14)<sup>6</sup>.

Assim é que o sentido penal (danoso ou perigoso) de uma conduta depende também da autonomia contextual de seu autor, porque sem liberdade ou intencionalidade injurídica não se pode falar em ação criminosa, que exige uma adesão subjetiva. A ausência de autonomia suprime mesmo a própria capacidade de realização da ação social, na medida em

<sup>5</sup> Nesses termos, a categoria das ações é reservada àqueles comportamentos significativos, ao passo que a categoria dos fatos abrange àqueloutros eventos humanos sem sentidos sociais ou com sentidos sociais incompatíveis com o da norma penal de referência (Antón, 2022, p. 166 *et seq.*, 498-499).

<sup>6</sup> Sob essa ótica, a liberdade pode, então, ser definida como a *capacidade de guiar-se pela razão* (Antón, 2018, p. 14).

que afeta o próprio processo comunicativo conformativo de seu significado. A falta de liberdade do sujeito faz, portanto, esvair-se o potencial enunciativo de suas vontades e desejos, os únicos, verdadeiramente, dotados de pretensões de validade que podem, eventualmente, contradizer as razões proibitivas contidas nas normas penais (Antón, 2022, p. 497).

A atribuição de sentido penal a uma ação pressupõe, portanto, uma absoluta capacidade deliberativa, uma aptidão do sujeito para decidir-se pelas melhores razões de agir, uma vez que a qualidade significativa de toda e qualquer ação subentende a possibilidade de respostas às motivações normativas, sem as quais não pode ser afirmada um tipo de ação penalmente relevante, mas um mero comportamento sem interesse penal.

Essas motivações, que se ligam aos valores e interesses eleitos pela sociedade de referência como razões de agir, são consolidadas em normas penais, justamente, com o fim primário de orientar aqueles que podem se motivar por seus mandamentos e coordenar seus planos de ações. Pensar o contrário, representaria, justamente, inverter a ordem lógica das coisas e dotar o direito de um traço originalmente violento e irracional (Antón, 2022).

A liberdade de ação põe-se, assim, como um antecedente lógico fundamental do próprio sentido social criminoso que se discute conferir aos comportamentos humanos, sendo certo concluir que onde não há liberdade de escolha não é possível afirmar uma ação (Busato, 2015). Como um ente jurídico, a ação de interesse penal condiciona, pois, sua existência a uma relação normativa entre um sujeito responsável e uma norma penal, que filtra os dados empíricos em vista dos valores que a sociedade entendeu mais importantes (Antón, 2022).

A partir dessa proposta significativa é que se atribui ao conceito de ação na teoria do delito a função de expulsar do mundo penal as situações comportamentais irrelevantes penalmente. A ação de interesse penal, enquanto categoria dogmática, tem a função principal de negar relevância a certos fatos e comportamentos, classificando-os, desde logo, como eventos sem interesse penal. As normas penais restringem-se a dirigir somente alguns tipos de ações, as ações contextuais com sentido penal, nunca os comportamentos/fatos (não contextuais), que, face à ausência de sentido social penal, qualificam-se como penalmente desinteressantes.

As ações penalmente relevantes – contextuais -, só por isso adentram no mundo penal e podem ser classificadas, presentes outros requisitos, como crimes. Aqui, realiza-se o descolamento das versões ontológicas e estritamente normativas da teoria significativa do delito, com a adesão a um esquema social de ação, que procura fazer decorrer o conceito de crime de percepções contextuais intersubjetivas. Interessa, ao direito penal, não qualquer tipo

de conduta ou ação do mundo natural, mas, designadamente, “um específico tipo de ação”, que se destaca por sua relevância específica, de acordo com a opinião social, acolhida pela norma penal, de se colocar em contrário aos desígnios de tutela penal.

O crime apresenta-se, portanto, não como uma qualquer ação, mas sim como um tipo de ação social, especial em face de outras ações e de outros comportamentos, e que somente por suas particularidades deve ser analisado no processo penal. Nessa medida, os crimes não são dados objetivos ou ônticos, mas significados sociais, locais, circunscritos à determinada sociedade, tempo e lugar. Por óbvio, nada impede que seus sentidos alcancem várias sociedades, mas não podem ser impostos pela força, precisando que sejam sempre compartilhados autonomamente pela adesão racional.

