

FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
LÍDIA DE LIMA RIBEIRO

**INFANTICÍDIO INDÍGENA E O DIREITO À VIDA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 119/2015**

RUBIATABA - GO
2018

LÍDIA DE LIMA RIBEIRO

**INFANTICÍDIO INDÍGENA E O DIREITO À VIDA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 119/2015**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Me. Vilmar Martins Moura Guarany.

RUBIATABA/GO

2018

LÍDIA DE LIMA RIBEIRO

**INFANTICÍDIO INDÍGENA E O DIREITO À VIDA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL: uma análise do projeto de lei 119/2015**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Me. Vilmar Martins Moura Guarany.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / ____

Orientador: _____
**Vilmar Martins Moura Guarany Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba
Mestre em Direito Econômico e Socioambiental**

Examinador: _____
**Danilo Nunes da Silva Ferraz Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba Mestre
em Direito**

Examinador: _____
**Pedro Henrique Dutra Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba Especialista em
Direito Civil e Processo Civil**

AGRADECIMENTOS

A Deus primeiramente, por ter-me concedido essa oportunidade de realizar um sonho tão almejado que é o de concluir um curso superior.

Aos meus pais, Aguinal do Carmo Ribeiro e Maria Coelho de Lima Ribeiro que com seus jeitos simples de ser, sempre me apoiaram e me incentivaram nessa caminhada.

Aos meus irmãos Alécio Ribeiro de Lima e Míria de Lima Ribeiro, em especial a Míria com quem convivo diariamente, por ter sido paciente e compreensiva nos momentos em que mais precisei.

Ao meu sobrinho e afilhado Enzo Gabriel, que mesmo tão novinho e sem saber falar, motivou-me e me deu forças para concluir este trabalho.

Aos meus queridos professores, por ter oportunizado momentos de muita riqueza para o meu crescimento intelectual.

E em especial ao meu professor e orientador Me. Vilmar Martins Moura Guarany, detentor de uma sabedoria invejável, motivo pelo qual me orgulho muito de tê-lo como professor e orientador.

*O começo de todas as ciências é o espanto de
as coisas serem o que são.*

Aristóteles

RESUMO

O infanticídio indígena é uma prática ainda existente em algumas comunidades indígenas brasileiras em razão da preservação cultural desses povos. Porém, tal prática tem sido alvo de bastantes discussões, tendo em vista que essa prática viola o direito fundamental à vida garantido à todos indistintamente pela Constituição Federal de 1988. Sendo assim, o presente trabalho tem como tema “O infanticídio indígena e o direito à vida à luz da Constituição Federal: uma análise do projeto de lei 119/2015, e tem como objetivo analisar o projeto de lei 119/2015 para identificar sua (in) constitucionalidade, haja vista que este defende o direito à vida às crianças indígenas sujeitas à prática do infanticídio, inibindo tal prática na cultura indígena. A pesquisa trabalhou as principais ideias a respeito do relativismo cultural e do universalismo do direito à vida e demonstrou que os relativistas defendem a cultura como um bem imutável enquanto os universalistas defendem o direito à vida, e que este deve ser respeitado por todos independente da cultura em que estejam inseridos. Nessa perspectiva, apresentou-se o diálogo intercultural como uma alternativa para inibir a prática do infanticídio indígena considerada uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo o direito à vida. Diante da aparente colisão de normas, entre direito à vida e direito à cultura, ambos garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e também pelo ordenamento internacional, aponta-se a técnica da ponderação para a solução do conflito com o objetivo de analisar qual direito tem mais peso no caso concreto. Com a análise do projeto de lei 119/2015, ficou demonstrado a importância de tal projeto, tendo em vista que este visa resguardar o direito à vida às crianças indígenas que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: Direito à Vida. Infanticídio. Relativismo Cultural. Universalismo.

ABSTRACT

Indigenous infanticide is a practice still existing in some Brazilian indigenous communities because of the cultural preservation of these peoples. However, this practice has been the subject of much discussion, considering that this practice violates the fundamental right to life guaranteed to all indistinctly by the Federal Constitution of 1988. Therefore, the present work has as its theme "Indigenous infanticide and the right to life in the light of the Federal Constitution: an analysis of bill 119/2015 and aims to analyze bill 119/2015 to identify its constitutionality, given that it defends the right to life of indigenous children subject to the practice of infanticide, inhibiting such practice in indigenous culture. The research worked on the main ideas about cultural relativism and the universalism of the right to life and showed that relativists defend culture as an immutable asset while universalists defend the right to life and that it must be respected by all independent of culture in which they are inserted. From this perspective, intercultural dialogue was presented as an alternative to inhibit the practice of indigenous infanticide considered an offense to the principle of the dignity of the human person, especially the right to life. Faced with the apparent collision of norms, between the right to life and the right to culture, both guaranteed by the Brazilian legal system and also by international law, the technique of weighting for the solution of the conflict is aimed at analyzing which law has the most weight in this case. With the analysis of draft law 119/2015, the importance of such a project was demonstrated, since it aims to safeguard the right to life of indigenous children who are vulnerable.

Keywords: Cultural Relativism. Infanticide. Right to Life. Universalism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art- Artigo

Arts- Artigos

CF- Constituição Federal

IN- Inconstitucionalidade

FUNAI- Fundação Nacional do Índio

OIT- Organização Internacional do Trabalho

Coord- Coordenador

IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

AGU- Advocacia Geral da União

MPF- Ministério Público Federal

LISTA DE SÍMBOLOS

§- párrafo

§§- párrafos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. DO INFANTICÍDIO	14
2.1. CONCEITO DE INFANTICÍDIO.....	14
2.2. O INFANTICÍDIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	15
2.2.1. Estado Puerperal	16
2.2.2. Sujeitos do Crime, Meios de Execução e Pena.....	19
2.3. O INFANTICÍDIO NA CULTURA INDÍGENA	22
2.3.1. Noção de Vida para os Povos Indígenas	26
3. DO DIREITO INDÍGENA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	28
3.1. DO DIREITO CONSTITUCIONAL INDÍGENA.....	28
3.1.1. Do Estatuto do Índio	32
3.1.1.1. Da FUNAI, AGU e MPF	36
3.2. DA DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS	41
3.3. DA CONVENÇÃO 169 DA OIT	42
4. DIREITO À VIDA E OS ASPECTOS CULTURAIS RELATIVOS AOS DIREITOS DOS ÍNDIOS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS?	46
4.1. DO PLURALISMO JURÍDICO.....	46
4.1.1. Do Relativismo Cultural X Universalismo do Direito à Vida: As Teorias Relativistas e Universalista	49
4.1.2. Direito à Vida ou à Cultura? Aparente Conflito de Normas?.....	54
4.2. ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 119/2015	58
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
BIBLIOGRAFIA.....	63

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema “O infanticídio indígena e o direito à vida à luz da Constituição Federal: uma análise do projeto de lei 119/2015. A finalidade é fazer uma análise do projeto de lei 119/2015, especificamente sobre o combate ao infanticídio indígena e a proteção ao direito à vida garantido pela Constituição e, sobretudo identificar se há (in) constitucionalidade em tal projeto.

O projeto de lei 119/2015 que se encontra no Senado desde 2007, tem como objetivo zelar pela garantia do direito à vida combatendo práticas tradicionais nocivas ainda existentes em algumas comunidades indígenas, responsabilizando a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os órgãos responsáveis pela política indigenista e cidadãos que tenham conhecimento da prática de infanticídio nas comunidades indígenas e nada fazem para a proteção e defesa dessas crianças.

Sendo assim, o trabalho em questão tem como objetivo geral analisar a (in) constitucionalidade do projeto de lei 119/2015 e estudar especificamente o infanticídio indígena na atualidade brasileira, o infanticídio na cultura indígena, o direito do povo indígena previsto na CF/88, a colisão entre o direito à prática cultural indígena e o direito à vida, e por fim analisar a proposta do projeto de lei 119/2015 sobre a perspectiva do infanticídio indígena e o direito à vida à luz da Constituição Federal.

Para a construção deste, o método adotado será o dedutivo e a técnica de investigação utilizada será a indireta, através da pesquisa bibliográfica e documental, cujas pesquisas serão realizadas por meio de doutrinas, artigos jurídicos, normas constitucionais e infraconstitucionais e sites da internet.

Este trabalho será desenvolvido com embasamento nos principais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que regem os direitos e a cultura indígena, na Convenção 169 e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas no projeto de lei 119/2015, além de pesquisas realizadas em obras como de PIOVESAN, Flávia; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VILARES, Luiz Fernando; WOLKMER, Antônio Carlos; BARRETO, Helder Girão; CAPEZ, Fernando; SOUZA, de Raymond; PIRES, Antônio Fernando; SILVA, José Afonso da, dentre outras.

O projeto de lei 119/2015 que busca combater práticas tradicionais nocivas ainda existentes em algumas comunidades indígenas brasileiras, como o infanticídio, tema específico deste trabalho, gera uma polêmica entre os relativistas e universalistas.

Diante dessa discussão entre o direito à cultura e o direito à vida, ambos garantidos constitucionalmente, é de fundamental importância buscar a resposta para a seguinte interrogação: Há (in) constitucionalidade na proposta do projeto de lei 119/2015?

Em busca de uma resposta para esse problema o presente trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, será estudado o conceito de infanticídio, em seguida fará um estudo sobre o infanticídio na legislação brasileira, estado puerperal, sujeitos do crime, meios de execução e pena e posteriormente o infanticídio na cultura indígena.

O segundo capítulo irá tratar do direito indígena no sistema jurídico brasileiro, aqui será analisado os direitos indígenas previstos na Constituição Federal de 1988, o Estatuto do Índio, o papel da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), da Advocacia Geral da União e do Ministério Público Federal, além da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Indígenas a Convenção 169 da OIT.

No terceiro e último capítulo, realizar-se-á um estudo em relação ao direito à vida e os aspectos culturais relativos aos direitos dos índios, o qual abordará o pluralismo jurídico, as teorias do relativismo cultural e universalismo, direito à vida ou à cultura, o aparente conflito de normas, e por fim a análise do projeto de lei 119/2015.

Diante de tamanha polêmica sobre a constitucionalidade do projeto de lei 119/2015, faz-se necessário analisar tal projeto para uma melhor compreensão e assim poder identificar se há inconstitucionalidade no mesmo ou não, se há um conflito de normas e se o direito à cultura se sobrepõe ao direito à vida.

Tal projeto desperta a curiosidade em saber qual direito deve prevalecer, uma vez que tanto o direito à vida quanto o direito à cultura são garantidos pela Constituição Federal. Portanto, busca-se, uma resposta sobre como reagir diante de uma situação em que envolva tradição cultural e direito à vida.

Com a análise do projeto de lei 119/2015 pretende-se também fazer um estudo para identificar até que ponto vai o direito à cultura, tendo em vista que a Constituição Federal em seu art.5º, caput, prevê “que o direito à vida é inviolável” (BRASIL, 1988), portanto, deve ser garantido a todos independente de sua cultura.

Este estudo é de extrema relevância não só acadêmica, mas para a sociedade como um todo, uma vez que o projeto de lei visa zelar pela garantia do direito à vida, bem tutelado pela Constituição Federal e que é de interesse de todos.

Para uma melhor compreensão do objetivo deste, é de suma importância estudar inicialmente o conceito de infanticídio, sendo assim, no capítulo a seguir será abordado o

conceito de infanticídio em seguida o infanticídio na legislação brasileira e por fim o infanticídio na cultura indígena.

2. DO INFANTICÍDIO

Este capítulo tem como objetivo fazer um breve estudo sobre o infanticídio, cuja finalidade é esclarecer sobre esse tipo penal que visa proteger a vida do infante e, sobretudo o infanticídio na cultura indígena e os motivos pelos quais os índios defendem essa prática.

Assim, ajudará a entender o infanticídio na concepção indígena e consequentemente a identificar se há constitucionalidade ou não no projeto de lei em questão.

Para um melhor entendimento, dividiu-se este capítulo em três subtítulos. O primeiro traz o conceito de infanticídio, o segundo trata sobre o infanticídio na legislação brasileira e o último, o infanticídio na cultura indígena.

2.1. CONCEITO DE INFANTICÍDIO

Aqui se pretende esclarecer o que é o infanticídio de acordo com a legislação brasileira, trazendo o conceito legal e doutrinário para uma melhor compreensão.

Será desenvolvido através de pesquisas bibliográficas e documentais, para que assim possa chegar a um conhecimento preciso e objetivo a respeito do infanticídio e consequentemente a um melhor entendimento dessa prática na cultura indígena.

Em se tratando de infanticídio o atual código penal prevê o seguinte: Art. 123. “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após. Pena-detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos” (BRASIL, 1940).

De acordo com Jesus (2015, p. 138) há três critérios de conceituação legislativa do infanticídio: o psicológico, o fisiopsicológico e o misto. Dos quais o fisiopsicológico é o critério adotado pelo atual Código Penal.

Conforme explicações de Jesus (2015) no critério psicológico, o infanticídio é cometido em razão da honra da mãe, este era o critério utilizado pelo CP de 1969. Já o fisiopsicológico não considera o motivo de honra, mas a influência do estado puerperal. Por fim, o critério misto, adotado no Anteprojeto do CP de Nelson Hungria (1963), leva em conta, ora, a influência do estado puerperal e o motivo de honra.

Desse modo, Jaill e Grego Filho (2016, p. 361) descrevem que o “infanticídio significa a morte de um infante. Uma das principais características desse crime é a avaliação de um critério psicofisiológico da agente, isto é, o infanticídio leva em consideração o desequilíbrio fisiopsíquico da mulher parturiente”.

No conceito de Nucci (2017, p. 781) o infanticídio “trata-se do homicídio cometido pela mãe contra seu filho, nascente ou recém-nascido, sob a influência do estado puerperal”.

Neste mesmo sentido Capez e Prado (2015, p. 261) explica que o crime de infanticídio “consiste em uma espécie de homicídio doloso privilegiado, na medida em que o crime é praticado pela genitora contra a vida do ser nascente ou do neonato, em virtude da influência do estado puerperal”.

Por fim, Delmanto *et al.* (2016, p. 456) dizem que tal crime “trata-se de crime semelhante ao homicídio, que recebe, porém, especial diminuição de pena por motivos fisiopsicológicos”.

Sendo assim, com base nas explicações dos doutrinadores acima citados entende-se que o crime de infanticídio ocorre quando a mãe mata seu próprio filho durante ou logo após o parto sob influência do estado puerperal. Tais informações são indispensáveis para o presente estudo, haja vista que esclarece em que consiste o crime de infanticídio, contribuindo desta maneira para identificar se o projeto de lei 119/2015 é inconstitucional ou não ao defender a vida, a saúde e a integridade física e psíquica das crianças indígenas submetidas ao infanticídio em razão de uma prática cultural.

No tópico a seguir será estudado de forma mais específica esse tipo penal previsto na legislação brasileira.

2.2. O INFANTICÍDIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Neste tópico será apresentado de forma objetiva o infanticídio na legislação brasileira, cuja finalidade é esclarecer sobre o crime de infanticídio.

A base deste será de pesquisas bibliográficas e documentais, especificamente em doutrinas de direito penal e no atual Código Penal.

