

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Gabriel Knappe Alves

**INFANTICÍDIO INDÍGENA – O EMBATE EXISTENTE ENTRE OS DIREITOS
RELACIONADOS À CULTURA INDÍGENA E DIREITO À VIDA**

Santa Cruz do Sul
2018

Gabriel Knappe Alves

**INFANTICÍDIO INDÍGENA – O EMBATE EXISTENTE ENTRE OS DIREITOS
RELACIONADOS À CULTURA INDÍGENA E DIREITO À VIDA**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Caroline Fockink Ritt

Santa Cruz do Sul
2018

Aos meus pais, minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

É difícil expressar em palavras e direcionar individualmente a gratidão por alcançar este momento tão importante na vida acadêmica, porém, sempre temos pessoas especiais que nos rodeiam e auxiliam neste caminho tão bonito que é vida e, sendo assim, são vitoriosos juntos conosco a cada conquista alcançada.

Agradeço em primeiro lugar aos meus pais, Leila e Carlos, não só por oportunizarem e fomentarem toda a minha vida acadêmica, mas por tudo que fizeram e fazem por mim em toda minha vida. Agradeço por todo amor que me deram, de todas as formas, assim como todo conhecimento e educação que me carregaram até onde cheguei. Obrigado por acreditarem em mim! São meus maiores exemplos e os norteadores da minha felicidade.

À toda minha família por estarem sempre muito presentes ao longo de toda minha jornada, por todo auxílio e incentivo que me prestaram e também pela compreensão nos momentos mais difíceis da vida acadêmica.

Agradeço aos meus amigos que também estiveram ao meu lado em todos os momentos, sempre tornando mais leve essa caminhada, fosse auxiliando na busca pelo conhecimento ou apenas propiciando momentos de descontração e felicidade.

Agradeço também aos colegas de faculdade que, durante toda jornada acadêmica, partilharam as viagens até a universidade, tornando as mesmas muito mais tranquilas e divertidas.

Às professoras Rosana Helena Maas e Suzete da Silva Reis que acompanharam a produção do presente trabalho pela paciência e atenção que dedicaram à cada um de nós. Agradeço de forma especial à minha orientadora Caroline Fockink Ritt que desde o início abraçou a ideia deste trabalho e guiou meus passos para elaboração do mesmo.

Muito obrigado!

RESUMO

Infanticídio indígena é o nome dado ao costume que algumas tribos indígenas de nosso país possuem de assassinar suas crianças quando as mesmas, de alguma forma, não são desejadas pela tribo. Essa prática gera inúmeras controvérsias, pois coloca em choque o direito à cultura dos índios brasileiros e o direito à vida que todos possuem. O presente trabalho aborda a prática do infanticídio indígena, buscando esclarecer quais são suas motivações, bem como buscar meios e formas de combater tais atos, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, considerando que o infanticídio indígena é uma prática comum em tribos indígenas, que vai contra inúmeros princípios e normas do sistema jurídico brasileiro, questiona-se: quais meios podem ser utilizados no combate a este tipo de crime? Se analisou a prática infanticídio indígena, trazendo a história dos índios, seus costumes e tradições, buscando os conceitos que rodeiam a prática. Além disso foi realizado um estudo deste tipo de prática sob o aspecto legal, analisando-se a imputabilidade de quem pratica tais atos. Por fim, foi feito o confronto do direito à cultura com o direito à vida, sopesando os mesmos dentro de nosso ordenamento jurídico. O método de abordagem adotado no desenvolvimento deste trabalho é o dedutivo. Já como método de procedimento, utilizou-se o histórico-crítico que, dá tratamento localizado no tempo à matéria objeto do estudo. Em termos de técnica da pesquisa, utilizou-se documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias. É de fundamental importância o estudo do tema, visto que o infanticídio indígena é uma conduta perpetuada ao longo dos anos no cotidiano das tribos indígenas do Brasil, mas que deve ser combatida, preservando-se em primeiro lugar a vida destas crianças.

Palavras-chave: Criança. Cultura. Indígena. Infanticídio. Vida.

ABSTRACT

Indigenous infanticide, a cultural practice of some tribes in our country to kill their unwanted children generates many controversies because it conflicts with the right to Brazilian indigenous culture and with the right to life to everyone. This work approaches the practice of indigenous infanticide, seeking to clarify their motivations, as well as to pursue means and ways to combat against such acts, within the Brazilian legal system. Considering that indigenous infanticide is a common practice in indigenous tribes against a lot of principles and norms of the Brazilian legal system, it is questioned what means can be used to combat this type of crime? Through the study of the history of the Indians, their customs and traditions, as well as the concepts that surround the custom, was analyzed the practice of Indian infanticide. In addition, a study of this practice was performed under the legal aspect to analyze the imputability of those who practice this act. In this work, the method of the approach adopted was deductive in the development and the method of procedure was the historical-critical, as it offers a time-based treatment for the object of the study. And as a research technique, indirect documentation was used, with bibliographical references of primary and secondary sources. It is essential knowledge about indigenous infanticide, such conduct perpetuated over the years in the daily life of the Brazilian Indian tribes, but this practice should be fought to preserve, first, the lives of these children.

Keywords: Child. Culture. Indigenous. Infanticide. Life.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	ÍNDIOS NO BRASIL.....	09
2.1	Alguns apontamentos imprescindíveis referente à temática do presente trabalho.....	09
2.2	Breve história dos índios no Brasil.....	10
2.3	Classificação dos índios pelo grau de inclusão na sociedade.....	11
2.4	A prática do infanticídio nas tribos indígenas.....	13
3	INFANTICÍDIO INDÍGENA.....	17
3.1	Análise jurídica do termo “infanticídio indígena”.....	17
3.1.1	Estado puerperal.....	19
3.1.2	Critério temporal.....	21
3.1.3	Vítima.....	21
3.2	O infanticídio indígena sob os olhos da legislação brasileira atual.....	22
3.3	O sujeito que pratica o crime.....	26
3.4	Imputabilidade dos índios no Brasil.....	27
4	DIREITO À VIDA E A CULTURA.....	32
4.1	Aplicação do direito penal e processual penal.....	32
4.2	Legislação especial.....	34
4.3	Projeto de lei 1057/2007.....	41
4.4	Direitos constitucionais em confronto.....	44
5	CONCLUSÃO.....	49
	REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

Versa o presente trabalho monográfico sobre os infanticídios que ocorrem em tribos indígenas brasileiras, motivados por tradições e culturas destes povos, bem como a sua repercussão frente o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, objetiva-se analisar a prática do infanticídio indígena, buscando esclarecer quais são suas motivações, bem como buscar meios e formas de combater tais atos, dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

O método de abordagem adotado no desenvolvimento deste trabalho é o dedutivo. Já como método de procedimento, utilizou-se o histórico-crítico que, procura dar tratamento localizado no tempo à matéria objeto do estudo. Em termos de técnica da pesquisa, utilizou-se documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias.

Dessa forma, inicialmente será feita uma análise material do infanticídio indígena, identificando-se quem são os índios, percorrendo uma trajetória pela história destes povos no Brasil, bem como a maneira como os indígenas são classificados pelo legislador por seu grau de inclusão na sociedade. Ainda, serão apontadas as maneiras como ocorre o infanticídio indígena, suas motivações, trazendo também estatísticas e buscando os conceitos que rodeiam a prática, entendendo quem são os índios e sua maneira de viver.

No segundo capítulo, se analisará a prática do infanticídio indígena sob o aspecto legal, comparando-se a utilização do termo “infanticídio indígena” com o que realmente acontece na prática, buscando o histórico de tratamento deste tipo de crime na legislação penal ao longo da evolução do direito, bem como o seu tratamento legal na atual legislação brasileira, analisando-se também a questão da imputabilidade dos índios em nosso país.

No terceiro capítulo, será verificado como aplicar o direito penal e o direito processual penal nos casos de infanticídio indígena, tendo em vista a peculiaridade deste tipo de crime. Após serão apontadas legislações especiais que alcançam este tipo de prática, quer protegendo os interesses dos menores ou os interesses dos próprios povos indígenas. Além disso, será analisado o texto do projeto de lei 1057/2007 que é um dos meios encontrados para amenizar a prática deste tipo de crime.

Por fim, será verificado como o direito à vida se posiciona quando é confrontado com o direito à cultura que possuem estes povos, fazendo apontamentos e considerações sobre os mesmos à luz do texto constitucional e dos princípios que regem o direito brasileiro.

2 ÍNDIOS NO BRASIL

Os povos indígenas há muito habitam nosso território e trazem em sua história uma série de costumes, crenças e atitudes que desde muito despertam a atenção do homem branco em razão da sua diferença.

O processo de colonização de nosso país trouxe consequências enormes para esses povos, influenciando o curso de sua história e prejudicando sua maneira de viver.

Ocorre que muitas práticas destes povos são até hoje questionadas e incompreendidas pela sociedade, sendo necessária uma análise atenta de quem são esses sujeitos, como vivem e a maneira como lidam com determinadas condutas.

2.1 Alguns apontamentos imprescindíveis referente à temática do presente trabalho

O termo índio é utilizado para se referir, de forma ampla e genérica, às populações nativas da América. Tal termo teve origem em razão de um erro do navegador e descobridor do Brasil Cristóvão Colombo, que, planejando chegar à Índia, aportou em terras americanas e, por acreditar que havia chegado ao destino planejado, passou a chamar os habitantes daqui de índios. (SILVA, 2010)

A legislação brasileira utiliza também o termo silvícola como um sinônimo de índio. É característica do índio o fato de pertencer a um grupo étnico com aspectos e peculiaridades próprias, que os diferenciam da sociedade nacional. (REZENDE, 2009)

O Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), em seu artigo 3º define como Índio ou Silvícola 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; assim como define Comunidade Indígena ou Grupo Tribal sendo 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.

Segundo Rezende (2009), as sociedades indígenas não formam um só povo homogêneo, cada tribo possui suas particularidades e características próprias, embora entre as mesmas existam muitas semelhanças de práticas e costumes que

acabam por diferenciá-las da sociedade comum. Ainda, o modelo de organização destas sociedades também diverge muito do conhecido e praticado pelos cidadãos comuns. Há um viver conjunto e uma repartição de tarefas sobre uma terra comum, onde os habitantes destas tribos buscam apenas o básico que é indispensável para a subsistência do povo, mantendo uma relação de respeito com a natureza, sem extrair dela recursos excedentes.

2.2 Breve história dos índios no Brasil

Há uma estimativa de que, anteriormente à chegada dos exploradores europeus ao continente americano, existiam cerca de 100 milhões de índios nestas terras. No local onde posteriormente seria instituído o nosso território nacional, o número de indígenas chegava a aproximadamente cinco milhões, distribuídos e organizados conforme o tronco linguístico. Os principais troncos linguísticos eram o Tupi-guarani, Macro-jê ou Tapuia, Aruaque e Caraíba. A partir dos troncos principais, havia uma ramificação, dando origem a um total de 900 povos, que detinham mais de dois mil dialetos diferentes. (DORNELLES, 2017)

O primeiro contato entre os povos indígenas brasileiros e os exploradores europeus, por volta do ano 1500, foi de muita estranheza para ambas as partes, tendo em vista a grande diferença cultural de ambos, além da dificuldade de comunicação, pois, como já explanado, haviam inúmeras línguas dentre os povos habitantes de nosso território, enquanto os navegadores dominavam apenas suas línguas nativas.

Os índios viviam de uma forma diferente àquela que os europeus estavam acostumados, fazendo o plantio apenas do que precisavam para sua subsistência, além de domesticar animais de pequeno porte, tais como javalis e capivaras. Tão restrita era a domesticação dos animais, que, segundo registros dos exploradores, o primeiro contato com uma galinha causou grande estranheza às tribos indígenas.

O início da relação entre as tribos que aqui habitavam e os portugueses foi pacífico, ao passo que quando desejavam extrair algo destas terras, fosse por suas próprias mãos ou pelas dos nativos, os portugueses realizavam trocas com os índios, lhes presenteando com objetos até então desconhecidos pelos mesmos, e que presumiam ser de grande valia. Ocorre que os objetos entregues se tratavam de meras quinquilharias, tais como espelhos, apitos e muitas outras coisas comuns para os exploradores. (GOMES, 2012)

Porém, em dado momento tais itens não eram mais preciosos aos olhos das tribos, tendo em vista que já possuíam os mesmos. A partir daí os portugueses começaram a usar da violência para conquistar o território e o serviço dos indígenas, inclusive assassinando os mesmos para alcançar seus objetivos, iniciando aí também um processo de escravização destes povos.

Os exploradores trouxeram também uma carga de doenças do homem branco, que acabaram por acometer um grande número de índios, levando-os à morte, diante da falta de tratamento e conhecimento das mesmas.

