

HOMICÍDIO INFANTIL INDÍGENA: ILEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ÍNDIO

INDIGENOUS CHILD HOMICIDE: (I) LEGITIMACY
OF STATE INTERVENTION FOR IN-DIGENLOUS
PENAL RESPONSABILITY

HOMICIDIO INFANTIL INDÍGENA: ILEGITIMIDAD DE LA
INTERVENCIÓN ESTATAL PARA LA RESPONSABILIDAD
PENAL DEL ÍNDIO

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Teses a favor da responsabilização penal do índio; 3. Teses contra a responsabilização penal do índio; 3.1 Exclusão da culpabilidade pelo erro de proibição inevitável ou erro de compreensão culturalmente condicionado; 3.2 Exclusão da ilicitude pelo estado de necessidade putativo; 3.3 Exclusão da ilicitude pelo exercício regular de direito; 3.4 Exclusão da tipicidade pelo erro de tipo culturalmente condicionado; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO:

Este artigo tem por objeto de estudo o homicídio infantil indígena, analisado sob o prisma da intervenção estatal no sentido de responsabilizar penalmente o índio que o pratica. Buscou-se utilizar uma metodologia dialética de modo que fossem abarcados argumentos a favor e contra a tutela penal nesta seara. Foram analisados os argumentos utilizados pelos universalistas e relativistas culturais para, em seguida, tratar da dogmática jurídico-penal e suas excludentes aplicáveis ao caso apreciado, concluindo-se pela ilegiti-

Como citar este artigo:
PORTELLA,
Alessandra M.
Homicídio infantil
indígena: ilegitimidade
da intervenção
estatal para a
responsabilização
penal do índio.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 30, 2019,
p. 51-82.

Data da submissão:
05/07/2018

Data da aprovação:
01/04/2019

timidade da intervenção estatal na responsabilização penal do índio que possui tal prática no interior de sua comunidade, encontrando-se acobertado pelo erro de tipo culturalmente condicionado.

ABSTRACT:

This article aims to study the homicide of indigenous children, analyzed under the prism of state intervention in the sense of criminally penalizing the indigenous person who practices it. A dialectical methodology was sought to be used to include arguments for and against criminal protection in this area. The arguments used by universalists and cultural relativists were then analyzed in addition to those of legal-penal dogmatism and their exclusions applicable to the case appreciated, concluded by the illegitimacy of the state intervention in the criminal responsibility of the indigenous person who has such practice within his or her community, possibly being covered up by some error of cultural conditioning.

RESUMEN:

Este artículo tiene por objeto de estudio el homicidio infantil indígena, analizado bajo el prisma de la intervención estatal en el sentido de responsabilizar penalmente al indio que lo practica. Se buscó utilizar una metodología dialéctica de modo que fueran abarcados argumentos a favor y contra la tutela penal en esta mina. Se analizaron los argumentos utilizados por los universalistas y relativistas culturales para luego tratar de la dogmática jurídico-penal y sus excluyentes aplicables al caso apreciado, concluyéndose por la ilegitimidad de la intervención estatal en la responsabilización penal del indio que posee tal práctica en el interior de su práctica comunidad, encontrándose encubierto por el error de tipo culturalmente condicionado.

PALAVRAS-CHAVE:

Homicídio Infantil Indígena; Intervenção Estatal; Responsabilização penal do índio; Erro de Tipo Culturalmente Condicionado.

KEYWORDS:

Indigenous Child Murder; State Intervention; Indigenous criminal

responsibility; Culturally conditioned error.

PALABRAS CLAVE:

Homicidio Infantil Indígena; Intervención Estatal; Responsabilización penal del índio; Error de Tipo Culturalmente Condicionado.

1. INTRODUÇÃO

O homicídio infantil indígena é uma temática de certa forma comum na literatura jurídica pátria. Em algumas ocasiões, já foi veiculado pelas grandes mídias brasileiras, sempre com uma conotação pejorativa a respeito dessa prática, criminalizando e marginalizando as comunidades ameríndias que ainda possuem esse costume.

A massificação sobre este tema ocorreu em 2008, quando foi postado no *youtube* um vídeo de 50 segundos sobre a história de Hakani. Do gênero docudrama, esse vídeo produzido pela ONG brasileira ATINI – Voz pela Vida mostra uma indiazinha, então com cinco anos de idade, sendo enterrada viva em uma cova rasa após ter sido atingido com um pau e ficado inconsciente. Em seguida, a imagem mostra seu irmão mais velho salvando e a criando por três anos, quando então a entrega para um grupo de missionários evangélicos, fundadores da ONG brasileira ATINI – Voz pela Vida.

Não por coincidência, esse vídeo foi produzido justamente depois que o Deputado Federal Henrique Afonso do PT do Acre (hoje PV/AC), enviou para a Câmara dos Deputados em 2007 o Projeto de Lei nº 1.057, criminalizando o que ele denomina de “práticas tradicionais nocivas indígenas”.

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

Da mesma forma, esta temática trouxe discussão a respeito do monismo e pluralismo jurídico, se podendo afirmar que aquele leva à defesa pela intervenção estatal, enquanto este conduz à sua antítese, qual seja, a não ingerência do Estado brasileiro no ordenamento político-jurídico das

sociedades indígenas em respeito à sua autonomia.

Essa questão trouxe reflexões relevantes também no âmbito do Direito Penal, na medida em que houve um apelo dos universalistas culturais pela punição dos índios que praticam o homicídio infantil, da mesma maneira que houve reivindicações em sentido contrário feita pelos relativistas culturais, entendendo que os índios não podem ser responsabilizados penalmente pelo fato de agirem impelidos por sua cultura e peculiar cosmologia.

Diante do exposto, é correto afirmar que os adeptos da corrente universalista dos direitos humanos se apoiam no monismo estatal, na soberania do Estado brasileiro para intervir nas sociedades ameríndias, a *contrário sensu*, os adeptos do relativismo cultural se apoiam no pluralismo jurídico e defendem a autonomia do ordenamento político-jurídico dos povos indígenas, seus sistemas de crenças, morais e valores como soberanos frente ao restante da “comunhão nacional”.

Como é curial, o Brasil adotou o monismo jurídico em sua matriz constitucional e, por esta razão, não se pode negar a legitimidade que possui para intervir na organização social das comunidades indígenas, inclusive, por meio do Direito Penal.

Utilizando o método dialético, este artigo visa justamente ressaltar e aprofundar os argumentos a favor e contra a responsabilização penal do índio que pratica o homicídio infantil indígena no interior de suas comunidades, levando em consideração a retórica posta pelos universalistas e relativistas culturais.