Como já visto no início deste capítulo, o infanticídio é crime e o atual código penal prevê “art. 123. Matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena: detenção, de dois a seis anos” (BRASIL, 1940). Entende-se o estado puerperal como as diversas alterações físicas e psíquicas que podem ocorrer com a mulher durante ou após o parto. E é sob a influência do estado puerperal que a mãe mata o próprio filho, configurando desta forma, crime de infanticídio.

A priori faz-se necessário estudar para bem entender o estado puerperal e até quando a mulher se encontra nesse estado, tendo em vista que o Código Penal não fixa prazo quanto a sua duração.

2.2.1. Estado Puerperal

Para entender de fato quando ocorre o estado puerperal é fundamental saber quando se inicia o parto, já que é durante ou após o mesmo que ocorre o estado puerperal. Jesus (2015, p. 139) explica quando se dá o início do parto:

O parto se inicia com a dilatação, em que se apresentam as circunstâncias caracterizadoras das dores e da dilatação do colo do útero. Após, vem a fase de expulsão, em que o nascente é impelido para a parte externa do útero. Por último, há a expulsão da placenta. Com a expulsão desta, o parto está terminado. A morte do sujeito passivo, em qualquer das fases do parto, constitui delito de infanticídio.

Desta forma, entende-se que, com a dilatação do colo do útero dá-se o início do parto, o qual se encerra com a expulsão da placenta. Capez (2015, p. 135) nesse mesmo sentido destaca:

O parto inicia-se com o período de dilatação, apresentando-se as dores características e dilatando-se completamente o colo de útero; segue-se a fase de expulsão, que começa precisamente depois que a dilatação se completou, sendo, então, a pessoa impelida para o exterior; esvaziado o útero, a placenta se destaca e também é expulsa: é a terceira fase. Está, então, o parto terminado.

Nas explicações de Noronha (2003 *apud* GALVÃO, 2013, p. 105) “o parto humano típico tem início com as contrações do útero, que direcionam o feto a pressionar o colo do útero, fazendo com que este se dilate para viabilizar a sua passagem”.

Com o início do parto e logo após a mulher se encontra no estado puerperal, cujo estado é comum a todas as mulheres que dão à luz, porém, nem todas passam por perturbações psíquicas.

Segundo Galvão (2013, p. 104) “a perturbação psíquica, no estado puerperal, é apenas uma possibilidade e não um sintoma de ocorrência necessária. O estado puerperal sempre existirá, mas nem sempre produzirá estado de confusão mental capaz de levar a mãe a matar o próprio filho”.

Tendo em vista que o crime de infanticídio ocorre quando a mulher durante ou após o parto sob influências do estado puerperal mata seu próprio filho, é de suma importância buscar entender o que é e quando ocorre o estado puerperal. Gonçalves (2015, p. 151) define o estado puerperal como:

O conjunto de alterações físicas e psíquicas que ocorrem no organismo da mulher em razão do fenômeno do parto. Toda mulher que está em trabalho de parto encontra-se em estado puerperal. O tipo penal, contudo, exige, para a configuração do infanticídio, que a mãe mate sob a influência do puerpério, isto é, que as alterações ocorridas em seu organismo a tenha levado a um sentimento de rejeição ao filho.

No mesmo sentido Carbette (2012, p. 30) define o estado puerperal como “um conjunto de fatores biológicos, físicos e psicológicos que influenciam a parturiente, podendo causar-lhe alterações psíquicas. No entanto, sua constatação e mesmo sua definição médica é conturbada”.

De acordo com as explicações de Capez e Prado (2015) cometer o crime durante o parto ou logo após, não é suficiente para a sua configuração, é preciso que a parturiente esteja sob influências do estado puerperal. Pois, é em decorrência das alterações físicas e psíquicas causadas na mulher que a leva a cometer tal ato. Capez e Prado (2015) ainda explicam que pode ser que a eliminação do neonato ou nascente ocorra sem que a parturiente esteja sob influências do estado puerperal, e se isso ocorrer o crime será o de homicídio.

Na mesma linha de entendimento acrescenta Barros (2009, p. 93) “diversos fatores como, por exemplo, sofrimento, a perda de sangue, a angústia, a inquietação etc. podem levar a parturiente a sofrer um colapso do senso moral, uma liberação de impulsos maldosos, chegando por isso a matar o próprio filho”.

Jesus (2015, p. 139) diz que “é necessário que haja uma relação de causalidade entre a morte do nascente ou neonato e o estado puerperal. Essa relação causal não é meramente objetiva, mas também subjetiva. O CP exige que o fato seja cometido pela mãe ‘sob a influência do estado puerperal’”.

Não basta que a mulher esteja no estado puerperal, é preciso que ela esteja sob influência do estado puerperal para a configuração do crime de infanticídio.

É preciso entender por quanto tempo perdura o estado puerperal na mulher já que o Código Penal não fixa prazo em relação à duração do mesmo.

Gonçalves (2015, p. 153) relata que “o crime de infanticídio pode ser praticado no momento em que o filho está nascendo ou logo após o nascimento. A morte do feto, antes do início do trabalho de parto, constitui crime de auto aborto”.

Bittencourt (2017, p. 173) explica:

Não importa se começa antes ou vai além, o fato é que, infalivelmente, com maior ou menor intensidade, ocorre durante o parto ou logo após, isto é, no período mencionado pelo Código, podendo ter ou não a indispensável relação com o crime. Com efeito, ele pode ir além ou pode começar antes, mas para os efeitos do Código importa sua influência durante ou logo após o parto.

Para explicar a expressão “logo após” Fragoso (1962 *apud* BITENCOURT, 2017, p.173) afirmava que “esta expressão significa logo em seguida, imediatamente após, prontamente, sem intervalo”.

Ao se referir ao assunto França (2012, p. 236) salienta que:

Entende-se por logo após o parto, imediatamente depois do parto. Tem um sentido mais psicológico que propriamente cronológico. Compreende-se que seja o período que vai desde a expulsão do feto e seus anexos até os primeiros cuidados ao infante nascido. Se uma mãe tem o filho, veste-lhe uma roupa, alimenta-o e depois a mata, esse intervalo lúcido, entende a doutrina que descaracteriza o infanticídio e configura o homicídio. Por outro lado, se a mulher logo após o parto perde os sentidos e os recobra horas depois, e ao ver o filho mata-o, não há como deixar de considerar nesse exemplo a justificativa legal do infanticídio. Assim, o ‘logo após’ é um estado e não um tempo definido.

Sendo assim, a expressão, logo após, corresponde ao período sucessivamente ao parto, em que a mulher se encontra sob as alterações do estado puerperal. Gonçalves (2015, p. 153) ainda comenta:

Como a duração das alterações no organismo feminino pode variar de uma para outra, acabou-se pacificando o entendimento de que a expressão ‘logo após’ o parto estará presente enquanto durar o estado puerperal de cada mãe em cada caso concreto. Está, entretanto, demonstrado que essas alterações duram o máximo alguns dias, daí porque foi sabida a decisão do legislador em permitir o reconhecimento do infanticídio somente quando o crime acontecer logo depois do nascimento. Não se estipulou o prazo certo, mas fixou-se um parâmetro para os juízes e os jurados.

Para Capez (2015) o delito de infanticídio deve ser cometido enquanto durar o estado puerperal, não importando avaliar o número de horas ou dias após o nascimento, e, se aquele não mais subsistir, não mais poderá falar em delito de infanticídio, mas em delito de homicídio.

Por fim, Jesus (2015, p. 141) destaca “a melhor solução é deixar a conceituação da elementar ‘logo após’ para a análise do caso concreto [...]. Assim, enquanto permanecer a influência desse estado, vindo a mãe a matar o próprio filho, estamos diante da expressão ‘logo após’ o parto”.

Nota-se, portanto, que o estado puerperal, o período em que a mulher pode passar por algumas alterações físicas e psíquicas, dura por poucos dias depois do parto, por isso o uso da expressão “logo após”.

Consoante com os ensinamentos de Capez, Gonçalves, Jesus e os demais autores citados acima, obteve-se como resultado o entendimento a respeito do estado puerperal e o

seu prazo de duração, cujo assunto se faz importante para entender do que se trata o infanticídio, tema do presente trabalho.

A seguir será estudado sobre o sujeito ativo e passivo do crime de infanticídio, os meios de execução e a pena atribuída à genitora que cometer esse tipo penal.

2.2.2. Sujeitos do Crime, Meios de Execução e Pena

Será apresentado de forma clara e objetiva sobre o sujeito ativo e passivo, os meios de execução e a pena que o condenado a esse crime será submetido. O propósito deste é demonstrar quem são os envolvidos nesse tipo penal, como isso ocorre e a pena a ser cumprida.

Para a construção deste, utilizar-se-á de doutrinas de direito especial e o atual Código Penal.

O crime de infanticídio só pode ser cometido pela mãe da vítima, sob influências do estado puerperal, logo, presume que se trata de crime próprio, sendo o sujeito ativo a mãe, tendo em vista que apenas a genitora sob o estado puerperal pode praticar tal crime. Nas palavras de Capez (2015, p.133) “trata-se de crime próprio. Somente a mãe puérpera, ou seja, a genitora que se encontra sob influência do estado puerperal, pode praticar o crime em tela. Nada impede, contudo, que terceiro responda por esse delito na modalidade de concurso de pessoas”. Da mesma forma compartilha Gonçalves (2015, p. 153):

Como o tipo penal exige que o crime seja cometido pela própria mãe da vítima, em decorrência do estado puerperal, fica fácil estabelecer que se trata de crime próprio, que, de forma imediata, não pode ser praticado por qualquer pessoa, mas só por aqueles que preencham os requisitos mencionados no texto legal.

Por fim, Jesus (2015, p. 139) de forma clara explica:

Autora de infanticídio só pode ser a mãe. O art. 123 é expresso em prever que o fato deve ser cometido pela mãe contra o próprio filho. Cuida-se de crime próprio, uma vez que não pode ser cometido por qualquer autor. O tipo penal exige qualidade especial do sujeito ativo. Entretanto, isso não impede que terceiro responda por infanticídio diante do concurso de agentes.

De acordo com a expressão do art. 123 do Código Penal, entende-se que o sujeito passivo do crime em tela é o “próprio filho”, cuja expressão abrange o feto nascente que

refere àquele que está nascendo e o neonato ao recém-nascido. Assim sendo, Galvão (2013, p. 103) relata o seguinte:

Considerando que o crime de infanticídio pode ser praticado durante o parto ou logo após este, tanto pode ser sujeito passivo o feto nascente, que é a pessoa humana que está nascendo (em processo de expulsão do útero), como o neonato, que é a pessoa que acabou de nascer e já se encontra desligado do útero materno. Em qualquer caso, o sujeito passivo deve ser filho do sujeito ativo.

Ao se referir ao sujeito passivo deste tipo penal Capez e Prado (2016, p. 262) dizem “é o ser nascente ou recém-nascido (neonato). É necessário que esteja vivo, apresentando atividade funcional, ainda que mínima. Não importa, assim, o seu grau de vitalidade”.

Gonçalves (2015, p. 155) lembra que “se a mãe quer matar o próprio filho, mas, por erro, o confunde com outro bebê no berçário da maternidade, responde por infanticídio, porque o art. 20, § 3º do Código Penal, ao tratar do instituto do ‘erro sobre a pessoa’, determina que o agente seja responsabilizado como se tivesse matado a pessoa que pretendia”.

Em relação aos meios de execução do crime em destaque Capez (2015, p. 133) traz o seguinte:

Trata-se de crime de forma livre, que pode ser praticado por qualquer meio comissivo, por exemplo, enforcamento, estrangulamento, afogamento, fraturas cranianas; ou por qualquer meio omissivo, por exemplo, deixar de amamentar a criança, abandonar recém-nascido em lugar ermo, com o fim de provocar a sua morte.

Entende-se que tal crime admite qualquer meio de execução que seja capaz de gerar a morte do nascente ou do neonato. Gonçalves (2015, p. 153) diz que “os casos mais mencionados na jurisprudência são de sufocação (colocar o recém-nascido em saco plástico) e fratura de crânio”.

Em se tratando da pena, a parturiente que incorrer em tal crime estará sujeita à pena de detenção, de dois a seis anos. (BRASIL, 1940).

De acordo com Bittencourt (2015, p. 490) “não há previsão de qualificadoras, majorantes ou minorantes especiais nem modalidade culposa. A ação penal é pública incondicionada. Como toda ação penal pública, admite ação privada subsidiária, nos termos da Constituição Federal, desde que haja inércia do Ministério Público”.

Baseado nas citações de Jesus, Capez, Gonçalves, Bittencourt e o previsto no atual Código Penal, é possível perceber que para configuração de tal crime, é necessário verificar se foi cometido por uma genitora sob o estado puerperal, contra o seu próprio filho

ou outro bebê que por erro confunde com o seu. Admite-se qualquer meio de execução, desde que capaz de matar o nascente ou neonato e por fim, a parturiente que incorrer em tal crime estará sujeita à pena de detenção de dois a seis anos. Sendo assim, a prática do infanticídio é um crime tipificado no Código Penal brasileiro, o que leva a refletir na possível constitucionalidade do projeto de lei 119/2015.

No título seguinte será tratado sobre o infanticídio na cultura indígena e os motivos pelos quais levam esses povos a cometerem tal atrocidade.

2.3. O INFANTICÍDIO NA CULTURA INDÍGENA

Considerando que este trabalho tem como objetivo analisar o projeto de lei 119/2015 é imprescindível que se faça um estudo sobre o infanticídio na cultura indígena para que assim possa entender melhor o significado dessa prática nas comunidades indígenas e se o projeto de lei em questão fere ou não a cultura desses povos.

Este título será elaborado com base em pesquisas bibliográficas, as quais serão feitas em doutrinas, artigos jurídicos e também consultas em sites da internet.

De acordo com resultados preliminares do Censo Demográfico realizado pelo IBGE em 2010, a população indígena é de 817.963, dos quais 502.783 vivem na zona rural e 315.180 habitam as zonas urbanas brasileiras. A FUNAI também registra 69 referências de índios ainda não contatados, além de existirem grupos que estão requerendo o reconhecimento de sua condição indígena junto ao órgão federal indigenista (FUNAI, 2018).

O infanticídio na cultura indígena, objeto de estudo deste título, é uma prática ainda existente em algumas tribos indígenas brasileiras. Dentre elas estão “os amondaua, bororo, deni, jaminawa, jarawara, kajabi, kamayaurá, kuikuro, mehinaco, suruwaha, ticuna, paracanã, tapirapé, parintin, uru-eu-uau-uau, uaiuai, waurá e yanomami” (VALADARES; SOUSA, 2015, p.1).

Em nome de suas crenças e da preservação cultural sacrificam a vida de crianças e adolescentes. A nomenclatura “infanticídio indígena” é usada para referir a essa prática realizada na cultura indígena. No entanto o infanticídio como já visto, é um crime que está previsto no atual Código Penal e incorre neste crime a mãe, que, sob influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto mata seu próprio filho. Diferente do que ocorre nas tribos indígenas, tendo em vista que há casos de crianças de 11, até 15 anos que foram sacrificadas, portanto, não cabe falar em infanticídio. Holanda (2008 *apud* RIBEIRO, 2015) em sua tese de mestrado defende que:

Diante do que chamamos juridicamente de infanticídio, não cabe falar em infanticídio indígena. Ela acredita que o que há nessas aldeias são estratégias reprodutivas pensadas em prol da comunidade, e não de indivíduos isolados. Só um número muito reduzido de crianças acaba sendo submetido a elas. E são crianças com problemas que, mais tarde, impossibilitarão qualquer tipo de interação social.