Em termos dogmático-penais, o conceito de ação encarrega-se, portanto, de separar um tipo de ação que possui “um certo sentido negativo diferencial” e que, por isso, desperta interesse penal, de todas as demais ações e comportamentos que não possuem um sentido negativo similar e não despertam esse mesmo interesse. Antes disso não há uma ação para fins penais, mas um “nada penal”, um fato irrelevante penalmente. Com efeito, verificado que uma conduta não possui significado ou interesse penal, resta, em termos jurídico-penais, em rigor, “uma não-ação” criminosa ou, se se quiser, uma situação de “ausência de ação” – penalmente relevante (Antón, 2022, p. 313; Busato, 2010, p. 227).

Desse modo, cumpre reforçar, a ação penalmente relevante reduz-se a um conceito normativo, constituído por aspectos selecionados pela lei penal, que busca reproduzir em seu texto a interpretação de tudo aquilo que se convencionou assim ser socialmente. São descritos pelo legislador “tipos de ação”, selecionados porque tidos por relevantes para o controle social e para a ordenação da convivência humana (pretensão de relevância), tudo, de acordo com a finalidade do direito penal de proteger bens jurídico-penais (pretensão de ofensividade), conforme Pérez (2007, p. 34 *et seq.*).

Esses tipos legais resultam da interpretação de que certas ações são lesivas ou perigosas para valores ou interesses tidos como importantes para a sociedade como um todo, devendo por isso ser proibidas penalmente. Assim, pelo critério normativo-penal, fica claro que o recorte semântico das ações penalmente relevantes encerra apenas uma pequena parte do universo comportamental, deixando de fora todo o resto das ações existentes no mundo, tidas como irrelevantes e inexistentes para o mundo penal. O tipo de ação descrito em lei incriminadora expressa, dessa forma, uma espécie de “pretensão de relevância” penal, válida porque apoiada em convenções intersubjetivas contextuais (Pérez, 2007).

Um tal modelo jurídico-penal significativo parece-nos bem responder aos desafios impostos pelos conflitos culturais em sociedades multiculturais. Assim, ao partir da ideia de que a ação deve, necessariamente, transmitir um sentido intersubjetivo, não proveniente, exclusivamente, nem da natureza das coisas (ontologicamente), nem da norma penal (normativamente), mas de convenções, relacionamentos e práticas sociais, esse modelo permite a busca de um resultado normativo comunicativamente construído por sobre regras e conhecimentos compartilhados por todos os pontos de vista culturais.

#### 4 OS FATOS CULTURALMENTE CONDICIONADOS

O fato culturalmente condicionado, segundo as lições de Van Broeck, pode ser definido como:

[...] um comportamento realizado por um sujeito pertencente a um grupo étnico minoritário, que é considerado crime pelas normas do sistema da cultura dominante. O mesmo comportamento, na cultura do grupo de pertença do agente, é, por outro lado, tolerado, aceito como normal ou aprovado, ou, em determinadas situações, é até mesmo imposto (Van Broeck, 2001, p. 5).

Dessa definição clássica sobressai, de logo, um conflito etnocultural com impacto sobre um bem tutelado pela lei penal oficial, do qual avulta uma noção restritiva de cultura reflexiva de uma diversidade cultural coeficiente de uma diferenciação social e de uma identificação étnica de certos grupos culturais e das suas práticas e regras sociais aptas a sublinhar um “tipo de multiculturalidade étnica relevante”, excludente de outras que não sejam expressivas desse tipo de diferenciação.

Tal ajustamento conceitual torna o dado cultural menos fluído e abstrato, logo, mais consentâneo com os fins do direito penal, permitindo uma definição que atribua também uma maior concreção à categoria dos fatos culturalmente condicionados. Com efeito, faz-se possível sublinhar uma razão sociocultural especial para um tratamento penal distintivo de certas condutas culturalmente condicionadas, na medida em que o tipo de diversidade por trás dela constitui-se num fator de diferenciação da estruturação social relevante do ponto de vista jurídico<sup>7</sup>.