2. TESES A FAVOR DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ÍNDIO

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

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

Consoante ensina Piovesan (2006, p. 144), “qualquer afronta ao chamado “mínimo ético irredutível” que comprometa a dignidade humana,

ainda que em nome da cultura, importará em violações a direitos humanos”.

Apesar de variados, os argumentos dos universalistas culturais possuem em comum a prevalência do direito à vida em detrimento da cultura sempre que haja colisão entre esses direitos fundamentais, aderindo à técnica da ponderação, segundo o princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana.

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

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na ótica de Barreto (2006, p. 9),

a cultura não é o bem maior a ser tutelado, mas sim o ser humano, no intento de lhe propiciar o bem-estar e minimi-

zar seu sofrimento. [...] Portanto, a tolerância (no sentido de aceitação, reconhecimento da legitimidade) em relação à diversidade cultural deve ser norteada pelo respeito aos direitos da personalidade.

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

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

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

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

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

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

3. TESES CONTRA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ÍNDIO

Os relativistas culturais refutam peremptoriamente a existência de

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

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

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

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

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

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

A partir do sistema finalista construído sobre as premissas filosóficas do neokantismo serão apresentadas a seguir algumas possíveis soluções

legítimas de exclusão da responsabilidade penal do índio, quais sejam: a) exclusão da culpabilidade por erro de proibição inevitável ou erro de compreensão culturalmente condicionado; b) exclusão da ilicitude pelo estado de necessidade putativo; c) exclusão da ilicitude pelo exercício regular de direito e d) exclusão da tipicidade pelo erro de tipo culturalmente condicionado.

3.1 Exclusão da culpabilidade pelo erro de proibição inevitável ou erro de compreensão culturalmente condicionado

Antes de tratar do erro de proibição inevitável, é preciso compreender o erro e qual a sua relevância jurídica, notadamente quando o mesmo se encontra inserido na estrutura dogmática do delito, tendo o papel de excluir a culpabilidade penal do agente.

Segundo Gomes (2001, p. 25), “erro é a falsa representação da realidade ou o falso ou equivocado conhecimento de um objeto (é um estado positivo)” e difere da ignorância porque “esta é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (é um estado negativo)”.

Juridicamente são iguais, predominando a tese unificadora na Ciência Jurídica. Consoante Munhoz Netto, citado por Gomes (2001, p. 26), os dois conceitos “incidem sobre o processo formativo da vontade, viciando-lhe o elemento intelectual ao induzir o sujeito a querer coisa diversa da que teria querido, se houvesse conhecido a realidade”.

O erro, “vicia a vontade, isto é, aquele que causa uma falsa percepção da realidade, tanto pode incidir sobre os elementos estruturais do delito – erro de tipo – quanto a ilicitude da ação – erro de proibição” (BITTENCOURT, 2010, p 115).

Para se compreender a teoria do erro, é preciso antes entender as teorias do dolo e as teorias da culpabilidade cuja classificação tradicionalmente apresentada é a seguinte: a) teoria extremada ou estrita do dolo; b) teoria limitada do dolo; c) teoria extremada ou estrita da culpabilidade; d) teoria limitada da culpabilidade (BITTENCOURT, 2010, p. 120-121).

A mais antiga dentre as teorias apresentadas defende a existência de um dolo normativo constituído de vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida, diz Bittencourt (2010, p. 121), é a teoria extremada ou estrita do dolo, que “situa o dolo na culpabilidade, e a consciência da ilicitude, que deve ser atual no próprio dolo”. Essa teoria

equipara as duas espécies de erro – erro de tipo e erro de proibição – quanto aos seus efeitos, já que qualquer delas incidirá sobre o dolo.

Essa fragilidade teórica de equiparação do erro de tipo com o erro de proibição impulsionou o surgimento da teoria limitada do dolo, também sem sucesso. Idealizada por Mezger

introduziu [...] o polêmico elemento denominado culpabilidade pela condução de vida, criando, dessa forma, a possibilidade de condenação do agente não por aquilo que ele faz, mas por aquilo que ele é, dando origem ao combatido Direito Penal do Autor (BITTENCOURT, 2010, p. 122).

Isto porque a teoria limitada do dolo entende que o conhecimento da antijuridicidade não precisa ser atual, bastando ser alcançável, potencial. Entende que o agente “não se interessou em averiguar o fato frente aos valores da ordem jurídica, agindo indiferentemente por “cegueira”, “inimizade” ou “hostilidade ao direito”” (MORAES, 2000).

Ambas as teorias, sejam elas estritas ou limitadas, “sustentam uma teoria unitária do erro, segundo a qual qualquer erro [...] dá sempre lugar à mesma solução: se é invencível elimina a culpabilidade; se é vencível dá lugar à culpa” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 572).

Com a reforma penal da Alemanha em 1975, as teorias do dolo, sejam extremadas ou limitadas, perderam completamente importância, só sendo lembradas pelo seu valor histórico, uma vez que foram adotadas como princípios fundamentais as teorias da culpabilidade (BITTENCOURT, 2010, p. 122).

Consoante aponta Moraes (2000), “as teorias do dolo, nascidas na doutrina alemã, [...] vinculam-se a uma ultrapassada concepção psicológico-normativa da culpabilidade”.

A teoria extremada da culpabilidade tem o mérito de separar o dolo da consciência da antijuridicidade, transferindo o dolo para o injusto, passando a fazer parte do tipo penal e trazendo como elemento da culpabilidade a consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de outra conduta num puro juízo de valor (BITTENCOURT, 2010, p. 122-123).

Desta forma,

qualquer erro sobre a ilicitude conduziria inevitavelmente à exclusão da culpabilidade, se inevitável, ou, caso evitável, à punição com pena atenuada, mas sempre a título de dolo que, segunda essa perspectiva, permaneceria, de qualquer

forma, intacto (ROCHA, 2006, p. 246).

Ocorre que a teoria extremada da culpabilidade sofreu críticas no tocante ao tratamento dado às discriminantes putativas (erro de proibição indireto), uma vez que não se poderia dispensar o mesmo tratamento dado ao erro de proibição direto, tendo surgido então a teoria limitada da culpabilidade (ROCHA, 2006, p. 247).

Os partidários da teoria limitada da culpabilidade defendem a exclusão do dolo e não da culpabilidade quando o erro recair sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, como, por exemplo, a existência da agressão na legítima defesa (ROCHA, 2006, p. 247).

