

CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS? A VIOLÊNCIA SOFRIDA PELAS MULHERES INDÍGENAS DENTRO DAS TERRAS INDÍGENAS E A APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO¹

¿CRÍMENES POR MOTIVOS CULTURALES? LA VIOLENCIA SUFRIDA POR MUJERES INDÍGENAS EN TIERRAS INDÍGENAS Y LA APLICABILIDAD DEL DERECHO PENAL BRASILEÑO

Fernanda Analú Marcolla²

Rogério Ristow³

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth⁴

¹ Artigo produzido a partir de pesquisa financiada pelo Programa de Desenvolvimento da Pós-Graduação (PDPG) Emergencial de Consolidação Estratégica dos Programas de Pós-Graduação (PPGs) *stricto sensu* acadêmico com notas 3 e 4 da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoas de Nível Superior (CAPES) – Processo nº 88887.710405/2022-00.

² Doutoranda em Direitos Humanos pela UNIJUÍ/RS. Mestra em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pós-graduanda em Propriedade Intelectual pela Verbo Jurídico. Especialista em Direitos Humanos e Direito Constitucional pela Universidade de Direito de Coimbra/PT. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE). Advogada inscrita na OAB/SC nº. 53.746. Membro dos grupos de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB) e Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas (CNPq-FURB), com estudos em direito de propriedade intelectual, desenvolvimento tecnológico e inovação. Membro da Comissão Criminal da OAB/SC da Subseção de Brusque. ID Lattes: 3320760922393919. ID Orcid: 0000-0003-2335-2343. Endereço eletrônico: fmarcolla@furb.br.

³ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2004). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Programa de Pós-Graduação da Fundação universidade Regional de Blumenau (FURB). Possui graduação em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (1998). Advogado Criminalista. Membro da Comissão de Direito Criminal da Subseção de Brusque da OAB/SC (2019-2021). Representante no Vale do Itajaí da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina (AACRIMESC). Representante Docente do Curso de Direito na Comissão de Direitos Humanos do Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE). Membro do Laboratório de Educação em Cidadania e Direitos Humanos da UNIFEBE (LACEDH). Membro da Academia de Letras do Brasil Seccional de Brusque-SC. ID Lattes: 3038998982788860.

⁴ Pós-Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2014). Mestre em Direito pela UNISINOS (2010). Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (2008). Graduado em Direito pela UNIJUÍ (2006). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito da UNIJUÍ. Professor-pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIJUÍ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Membro Titular do Comitê de Assessoramento de Ciências Humanas e Sociais da FAPERGS (2022-2024). Coordenador da Rede de Pesquisa Direitos Humanos e Políticas Públicas (REDIHPP) e líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Membro da equipe de pesquisadores do Projeto "Direitos Humanos dos Migrantes e dos Refugiados", vinculado ao Grupo de Investigação Dimensions of Human Rights do Instituto Jurídico Portucalense, da Universidade Portucalense, Porto, Portugal. Membro da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos (UNESC, UNIRITTER, UNIJUÍ, UFMS, PUC-CAMPINAS, UNIT, UNICAP, CESUPA, UFPA). ID Lattes: 0354947255136468. ID ORCID: 0000-0002-7365-5601. E-mail: madwermuth@gmail.com

RESUMO: O artigo analisa, a partir dos crimes culturalmente motivados, a violência sofrida pelas mulheres indígenas dentro de suas terras indígenas, avaliando a possibilidade da aplicação da lei penal brasileira aos crimes praticados por indígenas. O problema que orienta a pesquisa é: os crimes culturalmente motivados praticados contra as mulheres indígenas dentro de suas terras podem ser objeto de aplicação do direito penal brasileiro? Considerando-se os dados levantados com base nas pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito Constitucional e Direito Indígena, possibilita-se afirmar que os crimes praticados por indígenas devem ser analisados isoladamente. A doutrina afirma que a imputabilidade de indígenas decorre do grau de sua integração na sociedade, ou seja, somente integrantes de terras indígenas em total isolamento não respondem pelos atos ilícitos praticados na esfera penal. Como objetivo geral, a pesquisa visa avaliar a possibilidade de caracterização de crimes culturalmente motivados na violência sofrida pelas mulheres indígenas, analisando se existe a possibilidade da aplicação punitiva no direito penal brasileiro. Para dar concretude ao objetivo geral, os objetivos específicos do texto, que se refletem na sua estrutura em três seções, são: a) analisar a partir de estudos já realizados, a existência de violência contra a mulher indígena dentro das terras indígenas; b) investigar o conceito de cultura e de crimes culturalmente motivados dentro das tradições indígenas; c) analisar como os tribunais têm se manifestado quanto aos crimes praticados em decorrência da cultura. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: crimes culturalmente motivados; direito penal; mulher indígena; Violência.

RESUMEN: *El artículo analiza, a partir de delitos de motivación cultural, la violencia sufrida por mujeres indígenas dentro de sus tierras indígenas, evaluando la posibilidad de aplicar el derecho penal brasileño a los delitos cometidos por indígenas. El problema que orienta la investigación es: ¿los crímenes por motivos culturales cometidos contra mujeres indígenas dentro de sus tierras pueden estar sujetos a la aplicación del derecho penal brasileño? Tomando en consideración los datos recabados de las investigaciones realizadas sobre el tema en el área de Derecho Constitucional y Derecho Indígena, se puede afirmar que los delitos cometidos por indígenas deben ser analizados de manera aislada. La doctrina señala que la imputabilidad de los pueblos indígenas surge del grado de su integración a la sociedad, es decir, sólo los miembros de tierras indígenas en total aislamiento no son responsables de actos ilícitos cometidos en el ámbito penal. Como objetivo general, la investigación busca evaluar la posibilidad de caracterizar delitos de motivación cultural en la violencia sufrida por mujeres indígenas, analizando si existe posibilidad de aplicación punitiva en el derecho penal brasileño. Para dar concreción al objetivo general, los objetivos específicos del texto, que se reflejan en su estructura en tres apartados, son: a) analizar, con base en estudios ya realizados, la existencia de violencia contra las mujeres indígenas dentro de tierras indígenas; b) investigar el concepto de cultura y los crímenes por motivos culturales dentro de las tradiciones indígenas; c) analizar cómo se han expresado los tribunales respecto de los delitos cometidos por razón de la cultura. El método de investigación utilizado fue hipotético-deductivo, utilizando técnicas de investigación bibliográfica y documental.*

Palabras clave: *Delitos de motivación cultural; Derecho penal; Mujer indígena; Violencia.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a violência sofrida por mulheres indígenas nos seus territórios na perspectiva dos crimes culturalmente motivados, examinado se os crimes praticados nessa conjuntura podem ser punidos por meio da aplicação do Direito Penal Brasileiro. Importante destacar que a categoria “crimes culturalmente motivados” ainda não é utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). No entanto, nos poucos julgados colacionados para a realização desta pesquisa se utiliza a expressão “conflito de cunho cultural”.

