

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INFANTICÍDIO: O conflito entre o direito à liberdade cultural dos indígenas e o direito à vida¹

HISTORICAL EVOLUTION OF INFANTICE: The conflict between the indigenous people's right to cultural freedom and the right to life

Franklin Jones Vieira²
Ingrid Oliveira Guimarães³
Linda Jeannine S. Rodrigues Silva⁴

Resumo: A prática do infanticídio nas aldeias indígenas é uma questão cultural, advinda de costumes antigos, passados de geração em geração, por crenças formadas ao longo da história das tribos indígenas brasileiras, como modo de expressão cultural. É importante ressaltar que os índios têm os costumes e hábitos muito diferentes. Dessa forma, o ponto chave deste trabalho é a dicotomia entre o direito à vida e o direito à cultura, que se colidem com a prática tradicional do infanticídio indígena por algumas tribos, devendo assim, ser realizada uma análise da diversidade cultural, das teorias da proporcionalidade e ponderação, e dos direitos humanos e seus dispositivos legais internos, bem como as convenções e tratados de que o Brasil é signatário.

Palavras-chave: Cultura Indígena. Infanticídio. Direito Fundamental. Direitos Humanos.

Abstract: The practice of infanticide in indigenous villages is a cultural issue, stemming from ancient customs, passed down from generation to generation, by beliefs formed throughout the history of Brazilian indigenous tribes, as a way of cultural expression. It is important to note that the Indians have very different customs and habits. Thus, the key point of this work is the dichotomy between the right to life and the right to culture, which collide with the traditional practice of indigenous infanticide by some tribes, and an analysis of cultural diversity, theories of proportionality and weighting, and human rights and their internal legal provisions, as well as the conventions and treaties to which Brazil is a signatory.

Keywords: Indigenous Culture. Infanticide. Fundamental right. Human rights.

Data de aprovação: 26 de outubro de 2020.

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. Ano 2020.

² Docente da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. E-mail: franklinjonesvieira@gmail.com

³ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. E-mail: eng.ingridguimaraes@gmail.com

⁴ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. E-mail: lindajeanninee@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A prática do infanticídio recebeu tratamento diferenciado ao longo da história da humanidade. Se voltarmos às origens dos homens, vamos encontrar indícios de que para os bárbaros a morte dos filhos e das crianças era hábito, não constituía crime, tampouco havia qualquer tipo de sanção penal, prova disso é que as legislações penais conhecidas não fazem qualquer referência ao crime em questão.

Com advento do Iluminismo, surge a ideia de abrandamento da pena aos que cometem o crime de infanticídio, principalmente quando o motivo da prática do delito estivesse relacionado à honra da mãe. Deste modo, as legislações elaboradas a partir do século XIX, trazem um tratamento diferenciado à mulher infanticida.

Em suma, em decorrência dessa evolução de ideias, os ordenamentos jurídicos passaram a considerá-lo como homicídio privilegiado, sendo este praticado pela mãe ou por parente.

Durante o processo de colonização no Brasil, poucos ou nenhum foram os documentos ou legislações que definissem tal crime. Quando finalmente o reconhecimento se consolidou, a legislação penal brasileira iniciou o processo de desenvolvimento desse tema, conceituando assim, o infanticídio, de diversas maneiras no decorrer dos anos.

O direito surgiu para os indígenas como um mecanismo do homem branco de controle e exclusão. No Brasil, infelizmente os índios foram surpreendidos e não puderam se adaptar, ou melhor, optar pelos novos costumes. Avaliados como incapazes por muitos anos no plano jurídico, talvez uma desculpa para facilitar a aniquilação de suas tradições e integrá-los a cultura presente em busca da civilização do país, seus interesses foram deixados e esquecidos, assim começaram a viver e a conviver com as novas ideias apresentadas pelos povos de culturas diferentes.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na conquista de direitos indígenas, pela maior participação e autonomia adquirida pelos descendentes indígenas na construção do país e por terem vários direitos resguardados. Os índios passaram por um momento histórico de reconhecimento como um povo que se distingue por sua organização social e não mais apenas por sua ligação com bens naturais que poderiam ser usufruídos pela sociedade.

Segundo o Dr. Eduardo Ribeiro Mundim (2008, s/p), que é médico endocrinologista de Belo Horizonte e autor do artigo O Código de Ética Médico e o Infanticídio Indígena, o infanticídio indígena é “a prática, de alguns povos no Brasil (o que não quer dizer que inexistam em outras localidades), de matar crianças, principalmente em idades mais novas, por razões

culturais: gemelaridade, defeitos físicos congênitos, mãe solteira ou adúltera; sinais de que ela está amaldiçoada e etc.”