A defesa a favor da equiparação ao erro de tipo se dá, segundo Rocha (2006, p. 249), porque “nos casos em que o erro recai sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação (o denominado erro de tipo permissivo), [...] o agente desejava agir de acordo com o ordenamento jurídico”.

O denominado erro de tipo permissivo inserido no ordenamento jurídico a partir da teoria limitada da culpabilidade é um tipo de erro *sui generis*, como adverte Rocha (2006, p. 251),

pois não pode ser classificado como erro de tipo, por não recair sobre os elementos do tipo, e não pode ser classificado como erro de proibição, pois se o fosse seus efeitos deveriam ser os mesmos dos outros erros de proibição. Seria uma espécie intermediária: um erro de proibição, por recair sobre a antijuridicidade, mas com efeitos de um erro de tipo, por excluir o dolo.

O Código Penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade na Reforma de sua parte geral em 1984, seguindo a tradição do Código Penal de 1940, “que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre uma norma permissiva” (BITTENCOURT, 2010, p. 125).

Por fim, vale salientar a teoria dos elementos negativos do tipo, tendo esta a mesma consequência da teoria limitada da culpabilidade no tocante à exclusão do dolo, diferenciando-se apenas quanto aos seus fundamentos.

A teoria do elemento negativo do tipo criou o tipo total do injusto, abrangendo também as causas de justificação como elementos negativos

do tipo, ou seja, “a ausência de uma causa de justificação passa a ser mais um elemento do tipo penal. Ela engloba a antijuridicidade dentro da tipicidade” (ROCHA, 2006, p. 256).

Diferentemente, pensam Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 571), entendendo que “a chamada “justificação putativa” é um erro de fato [...] e, não obstante, é um erro de proibição”.

Não se pode confundir o erro de tipo com o erro de proibição, sendo este um problema de culpabilidade, enquanto aquele de tipicidade, uma vez que o dolo “é querer a realização do tipo objetivo; quando não se sabe que se está realizando um tipo objetivo, este querer não pode existir e, portanto, não há dolo: este é o erro de tipo” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 442).

Um exemplo elucidativo acerca da diferença entre estes dois institutos jurídico-penais é trazido por Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 442-443), senão vejamos:

Quem dispara sobre o que acredita ser um urso não pode ter a vontade de matar um homem, mas quem dispara sobre um homem crendo que este estava prestes a matá-lo e que, portanto, atua em legítima defesa, está também em erro, só que este erro não exclui a vontade de matar (o dolo). Neste último caso, trata-se de um erro sobre a proibição da conduta dolosa, que fica fora do erro de tipo e dentro do conceito de erro de proibição, que é um problema de culpabilidade.

Assim, “o erro de proibição pode eliminar a possibilidade exigível de compreender a antijuridicidade e, conseqüentemente, fazer com que a conduta, ainda que típica e antijurídica, não seja reprovável (culpável)” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 443).

Sinteticamente, Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 443) resumem da seguinte maneira o erro de tipo do erro de proibição:

- a) o erro de tipo afeta o dolo; o de proibição, a compreensão da antijuridicidade;
- b) o erro de tipo acontece quando, em linguagem comum, “o homem não sabe o que faz”; o de proibição, quando “sabe o que faz”, mas crê que não é contrário à ordem jurídica;
- c) o erro de tipo elimina a tipicidade dolosa; o de proibição, pode eliminar a culpabilidade.

O erro de proibição

quando é invencível, isto é, quando com a devida diligência o sujeito não teria podido compreender a antijuridicidade do seu injusto, tem o efeito de eliminar a culpabilidade. Quando é vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa que já está afirmada em nível correspondente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 570).

A distinção entre vencível e invencível

é questão que deverá ser determinada caso a caso, tomando-se em conta as características pessoais, profissionais, grau de instrução, grupo cultural, obscuridade da lei, contradições das decisões jurisprudenciais ou administrativas a respeito, opinião vulgar etc. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 580).

Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 570-571) reconhecem que o erro de proibição, quando invencível, sempre impede o reconhecimento da antijuridicidade, “mas, às vezes, o faz porque afeta a possibilidade de conhecimento dela, enquanto em outras há conhecimento da antijuridicidade, mas não se pode exigir a sua compreensão”. Por isso, eles classificam esta segunda forma de “erro de compreensão, ou seja, o erro que impede a internalização ou introjeção da norma por mais que ela seja conhecida”.

Quando o erro de proibição afeta a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade, é classificado como direto; sendo ainda classificado como indireto “quando recai sobre a permissão da conduta, podendo consistir na falsa suposição da existência de um preceito permissivo não reconhecido pela lei [...] ou em admitir falsamente uma situação de justificação que não existe” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 571).

Seguindo a linha de raciocínio de Zaffaroni e Pierangeli (2015), tem-se enquanto classificação do erro de proibição os seguintes: a) erro de proibição direto; b) erro de proibição indireto; e c) erro de compreensão.

O erro de compreensão abarca o que Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 576) denominam de erro de compreensão culturalmente condicionado, o que acontece “quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da nossa e desde criança tenha internalizado as regras de conduta desta cultura”.

Como regra geral, esta situação incidirá em erro de proibição invencível, eliminando a culpabilidade da conduta, porém, pode dar lugar tam-

bém a distintas classes de erros, tais como uma causa de justificação putativa ou mesmo um erro de tipo, tendo por solução também a liberação do sujeito de qualquer responsabilidade penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 577-578).

Visando elucidar melhor tal problemática, podem ser citadas duas ilustrações trazidas por Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 576-578), sendo a primeira uma causa de justificação putativa e a segunda um erro de tipo, senão vejamos:

1) Pode-se objetar que, se amanhã trouxermos um indígena para o centro de uma grande cidade e o deixarmos livre, e ele supor que cada branco que dele se aproximar quer matá-lo, deverá reagir matando a todo branco que vê, e, com absoluta tranquilidade, teríamos que deixá-lo seguir com a sua manança por encontrar-se num erro de proibição (justificação putativa) culturalmente condicionado.

2) Aqueles que submetem um homem a certos tratamentos com fins curativos, em particular na crença de que é indispensável prescrever-lhes pancadas para “livrá-lo do diabo”, podem causar a morte do paciente assim “tratado”, mas não será uma conduta dolosa de homicídio porque media um erro de tipo (erro sobre a causalidade).

Ressalte-se que no primeiro exemplo dado, a classificação em erro de proibição (justificação putativa) se dá conforme entendimento de Zaffaroni e Pierangeli (2015), pois de acordo com a teoria dos elementos negativos do tipo seria um erro de tipo, consoante acima já detalhado.

