****

**INFANTICÍDIO INDÍGENA:** A dicotomia entre a cultura indígena e a defesa do direito à vida1.

Ana Tamires Oliveira Soares Mendes e Paulo Ricardo Soares Lopes2

José Cláudio A. L. Cabral Marques3

**RESUMO**

Este presente trabalho possui o escopo de indicar soluções para os conflitos normativos e sociais oriundos do embate entre a cultura indígena e a cultura brasileira tradicional, na perspectiva do direito à vida. Para atingir tal objetivo, faz-se necessário dissecar a realidade cultural indígena, com relação à sua colocação no cenário jurídico brasileiro, bem como aplicar o posicionamento do Direito Penal Brasileiro neste caso em concreto. Até o presente momento, os posicionamentos científicos acerca desta temática não foram suficientemente elucidativos. Ocorre que existe uma discussão que ultrapassa os limites das barreiras do Direito, e avançam para além das questões sociais também. É diante deste contexto que,portanto, para que seja possível mitigar os questionamentos oriundos desta vertente da ciência do Direito, acredita-se que este presente trabalho auxiliará, respondendo aos questionamentos dos objetivos supracitados.

**Palavras-chave:** Infanticídio Indígena; Constitucional; Conflito; Cultura Indígena; Vida.

**1 INTRODUÇÃO**

O direito brasileiro é marcado por controvérsias que geram as conhecidas lides processuais. Nada obsta que um cidadão brasileiro seja capaz, dentro das limitações pertinentes, a ingressar em juízo, para defender, ou mesmo conquistar um direito que lhe é pertinente. Todavia, o Estado Brasileiro possui peculiaridades capazes de gerar situações diferentes à de outros países, tendo em vista que se trata de um país de dimensões continentais, onde não existe a uniformidade em muitas áreas, tais como as regionalidades típicas e as culturas populares de cada povo.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

1 Paper apresentado à disciplina processo penal II, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB.

2 Alunos do 7º período, do curso de Direito, da UNDB.

3 Professor, mestre, orientador.

O Brasil é caracterizado por ser um país que possui uma realidade multicultural, onde a diversidade está enraizada na grande maioria das classes sociais. Este cenário multiforme permite que realidades distintas se encontrem em todo e qualquer momento, assim como em qualquer ponto da sociedade brasileira. Com isso, é possível que aconteçam dois desdobramentos acerca desta temática: Por um lado, é passível de acontecer um processo de aculturação, e por outro lado, é possível haver o embate cultural, cujo os conflitos são predominantemente sociais e jurídicos.

Não que seja algo indiferente ao estudo científico, mas neste presente trabalho, o processo de aculturação antropológica não será esmiuçado com destaque algum. Pois nesta temática, interessa momentaneamente dissecar melhor o que se passa em relação aos embates relativos ao choque de culturas. O Objeto a ser desenvolvido aqui traz uma questão que não é recente, mas continua bastante forte no cenário jurídico e social do Brasil. Trata-se da prática do infanticídio indígena que propõe vertentes totalmente discrepantes e que consequentemente a isso, revela posicionamentos judiciais e doutrinários ao Direito.

O assunto denominado de infanticídio indígena necessita ser apurado com um grau de cuidado cada vez maior, tendo em vista que tal prática isolada não necessariamente venha a incidir no tipo penal que é previsto em lei. Todavia, uma coisa não deverá impedir a outra, e possivelmente as práticas religiosas das tribos indígenas poderão ser coibidas, desde que sejam decisões devidamente motivadas. Deste modo, há de ser observado cada aspecto que envolve esta presente discussão, passando por todos os pontos necessários para se chegar a uma conclusão.

Com isso, o raciocínio a ser desenvolvido irá requer primeiramente tecer algumas considerações dos pontos jurídicos, isto é, o que diz a Constituição e o Código Penal sobre os aspectos que envolvem o caso. Pois antes mesmo de se partir para o teor central da discussão, tais apontamentos são essenciais para a construção de um raciocínio que esteja bem edificado. Em seguida, será de salutar conhecimento a análise dos pontos que envolvem mais o âmbito social desta discussão, bem como as possíveis soluções, ou mesmo os nortes para isto.