Desta forma, a população indígena foi ficando cada vez mais escassa, diminuindo muito o seu tamanho, chegando ao pequeno percentual de indígenas que temos hoje em nosso país, comparado aos registros iniciais.

Os índios perderam espaço dentro do território e também muitos traços da sua cultura em razão da insistente tentativa do homem branco em adaptá-los aos seus costumes e à sociedade comum, acreditando sempre que a sua maneira de viver é melhor que a destes povos.

Segundo Camacho (2017), a maneira de viver dos povos indígenas não pode ser considerada por nós como ordem ou desordem. O que há é um estado primário de viver, onde o índio é protagonista em um mundo ao qual o homem não indígena ainda não teria acesso. Esses povos buscam preservar segredos de sua história e tradições, que creem ser o único refúgio de suas vidas que a sociedade comum não pode compreender.

No Brasil, tribos indígenas estão espalhadas por todo o território nacional, existindo uma grande diversificação destes povos. O levantamento mais recente feito pelo IBGE, qual seja o Censo Demográfico de 2010 (BRASIL, 2012), revelou que a população indígena brasileira ultrapassa 800 mil pessoas, sendo contabilizadas 305 etnias diferentes. Deste total, a maioria reside ainda em terras indígenas. Ainda, conforme a mesma pesquisa, foi constatado que existem povos indígenas em todos os estados brasileiros, inclusive no Distrito Federal. Chama atenção também a grande diversidade sociocultural dos índios no Brasil. Exemplo disso o registro de 274 línguas indígenas faladas, sendo que cerca de 17,5% da população indígena brasileira não fala a língua portuguesa.

2.3 Classificação dos índios pelo grau de inclusão na sociedade

A lei nº 6.001 de 1973, também conhecida como Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), regula a situação jurídica dos índios brasileiros, trazendo definições sobre as características destes povos, bem como direitos e deveres dos indígenas e da sociedade para com eles, tendo como objetivo resguardar a cultura e integralizar os mesmos à nação.

No Brasil, o tratamento dado aos índios no referido estatuto é definido pelo nível de integração dos mesmo com a sociedade, apesar de tal classificação gerar inúmeras controvérsias entre os especialistas no assunto, tendo em vista que a mesma foi elaborada pelo homem branco, totalmente desconexo à maneira como vivem estes povos. Sendo assim, o artigo 4º do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973) considera os índios isolados, em vias de integração ou integrados.

Os índios considerados isolados são aqueles que ainda subsistem em tribos ou grupos desconhecidos ou daqueles que se possui pouca informação, adquiridas por meio de vagos contatos com a sociedade.

Em vias de integração seriam considerados aqueles que preservam grande parte de suas condições de vida e costumes nativos, porém já aceitam e se adequam a algumas normas e padrões comuns à sociedade não indígena, necessitando cada vez mais desta comunhão para sua subsistência. Isto acontece, pois já possuem algum contato, regular ou irregular, com povos diversos.

Já os índios descritos como integrados são os que já estão incorporados à sociedade, gozando estes do pleno exercício de seus direitos civis, mas preservando ainda sua cultura, incluindo costumes e tradições da mesma.

Analisando os dados do Censo Demográfico de 2010 (BRASIL, 2012), verifica-se que a maior parte dos índios que vivem atualmente no Brasil seriam os considerados em vias de integração, tendo em vista que a maioria destes indivíduos ainda vivem em terras indígenas, porém já possuem contato com o restante da sociedade não indígena, utilizando, inclusive, recursos oriundos desta última. Atualmente é escassa a existência de índios isolados, nos termos do já referido estatuto, pois se torna complicada a subsistência dos mesmos sem qualquer contato com a comunhão nacional.

Dadas as definições, será tarefa dos especialistas, geralmente antropólogos, analisar e verificar qual o grau de inserção do indígena que venha a ser alvo de alguma medida do Estado, por meio da elaboração de laudos, que irão definir o tratamento legal dado a este sujeito.

2.4 A prática do infanticídio nas tribos indígenas

Há um costume secular enraizado em algumas tribos indígenas brasileiras que tendem a rejeitar crianças que nascem com algum tipo de deficiência, que sejam gêmeas, ou até mesmo fruto de relacionamentos proibidos, levando esses povos a cometer o chamado infanticídio indígena.

A motivação por trás destas mortes é variada, podendo se dar em razão da sobrevivência do grupo, observada a escassez de recursos, para controle populacional da tribo, por más intuições antes ou após o parto, ou até mesmo para a retirada de sujeitos considerados anormais, segundo os parâmetros do grupo. (CAMACHO, 2017).

Da mesma forma, afirma Suzuki na cartilha *Quebrando o Silêncio* que existem muitas razões que culminam na morte destas crianças, dentre elas podemos destacar crianças portadoras de deficiência, seja mental ou física, também as nascidas de relações extraconjugais, além de gêmeos e aquelas que são mortas apenas por serem consideradas um sinal de má-sorte para a tribo. Em algumas destas culturas basta que a mãe da criança ainda esteja amamentando o filho anterior ou que o sexo do bebê não seja o esperado para que a genitora possa matar o infante. Para algumas tribos Xingus o nascimento de crianças deficientes ou gêmeos aponta para promiscuidade da mulher durante a gestação, sendo a mesma punida e seus filhos enterrados vivos (SUZUKI, 2007).

Este costume tem despertado críticas por parte da sociedade, pois mesmo fazendo parte do bojo cultural destes povos, encontrando sua legalidade no direito que os mesmos têm ao livre exercício de sua cultura, assegurado pela Constituição Federal de 1988, estaria afrontando o direito à vida que também cada um de nós possui.

O artigo 231 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) reconhece aos índios a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Podemos considerar como cultura tudo aquilo que aprendemos e fazemos para nos tornar membros de uma sociedade, permitindo sermos identificados como tal. (LARAIA, 2001)

Para Abbagnano (2000), a palavra cultura possui dois significados. O primeiro deles se refere à formação do ser humano individualmente, conforme os conceitos de que ele considera importantes para sua formação como indivíduo, a fim de encontrar sua natureza humana. O segundo significado seria aquele de que a cultura seria o conjunto de modos de vida que foram criados, adquiridos e transmitidos de geração em geração, entre os integrantes de alguma sociedade, aqui não se fala mais na formação do indivíduo em sua própria humanidade, mas na formação coletiva e anônima de um grupo social dentro das instituições que o definem como indivíduo.

Assim, o indivíduo que vive dentro de um grupo irá apresentar características comuns com os sujeitos ao seu redor, formando uma cultura comum. Essa cultura pode e deve possuir aspectos e peculiaridades próprias que acabarão influenciando diretamente as vidas e as decisões de quem compõe o grupo (DE MAGLIE, 2017).

Ao conceituar crimes culturalmente motivados, De Maglie (2017) refere que são comportamentos e atitudes realizados pelos integrantes de um grupo étnico minoritário, que são concebidos como crime pelas regras da sociedade que possui a cultura dominante. Ocorre que tais atos, aos olhos do grupo ao que o sujeito pertence, são tidos como normais e aceitos por todos do grupo, sendo em algumas situações, inclusive, uma imposição para pertença àquela sociedade.

O termo infanticídio deriva do latim *infanticidium* e quer dizer “Morte dada voluntariamente a uma criança, a um recém-nascido”, segundo o dicionário Priberam (2018, <<https://www.priberam.pt/dlpo/>>). Destaca-se aqui que não apenas recém-nascidos são assassinados, mas também crianças que com o passar dos tempos não consigam se desenvolver normalmente.

A prática do infanticídio é muito antiga e praticada por inúmeros povos ao longo da história. Em épocas passadas somente eram mantidas com vida as crianças saudáveis e fortes. Também, por serem consideradas símbolo de pureza, no Oriente, as crianças eram sacrificadas, fossem meninos ou meninas. Além disso, crianças com algum tipo de deficiência, deformação ou mesmo doentes eram jogadas de despehadeiros para livrar a sociedade de um peso morto. (CAMACHO, 2017)

O infanticídio está inserido dentro do contexto destas comunidades indígenas como uma tradição praticada e perpetuada através dos anos por seus antepassados, sendo, ao olhar dos índios, algo comum e inerente às manifestações do seu povo frente à determinadas situações.

O sentido mais elementar de tradição é o de algo que é transmitido do passado para o presente, e a influência que este conhecimento tem sobre os indivíduos que o seguem, sem questionar a razão de sua origem. Sendo um comportamento orientado pelo passado, a tradição é fundamentalmente arbitrária, pois extrai a autoridade para invenção do presente de um processo de comportamento passado. As tradições são sustentadas por uma memória coletiva, demandam atualizam prática e organizam o passado em relação ao presente. Desta forma, não se preserva o passado, mas sim se reconstrói o mesmo continuamente. Através daqueles sujeitos que perpetuam a eficácia destas tradições, estas passam a ter verdadeiro conteúdo normativo ou moral dentro do grupo que proporciona à tradição um caráter de vinculação.

Esta prática ganhou grande repercussão após o caso da índia Muwaji, que fugiu de sua tribo após ter sua filha condenada à morte por envenenamento em razão de ter nascido com paralisia cerebral. Descontente com a sentença de sua tribo e, contrariando suas tradições, fugiu da aldeia e foi buscar na sociedade abrigo e maneiras de criar sua filha de maneira digna e saudável. O comprometimento de Muwaji com sua filha levou à batizarem de Lei Muwaji o polêmico projeto de lei nº 1057/2007, que visa estabelecer meios de combate à esta e outras práticas nocivas à vida dos povos indígenas.

Também, o debate sobre o tema ganhou maiores proporções após o lançamento do documentário dirigido pela jornalista Sandra Terena, denominado Quebrando o silêncio, que traz uma série de depoimentos de integrantes de tribos indígenas que já presenciaram este tipo de fato.

Os dados sobre a prática são imprecisos, visto que geralmente quando há a comunicação da morte de uma criança indígena atribui-se a morte à desnutrição ou causas não especificadas, muitas delas sequer são comunicadas aos órgãos responsáveis. Neste sentido, Suzuki (2007), analisando os dados do Censo Demográfico de 2000, revela que a cada mil crianças indígenas nascidas com vida, 51,4 vieram a falecer antes de completar um ano de vida, dado alarmante se comparado à mesma taxa da população não indígena que apresentava apenas 22,9 mortes de criança a cada mil nascimentos com vida, uma diferença de 124%, segundo a autora. No mesmo ano, segundo informação do Ministério da Saúde, a mortalidade infantil indígena chegou a 74,6 mortes nos primeiros doze meses de vida. Além disso, segundo a pesquisa realizada por Rachel Alcântara, no Parque Xingu são assassinadas aproximadamente 30 crianças todos os anos e, de acordo com

levantamento feito por Marcos Pellegrini, médico sanitário que coordenava ações junto a tribos indígenas, em Roraima, no ano de 2004, 98 crianças indígenas foram assassinadas por suas genitoras e, no ano de 2003, foram cerca de 68, sendo esta a principal causa de mortalidade infantil na tribo dos yanomami (SUZUKI, 2007).

3 INFANTICÍDIO INDÍGENA

O assassinato de crianças indígenas, conhecido como infanticídio indígena, é uma prática muito antiga e ainda presente em muitas tribos indígenas de nosso País. Apesar de ser considerada comum aos olhos dos integrantes destas comunidades, este tipo de ação, quando colocada frente ao ordenamento jurídico brasileiro, é considerada crime dentro de nossa sociedade.

Desta forma, devemos analisar esta prática frente à normativa penal, observando-se o tratamento de tal crime ao longo da história, bem como aos olhos de nossa atual legislação, buscando identificar quais tipos de crimes estão incluídos dentro da expressão “infanticídio indígena”, além de identificar os elementos presentes nos tipos penais correspondentes.

Outrossim, tendo em vista que os autores destes atos são índios, devemos fazer uma análise dos mesmos dentro do direito brasileiro, verificando como os mesmos poderiam ser penalizados pela prática, verificando a questão da imputabilidade dos índios em nosso País.

3.1 Análise jurídica do termo “infanticídio indígena”

Infanticídio indígena tem sido o termo utilizado para dar nome à prática indígena de matar recém-nascidos ou crianças, tendo como motivação para tais crimes crenças e costumes existentes no seio da cultura destes índios. Uma situação que para estes povos é considerada normal, mas que para o restante da sociedade brasileira é de uma reprovabilidade imensa, sendo inclusive tipificado como crime em nossa legislação penal.

O termo surgiu em razão das vítimas serem crianças indígenas, utilizando a palavra infanticídio, de forma equivocada, como sinônimo de morte de crianças. Ocorre que, como será demonstrado a seguir, o crime de infanticídio contido em nosso ordenamento jurídico demanda uma série de peculiaridades que devem ser atendidas para sua concretização.