Para este estudo, optou-se por estudar dois julgados criminais específicos, que abordam crimes cometidos por indígenas, os quais possuem decisões divergentes. A preocupação da presente pesquisa é apresentar o quanto as mulheres indígenas são invisibilizadas no contexto social e cultural/territorial. Em culturas patriarcais as mulheres são compreendidas como inferiores aos homens, são coisificadas e, no caso das indígenas, são estereotipadas desde a colonização.

Trata-se de uma violência simbólica, visando silenciar as vítimas nas terras indígenas. Há casos em que, as violações ocorrem de várias formas: primeiro, nos territórios indígenas, as mulheres são inferiorizadas se comparadas aos homens, não possuem direito sobre seus corpos, muitas são negociadas por seus semelhantes com outros territórios indígenas ou com garimpeiros⁵. Na sociedade civil, suas falas são ignoradas, ocultadas e silenciadas por líderes indígenas, os pedidos de ajuda para combater a violência interna, acabam sendo supervisionados por um líder masculino do território indígena, o que, muitas vezes, não permite nenhuma efetividade judicial prática.

Dessa feita, o presente artigo foi construído tendo por problema de pesquisa a seguinte pergunta: os crimes culturalmente motivados praticados contra as mulheres indígenas dentro de seus territórios podem ser objeto de aplicação do direito penal brasileiro?

Como hipótese inicial, considerando-se os dados levantados com base num conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito Constitucional e Direito Indígena, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, possibilita-se afirmar que os crimes praticados por indígenas devem ser analisados isoladamente. Uma vez que nem todo ato ilícito praticado por indígena é considerado um crime motivado pela cultura. A doutrina majoritária afirma que a imputabilidade de indígenas decorre do grau de sua integração na sociedade, ou seja, somente integrantes de territórios indígenas em total isolamento social não respondem na esfera penal, por não conseguir compreender a gravidade dos atos praticados. Desse modo, os atos criminais praticados por indígena integrado à sociedade não são considerados crimes culturalmente motivados. Assim sendo, eles são responsabilizados com base na normativa penal brasileira.

Como objetivo geral, a pesquisa visa avaliar a possibilidade de caracterização de crimes culturalmente motivados no que tange à violência sofrida pelas mulheres indígenas dentro de seus territórios, avaliando a possibilidade da aplicação do direito penal brasileiro aos infratores. Para dar concretude ao objetivo geral, os objetivos específicos do texto, que se refletem na sua estrutura, são divididos em três seções, quais sejam: a) analisar, a partir de estudos já realizados, a existência de violência contra a mulher indígena dentro de seus territórios; b) investigar o conceito de cultura e de crimes culturalmente motivados; c) analisar como os tribunais têm se manifestado

⁵ Importa destacar que o Brasil possui, na atualidade, 305 povos indígenas, e esta pesquisa representa um pequeno recorte cultural dessas práticas.

quanto aos crimes praticados por indígenas e a sua possibilidade de punibilidade penal.

Utilizou-se, na pesquisa, do método de abordagem hipotético-dedutivo, que compreende um conjunto de análises que partem das conjecturas formuladas para explicar as dificuldades encontradas para a solução de um determinado problema de pesquisa. Sua finalidade consiste em enunciar claramente o problema, examinando criticamente as soluções passíveis de aplicação⁶.

Os procedimentos adotados envolvem a seleção da bibliografia que forma o referencial teórico deste estudo, sua identificação como produção científica relevante, leitura e reflexão, a fim de atingir possíveis respostas ao problema proposto. Nesse sentido, a pesquisa foi conduzida pelo levantamento de produções científicas (livros, artigos científicos publicados em periódicos, relatórios de pesquisa, teses e dissertações) e legislação/regulação já existentes sobre a temática.

2 VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES INDÍGENAS

A violência contra as mulheres indígenas tem raízes na própria história da colonização da sociedade brasileira. Desse modo, esse tipo de violência ocorre tanto em questões pessoais quanto étnicas e sociais, decorrentes da vida em sociedade⁷. Numa concepção social histórica, a mulher já foi considerada hierarquicamente inferior ao homem, cabendo a esta a submissão e a tolerância quanto às condutas machistas e agressivas, como forma de proteção e preservação familiar⁸.

Nesse contexto cultural, as mulheres indígenas acabam sofrendo uma vitimização em dobro, haja vista que, além de sofrerem violência no seu próprio território, acabam sendo invisibilizadas pela sociedade civil, pelo Poder Judiciário e pelo Estado.

Em vários períodos históricos, a exemplo dos conquistadores europeus, que compreendiam que as mulheres eram inferiores social e politicamente aos homens, elas, por serem consideradas objetos, acabavam se tornando vítimas de assassinato, estupro, tortura, rapto, lesões corporais e outras tantas formas de violência⁹. Em sociedades machistas e patriarcais, a mulher se torna um objeto sexual. Nesse contexto, o processo de vitimização da mulher indígena é perversamente interpretado como resultante da própria natureza permissiva, a qual legitima as violações sexuais:

⁶ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022.

⁷ SIMONIAN, Ligia T. Lopes. Mulheres indígenas vítimas de violência. **Cadernos do NAEA**, v. 12, p. 101-141, 1994. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/K1D00037.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 101.

⁸ MARCOLLA, Fernanda Analú. ARRABAL, Alejandro Knaesel. Cultura, patriarcado familiar e violência doméstica contra a mulher. In: CENSI, Romana Reinert. **Violência nas famílias e sucessões: uma homenagem ao jurista Mario Luiz Delgado**. Porto Alegre: Paixão Editores, 2022. p. 132.

⁹ SIMONIAN, Ligia T. Lopes. Mulheres indígenas vítimas de violência. **Cadernos do NAEA**, v. 12, p. 101-141, 1994. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/K1D00037.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 102.

As bugras e as bugrinhas são tidas como permissivas e é comum se ouvir das famílias dos regionais que seus filhos se iniciaram nas práticas do sexo com uma delas. A bem verdade, derrubar uma bugra, levar uma bugra para o capinzal, virou forma corriqueira de se referirem às incursões sexuais com mulheres que se prestem a isto – sejam elas índias ou não¹⁰.

A dominação masculina sobre o gênero feminino é resultante de uma violência simbólica estrutural. Para Bourdieu¹¹, essa submissão paradoxal acontece na forma de uma violência suave, insensível, invisível às suas próprias vítimas, “que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento”.

Muitas das violências simbólicas nem sequer são percebidas como atos criminais pela sociedade indígena, na qual homens e mulheres vivenciam um ciclo de violência em que esses tipos de práticas já foram legitimados. A dificuldade de compreensão do ato violento se amplia no âmbito da violência doméstica nos povos, pois tais estruturas possuem critérios extremamente patriarcais. Da mesma forma que acontece na violência doméstica em geral, as mulheres indígenas também não denunciam os agressores “por medo, vergonha, por temer represálias da família ou pela falta de condições financeiras para manter o lar na ausência do homem”¹².