Por vários motivos pode ocorrer tal prática seja por serem portadoras de algum tipo de deficiência física ou mental, gêmeos, filhos de mães solteiras, nascido em uma família considerada grande, por seleção de sexo, dentre outros (SOUZA, 2009). E é em razão das

consequências que essas crianças podem trazer para a tribo que são submetidas ao infanticídio. Cruz (2010 *apud* TAURINO, 2015, p. 31) pontua:

Dar a luz a crianças gêmeas, por exemplo, significa amaldiçoar a tribo inteira provocando a ira de entes transcendentais, segundo as crenças indígenas. Filhos de mães solteiras representam grave ameaça à ordem e aos costumes da comunidade tribal, não havendo alternativa senão o sacrifício dos recém-nascidos. Quando apresentam limitações e doenças decorrentes de anomalias genéticas, como a Síndrome de Down, as crianças são vistas como um peso para a vida cotidiana da tribo e motivo de desonra para os pais.

E a explicação para isso é que essas crianças seriam inúteis para a tribo já que não seriam capazes de realizarem as atividades rotineiras como pesca, caça, dentre outras, além de trazerem maldição ou castigo a tribo.

Então para manter os costumes, a cultura e os valores morais do grupo praticam atos considerados nocivos, cruéis e desumanos até matar essas crianças e recém-nascidos.

Souza (2009, p. 7) explica como isso acontece:

Em muitas tribos, quando uma índia está para dar à luz, ela vai sozinha para a floresta, ainda que seja muito jovem e aquele for seu primeiro filho. Se a criança é perfeita e nasceu no sexo desejado, a mãe a trará de volta para a tribo. Mas se tiver algum defeito, real ou suposto (lábio leporino ou alguma marca de nascimento na pele, tratar-se de gêmeos ou pertencer ao sexo não desejado, provier de mãe solteira ou nascer em família considerada já grande, etc.), a criança será afogada ou estrangulada ou enterrada viva, ou então simplesmente deixada na floresta para morrer.

França (2012, p. 243) complementa que “além do fato de matar”, há aquilo que talvez mais constrange ou abomine: “a forma de matar”. As crianças são enterradas vivas, asfixiadas, envenenadas ou abandonadas para serem devoradas por animais ou morrerem de inanição.

França (2012, p. 243) ainda diz:

Se por um lado há aqueles que enxergam o entendimento de que toda cultura é importante e necessária para a preservação de suas tradições, crenças e modo harmônico de viver, e que não se deve avaliá-la a partir de seus próprios conceitos, há outros que condenam a apologia condescendente do infanticídio indígena como um incentivo à violência e ao genocídio em uma época em que, de maneira decidida, se luta em favor da vida das pessoas.

Souza (2009, p. 10) na defesa das crianças e recém-nascidos indígenas comenta “ignorar o infanticídio indígena e não intervir para impedi-lo sob o pretexto de que faz parte da ‘cultura deles’ constitui certamente um dos exemplos mais gritantes dessa ditadura desumana”.

Barreto (*apud* SOUZA, 2009, p. 21) afirma que: “apesar de ser uma tradição de longa existência, os pais sofrem quando cometem o infanticídio. Alguns se suicidam logo após, acometidos de tristeza e depressão”. Nota-se, que mesmo nas comunidades indígenas tal prática não tem aceitação unânime, mas ainda sim essas crianças são condenadas à morte, independente de aceitação de seus pais, pois é preciso respeitar os valores morais do grupo e para isso é preciso interromper a vida de crianças, ser vulnerável, indefeso e que por não corresponder às expectativas da comunidade são fadadas à morte. De acordo com Esteves (2012, p. 14):

A condenação dos recém-nascidos é fruto de uma decisão do grupo, desse modo, a mãe não é a única responsável por antecipar a morte das crianças em tais tribos. Muitas vezes, ao dar a luz, a mãe já está consciente do seu dever social perante a comunidade, devendo tirar a vida de seu filho logo após o nascimento, respeitando assim os valores morais do grupo e evitando uma possível convivência e criação de vínculo afetivo. Nos casos em que as vítimas são portadoras de doenças mentais, as crianças são mortas após os primeiros anos de vida, quando a deficiência genética passa a se manifestar de forma perceptível. Nestes casos há grande relutância das mães em entregar suas crianças ao ritual, ficando claro que os sentimentos de amor materno, compaixão e respeito à vida estão presentes em qualquer organização social humana, independente de raça, cor, etnia ou religião.

Embora muitos defendem que o direito à vida garantido pela Constituição Federal em seu art. 5º, deve estar acima de qualquer outra questão, há quem entende que o infanticídio faz parte da cultura indígena e em nome do relativismo cultural defendem tal prática para a preservação da cultura desses povos.

Diante dessa discussão entre direito à vida e o direito à cultura, surge a necessidade de entender a teoria do relativismo cultural e do universalismo, já que a primeira defende que cada sociedade possui a sua própria cultura e que esta é imutável e absoluta, no entanto a teoria do universalismo defende os direitos humanos universais e que estes devem ser observados e respeitados por todos os povos independente da cultura. Cujos assuntos serão tratados de forma mais detalhada no momento oportuno.

O estudo demonstra que a prática do infanticídio indígena acontece em razão de uma tradição cultural desses povos e em respeito aos valores morais do grupo. No entanto, tal prática não tem sido mais aceita por muitos indígenas. Sendo assim, faz-se necessário a criação de alternativas com o intuito de inibir essa prática que tira a vida das crianças simplesmente por serem portadoras de algum tipo de deficiência ou por qualquer outro motivo considerado indesejável para a tribo.

A seguir será feito um breve estudo para entender de fato quando um indivíduo se torna ser humano segundo a cultura desses povos, haja vista que o conceito de vida e pessoa para os índios difere dos conceitos dos não indígenas.

2.3.1. Noção de Vida para os Povos Indígenas

Para uma melhor compreensão do que leva os índios à prática do infanticídio é preciso entender a concepção desses povos, no que diz respeito a vida e pessoa, pois, para eles o nascimento com vida não significa que o indivíduo tenha personalidade civil, portanto, subentende-se que ao praticarem tal ato é porque a criança ainda não é considerada uma pessoa.

De acordo com o nosso ordenamento jurídico a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida (BRASIL, 2002), porém esse não é o conceito adotado pelos índios.

O nascimento na concepção indígena explica Holanda (2008, p. 16-17):

Uma criança que ‘nasce’ não é imediatamente feita humana e, portanto, a procriação não é garantia. Isso porque, para eles, a consubstancialidade que nos faz consanguíneos e parentes não é fato, não é um dom, mas uma condição a ser continuamente produzida pelas trocas e relações. Por isso, fala-se em elaboração da pessoa ou da personalidade, um processo contínuo de aprender a ser humano.

Diferentemente dos não indígenas, para os índios não basta o nascimento biológico para que o recém-nascido seja considerado um ser humano, sua humanidade é adquirida com o tempo na medida em que vai se desenvolvendo e demonstrando habilidade para ser digno de permanecer vivo naquela tribo.

Sendo assim, ainda explica Holanda (2008) que o nascimento com vida não é considerado uma etapa definitiva onde daria início a vida e a personalidade humana da criança, mas, uma etapa gradativa em que a criança vai se tornando um ser humano em decorrência de um processo contínuo de “aprender a ser humano”.

Logo que a criança recebe um “nome” passa a ser considerada um ser humano para a tribo, porém para que isso aconteça é preciso preencher alguns requisitos. De acordo com Holanda (2008) a criança deve ter capacidade de andar, falar e alimentar com certa autonomia.

Desse modo, entende-se que a criança vai adquirindo personalidade a partir do momento que vai sendo inserida no meio social e demonstrando aptidão para a vida em sociedade.

Nota-se que ao praticarem o infanticídio, os indígenas não consideram matar uma criança, tendo em vista que o nascimento biológico não é suficiente para que o indivíduo seja considerado um ser humano. A personalidade humana adquire de forma gradativa e a criança

deve apresentar condições necessárias para que assim possa ser inserida na comunidade. Caso contrário não será bem-vinda à tribo e será submetida à morte.

Haja vista que o infanticídio indígena é uma prática cultural e que embora os não indígenas condenem tal prática, para os índios é um ato de amor e de respeito aos seus povos, dessa forma é de suma importância fazer um estudo sobre os direitos indígenas no sistema jurídico brasileiro para que assim possa entender se o projeto de lei 119 de 2015 que condena essa prática é constitucional ou não.

Sendo assim, no capítulo a seguir será apresentado o direito indígena no sistema jurídico brasileiro.

3. DO DIREITO INDÍGENA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Neste, pretende-se fazer um estudo sobre o direito indígena de acordo com a legislação pátria para então poder entender quais são os reais direitos desses povos e, sobretudo identificar se o projeto de lei 119/2015 contradiz com o direito garantido pela legislação.

A metodologia adotada para a elaboração deste capítulo será a pesquisa documental, especificamente na Constituição Federal e leis infraconstitucionais além da pesquisa bibliográfica, artigos jurídicos e sites da internet.

Para melhor entendimento este será dividido da seguinte maneira: primeiramente será feito um estudo sobre os direitos constitucionais dos índios, em seguida sobre o Estatuto do Índio, logo, um breve estudo sobre o papel da FUNAI, AGU e MPF, e posteriormente sobre a Declaração das Nações Unidas sobre direitos dos povos indígenas e da Convenção 169 da OIT.

3.1. DO DIREITO CONSTITUCIONAL INDÍGENA

Aqui será tratado sobre os direitos dos índios garantidos pela Constituição Federal e objetiva-se com esse estudo inteirar-se dos direitos indígenas para uma melhor compreensão do assunto em questão.

Será desenvolvido através de pesquisa documental e bibliográfica, especificamente na Constituição Federal e em artigos jurídicos.

A Constituição Federal de 1988 é considerada o principal marco jurídico brasileiro na defesa dos direitos indígenas, pois foi a partir de sua promulgação que foi reconhecido a eles o direito à diferença, abandonando dessa forma o paradigma da assimilação e integração defendido pelo Estatuto do Índio e adotando a integração, respeitando desta forma, a cultura indígena e, sobretudo o direito de ser índio.

E é no seu Título VIII em seu Capítulo VIII que trata exclusivamente dos direitos indígenas, reconhecendo a eles o direito de preservação de sua cultura, costumes, crenças, tradições e seus direitos territoriais, estabelecendo como dever da União protegê-los. Nesse sentido, dispõe o caput do art. 231: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à união demarcá-las, proteger e fazer respeitar os seus bens [...]”. (BRASIL, 1988).

Barbieri afirma que: “A Constituição de 1988, [...] soube dar ao índio o direito à autodeterminação e à alteridade, respeitando sua cultura e hábitos próprios e únicos, dando ênfase à especificidade e à diferença, dentro da sociedade nacional” (BARBIERI, 2008, p. 56).

Ainda explica Barbieri (2008, p. 83) que “a autodeterminação significa o direito de escolha de um povo ao seu próprio destino, definindo seu destino político, através do direito à existência inerente a cada Estado, e decorre também do conceito de soberania de cada povo”.

A autodeterminação é um instrumento importantíssimo porque é o desencadeador, que leva à proteção cultural dos povos, evidenciando, por conseguinte, o direito à diferença, tão importante à causa indígena e à sua sobrevivência (BARBIERI, 2008, p. 89).

De acordo com Colaço (2011, p. 45) “quando as diferenças se encontram denominamos de alteridade. Muitas vezes, contudo, esse encontro não se dá de forma amistosa, mas carregada de conflitos e tensões”.

Enfatiza Santos Filho (2008) “direito à alteridade, à diferença, indica que os índios têm os mesmos direitos que os não índios, além daqueles relativos a sua peculiar situação”.

Villares (2013, p. 317) pontua:

O Brasil é um país em que muitas culturas, etnias, povos, comunidades formam sua população. [...] São inúmeras línguas (a par de a língua oficial ser o português), territórios distintos, meios ambientes variados, religiões e cultos específicos, ritmos, enfim, concepções de ser e estar no mundo que tornam a riqueza cultural do país imensa. Essa profusão de culturas é chamada de multiculturalidade.

Nos parágrafos primeiro e segundo do Art. 231 da Constituição, têm-se o conceito de terras indígenas:

§1º são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§2º as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Segundo Silva (2018, p. 875) “o tradicionalmente refere-se [...] ao modo tradicional dos índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra”.

Quando a Constituição declara a terra indígena como de posse permanente “isso significa uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indispensáveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat” (SILVA, 2018, p. 878).

Villares (2013, p. 318), destaca que a “Constituição Federal de 1988, no Capítulo da Educação, da Cultura e do Desporto, trouxe em dois artigos a obrigação do Estado de garantir a todos os direitos culturais”. Assim dispõe o artigo 215:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às formas da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

[...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I- As formas de expressão;
- II- Os modos de criar, fazer e viver;
- III- As criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV- As obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V- Os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, ecológico e científico;

§1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

[...]. (BRASIL, 1988).

Portanto, nota-se que a multiculturalidade do país é reconhecida constitucionalmente, tanto no §1 do art. 215 quanto no caput do art. 216, sendo assim, é obrigação do Estado proteger as manifestações culturais indígenas e de todos os grupos que compõem a sociedade brasileira. (VILLARES, 2013).

Segundo Bonavides (1999 *apud* SILVA, 2014, p.1):

O direito à diversidade cultural é uma garantia concedida a determinados grupos culturalmente diferenciados de que suas tradições, crenças, e costumes possam ser preservados e protegidos frente a movimentos de interculturalidade, ou seja, ninguém pode ser obrigado a abster-se de possuir suas próprias tradições, crenças e costumes, ou mesmo de ser obrigado a aderir às tradições, crenças e costumes de outros grupos.

Neste mesmo sentido: “O Estado é construído em bases mais sólidas, torna-se mais coeso, se todas as culturas e parcelas de sua população forem respeitadas e tiverem sua liberdade e desenvolvimento garantidos” (RAMÍREZ, 1999 *apud* VILLARES, 2014, p. 18).

Dispõe o art. 232 da Constituição Federal de 1988, que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo” (BRASIL, 1988).

A mesma Carta também prevê como função institucional do Ministério Público “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”, art. 129, V (BRASIL, 1988).

Além desses dispositivos supracitados, a Constituição Federal trata em seu artigo 5^a dos direitos e garantias fundamentais, o qual prevê tratamento igualitário a todos sem distinção de qualquer natureza, porém, entende-se que embora os índios façam parte de uma cultura diferente, eles têm seus costumes e tradições reconhecidos constitucionalmente. Assim reza o art. 5^o:

Art. 5^o. 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 [...]. (BRASIL, 1988).

Villares (2014, p. 18), diz que “aceitar a multiculturalidade e pluriétnicidade não significa esfacelar a ideia de um Estado unitário, mas compreender que cada ser humano que o integra possa viver plenamente sua cultura”.