Durante a história o delito de infanticídio teve inúmeros tratamentos e definições, sendo por vezes tratado com maior pressão pelo estado ante a grande reprovabilidade moral e social de tal ato, ora visto com mais flexibilidade em razão da condição do sujeito que o praticava.

Hungria (1958) refere que o delito de infanticídio se colocava entre os crimes punidos de forma mais intensa durante a época avançada do direito romano, não havendo distinção deste para o delito de homicídio, sendo apenas uma modalidade de “*parricidium*” quando fosse cometido pela mãe ou pelo pai da vítima.

Observe-se que o termo “*parricidium*” era utilizado no direito romano para definir o assassinato de um familiar ou parente próximo, não se confundindo com a interpretação atual do termo parricídio, decorrente da tradução literal do termo, que o considera como o assassinato apenas de pai ou mãe (PRIBERAM, 2018)

Sendo considerado àquela época como uma modalidade de “*parricidium*” a pena aplicada ao infrator era o “*culeus*”, prática cruel que consistia em jogar o sujeito criminoso dentro de um rio ou do mar amarrado dentro de um saco, acompanhado de um cachorro, um macaco, um gato e uma serpente.

Ainda, conforme Hungria (1958), não havia diferenciação do crime de infanticídio para o crime de homicídio na Idade Média, sendo aplicada aos autores deste tipo de delito as penas mais graves presentes no direito penal da época. As mulheres que matavam seus próprios filhos eram enterradas vivas e empaladas, permitindo-se também que fossem afogadas, caso houvesse meios para tal. Além disso, em certos casos permitia-se inclusive a prática de tortura antes de serem submetidas às penas capitais.

O estado reprimia com muita força a prática do infanticídio, pois atentava para o nível de insensibilidade de quem tinha coragem de ceifar a vida de uma criança, ainda mais de um descendente direto, nos casos em que a vítima era filho do autor. Ocorre que esse tipo de homicídio geralmente era cometido pela genitora da vítima, fato que causava estranheza à época, pois têm-se a visão de que o instinto maternal de uma mulher não permitiria que a mesma cometesse tal ilícito.

Ocorre que no início do século XVIII passou a se estabelecer uma nova visão sobre o delito de infanticídio, passando a relacionar este delito, quando praticado pela mãe ou por um parente próximo da vítima, com questões de honra da mulher ou mesmo da família, dando tratamento diferenciado à prática, considerando-o uma espécie de homicídio privilegiado, gerando uma conseqüente redução da pena por tal motivo. (HUNGRIA, 1958)

Tais mudanças geraram uma tendência a abrandar as penas do crime de infanticídio, principalmente quando praticado pela genitora para ocultar uma desonra de cunho pessoal. Um exemplo disso seria a mulher casada, já possuidora de filhos e

família, que se envolve em um relacionamento extraconjugal e deste lhe advém uma gravidez indesejada. Também haviam os casos das moças que, embora solteiras, possuíam relacionamentos não permitidos pela família e destes se origina uma gravidez que acabava por manchar a honra da moça e de sua família.

Por receber tratamento diferenciado em razão do sujeito que pratica o infanticídio, este é considerado um *delictum exceptum* ou delito privilegiado. Sendo considerado como tal passam a ser adotados critérios para atribuir tal benesse, no que tange à pena, aos autores deste crime, surgindo duas espécies de consideração a respeito. Uma leva em conta apenas o critério psicológico, o qual se demonstra nos casos em que há a incidência do motivo de honra do agente, também chamado de “honoris causa”, como nos exemplos acima citados. A segunda espécie leva em conta o estado fisiopsíquico da mulher puérpera, no qual se leva em conta toda a perturbação decorrente do estresse proveniente do trabalho de parto e não somente a honra, como no critério psicológico. (HUNGRIA, 1958)

Como veremos ao longo do trabalho este é o critério que vem sendo adotado na maioria dos sistemas penais que atenuam a pena do infanticídio em razão da condição do agente.

Após ser estabelecido tal critério se condiciona de forma mais razoável a atenuação da pena, pois há um limite circunstancial e temporal que deverá ser atendido para tipificar a conduta. Caso não existam tais circunstâncias deixaremos de ter *delictum exceptum* e estaremos tratando de um crime comum. Desta forma se faz necessário compreender como ocorrem tais perturbações.

Atualmente no Brasil, o infanticídio é assim descrito no Código Penal: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”. Analisando o tipo penal verifica-se que o bem jurídico tutelado aqui é a vida humana. O sujeito ativo deste crime é a mãe que, durante o parto ou após este, necessariamente sob a influência do estado puerperal, mata o seu próprio filho e o sujeito passivo é o recém-nascido ou que está na transição da vida intrauterina para o meio exterior, nascido, comprovadamente, com vida. (PRADO, 2018)

3.1.1 Estado puerperal

A excepcionalidade do delito de infanticídio é determinada pela qualidade de parturiente da praticante, bem como pela influência sobre esta do estado puerperal. É

de se observar, porém, que o puerpério não irá acarretar sempre alterações ou perturbações psíquicas. Desta forma, é necessário que se verifique se houve realmente diminuição da capacidade de entendimento e de auto inibição da parturiente, aptos a gerar tal estado. (FÁVERO, 1991)

Maggio (2001) define o puerpério como sendo o período compreendido entre o deslocamento e posterior expulsão da criança do ventre da mãe até o retorno do organismo maternos às condições pré-gravídicas. Segundo o autor, não há consenso, do ponto de vista obstétrico, sobre o período em que a mulher se encontra sob o estado puerperal, mas define-o como um quadro fisiopsicológico que traria sérios efeitos comportamentais para mulher que, neste momento em que está fragilizada, durante o parto ou instantes após o mesmo, mata o seu filho.

Neste sentido, Hungria (1958) é taxativo em afirmar que deve se atentar para o fato de que o estado puerperal pode culminar em alterações no psiquismo da mulher, porém não é uma regra e nem sempre ocorrem tais alterações. Grande parte das mulheres que estão passando pelo puerpério não apresentem qualquer perturbação, sequer perdem o controle sobre seus próprios atos. Porém, nos casos em que houver conturbação do equilíbrio psíquico da mulher, a responsabilidade dela sobre seus atos restará diminuída, sendo este entendimento majoritário das grandes autoridades em psiquiatria, havendo, porém, entendimento diverso que defende não haver qualquer alteração no ânimo da mulher apta a justificar tais atos. No Brasil, a atual legislação penal deixa a questão em aberto, atribuindo ao juiz a prerrogativa de contar com o auxílio de peritos médicos que, na análise do caso concreto, poderão informar se houve qualquer tipo de alteração física ou psíquica durante o parto que pudesse contribuir para que a mulher praticasse o crime.

Capez (2012) também considera um tipo de homicídio doloso privilegiado pela influência do estado puerperal em que se encontra a mulher que está passando ou acabou de passar pelo parto, pois o estado puerperal poderia trazer uma série de perturbações psíquicas que levariam a tirar a vida do recém-nascido.

Para Prado (2018) estaria admitida qualquer forma de execução do crime, seja comissiva ou omissiva, devendo este ser praticado durante o parto ou logo após, pois é elemento normativo do tipo penal. Se a morte do nascido se dá antes do parto, considera-se um aborto, e não sendo logo após o mesmo já passaria para o crime homicídio. Mais importante ainda é que a prática do crime se dê sob o estado puerperal, definido pelo autor como uma associação de sintomas fisiológicos que se

iniciam com o parto e acabam momentos após. Apesar da existência do estado puerperal, este nem sempre trará perturbações emocionais que levarão a mãe a matar o próprio filho. Todo o processo do parto, com as dores e tensões respectivas, pode produzir na parturiente, mesmo que de forma breve, uma perturbação de sua consciência e é essa perturbação, causada pelo estado puerperal que torna o infanticídio uma forma de homicídio qualificado ou *delictum exceptum*.

3.1.2 Critério temporal

Outra definição importante é a do critério temporal ou cronológico para caracterização do delito de infanticídio. O texto legal prevê que o crime se dará, como já mencionado, durante ou logo após o parto, que aqui fica definido como em que se inicia o período de expulsão do feto do ventre da parturiente. JASCK E PANKOW, citados por Hungria (1958), ensinam que o parto “é o processo pelo qual o feto com os anexos, é separado do organismo materno e entra no mundo externo”.

Ocorre que, quando findo o parto, surge a dúvida quanto à expressão “logo após” elencada pelo legislador como uma das circunstâncias do delito estudado. Não há de se esquecer que esta expressão não deve ser analisada isoladamente, mas em conjunto com a parte “sob influência do estado puerperal”. Sendo assim, se após finalizado o parto a mulher não estiver mais sob tal influência, teremos a tipificação de algum outro crime que não o infanticídio.

A definição dessa circunstância deverá ser realizada no caso concreto por peritos médicos, que auxiliarão o juiz a classificar o delito com a elaboração de laudos que precisarão estas peculiaridades, tendo em vista que não há um consenso entre os especialistas do tema a respeito da incidência e duração do estado puerperal, como bem aponta Maggio (2001).

Capez (2012) e Jesus (2013) entendem que a expressão “logo após”, contida no texto legal, há de ser definida no caso concreto, sendo o melhor entendimento aquele que leva em conta a duração do estado puerperal da genitora, não importando se ato se deu dias ou horas após o parto.

3.1.3 Vítima

O infanticídio indígena tem na figura de vítima, ou como sujeito passivo, o recém-nascido e o feto nascente, visto que a atual redação do artigo 123 do Código Penal (BRASIL, 1940) refere que o crime se dará “durante o parto ou logo após”.

Desta forma, o legislador afastou a figura do aborto, pois igualou ao recém-nascido o feto que ainda está na transição da vida intrauterina para a vida extrauterina. Sendo assim, caracterizado estará o crime de infanticídio quando, iniciado o parto, poderia se considerar o feto como biologicamente vivo, não sendo necessária análise sobre sua capacidade de vida autônoma.

Neste sentido, Hungria (1958, p. 259) alude que “Pelo fato de não ser vital, o feto não deixa de estar vivo e o infanticídio existe desde que haja a ocisão de um neonato vivo, pouco importando as condições de maturidade, de desenvolvimento, de conformação, de força, numa palavra: da vitalidade que apresenta.”

3.2 O infanticídio indígena sob os olhos da legislação brasileira atual

Devemos compreender que no seio destas tribos os partos são realizados de forma diferente àquela que estamos habituados, que ocorre dentro de um estabelecimento de saúde, com profissionais habilitados e todos equipamentos médicos necessários para dar um parto digno, tanto à gestante quanto à criança que irá nascer.

O artigo quebrando o silêncio revela a maneira como se dá o parto em algumas tribos:

Quando uma mulher indígena do grupo arawá sai para dar à luz, por exemplo, ninguém vai junto. Esse é um momento só dela. Ela sai sozinha, mesmo que seja muito jovem e aquele seja seu primeiro bebê. Ela procura uma árvore ou arbusto onde possa se apoiar, se agacha, e ali enfrenta suas dores. É ali, na hora do parto, que essa jovem mãe tem a grande responsabilidade de decidir o futuro da criança. Ela só poderá ficar com o bebê se ele for perfeito. Se por alguma razão ela volta para a casa sem o bebê nos braços, o silêncio é geral. Ninguém pergunta o que houve. Nem o pai da criança, nem os avós, nem a amiga mais próxima. A jovem se afunda em sua rede, muitas vezes sem coragem ou forças nem para chorar. O assunto morre ali mesmo. Ninguém pergunta por que ela voltou sem o bebê. A mãe terá que carregar sozinha, em silêncio, pelo resto da vida, a lembrança dessa maldição, dessa má sorte, dessa infelicidade. Às vezes ouve-se ao longe o choro abafado da criança, abandonada para morrer na mata. O choro só cessa quando a criança desfalece, ou quando é devorada por algum animal. Ou quando algum parente, irritado com a insistência daquele choro, resolve silenciá-lo com uma flecha ou um porrete. Depois disso o silêncio é absoluto. (SUZUKI, 2007, p. 3)

Da análise do relato supra se percebe que há uma grande possibilidade de ser caracterizado o infanticídio no seio da tribo indígena, porém, também se denota que a prática realizada nas tribos indígenas foge do tipo penal do infanticídio existente no ordenamento legal pátrio, pois, além de ser cometido muitas vezes por pessoas da tribo, que não a mãe da criança, também é cometido fora do estado puerperal e do período compreendido entre o parto e o logo após.

Desta forma, a nomenclatura dada a este tipo de acontecimento estaria equivocada, pois a prática pode ser considerada outro tipo de infração penal, como bem aponta Camacho (2017), referindo que são muitos os nomes dados à prática ameríndia¹ de matar crianças, mesmo não sendo verificada em todas as etnias. Dentre estas nomenclaturas temos a expressão infanticídio indígena, interditos de vida, homicídio ou até sacrifício. Porém, sob o ponto de vista jurídica o termo infanticídio indígena seria inapropriado, pois a definição de infanticídio presente em nosso ordenamento jurídico é daquele crime onde a mãe, em estado puerperal, mata o filho nascente ou neonato, sendo tais circunstâncias condições sine qua non para a ocorrência do crime.