Em meio a tantas violações históricas de gênero colonialistas patriarcais, as mulheres indígenas lutam por um futuro mais digno, por liberdade, pela sua identidade e pela continuidade da existência do seu povo. No entanto, na atualidade, nas culturas indígenas, o patriarcado, o machismo e o sexismo continuam tão enraizados quanto na sociedade não indígena, e pelos mesmos motivos, ou seja, pela necessidade do poder e dominação¹³ dos corpos femininos.

Para Jhelice Kaiowá, pertencente ao território indígena Kaiowá Tekoha Amambai, região do Mato Grosso, no qual existem violentas disputas de poder por terras agricultáveis, as mulheres indígenas já nascem em desigualdade social se comparadas aos homens de seus territórios, assim como com o restante da população geral:

A violência às mulheres indígenas kaiowás e guaranis começa quando já nascem sem ter voz para decidir pelo seu próprio futuro. Elas nascem destinadas para o lar, são ensinadas para se calar diante de situações de violência doméstica, e como moramos em uma comunidade indígena (aldeias), a figura do homem ainda é muito forte. O machismo está enraizado, com isso as próprias lideranças também conhecidas como “capitão” coagem as mulheres vítimas dessas violências¹⁴.

¹⁰ SIMONIAN, Ligia T. Lopes. Mulheres indígenas vítimas de violência. **Cadernos do NAEA**, v. 12, p. 101-141, 1994. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/K1D00037.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 107.

¹¹ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**: a condição feminina e a violência simbólica. 19. Ed. Tradução Matia Helena Kühner. Rio de Janeiro: Beltrand Brasil, 2021. p. 12.

¹² NÃO SE CALE. **Violência contra mulheres indígenas**. Disponível em: <https://www.naosecale.ms.gov.br/violencia-domestica-contra-mulheres-indigenas/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

¹³ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**: a condição feminina e a violência simbólica. 19. Ed. Tradução Matia Helena Kühner. Rio de Janeiro: Beltrand Brasil, 2021. p. 12.

¹⁴ AMANTE, Vandrezza. **13 mulheres indígenas falam sobre as violências que enfrentam em seus territórios**. 2021. Disponível em: <https://catarinas.info/21diasdeativismo-a-luta-das-mulheres-indigenas-pelo-pais/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

Jhelice ainda afirma que as medidas protetivas que abrangem a Lei Maria da Penha não conseguem ter aplicabilidade fática nas aldeias, pois, segundo a indígena, “a delegacia liga informando o capitão (perguntando) se o fato é verídico ou não, e isso vai agravando a situação da vítima dentro da aldeia. Como se já não bastasse a distância para se locomover até a cidade para denunciar os atos de violência”. Outro fator relatado é o medo de retaliação na aldeia, já que quando essas mulheres criam coragem para denunciar, elas “são perseguidas e ameaçadas constantemente, sendo agredidas não só emocional e psicologicamente, mas chegando à violência física, sendo estupradas e, muitas vezes, mortas”¹⁵.

É nessa compreensão que Bourdieu¹⁶ afirma que acontece a violência simbólica, ou seja, tal ato não acontece por meio do conhecimento ou desconhecimento prático, mas sim como decorrência “da consciência e da vontade e que se confere seu poder hipnótico a todas as suas manifestações, injunções, sugestões, seduções, ameaças, censuras, ordens ou chamadas à ordem”. Logo, em muitas culturas, a violência contra a mulher pode ser constatada como um reflexo de uma herança histórico-cultural, decorrente de uma sociedade, via de regra “machista e sexista, que atribui à mulher o estereótipo de fragilidade, inferioridade, ou mesmo de objeto sujeito à dominação masculina”¹⁷.

O conjunto de tradições de um território indígena é o que integra a sua cultura. Essas crenças são institucionalizadas pelo hábito e transmitidas de uma geração à outra. São esses fatores que influenciam muitas vezes em certos padrões de violências enraizadas, haja vista que ainda carregam em suas estruturas as raízes da dominação dos homens sobre as mulheres, influenciadas historicamente pelo colonialismo¹⁸.

Para Bourdieu¹⁹, essa dominação masculina cultural decorre do poder de uma força simbólica sobre os corpos, a qual ocasiona uma espécie de invisibilidade da violência de fato. A violência, nesse contexto, ocorre sutilmente, sem qualquer coação física. É como se a vítima não percebesse que está sendo violentada. Nesse sentido, o efeito da dominação simbólica, seja ela de etnia, de gênero, de culturas etc., acontece por meio dos “esquemas de percepção, de avaliação de ação que são constitutivos dos *habitus* e que fundamentam, aquém das decisões da consciência e dos controles da vontade, uma relação de conhecimento profundamente obscura a ela mesma”.

¹⁵ AMANTE, Vandrezza. **13 mulheres indígenas falam sobre as violências que enfrentam em seus territórios**. 2021. Disponível em: <https://catarinas.info/21diasdeativismo-a-luta-das-mulheres-indigenas-pelo-pais/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

¹⁶ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica**. 19. Ed. Tradução Matia Helena Kühner. Rio de Janeiro: Beltrand Brasil, 2021. p. 75.

¹⁷ MARCOLLA, Fernanda Analú. ARRABAL, Alejandro Knaesel. Cultura, patriarcado familiar e violência doméstica contra a mulher. In: CENSI, Romana Reinert. **Violência nas famílias e sucessões: uma homenagem ao jurista Mario Luiz Delgado**. Porto Alegre: Paixão Editores, 2022. p. 129.

¹⁸ MARCOLLA, Fernanda Analú. ARRABAL, Alejandro Knaesel. Cultura, patriarcado familiar e violência doméstica contra a mulher. In: CENSI, Romana Reinert. **Violência nas famílias e sucessões: uma homenagem ao jurista Mario Luiz Delgado**. Porto Alegre: Paixão Editores, 2022. p. 129.

¹⁹ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica**. 19. Ed. Tradução Matia Helena Kühner. Rio de Janeiro: Beltrand Brasil, 2021. p. 68-69.

Nesse tipo de sociedade machista, criam-se mentiras misóginas com o intuito de “racionalizar a subordinação das mulheres (por exemplo, presume-se que somos irracionais e sentimentais, e, portanto, inaptas para o trabalho intelectual e aptas para a domesticidade)”²⁰. No caso das mulheres indígenas, muitos outros fatores exploratórios estão presentes como modalidade de violação, entre eles, o racismo, o assédio sexual e a dominação de seus corpos etc.