Dessa forma, o presente trabalho justifica-se, pois, a prática de matar crianças em grupos indígenas no Brasil é cultural e milenar. Mas, cumpre ressaltar que existe uma dificuldade em se compreender o número de crianças indígenas vítimas dessa prática cruel a cada ano. Essa dificuldade de se registrar o número de casos ocorridos no Brasil anualmente, decorre do pequeno volume populacional e da sub contagem de óbitos. Além do mais, o infanticídio indígena ocorre muitas vezes nas tribos mais afastadas e com menor contato com a sociedade.

2. CONCEITUAÇÃO LEGAL DO INFANTICÍDIO

Atualmente o crime de infanticídio encontra-se tipificado no artigo 123 do Código Penal Brasileiro, com a seguinte redação: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após. Pena: detenção de dois a seis anos.”

De acordo com o dicionário Jurídico Acquaviva (2010, p. 21):

Infanticídio vem do latim “infanticidui”, morte daquele que acabou de nascer ou se encontra nessa eminência.

Morte do nascente ou do recém-nascido produzida pela própria mãe, sob a influência do estado puerperal.

Etimologicamente o termo infanticídio significa “a morte de um infante ou criança que ainda não fala”.

Capez, Fernando (2017, p. 134) afirma que:

O infanticídio trata-se de uma espécie de homicídio doloso privilegiado, cujo privilegium é concedido em virtude da influência do estado puerperal, por vezes, pode acarretar distúrbios psíquicos na genitora, os quais diminuem a sua capacidade de entendimento ou auto inibição, levando-a a eliminar a vida do infante.

A conceituação do crime de infanticídio que nosso código adota é o critério fisiopsicológico, que admite a influência do estado puerperal como a motivação e fundamentação para a conduta.

2.1 Sujeitos do Crime

O infanticídio, por ser um crime especial, torna-se um delito de autoria limitada, pois para a caracterização da conduta, é essencial que o sujeito ativo apresente determinada qualidade. Então, neste caso, a lei limita que a capacidade de autoria do crime, seja a mãe da

vítima do infame, ou a parturiente, que age sob a influência do estado puerperal, em ação dirigida contra a vida de seu próprio filho. Nesse sentido versa o autor MarquesJosé, 2002, p. 153:

O infanticídio é crime próprio, pois somente o pode cometer a mãe em relação ao filho recém-nascido (retro, § 107, nº 2 e 3). Outras pessoas, no entanto, podem figurar como co-autores; e como se trata de delito privilegiado, mas autônomo, comunicam-se às circunstâncias subjetivas que integram o tipo, aos co-autores (retro, § 94, a, nº 8), muito embora pense de modo contrário o insigne Nélson Hungria. Mas é preciso que o co-autor tenha, como é óbvio, participação exclusivamente acessória. Se for ele o autor da morte, isto é, a pessoa que executa a ação contida e definida no núcleo do tipo, então a sua conduta matando ao nascente ou ao recém-nascido, será enquadrada no artigo 121.

A mãe do nascente ou recém-nascido é sujeito ativo do crime independentemente de sua condição legal ou moral.

Quanto ao sujeito passivo, a vítima é o filho nascente ou recém-nascido, tendo em vista a lei penal antecipando o início da personalidade.

2.2. Co-Autoria

O infanticídio é um crime próprio, pois somente a mãe pode ser autora deste delito. Mesmo assim, deve-se levar em consideração a possibilidade de participação delituosa, pois a maioria da doutrina reconhece como sendo possível o concurso de agentes, co-autoria e participação, tomando como base o artigo 30 do Código Penal Brasileiro.

Porém, esse assunto é gerador de muitas controvérsias entre os doutrinadores. Nesse sentido, disserta NoronhaMagalhães, 2003, p. 52 e 53:

Concurso de agentes. O terceiro que auxilia a parturiente, sob influência do estado puerperal, a matar o próprio filho é co-autor de infanticídio ou homicídio? Trata-se de questão controvertida. Logoz, Gómez e, entre nós, Hungria opinam pelo homicídio. Diz o último autor que se trata de crime personalíssimo; que a condição do estado puerperal é incommunicável, e que o art. 30 não tem aplicação, pois as causas que diminuem ou excluem a responsabilidade não são na linguagem técnico-penal circunstâncias. Por co-autor de infanticídio se pronuncia Soler, Maggiore, Manzini e, em nosso meio, Olavo Oliveira.