A Constituição de 1988 modificou o cenário que regia os direitos indígenas até então, afastando definitivamente o objetivo de incorporar o índio à sociedade. Passou-se a valorizar a diversidade cultural, respeitando o modo de vida tradicional das comunidades indígenas (RODRIGUES, 2018).

Observa-se que a atual Carta Magna teve como intuito garantir o direito à diversidade cultural, respeitando o modo de vida dos índios e garantindo a eles o direito de serem o que são, sem que essa diferença resulte em menos direito ou vantagem. Sendo assim, não recepcionou totalmente o Estatuto do Índio, abandonando a ideia de integração proposta pelo Estatuto e dando aos índios a liberdade para viverem como tal.

Portanto, embora a população indígena brasileira possua normas jurídicas especiais e outros normativos, esta goza de direitos garantidos pela Lei Maior, os quais resguardam seus usos, tradições e, sobretudo seus direitos consuetudinários.

Entende-se também que aos indígenas é reconhecido o direito de autodeterminação bem como o direito a alteridade, direitos estes que dão a eles a autonomia para criarem suas próprias leis e o respeito às suas diferenças.

Resta evidente que os povos indígenas têm seus direitos reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, entre eles o direito à preservação cultural. Logo, o projeto de lei 119/2015 que visa coibir o infanticídio na cultura indígena em defesa do direito à vida põe em confronto dois direitos fundamentais: o direito à vida e o direito à preservação cultural.

Haja vista que a Lei Maior não recepcionou por completo a lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973, é de suma importância que se faça um estudo para entender de fato o objetivo desta lei. Assim, no tópico seguinte, será feito um estudo sobre a norma jurídica especial dos índios, o Estatuto do Índio.

3.1.1. Do Estatuto do Índio

No presente tópico será abordado sobre o Estatuto do Índio, cujo objetivo é fazer um breve estudo sobre a lei que regula a situação jurídica dos índios e de suas comunidades e assim poder identificar a real intenção dessa lei criada anteriormente à atual Constituição.

Será elaborado com base em pesquisas bibliográficas e documentais, sobretudo o próprio Estatuto do Índio.

A Lei n. 6.001 de 19/12/1973 conhecida como Estatuto do Índio, regula a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas estabelecendo ao Poder Público a competência para a proteção e preservação dos direitos desses povos.

Tal lei foi criada no mesmo sentido do Código Civil de 1916 ao considerar os indígenas relativamente incapazes, e que estes deveriam ser tutelados por um órgão estatal, hoje a FUNAI, até que incorpore a comunidade nacional. Percebe-se então que o Estatuto do Índio desde sua criação pretendia proteger os índios até que integrasse à sociedade brasileira, depois de integrado perderia essa tutela e conseqüentemente sua identidade cultural. Já o atual Código Civil em consonância com a Constituição não reconhece o índio como relativamente incapaz e estabelece que a capacidade dos índios deve ser regulada por lei especial.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, reconheceu aos índios a sua identidade cultural, seus direitos originários assegurando assim o direito de permanecerem índios e de preservação de sua cultura independente de sua integração à comunhão nacional. No Art. 231. “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam,

competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, 1988). De acordo com o historiador Antônio Brand:

A Constituição reconhece a autonomia indígena e não fala mais em integração. Para os índios isso é uma conquista. Não cabe a ninguém dizer como eles devem se relacionar conosco. Esse modelo de integração [proposto pelo estatuto] previa que o futuro dos índios era deixar de ser índios”, disse o historiador (BRAND *apud* CAMPOS JR, 2012).

Desde então, muitas críticas surgiram em relação ao Estatuto do Índio pelo fato de este não ter sido totalmente recepcionado pela Carta Magna e que embora vigente deve ser atualizado o quanto antes. Existem propostas de projeto de lei para rever o Estatuto do Índio e adequá-lo aos termos da Constituição, porém ainda se encontram em tramitação no Congresso Nacional.

Elaborado sob a visão assimilacionista e integracionista, o Estatuto do Índio demonstrou o interesse em proteger os índios até a sua integração à sociedade civilizada forçando-os a deixarem suas peculiaridades.

Bôas Filho (2003 *apud* SILVA, 215) diferencia a integração da assimilação:

[...] a assimilação implicaria na perda da identidade cultural do grupo assimilado, sendo esta a ideia transmitida pelo Estatuto, uma vez que, embora a falsa proteção cultural trazida em seus artigos, a Lei mostra a intenção do índio ser totalmente confundido com nossa sociedade, perdendo suas características tradicionais e culturais.

Bôas Filho (2003 *apud* SILVA, 2015) ainda explica que o modelo integracionista defendia:

Que as comunidades indígenas fossem rapidamente integradas economicamente à sociedade brasileira como contingente reserva de mão-de-obra para o trabalho ou mesmo como produtores de mercadorias, dando impulso às economias regionais em expansão que, a partir daí, poderiam integrar-se às regiões mais desenvolvidas do país.

Nessas duas visões assimilacionista e integracionista nota-se que o índio vai integrando à sociedade brasileira e ao mesmo tempo perdendo suas características de índios.

É possível perceber claramente no o art. 1º da lei 6.001 de 19/12/1973 a intenção de integrar o índio à sociedade nacional, distanciando desta forma de suas origens. Assim dispõe o art. 1º:

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei. (BRASIL, 1973).

Nota-se no artigo supracitado que a lei especial de proteção aos índios pretende além de buscar preservar a cultura desses povos, tem como propósito integrá-los, progressiva e harmoniosamente à comunhão nacional, o que leva a entender que o índio ao ser integrado perderá suas características tradicionais e culturais.

No parágrafo único “já previa a sujeição do índio e das comunidades indígenas à lei brasileira, com uma ressalva importantíssima, de que fossem resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como sua condição peculiar” (VILLARES, 2014, p. 19).

Importante destacar quem é considerado índio de acordo com a lei 6.001 de 19/12/1973. Assim dispõe:

I - Índio ou silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados. (BRASIL, 1973).

Logo, comunidades indígenas são aquelas “que se consideram, segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua comunidade histórica com sociedades pré-colombianas” (CUNHA *apud* BARRETO, 2014, p. 37).

E índio “é quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro” (CUNHA *apud* BARRETO, 2014, p. 37).

O Estatuto do Índio em seu art. 4 classifica os índios como: isolados, em vias de integração e integrados. Com essa classificação fica mais evidente a intenção do Estatuto de integrá-lo à sociedade brasileira. Assim prevê o art. 4º e seus incisos:

Art. 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

A denominação “povos indígenas isolados” se refere especificamente a grupos indígenas com ausência de relações permanentes com as sociedades nacionais ou com pouca frequência de interação, seja com não índios, seja com outros povos indígenas (FUNAI, 2018).

Por vias de integração entende-se, que embora tenham contato intermitente ou permanente com a sociedade nacional mantém suas particularidades nas suas relações com a sociedade nacional.

Já os integrados, são aqueles que conservam suas características culturais mesmo incorporados à sociedade nacional e com pleno exercício dos direitos civis.

Destaca Barreto (2014, p. 34) “segundo este “paradigma” da integração, há estágios de evolução cultural pelos quais os índios (isolada ou coletivamente) passarão necessária e inexoravelmente”. Estágios a partir dos quais seria possível diferenciá-los numa “escala de hierárquica” de termos “menos” ou “mais evoluídos”.

Nos dizeres de Barreto (2014, p. 104):

Quando a CF/88 reconheceu aos índios ‘sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam’ e impôs à União o dever-poder de os ‘proteger e fazer respeitar’, abandonou o ‘paradigma da integração’ e adotou um novo: ‘o paradigma da interação’.

Contrário à “escala hierárquica evolutiva” Barreto (2014) diz que é no contexto enquanto “direito a diferença” é que devem ser encaradas as relações interétnicas da comunidade envolvente com os índios, suas comunidades e organizações.

Em se tratando da tutela indígena, os índios foram considerados “inferiores” e por isso entenderam que estes deveriam ter um regime especial de proteção. Acontece que essa “tutela” foi confundida com “incapacidade”, Barreto (2014). De acordo com o artigo 7º da Lei n. 6.001 de 09 de dezembro de 1977 “os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei” (BRASIL, 1977). Assim, entende-se que os índios não integrados são incapazes e por essa razão devem ser protegidos, mas com a integração à sociedade nacional, estes não serão mais considerados incapazes, sendo então, desnecessário ser tutelado por essa lei.

Neste sentido Barreto (2014, p. 40) enfatiza “o índio somente vem sendo considerado índio e protegido enquanto não for “integrado”; depois de “integrado” perderá sua própria identidade e a proteção da qual é merecedor”.

Nos dizeres de Villares (2013, p. 75):

A tutela prevista no Estatuto do Índio não se presta a todos os índios, tão-somente àqueles não integrados à comunhão nacional. Ou seja, somente os índios considerados isolados ou em vias de integração é aplicada a tutela que não é apenas individual, mas coletiva, pois, se aplica às comunidades indígenas.

Verifica-se, portanto, que o Estatuto do Índio limitou o regime tutelar aos índios e às comunidades indígenas, e em decorrência disso a “tutela-incapacidade” não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido destaca Villares (2013, p. 76):

[...] Com a Constituição Federal de 1988 não pode haver nenhuma dúvida: ela garante expressamente ao índio a possibilidade de se organizar como comunidade ou através de organizações próprias, reconhecidas pelo direito, e de recorrer diretamente ao Poder Judiciário na defesa de seus direitos e interesses. Ora, a autonomia é então plena, tendo o índio os mesmos direitos e obrigações dos demais e sendo reconhecido como um cidadão brasileiro.

A respeito do cunho integracionista do Estatuto do Índio, Silva (2015) ressalta que, embora os artigos de cunho integracionista e assimilacionista do Estatuto do Índio não foram recepcionados pela atual Constituição, a Lei 6.001 de 1973 continua em vigor em nosso ordenamento jurídico, porém esta deve ser interpretada conforme a atual Constituição Federal.

Diante das questões apresentadas observa-se que o Estatuto do Índio não foi totalmente recepcionado pela atual Carta Magna, tendo em vista que este visa à integração dos índios à sociedade nacional. E a Lei Maior contrária a ideia de integração e assimilação desses povos, e a favor da interação, reconheceu a eles o direito à diferença preservando assim, suas tradições, cultura, costumes, crenças e, sobretudo o direito de ser e manter-se índio.

A seguir será feito um estudo sobre o órgão indigenista oficial a FUNAI, e posteriormente sobre a AGU e MPF.

3.1.1.1. Da FUNAI, AGU e MPF

Nesta sequência fará um estudo sobre a FUNAI, AGU e MPF, com a finalidade de demonstrar qual a função de cada um desses órgãos no que concerne aos povos indígenas.

Sua elaboração será feita a base de pesquisas bibliográficas, artigos jurídicos e sites da internet.

A Fundação Nacional do Índio (FUNAI) foi criada pela lei n.5371 de 1967 é o órgão indigenista oficial do Brasil, tendo como objetivo promover os direitos indígenas no território brasileiro, garantidos pela atual Carta Magna.

Criada em 1967, substituiu o extinto Sistema de Proteção aos Índios (SPI). Contudo, a política indigenista naquela época ainda adotava o paradigma da tutela e integração dos índios à sociedade dominante, mantendo desta forma submissas e dependentes da sociedade nacional (FUNAI, 2018).

No entanto, apenas com a Constituição de 1988, que houve uma alteração do paradigma conceitual e jurídico da política indigenista, sendo extinta a figura da tutela, e garantido o reconhecimento da autonomia e dos direitos decorrentes das peculiaridades culturais dos povos indígenas no país (FUNAI, 2018).

A FUNAI é responsável pela execução da política indigenista, tendo assim várias atribuições e competências no que tange a proteção e promoção dos direitos indígenas. Cabe aqui, citar algumas de suas finalidades descritas no Estatuto da FUNAI aprovado pelo Decreto n. 9.010 de 23 de março de 2017 a FUNAI tem por finalidade:

Art. 2. A FUNAI tem por finalidade:

I - proteger e promover os direitos dos povos indígenas, em nome da União;

II - formular, coordenar, articular, monitorar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos seguintes princípios:

a) reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas;

b) respeito ao cidadão indígena e às suas comunidades e organizações;

c) garantia ao direito originário, à inalienabilidade e à indisponibilidade das terras que tradicionalmente ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes;

d) garantia aos povos indígenas isolados do exercício de sua liberdade e de suas atividades tradicionais sem a obrigatoriedade de contatá-los;

[...]

V - monitorar as ações e serviços de atenção à saúde dos povos indígenas;

VI - monitorar as ações e os serviços de educação diferenciada para os povos indígenas;

[...]

IX - exercer o poder de polícia em defesa e proteção dos povos indígenas. (BRASIL, 2017).

Observa que a FUNAI é um órgão que realiza suas atividades em prol das comunidades indígenas, protegendo-as e promovendo os seus direitos.

Ainda, de acordo com o Estatuto, cabe a FUNAI prestar assistência jurídica aos povos indígenas bem como promover estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

E estabelece a ela atividades de demarcação e medição de terras, salvo casos em que a FUNAI não tenha condições de realizá-las (arts. 3º e 4º).

Em se tratando da Advocacia Geral da União (AGU) compete a ela por meio da Procuradoria Federal e da FUNAI, dar assistência jurídica aos índios de maneira que estes tenham acesso aos direitos garantidos pela Constituição de 1988 levando em conta as suas peculiaridades sociais e culturais.

Faz parte do trabalho da AGU junto a FUNAI garantir que a vontade desses povos seja atendida, bem como proteger seus territórios para garantir o direito à reprodução física e cultural (VALLE, 2017).

Parece contraditório dizer que a AGU por intermédio da Procuradoria Federal permanece com a responsabilidade de defender os índios judicialmente tendo em vista que a atual Carta Magna garantiu a eles o direito para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (BRASIL, 1988). Mas de acordo com as explicações de Cavalcanti (2012):

Embora a Constituição Federal tenha conferido legitimidade aos índios para a defesa de seus direitos em juízo, não foi alterada a atribuição da Procuradoria-Geral Federal para a defesa judicial e extrajudicial dos interesses individuais e coletivos dos indígenas e suas comunidades. Tal atuação poderá ocorrer por meio da Procuradoria Federal Especializada da FUNAI ou das Procuradorias Federais não especializadas – Procuradorias Regionais Federais, Procuradorias Federais nos Estados e Procuradorias Seccionais Federais, dentre outros órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal.

Consoante com o previsto na Lei n. 9.028 de 1995 com redação alterada pela medida provisória n. 2.180-35 de 24 de agosto de 2001 a AGU continua com a obrigação de defender os interesses individuais e coletivos dos índios perante o judiciário. Assim estabelece o Art. 11-B, § 6º:

Art. 11-B. A representação judicial da União, quanto aos assuntos confiados às autarquias e fundações federais relacionadas no Anexo V a esta Lei, passa a ser feita diretamente pelos órgãos próprios da Advocacia-Geral da União, permanecendo os Órgãos Jurídicos daquelas entidades responsáveis pelas respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 6º. A Procuradoria-Geral da Fundação Nacional do Índio permanece responsável pelas atividades judiciais que, de interesse individual ou coletivo dos índios, não se confundam com a representação judicial da União. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001).