Este é o teor do depoimento de Ingrid, do povo Sateré Mawé, sobre a violência contra as mulheres indígenas:

Nós somos atacadas de todas as formas. Com racismo, com violência, com assédio sobre nossos corpos, sobre nossos territórios, com desrespeito às nossas vidas. E muitas vezes, quando um caso de violência vem à tona, ao invés de discutirmos com mais profundidade, o que vemos é o aumento do racismo e do machismo. Entre as inúmeras situações de violência que atingem especialmente as mulheres indígenas estão a exploração sexual de crianças e adolescentes²¹.

A sexualidade feminina, na perspectiva de Foucault²², continua sendo um grande dogma histórico-social. Enquanto, para a mulher, o sexo é destinado à procriação, para o homem, é considerado uma experiência exploratória de fonte de prazer. É nessa relação de dominação que é possível constatar que as mulheres indígenas sofrem a exploração de seu corpo, tanto por homens pertencentes à própria cultura quanto pelo processo de colonização em curso até os dias atuais, por invasores e garimpeiros etc. Com base nos relatos das mulheres indígenas citados neste artigo, percebe-se que ainda existe um olhar colonizador sobre os seus corpos e saberes.

Importante destacar, ainda, que a violência nos lares ou nas aldeias indígenas é baseada na crença de que é aceitável que um indivíduo “mais poderoso controle outros indivíduos por meio de várias formas coercitivas”²³. Desse modo, nesse tipo de relação, as mulheres são invisibilizadas, tanto pela sociedade indígena quanto pela omissão do próprio Estado em desenvolver políticas públicas adequadas à realidade social indígena.

A história tem nos mostrado que a invisibilidade mata, o que para Foucault²⁴ é denominado por biopolítica, ou seja, o ato estatal omissivo em “fazer viver ou deixar morrer”. Importante destacar que, quando mulheres indígenas estão reivindicando o direito a ter seu lugar de fala, elas estão, na verdade, lutando por seu direito à própria vida²⁵.

²⁰ FRASER, Nancy. **Justiça interrompida: reflexões críticas sobre a condição pós-socialista**. Tradução Ana Claudia Lopes, Nathalie Bressiani. São Paulo: Boitempo, 2022, p. 208.

²¹ AMANTE, Vandreza. **13 mulheres indígenas falam sobre as violências que enfrentam em seus territórios**. 2021. Disponível em: <https://catarinas.info/21diasdeativismo-a-luta-das-mulheres-indigenas-pelo-pais/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

²² FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Vol. 1. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014, p. 158.

²³ HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2021, p. 95-96.

²⁴ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Vol. 1. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

²⁵ RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala: feminismos plurais**. São Paulo: Jandaíra, 2021, p. 42.

Essa percepção de ausência de representatividade, de silenciamento e de invisibilidade, é percebida pela indígena Ingrid, no seguinte relato:

A invisibilidade das mulheres indígenas no mapa da violência nacional é um contrassenso, pois nós somos as maiores vítimas e as principais vozes contra a criminalidade dentro dos territórios. São essas mulheres que, no Acre, são cooptadas em casamentos fraudulentos por organizações de tráfico de drogas para que os traficantes possam passar livremente por dentro de seus territórios na fronteira com o Peru. São essas mulheres que denunciam o garimpo, a exploração ilegal de madeira e têm suas casas queimadas, sofrem ameaças e violência sexual²⁶.

A violência contra as mulheres indígenas manifesta-se de várias formas, incluindo violações de pertencimento, de reconhecimento, além de agressões físicas e psicológicas. Suas vozes são silenciadas mediante um sistema dominado pelo masculino, e seus corpos tornam-se alvos da criminalidade patriarcal. Essa realidade é compartilhada por todas as mulheres, que possuem uma identidade de gênero comum. Como tal, “todas sofrem um dano comum quando essa identidade é depreciada; todas, portanto, são irmãs por baixo da pele”. Fazer justiça às mulheres implica reconhecer e valorizar a diferença de gênero, em vez de diminuí-la²⁷.

Hooks²⁸, ao abordar as desigualdades sociais entre homens e mulheres, a qual a autora designa ser decorrente de um sistema patriarcal estrutural, demonstra que existe uma hierarquia de classe. No topo da pirâmide da classe dominante está o homem branco, depois a mulher branca, numa posição seguinte está o homem negro e, por último, está a mulher negra.

A autora referenciada não aborda na hierarquia da pirâmide a classificação dos grupos indígenas, mas por analogia ao que foi apresentado, é possível constatar que, em primeiro plano, encontram-se as lideranças indígenas compostas por homens; depois, a população masculina, em geral; e, por fim, as mulheres indígenas como uma subclasse menos privilegiada. O sistema patriarcal é excludente e dominante e está enraizado em todos os segmentos sociais, muito mantidos e defendidos em prol da preservação de culturas intergeracionais²⁹.

Pelos motivos expostos neste tópico, principalmente no que tange à violência decorrente de culturas tradicionais, faz-se necessário abordar os crimes culturalmente motivados amplamente. Preservar a cultura e as tradições sociais é de extrema importância para manter as características históricas vivas. No entanto, quando essa cultura colide com a dignidade humana de certo grupo social, ela precisa ser revisitada e modificada em prol de um bem maior, a vida.

²⁶ AMANTE, Vandrezza. **13 mulheres indígenas falam sobre as violências que enfrentam em seus territórios**. 2021. Disponível em: <https://catarinas.info/21diasdeativismo-a-luta-das-mulheres-indigenas-pelo-pais/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

²⁷ FRASER, Nancy. **Justiça interrompida: reflexões críticas sobre a condição pós-socialista**. Tradução Ana Claudia Lopes, Nathalie Bressiani. São Paulo: Boitempo, 2022, p. 209.

²⁸ HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2021, p. 89.

²⁹ HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2021, p. 91.

3 CULTURA E A CARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

Toda tradição e cultura fazem parte de contextos sociais concebidos na história de um determinado povo. Logo, com o passar do tempo, as expressões culturais se alteram conforme as necessidades e anseios sociais, sendo estas “governadas pela apreciação dominante de um valor em relação a outros”³⁰.

A cultura é considerada por alguns autores como um agente de mudança do *status quo*, pois o seu intuito é orientar o desenvolvimento social rumo a uma condição evolutiva humanitária. Para tanto, a educação possui o grande desafio de refinar os costumes e, conseqüentemente, possibilitar uma convivência harmônica entre as mais diversificadas culturas³¹.

Nessa mesma perspectiva, pode-se constatar na cultura uma ferramenta capaz de moldar a identidade de um indivíduo, ao possibilitar-lhe que opte entre várias identidades possíveis, ou seja, adquire-se ao longo da vida vários traços identitários conforme as experiências vivenciadas³². Logo, a cultura inspira e faz a mudança individual acontecer, para que se possa afirmar que somos o resultado existencial de um conjunto de vivências.