Já no n. 140 tratamos da questão. Não há dúvida alguma de que o estado puerperal é circunstância (isto é, estado, condição, particularidade etc.) pessoal e que, sendo elementar do delito, comunica-se, ex vi do art. 30, aos co-partícipes. Só mediante texto expresso tal regra poderia ser derrotada. Por se injusta a punição branda do terceiro, mas a solução tinha-a o legislador, v. g., no Código Penal Italiano, art. 578, que, com pena especial na penúltima parte pune o que concorre ao ato, não tendo por objetivo favorecer quem deseja ocultar a desonra. A não comunicação ao co-réu só seria compreensível se o infanticídio fosse mero caso de atenuação do homicídio e não um tipo inteiramente à parte, completamente autônomo em nossa lei. Exata, portanto, a conclusão de Soler: “Entendemos resolver, assim, não somente o caso da amiga que ajuda a autora a cometer o infanticídio, como também o caso em que a mãe, não se atrevendo a executar por si só o fato, pede a cooperação material de outro”.

Para Nucci Guilherme, 2011 p. 652:

Tendo o código penal adotado a teoria monista, pela qual todos os que colaborem para o cometimento de um crime incidem nas penas a ele destinadas, no caso presente, coautores e partícipes respondem igualmente por infanticídio. Assim, embora presente a injustiça, que poderia ser corrigida pelo legislador, tanto a mãe que mate o filho sob a influência do estado puerperal, quanto o partícipe que a auxilia, respondem por infanticídio. O mesmo se dá se a mãe auxilia, nesse estado, o terceiro que tira a vida de seu filho e ainda se ambos (mãe e terceiro) matam a criança nascente ou recém-nascida. A doutrina é amplamente predominante nesse sentido.

2.3 Objeto Jurídico

O objeto jurídico do crime de infanticídio é a vida. Protege-se nesse caso, a vida humana, não só a do recém-nascido, mas também do nascente.

Segundo Capez, Fernando (2017, p. 134): “Tutela a norma penal o direito à vida, contudo a vida humana extra uterina, assim como no delito de homicídio. Preocupa-se o estado em preservar a vida do indivíduo desde o começo de seu nascimento”.

Portanto, no crime de infanticídio, a vida que se pretende preservar é especificamente a do ser nascente e a do neonato.

2.4 Elemento Objetivo e Subjetivo do Crime

O elemento objetivo do crime é o verbo matar que é o mesmo do homicídio, razão pela qual a única diferença entre o crime de infanticídio e o homicídio é a especial situação em que se encontra o sujeito ativo do mesmo.

Para Nucci, Guilherme (2011, p. 629):

O infanticídio é um homicídio privilegiado, ou seja, um homicídio com pena atenuada. Matar significa eliminar a vida de outro ser humano, de modo que é preciso que o nascente esteja vivo no momento em que é agredido. Estado puerperal é aquele que envolve a parturiente durante a expulsão da criança do ventre materno. Há profundas alterações psíquicas e físicas, que chegam a transtornar a mãe, deixando-a sem plenas condições de entender o que está fazendo. É uma hipótese de semi-imputabilidade que foi tratada pelo legislador com a criação de um tipo penal especial. O puerpério é o período que se estende do início do parto até a volta da mulher às condições pré-gravidez. Como toda mãe passa pelo estado puerperal – algumas com graves perturbações e outras com menos – é desnecessária a perícia. O infanticídio exige que a agressão seja cometida durante o parto ou logo após, embora sem fixar um período preciso para tal ocorrer. Deve-se, pois, interpretar a expressão “logo após” com o caráter de imediatamente, pois, do contrário, poderão existir abusos. Levamos em consideração que a expressão “logo após” encerra imediatidade, mas pode ser interpretada em consonância com a “influência do estado puerperal”, embora sem exageros e sem a presunção de que a mãe, por trazer consigo o inafastável instinto materno, ao matar o filho, estaria ainda, mesmo que muitos dias depois do parto, cometendo infanticídio. O correto é presumir o estado puerperal quando o delito é cometido imediatamente após o parto, em que se pese poder haver prova em contrário, produzida pela acusação. Após o parto ter-se consumado, no entanto, a presunção vai desaparecendo e o correr dos dias inverte a situação, obrigando a defesa a demonstrar,

pelos meios de prova admitidos, que o puerpério, excepcionalmente, naquela mãe persistiu, levando-se a matar o próprio filho.

Quanto ao elemento subjetivo do crime de infanticídio, trata-se do dolo, não se punindo a forma culposa. Neste caso o dolo pode ser direto, que é a vontade de causar a morte do filho nascente ou recém-nascido, e o dolo eventual, que é assumir conscientemente o risco de causar a morte de seu próprio filho.

Os doutrinadores de comum acordo, admitem que no crime em questão só é admitido a forma dolosa. Então, por não se admitir a forma culposa, se o infante morrer devido a negligência, imprudência ou imperícia mãe, esta responderá por homicídio culposos, mesmo sob a influência do estado puerperal.

2.5 Momento Consumativo

Consuma-se o crime com a morte do recém-nascido ou do ser nascente, não sendo necessário que tenha havido vida extra-uterina, bastando a prova de que se tratava de feto vivo.