Em rigor, uma tal perspectiva propicia a distinção das noções de diversidade cultural em sentido estrito (ou etnocultural) e de pluralismo (noção mais ampla), a partir de um

<sup>7</sup> Essa relevância justificativa de uma distinção de tratamento jurídico expressa-se no fato de que a referida diferenciação social pode levar, no limite, a uma desorientação normativa dos membros de minorias culturais exóticas, pelo desconhecimento ou incompreensão de alguns dos mandamentos legais estatais.

critério diferencial-organizativo da etnicidade, de forma a afirmar que só as primeiras incluem-se na noção acima referida dos fatos culturalmente condicionados. Esse é, aliás, um dos importantes efeitos dessa abordagem, qual seja, permitir a categorização dos motivos de agir em culturalmente “amplos” e culturalmente “estritos” (ou etnoculturais), consoante digam respeito apenas às razões específicas de grupos subculturais ou de grupos minoritários etnoculturais, tais como os povos indígenas.

Assim sendo, em termos metodológicos, neste texto, quando nos referirmos aos fatos (ou “crimes”) culturalmente condicionados, estaremos tratando somente daquelas condutas praticadas por razões culturais específicas de grupos minoritários etnoculturais, posto que fundados em divergências culturais causadas por fatores étnicos, denotativos de desacordos valorativos centrais, no mais das vezes, de difícil conciliação e que colocam em questão os próprios fundamentos jurídico-democráticos da sociedade.

Nesses termos, ao isolar certos elementos culturais, tidos (aqui) por mais importantes para o tratamento penal dos conflitos culturais, a etnicidade aponta, enfim, para um específico tipo de motivação cultural (relevante penalmente), em relação ao qual deve necessariamente referir-se uma qualquer argumentação cultural defensiva.

## **5 A AUSÊNCIA DE AÇÃO PENALMENTE RELEVANTE E A “PERFORMATIVIDADE CULTURALMENTE COMPROMETIDA”**

Em termos amplos, o argumento cultural caracteriza-se pela apresentação, em sede processual penal, de razões de agir baseadas em motivos culturais. Exige, assim, uma referência direta a fatos culturalmente condicionados. Na hipótese do texto, o argumento cultural precisa fundar-se num fator contextual expressivo de uma realidade de diversidade etnicultural (indígena) absoluta, capaz de interfirir, de maneira relevante e sensível, no modo de ser e de pensar do autor do fato, impactando decisivamente sua percepção significativa do seu entorno social.

O seu principal fundamento antropológico condiz, portanto, com um condicionamento sociocultural relevante do sujeito indígena, o qual não pode ser ignorado pelo direito. Disso decorre a sua finalidade genérica no domínio penal, consistente na procura de relevar um crime ou a sua punição, isentando ou atenuando a pena a ele cometida penalmente. Em qualquer hipótese, portanto, a defesa cultural volta-se ao beneficiamento

(nunca ao prejuízo) do autor cultural quando da análise jurisdicional de um fato culturalmente condicionado<sup>8</sup>.

Nesse sentido, cabe-nos, então, dizer que o argumento cultural pode direcionar-se a impugnar a própria existência de uma ação penalmente relevante. Nessa hipótese, dar-se-ia uma situação de “ausência de ação”, por falta de significado social negativo da conduta culturalmente condicionada. A descontextualização cultural, dessa forma, ao influir num dos pressupostos da ação social, a performatividade, afetaria a própria relação comunicativa entre o sujeito e a norma penal, impedindo-lhe de conhecer ou compreender as proibições ou mandamentos penais aplicáveis à situação concreta analisada (Tavares, 2018, p. 150)<sup>9</sup>.

Isso é assim porque, em situações desse tipo, a diversidade cultural relevante impõe ao autor do fato um outro [diverso] sistema normativo, interferindo no próprio juízo existencial de sua ação [culturalmente condicionada], que se encontra deslocada. Nesse contexto é que Tavares ressalta a necessidade de que a diferença cultural idônea a prejudicar o juízo de existência de uma ação penalmente relevante deva ser de tal monta que seja “capaz de afetar as normas vigentes de convivência”, levando àquilo que ele tem chamado de “performatividade culturalmente comprometida” (Tavares, 2018, p. 150).