Segundo Laraia³³, todo comportamento se origina da utilização de símbolos, ou seja, é o exercício da simbolização que cria a cultura:

Foi o símbolo que transformou nossos ancestrais antropóides em homens e fê-los humanos. Todas as civilizações se espalharam e perpetuaram somente pelo uso de símbolos. Toda cultura depende de símbolos. É o exercício de simbolização que cria a cultura e o uso de símbolos torna possível a sua perpetuação. Sem símbolo não haveria cultura, e o homem seria apenas animal, não um ser humano. O comportamento do homem é o comportamento simbólico.

Em que pese a cultura ter inúmeras fragmentações teóricas, deve-se observá-la sobre as maneiras de como ela influencia ou é influenciada pelo comportamento social³⁴. Do mesmo modo, numa cultura caracteriza-se o senso de pertencimento e a criação da identidade, o que nas palavras de Taylor³⁵ é “a maneira como uma pessoa se define, como é que as suas características fundamentais fazem dela um ser humano”.

³⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 240.

³¹ BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 12.

³² SILVA, Tomaz Tadeu da; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 19-20.

³³ LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 55.

³⁴ MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério. Crimes culturalmente motivados: cultural defense enquanto elemento fundamental na advocacia criminal. In: MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério (org.). **Temas de direito criminal: reflexões e possibilidades**. Vol. 1. Curitiba: Bagai, 2021. Cap. 3. p. 52.

³⁵ TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 45.

Analisar a identidade nacional ou cultural é uma das primeiras etapas para se observar a caracterização dos crimes culturalmente motivados. Com base nas práticas sociais de cada comunidade, “a identidade de um povo ou de uma cultura aponta para um conjunto de costumes, comportamentos, valores, obras e para elementos socioculturais, como a língua e a religião”³⁶.

Por mais que haja uma amplitude conceitual na categoria cultura, ao abordar a temática sob a perspectiva penal, é necessário compreendê-la num sentido antropológico, por serem as “relações entre direito penal e raízes (ou origens) culturais do agir, variando entre as possíveis incriminações da diferença cultural e, paradoxalmente, as propostas de tutela penal das minorias culturalmente divergentes”³⁷.

Os crimes culturalmente motivados decorrem de uma conduta lícita no “sistema jurídico de origem praticado por um membro de uma cultura minoritária, enquanto a mesma conduta praticada se torna ilícita no sistema jurídico de destino de uma cultura dominante”³⁸. Logo, esse tipo de criminalidade acontece quando um comportamento de um sujeito que pertence a um grupo étnico minoritário acaba sendo considerado um delito diante das normativas de um grupo cultural dominante³⁹.

De fato, a constatação dos crimes culturalmente motivados decorre intrinsecamente de conflitos de práticas, tradições e culturas distintas. Para Dias⁴⁰, para haver a caracterização de um crime motivado pela cultura, precisa haver um conflito normativo que “é dirimido através da violação de normas jurídico-penais do país de destino em cumprimento das regras do próprio código etnocultural cujo sentido diverge daquelas”.

Moraes⁴¹ conceitua os crimes culturalmente motivados como:

[...] um fato praticado por um membro de uma minoria cultural, que é considerado punível pelo sistema jurídico da cultura dominante, embora tolerado e aceito como comportamento normal no âmbito do grupo culturalmente minoritário, aprovado ou mesmo promovido e incentivado”, admitindo-se que se origine de uma subcultura nacional ou radicado numa ordem forasteira ou exótica.

³⁶ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thais Luzia. **Direito e identidade das comunidades tradicionais do direito do autor ao direito à cultura**. 2011. Disponível em: <https://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/2477/Direito%20e%20identidade%20das%20comunidade%20tradicionais%20do%20direito%20do%20autor%20ao%20direito%20c3%a0%20cultura.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 mar. 2023.

³⁷ ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural**. 2019. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019.

³⁸ MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério. Crimes culturalmente motivados: cultural defense enquanto elemento fundamental na advocacia criminal. *In*: MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério (org.). **Temas de direito criminal: reflexões e possibilidades**. Vol. 1. Curitiba: Bagai, 2021. Cap. 3. p. 53.

³⁹ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 70.

⁴⁰ DIAS, Augusto Silva. **Crimes culturalmente motivados: o direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 16.

⁴¹ MORAES, Rodrigo Iennaco de. **Crimes culturalmente motivados: e violência sexual contra a mulher**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 30.

Entretanto, em um crime culturalmente motivado, as condutas criminais precisam ser analisadas sob três aspectos centrais, quais sejam: “a) motivo cultural, b) coincidência da reação, c) divergência entre as culturas”⁴². Outro fator importante nesse tipo de constatação é a necessidade da realização de uma perícia antropológica, haja vista que somente por intermédio de um profissional especializado na análise dos fatores étnicos e sociais é que será possível afirmar com propriedade a motivação do crime.

É possível detectar nas sociedades patriarcais certos padrões de criminalidade movidas por questões culturais. No Brasil, por exemplo, pode-se analisar alguns crimes praticados por indígenas como crimes culturalmente motivados, ou seja, uma conduta considerada uma tradição numa aldeia pode ser considerada um ato criminal à luz da legislação penal brasileira⁴³. Os exemplos que serão abordados no tópico subsequente ilustram esse cenário.

Em que pese não haver nenhum julgado no Brasil, que aborde a criminalidade indígena por intermédio da percepção dos crimes culturalmente motivados, no tópico a seguir, serão apresentados dois casos concretos para fins deste estudo. Optou-se em trabalhar a questão da violência contra a mulher indígena justamente para demonstrar que nem toda violência contra a mulher é percebida como lesão de direito.

4 ABORDAGEM JURÍDICO-PENAL DOS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

Conforme abordado nos tópicos anteriores, pretende-se analisar a violência sofrida pelas mulheres indígenas sob a perspectiva dos crimes culturalmente motivados. Dessa forma, optou-se em avaliar duas situações jurídicas distintas: o primeiro caso aborda o reconhecimento da prática criminosa de um indígena envolvido com o garimpo ilegal e, conseqüentemente, a constatação de sua punição por meio do Direito Penal estatal; o segundo caso, por sua vez, aborda práticas de violência corporal por três indígenas contra uma indígena grávida, os quais foram absolvidos judicialmente, em decorrência do reconhecimento de práticas culturais⁴⁴.

A terminologia crimes culturalmente motivados ou *cultural defense* não fora ainda utilizada na prática na jurisprudência brasileira. Em sua grande maioria, essa matéria entra na categoria de “conflito de cunho cultural”⁴⁵. Os tribunais brasileiros já se depararam algumas vezes com esse tipo de conflito cultural e na própria doutrina criou-se uma dualidade de compreensão.

⁴² MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério. Crimes culturalmente motivados: cultural defense enquanto elemento fundamental na advocacia criminal. In: MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério (org.). **Temas de direito criminal: reflexões e possibilidades**. Vol. 1. Curitiba: Bagai, 2021. Cap. 3. p. 55.