Sendo assim, poderíamos tipificar a conduta como sendo, no mínimo, outros dois crimes previstos no Código Penal (BRASIL, 1940). São eles o homicídio previsto no artigo 121 do Código Penal, e o abandono de incapaz ou de recém-nascido, previstos, respectivamente, nos artigos 133 e 134 do já referido diploma legal. Ambos os crimes são mais amplos em sua definição e podem alcançar melhor a prática realizada nas tribos indígenas.

Ao abordar a importância do estado puerperal para concretização do delito, Capez (2012, p. 134) refere que “O privilégio constante dessa figura típica é um componente essencial, pois sem ele o delito será outro”. Ainda, o autor sugere que quando o recém-nascido é abandonado pela mãe, que se encontra em estado de puerpério, vindo a óbito, em decorrência do abandono, o crime seria ainda o de infanticídio e não o de abandono de recém-nascido com resultado de morte (art. 134, § 2º).

Também existe a possibilidade de algum integrante da tribo tomar a criança recém-nascida da mãe ou até da família e assassiná-la ou abandoná-la. Neste caso, estaríamos falando das hipóteses de homicídio ou abandono de recém-nascido, pois

¹ feminino singular de ameríndio: Designação genérica do índio indígena da América.

não existe o elemento da incidência do estado puerperal, visto não ser a mulher, que acabou de passar pelo parto, o sujeito ativo.

O delito de homicídio simples, previsto no artigo 121 do Código Penal, considera crime “Matar alguém” conceito muito aberto que passa a ser preenchido pelas qualificadoras e agravantes para sua aplicação ao caso concreto.

Na definição de Capez (2012), homicídio é quando um ser humano provoca a morte de um semelhante seu, sendo o bem jurídico protegido pela norma a vida humana extrauterina, pois, no caso de atentado contra vida intrauterina temos o crime de aborto. Nas palavras do autor:

Criança, ou adulto, pobre ou rico, letrado ou analfabeto, nacional ou estrangeiro, branco ou amarelo, silvícola ou civilizado – toda criatura humana, com vida, pode ser sujeito passivo do homicídio, **pois a qualquer ser humano é reconhecido o direito à vida que a lei penalmente tutela.** (CAPEZ, 2012, p.31) (grifo nosso)

Não há no crime de homicídio nenhuma qualificação especial do sujeito ativo, podendo ser qualquer pessoa, diferente do infanticídio onde o autor do delito deve ser, necessariamente, a mãe. Da mesma forma, o sujeito passivo também poderá ser qualquer pessoa que tenha vida (PRADO, 2018)

Assim como o infanticídio, o homicídio é crime de ação livre, não havendo previsão de qualquer meio que deva ser utilizado para alcançar o resultado morte. Assim, o autor pode usar o meio que bem entender para consumação do ato, desde meios físicos até meios morais ou psíquicos. (CAPEZ, 2012)

Quanto às qualificadoras existentes no tipo penal, haveria a possibilidade de aplicação tanto da contida no § 2º, inciso III, quanto a da parte final do § 4º. A primeira poderia ser aplicada pois, segundo os relatos contidos na cartilha quebrando o silêncio (SUZUKI, 2007), dentre os meios utilizados para matar as crianças, estão o uso de veneno, fabricados pelas próprias tribos, e o uso de asfixia ou estrangulamento. Na segunda hipótese há a aplicação em razão do sujeito ativo ser criança, com menos de 14 anos.

Há também a possibilidade da aplicação da agravante contida no artigo 61, inciso II, alínea “h”, em razão da condição de criança das vítimas. Neste sentido, Prado (2018) afirma que tal circunstância agravante é pautada na ideia do injusto, sendo a ação mais desprezível, tendo em vista que a vítima, em razão de sua condição menos

favorável em relação ao agente, terá maior dificuldade em repelir a ação do sujeito, potencializando a chance de alcançar o resultado pretendido.

Diante dos relatos, nota-se também que o crime pode ser praticado abandonando-se a criança na mata ou em lugar onde não existam meios de resguardar a vida dela, por quaisquer dos motivos já mencionados.

O artigo 133 do Código Penal (BRASIL, 1940) considera crime “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono” e o artigo 134 do mesmo diploma legal define como ilícito penal “Expôr ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria” e apesar de não serem considerados crimes dolosos contra a vida, ambos possuem significativo aumento de pena se da prática resulta a morte da vítima.

No caso do artigo 133 do Código Penal (BRASIL, 1940) o sujeito ativo será aquela pessoa que tenha a vítima sob sua autoridade, cuidado, guarda ou vigilância, sendo este o entendimento tanto de Capez (2012), quanto de Prado (2018). Desta forma, aqui estaria tipificado o crime de qualquer integrante da tribo indígena que abandone o recém-nascido ou criança sobre o qual tenha responsabilidade. Conforme Capez (2012, p.230) “Abandonar significa deixar a vítima sem assistência, ao desamparo. O crime pode realizar-se mediante uma conduta comissiva, por exemplo, conduzir um incapaz até uma floresta, abandonando-o [...]”

O sujeito passivo é a pessoa que está sob responsabilidade (alguma das elencadas no tipo penal) do sujeito ativo, sendo incapaz de se defender da situação de abandono em que o agente a colocou. Tal incapacidade será definida e analisada no caso concreto.

O delito contido no artigo 134 do Código Penal traz também a situação do abandono de um incapaz, porém é bem mais específico que o anterior no que se refere à vítima e ao agente, como aponta Prado (2018), referindo que os verbos expor e abandonar demonstram que o sujeito que pratica o crime, por meio de sua conduta, deixa o recém-nascido desamparado ou entrega ao poder de possa lhe prestar a assistência adequada, colocando o menor em uma situação de perigo para sua vida ou saúde.

É crime próprio onde o sujeito ativo será a mãe que expõe ou abandona o filho recém-nascido, com a intenção de resguardar sua honra (CAPEZ, 2012). São inúmeras as motivações para tal abandono, por exemplo, o caso da mulher que possui

relacionamento extraconjugal, vindo a ter filho fruto desse relacionamento. Caso a criança seja reconhecida como seu filho, reconhecido estará também a relação tida fora do casamento principal, afetando sua reputação.

No caso indígena, o abandono também está relacionado à honra, pois um filho deficiente, que não poderá auxiliar a tribo em suas tarefas, trazendo prejuízos é motivo de desgosto enorme não só para a mãe, como para família. A cultura indígena traz o costume de se desfazer de crianças indesejadas, sendo assim, afrontar tal costume, para uma mulher indígena, pode ser considerado um sinal de desonra enorme, tipificando o delito.

Aqui o sujeito passivo é necessariamente o recém-nascido. Quanto a condição de recém-nascido, para tipificação deste crime, Prado (2018) salienta que, diante da imprecisão legal, existem inúmeros critérios propostos para definição deste termo. Um deles sustenta que o período temporal da condição de recém-nascido se dá até o momento em que alguém de fora do círculo familiar tem conhecimento do parto ou da criança, outros, porém fixam um prazo que teria de sete até trinta dias a conta do nascimento, além disso há quem defenda que seria até a queda do cordão umbilical. No entanto, nas palavras do autor, o critério mais adequado é o que possui um entendimento mais flexível, reconhecendo como recém-nascida a criança nos primeiros dias após o parto, quando ainda é possível, por meio da exposição ou abandono, esconder o seu nascimento e a conseqüente desonra da mulher.

No meio indígena, quando ocorrer tal abandono, seja por parte da mãe ou de qualquer outro indígena, o destino das crianças abandonadas não é outro, senão a morte, pois geralmente são abandonadas nas matas, onde ninguém poderá encontrá-las.

3.3 O sujeito que pratica o crime

Para cada um dos crimes citados foi apontado, especificamente, quem seria o sujeito ativo da ação. Porém, olhando o infanticídio indígena temos como sujeito ativo geral o índio, que por algum motivo, mata o seu semelhante.

O infanticídio indígena é um ato consistente em assassinar recém-nascidos ou crianças indígenas por razões de cunho cultural, como dito anteriormente, sendo estes crimes praticados no seio de tribos indígenas. Sendo assim, como regra, teremos

como agente deste delito uma mulher indígena que mata seu filho, durante ou logo após o parto, sob a influência do estado puerperal.

Porém, dentro desta prática podemos ter outros tipos de agentes, o que acaba por nos remeter a outros tipos de crimes. Surgem inúmeras situações possíveis, pois o assassinato do menor pode ser feito por algum integrante da tribo indígena que não a mãe da vítima.

Em determinados casos, logo após nascer, a criança é retirada da mãe sendo morta ou abandonada para morrer em local onde não possa ser encontrada. Também há relatos de mães que abandonam a criança para morrer, porém não a matam, não havendo, desta forma, caracterização de infanticídio.

Independente do meio pelo qual se alcance a morte da criança, o acusado deste tipo de delito será sempre um índio e, como tal, possui tratamento penal diferenciado por ser indivíduo com maneiras peculiares de viver.

Rezende (2009), ao analisar o tratamento penal diferenciado dado aos índios em nosso ordenamento jurídico, conclui que tal diferenciação se dá por meio do reconhecimento da imputabilidade destes indivíduos levando em conta o seu grau de inclusão à sociedade, assim como a consideração de suas peculiaridades no momento da fixação da pena, caso os mesmos não sejam considerados inimputáveis.

Reconhecendo esse direito de ter tratamento diferenciado aos povos indígenas dentro do processo penal conseguimos garantir um processo mais justo e democrático. Neste sentido, Villares (2014) refere que o respeito à cultura dos povos indígenas, bem como o respeito à sua forma de organização social são garantidos por vasto aparato legal, como a Constituição Federal, pelo Estatuto do Índio, além do Decreto nº 5.051 de 2004, que promulga a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Tribais e Indígenas e, desta forma, não reconhecer tais distinções no processo criminal implica em barrar a garantia de um tratamento mais justo à estes povos.

Desta forma, é necessário analisar como esses indivíduos são vistos por nosso ordenamento jurídico e como eventual sanção penal poderia ser aplicada aos mesmos.

3.4 Imputabilidade dos índios no Brasil

A imputabilidade, um dos elementos da culpabilidade conforme a teoria adotada pelo nosso Código Penal, se faz, segundo Capez (2012), na capacidade que o agente tem de entender o caráter ilícito de sua conduta e, a partir desse entendimento, determinar-se. O sujeito tem que possuir plenas condições de saber que está cometendo um ilícito penal, além de ter a capacidade de controlar suas vontades e ambições. Não possuindo uma dessas condições, o agente não poderá ser considerado responsável por seus atos.

Conforme ensina Nucci (2013), existem dois elementos que determinam a apuração da imputabilidade penal, quais sejam a **higidez psíquica**, compreendida como a soma da saúde mental e da capacidade de apreciar a criminalidade do fato, e a **maturidade**, entendida como a capacidade do ser humano de estabelecer suas próprias relações sociais, longe da figura dos pais, estruturando ideias e convicções próprias, que, no Brasil, não é verificada caso a caso, estabelecendo-se o critério cronológico que é possuir, no mínimo, 18 anos. No que se refere à averiguação da inimputabilidade quanto à higidez psíquica, existem três critérios que podem ser utilizados para tal. O primeiro é o biológico que leva em conta somente a saúde mental do sujeito, avaliando se o mesmo é doente mental ou se o seu desenvolvimento mental é incompleto ou retardado, deixando o juiz, ao julgar o caso concreto, refém de laudo pericial obrigatoriamente. O segundo é o psicológico que analisa apenas a capacidade do agente para determinar a ilicitude do fato ou de portar-se de acordo com seu entendimento. Por último, temos o critério biopsicológico que consiste na união dos dois primeiros, verificando, ao mesmo tempo, se o agente possui sanidade mental e também se possui a capacidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta ou de determinar-se com tal entendimento.

Como já referido, o Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), regula a situação jurídica dos índios no Brasil, trazendo definições sobre as características e peculiaridades destes povos, bem como direitos e deveres dos indígenas e da sociedade para com eles, tendo como objetivo resguardar a cultura dos mesmos e integrá-los à sociedade.

O Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), em seu artigo 3º define como Índio ou Silvícola 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, definindo também Comunidade Indígena ou Grupo Tribal como sendo 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.

O tratamento dado aos índios no referido estatuto é definido pelo nível de integração dos mesmo com a sociedade. O artigo 4º do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973, <<http://www.planalto.gov.br>>) considera os índios:

- 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.