A Procuradoria-Geral Federal é órgão da Advocacia-Geral da União (AGU), e foi criado pela Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002. E essa lei ratifica as competências das procuradorias. Desse modo dispõe o art. 10, §2:

Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

§ 2º Integram a Procuradoria-Geral Federal as Procuradorias, Departamentos Jurídicos, Consultorias Jurídicas ou Assessorias Jurídicas das autarquias e fundações federais, como órgãos de execução desta, mantidas as suas atuais competências.

A portaria n. 839 de 18 de junho de 2010 disciplina e estabelece critérios para a atuação dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal na defesa de direitos indígenas. Tais critérios estão dispostos nos arts. 1º, 2º e 3º, dentre eles, o art.1º prevê:

Art. 1º A Procuradoria-Geral Federal, as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados, as Procuradorias Seccionais Federais, os Escritórios de Representação e a Procuradoria Federal Especializada junto à Fundação Nacional do Índio - PFE/FUNAI atuarão, obrigatoriamente, na orientação jurídica e na defesa judicial de todos os direitos e interesses coletivos indígenas, entre os quais:

I - patrimônio cultural e religioso, costumes, línguas, crenças e tradições;

II - questões fundiárias;

III - meio ambiente;

IV - educação;

V - saúde;

VI - direitos da criança e adolescente, inclusive destituição do poder familiar, guarda e adoção;

VII - direitos humanos;

VIII - bens e renda do patrimônio indígena (Título IV da Lei nº 6.001/73);

IX - registros públicos e emissão de documentos de identificação.

Parágrafo único. Os direitos e interesses que afetem, ainda que de forma reflexa, direitos coletivos indígenas, terão obrigatoriamente a atuação da Procuradoria Geral Federal e seus órgãos de execução.

Pontua Cavalcanti (2012) “referida Portaria [...] deixa claro os limites da atribuição institucional da Procuradoria-Geral Federal e dos demais órgãos públicos que possam estar envolvidos na defesa de direitos indígenas”.

Quanto ao Ministério Público Federal (MPF), também compete a ele atuar em juízo em prol da efetivação dos direitos indígenas. Nesse sentido dispõe o art. 129, V, da Constituição Federal de 1988 “São funções institucionais do Ministério Público: defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” (BRASIL, 1988).

De acordo com a Resolução 136 de 10 de dezembro de 2012, que dispõe sobre o Regimento Interno da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal:

Art. 2º A 6ª Câmara de Coordenação e Revisão é o órgão do Ministério Público Federal encarregado da coordenação, integração e de revisão do exercício funcional no que se refere à atuação judicial ou extrajudicial, na matéria Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais.

No mesmo sentido: “Incumbe a 6ª Câmara de Coordenação e revisão atuar nos feitos cíveis relativos a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas e relacionados às comunidades tradicionais” (Art. 2, §6 da resolução 148).

E ainda: “O principal desafio dos procuradores que atuam nessas temáticas é assegurar a pluralidade do Estado brasileiro na perspectiva étnica e cultural, como determina a Constituição Brasileira” (MPF).

Sendo assim, observa-se que o Ministério Público através da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão atua em defesa dos direitos dos índios fazendo com que seja garantido a eles todos os direitos estabelecidos pela Constituição de 1988.

Resta evidente que a Fundação Nacional dos Índios (FUNAI) órgão indigenista oficial brasileiro, a Advocacia Geral da União (AGU) e o Ministério Público Federal (MPF) trabalham conjuntamente para um único fim, a concretização dos direitos indígenas, cujos direitos estão previstos na Constituição de 1988 e demais normas infraconstitucionais.

No tópico seguinte dará continuidade a respeito dos direitos indígenas, tratando especificamente da Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

3.2. DA DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Ao se falar em direitos indígenas, é fundamental conhecer desses direitos no âmbito internacional, sendo assim, neste tópico será feito um estudo simples e objetivo a respeito da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas.

Será desenvolvido através de pesquisas bibliográficas, artigos jurídicos, sites da internet e na respectiva Declaração das Nações Unidas sobre direitos dos povos indígenas.

A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada pela ONU em 13 de setembro de 2007 graças às reivindicações dos índios pelo reconhecimento de seus direitos no âmbito internacional.

Essa Declaração “constitui um importante passo para o reconhecimento, a promoção e a proteção dos direitos e das liberdades dos Povos Indígenas e no desenvolvimento de atividades pertinentes do sistema das Nações Unidas nesta esfera” (BARRETTO, 2014, p. 165).

Nesse sentido relata Mathias e Yamada (2010):

O texto, extremamente avançado, reflete o conjunto das reivindicações atuais dos povos indígenas em todo o mundo acerca da melhoria de suas relações com os Estados nacionais e serve para estabelecer parâmetros mínimos para outros instrumentos internacionais e leis nacionais. Na declaração constam princípios como a igualdade de direitos e a proibição de discriminação, o direito à autodeterminação e a necessidade de fazer do consentimento e do acordo de vontades o referencial de todo o relacionamento entre povos indígenas e Estados.

A Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas é um instrumento significativo em defesa dos indígenas, pois, ela afirma e reconhece em seus dispositivos os direitos fundamentais universais e os direitos culturais dos índios bem como o respeito a esses povos para uma harmônica relação entre índios e não índios.

Dentre os dispositivos previstos nessa Declaração, o art.1º dispõe:

Artigo 1º Os indígenas têm direito, como povos ou como pessoas, ao desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal de Direitos Humanos e o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Conforme art. 2º: “Os povos e as pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e as pessoas têm o direito a não ser objeto de nenhuma discriminação no exercício de seus direitos fundado, em particular, em sua origem ou identidade indígena”.

No artigo supracitado afirma aos índios o direito à liberdade e à igualdade de direitos com relação às demais pessoas, assim como o direito de serem respeitados como tais, sem que haja discriminação e preconceito para com esses povos.

Dentre outros direitos, a Declaração também prevê o direito à autodeterminação, à cultura, à educação e à saúde de acordo com suas práticas e ao território.

Favorável à Declaração, o Brasil declarou “que não havia dúvida de que a Declaração era uma reafirmação do compromisso da comunidade internacional para garantir o gozo de todos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, e para respeitar o valor das culturas e identidades indígenas” (UNESCO, 2008, p. 7).

Portanto, entende-se que a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas é um documento de direitos humanos de suma importância no reconhecimento e afirmação dos direitos indígenas no âmbito internacional e que enfatiza o compromisso dos Estados a criarem medidas para garantir a efetivação dos direitos indígenas assim como o respeito às suas tradições e culturas.

A seguir será feito um estudo a respeito da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no que concerne aos direitos indígenas.

3.3. DA CONVENÇÃO 169 DA OIT

No presente tópico será feito um estudo sobre a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho com o intuito de identificar qual o objetivo dessa Convenção em se tratando de direitos indígenas.

Será elaborado através de pesquisas bibliográficas, pesquisas na internet e na própria Convenção.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho substituiu a Convenção 107 cuja perspectiva se fundava na integração e assimilação dos índios à sociedade nacional.

Adotada em Genebra, Suíça, em 27 de junho de 1989, na 76 Conferência Internacional do Trabalho da OIT e dispõe sobre as Populações Indígenas e Tribais (OLIVEIRA, 2016, p. 489).

Foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, e promulgada com a edição do Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004 (OLIVEIRA, 2016).

A Convenção 169 é considerada o primeiro documento internacional a tratar dos direitos indígenas e tribais, de caráter vinculante, exige que todos os Estados signatários protejam e defendam os direitos humanos fundamentais desses povos. “Funda-se na [...] no princípio de que estas estruturas e formas de vida tem um valor intrínseco que deve ser resguardado” (TOMEI; SWESPSTON, 1999, p. 22).

A Convenção 169 da OIT, segundo Mazzuoli (2016, p. 288):

Concretizou as aspirações dos grupos indígenas e comunidades tradicionais [...] de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas; de terem respeitados o seu estilo de vida tradicional e organização, diferentemente do restante da população do país. Passou-se, assim, de uma visão meramente integracionista, presente na Convenção 107, para um olhar garantista dos direitos de uma sociedade pluriétnica.

De acordo com o Art. 1º a Convenção 169 se aplica aos povos tribais e indígenas, assim dispõe:

- a) povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais;
- b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas.

Nota-se que a Convenção distinguiu povos *tribais* de povos *indígenas*. Tribais são aqueles cujas condições sociais, culturais e econômicas os diferenciam dos outros setores da coletividade nacional, estando regidos, total ou parcialmente, pelos seus próprios costumes, tradições ou legislação especial. Já os povos indígenas são os originários de populações que habitavam o país ou uma região geográfica a ele pertencente à época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento de suas atuais fronteiras e que, independentemente de sua situação jurídica, conservam todas as suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas (MAZZUOLI, 2016). No entanto, “a Convenção não faz nenhuma distinção no tratamento dos povos indígenas e dos povos tribais. Ambos têm os mesmos direitos na Convenção n. 169 da OIT” (TOMEI; SWESPSTON, 1999, p. 25). A mesma autora

ainda comenta que a “intenção era abranger uma situação social e não estabelecer prioridades baseadas nos antepassados que houvessem ocupado primeiro uma área territorial”. (TOMEI; SWESPSTON, 1999, p. 25).

Com o propósito de garantir o gozo de direitos humanos e das liberdades fundamentais a esses povos, sem discriminá-los, a Convenção 169 estabelece em seu artigo 3º, inciso 1 e 2:

- 1- Os povos indígenas e tribais desfrutarão plenamente dos direitos humanos e das liberdades fundamentais sem qualquer impedimento ou discriminação. As disposições desta Convenção deverão ser aplicadas sem discriminação entre os membros do gênero masculino e feminino desses povos.
- 2- Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais desses povos, inclusive os direitos previstos na presente Convenção.

Aos países que ratificarem a Convenção devem adotar medidas indispensáveis para a proteção e defesa desses povos. Nesse sentido, dispõe o art. 4º: “Medidas especiais necessárias deverão ser adotadas para salvaguardar as pessoas, instituições, bens, trabalho, culturas e meio ambiente desses povos”.

Também prevê a Convenção em seu artigo 2º como responsabilidade dos governos com a colaboração desses povos, desenvolver uma ação coordenada e sistemática para proteger seus direitos e garantir respeito à sua integridade física.

A terra é um bem necessário para a sobrevivência desses povos, pois é dela que eles tiram o seu sustento e mantêm desta forma suas tradições culturais. Pensando nisso, a Convenção 169 reconheceu a eles o direito de propriedade e posse das terras tradicionalmente ocupada por eles:

Art. 14. Os direitos de propriedade e posse de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados deverão ser reconhecidos. Além disso, quando justificado, medidas deverão ser tomadas para salvaguardar o direito dos povos interessados de usar terras não exclusivamente ocupadas por eles às quais tenham tido acesso tradicionalmente para desenvolver atividades tradicionais e de subsistência. Nesse contexto, a situação de povos nômades.

O art. 8º, 1 desta Convenção prevê “na aplicação da legislação nacional aos povos interessados, seus costumes ou leis consuetudinárias deverão ser levados na devida consideração”. Nota-se que, sempre que necessária a aplicação das leis nacionais a esses povos deve levar em consideração os seus costumes, haja vista que estes têm um modo de vida distinto dos não índios.

A mesma Convenção deixa claro o direito de manter seus costumes, porém, estabelece limites aos costumes ao prever que estes não sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Desta maneira dispõe o Art. 8º, §2:

Esses povos terão o direito de manter seus costumes e instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais previstos no sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para a solução de conflitos que possam ocorrer na aplicação desse princípio.

Nota-se que o direito consuetudinário é limitado e que este não pode violar os direitos humanos fundamentais, como o direito à vida.

Em conformidade com o paradigma da interação e de uma sociedade multicultural adotado pela Constituição Brasileira de 1988, a Convenção 169 “promove o respeito às culturas, às formas de vida, às tradições e ao direito consuetudinário dos povos indígenas e tribais. Supõe que estes povos continuarão existindo como parte de suas sociedades nacionais, mantendo sua própria identidade, suas próprias estruturas e tradições” (TOMEI; SWESPSTON, 1999, p.23).

No entanto, estabelece a Convenção que os métodos tradicionalmente adotados por esses povos para lidar com delitos cometidos por seus membros devem ser respeitados, desde que, sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos (art. 9). Sendo assim, entende-se que a prática do infanticídio ainda cometido em algumas comunidades indígenas, embora eles não considerem crime em razão de sua cultura, é incompatível não só com o sistema jurídico brasileiro, mas também com o sistema jurídico internacional ratificado pelo Brasil, tendo em vista que tal prática fere o princípio dos direitos humanos e fundamentais. Desta forma, conclui-se que ao praticarem tal ato esses povos também cometem crime, porém para a aplicação de sanções de acordo com as normas gerais, deve ser observado suas características peculiares. Nesse sentido prevê o art. 10º:

1. No processo de impor sanções penais previstas na legislação geral a membros desses povos, suas características econômicas, sociais e culturais deverão ser levadas em consideração.
2. Deverá ser dada preferência a outros métodos de punição que não o encarceramento.

Desta forma, observa-se que o objetivo desta Convenção é defender os direitos dos povos indígenas e tribais, garantindo a eles o gozo plenamente dos direitos humanos fundamentais bem como o direito de igualdade de oportunidades e tratamento, tendo em vista que esses povos se encontram em condições desfavoráveis comparando com os não índios.

No capítulo a seguir, fará um estudo sobre o direito à vida, os aspectos culturais relativos aos direitos dos índios e o conflito aparente de normas.

4. DIREITO À VIDA E OS ASPECTOS CULTURAIS RELATIVOS AOS DIREITOS DOS ÍNDIOS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS?

Neste capítulo pretende-se tratar do direito à vida e os aspectos culturais relativos aos direitos dos índios, assim como o conflito aparente de normas.

Será elaborado com base em pesquisas bibliográficas, artigos jurídicos e sites da internet.

Para uma melhor compreensão este será dividido da seguinte forma: inicialmente será tratado sobre o relativismo jurídico o qual abordará o relativismo cultural e o universalismo do direito à vida, em seguida será tratado sobre o direito à vida e o direito à cultura e por fim será feita uma análise do projeto de lei 119/2015, com o objetivo de analisar se há (in) constitucionalidade em tal projeto.

4.1. DO PLURALISMO JURÍDICO

Tendo em vista, o direito estatal e o direito consuetudinário dos povos indígenas tornam-se indispensável à realização de um estudo sobre o pluralismo jurídico, sendo assim, no presente tópico será feita uma pesquisa com o objetivo de esclarecer sobre o assunto em questão, para isso serão abordados de forma clara e precisa o conceito e o objetivo do pluralismo jurídico.

Será desenvolvido através de pesquisas bibliográficas, artigos jurídicos e sites da internet.

Pluralismo jurídico “é a coexistência do ordenamento jurídico brasileiro com outros sistemas ou ordens jurídicas fundadas em normas, usos, costumes e tradições que regulam a vida social de um grupo de pessoas” (YAMADA; BELLOQUE *apud* VILLARES, 2014, p. 124).

Tem como característica a diversidade de normas estatais ou não, que regem uma sociedade. “O pluralismo jurídico refere-se a uma situação na qual dois ou mais sistemas jurídicos coexistem no mesmo campo social” (MERRY, 1988 *apud* WOLKMER, 2015, p. 256).