O erro de proibição evitável e inevitável encontra-se previsto no art. 21 do Código Penal brasileiro, senão vejamos:

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

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

A consciência exigida pela norma penal não é uma consciência técnica, como adverte Bitencourt (2010, p. 118), “mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da antissocialidade,

da imoralidade ou da lesividade de sua conduta”. Essa consciência, portanto, provém das regras de uma determinada cultura, de sua moral, dos conhecimentos internalizados ao longo do tempo, passados de geração para geração.

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

Como ensina Bittencourt (2010, p. 129), “o objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei. O agente supõe permitida uma conduta proibida”.

Aplicado tal instituto jurídico ao chamado homicídio infantil indígena, pode-se defender que o índio se encontra no chamado erro de proibição inevitável direto, uma vez que imerso em sua cultura e tradição, vivendo em seu ordenamento social, não possui condições fáticas para compreender a ilicitude de seu comportamento penal representado no Código Penal pela figura típica do homicídio.

Mas se pode cogitar também a aplicação do erro de proibição inevitável indireto (ou de permissão), uma vez que os índios imaginam que estão matando uma pessoa não humana, ou seja, supõem erroneamente a existência de uma proposição permissiva, supõem “a seu favor uma causa de justificação não colhida pelo ordenamento jurídico” (GOMES, 2001, p. 142).

Para Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 576-577), conforme já supracitado, trata-se de um erro de compreensão culturalmente condicionado, pois não é possível a internalização da norma jurídica de uma cultura majoritária por indivíduos que desde o seu nascimento se encontram inseridos numa cultura minoritária, devendo a culpabilidade do índio ser por isso excluída.

Consoante Paul Amry (2006, p. 90), Raul Zaffaroni foi o primeiro a conceber e discutir o erro de compreensão culturalmente condicionado, em 1977, combinando o conceito penal de “erro” com o de “condicionamento cultural”, distinguindo o erro de proibição na escala “cognitiva” e o erro de “compreensão”.

O erro de proibição

afeta o “conhecimento direto” (conhecimento da norma proibitiva) ou “indireto” (crença errônea da existência de uma causa de justificação) da criminalidade do ato. O erro de “compreensão”, por outra parte, não é um “erro” no sentido literal da palavra, pois o sujeito sabe que o ato é punível, mas afeta a capacidade para “internalizar” a norma (PAUL AMRY, 2006, p. 90).

Em certas situações, segundo Zaffaroni, “não se pode exigir a internalização, pois as normas correspondem a uma visão e experiência do mundo totalmente distintas da do processado” (PAUL AMRY, 2006, p. 90).

3.2 Exclusão da ilicitude pelo estado de necessidade putativo

A natureza jurídica do estado de necessidade é definida atualmente por meio de duas teorias, quais sejam: a) a teoria diferenciadora que apresenta um sistema duplo para disciplinar o estado de necessidade e b) a teoria unitária que apresenta um sistema único para disciplinar o estado de necessidade (SANTOS, 2010, p. 235-236).

A teoria diferenciadora, adotada na Alemanha, disciplina o estado de necessidade pelo viés justificante – para hipóteses de proteção de bem jurídico superior ao sacrificado –, e pelo viés exculpante – para hipóteses de proteção de bem jurídico equivalente ao sacrificado (SANTOS, 2010, p. 235).

A teoria unitária, por sua vez, não faz diferenciação entre o viés justificante e exculpante, ou seja, não leva em consideração a superioridade ou equivalência do bem jurídico protegido em relação ao bem jurídico sacrificado. Esta foi a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro que define o estado de necessidade exclusivamente como justificação, consoante preconizado no art. 23, inc. I, do CP (SANTOS, 2010, p. 236).

Queiroz (2010, p. 315) adverte que, pelo fato do Código Penal brasileiro não ter adotado a teoria diferenciadora,

caso não seja reconhecido o estado de necessidade, a hipótese poderá no máximo dar lugar à exclusão da culpabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa (estado de necessidade exculpante, segundo a doutrina estrangeira).

O estado de necessidade está regulamentado no art. 24 do Código Penal brasileiro, *in verbis*:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem prati-

ca o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

O reconhecimento do estado de necessidade pelo ordenamento jurídico-penal conduz, inexoravelmente, a uma exclusão da antijuridicidade, segundo o art. 23, inc. I, do mesmo diploma legal, não havendo, nessa hipótese, cogitar-se em crime.

Segundo magistério de Bitencourt (2015, p. 409), “o estado de necessidade pode ser caracterizado pela colisão de bens jurídicos de distinto valor, devendo um deles ser sacrificado em prol da preservação daquele que é reputado como mais valioso”.

Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 531) afirmam que “o fundamento geral do estado de necessidade justificante é a necessidade de salvar o interesse maior, sacrificando o menor, em uma situação não provocada de conflito extremo”.

Porém, pode também existir colisão de bens jurídicos de iguais valores, como, por exemplo, deixar de salvar um terceiro desconhecido para salvar um parente próximo, sendo a delimitação do estado de necessidade e da conduta de salvaguarda necessária através do critério de ponderação de bens (BITTENCOURT, 2015, p. 409).

Segundo Bittencourt (2015, p. 416), a configuração do estado de necessidade existente no Direito Penal brasileiro requer simultaneamente os seguintes requisitos: existência de perigo atual e inevitável a um direito (bem jurídico) próprio ou alheio; não provocação voluntária do perigo por outro meio; inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado; elemento subjetivo; finalidade de salvar o bem do perigo e ausência de dever legal de enfrentar o perigo.

O conceito de perigo é definido segundo Santos (2010, p. 236)

pela probabilidade ou possibilidade de lesão do bem jurídico ameaçado, segundo um juízo objetivo *ex ante* de um observador, combinado, eventualmente, com o juízo do especialista da área.

A atualidade do perigo é demonstrada a partir da proteção imediata do bem jurídico ameaçado, não exigindo a existência de um dano imediato. Igualmente, aduz Santos (2010, p. 237), “pode ocorrer em perigos con-

tínuos ou duráveis, atualizáveis em dano a qualquer momento – segundo aquele juízo objetivo *ex ante*”.

Do mesmo modo ensina Queiroz (2010, p. 317), afirmando que o perigo deve ser considerado atual “quando, mesmo que ainda não seja iminente a produção do dano, protelar a intervenção implique aumento considerável e não recomendável dos riscos de dano”.

Ademais, “o perigo deve ser involuntário, ou seja, não pode ser provocado intencionalmente pelo autor para proteção pessoal às custas da vítima [...] e a lesão do bem jurídico é necessária para evitar o perigo” (SANTOS, 2010, p. 237-238).