Destes, apenas os índios considerados isolados são inimputáveis penalmente, em decorrência da aplicação do artigo 26 do Código Penal (BRASIL, 1940, <<http://www.planalto.gov.br>>) que diz:

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

Ou seja, para alcançar a inimputabilidade, os índios seriam comparados a pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardados, que não seriam capazes de entender, à época do cometimento do crime, o caráter ilícito da sua conduta. Motta (2014) e Prado (2018) qualificam a inimputabilidade dos índios junto à do sujeito com desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Zaffaroni (2018), no entanto, entende de outra forma, apontando que, mesmo existindo crimes que o silvícola possa entender perfeitamente sua ilicitude, existem aqueles que não conseguirá entender, e, caso não possua entendimento desta ilicitude, não há outro caminho senão o de respeitar a sua cultura no seu meio, tentando não interferir no exercício das mesmas com pretensões etnocentristas advindas de nossa maneira de viver. Analisando as disposições do Estatuto do Índio, o autor critica a forma como os índios são tratados pela referida legislação, pois a

mesma faz constante referência à “integração” do indígena, ignorando o fato de que o silvícola está integrado, porém com a sua cultura e, sendo assim, nós estamos tão desintegrados da cultura destes sujeitos quanto eles da nossa. Desta forma, não haveria porque se sustentar que o silvícola seja inimputável ou que se trata de pessoa com a imputabilidade diminuída apenas por fazer parte de um grupo com cultura diversa da nossa. São sujeitos que podem, ou não, ser considerados inimputáveis, porém pelos mesmos motivos que levariam a considerar qualquer cidadão como tal.

Assim, não há qualquer dispositivo específico na legislação brasileira que isente de pena o indígena que cometa um crime. Desta forma, comprovada autoria e materialidade de um dos crimes citados – ou qualquer outro – o índio poderá sofrer uma sanção imposta pelo Estado.

No mesmo sentido, o Estatuto do Índio (BRASIL, 1973) traz uma maneira de aplicação da lei penal aos indígenas, caso estes venham a ser condenados penalmente, contida no artigo 56, estabelecendo que o juiz deverá atenuar a pena, levando em conta também o grau de integração do silvícola.

Quanto ao cumprimento da pena, o Estatuto do Índio (BRASIL, 1973) traz no parágrafo único do artigo supracitado a possibilidade da execução em regime de semiliberdade e em órgão federal de assistência aos índios, que esteja estabelecido mais próximo à aldeia do condenado.

Ainda, há possibilidade de aplicação de penalidades pela própria tribo, de acordo com suas normas internas, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, defesa em qualquer caso a pena de morte, como esculpido no artigo 57 do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973). Neste sentido, Clève (2014) refere que “é incontestável que os grandes povos indígenas do Brasil mantêm uma jurisdição própria, como sistema de julgamento e decisão segundo regras conhecidas e respeitadas pelo grupo.”

Como já citado, o artigo 231 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) reconhece aos indígenas “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”. Clève (2014) explica a importância de tal reconhecimento tendo em vista que se constituem num conjunto de direitos referentes à organização social destes povos, como, por exemplo, a solução de conflitos internos, a gestão das coisas indígenas, além de tudo que envolve a essência de qualquer organização social, que é propiciar aos integrantes da cultura todas as necessidades materiais e imateriais. Segundo o autor, apesar da

Constituição Federal chamar de crença, o que se visa proteger é a religião destes povos indígenas, acompanhada de toda sua complexidade. O que ocorre é que tal direito ao exercício da religião, poderá se chocar com os preceitos da cultura majoritária, inclusive com o ordenamento jurídico desta. Quando isso ocorrer, deve se observar a norma constitucional como um fomento à liberdade religiosa, que, conseqüentemente, inibe quaisquer tipos de sanções legais à conduta tradicional, estando aqui incluídos a preservação e o uso da cultura, inclusive dos conhecimentos tradicionais destes povos e aqueles inerentes a autogestão das tribos.

Tal reconhecimento implica numa situação onde os índios passam a ser considerados povos no seu próprio direito, e não como grupos a serem integrados dentro da sociedade brasileira. (GOMES, 2012)

4 DIREITO À VIDA E A CULTURA

Entramos aqui em um ponto crucial do debate, pois analisando o texto constitucional, o infanticídio indígena poderia ser considerado como parte dos costumes e tradições destes povos, tendo em vista que a prática é considerada, por eles, cultural e normal, pois sempre foi feito desta maneira. Ocorreria uma afronta do direito que estes povos têm ao livre exercício de sua cultura com o direito à vida de todos os cidadãos brasileiros.

Ao falarmos de infanticídio indígena há de se analisar a maneira como seria feita aplicação do direito penal e do direito processual penal ao caso concreto, pois muitos fatores dificultam ou impedem o normal andamento de um processo criminal que teria por objeto um crime de infanticídio indígena, havendo a necessidade de medidas diferenciadas nestes casos, pois olhando desta maneira, não haveria sequer a necessidade de analisar a inimputabilidade ou não do índio, visto que não haveria a ocorrência de um crime, levando em conta o fato de que estão apenas seguindo o que lhes foi passado pelas gerações anteriores, exercendo o direito à cultura, constitucionalmente protegido.

Sendo assim, é necessário recorrer à legislação especial brasileira diante das peculiaridades do tema, observando qual a influência do Estatuto do Índio e do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais dispositivos legais na proteção dos povos indígenas e, principalmente das crianças indígenas que são vítimas destes crimes cometidos nas aldeias.

Nesta senda há que se falar também no projeto de lei 1057/2007 que traz alterações legislativas pertinentes no que se refere ao combate destas práticas no seio das tribos indígenas.

Por fim, será feita a análise dos dispositivos constitucionais que protegem de um lado a vida dos cidadãos e do outro a cultura dos mesmos, tendo em vista que a prática do infanticídio indígena coloca frente a frente dois direitos constitucionais importantíssimos.

4.1 Aplicação do direito penal e processual penal

A aplicação do direito e penal e processual penal é outro ponto que suscita dificuldade ante as peculiaridades dos casos de infanticídio indígena, uma vez que

praticada a morte do recém-nascido ou da criança, esta será enterrada em local desconhecido, dificultando a prova da autoria e materialidade do delito.

Outro fator que pode prejudicar o curso de eventual ação penal é a reprovabilidade que a apuração de um crime geraria dentro de uma tribo indígena, possivelmente prejudicando o convívio do grupo com quem se envolvesse com a instrução criminal dado o fato que os grupos indígenas tem por costume proteger-se coletivamente das ações do homem branco, ou seja, um integrante do grupo que se envolvesse com o processo do branco poderia ser considerado um traidor da tribo, podendo inclusive ser expulso da mesma.

Também é de se atentar para a influência dos mais velhos sobre os mais jovens nas tribos indígenas. Neste sentido vale citar a decisão do desembargador Juvenal Pereira da Silva que denegou pedido de Habeas Corpus, impetrado por entidade de proteção aos índios, em favor de uma mulher indígena acusada de tentar matar sua bisneta, enterrando-a viva no quintal da residência. O desembargador justificou a necessidade de manter a prisão preventiva da índia em razão da conveniência da instrução criminal, uma vez que a acusada possuía grande autoridade dentro do meio familiar, além do papel que ocupava no contexto fático, uma vez que teria vindo da aldeia indígena para auxiliar a gestante nos cuidados com a gravidez. (MATO GROSSO, 2018)

Ante a complexidade da apuração destes crimes e dos indivíduos que figuram como autor e vítima, se faz necessário um olhar mais atento às peculiaridades dos mesmos. Um grande instrumento utilizado para auxiliar o juiz no caso concreto é a elaboração de laudos antropológicos elaborados na realização de perícias antropológicas dentro destas tribos e procurando uma melhor compreensão do contexto fático. Maia (2018), destaca a necessidade destas perícias quando, para melhor compreensão dos fatos sociais, seja necessária uma análise do grupo pesquisado, verificando como o mesmo se porta e se posiciona diante dos fatos que ensejaram o estudo, levando em conta seus costumes, hábitos, sua própria cultura. A perícia antropológica é medida que se impõe quando for imprescindível a documentação da realidade que permeia a vida de índios, quilombolas e demais populações tradicionais, suas comunidades e formas de organização, quando os fatos sociais que rodeiam estes grupos necessitarem ser compreendidos e analisados na sua significação individual e em sua dinâmica social e coletiva, a fim de aplicar o direito a eles de forma coesa.

A apuração de determinadas circunstâncias será importante até no que se refere à aplicação ou não de pena ao índio, pois a ausência de conhecimento da ilicitude de sua conduta poderia isentá-lo da imposição da mesma.

4.2 Legislação especial

Analisando o vasto sistema legal brasileiro, composto por inúmeras espécies legislativas que visam proteger e dar qualidade e dignidade de vida aos cidadãos brasileiros, possuem ínfima relação com a prática do infanticídio indígena, além da Constituição Federal e do Código Penal, o Estatuto do Índio, o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de outras normas que podem auxiliar na regulação desta situação.

A lei nº 6.001, publicada no dia 19 de dezembro de 1973, ficou conhecida como Estatuto do Índio justamente por que veio regular a situação jurídica dos índios no Brasil que até então não possuíam legislação própria que atentasse às diferenças destes povos.

O artigo 1º do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973) traz o objetivo da lei, que visa regular a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas brasileiras, com o intuito de preservar a sua cultura e integrar os mesmos, de forma progressiva e harmoniosa, à comunhão nacional. Da análise do referido artigo, verifica-se que o legislador, tinha a intenção de, através da regulação da situação jurídicas destes povos, preservar a cultura dos mesmos e, aos poucos, integrá-los à comunhão nacional.

Tanto que, como já exposto anteriormente no corpo do presente trabalho, os índios foram divididos pelo Estatuto do Índio, mais precisamente em seu artigo 4º e incisos, levando em consideração o seu grau de integração com a sociedade, podendo ser os mesmos isolados, em vias de integração ou integrados, tendo cada um desses tratamento diferenciado aos olhos do sistema jurídico brasileiro.

Sendo assim, todas a regulamentação elaborada ao longo do Estatuto do Índio foi feita levando-se em conta o fato de que, em algum momento, estes se integrariam à chamada comunhão nacional, conceito muito amplo, mas que entendemos referir-se à integração dos índios à sociedade brasileira, instituída pelos homens brancos, passando àqueles a viver de uma forma tida como normal.

Ocorre que a referida integração disposta no estatuto até hoje não possui uma definição concreta, dificultando ainda mais a aplicação do direito em demandas que envolvam os índios, até porque não há um consenso sobre a vontade destes povos de se integrarem ao nosso meio.

A falta de consulta e representatividade dos povos indígenas na elaboração de leis e demandas que envolvam seus semelhantes é um fator que não fora levado em conta na elaboração não só do Estatuto do Índio mas de várias outras normas de nosso sistema jurídico que envolvem os mesmos, ficando de fora destas um fator muito importante: a vontade dos povos indígenas.

Ainda assim, a criação de uma norma que regulasse a situação dos índios brasileiros foi uma grande inovação e um grande passo para que estes povos passassem a ter um pouco mais de visibilidade dentro da sociedade.

Temos no parágrafo único do artigo 1º do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973) uma extensão da proteção das leis vigentes em nosso país a todos os índios e comunidades indígenas, aplicando se da mesma forma que aos demais brasileiros, porém, sempre observando os usos, costumes, e tradições dos índios, bem como as peculiaridades reconhecidas pelo próprio estatuto. Antes mesmo da promulgação da Magna Carta, em 1988, a legislação em tela já tratou de observar o princípio da isonomia no que se refere a proteção dada aos indígenas, ao passo que explicitou que explicitou que tal proteção deveria ser feita na mesma forma como se aplicava à maioria da população brasileira.

Observa-se também uma grande preocupação, dentro do Estatuto do Índio, de preservar a cultura dos povos indígenas, incluídos nesta seus usos, costumes e tradições, sempre permitindo um direito à autodeterminação destes povos, que passaram a ter uma espécie de autonomia legal para a prática de algumas condutas controversas no seio das tribos.

No artigo 2º do Estatuto do Índio (BRASIL, 1993) são elencadas uma série de atribuições de competência da União, dos Estados e dos Municípios, além dos órgãos das respectivas administrações indiretas, que visam a proteção das comunidades indígenas e a preservação de seus direitos. As atribuições estão elencadas ao longo dos incisos do referido artigo e, dentre elas, chama a atenção, frente ao problema do infanticídio indígena, as contidas nos incisos IV e VIII. O primeiro assegura aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência e o segundo fala na utilização da cooperação, do espírito de iniciativa e das qualidades pessoais

do índio, objetivando a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento.

Para oportunizar a possibilidade de livre escolha aos índios é necessário que não sejam impedidos de nascer e se desenvolver normalmente junto à tribo. Isso só será possível caso não lhes seja tirada a vida precocemente, como ocorre nos casos de infanticídio indígena, ou seja, caberá aos entes federados, nos termos do referido artigo, preservar também a vida destes índios, para que assim possam escolher a maneira como queiram viver e subsistir.