Vale ressaltar que, pelo fato de o infanticídio ser classificado com crime plurissubsistente, a tentativa é admitida.

2.6 Estado Puerperal

Puerpério vem da junção da palavra puer que significa criança com a palavra parere que significa parir. É o período durante o qual os órgãos se preparam para a expulsão do feto, já formado, rumo à vida autônoma, isto é, sem a dependência física da mãe.

Há divergência entre os autores a respeito do período de duração do puerpério, mas para muitos, este estado começa logo após da expulsão da placenta e termina com completa regressão do organismo materno às condições pré-gravídicas. Marques José, em seu Tratado de Direito Penal, (2002, p. 155), aborda sobre a duração do estado puerperal:

A influência do estado puerperal pode dar-se durante o parto e após o parto, com se vê do art. 123. A fase de influência do estado puerperal, como circunstância mitigadora da ação homicida da mãe, tem, portanto, seu momento inicial no princípio do parto, isto é, não desde as primeiras dores físicas da *délivrance*, mas a partir do período de expulsão do feto, com o rompimento da membrana amniótica. Prolonga-se essa fase até que retorne a parturiente à normalidade que o fenômeno obstétrico interrompeu. É mais uma questão de fato que cabe ao juiz apreciar, levando em conta, para isso, de uma parte, os dados objetivos do tempo, e de outra, as condições psicológicas da autora, condições essas resultantes, por sua vez de circunstâncias fisiológicas, sociais e morais.

Nos primeiros momentos após o parto, a relação da mãe com o seu filho não está completamente elaborada, assim, a mãe precisa de cuidados físicos e psicológicos, o que muitas vezes não acontece, pois o alvo das atenções acaba voltando para o recém-nascido. Portanto, é fato comprovado e aceito pela maioria dos juristas que a parturiente passa por mudanças bruscas, fisiológicas e psíquicas, em decorrência da condição gravídica. Nesse mesmo sentido, discorre Jesus Damásio, (2005, p. 107):

A mulher, em consequência das circunstâncias do parto, referentes à convulsão, emoção causada pelo choque físico etc., pode sofrer perturbações de sua saúde mental. O código fala em influência do estado do estado puerperal. Este é o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto. Não é suficiente que a mulher realize a conduta durante o período do estado puerperal. É necessário que haja uma relação de causalidade entre a morte do nascente ou neonato e o estado puerperal. Essa relação casual não é meramente objetiva, mas também subjetiva. O CP exige que o fato seja cometido pela mãe “sob a influência do estado puerperal”.

A medicina legal pátria concorda que a influência do estado puerperal pode ocorrer com gestantes aparentemente normais, física e mentalmente, que estressadas pelo momento do parto, acabam agindo contra a vida do próprio filho. Também reconhece, como alterações psíquicas que constituem o estado puerperal a atenção falha, percepção sensória deficiente, memória de fixação e evocação escassas, dificuldade em diferenciar o subjetivo do objetivo, juízo crítico concentrado e o abstrato enfraquecido, discernimento inibido implicando na incapacidade de avaliação entre o lícito e o ilícito.

3. O INFANTICÍDIO INDÍGENA

Para o estatuto do índio, lei 6.001 de 1973, índio é todo o indivíduo de origem pré-colombiana que se identifica como pertencente a um grupo étnico, cujas as características culturais o distinguem das demais sociedades nacionais. Entretanto, não se pode definir índio em tão poucas palavras, pois os povos indígenas passaram e ainda vão passar por muitas mudanças, assim não pode haver um conceito absoluto sobre o que é ser índio, pois pode-se criar certos equívocos sobre o universo de suas relações políticas, econômicas e de toda a sua riqueza histórica. (BRASIL, 1973).

A palavra índio tem o significado para a língua portuguesa, como nativo, natural de algum lugar. Na história do Brasil, essa denominação é descrita como fruto de um erro dos portugueses em 1492, ao descobrir o continente americano pensando que estavam nas índias. Logo, a designação da palavra índio não passou de um nome dado pelos estrangeiros a todo o sujeito habitante do continente americano, não havendo distinção quanto a povo ou etnia.

Ao contrário do que o preconceito faz acreditar, as sociedades indígenas são organizadas seguindo fortes regras ancestrais e divisões sociais rígidas. Essas organizações em contato com outras sociedades procuraram incorporar institutos que se aproximam ou padronizem seu comportamento, como ocorreu no Brasil em vista dos colonizadores europeus.