Por fim, deve inexistir o dever legal de enfrentar o perigo. “Tais deveres de proteção estão limitados aos perigos próprios de cada profissão, como o policial em relação à perseguição de autor de crime” (QUEIROZ, 2010, p. 318).

Todos esses requisitos se encontram presentes no interior das etnias indígenas que ceifam a vida de suas crianças por motivos de crenças diferentes, mas que mantêm em comum o traço da não humanidade em seu particular conceito de pessoa.

A “pessoa não humana”, uma vez que representa fonte de perigo para a organização social indígena, precisa ser sacrificada em prol dos interesses do grupo social. Para que a comunidade indígena possa ser preservada é preciso, portanto, abater seu inimigo que ali se encontra para competir diretamente com sua espécie.

O estado de necessidade putativo é manifesto na medida em que “pessoas não humanas” põem em risco toda a ordem política, social e cultural da comunidade indígena, sendo necessário exterminá-las para salvar-se de perigo atual que não provocou por sua vontade.

3.3 Exclusão da ilicitude pelo exercício regular de direito

O exercício regular de direito é uma das causas excludentes de anti-juridicidade ou ilicitude previsto no art. 23, inc. III, do CP, senão vejamos:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Pode ser definida como “o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico” (NUCCI, 2012, p. 261).

Neste diapasão, poder-se-ia cogitar o exercício regular de um direito exercido pelo índio que mata uma “pessoa não humana”, haja vista sua ação ser impelida por motivos de crenças e tradições, sendo nesta perspectiva um direito subjetivo do índio que assim age no interior de sua organização social. É uma faculdade assegurada pelo seu sistema de regras.

Essa possibilidade é, inclusive, reconhecida por Sanz Mulas (2014, p. 19) que, apesar de defender esta excludente de antijuridicidade, ressalta que ela só poderá ser aplicada no caso concreto se houver reconhecimento por parte do Estado nacional da cultura minoritária, não tendo ocorrido até o presente momento nos países europeus.

Em alguns países da América Latina, entretanto, consoante ensina Paul Amry (2006, p. 92), a jurisdição própria indígena é reconhecida, como é o caso da Constituição colombiana, existindo reformas legais similares no Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994), Equador (1998), Venezuela (1999) e México (2001).

O reconhecimento da jurisdição dos povos indígenas é um marco muito importante nestes países da América Latina que, “apesar das diferenças entre os diferentes países, têm em comum o reconhecimento do direito à identidade cultural” (PAUL AMRY, 2006, p. 93).

Ademais, como aduz Paul Amry (2006, p. 93), é necessário que haja esse reconhecimento amplo da cultura, “considerando que os povos indígenas se diferenciam de outros setores da população não somente por seu folclore, senão por sua cosmovisão e forma de organizar-se”.

A consequência disso é que o Direito nacional, nestes países latino-americanos, não pode interferir na jurisdição indígena, garantindo-lhe a sua autonomia, logo, “as condutas que ocorrem dentro desse espaço são, em princípio, permitidas e não podem, portanto, serem consideradas contrárias ao ordenamento jurídico” (PAUL AMRY, 2006, p. 96).

Assim, em ordenamentos jurídicos que adotam o viés do pluralismo jurídico, como parece ser o caso de alguns países da América latina, o exercício regular de direito enquanto excludente de antijuridicidade é bastante factível, sendo, entretanto inaplicável no Brasil por ser este um país que adota em sua matriz constitucional o monismo jurídico.

3.4 Exclusão da tipicidade pelo erro de tipo culturalmente condicionado

A teoria do tipo tem início em 1906 quando Beling tornou a tipicidade independente da antijuridicidade e da culpabilidade, pois, antes disso, a doutrina alemã havia cunhado a expressão *Tatbestand*, concebendo o delito com todos os elementos e pressupostos da punibilidade (BITTENCOURT, 2010, p. 19-20).

Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 406) afirmam que:

Ainda hoje se chama *Tatbestand*, que significa “hipótese de fato”, que provém do latim medieval (*facti species*), que significava “figura do fato” (por isso *Tatbestand* se traduz em italiano como *fattispecie*) e foi traduzido e difundido em português como “tipo”.

Beling foi o precursor da moderna teoria do tipo, “concebeu a tipicidade com função meramente descritiva, completamente separada da antijuridicidade e da culpabilidade. A função do tipo, para Beling, era definir delitos” (BITTENCOURT, 2010, p. 20).

Ensina Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 405) que “este autor introduziu no injusto uma distinção entre tipicidade e antijuridicidade, categorias que continuavam conservando seu caráter objetivo”.

Como aduz Bittencourt (2010, p. 25), “a teoria do tipo criou a tipicidade (Beling) como característica essencial da dogmática do delito, fundamentando-se no conceito causal de ação, concebida por Von Liszt”. Além disso, Beling contribuiu sobremaneira para a construção da figura delitiva quando deu forma à pluralidade dos elementos constitutivos do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), formando um todo unitário, independente e harmônico.

Esta primeira fase da teoria do tipo, conhecida como fase da independência, foi superada em 1915 com o surgimento do Tratado de Direito Penal de Mayer, que entendeu que o tipo não possui apenas um papel descritivo, mas constitui também indício da antijuridicidade. Para Mayer, “a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, isto é, a adequação do fato ao tipo faz surgir o indício de que a conduta é antijurídica, o qual, no entanto, cederá ante a configuração de uma causa de justificação” (BITTENCOURT, 2010, p. 21).

A segunda fase da teoria do tipo, conhecida como fase do caráter in-

diciário da antijuridicidade, foi contrariada em 1931 por Mezger quando publicou o seu famoso Tratado de Direito Penal. Entendeu Mezger que a “tipicidade é muito mais que indício, muito mais que *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, constituindo, na realidade, a base desta, a sua *ratio essendi*” (BITTENCOURT, 2010, p. 22).

Porém, essa terceira fase inaugurada por Mezger, da *ratio essendi* da antijuridicidade, não logrou êxito, uma vez que essa concepção pressupõe a existência de uma antijuridicidade penal distinta da antijuridicidade geral. Nas palavras de Bittencourt (2010, p. 22), “se a antijuridicidade depende da tipicidade, o legislador ao tipificar uma conduta cria para ela uma antijuridicidade penal, diferente da antijuridicidade geral”.

Em outras palavras:

A tipicidade encerra o juízo de antijuridicidade, o que significa que, afirmada a tipicidade, resultará também afirmada a antijuridicidade, e as causas de justificação eliminarão a tipicidade, comportando-se como elementos negativos do tipo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 408).