No mesmo sentido, a utilização de cooperação dos índios que tem por objeto a melhoria de suas condições de vida, nos traz um caminho para auxiliar na solução do problema que é o infanticídio indígena.

O Estatuto do Índio (BRASIL, 1973) também conceitua, no artigo 3º, quem são os índios ou silvícolas e o que são comunidades indígenas ou grupo tribal. São definidos como índios os indivíduos de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como integrante de grupo étnico com características culturais próprias que acabam por distingui-lo da sociedade nacional, enquanto as comunidades indígenas ou grupos tribais são conjuntos de famílias ou comunidades compostas por estes indivíduos, que podem viver isoladas ou não dos outros setores da comunhão nacional, não estando integrados à última.

Foi mantida pelo Estatuto do Índio, em seu artigo 67, a lei nº 5.371 de 5 de dezembro de 1967 (BRASIL, 1967) que autorizou a criação da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, além de estabelecer as finalidades da mesma. A FUNAI é o órgão indigenista oficial do Brasil, tendo como missão institucional proteger e promover os direitos dos povos indígenas no país.

Sendo assim, a FUNAI se mostra uma importante ferramenta no combate à prática do infanticídio indígena, pois, ao ser incumbida de proteger os direitos dos povos indígenas do Brasil, devem ganhar tal proteção todos os índios, em especial àqueles em posição de vulnerabilidade, como são as crianças vítimas do referido crime.

Uma das funções da FUNAI, prevista no inciso III do artigo 1º da lei nº 5.371 (BRASIL, 1967), é a elaboração de levantamentos, análises, estudo e pesquisas científicas sobre os índios e os grupos sociais indígenas. Desta forma, um dos meios da fundação auxiliar no combate à prática do crime em estudo seria a realização de

estudos com o intuito de contabilizar e apontar os números de infanticídios indígenas, a fim de as autoridades possam elaborar medidas para diminuição destas mortes.

Outra maneira de auxiliar no combate à prática é o exercício da atribuição contida no inciso IV do artigo 1º da lei nº 5.371 (BRASIL, 1967), que é a promoção, pela FUNAI, de prestação de assistência médico-sanitária aos índios. Isso traz a possibilidade de realizar junto às tribos um trabalho de prevenção a qualquer tipo de gravidez indesejada e até mesmo acompanhamento das gestações das mulheres indígenas, com tanto que não venham a interferir no cotidiano e nos costumes do grupo.

Tanto o Estatuto do Índio quanto a lei nº 5.371 (BRASIL, 1967) utilizam muito o termo integração, posicionando o índio sempre em um processo de transição para se integrar a comunhão nacional. Ocorre que considerar que o índio precisa se integrar à cultura do homem branco é desvalorizar a sua cultura, utilizando-se de uma visão etnocentrista de que o nosso modelo de sociedade é mais eficiente e coerente do que o utilizado por eles.

Em sentido contrário temos a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que dispõe sobre povos indígenas e tribais, assinada e ratificada pelo Brasil, sendo promulgada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do decreto nº 5.051, no dia 19 de abril de 2004 (BRASIL, 2004), trazendo uma série de disposições que visam permitir a autodeterminação dos povos indígenas.

Ao assinarem a convenção, os países signatários se comprometeram a desenvolver ação coordenada e sistemática visando proteger os direitos dos povos indígenas e a garantir o respeito pela sua integridade como povo, sempre contando para tais ações com a participação dos povos interessados, conforme o artigo 2º da Convenção nº 169 da OIT (BRASIL, 2004). Essa ação coordenada deverá incluir medidas que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais dos povos indígenas, sempre respeitando sua identidade social e cultural, além de resguardar seus costumes, tradições e instituições.

Também o artigo 4º da Convenção nº 169 da OIT (BRASIL, 2004) diz que deverão ser adotadas medidas de caráter especial que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

Mas importante que o fomento ao respeito à cultura destes povos, bem como o desenvolvimento de medidas que auxiliem isto, é o disposto no artigo 8º da

Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004), que novamente permite a estes povos que conservem seus costumes e tradições próprias, desde que as mesmas não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional, ou com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente. Em ocorrendo tal conflito, deverá se estabelecer procedimentos próprios para a solução dos mesmos.

Sendo assim, a convenção permite aos povos indígenas o livre exercício de sua cultura, permitindo a utilização pelos mesmos de seus usos, costumes e tradições, porém estas não poderão ferir direitos fundamentais contidos no ordenamento jurídico do país. É o que ocorre na prática do infanticídio indígena, pois temos a conduta dos povos, que sempre agiram de tal maneira, tornando-se um costume para o grupo, chocando-se com o direito primeiro que todos nós possuímos que é o direito à vida.

A convenção deixou aberta a forma de resolução desse conflito, justamente para que cada país possa observar como será tratado esse choque de normas e princípios fundamentais do direito, pois não há solução certa a ser determinada, dada a peculiaridade do tema.

Além da proteção dada aos indígenas por suas próprias legislações, tanto à proteção à vida quanto à proteção à cultura, as crianças, de forma mais ampla e geral, ainda são amparadas pela lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, nomeada de Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA que traz meios e instrumentos de proteção específicos para os menores.

Num primeiro momento, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), no artigo 1º, faz referência à proteção integral à criança e ao adolescente, isso significa, conforme Fuller (2017) que deverá alcançar todas as crianças e adolescentes, abrangendo todos os seus interesses e necessidades. Para isso, ainda conforme Fuller, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente se projeta em duas regras fundamentais, quais sejam a prioridade absoluta e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A prioridade absoluta acima referida vem definida no artigo 3º da lei nº 13.517, de 8 de março de 2016 (BRASIL, 2016), conhecida como Estatuto da Primeira Infância, e implica no dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância, que atendam às peculiaridades desta faixa etária, visando sempre garantir o desenvolvimento integral da criança. O artigo 2º da lei nº 13.517 (BRASIL, 2016) considera como primeira infância o período que abrange os 6

primeiros anos completos ou 72 meses de vida da criança, justamente a faixa etária mais atingida pela prática do infanticídio indígena.

Para proteger a criança e o adolescente é necessário definir quem são esses indivíduos. Sendo assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), em seu artigo 2º, define como criança toda pessoa que tenha até doze anos de idade incompletos, e como adolescente a que tenha entre doze e dezoito anos, excepcionando a aplicação do estatuto, nos casos previstos em lei, também às que tenham entre 18 e 21 anos.

Fica assegurado às crianças e adolescentes, no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral referida anteriormente, devendo se assegurar aos mesmos, através de leis ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, que lhes facultem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Muito importantes também são as disposições do parágrafo único do mencionado artigo 3º que estende a aplicação dos direitos previstos na lei a todas as crianças e adolescente, sendo vedada qualquer tipo de discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade onde vivem.

É importante ressaltar que a legislação não excetua nenhum tipo de criança, deixando claro no parágrafo único do artigo 3º que as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser aplicadas a todas as crianças e adolescentes, sem qualquer tipo de discriminação, restando evidente a vontade do legislador de proteger integralmente a criança e o adolescente, independente da sua condição, alcançando desta forma as crianças indígenas que são uma minoria dentro de uma população que já é minoritária, tornando-se ainda mais vulneráveis.

O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) atribui à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao poder público o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Da leitura do artigo transcrito, se observa mais uma vez a reiteração do dever de todos em assegurar a efetivação do direito à vida e à saúde das crianças brasileiras, tendo em vista sua fragilidade e necessidade de cuidado.

Observa-se novamente a utilização do termo “com absoluta prioridade” que mostra a importância do interesse em proteger a criança e o adolescente, sendo que os seus interesses juridicamente protegidos são colocados em primeiro lugar, antecedendo quaisquer outros interesses dos demais cidadãos, tendo em vista a celeridade nas transformações ocorridas nas vidas das mesmas, assim como as consequências geradas nesta fase, devendo efetivar-se de imediato, sempre que possível, seus direitos. Tal celeridade na prestação destes direitos se faz necessária para que as mesmas sirvam como alicerces do desenvolvimento do menor, no tempo em que são efetivamente necessárias. Passado as necessidades, é tarde, restando apenas as consequências, muitas vezes irreparáveis, da não concessão de tais direitos. (FULLER, 2017)

Ainda, há vedação expressa no artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) de que qualquer criança ou adolescente seja submetido a qualquer tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, devendo ser punido na forma da lei qualquer atentado aos direitos fundamentais dos menores, seja por ação ou omissão. Aqui, o estatuto deixa evidente a necessidade de repressão por parte do estado de quem atente contra o bem-estar dos menores.

O direito à vida e a saúde das crianças e adolescentes é considerado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) um dos direitos fundamentais e ganha proteção exclusiva no artigo 7º do referido instituto legal, dispondo este que a proteção da vida e da saúde dos menores será realizada com a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, devendo acontecer ainda em condições dignas de existência.

Tão importante é a questão do nascimento e crescimento saudável das crianças e adolescentes que o artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) assegura a todas as mulheres acesso à programas e políticas de saúde da mulher, além de planejamento reprodutivo, assegurando às gestantes nutrição adequada e atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério, além de garantir atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal no âmbito do Sistema Único de Saúde. Ou seja, a preocupação com a vida e a saúde das crianças e adolescentes começa

antes mesmo do nascimento destas, prestando assistência não só às gestantes, mas também a todas mulheres, com o objetivo de orientar as mesmas, buscando a diminuição de gravidez indesejada por elas.

Além dos dispositivos legais aqui citados, o Estatuto da Criança e do Adolescente possui muitas outras normas que protegem os menores de nosso país, as quais não possuem relação tão direta com o assunto quanto as já citadas. Ocorre que, da análise do texto legal apresentado até aqui, verifica-se que a preservação da vida, da saúde e do bem-estar das crianças e adolescentes é amplamente resguardada e amparada pela legislação vigente no país.

Os povos indígenas, apesar de assegurado o seu direito à cultura, devem, na medida do possível e sem ferir suas tradições, buscar preservar a vida dos seus infantes, uma vez que serão eles que oportunizarão a perpetuação da cultura destes povos. Porém, para isto, é necessário que possam nascer, possuir um desenvolvimento saudável, alcançando a capacidade de tecer suas escolhas para aí sim deixar que a cultura do seu povo possa influenciar em sua vida.

4.3 Projeto de lei 1057/2007

Para auxiliar no combate a prática do Infanticídio Indígena foi apresentado o projeto de lei 1057/2007. O projeto foi apresentado pelo então deputado Henrique Afonso, no dia 11 de maio de 2007.

O projeto dispõe sobre o combate a estas práticas tradicionais dos povos indígenas que são nocivas, bem como visa a proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, assim como aquelas pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais.

Ficou conhecido como "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 deficiente.

A proposta já passou pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, sendo aprovado unanimemente. Após, passou pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania que também aprovou o parecer.

No dia 26 de agosto de 2015 foi aprovada a Redação Final da proposta assinada pelo relator, Deputado Marcos Rogério. Depois de aprovada, foi remetida ao Senado Federal para apreciação, no dia 02 de setembro de 2015.

No Senado Federal o projeto tramita sob o número 119 de 2015. Foi recebido no dia 03 de setembro de 2015, sendo encaminhado às Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa e de Constituição, Justiça e Cidadania. A última movimentação foi a realização de uma audiência pública, no dia 15 de setembro de 2017. Desde então, o projeto segue parado.

O projeto visa acrescentar o artigo 54-A ao Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), estabelecendo novos deveres à União, aos Estados, municípios e autoridades responsáveis pela política indígena, visando assegurar a dignidade da pessoa humana e garantir o 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, sempre levando em conta o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas.

Com a nova proposta, busca se fazer um trabalho de prevenção para que não as pessoas mais vulneráveis das tribos indígenas não sejam privadas de forma alguma de seu bem-estar e maneira de viver. Há inclusive a possibilidade de penalização das autoridades que não cumpram o disposto na legislação, deixando de fornecer a proteção proposta, seja por ação ou omissão.

O parágrafo 2º do artigo 54-A atribui aos órgãos responsáveis pela política indigenista usar todos os meios disponíveis para a proteção das crianças, dos adolescentes, das mulheres, das pessoas com deficiência e dos idosos indígenas contra práticas que atentem contra vida, a saúde e a integridade físico-psíquica, elencando entre estas os crimes de infanticídio, homicídio, abuso sexual, estupro, abandono de vulnerável, violência doméstica, além da escravidão e de todas as formas de tortura. Em consonância com esta disposição, o parágrafo 3º diz que também deverá ser garantido proteção e auxílio a qualquer pessoa, inclusive os próprios membros das tribos, que decidam não permitir expor os mais vulneráveis às práticas nocivas elencadas.