O pluralismo jurídico trata-se:

Da existência simultânea – dentro do mesmo espaço de um Estado de diversos sistemas de regulação social e resolução de conflitos, baseados em questões culturais, étnicas, raciais, ocupacionais, históricas, econômicas, ideológicas,

geográficas, políticas, ou pela diversa localização na conformação da estrutura social que ocupam os atores sociais (YRIGOYEN, 2003 *apud* WOLKMER, 2015, p. 257).

Nessa perspectiva, presume-se que a sociedade não é regida somente por normas estatais, mas também por normas não estatais, cujas normas são criadas por determinada sociedade com intuito de regulamentação social.

Wolkmer (2015) considera o pluralismo jurídico como a diversidade de normas jurídicas oficiais ou não, ora consensuais ora conflitantes, existentes num mesmo espaço, que surge em razão das necessidades existenciais, materiais e culturais.

Para o jurista Morais Filho:

Certas manifestações profissionais e práticas normativas costumeiras que surgem à margem do Direito oficial e que, por vezes, acabam confrontando-o, devem ser reconhecidas como “Direito vivo, nascido dos fatos normativos da própria sociedade: chama-se também a isso de Direito social, extraestatal, direito este espontâneo, autorregulador dos grupos profissionais” (MORAIS FILHO, 1980, p. 192-193, *apud* WOLKMER, 2015, p. 247).

Neste mesmo sentido Montoro diz que “ao lado das fontes jurídicas estatais, ocorrem ‘outras normas’, efetivamente obrigatórias e exigíveis, de origem não estatais e que são elaboradas pelos diferentes grupos sociais e destinadas a reger a vida interna desses grupos” (MONTORO, 1973 *apud* WOLKMER, 2015, p. 247-248).

Sendo assim, percebe-se que as normas jurídicas não estatais, embora muitas vezes conflitantes, tem força de lei e se desenvolvem paralelamente à norma estatal, e são aplicadas para governar a vida interna daqueles que as criou.

Nos dizeres de Falcão o pluralismo jurídico não deve ser considerado apenas para a defesa do Direito não estatal, mas, deve ser visto como meio de explicar a convivência contraditória, ora consensual ora conflitante, entre a diversidade de direitos existentes numa mesma sociedade (FALCÃO, 1984 *apud* WOLKMER, 2015).

Ao fazer uma crítica ao pluralismo jurídico Miguel Reale diz o seguinte:

O erro dos adeptos do pluralismo está em não admitirem que ‘certas funções não podem ser exercidas por indivíduos ou por associações particulares sem grave perigo para a ordem social e sem o aniquilamento do próprio Estado. Há funções inerentes à soberania estatal e que não podem ser objeto de delegação: as funções essenciais de defesa do território, de segurança interna, de legislação e de jurisdição, as quais não podem ser confundidas com as funções facultativas que o Estado pode perfeitamente delegar, desde que resultem vantagens de ordem técnica ou econômica’ (REALE *apud* WOLKMER, 2015, p. 268).

Desse modo, entende-se, que nem todas as funções podem ser realizadas por um grupo social, haja vista que determinadas funções são indelegáveis e devem ser realizadas exclusivamente pelo estado, caso contrário, poderá provocar perigo para a ordem social.

Quanto ao objetivo do pluralismo jurídico, Wolkmer enfatiza que “a intenção não está em negar ou minimizar o Direito estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade” (WOLKMER, 2015, p. 261).

Sendo assim, observa-se que o pluralismo jurídico como o próprio nome diz é a pluralidade de normas, logo, o direito estatal não é a única norma que rege uma sociedade, além deste, pode existir várias normas consideradas não estatais, que são elaboradas pela própria sociedade e tem como finalidade regular as relações sociais das comunidades que as elaborou.

Destaca-se que:

A ideia de pluralismo no tocante à aceitação de um sistema ou ordem jurídica de povos indígenas não retira características primordiais do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a unidade estatal e a aplicação da lei a todos. Ao contrário, a aceitação de normas jurídicas não estatais [...], tem o simples objetivo de fortalecer e legitimar os mecanismos de administração da justiça livrando-os de interpretações preconceituosas e em desfavor de povos culturalmente distintos que coabitam o território brasileiro. Evitar e combater a discriminação no plano legislativo e judicial são os pontos fundamentais da proposta de pluralismo jurídico. (YAMADA; BELLOQUE *apud* VILLARES, 2014, p. 124-125).

Desta forma, o pluralismo jurídico não tem como propósito afastar a característica de unicidade do direito estatal, mas, afastar dos povos de culturas diferentes os preconceitos e discriminações que ocorrem em razão de suas particularidades, reconhecendo assim seus interesses individuais e coletivos.

Para Falcão “a principal razão de ser” do pluralismo jurídico é a de explicar teoricamente “a convivência contraditória, por vezes consensual e por vezes conflitante, entre os vários direitos observáveis numa mesma sociedade” (FALCÃO, 1984 *apud* WOLKMER, 2015, p. 249).

Com base nos conceitos dos autores supracitados, o pluralismo jurídico consiste no conjunto de normas estatais e não estatais existentes numa mesma sociedade. Assim, entende-se que as normas criadas pelos indígenas em suas comunidades contribuem para a efetivação do pluralismo jurídico no estado brasileiro, já que essas comunidades possuem seus direitos muito antes de serem constitucionalizados.

Diante do exposto, torna indispensável fazer um estudo para buscar saber o que pensam os relativistas e universalistas a respeito do relativismo cultural e o universalismo do direito à vida, sendo assim, este assunto será tratado no próximo tópico.

4.1.1. Do Relativismo Cultural X Universalismo do Direito à Vida: As Teorias Relativista e Universalista

Ao se tratar de infanticídio indígena, prática cultural dos índios e direito universal à vida, é possível identificar um confronto entre a teoria do relativismo cultural e do universalismo do direito à vida, sendo assim faz-se necessário entender do que se trata a teoria relativista e universalista de acordo com seus respectivos defensores.

Para a elaboração deste, será realizado pesquisas bibliográficas, assim com pesquisas em artigos jurídicos e em sites da internet.

O relativismo cultural é uma teoria que implica a ideia de que é preciso compreender a diversidade cultural e respeitá-la, reconhecendo que todo sistema cultural tem uma coerência interna própria (UFABC, 2008).

Essa teoria “analisa o indivíduo dentro de um grupo, do prisma que a coletividade está acima do individual, sendo o indivíduo fruto do meio onde vive, ou seja, cada povo tem valores e culturas próprias” (VALADARES; SOUSA, 2015). Assim, cada cultura tem a sua própria concepção a respeito dos Direitos Humanos.

De acordo com Lidorio (2007, p. 2):

O relativismo cultural, inicialmente desenvolvido por Franz Boas e com base no historicismo de Herder, defende que bem e mal são elementos definidos em cada cultura. E que não há verdades universais visto que não há padrões para se pesar o comportamento humano e compará-lo a outro. Cada cultura pesa a si mesma e julga a si mesma.

Nesse contexto, o relativismo cultural compreende o conjunto de elementos intrínsecos definidos em cada cultura e que o comportamento humano não é regulado por uma norma padrão, mas pelas normas de suas próprias comunidades as quais são definidas de acordo com sua cultura.

Na perspectiva do relativismo cultural radical “concebe a cultura como a única fonte de validade de um direito ou regra moral. [...] Um forte relativismo cultural acredita que a cultura é a principal fonte de validade de um direito ou regra moral” (DONNELLY, 2003 *apud* PIOVESAN, 2006, p. 17).

Ainda ressalta (DONNELLY, 2003 *apud* PIOVESAN, 2006, p. 16-17):

Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas. Há uma pluralidade de culturas no mundo, e essas culturas produzem seus próprios valores.

Assim, “para o relativismo radical não há valores universais que orientem a humanidade, mas valores particulares que devem ser observados e tolerados” (LIDÓRIO, 2007. p. 2).

O relativismo tem grande importância na defesa da diversidade cultural, sobretudo a tolerância cultural, neste sentido Lidório (2007, p. 2) diz que a “grande contribuição do relativismo foi abrandar a arrogância das nações conquistadoras e gerar uma visão de tolerância cultural, especialmente nos encontros interculturais”.

O problema do relativismo é quando o relativismo é radicalizado, pois, “sua radicalização prevê, na maioria das vezes, o não contato entre povos diferentes e a ideia de que se ele ocorrer será, inexoravelmente, ruim, uma imposição cultural de um grupo sobre o outro” (PINEZI, 2010, p. 4).

Pinezi (2010, p. 5) sustenta que “é preciso relativizar o relativismo cultural, no sentido de vê-lo não como um princípio absoluto, mas como um instrumento que possibilite o encontro de forma respeitável”. Pois, essa relativização é capaz de evitar que a diferença, exaltada, contrarie os valores dos direitos humanos [...] (PINEZI, 2010).

Quanto à teoria do universalismo, esta defende os direitos humanos universais, e o direito a vida como um desses direitos universais deve ser respeitado por todos em quaisquer circunstâncias e independente de suas particularidades.

Nesse sentido explicam Valadares e Sousa “a teoria universalista defende que os direitos humanos tenham aplicabilidade uniforme, ou seja, direcionada para todos os grupos, todas as formas de identidade cultural independentemente de suas peculiaridades, analisa o indivíduo individualmente”.

Na visão dos universalistas, “os relativistas, em nome da cultura, buscam acobertar graves violações a direitos humanos” (DONNELLY, 2003 *apud* PIOVESAN, 2006, p. 17).

O discurso universalista entende que o contexto cultural existe, e é fundamental para a configuração da identidade individual, porém este contexto não está acima da

identidade primária de todos os homens, que comungam da mesma natureza, que é a humana (SANTOS, 2011, p. 15).

Para os universalistas, “os direitos humanos decorrem da dignidade humana, na condição de valor intrínseco à condição humana. Defende-se, nessa perspectiva, o mínimo ético irreduzível” (PIOVESAN, 2006, p. 16). “Existe um mínimo de valores que são fundamentais, inderrogáveis e irreduzíveis, [...]. Estes são os direitos humanos, e sociedade ou estado algum estão autorizados a reduzi-los, independente de seus próprios valores culturais” (BARRETOS, *apud* VALADARES; SOUSA, p. 6).

Desta forma, deve observar os valores mínimos pertencentes aos seres humanos como a dignidade da pessoa humana, e que ao falar em infanticídio indígena, fica evidente a violação desse direito inerente a todo ser humano.

Barbieri (2008, p. 24) afirma que é: “Importante salientar a importância da Dignidade da Pessoa Humana como princípio, [...] é dotado de máxima carga de normatividade, do qual se derivam os direitos e garantias fundamentais, que se tornam imprescindíveis à realização do Princípio”.

Dentre os diversos ordenamentos jurídicos, tal princípio se encontra previsto no art. 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos que traz “expressa no seu preâmbulo e em sua parte dispositiva a respeito dos valores mínimos pertencentes aos humanos que é a dignidade da pessoa humana, sendo esta, o alicerce para o desenvolvimento da sociedade” (VALADARES; SOUSA, p. 6).

No entanto, “a dignidade não surge em razão da ordem jurídica, esta apenas a reconhece e protege contra violações de qualquer natureza” (NOVELINO, 2008 *apud* MABTUM; MARCHETO 2015, p. 22).

SARMENTO (2002 *apud* MABTUM; MARCHETO 2015, p. 22) afirma que: “Segundo esse princípio, o ser humano deve ser respeitado, acima de todos os outros interesses. Protegê-lo é a razão primordial do Estado e do direito” A dignidade da pessoa humana pode ser definida “como uma qualidade inerente e diferenciadora dos seres humanos, a razão pela qual o indivíduo se torna merecedor de respeito e consideração da comunidade em que está inserido e do Estado” (SARLET, 2007 *apud* MABTUM; MARCHETO 2015, p. 23).

(MABTUM; MARCHETTO, 2015, p.25) “A dignidade humana é a verdadeira garantia das condições mínimas de existência humana. É o direito do ser humano de ser

tratado como tal, e não como um bem qualquer, [...]. É o reconhecimento da proteção superior da vida humana sobre todas as demais”.

Na ausência de reconhecimento desses direitos mínimos, não há a concretização da dignidade humana. Eles são tão importantes que não é permitido ao indivíduo dispor deles. Se isso acontece, a consequência lógica é a redução de sua condição humana (KANT, 1986 *apud* MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 24).

Assim pontua Barbieri (2008, p. 23): “A dignidade, como valor moral e, também espiritual, seria um mínimo indispensável e invulnerável de valores que devem ser respeitados pela sociedade” [...].

Mas, para garantir às crianças indígenas o princípio da dignidade da pessoa humana e conseqüentemente combater a prática do infanticídio em que muitas crianças são submetidas, há quem ressalta a importância da conscientização desses povos por meio do diálogo intercultural. Santos (2011, p. 20) cita como bom exemplo do contexto intercultural:

O combate à malária nas aldeias brasileiras, através da atuação da FUNASA (Fundação Nacional de Saúde), [...]. Boa parte dos índios brasileiros reconhece o tratamento anti-malarial oferecido pela FUNASA, por meio de seus agentes de saúde, apesar de não abandonarem seu tratamento tradicional. Desse modo, diversas vidas têm sido salvas, e nem por isso há de se falar em invasão ou subversão cultural.

Dessa forma, buscar combater o infanticídio indígena através do diálogo intercultural, pode ser o meio mais adequado para a manutenção cultural desses povos, já que essa não é uma forma de imposição, mas de possibilitar aos índios a repensar suas práticas culturais de maneira autônoma no que tange ao infanticídio indígena.

Adinolfi (p. 2) “O diálogo intercultural é possível e necessário, e possibilita a construção de soluções para situações em que há violação de direitos básicos, como vida e saúde integral – caso da prática de infanticídio e morte intencional de crianças indígenas”.

A prática do infanticídio não é unanimemente aceitável pelos pais indígenas que têm que entregar seus filhos para a morte em razão da cultura. “Mesmo sendo uma tradição de longa existência, os pais, sofrem quando cometem este ato. Alguns se suicidam logo após, acometidos de tristeza e depressão” (BARRETO, 2006 *apud* SOUZA, 2009, p. 21). Assim, não há que insistir em preservar uma tradição que nem mesmo na própria sociedade indígena tem sido aceita. Neste caso, o diálogo intercultural pode ser uma oportunidade para esses povos discutirem a respeito dessa prática que causa tanto sofrimento às muitas famílias

indígenas e, sobretudo, uma alternativa para combater essa prática considerada cruel e desumana em relação às vítimas desse ato.

Santos (2011, p. 23) ressalta que “negar a possibilidade de diálogo com esses grupos é lhes tirar a oportunidade de contestarem suas próprias práticas, compartilharem suas angústias e aflições, e mais: discutir alternativas de como reduzi-las”.

Adinolfi (p. 31) diz:

Deve-se procurar ouvir as vozes de quem, não vendo alternativas para essas crianças, recorre ao infanticídio e morte das crianças – e sentir sua dor, para construirmos alternativas que existem, que passam pelo acesso pleno aos recursos de saúde, pela compreensão da violência que o processo representa para os pais e para as sociedades que a ele recorrem.