A teoria dos elementos negativos do tipo consoante explica Santos (2010, p. 104), “unifica o tipo legal e a antijuridicidade, como descrição e valoração da ação humana realizada ou omitida, no conceito de tipo de injusto”.

Como a antijuridicidade é uma só para todo o ordenamento jurídico, essa conclusão de Mezger se tornou inadmissível, fazendo com que a concepção de Mayer continuasse a ser a melhor opção para a definição da tipicidade, ou seja, “praticado um fato típico, presume-se antijurídico até prova em contrário. Em tese, todo fato típico é também antijurídico desde que não concorra uma causa de justificação” (BITTENCOURT, 2010, p. 23).

Por fim, com o surgimento do finalismo, o tipo passou a ser uma realidade complexa, constituído por elementos objetivo e subjetivo, uma vez que “a vontade consciente de realizar os elementos objetivos do fato é retirada da culpabilidade para integrar a dimensão subjetiva do tipo legal, como dolo de tipo” (SANTOS, 2010, p. 102).

Consoante aduzem Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 407),

com Hans Welzel, na década de 30, aperfeiçoa-se o conceito de tipo complexo, isto é, com um aspecto objetivo e outro subjetivo, dentro do marco de uma teoria do delito com três

caracteres específicos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

A partir da breve síntese acerca da teoria do tipo supra exposta, pode-se afirmar então que tipo “é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. Ele exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes” (BITTENCOURT, 2010, p. 25).

Prelecionam Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 410) que

O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valoriza, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que agrega a tutela penal.

Desta definição, decorre o juízo de tipicidade, sendo esta a

operação que consiste em analisar se determinada conduta apresenta os requisitos que a lei exige, para qualificá-los como infração penal. [...] Quando o resultado desse juízo for positivo significa que a conduta analisada reveste-se de tipicidade. No entanto, a *contrario sensu*, quando o resultado desse juízo for negativo, estaremos diante da atipicidade da conduta (BITTENCOURT, 2010, p. 26).

Assim, a conduta penalmente típica, também será necessariamente antinormativa. Entretanto, ensinam Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 411):

A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que se pode concluir pela tipicidade penal da conduta.

Desse entendimento de Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 413), surge, então, o conceito de tipicidade conglobante, “consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa”.

Em outras palavras:

O reconhecimento de que o dolo é uma vontade individualizada em um tipo, obriga-nos a reconhecer em sua estrutura dos dois aspectos em que consiste: o do conhecimento pres-

suposto ao querer e o próprio querer (que não pode existir sem conhecimento). Isto dá lugar aos dois aspectos que o dolo compreende:

- a) o aspecto de conhecimento ou aspecto cognoscitivo do dolo; e
- b) o aspecto do querer ou aspecto volitivo do dolo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 434).

O tipo subjetivo, portanto, composto pelo dolo, constitui o elemento essencial da ação final, “é composto de um elemento intelectual (consciência, ou representação psíquica) e de um elemento volitivo (vontade, ou energia psíquica), como fatores formadores da ação típica dolosa” (SANTOS, 2010, p. 126).

O elemento intelectual diz respeito à consciência (previsão ou representação), que deve ser atual, ou seja, estar presente no momento da ação e “deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais e constitutivos do tipo, sejam eles descritivos, normativos ou subjetivos” (BITTENCOURT, 2010, p. 41).

O elemento volitivo “pressupõe a previsão, isto é, a representação na medida em que é impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente” (BITTENCOURT, 2010, p. 45).

Sendo o dolo formado por estes dois elementos – intelectual e volitivo – então se pode afirmar, como aduz Santos (2010, p. 142) que “o erro sobre circunstâncias de fato do tipo legal exclui o dolo. [...] porque uma representação ausente ou incompleta não pode informar o dolo de tipo”.

Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 442) definem erro de tipo como “o fenômeno que determina a ausência do dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva, falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo”.

O erro de tipo pode ser classificado em essencial ou acidental. O erro de tipo é essencial “quando o erro do agente recai sobre os dados constitutivos do tipo fundamental, do tipo qualificado ou sobre circunstâncias agravadoras (agravantes e causas de aumento de pena)” (GOMES, 2001, p. 119).

A consequência do erro de tipo essencial é a exclusão do dolo, podendo ser escusável (inevitável) ou inescusável (evitável). Sinteticamente,

se pode traçar o seguinte quadro acerca do erro de tipo essencial, segundo Gomes (2001, p. 119):

[...]

2º) quando o agente comete a infração penal sem a consciência dos elementos constitutivos do tipo incriminador e, nas circunstâncias em que praticou a conduta, sem a possibilidade de atingir essa consciência, surge o erro de tipo essencial inevitável (= ficam excluídos o dolo e a culpa e, em consequência, o fato típico, não decorrendo, assim, nenhuma responsabilidade penal para o agente)

3º) quando o agente comete a infração penal sem a consciência dos elementos constitutivos do tipo incriminador, mas, nas circunstâncias em que praticou a conduta, com a possibilidade de atingir essa consciência, surge o erro de tipo essencial evitável (= exclui o dolo, mas não a culpa, permitindo, assim, a punição do agente por crime culposos, se previsto em lei).

Foi justamente esta teoria adotada pelo Código Penal brasileiro após a reforma de sua parte geral em 1984. O art. 20 do CP reconhece o erro de tipo essencial, determinando que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”, podendo ser, neste caso, inevitável (escusável) ou evitável (inescusável).

O erro de tipo acidental também foi adotado pelo Código Penal brasileiro, estando contidos nos dispositivos do art. 20, 3º (*error in persona* e *error in objeto*), art. 73 (*aberratio ictus*) e art. 74 (*aberratio criminis*), porém, nestes casos, não há exclusão do dolo, respondendo o agente normalmente pelo crime.

Para Mesquita Junior (1999, p. 219),

o tipo, ratifica-se, será sempre essencial, pois se não for concretizado um dos elementos do tipo, não haverá tipicidade na conduta. Dessa forma, não há como falar em tipo acidental. [...] Não existe tipo acidental -, sendo que o tipo é inalterável, incorrendo o agente em erro sobre circunstâncias ou elementos do tipo, mas o erro não estará na lei.

Além destes, ainda se pode salientar a existência do chamado erro de tipo permissivo após a reforma da parte geral do Código Penal brasi-

leiro, que abrigou a moderna sistematização dogmática alemã, vigendo no sistema jurídico brasileiro três espécies de erro, quais sejam: a) erro de tipo (incriminador), b) erro de proibição e c) erro de tipo permissivo (GOMES, 2001, p. 27).