A alteração inclui também, à letra do parágrafo 4º e seus incisos, o dever dos órgãos responsáveis em desenvolver projetos e programas que tenham por objeto a proteção e a defesa de recém-nascidos, crianças e adolescentes que sejam rejeitados por um dos genitores, pela família ou pelo grupo, podendo se dar tal rejeição em razão do sexo indesejado do menor. A proteção e a defesa contido neste parágrafo também alcançam os menores nascidos quando o período de tempo entre uma gestação e outra for muito breve ou nos casos em que venham a exceder o número de filhos

considerado adequado para o grupo. Ficam amparados, da mesma maneira, os recém-nascidos, crianças e adolescentes que possuam alguma marca ou sinal de nascença que os diferencie dos demais integrantes do grupo, os considerados portadores de má sorte para a família ou para o grupo e os que estejam desnutridos, independente do motivo.

Há também a previsão de proteção e acompanhamento dos menores filhos de mães ou pais solteiros ou viúvos, prestando assistência aos últimos, no que couber. Além disso ficam protegidos quaisquer integrantes da tribo que possuam algum tipo de deficiência, os idosos, e, nos casos de gestação múltipla, além da proteção dada aos menores, a gestante também deverá ser protegida.

As gestantes também ganham proteção com a alteração do Estatuto do Índio, sendo que o parágrafo 6º do artigo 54-A, que seria acrescentado com a aprovação do projeto, atribui aos órgãos responsáveis pela saúde indígena o direcionamento de especial atenção às mulheres indígenas que possuam gravidez de risco e às gestantes que sejam solteiras, viúvas, que foram abandonadas pelos companheiros. Ainda recebem a referida proteção todas as gestantes que estiverem gerando crianças que sejam diagnosticadas com deficiência ou outro problema de saúde, as que foram geradas em razão de estupro ou abuso sexual, que sejam de paternidade duvidosa ou que seja considerada como excesso no número de filhos adequado para o grupo. Também receberão proteção as gestações de mais de uma criança, nos casos de gestação gemelar ou gestação múltipla e as que forem de criança indesejada pelo grupo, seja por medo, ideia ou superstição.

Para proteger as mulheres gestante das tribos indígenas, o parágrafo 5º prevê a instituição de um cadastro atualizado, a fim de realizar o acompanhamento e proteção das mesmas durante todo o período gestacional, permitindo inclusive a remoção da criança gerada que corre risco de vida, caso haja anuência da gestante e atendidas as especificidades de cada etnia.

A alteração também atribui a todo cidadão, que tenha conhecimento das situações de risco mencionadas, o dever de comunicar as mesmas, sob pena de responsabilização na forma das leis vigentes, conforme o parágrafo 7º. Sendo assim, tendo em vista que, geralmente, quem possui conhecimento de tais atos são os índios, caberia responsabilização dos mesmos que soubessem do acontecimento destas violações e não as informassem às autoridades competentes. Para isso, o parágrafo

9º oferecer a preservação da identidade do comunicante das ações que violem e ponham em risco a vida e o bem-estar dos povos indígenas.

Por fim, os dois últimos parágrafos do artigo 54-A da proposta dão conta da retirada do convívio da família ou do grupo daqueles que estão em situação de risco, promovendo também o seu reingresso sempre que possível e observadas as especificidades de cada etnia., utilizando-se para tanto de estudos antropológicos e psicológicos que deixem claro o risco que corre aquele indígena.

A proposta tem sido alvo de grande discordância entre os interessados. Há quem defenda a mesma por passar a dar mais atenção àqueles mais indefesos dentro das tribos. Outros criticam em razão de acharem a proposta preconceituosa, tendo em vista que as práticas de infanticídio não aconteceriam somente no seio das tribos. Indígenas.

Mesmo sendo alvo de muitas críticas, o projeto de lei, caso aprovado, poderia trazer mudanças significativas para o problema do infanticídio indígena no Brasil. Reconhecer que o problema existe e que deve se buscar uma solução para o mesmo é um grande passo na defesa dos direitos destas crianças indígenas.

4.4 Direitos constitucionais em confronto

O artigo 215 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e seu parágrafo 1º garante a todos os cidadãos o pleno exercício dos direitos culturais, imputando ao Estado, inclusive, proteger as manifestações das culturas populares. Ainda, especificando mais a questão, temos o artigo 231 da Magna Carta (BRASIL, 1988) que reconhece aos índios a sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, além de proteger os direitos sobre as terras que os mesmos ocupam. Ou seja, temos no mais alto nível normativo de nosso país previsões legais que asseguram o direito à cultura, não só dos povos indígenas, mas de todos os brasileiros.

Sendo assim, penalizar um índio por praticar sua cultura, diante de toda fundamentação exposta, iria contra disposições da nossa própria Constituição Federal, que afirma que o Estado irá proteger a cultura destes povos. Desta forma, se olharmos a figura do infanticídio indígena como uma prática tradicional dos povos indígenas brasileiros, que, dentro dos costumes destes povos, é plenamente justificável, não deveria o Estado impedir tal prática, pelo contrário, deveria fomentá-la.

Não parece lógico que, havendo tantas normas de proteção à vida e fomento à qualidade da mesma, não só em âmbito nacional, mas no mundo inteiro, permita-se tirar a vida de qualquer ser humano, tendo como justificativa costumes milenares que perderam a razão de ser.

O direito à cultura é, sem dúvida essencial para a sobrevivência não só dos povos indígenas, mas de sua história. Noutro lado, porém, temos o direito à vida, esculpido como um direito fundamental em nossa carta magna.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) trouxe a nós, cidadãos, uma série de direitos e deveres elencados ao longo do seu texto. No título da Magna Carta que trata sobre os Direitos Fundamentais temos o artigo 5º, estabelecendo que “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 [...]”.(grifo nosso). Após, ao longo de setenta e oito incisos, são ali especificados os direitos e deveres mais importantes de nosso ordenamento jurídico. O direito à vida não é por acaso o primeiro a ser protegido no texto constitucional, visto que é a partir dele que poderemos exercer qualquer outro. Se isto nos for tirado, por consequência também são tirados todos aqueles direitos que teríamos enquanto seres humanos.

Neste sentido, Medina (2014) afirma que o direito à vida previsto constitucionalmente é pressuposto de todos os outros direitos fundamentais elencados ao longo do texto constitucional, pois é em torno do ser humano que gravitam todos os direitos, referindo ainda que a compreensão do direito à vida deve ser feita à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, fornecendo ao indivíduo uma vida que permita dar plenitude à sua existência.

Ainda, Sarlet (2012), ao analisar o respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, afirma que se não forem asseguradas ao indivíduo condições mínimas para uma existência digna, onde sua intimidade e identidade forem colocadas sobre ingerências indevidas, onde não lhe seja garantida a igualdade antes os seus semelhantes, bem como onde não exista limitação do poder, não existirá lugar para a dignidade da pessoa humana, sendo esta última mero objeto de arbítrio e injustiças.

Quanto ao momento em que se inicia a proteção do direito à vida, o artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2002) diz que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Em sua obra, Direito Constitucional Brasileiro, Nery Junior (2017), ao tratar da vida, explica que esta é por excelência um direito fundamental ao passo em que a proteção dada a ela é consectária lógica de uma estrutura lapidada na proteção dos direitos fundamentais, desta forma, ao proteger esses direitos, em última instância se resguarda o cidadão, sujeito de direitos que é titular dos mesmos. Sujeito de direitos é toda a pessoa dotada de personalidade, sendo esta última a qualidade de quem é pessoa e a marca determinante de individualização do ser humano como sendo sujeito de direito. A personalidade, por sua vez, se inicia com o nascimento com vida e termina com a morte da pessoa. Desta forma, o nascituro não possui ainda personalidade, porém possui natureza humana, sendo protegido da mesma forma.

Neste sentido, o artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), quase repetindo o disposto no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente atribui à família, à sociedade e ao Estado assegurar à criança ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de resguardar os mesmo de toda forme de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Neste ponto, a Constituição Federal confere ao Estado e à família o dever de garantir às crianças, adolescentes e jovens que seus direitos sejam realmente efetivados. Também impõe que seja dada prioridade absoluta ao menor, com base em sempre lhe proporcionar um melhor desenvolvimento em seu meio, principalmente, em demandas litigiosas (MEDINA, 2014)

Aqui vale evocar também o princípio da dignidade da pessoa humana, tido com fundamento da República Federativa do Brasil, constituída como um Estado Democrático de Direito, como dita o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>): “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]”.

Como bem aponta Sarlet (2006), a dignidade da pessoa humana é de difícil definição pois, diferente das outras normas jusfundamentais, não trata de aspectos específicos da existência humana, mas de uma qualidade vista como inerente à todos os seres humanos e, sendo assim, a dignidade passou a ser definida como um valor próprio que identifica o ser humano como tal. Segundo o autor o melhor entendimento

é que a dignidade da pessoa humana não pode ser definida de maneira fixista, sendo assim um conceito em processo de construção e desenvolvimento constante.

Conforme Clève (2014) o princípio da dignidade da pessoa humana se reveste da perspectiva da dignidade de cada ser humano em suas relações sociais, respeitando seu agir próprio, ainda, o autor explica não se tratar da dignidade de um sujeito abstrato, autoconsciente e dotado de uma razão universal formal, mas sim da dignidade de um ser humano de carne e osso, que deve ser respeitada, atentando-se para todas as peculiaridades deste sujeito, como inerente à condição humana de cada indivíduo.

Neste sentido, Sarlet (2006) afirma que, por ser qualidade intrínseca da pessoa humana, a dignidade é irrenunciável e inalienável, se fazendo em um elemento que qualifica o ser humano com tal, não podendo dele ser destacado. Desta forma, é compreendida como uma qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, e como tal, deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não existindo a possibilidade, no entanto, de ser criada, concedida, sequer retirada do indivíduo, tendo em vista que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Para Sarlet (2012), as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais geram, em qualquer hipótese, ao menos uma eficácia em grau mínimo. Sendo assim, se as normas constitucionais sempre terão um mínimo de eficácia, segundo o autor, no caso dos direitos fundamentais, observando o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), pode se afirmar que cabe aos poderes públicos a tarefa e o dever de extrair das normas que consagram tais direitos a maior eficácia possível, outorgando-lhes efeitos reforçados ao compara-los com as demais normas constitucionais.

Ou seja, como demonstrado, sobram disposições legais que protegem o direito à vida das crianças indígenas vítimas do Infanticídio Indígena, não faltando argumentos para lhes fornecer uma oportunidade de viver e exercer todos os direitos que a permeiam, inclusive o direito à cultura. O direito que todos temos à vida é amplamente resguardado pelo ordenamento jurídico pátrio, estando disposto não somente no corpo do caput do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), mas também abrangido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido em nossa carta magna como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Sendo assim, não há que se falar em sobreposição do direito à cultura dos povos indígenas ante o direito à vida que os infantes indígenas possuem. A vida é princípio fundamental que ordena e permite sejam efetivados todos os outros direitos e deveres de um cidadão, qualquer que seja a sua etnia, orientação ou condição social. Impedir a oportunidade de vida de um sujeito, levando em conta tradições antiguíssimas não é sequer razoável. Os povos indígenas podem e devem abolir tais práticas, tendo em vista que a cultura não é algo imutável, mas que se adapta e evolui com o passar do tempo. Cabe ao Estado auxiliar estes povos na adoção de medidas para conscientização de seus integrantes, visto que a preservação destas crianças é importantíssima para a continuidade destas comunidades, que diminuem cada vez mais com o passar do tempo.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico procurou responder o seguinte problema: considerando que é uma prática comum realizada em tribos indígenas que vai contra inúmeros princípios e normas do sistema jurídico brasileiro, quais meios podem ser utilizados no combate ao infanticídio indígena?

Para isso, ao longo de três capítulos, foi realizada uma análise do infanticídio indígena, esclarecendo quais são suas motivações e buscando meios e formas de combater estes atos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

O método de abordagem utilizado no desenvolvimento deste trabalho foi o dedutivo. Já como método de procedimento, utilizou-se o histórico-crítico que procura dar tratamento localizado no tempo à matéria objeto do estudo. Em termos de técnica da pesquisa, utilizou-se documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias.

No primeiro capítulo foi feita uma análise material do infanticídio indígena, identificando-se quem são os índios, percorrendo uma trajetória pela história destes povos no Brasil, bem como a maneira como os indígenas são classificados pelo legislador por seu grau de inclusão na sociedade. Também foram apontadas as maneiras como ocorre o infanticídio indígena, suas motivações, trazendo também estatísticas e buscando os conceitos que rodeiam a prática, entendendo quem são os índios e sua maneira de viver.