⁴³ MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério. Crimes culturalmente motivados: cultural defense enquanto elemento fundamental na advocacia criminal. In: MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério (org.). **Temas de direito criminal: reflexões e possibilidades**. Vol. 1. Curitiba: Bagai, 2021. Cap. 3. p. 62-63.

⁴⁴ MORAES, Rodrigo Iannaco de. **Crimes culturalmente motivados: e violência sexual contra a mulher**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

⁴⁵ MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério. Crimes culturalmente motivados: cultural defense enquanto elemento fundamental na advocacia criminal. In: MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério (org.). **Temas de direito criminal: reflexões e possibilidades**. Vol. 1. Curitiba: Bagai, 2021. Cap. 3. p. 62-63.

O Superior Tribunal de Justiça entende que a aplicabilidade da lei penal aos indígenas decorre do seu grau de integração social na sociedade, ou, “da capacidade de compreensão deste pelos atos praticados”⁴⁶. No entanto, parte da doutrina especializada discorda desse posicionamento, ou seja, que o indígena responderá pelo tipo penal apenas em casos em que conseguir compreender que a conduta praticada possui caráter penal⁴⁷.

Segundo Moraes⁴⁸, em muitos dos casos que envolvem crimes praticados por indígenas, a doutrina vem compreendendo a atipicidade da conduta delitiva. Para o autor, a atipicidade “decorre da circunstância de o índio não poder figurar como sujeito ativo/passivo desses delitos, por força do tratamento jurídico especial que lhe é dado. Mas outras soluções dogmáticas são igualmente admissíveis: ausência de dolo etc.”.

O primeiro caso analisado é decorrente do Habeas Corpus n.º 0032144-66.2017.4.01.0000⁴⁹, oriundo do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, que tinha como autor delitivo um indígena integrado à sociedade brasileira. Na referida casuística, denúncias anônimas indicavam que um indígena da etnia Suruí estava colaborando com uma lavra garimpeira ilegal de diamante⁵⁰.

Diante dos fatos, em abordagem policial, foi constatada a efetiva ocorrência da prática do garimpo ilegal e a participação do indígena no ato criminoso. Na apreensão foram encontrados diversos diamantes; e, em depoimento, o indígena confessou que tinha conhecimento de que as pedras possuíam um valor estimado de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais)⁵¹.

A Fundação Nacional do Índio (FUNAI), atuando em defesa do indígena, requereu a revogação da prisão com o cumprimento da reclusão provisória em regime especial na sua sede, conforme previsão do art. 56, parágrafo único da Lei 6.001/1973⁵². No entanto, o Superior Tribunal de Justiça compreendeu que, em decorrência do elevado patamar de integração do indígena à sociedade brasileira,

⁴⁶ MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério. Crimes culturalmente motivados: cultural defense enquanto elemento fundamental na advocacia criminal. In: MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério (org.). **Temas de direito criminal: reflexões e possibilidades**. Vol. 1. Curitiba: Bagai, 2021. Cap. 3. p. 65.

⁴⁷ MORAES, Rodrigo Iannaco de. **Crimes culturalmente motivados: e violência sexual contra a mulher**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

⁴⁸ MORAES, Rodrigo Iannaco de. **Crimes culturalmente motivados: e violência sexual contra a mulher**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 70.

⁴⁹ BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. **Habeas Corpus n. 0032144-66.2017.4.01.0000**, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Impetrante: Maurício Amorim Dourado e outros. Impetrado: Juízo Federal da 2.ª Vara da Subsecao Judiciaria de Ji-Paraná - RO. Relator: Desembargador Federal Ney Bello. 8 de agosto de 2017. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=321446620174010000&pA=&pN=321446620174010000>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁵⁰ ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural**. 2019. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019.

⁵¹ ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural**. 2019. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019.

⁵² BRASIL. **Lei n.º 6.001 de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o estatuto do índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

este responderia por seus atos criminais segundo o artigo 4.º, inciso III, do Estatuto do Índio, e estaria sujeito “às leis penais impostas aos cidadãos comuns”⁵³.

No entanto, no segundo caso que será analisado, a decisão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça foi contraditória ao primeiro julgado. Conforme mencionado anteriormente, o intuito de analisar os dois referidos *cases* correlacionados é justamente compreender o julgamento com base na violência de gênero.

O caso Kogja ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, no acampamento indígena de Mato Castelhanos. Segundo Antonello⁵⁴,

[...] o cacique da etnia caingangue após discussão com a vítima também índia e gestante, em razão de sua autoridade e com o intuito de infringir-lhe castigo pessoal, arrastou-a para fora de sua residência, acorrentando-a em um tronco por, aproximadamente, quatro horas. Durante esse período, com o auxílio de outros dois indígenas, passou a agredi-la com socos e apertões, bem como a ameaçá-la e injuriá-la. Ao final do martírio, foi expulsa do acampamento indígena. A motivação do agir brutal do trio estava pautada na postura adotada pela índia em defender e fomentar a mudança de sua filha e genro para outro agrupamento étnico, agindo, portanto, de encontro às pretensões da liderança.

Ao analisar os fatos narrados é possível identificar e tipificar os atos criminosos conforme o Código Penal brasileiro, ou seja, crime de lesão corporal, ameaça, tortura etc.⁵⁵ A vítima, tendo ciência da gravidade dos atos praticados contra a sua pessoa, ofereceu denúncia no Ministério Público, que compreendeu por imputar aos três índios a “prática do crime de tortura (conforme as definições contidas no artigo 1.º, inciso II, combinado com os incisos II e III, do §4.º do mesmo artigo, da Lei Federal n.º 9.455/97, na forma do artigo 29, caput, do Código Penal)”⁵⁶.

Entretanto, o magistrado atuante, à época do julgamento, na 2.ª Vara Criminal de Passo Fundo-RS, ao prolatar a sentença, considerou que o ato praticado pelos três índios contra a indígena grávida aconteceu em decorrência da “defesa cultural no âmbito brasileiro”⁵⁷, ou seja, tem fundamento constitucional e “é reforçado pelo Estatuto do Índio, na medida em que se tolera a aplicação de sanções penais ou

⁵³ ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural**. 2019. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019.

⁵⁴ ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural**. 2019. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019.

BRASIL. **Lei n.º. 6.001 de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o estatuto do índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 23 mar. 2023, p. 85.

⁵⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Sentença criminal n.º 021/2.10.0012312-9**. Autor: Ministério Público. Réus: Dorvalino Kogja Joaquim, Maurilio Joaquim e Jose Beto da Silva. Julgador: Orlando Faccini Neto. 21 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁵⁶ ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural**. 2019. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019.

⁵⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Sentença criminal n.º 021/2.10.0012312-9**. Autor: Ministério Público. Réus: Dorvalino Kogja Joaquim, Maurilio Joaquim e Jose Beto da Silva. Julgador: Orlando Faccini Neto. 21 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 11 mar. 2023.

disciplinares contra os membros da aldeia, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida, ainda, a pena de morte”⁵⁸.