Desse modo, o diálogo se faz necessário para entender o que passam esses pais que, mesmo não concordando com essa prática, submetem seus filhos a esse ato de crueldade e, sobretudo para criar maneiras para salvar a vida e a integridade física e mental dessas crianças.

Deve-se reconhecer o direito de todo povo de dialogar com outros povos a respeito do sofrimento e suas soluções. De compreendê-las, compará-las e decidir sobre qual solução tomar (LIDÓRIO, 2007, p. 8).

Santos (2011, p. 25) pontua:

Tal diálogo faz-se importante quando se observa principalmente a existência de indígenas que não mais concordam com a prática do infanticídio dentro da sua própria comunidade e que acabam por se sentirem desabrigados e desprotegidos quando decidem ir de encontro a tais costumes e tradições.

Uma das alternativas proposta por Barreto (2006) durante o Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, para resguardar a vida destas crianças seria “uma política de incentivo à adoção, por meio do diálogo”. “Como a criança é recém-nascida, poderá formar sua identidade em outra sociedade que a acolha”, [...] (BARRETO, 2006 *apud* SOUZA, 2009, p. 21).

Nessa perspectiva, não há motivo para os povos indígenas discordarem da adoção, já que as crianças consideradas fora do padrão aceitável pela cultura indígena são inúteis e tidas como um peso para suas comunidades.

Santos (2011) ressalta que é necessário que o Estado brasileiro não seja omissor em relação ao infanticídio e que sua atuação comece a partir do estabelecimento de um diálogo com esses povos.

Lidório (2007, p. 8) ressalta um fato que demonstra a importância do diálogo intercultural:

O fato dialógico nos é fornecido por Cardoso de Oliveira e trata-se da prática do infanticídio entre os Tapirapé. O processo se dava na eliminação do quarto filho, limitando assim cada família a, no máximo, três filhos. A ação de freiras católicas para assegurar a sobrevivência do indivíduo que nasce, bem como do grupo, que corria risco de extinção (chegou apenas a 54 indivíduos), se deu através do diálogo e não da imposição. A argumentação das freiras, aceita finalmente pelo grupo, se baseava na valorização do próprio grupo em contraste ao seu gradual enfraquecimento, com o infanticídio [...]. Os Tapirapé aceitaram o argumento da razão humana, social e cultural.

No contexto acima demonstrado, Lidório (2007, p. 8) diz o seguinte: “observo, portanto, que nas mudanças necessárias que envolvem risco de sobrevivência, subsistência e dignidade, os povos tendem a repensar seus valores com base nos efeitos objetivos sobre o próprio grupo, aceitando o argumento mais forte que privilegie sua sobrevivência”.

Resta evidente, que o diálogo intercultural é um meio de suma importância para o combate ao infanticídio indígena, tendo em vista que leva os indígenas a refletir sobre essa tradição cultural que é repudiada não só pela sociedade não indígena, mas também por grande parte dos próprios indígenas.

Perante o exposto, entende-se que na teoria relativista a coletividade está acima do individual, enquanto na teoria universalista analisa-se o indivíduo e esta defende que o direito universal à vida deve ser respeitado por todos independente de suas peculiaridades, haja vista que o direito à dignidade da pessoa humana e à vida são direitos inerentes a todo ser humano. O diálogo intercultural é apresentado como uma alternativa para o combate ao infanticídio indígena, uma vez que este possibilita aos índios a refletirem sobre tal prática. Dessa forma, as questões apresentadas são de grande importância, uma vez que para a análise da (in) constitucionalidade do projeto de lei 119/2015 faz-se necessário entender o assunto apresentado, já que muitos defendem tal projeto em razão da garantia ao direito à vida das crianças indígenas, e outros não, em razão da preservação da tradição cultural indígena.

Assim, no próximo tópico, será feito um estudo sobre os direitos à vida e à cultura, ambos garantidos pela Constituição Federal de 1988.

4.1.2. Direito à Vida ou à Cultura? Aparente Conflito de Normas?

Neste tópico, será tratado sobre o direito à vida e à cultura, cujo objetivo é identificar qual desses direitos deve prevalecer diante do aparente conflito de normas.

Será desenvolvido através de pesquisas bibliográficas, em artigos jurídicos e sites da internet.

Observa-se, que o direito à vida e o direito à cultura, ambos são garantidos constitucionalmente e também por ordenamentos jurídicos internacionais os quais o Brasil é signatário, no entanto, há um confronto entre tais direitos ao se falar de infanticídio indígena.

Prevê a Constituição Federal, no art. 5º, caput, expressamente, “a inviolabilidade do direito a vida” (TAVARES, 2017, p. 429).

O art. 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê “todas as pessoas tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

O direito à vida se estende a todos independentemente da cultura que estão inseridos. Tais direitos são assegurados a todas as crianças indistintamente. As crianças indígenas não podem ter o seu direito à vida violado em razão de uma prática cultural. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu art. 7º “a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência” (BRASIL, 1990).

O direito à existência “consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável” (SILVA, 2018, p. 200).

Segundo Pires (2016, p. 195) “o direito à vida, sem dissenso entre os juristas, é o mais importante entre todos os direitos, pois sem ele não há mais nada. Sem vida, não há direito, não há nada”.

Pires, ainda diz “o direito à vida está no topo da pirâmide da hierarquia dos direitos. Pode-se discutir se abaixo dele está, imediatamente, o direito de liberdade ou o direito à dignidade da pessoa humana, mas não se pode discutir sua primazia. O direito à vida é o sopro e garantia inicial da aventura humana” (PIRES, 2016, p. 195).

Assim, os demais direitos existem em razão do direito à vida, sendo este o pressuposto para todos os direitos, sobretudo o direito à cultura. Nesse sentido Moraes (2016, p.34) afirma “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais [...] se não erigisse a vida humana num desses direitos (SILVA, 2018, p. 200).

O direito à cultura assim como o direito à vida também está previsto na Constituição de 1988 assim como em ordenamentos jurídicos internacionais. Como visto no

tópico sobre direitos Constitucionais indígenas, a Constituição em seu art. 215, garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais, incentivando e protegendo as manifestações culturais [...] (BRASIL, 1988).

Já a Declaração Universal Sobre Diversidade Cultural, instrumento de proteção à diversidade cultural dispõe em seu art. 3º:

Artigo 3 – A diversidade cultural, fator de desenvolvimento:

A diversidade cultural amplia as possibilidades de escolha que se oferecem a todos; é uma das fontes do desenvolvimento, entendido não somente em termos de crescimento econômico, mas também como meio de acesso a uma existência intelectual, afetiva, moral e espiritual satisfatória.

Assim Pires (2016, p. 623) adverte “a cultura revela-se como desenvolvimento interior do indivíduo, com base na arte, ciência, expressão intelectual e corporal etc”.

De acordo com o art. 5 da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural “os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes” [...]. Também prevê o seu art. 4º:

Artigo 4 – Os direitos humanos, garantias da diversidade cultural:

A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance.

Desta forma, entende-se que, apesar da importância da cultura para o desenvolvimento do indivíduo, esta não pode ser invocada para violação dos direitos humanos, como o direito à vida.

Nesse sentido Rouanet (1990, p. 23) destaca que “o homem não pode viver fora da cultura, mas ela não é o seu destino, e sim um meio para sua liberdade”.

Nesse contexto, a prática do infanticídio indígena em razão da preservação cultural desses povos, ainda existente em tribos brasileiras, é uma ofensa aos direitos humanos, sobretudo o direito à vida das crianças vítimas dessa prática e a dignidade da pessoa humana.

Diante do direito à vida e à cultura, ambos protegidos pela Constituição brasileira e também por ordenamentos internacionais, nota-se uma aparente colisão entre esses direitos quando se trata de infanticídio indígena, o que leva a indagar qual desses direitos deve prevalecer perante uma situação em que envolva direito à vida e direito à cultura.

De acordo com Farias (1996 *apud* CANOTILHO, 2003, p. 1270) “considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”.

Nessa perspectiva Trindade (2015, p. 89) adverte que “a colisão de dois direitos fundamentais é verificada quando dois direitos fundamentais são utilizados em um mesmo caso para fundamentar posições antagônicas”.

De forma clara e objetiva Pacheco (sem ano, p. 4) diz o seguinte: “a colisão de Direitos Fundamentais ocorre quando a Constituição ampara ou resguarda dois ou mais direitos que se encontram em contradição no caso concreto”.

Desta forma, entende-se por colisão de direitos fundamentais quando o direito de uma parte infringe o direito da outra. Neste caso resta saber qual direito deve se sobrepor, haja vista que ambos são simultaneamente protegidos pela Constituição.

Explica Trindade (2015, p. 89) “como não existe hierarquia, muito menos exclusão de normas de suas normas por outras [...], os direitos fundamentais devem utilizar da ponderação para apresentar o direito que prevalece no caso concreto”.

Sendo assim, para definir qual direito deve prevalecer entre o direito à vida e o direito à cultura deve utilizar-se da ponderação uma vez que a ponderação “serve para sopesar qual direito fundamental tem mais peso no caso em voga, criando uma preferência imediata ao direito escolhido” (PAULO, ALEXANDRINO, 2007, p. 103 *apud* TRINDADE, 2015, p. 89).

A ponderação ‘trata-se de uma técnica para a solução dos casos em que a mera subsunção do fato à norma é insuficiente’. (CASADO FILHO, 2012, p. 100), e ainda, “ao aplicar a ponderação, o intérprete deve sopesar os direitos em conflito e buscar a solução que preserve ao máximo cada direito fundamental, mesmo que tal decisão privilegie um desses direitos em detrimento do outro”. (CASADO FILHO, 2012, p. 100).

Casado Filho (2012, p. 100) ainda destaca que “não se deve esquecer que os Direitos Humanos fundamentais têm como finalidade a concreção do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, no momento da ponderação, o intérprete deverá privilegiar este princípio”.

Assim, entende-se que ao aplicar a técnica da ponderação, deve observar se o direito fundamental em colisão tem como objetivo a proteção da dignidade da pessoa humana.

Com fundamento nos autores acima citados, verifica-se, que tanto o direito à vida quanto o direito à cultura são direitos humanos fundamentais positivados no ordenamento

jurídico brasileiro bem como em ordenamentos internacionais. No entanto, tais direitos entram em conflito quando um viola o direito do outro. Assim, faz-se necessário aplicar a ponderação para a solução do conflito, cujo objetivo é analisar qual direito tem mais peso no caso concreto, sobretudo, qual direito visa proteger a dignidade da pessoa humana. Tais esclarecimentos são relevantes para a análise da (in) constitucionalidade do projeto de lei 119/2015, uma vez que esse projeto defende o direito à vida e repudia a prática do infanticídio indígena considerada como uma tradição cultural.

No tópico a seguir será feita uma análise do projeto de lei 119/2015, que visa resguardar o direito à vida das crianças indígenas.

4.2. ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 119/2015

Pretende-se neste tópico fazer uma análise do projeto de lei 119/2015, com o objetivo de se inteirar da real finalidade desse projeto ao se tratar de infanticídio indígena para que assim possa identificar a sua (in) constitucionalidade.

Para a elaboração deste, será feita pesquisas bibliográficas, as quais serão realizadas em artigos sobre o tema além de sites da internet.

De autoria do ex Deputado Federal Henrique Afonso, o projeto de lei de número 1057/2007 na casa de origem, foi aprovado pela Câmara dos Deputados em agosto de 2015. Sob o número 119/2015, o projeto em questão se encontra em tramitação no Senado Federal.

O projeto 119/2015 foi “apelidado de Lei Muwaji em homenagem a uma mãe da tribo dos suruwahas que se rebelou contra a tradição de sua tribo e salvou a vida da filha, que seria morta por ter nascido com deficiência” (SENADO FEDERAL, 2018).

De acordo com a ementa o projeto de lei 119/2015 “acrescenta o art. 54-A à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio” (SENADO FEDERAL, 2018).

O objetivo do projeto “[...] é evitar certas condutas praticadas contra crianças, mulheres e idosos indígenas dentro de suas próprias comunidades, e que seriam consideradas práticas tradicionais. Entre as condutas mencionadas estão o infanticídio, homicídio, abuso sexual [...]” (SENADO FEDERAL, 2018).

Neste caso, tais práticas que ocorrem nas comunidades indígenas, como o infanticídio, em razão de suas culturas, será criminalizado, tendo em vista que essas práticas violam o direito à vida, à saúde e à integridade física dessas pessoas.

Com o propósito de respeitar a cultura indígena o art. 54-A *caput* desse projeto dispõe o seguinte:

Art. 54-A Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que elas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Desta forma, entende-se que as práticas culturais indígenas sempre serão respeitadas, desde que estejam em conformidade com os direitos fundamentais garantidos na Constituição e nos tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário.

Estabelece o §1 deste artigo:

§ 1º É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios bem como das autoridades responsáveis pela política indigenista zelar pela garantia do direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica das crianças, dos adolescentes, das mulheres, das pessoas com deficiência e dos idosos indígenas de acordo com a legislação brasileira, inclusive com o auxílio de entidades e associações não governamentais.

§ 8º As autoridades descritas no § 1º deste artigo serão igualmente responsabilizadas, na forma das leis vigentes, quando não adotarem, de maneira imediata, as medidas cabíveis para a proteção e defesa das crianças, adolescentes, mulheres, pessoas com deficiência e idosos indígenas em situação de risco. (BRASIL,2015).

Sendo assim, é obrigação desses órgãos zelar pela garantia do direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica das crianças indígenas, sob pena de serem responsabilizados na forma da lei vigente.

Segundo o § 2º deste artigo “os órgãos responsáveis pela política indigenista deverão usar todos os meios disponíveis para a proteção das crianças [...] contra práticas que atentem contra a vida, a saúde e a integridade físico-psíquica”.

Também passa a ser dever de todo cidadão que tenha conhecimento de práticas que atentem contra a vida, a saúde e a integridade física e psíquica dessas crianças, informar às autoridades competentes, sob pena de serem responsabilizados na forma da lei vigente (art. 54-A §7) (BRASIL, 2015).

Com o intuito de garantir segurança às mulheres indígenas gestantes o projeto determina no seu § 6º:

§ 6º Os órgãos responsáveis pela saúde indígena deverão direcionar atenção especial às mulheres indígenas com gravidez de risco e às gestantes que sejam solteiras, viúvas, que foram abandonadas pelos companheiros ou que estiverem gerando:
I – mais de uma criança, no caso de gestação gemelar ou gestação múltipla;
II – criança diagnosticada com deficiência ou qualquer problema de saúde;
III – criança cuja paternidade seja duvidosa;

IV – criança considerada como excesso no número de filhos adequado para o grupo;
V – criança gerada em decorrência de estupro ou abuso sexual;
VI – criança que seja, por medo, ideia, ou superstição, considerada indesejada.
(BRASIL,2015).

As crianças que apresentam essas características descritas nos incisos do artigo supracitado são fadadas à morte pela cultura indígena, sendo assim essa atenção especial às mulheres indígenas gestantes é indispensável para resguardar a vida das suas crianças.

Os órgãos responsáveis pela saúde indígena deverão também manter um cadastro das mulheres indígenas gestantes e lhes proporcionar acompanhamento e proteção durante a gravidez, e, caso sejam detectadas ameaças a elas ou às crianças, removê-las temporariamente da tribo a fim de lhes garantir segurança (SENADO FEERAL, 2018).