A expressão dogmática do juízo de “ausência de ação por descontextualização cultural”, que aqui propomos, ampara-se, fundamentalmente, na verificação situacional de que um comportamento culturalmente condicionado pode não guardar, em si, um significado especialmente ofensivo, perigoso ou contraditório às razões jurídico-penais, seja porque o sujeito não comprehende que o objeto atingido por sua conduta é um bem digno de tutela penal, seja porque, apesar de ter essa compreensão, buscava um desígnio diverso, de acordo com sua convicção cultural. Considera-se que, num ou outro caso, falta-lhe a percepção de que realiza um ataque a um bem tutelado penalmente ou de que age com falta de cuidado em relação ao referido bem jurídico-penal.

O raciocínio é de que uma conduta não adquire o sentido de crime se falta ao sujeito o propósito de agir significativamente em ataque ou com descuido reprovável a um bem penalmente tutelado. Carece o sujeito, nessa hipótese, de conhecimento das regras pertinentes aos usos e práticas sociais locais, indicativas de como os objetivos individuais e coletivos podem ser alcançados nesse contexto sociocultural. Pode lesar ou colocar em risco um bem, mas sem uma “intenção deliberada”. Assim, sem o conhecimento e a compreensão das “regras

<sup>8</sup> No sentido do texto, Renteln define o argumento cultural como “uma causa de exclusão ou de diminuição da responsabilidade penal invocável por um sujeito pertencente a uma minoria étnica com cultura, costumes e usos diversos ou, em qualquer caso, em contraste com os da cultura do sistema anfitrião” (Renteln, 2002, p. 196).

<sup>9</sup> Sobre o conceito jurídico de ação, cf.: Zaffaroni e Batista, 2010, p. 100 *et seq.*

do jogo” encontra-se ele [o sujeito] fora de contexto, produzindo, em termos pragmáticos, sob o ponto de vista penal, comportamentos meramente aleatórios e casuais.

Verificada, então, uma conduta culturalmente condicionada com objetivo diverso daquele de lesar bem jurídico tutelado penalmente - mas com esse efeito causal, é possível -, no limite, a partir da constatação de que a diversidade cultural retirou a possibilidade do autor do fato de conhecer ou de compreender as regras e práticas sociais subjacentes à norma penal, chegarmos a uma conclusão de ausência de ação.

A diversidade cultural relevante, capaz de levar o autor a atuar sem conhecimento ou compreensão das regras por trás das normas penais, pode, portanto, retirar da conduta cultural o sentido de ação de interesse penal, fazendo-lhe um irrelevante penal e nessa medida uma “não-ação”. Assim, naqueles casos em que a própria subjetividade do agente e sua deliberatividade restem, sensivelmente, afetadas pela diversidade cultural, impedindo o sujeito-agente de realizar “o tipo de ação lesiva ao bem proibido penalmente”, impõe-se uma solução penal que restrinja ou mesmo afaste a sua punição<sup>10</sup>.

A falta de capacidade deliberativa afeta, pois, justamente, essa conexão com a norma, impedindo que o sujeito exprima comportamentos com sentido de ofensa ou perigo a bens jurídico-penais. Nesse caso, basicamente, a norma penal não consegue comunicar sua mensagem ao sujeito (e vice-versa). Trata-se, pois, de fazer com que a norma penal reflita uma realidade valorativa consensualmente sobreposta, a partir de regras e práticas sociais consentâneas aos envolvidos e que seja capaz, em última instância, de servir de suporte para responder, de uma maneira satisfatória, às diversas situações conflitivas emergentes nesse meio social.

Com efeito, em caso de comportamentos absolutamente descontextualizados praticados em observância de outras regras sociais, configura-se uma situação de carência de performatividade, face à submissão do sujeito a um sistema normativo diverso daquele que fornece suporte à norma penal oficial questionada. Assim, em relação a um comportamento praticado fora de contexto social por diversidade cultural relevante, por ausência ou escassez de contato do agente com a sociedade majoritária, impõe-se a solução dogmática de ausência de ação criminosa.