Desse encontro não houve apenas resultados negativos, houve também o fortalecimento de muitos progressos quanto à saúde e à educação. Entretanto, esses avanços são realmente benéficos quando naturalmente absorvidos e adaptados a uma cultura e não quando são impostos por meios violentos e intolerantes, como aconteceu com os índios brasileiros. Nesse sentido, as palavras de Eduardo Carlos Bianca Bittar, (2004 p. 130):

A supressão da liberdade de manifestação e de expressão do pensamento é o instrumental de dominação mais amplamente eficaz que se pode lançar para a cunhagem de uma sociedade de vassalos, onde as mais fortes vozes de liberdade tornam-se inócuas em gritar brandos de independência; a vassalagem é servil aos princípios por ela absorvidos, e tende a extinguir-se com as próprias forças que a engendraram.

De acordo com os dados disponibilizados pela FUNAI, segundo Censo realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), atualmente, no Brasil vivem cerca de 817.963 mil índios, representando 305 diferentes etnias, perfazendo um total de 274 línguas indígenas. Em relação às línguas faladas, a pesquisa demonstra que cerca de 17,5% da população não fala a língua portuguesa.

Cada uma dessas comunidades indígenas representa civilizações autônomas e com características culturais, políticas e sociais próprias e diversificadas, que coexistem de forma harmoniosa e ajudam a formar a diversidade cultural brasileira, com seus costumes diferenciados e com as suas formas diferentes de viver e se adaptar ao país em que vivem.

Porém, esses números não aumentaram se comparados ao número de índios que habitavam o Brasil à época de seu descobrimento, pois estima-se que em torno de 1 a 10 milhões de índios, distribuídos em 1.300 culturas entre as diversas etnias existentes na época no território brasileiro.

Nos dias atuais, muito se fala, na perda da identidade do povo indígena em virtude do contato cada vez maior com a sociedade, pois há índios que falam português, vestem roupas, utilizam produtos eletrônicos etc. Porém é questionável afirmar se isso significa exatamente uma perda de identidade. Até mesmo parte desses povos indígenas, muitas vezes continua a cultivar as suas tradições, sua espiritualidade e seus ritos, sendo preciso refletir sobre essa visão arcaica e dualista de incompatibilidade entre modernidade e tradição.

Os indígenas brasileiros, como já foi mencionado acima, possuem tratamento

jurídico próprio e gozam de direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, além de instrumentos normativos. Possuem uma fundação própria, a Fundação Nacional do Índio, conhecida como FUNAI, cujos objetivos são, entre outros, promover políticas de desenvolvimento sustentável das populações indígenas e monitorar as terras regularizadas e aquelas ocupadas por tais populações.

3. LEI MUWAJI E EMENDA CONSTITUCIONAL 303 DE 2008

A Lei Muwaji, como é chamada em homenagem à índia que enfrentou a tribo para salvar a sua filha com paralisia cerebral, foi proposta pelo Deputado Federal, Henrique Afonso, do PV/AC. A Lei de nº 1057 de 2007, que aduz sobre o combate às práticas tradicionais prejudiciais, visa à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas bem como pertencente a outras sociedades ditas não tradicionais.

No artigo 2º da mencionada Lei, o autor reuniu todas as causas empregadas pelas mais diversas comunidades indígenas, para legitimar a prática do infanticídio, quais são:

Art. 2º. Para fins dessa lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como: I. Homicídios de recém-nascidos, em caso de falta de um dos genitores; II. Homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla; III. Homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e ou mentais; IV. Homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gêneros; V. Homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão; Homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo; I. Homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais; II. Homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má sorte para a família ou para o grupo; III. Homicídios de criança, em caso de crença de que a criança desnutrida é filho de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição; IV. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas; V. Maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e ou psíquicos na criança; VI. Todas as agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional.

Por meio deste projeto, o Deputado quis criminalizar a conduta das pessoas que tenham conhecimento dos casos em que haja suspeição de gravidez com risco de morte para a criança, nos termos do mencionado artigo, por qualquer meio de soterramento, desnutrição, envenenamento, maus-tratos ou qualquer outro e não comuniquem a autoridade competente.

A pena prevista era a de detenção de um ano a seis meses, ou multa. Cabendo inclusive, a ser imposta, para as autoridades competentes, caso sejam omissas e não adotem imediatamente as medidas cabíveis.

Tal projeto de lei reafirma o respeito às práticas tradicionais indígenas e de outras sociedades ditas não tradicionais, desde que elas estejam em compatibilidade com os direitos humanos fundamentais reconhecidos, pois essas práticas tradicionais contrariam não só o ordenamento jurídico brasileiro, mas também, o internacional.

Para que essa proposta de Lei fosse aprovada pela Câmara dos Deputados, o texto original do Deputado Henrique Afonso do PV/AC, foi substituído pela redação dada pela Deputada Janete Rocha Pietá do PT/SP. E de acordo com a proposta apresentada por ela, caberá aos órgãos responsáveis pela política indigenista promover iniciativas de caráter conscientizador, quando forem verificadas, mediante estudos antropológicos, as seguintes práticas: infanticídio, estupro; maus tratos; agressões à integridade física e psíquica de crianças indígenas.