O magistrado compreendeu que as agressões sofridas pela vítima indígena não causaram restrições à sua liberdade, tampouco as lesões sofridas (equimose arroxeadada com dois centímetros em ambos os braços e na face) caracterizam intenso sofrimento físico. Se não bastasse, o magistrado afirmou que o ato praticado pelos indígenas “era o meio ao alcance dos acusados, representantes legítimos daquele grupo indígena, de corrigir o comportamento do membro”⁵⁹.

Continuamente, afirmou na sentença que não houve a prática de crime de tortura ou sequer atos cruéis ou infamantes, e por fim, inocentou os acusados das imputação, haja vista que compreendeu que as “punições dessa natureza fazem parte da cultura daqueles indígenas, as quais ganham serventia diante do desrespeito das normas internas do grupo”⁶⁰:

Não havendo dúvida de que o julgamento do crime passa, necessariamente, pela análise dos costumes e tradições de tribo indígena, assume o fato caráter coletivo, uma vez que a questão – no caso concreto, uma “ata” em que, segundo os réus, constariam as normas que os integrantes da tribo deveriam seguir e foram desrespeitadas pela ofendida – interessa a toda comunidade silvícola. Assim, a competência é absoluta da Justiça Federal⁶¹.

Neste caso concreto, os fundamentos levantados pelo magistrado foram o conflito interno de uma aldeia *versus* a intervenção mínima do direito penal brasileiro. Fora compreendido que intervir na cultura indígena afetaria a igualdade de tratamento, ou hierarquia estabelecida na atualidade, entre os membros do território indígena⁶². No entanto, em que pese o referido julgado ser um dos únicos casos brasileiros que observou questões culturais para uma absolvição, existe a necessidade de algumas ressalvas.

A importância de analisar os dois *cases* é justamente observar que, enquanto a *cultura defense* não é aplicada a um indígena que auxiliou no garimpo ilegal, em contrapartida, ela se aplica a três indígenas que praticaram violência contra uma mulher grávida por descumprir uma tradição. É possível, também, observar a narrativa e compará-la com os depoimentos no primeiro tópico deste artigo, em que as

⁵⁸ ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados**: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural. 2019. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019.

⁵⁹ ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados**: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural. 2019. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019, p. 83.

⁶⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Sentença criminal n.º 021/2.10.0012312-9**. Autor: Ministério Público. Réus: Dorvalino Kogja Joaquim, Maurilio Joaquim e Jose Beto da Silva. Julgador: Orlando Faccini Neto. 21 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 11 mar. 2023.

⁶¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação criminal n.º 70062972922**. Apelantes: Ministério Público. Apelados: Dorvalino Kogja Joaquim, Maurilio Joaquim e Jose Beto da Silva. Desembargador-Relator: Luiz Mello Guimarães. 21 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 21 mar. 2023.

⁶² TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação criminal n.º 70062972922**. Apelantes: Ministério Público. Apelados: Dorvalino Kogja Joaquim, Maurilio Joaquim e Jose Beto da Silva. Desembargador-Relator: Luiz Mello Guimarães. 21 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 21 mar. 2023.

indígenas afirmam que a violência contra elas é enraizada e legitimada pela sociedade⁶³.

A *cultura defense* ou “a defesa da cultura”, é uma forma de manifestação política criminal que se utiliza do fato como uma modalidade de excludente de ilicitude. Para Maglie⁶⁴ o intuito é “desculpar as condutas delitivas que encontrem explicações nas pressões de um dado ambiente e que tenham origem nas doenças da sociedade”. Conforme Sarmiento⁶⁵, “examinar matéria de direito penal sob a proeminência do fator cultural no direito positivo se torna algo de extrema complexidade, necessitando para tanto de sensibilidade na aplicação da hermenêutica em âmbito constitucional”.

De fato, existe uma grande complexidade ao analisar crimes de cunho cultural, haja vista que as tradições e as culturas são expressões em uma sociedade. No entanto, o não reconhecimento de atos violentos contra o gênero feminino decorre de uma condição histórica do patriarcado. A fala de Hooks⁶⁶ se enquadra perfeitamente ao *case* aqui explorado: o patriarcalismo “é aceitável em uma sociedade que um indivíduo mais poderoso controle outros por meio de várias práticas coercitivas, logo, quando estendida à violência doméstica, o homem representa o domínio sobre a mulher”.

Na perspectiva da teoria de Bourdieu⁶⁷, as mulheres indígenas sofrem uma violência simbólica, pois não são reconhecidas como seres dotados de direito, não são respeitadas e são violentadas constantemente de forma omissiva e ativa. As classes dominantes não se reconhecem no outro, e por esse motivo, se acham superiores e tentam dominar coercitivamente as classes minoritárias.

No caso *in loco*, temos um crime contra o patrimônio que resultou em uma condenação⁶⁸ (minerais preciosos) sob a argumentação de que o indígena estava adequadamente introduzido na sociedade brasileira, em contrapartida, temos uma absolvição⁶⁹ sob a justificativa da lesão corporal contra a mulher ser uma “pena cultural” e que deve ser mantida em decorrência da tradição. Logo, a dominação dos

⁶³ AMANTE, Vandrezza. **13 mulheres indígenas falam sobre as violências que enfrentam em seus territórios**. 2021. Disponível em: <https://catarinas.info/21diasdeativismo-a-luta-das-mulheres-indigenas-pelo-pais/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

⁶⁴ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 137.

⁶⁵ SARMENTO, José Augusto Nogueira. **Breves considerações sobre cultural defense**. 2012. 43 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3339/2398>. Acesso em: 11 mar. 2023, p. 14.

⁶⁶ HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2021, p. 95-96.

⁶⁷ BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. Tradução Daniela Kern e Guilherme J.F. Teixeira. 2. ed. Porto Alegre: Zouk, 2011, p. 298.

⁶⁸ BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. **Habeas Corpus n. 0032144-66.2017.4.01.0000**, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Impetrante: Maurício Amorim Dourado e outros. Impetrado: Juízo Federal da 2.ª Vara da Subsecao Judiciaria de Ji-Paraná - RO. Relator: Desembargador Federal Ney Bello. 08 de agosto de 2017. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=321446620174010000&pA=&pN=321446620174010000>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁶⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação criminal n.º 70062972922. Apelantes: Ministério Público. Apelados: Dorvalino Kogja Joaquim, Maurilio Joaquim e Jose Beto da Silva. Desembargador-Relator: Luiz Mello Guimarães. 21 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 21 mar. 2023.

corpos femininos e as violências sofridas pelas mulheres indígenas são legitimadas por um sistema estrutural patriarcal que inferioriza as mulheres.