A consideração do sujeito concreto, com seus conhecimentos e experiências adquiridos em suas vivências cotidianas, concilia-se com o estabelecimento de um novo

<sup>10</sup> A escolha da específica solução no caso concreto dependerá (sempre) do nível de comprometimento performativo do autor do fato culturalmente condicionado. Dando suporte a esse entendimento, cf. Busato, 2010, p. 233. Nesse sentido também, afirmando que “não haverá ação quando o sujeito não puder tematizar seus objetos no contexto”, cf.: Tavares, 2018, p. 150.

centro gravitacional do conceito de crime, de perfil horizontalizado, necessariamente intersubjetivo, em vista de juízos prático-contextuais, integrados em seu binômio tempo-espacó. Metodologicamente, essa noção de ação penalmente relevante, condicionada ao seu lugar social, permite a crítica e a autocrítica interativas do direito penal, sob uma ordem objetiva de valores interculturais<sup>11</sup>.

Num cenário de descontextualização cultural, o sujeito encontra-se desconectado da norma penal, sendo sua conduta, na verdade, um “*nonsense*” contextual, que torna inviável o bom cumprimento das funções motivadora e valorativa do direito. Considera-se aí o sujeito uma “pessoa irresponsável penalmente”, porque incapaz de se motivar pelas razões normativas. Somente numa situação fática caracterizada por incertezas e liberdade comportamentais é possível falarmos em ações, juízos e significados jurídico-penais. Onde não existe isso, por falta de performatividade do autor do fato, não se tem a opção de escolha de agir conforme (ou não) com a norma, que fundamenta, em última instância, a reprovação penal.

Um modelo significativo de delito requer, pois, um sujeito que se demonstre habilitado a compreender e a fazer-se compreender, por meio de ações correspondentes aos códigos sociais vigentes no respectivo contexto da norma penal. É essa exigência que faz, já num primeiro momento dogmático, que o elemento da ação sirva de filtro e critério de avaliação da (ir)relevância penal de qualquer evento social.

Daí a “subjetividade” condicionar a própria existência significativo-penal da ação, o “sujeito responsável” constituir-se em “pressuposto indeclinável de um conceito de ação” e a performatividade funcionar como um limite do alcance punitivo-penal (Tavares, 2018, p. 135).

Quando a norma penal não se relaciona, argumentativamente, com uma pessoa deliberativa, falta-lhe razão comunicativa e consequentemente legitimidade punitiva. Em termos dogmáticos, diante de condutas praticadas por sujeitos incapazes de se posicionar, criticamente, perante os acontecimentos sociais, dá-se uma situação de ausência de ação criminosa, porque, de acordo com a concepção significativa da ação, os sujeitos imputáveis precisam compartilhar semelhantes perspectivas históricas com as normas penais, não podendo ser responsabilizados para além daquilo que conhecem, compreendem ou podem se posicionar interpretativamente.

---

<sup>11</sup> Tendo em vista as lições de Alexy, no sentido de que somente a partir da ordem hierárquica de valores de um lugar, é possível aferir a legitimidade do que é nele ordenado (Alexy, 2008, p. 153).

A autonomia firma-se, assim, como um dos requisitos subjetivos da imputação penal, visto que somente um sujeito livre e consciente pode decidir que mensagens deseja passar por meio de seus comportamentos. Nessa lógica, é possível associar o conceito de performatividade ao de “autonomia contextual”, pois a vinculação às razões normativas depende da obtenção pelos atores do discurso das devidas condições deliberativas de apreender os seus enunciados numa situação concreta e de influenciar no processo interpretativo dos significados comportamentais pertinentes.

Uma vez que as ações contextualizam-se pelo conhecimento e pela observância das regras de trânsito e finalidades intersubjetivas, numa postura de expectativa razoável, que se ampara na confiança de reciprocidade, faz-se razoável, então, orientarmos nossos planos de ação conforme esses objetivos e práticas sociais prevalentes. A ação penalmente relevante, como espécie de ação contextual, mantém-se, assim, definitivamente, correlacionada a essa noção de deliberatividade, perfazendo-se a descontextualização cultural uma causa de ilegitimidade da norma penal, porquanto incidente sobre sujeitos sem intencionalidade (especificamente) objetivo-penal<sup>12</sup>.