Porém, o texto substitutivo manteve o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

O projeto original obrigava qualquer pessoa com conhecimento de práticas “nocivas” à vida e à integridade físico-psíquica de crianças indígenas a comunicar o fato à Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e à Fundação Nacional do Índio (Funai). Conforme o projeto, o fato também deveria ser informado ao conselho tutelar da criança da respectiva localidade ou, na falta dele, à autoridade judiciária e policial.

Para a relatora, não há, no entanto, a necessidade de “interferência” externa nas comunidades, e considerou controverso o uso do termo “nocivas” para denominar algumas práticas tradicionais dos povos indígenas.

Com tais modificações o projeto de Lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados, através de uma audiência pública, realizada às 14:30 horas do dia 14 de junho de 2011:

Foi aprovada hoje na Comissão de Direitos Humanos na Câmara dos Deputados o projeto de lei 1057, de autoria do Deputado Henrique Afonso (PV - Acre). A proposta visa proteger as crianças indígenas em situação de risco por terem nascido com deficiência física ou mental, por serem gêmeas, filhas de mãe solteira ou por outras razões determinadas pela tradição de cada povo indígena. Em algumas etnias essas crianças ainda correm risco de serem rejeitadas, abandonadas na mata ou mortas por membros da própria família, devido a pressão interna. Em algumas destas comunidades há relatos de mais de 200 crianças mortas nessas condições. O projeto de lei é conhecido como LEI MUWAJI, em homenagem a Muwaji, uma mulher da etnia suruwahá que decidiu abandonar seu povo para poder manter viva sua filha que sofre de paralisia cerebral. Hoje Muwaji vive na "Casa das Nações", uma comunidade indígena multicultural mantida pela ATINI no Distrito Federal. O primeiro rascunho do texto da Lei Muwaji foi feito pelo líder indígena Eli Ticuna, que é também o diretor-adjunto da ATINI.

Indígenas presentes no plenário de votação nesta manhã festejaram a aprovação e

parabenizaram a Deputada Janete Pietá (PT - SP), relatora do projeto. O texto da Lei Muwaji que foi aprovado hoje prevê que o Estado deve desenvolver programas de conscientização e educação em direitos humanos nas comunidades indígenas, visando à proteção de crianças em risco por questões de origem cultural. (Haje. 2011, p. 1, site http://vozpela vida.blogspot.com.br/2011_06_01_archive.html)

Além do mencionado projeto de lei, foi proposta também a Emenda Constitucional, que visa impor aos povos indígenas a observância do direito à vida, de autoria do também Deputado Federal, Pompeu de Matos do PDT/RS, por meio do qual ele pretendia alterar o texto do caput do art. 231, da Constituição Federal de 1988, para que a mesma passasse a vigorar com a seguinte redação: “Art. 231. São reconhecidos aos índios, respeitada a inviolabilidade do direito à vida nos termos do art. 5º desta Constituição, 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.”

O autor da PEC, em sua justificação, considerou que para que não se interprete que o ordenamento jurídico brasileiro seja conveniente com a prática do infanticídio, praticado pelos povos indígenas, torna-se necessário o reforço a inviolabilidade do direito à vida, preceituada no art. 5º da Constituição Federal, na atual redação do caput do art. 231. Entendeu, ainda, que não há que se falar em afronta à cultura indígena, ao fazer com que os índios respeitem à vida.

Em 10 de fevereiro de 2009, a Comissão de Constituição de justiça e de Cidadania, pelo voto do Deputado Regis de Oliveira, do PSC/SP, pronunciou-se categoricamente pela inadmissibilidade da PEC 303/2008, tendo em vista que a proposta “violaria direito essencial dos índios de viverem de acordo com os seus costumes, crenças e tradições, sem sofrer interferência da cultura dos outros povos”, conforme está consagrado na atual redação do art. 231, da Constituição Federal. E por restringir direitos e garantias assegurados aos índios, trata-se de proposta inconstitucional.

A prática cultural do infanticídio, evidentemente, contraria as ideias contidos nos projetos acima apresentados. Ainda que admita a inimizabilidade do índio, o que se percebe com as proposições do PL e da PEC, é que já existe um movimento voltado para a defesa da vida nas aldeias indígenas. Com isso pode-se perceber que o infanticídio praticado pelos índios, não mais se esconde atrás de uma expressão cultural. E que apesar da defesa a cultura indígena, deve-se colocar acima de tudo o direito à vida, pois é dele que os outros direitos dependem para existir.