Ressalta ainda Gomes (2001, p. 27) que, no Brasil, de um modo geral, não se reconhece a autonomia do erro de tipo permissivo que por uns é tratado como erro de proibição e, por outros, como erro de tipo incriminador.

O erro de tipo permissivo se encontra previsto no art. 20, § 1º do Código Penal, disciplinando “o erro do agente que recai sobre situação de fato que, se existisse, tornaria sua ação legítima” (GOMES, 2001, p. 135).

É justamente esta a tese defendida neste artigo, qual seja, a exclusão da responsabilidade penal do índio que comete o homicídio infantil indígena pelo erro de tipo essencial, uma vez que o erro recai em um dos elementos estruturais do delito de homicídio, qual seja: “alguém”, contido no art. 121 do Código Penal brasileiro.

Este tipo de erro é, indubitavelmente, inevitável, uma vez que nas circunstâncias que pratica a conduta o índio não possui a possibilidade de atingir a consciência do elemento constitutivo do tipo penal incriminador, já que se encontra imerso em sua cultura no interior de sua organização social.

A construção da humanidade para algumas etnias indígenas é adquirida em processos complexos determinados pela natureza da interação social, em sentido amplo, incluindo a interação com pessoas não humanas como animais, plantas e objetos.

Nesta acepção, há uma diferença substancial para algumas comunidades indígenas entre pessoa e humanidade, existindo “pessoas não humanas” e “pessoas humanas”, sendo alvo de tal prática apenas e tão-somente “pessoas não humanas”.

Não sendo, portanto, “pessoa de verdade”, não pode se enquadrar o sujeito passivo no conceito de “alguém” contido no art. 121 do CP, estando o índio em erro de tipo essencial inevitável o que leva, por via de consequência, a exclusão de seu dolo e, conseqüentemente, da própria tipicidade da conduta, sendo este um fato atípico, não podendo, destarte, haver nenhuma responsabilização penal.

Do mesmo modo ensina Paul Amry (2006, p. 99), afirmando que:

O direito à identidade indígena demanda, em princípio, um tratamento no âmbito do injusto, pois se trata de condutas que constituem um exercício legítimo de um direito e não de uma questão de culpabilidade individual.

Por esta razão, “a teoria do delito demanda uma análise primeiro da interpretação do tipo, pois se não existe conduta típica, não é necessário averiguar sua justificação” (PAUL AMRY, 2006, p. 99).

Em outras palavras, se o índio incorre em erro de tipo culturalmente condicionado é irrelevante sondar se ele ao matar uma “pessoa não humana” incorre em exercício regular de direito, se encontra em estado de necessidade putativo ou mesmo se se encontra em erro de proibição inevitável ou culturalmente condicionado.

A sua ação é penalmente irrelevante haja vista a completa ausência de representação da realidade por parte do índio que age impelido por sua cosmologia e seu sistema de representação simbólico em nada semelhante ao da sociedade nacional. Não há dolo de matar uma pessoa humana porque a humanidade não chegou a ser construída segundo seus padrões etnoculturais.

Ademais, a norma penal contida no art. 121 do Código Penal não motiva em absoluto as etnias indígenas que possuem tal prática cultural, uma vez que estes povos indígenas possuem valores em nada semelhantes com o da comunidade nacional.

O fim da motivação, como ensina Silva Sánchez (2011, p. 544-546), é exercido basicamente pela norma primária e a sua eficácia preventiva é maior quando outras normas sociais e até mesmo as convicções do sujeito vão na mesma direção da norma penal.

Sabidamente isto não pode ser esperado dos povos indígenas que praticam o “homicídio infantil”, suas normas sociais e as convicções íntimas de seus grupos caminham contrariamente às crenças da cultura majoritária que criminaliza a conduta de “matar alguém”, especificamente quanto à construção de “humanidade”.

Como reconhece Silva Sánchez (2011, p. 542), a missão de prevenção geral da norma penal não ocorre em certos grupos sociais, como “aqueles que possuem, fortemente arraigado, um esquema de valores contraposto àqueles que as normas penais pretendem impor”.

Também por esta perspectiva, punir o índio criminalizando a sua

cultura, costumes e tradição não seria legítimo por parte do ordenamento jurídico-penal, uma vez que os fins da pena não seriam cumpridos, notadamente quanto ao aspecto de prevenção geral.

4. CONCLUSÃO

O homicídio infantil indígena é uma realidade presente na sociedade hodierna, ocorrendo em algumas comunidades ameríndias situadas principalmente na Região Amazônica. A justificativa para tal prática é diversa, sendo correto afirmar que está ligada às crenças e aos valores tradicionalmente passados de geração em geração, tendo sido internalizados ao longo de muito tempo, fazendo parte do acervo cultural desses povos.

A despeito das motivações serem variadas, é correto afirmar que existe um ponto em comum que une todas elas: o conceito de pessoa. Pessoa e humanidade para as etnias indígenas que possuem tal costume não coincidem, não existindo nenhuma relação de interdependência entre eles, como ocorre na visão de mundo ocidental.

O fato de ser uma pessoa nascida de uma mulher, não significa que é humana, podendo a mesma ser “não humana” na medida em que foi concebida por espíritos, animais, fruto de relações incestuosas, adultério, nascidas com alguma deformidade física ou mental, dentre outras crenças ligadas à cosmologia ameríndia. A humanidade, para estas etnias indígenas, é um processo complexo que se adquire ao longo de suas conexões sociais.

Por esta razão, ceifar a vida de uma “pessoa não humana” é uma prática cultural aceita neste contexto social, sendo esta uma regra de conduta transmitida por seus antepassados, cultivadas no interior de seus ordenamentos sociais e vistas como necessárias para a preservação da identidade de seus grupos.

As especificidades dos regramentos jurídicos indígenas se justificam a partir de suas compreensões de mundo e de suas perspectivas etnoculturais, encontrando-se o índio completamente integrado e harmonizado com seus pares, vivendo de acordo com seus padrões morais, sociais e culturais, não necessitando de forma alguma da ingerência do Estado brasileiro na resolução de seus conflitos.

Desejar responsabilizar penalmente o índio que age em conformidade com suas regras e seus valores como desejam os universalistas cultu-

rais é afrontar a sua identidade, desrespeitar sua tradição e cultura, adotar uma postura de arrogância e de superioridade, axiologicamente incompatível com o comando normativo prescrito na Carta Magna brasileira; na Convenção 169 da OIT - Organização Internacional do Trabalho, já devidamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.051 de 2004 e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007.