No que tange à aplicabilidade do direito penal brasileiro aos casos referenciados, ambos os casos devem ser julgados à luz da normativa penal. Muito se questiona a imputabilidade penal do indígena por intermédio do artigo 26 do Código Penal⁷⁰, o qual possui a seguinte redação:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena:

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Uma pessoa imputável penalmente é aquela que possui capacidade de compreender que um determinado fato é considerado ilegal socialmente, ou seja, “é o sujeito mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”⁷¹. Em total consonância com a imputabilidade penal de indígenas, está o artigo 56 do Estatuto do Índio⁷², o qual dispõe, “no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”. Ademais, a doutrina majoritária compreende que para haver aplicabilidade da pena, precisa haver uma perícia antropológica para comprovar que, ao tempo do crime, o indígena tinha compreensão do ato praticado e se estava integrado à sociedade civil.

Logo, para Antonello⁷³, quando houver um ato ilegal cometido por um indígena, a responsabilidade penal acontecerá em “casos que suas características subjetivas demonstrem que à época do ato era capaz de compreender que a conduta praticada possui caráter ilícito na sociedade envolvente e, assim, passível de punição criminal nos limites”. Nos casos analisados em questão, ambos os indígenas estavam integrados à sociedade civil brasileira, no entanto, houve disparidade na percepção e decisão judicial.

Diante do exposto, é possível perceber o quão complexas são as temáticas que envolvem os crimes culturalmente motivados, e os poucos julgados brasileiros sobre o tema ainda apresentam insegurança jurídica, principalmente, às vítimas mulheres. O grande paradoxo a ser enfrentado pelo Judiciário é no sentido de respeitar os fatores e valores culturais a ponto de não colidir com outros direitos fundamentais, de modo especial, com a dignidade da pessoa humana.

⁷⁰ BRASIL. **Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

⁷¹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Código penal anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁷² BRASIL. **Lei n.º 6.001 de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o estatuto do índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁷³ ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural**. 2019. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019, p. 80.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mulheres são alvos constantes de violência na sociedade. As instituições patriarcais ainda legitimam o preconceito, a discriminação, o racismo e outras formas de violências. As mulheres indígenas enfrentam uma violência oculta aos “olhares” da sociedade civil brasileira, assim como são invisibilizadas em seu próprio território.

A invisibilidade não só mata, como maltrata, viola, menospreza e ignora as necessidades mais básicas existenciais das indígenas. Elas são observadas como mercadorias por seus semelhantes, como propriedade que pode ser negociada com garimpeiros e outros territórios indígenas, seus corpos não lhes pertencem. Sob o argumento da preservação da cultura e da tradição, elas são silenciadas e morrem simbolicamente.

A problemática desta pesquisa teve como intuito analisar se os crimes praticados contra as mulheres indígenas poderiam ser punidos por intermédio do direito penal brasileiro. Em que pese ter sido possível reunir alguns relatos de mulheres indígenas que afirmaram a dificuldade em denunciar violências contra elas, foi possível constatar por intermédio de um julgado, que quando uma mulher consegue ser ouvida, as instituições a silenciam.

Por mais que não haja muitos julgados sobre a temática, o presente trabalho preocupou-se em analisar o caso da indígena gestante torturada por três indígenas de seu povo. Diante dos fatos, foi possível observar a disparidade de julgamento quando a vítima é uma mulher se comparado a outro caso, em que a vítima é o Estado.

Em que pese o julgado em questão ter compreendido que as agressões contra a mulher indígena eram decorrentes de questões culturais, e que diante desse fator, não caberia ao Direito Penal analisar o fato, esse não é o posicionamento majoritário. Desse modo, restou comprovado que o código penal brasileiro deve ser aplicado aos crimes cometidos por pessoas indígenas, na proporção de sua integração com a sociedade.

REFERÊNCIAS

AMANTE, Vandrezza. **13 mulheres indígenas falam sobre as violências que enfrentam em seus territórios**. 2021. Disponível em: <https://catarinatas.info/21diasdeativismo-a-luta-das-mulheres-indigenas-pelo-pais/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural**. 2019. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica**. 19. ed. Tradução Matia Helena Kühner. Rio de Janeiro: Beltrand Brasil, 2021.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. Tradução Daniela Kern e Guilherme J.F. Teixeira. 2. ed. Porto Alegre: Zouk, 2011.

BRASIL. **Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 6.001 de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o estatuto do índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. **Habeas Corpus n. 0032144-66.2017.4.01.0000**, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Impetrante: Maurício Amorim Dourado e outros. Impetrado: Juízo Federal da 2.^a Vara da Subseção Judiciária de Ji-Paraná - RO. Relator: Desembargador Federal Ney Bello. 08 de agosto de 2017. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=321446620174010000&pA=&pN=321446620174010000>. Acesso em: 23 mar. 2023.

DIAS, Augusto Silva. **Crimes culturalmente motivados**: o direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas. Coimbra: Almedina, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Alternativa à prisão**: um encontro com Jean-Paul Brodeur. Tradução Maria Ferreira. Petrópolis: Editora Vozes, 2022.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. Vol. 1. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FRASER, Nancy. **Justiça interrompida**: reflexões críticas sobre a condição pós-socialista. Tradução Ana Claudia Lopes, Nathalie Bressiani. São Paulo: Boitempo, 2022.

HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo**: políticas arrebatadoras. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2021.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código penal anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados**: ideologias e modelos penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARCOLLA, Fernanda Analú. ARRABAL, Alejandro Knaesel. Cultura, patriarcado familiar e violência doméstica contra a mulher. *In*: CENSI, Romana Reinert. **Violência nas famílias e sucessões**: uma homenagem ao jurista Mario Luiz Delgado. Porto Alegre: Paixão Editores, 2022.

MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério. Crimes culturalmente motivados: cultural defense enquanto elemento fundamental na advocacia criminal. *In*: MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério (org.). **Temas de direito criminal: reflexões e possibilidades**. Vol. 1. Curitiba: Bagai, 2021. Cap. 3. p. 50-68.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. **Crimes culturalmente motivados: e violência sexual contra a mulher**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NÃO SE CALE. **Violência contra mulheres indígenas**. Disponível em: <https://www.naosecale.ms.gov.br/violencia-domestica-contra-mulheres-indigenas/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala: feminismos plurais**. São Paulo: Jandaíra, 2021.

SARMENTO, José Augusto Nogueira. **Breves considerações sobre cultural defense**. 2012. 43 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3339/2398>. Acesso em: 11 mar. 2023.

SILVA, Tomaz Tadeu da; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SIMONIAN, Ligia T. Lopes. Mulheres indígenas vítimas de violência. **Cadernos do NAEA**, v. 12, p. 101-141, 1994. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/K1D00037.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2023.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thais Luzia. **Direito e identidade das comunidades tradicionais do direito do autor ao direito à cultura**. 2011. Disponível em: <https://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/2477/Direito%20e%20identidade%20das%20comunidades%20tradicionais%20do%20direito%20do%20autor%20ao%20direito%20c%3a0%20cultura.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 mar. 2023.