Com as ideias apresentadas, pode-se chegar a conclusão, de que a prática do infanticídio nas tribos indígenas já não é mais vista como era antigamente, pois além das

autoridades expondo as suas opiniões contrárias a tal ato, existem também opiniões formadas de índios que vivenciam ou vivenciaram o infanticídio indígena, como é o exemplo exibido na Carta Aberta do Movimento Contra o Infanticídio Indígena, do índio e quase vítima e sobrevivente Edson Bakairi:

terça-feira, 17 de junho de 2008

Carta aberta do movimento contra o infanticídio indígena.

Ao Excelentíssimo Senhor Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, à Primeira Dama D. Marisa e à Nação Brasileira. Nós, indígenas do Mato Grosso e do Brasil, pedimos a sua atenção para os casos de infanticídio, que ocorrem impunemente nas aldeias indígenas do Brasil [...] Hoje já não somos meros objetos de estudos, mas sujeitos, protagonistas de nossa própria história, adquirindo novos saberes e conhecimentos que valorizam a vida e a nossa cultura.

Somos índios, somos cidadãos brasileiros! [...] Nos recusamos ativamente a ser meros fantoches nas mãos de organizações científicas e de estudos. Chega de sermos manipulados pelas Organizações Governamentais e não-Governamentais! [...]

O recente caso da menina Isabela alcançou tal repercussão na mídia, que de imediato nós vivenciamos a dor e a angústia de sua família [...] Mas nós perguntamos será que a vida da Isabela tem mais valor do que aquelas crianças indígenas que são cruelmente enterradas vivas, abandonadas na mata, enforcadas por causa de falsos temores e falta de informações dos pais e da comunidade? NÃO!

Não aceitamos o infanticídio como prática cultural justificável [...]

O direito à vida é um direito fundamental de qualquer ser humano na face da terra, independentemente de sua etnia ou cultura.

Ao Excelentíssimo Senhor Presidente, a Primeira Dama D. Marisa, Senhores Congressistas, Governantes Estaduais e Municipais e a cada cidadão brasileiro: os direitos humanos estão sendo violados no Brasil!! Milhares de crianças já foram enterradas, enforcadas ou afogadas e quantas mais deixaremos passar por tal crueldade? [...]

Contato: edsonbakairi@hotmail.com

Edson Bakairi é líder indígena em Mato grosso, professor licenciado em História com especialização em Antropologia pela UNEMAT, presidente da OPRIMT (Organização dos professores Indígenas de MT) por 3 anos e é sobrevivente de tentativa de infanticídio - abandonado para morrer na mata, foi resgatado e preservado com vida por suas irmãs. (Bakairi, 2008, site <http://movimentoindigenaafavordavida.blogspot.com.br/2008/08/carta-aberta-de-edson-bakairi.html>)

Diante de todo o exibido acima, os índios de hoje, buscam preservar a sua cultura e costumes, sem que isso prejudique o direito à vida. Pois, além de ser a principal façanha da natureza, eles calculam que se o infanticídio indígena continuar impregnado em suas tradições, pode algum modo afetar na quantidade de índios brasileiros, causando até o extermínio de comunidades inteiras. Isso, deve-se a diminuição drástica do número de índios no Brasil, porque além das causas naturais de mortes, ainda carregam consigo uma cultura totalmente desumana que leva a morte de criança indefesas, que não possuem sequer o direito de escolha em relação a própria vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi apresentado, o objetivo deste artigo é tratar sobre a dicotomia entre o direito à vida e o direito à cultura, que se colidem com a prática tradicional do infanticídio indígena por algumas tribos, colocando em evidência a diversidade cultural, das teorias da proporcionalidade e ponderação, e dos direitos humanos e seus dispositivos legais internos, bem como as convenções e tratados de que o Brasil é signatário, considerando entre o direito à prática cultural dos índios – costumes, tradições - e o direito à vida do ser humano, ambos positivados na Constituição Federal.

A teoria do relativismo cultural argumenta que cada comunidade pode ter suas próprias regras, não havendo a existência de direitos universais, já que cada região possui seus próprios costumes. Todavia, a teoria do universalismo em contraposição à teoria do relativismo, ensina que existem direitos humanos universais, que unem a moral a ser seguida por todas as comunidades independente de seus costumes, tendo em vista que direitos humanos fundamentais como direito à vida e a dignidade da pessoa humana, sejam um padrão que deve ser seguido visando o bem comum da nação em geral.

Em nosso país, houve em outras ocasiões um questionamento do Supremo Tribunal Federal, sobre a moral e os limites aos quais são impostos às outras práticas culturais, envolvendo pessoas ou animais, reconhecendo que à prática cultural não deve ser absoluta, mas sim respeitar os limites impostos por um acordo moral feito pela sociedade como um todo, para que não haja de forma alguma situações em que pessoas e animais sejam expostas ou submetidas a atos de crueldade, violência física ou emocional, diante do argumento de manifestações culturais.