Por esta razão, o Projeto de Lei 1057/2007 que criminaliza as práticas indigenistas deve ser refutado veementemente, pois discorde com a realidade multicultural brasileira. O fato de o Brasil adotar o monismo jurídico em sua matriz constitucional não o legitima a levar o índio que age em consonância com seus padrões etnoculturais ao banco dos réus, marginalizando a sua cultura.

Não se pode olvidar que o índio a partir da Constituição de 1988 foi erigido à condição de cidadão e, como tal, deve ser respeitado em todos os seus direitos, não podendo mais o Estado brasileiro discriminá-lo, segregá-lo ou até mesmo tentar integrá-lo à sociedade nacional como previsto no art. 4º do Estatuto do Índio. Resta claro que o paradigma integracionista não foi recepcionado pela Carta Magna brasileira.

Diante deste contexto, o homicídio infantil indígena deve ser tratado como um delito culturalmente motivado, estando presente o erro de tipo culturalmente condicionado, uma vez que o índio não representa em seu sistema simbólico a existência de uma “pessoa humana” segundo seus critérios de aquisição de humanidade.

Não há como ser cogitado dolo de homicídio por parte do índio, uma vez que o mesmo tira a vida de uma “pessoa não humana”. Ele não age finalisticamente para matar uma “pessoa de verdade”, mas para matar uma “pessoa não humana”, movido no interior de sua cultura. Há aqui uma completa ausência de representação da realidade que recai sobre um elementar essencial do tipo penal homicídio: alguém.

Afastando a tipicidade da conduta não há que se questionar mais a respeito de nenhuma causa justificante, a exemplo do estado de necessidade putativo, exercício regular de direito e erro de proibição inevitável ou erro de compreensão culturalmente condicionado.

Adotando-se a premissa de que não existe uma cultura superior à outra, sendo as culturas indígenas tão válidas quanto à da comunidade

nacional, não pode ser admitido o argumento de que o índio não compreende a ilicitude de sua ação por se encontrar inserido em uma cultura minoritária.

Rechaça-se aqui a tese do erro de proibição inevitável ou erro de compreensão culturalmente condicionado. O índio não se encontra em erro algum, ele age segundo seus padrões etnoculturais, morais, convicto de suas ações, compreendendo a sua conduta em toda a sua inteireza.

Sua ação é tão lícita quanto qualquer outra ação decorrente do sistema de crenças e valores de uma dada comunidade moral. O erro de compreensão culturalmente condicionado ou de proibição inevitável é, neste diapasão, uma forma preconceituosa de se tratar a questão do homicídio infantil indígena.

Reconhecendo a atipicidade da conduta perpetrada pelos povos indígenas, em decorrência do erro de tipo culturalmente condicionado, não há razão para invocar as excludentes de ilicitude como o exercício regular de direito - incompatível com o monismo jurídico adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro - e o estado de necessidade putativo que, apesar de ser condizente com a moralidade de tais etnias ameríndias, só poderia ser aventada em caso de ser típico o homicídio infantil indígena, questão esta já superada como supra apresentado.

REFERÊNCIAS

ADINOLFI, Valéria Trigueiro. **Bioética, Direitos Humanos e o Infanticídio e Morte Intencional de Crianças em Grupos Indígenas Brasileiros**. Lavras: Universidade Federal de Lavras: 2008. 79 p. Monografia (Especialização) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Bioética, Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2008

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 61ª sessão. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Nações Unidas, Rio de Janeiro, 2008.

BARRETO, Maíra de Paula. Universalidade dos Direitos Humanos e da Personalidade versus Relativismo Cultural. In: **Anais Eletrônicos do 15º Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2006. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_maira_de_paula_barreto.pdf. Acesso em 13 de maio. 2016.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**: uma análise comparativa. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 21. ed. rev. ampl. atual. SP: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal brasileiro. Brasília, DF, 1940.

Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17 de maio 2016.

BRASIL. Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004. Promulga Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.

BRASIL. Estatuto do índio. Lei nº 6001 de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá Outras Providências, DF, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em 14 de maio 2016.

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança, DF, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 14 de maio 2016.

BRASIL. Projeto de Lei 1057/2007. Dispõe sobre o Combate a Práticas Tradicionais Nocivas e à Proteção dos Direitos Fundamentais de Crianças Indígenas, bem como pertencentes a outras Sociedades ditas não Tradicionais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5AEFC6F27EB4DAEB80C0DD0295505093.proposicoesWeb2?codteor=459157&filename=PL+1057/2007>. Acesso em: 18 fev. 2016.

FARIA, Monica Faria Baptista; SALLES, Denise Mercedes Nuñez Nas-

cimento Lopes. A Vulnerabilidade da Criança Indígena e a Ineficácia do Estado Brasileiro no Combate à Prática do Infanticídio Indígena. In: **Anais Eletrônicos do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte: Dom Helder Câmara, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2001.

FEITOSA, Saulo Ferreira. **Pluralismo moral e direito à vida: apontamentos bioéticos sobre a prática do infanticídio em comunidades indígenas no Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, 2010

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. Erro de Tipo e Erro de Proibição. **Revista do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília**. Universitas/ Jus. Uniceub. n. 3. Jan/Jun.1999.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. Teorias do dolo: uma simples referência histórica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 43, 01 jul. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/957>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 11. ed. rev. atual. ampl. SP: Revista dos Tribunais, 2012.

PAUL AMRY, René. **Defensa Cultural y Pueblos Indígenas**: propuestas para la actualización del debate. Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7.ed. rev. ampl. e atual. SP: Saraiva, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 6 ed. rev. ampl. RJ: Lumen Juris, 2010.

ROCHA, Maicon Fabrício. Teoria Estrita e Teoria Limitada da Culpabilidade. **Revista de Direito Brasileiro**, Londrina, v.1, n.1, Jan/Abr. 2006, p. 245-262.

SANZ MULAS, Nieves. Diversidad Cultural y Política Criminal: estrategias para la lucha contra la multilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español). **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2014, n. 16-11, p. 11:1-11:49 – ISSN 1695-0194

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev. atual.

ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. SP: Revista dos Tribunais, 2011.

SIMÕES, Jonathas da Silva. **Infanticídio Indígena em Tribos Brasileiras**. Disponível em: <<http://oabpb.org.br/artigos/infanticidio-indigena-em-tribos-brasileiras/>> Acesso em: 17 abr. 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11. ed. rev e atual. SP: Revista dos Tribunais, 2015.