A intencionalidade, aqui, deve ser entendida como uma capacidade de se orientar conforme a consecução de um certo objetivo e de comportar-se de acordo com um sentido social compartilhado no contexto social que dá suporte à norma penal. A vontade de agir em relação a um objetivo censurado pela norma penal põe-se, então, como um outro requisito de imputação penal (Tavares, 2018).

Nesses termos, um sujeito em condições não-deliberativas encontra-se impossibilitado de interagir significativamente com a norma penal, restando incapaz de contrariar intencionalmente suas razões normativas, simplesmente, porque não as entende ou não é apanhado ou abalado por elas. Nesses termos, as razões da norma são para ele indiferentes não-comunicativos.

Consequentemente, sem interação não há ação de interesse penal, mesmo quando causadoras de dano e de perigo a um bem jurídico-penal, porque ausente uma expressão de sentido negativo especificamente penal. Isso deve ser assim porque o direito penal não deve se preocupar com a causalidade em si, mas com a causalidade que reflete um significado racionalmente contraditório às suas razões normativas.

Naturalmente que, em relação a resultados causais danosos ou perigos não queridos pela convenção penal, podem ser tomadas outras medidas (não penais) administrativas ou

---

<sup>12</sup> Assim, definindo a ação como “um acontecimento que se encontra associado a um espaço temporal”, portanto, contextual, cf.: Luhmann, 2005, p. 108.

particulares de contenção ou adequação social, para que não mais ocorram daquele jeito. O que não se admite, nesses casos, é a incidência de sanções penais sobre eventos não-significativamente penais, pois, como já dito algumas vezes, as penas somente se comunicam com condutas contextuais e significativas, na medida em que elas se demonstram as únicas receptíveis às suas razões, porque dotadas de um sentido pensado, de meios intencionalmente selecionados ao atingimento dos objetivos visados pelo seu autor e proibidos pelas normas penais.

Portanto, numa situação de descontextualização cultural absoluta ou relevante, em que o sujeito atua sem uma pretensão de validade adequada em face das regras e práticas sociais do lugar, é inteiramente razoável que sua conduta seja tida, significativamente, pelo direito penal, como que um mero fato ou acontecimento natural irrelevante, que não mereça punição penal<sup>13</sup>.

Nessa linha, visto que os sujeitos em convívio procuram sempre os meios mais adequados e aptos à consecução de seus bens, interesses e necessidades, tendo em conta seus planejamentos e projetos, avaliações sociais e os acordos normativos, é certo dizer que, em linguagem metafórica, cada pessoa responsável desenvolve um mapa significativo de orientação de sua postura social e de suas ações em função de seus objetivos pessoais. Essas ações “significam” num dado contexto, justamente, porque nascem integradas e obedientes à sua lógica significativa e finalística.

É nessa conjuntura que as pretensões de validade e de aplicação do direito penal se inserem e precisam se adaptar. A norma penal não pode ser confundida com uma simples ideia, nem somente com um fato, mas deve ser entendida como um juízo sintético de interação entre esses dois elementos. Essa lógica jurídica não se coaduna com meros subjetivismos (ou individualismos) racionais, nem com observações empíricas distanciadas do caso, mas com práticas e regras sociais situadas e contextuais.

## 6 CONCLUSÕES

O discurso jurídico-penal, enquanto modalidade de discurso prático, expressa-se pela permanente busca de consensos mútuos sobre o que há no mundo circundante. Nesse quadro, os atores sociais enunciam pretensões de validade que esperam ser reconhecidas em seus entornos sociais e pelo direito. Num primeiro momento, é comum adotar-se a presunção de

---

<sup>13</sup> Obviamente que podemos estabelecer uma graduação, sendo certo que a afirmação do texto condiciona-se à verificação de um certo e alto nível de (in)compreensão contextual.

que os envolvidos na comunicação compreendem as falas recíprocas e agem de acordo com a racionalidade discursiva constante na norma penal oficial, mas a efetividade dessa interação pode ser, a qualquer momento, contestada, notadamente, num processo penal (Günther 2011, p. 230).