Embora o infanticídio seja entendido como prática cultural de algumas tribos indígenas tal crime deve ser combatido pelo Estado com intuito de preservar vida. A missão não é fácil, entretanto é possível conseguir mudar essa manifestação cultural por meio do diálogo intercultural, o que pode demandar muito tempo para expor aos índios que existem outras visões de mundo. Nesse lapso, se faz necessário, por parte do Estado, a instituição de políticas públicas voltadas para a comunidade indígena, para que se possa mostrar aos seus membros que a criança nascida com alguma deficiência pode ser tratada e posteriormente curada, além do oferecimento de atendimento pré-natal às mães como forma de precaver futuras anomalias aos bebês, bem como o oferecimento de métodos contraceptivos. É preciso mostrar aos índios que a prática do infanticídio pode levar a extinção da própria comunidade indígena. Em suma, esse diálogo deve ser sempre no intuito de preservar a vida e a dignidade da pessoa humana.

Mesmo após um vasto diálogo entre os membros indígenas, caso estes não aceitem

a criança, seja qual for o motivo, deve-se retirá-la do meio de seu povo etnico, primeiramente para tentar incluí-la em outra família da sua etnia e tradição, e em último caso, para que seja colocada para a adoção em uma família não tradicional, a qual deve ser acompanhada pelos órgãos governamentais, até que haja uma adequação familiar.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Vade Mecum Criminal**. 3 ed. rev. e atual. - São Paulo: Rideel, 2010, p. 21.

BAKAIRI, Edson. **Carta aberta do movimento contra o infanticídio indígena**. 2008. Disponível em: <<http://movimentoindigenaafavordavida.blogspot.com.br/2008/08/carta-aberta-de-edson-bakairi.html>> Acesso em: 03 de março de 2020.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direitos Autorais Como Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: USP, 2004, p. 130.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF: Senado Federal, 2012.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília-DF: Senado Federal.

BRASIL. Estatuto do Índio. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/legislacao-fundamental>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1057/2007**. Lei Muwaji. Autor: Henrique Afonso. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=459157&filename=PL+1057/2007> Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Projetos de lei e outras proposições. **PEC 303/2008**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415399>> Acesso em: 23 de fevereiro de 2020.

BRASIL. **Proposta de emenda à Constituição PEC 303/2008**. Autor: Pompeo de Mattos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=898598CDE963E926B48_5FBB4D2621C38.proposicoesWeb1?codteor=612809&filename=PEC+303/2008> Acesso em: 23 de fevereiro de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**; volume 2, parte especial: arts. 121 a 212 – 17 ed. – São Paulo: Saraiva, p. 134, 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara Notícias. **Direitos humanos**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/494777-CAMARAAPROVA-PROJETO-QUE-PREVE-COMBATE-AO-INFANTICIDIO-EM-AREAS-INDIGENAS.html>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

FUNAI. **Índios no Brasil**. Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quemsao?limitstart=0#>> Acesso em: 27 de fevereiro de 2020.

FUNAI. **Legislação fundamental**. Disponível em: <

<http://www.funai.gov.br/index.php/legislacaofundamental> > Acesso em: 27 de fevereiro de 2020

FUNAI. **Notícias**. Disponível em:

<<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/3407-presidente-da-funai-diz-que-projeto-de-lei-que-preve-combate-ao-infanticidio-carece-de-reparos>> Acesso em: 28 de fevereiro de 2020.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 107.
MARQUES, Jose Frederico. Tratado de Direito Penal. Ed. São Paulo: Millennium, p. 153, 2002. 1. V

MUNDIM, Eduardo Ribeiro. **O Código de Ética Médico e o Infanticídio Indígena**. 2008. Disponível em:

<<http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/infanticidio%20e%20etica%20medica.pdf>>

Acesso em: 08 de fevereiro de 2020.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoas, dos crimes contra o patrimônio**. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 52-53 e 155.
NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.629 e 652, 2011.

OLIVEIRA, S. L.. **Tratado de metodologia científica: projetos de pesquisas, TGI, TCC, monografias, dissertações e teses**: Pioneira, 2007.

SOUZA, Raymond de. **Infanticídio indígena no Brasil: A tragédia silenciada**. Saint Gabriel Communications International. Livro eletrônico. Disponível em: <
<http://saintgabrielinternational.com/infanticidio.htm#ebook>> Acesso em: 06 de fevereiro de 2020.

SUZUKI, Márcia (org). **Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas no Brasil**. (cartilha). Brasília, 2007. Disponível multicultural. Rio de janeiro: Civilização brasileira, 2003.

VADE MECUM SARAIVA/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – 28. ed. atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.