O projeto de lei 119/2015, também estabelece que após constatar a persistência dos familiares ou do grupo em práticas que coloquem em risco a vida, a saúde e a integridade física dos vulneráveis, estes deverão ser retirados provisoriamente do grupo familiar ou do grupo, colocando-os em lugares seguros e apenas reingressá-los ao grupo após afastados definitivamente os riscos (Art. 54-A, §§11 e 12).

Percebe-se que o projeto em questão tem como principal objetivo resguardar o direito à vida garantido pela Constituição, às crianças indígenas que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Na justificativa do projeto original 1057/2007, o ex-deputado Henrique Afonso, autor do projeto, dentre vários outros citou como fundamento o art. 227 da Constituição Federal, o art. 7 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1 do Código Civil (AFONSO, Henrique, 2007, p.6-7). Ainda ressaltou que “o Estado brasileiro deve atuar no sentido de amparar todas as crianças, independentemente de suas origens, gênero, etnia ou idade, como sujeitos de direitos humanos que são” (AFONSO, Henrique, 2007, p.6). Ainda na justificativa, o ex-deputado Henrique Afonso argumenta que “a cultura é dinâmica e não imutável. A cultura não é o bem maior a ser tutelado, mas sim o ser humano [...]. Os direitos humanos perdem completamente o sentido de existir, se o ser humano for retirado do centro do discurso e da práxis”. (AFONSO, Henrique, 2007, p. 5).

Na defesa do projeto, o deputado Moroni Torgan (DEM-CE) afirmou: “não acredito que uma cultura que tire a vida seja mais importante que a vida. Se é para matar uma vida em nome de uma cultura, mata a cultura em nome da vida, que é muito melhor”, afirmou (PIOVESAN; SIQUEIRA, 2015).

O deputado Takayama (PSC-PR) também defendeu a proposta. “Não se trata de religião, trata-se da vida. Não está certo que, se uma criança nasceu com pequena deficiência na perna, por exemplo, o chefe da tribo possa mandar matar de uma maneira horrível na frente dos pais” (PIOVESAN; SIQUEIRA, 2015).

No entanto, há quem discorda da proposta do projeto em questão. Dentre os que se manifestam contra tem-se o deputado Edmilson Rodrigues (Psol-PA), o qual sustenta que a proposta é inconstitucional. “Acaba negando o que está previsto na Constituição, a garantia dos povos indígenas à sua identidade cultural” (PIOVESAN; SIQUEIRA, 2015). Já o deputado Alessandro Molon, relator do projeto defende de forma clara e objetiva que “o direito à diversidade cultural é limitado até o ponto em que infringe qualquer outro direito fundamental da pessoa humana, como o direito à vida” (LIMA, 2013, p. 17).

Com base no disposto do projeto de lei 119/2015 e nos argumentos dos então defensores de tal projeto, observa-se que este tem como finalidade o respeito aos direitos humanos fundamentais, resguardando o direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica das pessoas em situação de risco, como as crianças indígenas deficientes que são submetidas à morte em razão de uma tradição cultural. E para que esses direitos sejam resguardados, o projeto de lei 119/2015 estabelece como obrigação não só dos entes federativos e órgãos responsáveis pela política indigenista zelar pela vida dos indígenas em situação de vulnerabilidade, mas de todo cidadão que tiver conhecimento das situações de risco informar as autoridades competentes, sob pena de serem responsabilizados de acordo com a lei. Essa análise demonstrou a importância do projeto em questão, haja vista, que este visa proteger o bem maior de todo ser humano, a vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o desenvolvimento dessa pesquisa, foi possível perceber a tamanha discussão que gera ao se tratar de direito à vida e direito à cultura entre os universalistas e relativistas culturais.

Enquanto os universalistas defendem que os direitos humanos como o direito à vida devem ser respeitados por todos independente da cultura a que pertencem, os relativistas defendem a cultura como um bem estático e imutável e que o comportamento do homem não é regulado por uma norma padrão, mas pelas normas de suas próprias comunidades.

O direito à preservação cultural indígena é indiscutível, porém esse direito não pode ser incompatível com os direitos humanos fundamentais previstos no ordenamento jurídico nacional e no ordenamento internacional tão pouco invocados para a violação do direito à vida das crianças indígenas.

O direito a vida é garantido a todos independente da cultura em que estão inseridos, é o pressuposto para todos os direitos, assim, sem vida não há direito, não há cultura, portanto, o direito à vida deve ser respeitado por todos em quaisquer circunstâncias.

O projeto de lei 119/2015 o qual se discute a sua (in) constitucionalidade, embora seja coerente com as normas constitucionais e internacionais a respeito do direito à vida e à cultura indígena, demonstra não considerar o modo de vida dos povos indígenas, sobretudo sua concepção à respeito da vida e do ser humano, ao inibir a prática do infanticídio por meio de punição, o que resulta desta forma, na imposição de uma concepção diferente da indígena.

É importante destacar que os índios têm uma concepção de vida e ser humano diferente dos não índios. Para os índios não basta o nascimento com vida para que o recém-nascido seja considerado um ser humano. A criança vai adquirindo personalidade a partir do momento que vai sendo inserida no meio social e demonstrando aptidão para a vida em sociedade. A prática do infanticídio para esses povos é tida como ato de amor e respeito aos seus povos.

Dessa forma em respeito à cultura indígena, antes de qualquer decisão deve-se levar em consideração o modo de vida desses povos e suas concepções a respeito do assunto a ser tratado.

Sendo assim, como uma alternativa para inibir a prática do infanticídio indígena destaca-se a importância da conscientização desses povos por meio do dialogo intercultural, pois essa não é uma forma de imposição, mas de possibilitar aos índios a repensar suas práticas, já que essa prática não é mais aceita por grande parte dos próprios indígenas.

BIBLIOGRAFIA

ADINOLFI, Valéria Trigueiro. **Enfrentando o infanticídio: bioética, direitos humanos e qualidade de vida das crianças indígenas.** Disponível em: <<http://www.redemaosdadas.org/enfrentando-o-infanticidio/>>. Acesso em: 03 maio 2018.

AFONSO, Henrique. **Projeto de Lei N.º 1.057-A.** 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1375729&filena me=Avulso+-PL+1057/2007>. Acesso em: 31 maio 2018.

ANDRADE, Maria Margarida. **Introdução à Metodologia do Trabalho Científico: Elaboração de Trabalhos na Graduação: 10 ed.** São Paulo: Atlas, 2010.

BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os Direitos Constitucionais do Índios e o Direito à Diferença: Face ao Princípio da Identidade da Pessoa Humana.** Editora: Almedina, 2008.

BARRETO, Elder Girão. **Direitos indígenas: Vetores Constitucionais.** Curitiba: Juruá, 2014.

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de. **Direito Penal, v.2.** Parte especial: crimes contra a pessoa, crimes contra o patrimônio. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Código Penal Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Tratado de Direito Penal - parte especial 2: crimes contra a pessoa.** São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília: Senado Federal, 1940.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 31 maio 2018.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990. Brasília: Senado Federal, 1990.

_____. **Estatuto do Índio**. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 31 maio 2018.

_____. Lei n. 9.028 de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9028.htm>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10480.htm>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. PROJETO DE LEI Nº1.057-a de 2007. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1375729&filenome=Avulso+-PL+1057/2007>. Acesso em: 31 maio 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. (orgs). **Direito Penal: Parte Especial I**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara Notícias. **Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direitos-humanos/494777-camara-aprova-projeto-que-preve-combate-ao-infanticidio-em-areas-indigenas.html>>. Acesso em: 31 maio 2018.

CÂMARA NOTÍCIAS. Câmara aprova projeto que prevê combate ao infanticídio em áreas indígenas. PIOVESA, Eduardo; SIQUEIRA, Carol. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direitos-humanos/494777-camara-aprova-projeto-que-preve-combate-ao-infanticidio-em-areas-indigenas.html>> Acesso em: 31 mai. 2018.

CAMPOS JR, Ricardo. **Criado há 39 anos, Estatuto do Índio está superado, dizem especialistas**. 19 abr. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2012/04/criado-ha-39-anos-estatuto-do-indio-esta-superado-dizem-especialistas.html>>. Acesso em: 30 maio 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Medina, 2003.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASADO FILHO, Napoleão; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. (orgs). **Direitos Humanos e fundamentais**: Coleção Saberes do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALCANTI, Lívio Coêlho. **A atuação da Procuradoria-Geral Federal na defesa dos direitos individuais e coletivos indígenas**. Conteúdo Jurídico, Brasília, 18 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37568&seo=1>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

COLAÇO, Thaís Luzia. **Elementos de Antropologia Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDIGENAS.pdf>. Acesso em: 31 maio 2018.

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: perguntas e respostas. Set. 2008. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001627/162708POR.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITO HUMANOS. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 31 maio 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE A DIVERSIDADE CULTURAL. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2018.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTATUTO DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/coplam/2017/Estatuto-da-Funai.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2018.

ESTEVES, Mônica Tatiane Romano. **O Infanticídio Indígena e a Violação dos Direitos Humanos**. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5142/1/RA20553722.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos da medicina legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012.

FUNAI. **Índios no Brasil**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>>. Acesso em: 30 maio 2018.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal: Parte Especial Esquemático**. Pedro Lenza. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2015.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. **Quem são os humanos dos direitos?** Sobre a criminalização do infanticídio indígena. UNB, 2008. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

JALIL, Maurício Schaun; GREGO FILHO, Vicente. **Código Penal Comentado: doutrina e jurisprudência**. Barueri: Manole, 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal - Parte Especial: Crimes contra a pessoa a Crimes contra o patrimônio**: 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIDÓRIO, Ronaldo. **Uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil**. 2007. Disponível em: <<http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/uma%20visao%20antropologica%20sobre%20a%20pratica%20do%20infanticidio.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba: **Concepções teóricas sobre bioética, biodireito e dignidade humana**. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602-02.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2018.

MATHIAS, Fernando; YAMADA, Erika. **Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas**. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Declara%C3%A7%C3%A3o_da_ONU_sobre_direitos_dos_povos_ind%C3%ADgenas>. Acesso em: 31 maio 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos Humanos**: Rio de Janeiro: Método, 2016.

PACHECO, Eliana D. **Colisão entre direitos fundamentais e formas de solucioná-los**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16572-16573-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2018.

PEREIRA, José Andrade. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PINEZI, Ana Keila Mosca. **Infanticídio Indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão**. 2010. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/aurora/article/viewFile/3862/2526>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**: São Paulo: Saraiva, 2006.

PIRES, Antônio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

POLÍTICA INDIGENISTA. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/politica-indigenista?start=5>>. Acesso em: 31 maio 2018.

POPULAÇÕES INDÍGENAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/sobre>>. Acesso em: 31 maio 2018.

PORTARIA AGU N. 839 DE 18/06/2010. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=227561>>. Acesso em: 30 maio 2018.

POVOS INDÍGENAS ISOLADOS E DE RECENTE CONTATO. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/povos-indigenas-isolados-e-de-recente-contato?limitstart=0#>>. Acesso em: 31 maio 2018.

PROJETO DE COMBATE AO INFANTICÍDIO INDÍGENA COMEÇA A TRAMITAR NO SENADO. Disponível em: <<http://senadofederal.tumblr.com/post/128330681357/projeto-de-combate-ao-infantic%C3%ADdio-ind%C3%ADgena-come%C3%A7a>>. Acesso em: 31 maio 2018.

PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 119. 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122998>>. Acesso em: 31 maio 2018.

PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 119. 2015. Disponível em: <[file:///C:/Users/Brasil/Downloads/MATE_TI_177402%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Brasil/Downloads/MATE_TI_177402%20(1).pdf)>. Acesso em: 31 maio 2018.

RESOLUÇÃO CSMPF Nº 148, DE 1º DE ABRIL DE 2014. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/sobre/copy_of_composicao/legislacao-1/resolucao-148-camaras.pdf>. Acesso em: 31 maio 2018.

RESOLUÇÃO Nº136, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2012. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/sobre/copy_of_composicao/legislacao-1/res_csmpf_136_2012.pdf>. Acesso em: 31 maio 2018.

RIBEIRO, Ananda. **Projeto de lei que visa garantir o direito de viver às crianças indígenas é aprovado na câmara dos deputados.** 3 set. 2015. Disponível em: <<http://www.jocum.org.br/projeto-de-lei-que-visa-garantir-direito-de-viver-as-criancas-indigenas-e-aprovado-na-camara-dos-deputados/>>. Acesso em: 29 maio 2018.

RODRIGUES, Bárbara. **Os direitos dos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <<https://barbarabrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/148892570/os-direitos-dos-povos-indigenas-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Ética e Antropologia.** Jun. 1990. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v4n10/v4n10a06.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Índio tem os mesmos direitos que o não índio além dos peculiares.** **Revista Consultor Jurídico**, 25 nov. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-nov-25/indio_mesmo_direito_nao_indio>. Acesso em: 24 mar. 2018.

SANTOS, Natália de França. **O infanticídio indígena no brasil:** o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt->

BR&as_sdt=0%2C5&q=O+INFANTIC%C3%8DDIO+IND%C3%8DGENA+NO+BRASIL%3A+O+UNIVERSALISMO+DOS+DIREITOS+HUMANOS+EM+FACE+DO+RELATIVISMO+CULTURAL&btnG=>. Acesso em: 19 maio 2018.

SILVA, Gabriel de Oliveira. **O Estatuto do Índio frente à Constituição Federal de 1988**. 30. Set. 2015. Disponível em: <<https://gabriel2052.jusbrasil.com.br/artigos/237423120/o-estatuto-do-indio-frente-a-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 30 maio 2018.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. rev. e atual (até a Emenda Constitucional n. 99), de 14. 12. 2017. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Lucas de Souza. **Relativismo, universalismo e direito fundamental à vida: Breves considerações sobre o infanticídio indígena no Brasil**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4179, 10 dez. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31048>>. Acesso em: 31 maio 2018.

SOUZA, de Raymond. **Infanticídio Indígena no Brasil: A tragédia Silenciada**. Saint Gabriel Communications International. Livro Eletrônico. Disponível em: <<http://saintgabriel-international.com/infanticidio.htm#ebook>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

TAURINO, Viviane Aparecida França. **O crime de infanticídio nas comunidades indígenas à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR, 2015. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/391/1/VIVIANE%20-%20TCC%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOMEI, Manuela; SWEPSTON, Lee. **Povos Indígenas e Tribais: Guia para a aplicação da Convenção 169 da OIT**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1999.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Atualizada até a EC n.83, de 5 de junho de 2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ABC. **Por uma antropologia dialógica**. Disponível em: <<http://www.ufabc.edu.br/artigos/por-uma-antropologia-dialogica-879>>. Acesso em: 28 abr. 2108.

VALADARES, Anathielly Martins; SOUSA, Fernanda Nepomuceno. **Infanticídio Indígena e a Violação dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/244cf530d70f52b58286e57969ee0f2a.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

VALLE, Laís do. Dia do índio: **Confira como a AGU atua em defesa das comunidades indígenas.** Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/538602>. Acesso em: 31 maio 2018.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas:** Curitiba: Juruá, 2013.

_____. **Direito Penal e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.