Essa constatação se coaduna ao enunciado de que a norma penal não se aplica a qualquer tipo de ação, mas somente àquelas categorias de ações que compartilham os códigos e significados do mundo penal. Com efeito, apresentam-se relevantes penalmente apenas algumas espécies de atuações humanas comunicativas carregadas de sentidos sociais específicos, precisamente, porque danosos ou perigosos a bens interculturais essenciais numa dada sociedade, nos termos de uma lei penal prévia.

Para além dessa tipologia de ações (de interesse penal) encontram-se, pois, fatos estranhos ao direito penal, formadores do vasto universo dos acontecimentos qualificados como “não-ações penais”. Quando a causa da não-comunicação é a diversidade cultural relevante ou absoluta, a solução dogmática aqui proposta é a da “ausência de ação por descontextualização cultural”.

Isso deve ser assim porque um direito penal tolerante e democrático não pode ignorar os efeitos da diversidade cultural nos sujeitos oriundos de comunidades culturalmente minoritárias. Ele precisa levar em conta o efetivo estado cognitivo do autor de um fato culturalmente condicionado, sob pena de conduzir-se somente pela força, em detrimento de um perfil queridamente racional. A busca de sua valência pela via argumentativa, pela racionalidade, exige, portanto, uma permanente procura das melhores razões de agir, sendo a coatividade um traço (seu) de relevância fática eventual, meramente subsidiário, porque imprestável à justificação penal.

Assim sendo, nele [no direito] deve prevalecer o poder das razões, que conduz, nas precisas palavras de Greco, a pura faticidade da *voluntas à ratio* (Greco, 2019, p. 25). Isso somente se consumará perante sujeitos dotados de capacidade performática – denominadas de pessoas deliberativas -, motivo pelo qual, naquelas situações conflitivas em que o estado de diversidade cultural aparta o indivíduo do contexto social de referência da norma penal e retira-lhe a conectividade necessária para orientar-se por suas razões, não podemos ter dúvidas sobre a afirmação de uma situação de ausência de ação de interesse penal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos do Sistema Penal**. Tradução: Paulo César Busato. - 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

ANTÓN, Tomás S. Vives. Modernidad y posmodernidad en la doctrina penal. In: BUSATO, Paulo César (org.). **A linguagem jurídica do direito penal**. 1. ed, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

BASILE, Fabio. Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense. In: **Rivista Stato, Chiese e pluralismo confessionale**. Luglio, 2009.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5 ed. -São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal. In: **Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, v. 16, n. 1, p. 131-157, 2002.

CONTRERAS, Guillermo Portilla; CINTAS, Esther Pomares. Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria. In: **Delito y minorías en países multiculturales**: estudos jurídicos y criminológicos comparados. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2014, p. 231-252.

DE MAGLIE, Cristina. **Crimes culturalmente motivados**: ideologias e modelos penais. Tradução: Stephan Doering Darcie. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GRECO, Luís. Dogmática e ciência do direito penal. In: **As razões do direito penal. Quatro estudos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução: Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista (volume 1). Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista (volume 2). Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

LARENZ, Karl. **Metodología da Ciéncia do Direito**. Tradução: José Lamego. 7. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gubenkian, 2014.

LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005.

MENDES, Paulo de Sousa. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal – em especial no domínio do Direito Penal. In: PIZARRO, Teresa; CAEIRO Pedro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (orgs.). **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PALMA, Maria Fernanda. **O princípio da desculpa em direito penal**. 2. ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2021.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **A concepção significativa da ação**. Tradução: Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RENTELN, Alison Dundes. Defense of Culture in the Courtroom. In: RICHARD, A.; SHWEDER, Martha Minow; MARKUS, Hazel Rose (eds.). **Engaging Cultural Differences**: The Multicultural Challenge in Liberal Democracies. New York: Russell Sage Foundation, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal e o sistema jurídico-penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista *Lua Nova*, nº. 39, 1997.

SCHMIDT, Zenkner Andrei. **O método do Direito Penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo com legisladores. In: **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, jan.-jun., p. 68-92, 2014.

SELLIN, Thorsten. **Conflits de culture et criminalité**. Paris: Éditions A. Pedone, 1984.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução: Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VAN BROECK, Jeoren. Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences). In: **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, v. 9, p. 1-32, jan. 2001.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro (vol. II)**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.