No segundo capítulo, se analisou a prática do infanticídio indígena sob o aspecto legal, comparando-se a utilização do termo “infanticídio indígena” com o que realmente acontece na prática, buscando o histórico de tratamento deste tipo de crime na legislação penal ao longo da evolução do direito, bem como o seu tratamento legal na atual legislação brasileira, analisando-se também a questão da imputabilidade dos índios em nosso país.

No terceiro capítulo, foi verificado como aplicar o direito penal e o direito processual penal nos casos de infanticídio indígena, tendo em vista a peculiaridade deste tipo de crime. Também foram apontadas legislações especiais que alcançam este tipo de prática, quer protegendo os interesses dos menores ou os interesses dos próprios povos indígenas. Além disso, analisou-se o texto do projeto de lei 1057/2007 que é um dos meios encontrados para amenizar a prática deste tipo de crime. Por fim, verificou-se como o direito à vida se posiciona quando é confrontado com o direito à

cultura que possuem estes povos, fazendo apontamentos e considerações sobre os mesmos à luz do texto constitucional e dos princípios que regem o direito brasileiro.

O Estatuto do Índio define como índio ou silvícola 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. Os índios já habitavam em terras brasileiras muito antes da chegada dos exploradores europeus na América e o contato com o homem branco, no início, amigável, ao longo do tempo foi muito prejudicial aos povos indígenas que passaram a ter seu número diminuído.

Desde o início deste contato entre os europeus e os indígenas houve muita estranheza diante da maneira destes povos viverem, pois apenas realizam o plantio daquilo que precisavam para a própria subsistência e nada mais, o que diferia muito do mundo já capitalizado dos europeus. Diante disso os portugueses, ante a ingenuidade destes povos passaram a dominar as terras que eram nativas e tomar conta dos espaços que antes eram somente dos índios. Esse processo foi diminuindo gradativamente a quantidade de índios, tanto que, atualmente estes são uma minoria dentro de um país do qual eram totalidade.

O tratamento jurídico dado aos índios no Brasil varia de acordo com o seu grau de inclusão na sociedade, sendo tal definição orientada pelo Estatuto do Índio que classifica os índios em isolados, integrados e em vias de integração. Os índios isolados são aqueles que não tiveram nenhum ou pouquíssimo contato com a sociedade não-indígena. Em vias de integração são os índios que preservam grande parte de seus costumes e tradições, porém já começaram um processo de adequação aos padrões da sociedade, sendo estes a maior parte dos índios brasileiros. Por fim, integrados seriam aqueles índios que já estão incorporados à sociedade, fruindo normalmente de seus direitos civis, porém preservando ainda sua cultura.

Como demonstrado, infanticídio indígena é o nome dado à uma prática cultural que está enraizada em algumas tribos indígenas brasileiras, consistente em assassinar crianças ou recém-nascidos que sejam indesejados no seio da tribo, seja por portarem alguma deficiência, anormalidade, por serem fruto de um relacionamento proibido ou, até mesmo por serem gêmeas. As motivações por trás das mortes são inúmeras e plenamente justificáveis do ponto de vista destes povos.

Ocorre que, cada vez mais, este tipo de prática tem gerado inquietação na sociedade, pois é difícil aceitar que crianças que ainda não podem deliberar sobre suas vontades, tenham seu direito de viver tirado tão cedo.

O termo infanticídio indígena é utilizado de forma equivocada, pois a prática ocorrida nas tribos indígenas alcança outros tipos penais além do infanticídio descrito em nosso Código Penal. Dependendo do sujeito ativo e do meio de execução do crime, podemos ter a figura do homicídio, do abandono de incapaz.

O infanticídio propriamente dito é um crime que teve diferentes tratamentos ao longo da história. Inicialmente tratado da mesma forma que o homicídio, sendo em determinados locais até pior em virtude de a vítima ser uma pessoa com um grau de parentesco muito íntimo. Ao longo do tempo foi se passando a se abrandar a pena levando em consideração que poderia ser cometido para garantir a honra da família ou da própria mulher. Por fim, hoje são utilizados mais critérios para a caracterização deste crime, levando em consideração as perturbações decorrentes do parto que podem levar uma mulher a assassinar seu próprio filho.

Para que se caracterize o crime de infanticídio frente à nossa legislação penal atual é necessário que a agente mate o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após o mesmo. Sendo assim, há um critério temporal que deve ser cumprido, qual seja o ato ser cometido durante o parto ou logo após este. Da mesma forma, a vítima deve se encontrar sob a influência do estado puerperal, que traz uma série de alterações de ânimo na parturiente.

Além disso, o legislador limitou também as figuras do sujeito ativo e do passivo do tipo penal, tendo em vista que o autor do delito só poderá ser a mulher, mãe da vítima, e a vítima o filho desta, pois o tipo prevê a morte do próprio filho em seu texto.

Desta forma, caso o crime seja cometido fora das circunstâncias mencionadas teremos um crime que não será propriamente o infanticídio, sendo a nomenclatura infanticídio indígena utilizada apenas por ser um crime cometido contra crianças, geralmente recém-nascidas, no seio das tribos indígenas brasileiras. Caso a criança seja morta em um período muito posterior ao parto, fora do estado puerperal ou por pessoa diversa da mãe biológica da vítima, teremos o crime de homicídio. Ainda, existe a possibilidade de se abandonar esse menor na mata sozinho, ocorrendo então o crime de abandono de recém-nascido ou de incapaz.

O sujeito ativo do infanticídio indígena será sempre o índio, e como tal pode ter tratamento penal diferenciado em razão de suas maneiras peculiares de viver. Não há

que se falar, porém, em inimputabilidade dos índios, pois estes são seres humanos plenamente capazes, assim como qualquer cidadão da sociedade não indígena, tendo pleno discernimento do que é certo e errado a partir do que lhes é ensinado. Há uma previsão de atenuação da pena eventualmente aplicada, levando em conta o grau de integração do indígena, além de existir previsão de aplicação de sanções pelo próprio grupo do qual o indivíduo faça parte.

Quando falamos em infanticídio indígena outro ponto a ser analisado é a dificuldade de aplicação do direito penal e processual penal ao caso concreto. Uma vez praticado qualquer um dos crimes contra a criança, esteja ela viva ou não, será abandonada ou enterrada em local de penosa localização, dificultando eventuais provas de autoria e materialidade do crime. Outro fator que dificulta a aplicação do direito nestes casos, é o instinto de proteção da tribo que protegerá seus integrantes da mão do estado.

Neste sentido, uma grande ferramenta que pode ser utilizada pelo juiz para sanar tais dificuldades e peculiaridades na investigação destes crimes são os laudos antropológicos elaborados por especialistas dentro destas tribos que evidenciam como os índios daquela comunidade vivem, se fazendo uma análise compreensiva do fato ocorrido frente aos costumes e tradições da comunidade e dos indivíduos.

O aparato legal existente no Brasil dá conta de uma proteção muito grande à criança e ao adolescente, ao passo que também protege o índio como indivíduo que tem suas peculiaridades em razão da cultura. Desta forma devemos nos socorrer dos direitos mais hígidos presentes em nosso ordenamento jurídico e que podem evidenciar como o estado deve lidar com esta situação.

O Estatuto do Índio trouxe regulamentação à situação jurídica dos índios no Brasil que, até então, era muito precária e demandava uma atenção do estado. Foi uma conquista muito grande para os povos indígenas e órgãos de proteção aos mesmos, pois trouxe conceitos sobre estes indivíduos e suas comunidades, além de prever direitos dos índios e deveres do estado com eles e sua preservação.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente é legislação importantíssima que traz proteção integral às crianças e adolescentes, estabelecendo uma série de garantias aos mesmos e imputando não só ao estado, mas à toda a sociedade a tarefa de fornecer uma vida digna à toda pessoa nesta fase de desenvolvimento.

Ou seja, possuímos em nosso ordenamento jurídico legislação que protege especialmente ambos os sujeitos da prática estudada no presente trabalho. Existe tanto a proteção ao índio como um indivíduo que merece tratamento diferenciado em razão de sua condição, cultura e modo de viver, quanto a proteção da criança e do adolescente tendo em vista sua fragilidade ante a sociedade. Ambos são mais vulneráveis que o restante da sociedade e receberam este tratamento especial do legislador, colocando em choque estes institutos legais ao se analisar o infanticídio indígena.

Uma das formas de auxiliar no combate à prática do infanticídio indígena é a aprovação do controverso projeto de lei 1057/2007 que traz uma série de medidas que seriam tomadas pelo governo, no âmbito dos órgãos responsáveis, para proteção e efetivação dos direitos das crianças indígenas.

Por fim, mas não menos importante, o embate entre o direito à cultura e o direito à vida que ocorre na ponderação sobre a legalidade ou não da prática do infanticídio indígena no seio das tribos indígenas deixa evidente que antes de respeitar o livre exercício da cultura destes povos, o estado deve permitir e oportunizar a vida de seus integrantes, pois sem ela não há razão de ser de nenhuma outra regra.

A vida é o principal direito que temos e dele é que surge a possibilidade de efetivação de todos os outros. Sendo assim, é essencial que se busquem, cada vez mais, maneiras de acabar com a prática do infanticídio indígena, sempre se utilizando do diálogo com os povos que ainda o realizam, pois é a partir da conscientização da nocividade desta prática à existência destes povos que poderá ser alcançada uma redução dos números de morte de crianças indígenas.

Com o presente trabalho podemos perceber que a melhor maneira de lidar com o problema do infanticídio indígena é realizando um trabalho de conscientização junto às tribos indígenas, utilizando-se de toda proteção que as crianças indígenas possuem, levando em conta seu direito à vida. Cada vez mais as políticas públicas devem alcançar estes povos, respeitando o espaço da cultura existente em suas vidas. Em ocorrendo o crime, este deverá ser analisado ante nosso direito penal, não havendo qualquer impedimento para que quem comete este tipo de delito seja penalizado, porém, esta deve ser a última instância de interferência do estado nesta prática, tendo de ser tratada como prioridade a prevenção e educação para que os mesmos não ocorram.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1057/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#view>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**. IBGE, Rio de Janeiro, RJ, 2012. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 maio. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 mar. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 dez. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Institui o Estatuto do Índio. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 19 maio. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 119, de 2015**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122998?o=t>>. Acesso em: 26 set. 2018.

CAMACHO, Wilsimara Almeida Barreto. **“Infanticídio” indígena: o dilema da travessia**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012-2014, vol. 4.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 4.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord); PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Direito constitucional brasileiro: constituições econômicas e social** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, vol. III. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>>. Acesso em: 19 maio 2018.

DE MAGLIE, Cristina. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais** [livro eletrônico]. Tradução de Stephan Doering Darcie. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>>. Acesso em: 17 maio 2018.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. 2018. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/>>. Acesso em: 18 maio 2018.

DORNELLES, Ederson Nadir Pires (Coord); BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil: (in)visibilidade social e jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017.

FÁVERO, Flaminio. **Medicina legal: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia**. 12. ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991.

FULLER, Paulo Henrique Aranda (Coord); JÚNIOR, Marco Antonio Araujo (Coord); BARROSO, Darlan (Coord). **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>>. Acesso em: 28 set. 2018.

GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro** / Mércio Pereira Gomes. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

HELPER, Inácio; HAAS, Helga, AGNES, Clarice. **Normas para apresentação de trabalhos acadêmicos**. 10. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2017.

HUNGRIA, Nélon; CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao Código penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 5.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 4.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 4.

LARAIA, Roque de Barros, 1932. **Cultura: um conceito antropológico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

MAIA, Luciano Mariz. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos Índios. **Ministério Público Federal**. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/do_papel_da_pericia_antropologica_na_afirmacao_dos_direitos_dos_indios.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Habeas corpus criminal (307) – 1006406-13.2018.8.11.0000**. Impetrante: ATINI - Voz pela vida. Impetrado: juízo da 1ª Vara da Comarca de Nova Xavantina. Relator: Juvenal Pereira da Silva. Cuiabá, 11 jun. 2018. Disponível em: <<http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/>>. Acesso em: 29 set. 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada** [livro eletrônico]. 1. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>>. Acesso em: 18 maio 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. **Direito constitucional brasileiro: curso completo** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>>. Acesso em: 17 maio 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** [Livro Eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Mastersaf, 2018, vol. 1. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>>. Acesso em: 16 maio 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, vol. 2. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>>. Acesso em: 17 maio 2018.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio – tratamento jurídico-penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006.

SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. **Dicionário de conceitos históricos**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

SUZUKI, Márcia (Org.). **Redes Mãos Dadas**. Quebrando o silêncio – um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil, 2007. Disponível em: <http://www.redemaosdadas.org/wp-content/uploads/2013/11/Quebrando_o_Silencio_cartilha.pdf>. Acesso em: 14 maio 2018.

VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>>. Acesso em: 17 maio 2018.