**2 CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS**

O arcabouço jurídico brasileiro admite possibilidades de pontos controvertidos nas mais diversas áreas. O Direito Penal não poderia ser alheio a este detalhe, haja vista que a última ratio do Direito necessita de condutas típicas para que possa ser devidamente aplicada. Deste modo, os casos de morte de bebês indígenas precisam ser analisados a partir do viés jurídico ao que se encaixa o país, com o intuito de se observar como deve-se proceder diante desta situação de controvérsia. Pode-se dizer que existem pelo menos dois importantes embates na ceara judicial. Seria a Controvérsia Constitucional e a Controvérsia Penal. Estes dois pontos serão desdobrados a partir de agora.

**2.1 Âmbito Constitucional**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 decretou em seu texto legal algumas inovações ao cenário político e jurídico do país. O que parece ter ganhado bastante força com a carta magna foram os ditos Direitos Fundamentais, haja vista que as garantias constitucionais comentadas por Paulo Bonavides (2004) motivaram em boa parte a sua criação, oriunda de um contexto social altamente desejoso pelo cunho social democrático.

Contudo, existem direitos ditos fundamentais que não são capazes de conviver harmoniosamente num dado contexto. Dentre estes direitos, considerados fundamentais pela Constituição Federal e que aparentemente não convivem de forma concomitante, estão a liberdade religiosa indígena e o direito à vida. É salutar para esta presente discussão deixar claro que não se trata da liberdade religiosa em geral, mas de uma prática da religiosidade indígena especificamente. Portanto, seria uma ação religiosa que veementemente combate um outro direito fundamental, constitucionalmente previsto. Seria este, o Direito à vida.

É dentro de um contexto sistémico, embora maleável a intepretações substancialmente corroborativas que o Brasil, país de regime democrático, busca sempre o melhor meio de conciliação jurídica entre direitos que são propriamente garantidos em seu texto. Quanto a isto, Bonavides (2004, p. 128) assinala que:

Com efeito, em se tratando da Constituição, as fronteiras desta podem se delimitar com mais facilidade, compondo a moldura de um sistema aberto à ambiência social, com estruturas sociais explicáveis mediante processo de interação, informação, comunicação, a saber, no estilo cibernético já proposto a análise do Direito. Demais, a concepção sistémica da Constituição seria uma revisão profunda do conceito de constitucionalidade, que se alargaria consideravelmente numa pauta de flexão cujas exigências se mostraria sensível e acolhedor o juízo político, mas de todo infenso talvez o raciocínio puramente jurídico.

A questão se mostra bem simples de ser vislumbrada na realidade social que anseia tal harmonização a partir de uma realidade sistémica de Constitucionalidade. Contudo, solucionar conflitos nunca foi, e aparentemente nunca será uma tarefa fácil. Trata-se de travar realidades distintas com uma necessidade de mitigação ou mesmo uma resolução de embates de interesses controversos. É este o cenário das tribos indígenas que desejam ratificar suas culturas com suas tradições em paralelo a uma sociedade que vive sobre o regramento essencial, embora subsidiário, do Direito Penal.

Pois bem, no que diz respeito à previsão do texto constitucionalpropriamente dito, tem-se o artigo 5º inciso VI que garante a inviolabilidade não só da própria crença, mas também da prática dos cultos que forem pertinentes à crença em si. Tendo em vista que a lei brasileira possui como uma de suas características a generalidade, presume-se que os rituais e a crença indígena também são atingidos por este dispositivo.Elenca-se ainda a precisão do artigo 231 do texto constitucional que retira qualquer dúvida quanto à defesa da crença e dos ritos indígenas. Ocorre que o índio brasileiro possui a sua liberdade de atuação religiosa e proteção sobre a sua terra em que habita para os efeitos da lei brasileira, promovendo a igualdade resguardada pela mesma Constituição Federal.

Por outro lado, o próprio caput do artigo 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade do direito à vida. Tal direito é visto como absoluto na maioria das pendências jurídicas a serem resolvidas, justificando, em boa parte, os valores do Direito Brasileiro. Deste modo, forma-se no plano Constitucional um entrave significativo, capaz de gerar discussões da aplicabilidade dos direitos que são resguardados pelo texto legal.

Entretanto, Paulo Bonavides (2004) ressalta que as normas da Constituição Federal possuem várias possibilidades de aplicação e que elas não poderão ser observadas apenas pelo seu caráter legalista quando for necessário a resolução de conflitos normativos. Pois a Carta magna requer uma interpretação contextualizada com a realidade que ela vige. Portanto, é necessário observar o caso concreto para que seja possível saber qual Direito irá prevalecer, e consequentemente a isto, obter respostas aos conflitos existentes.

**2.2 Âmbito Penal**

Quanto à discussão acerca desta dicotomia entre os direitos em questão, é preciso também que sejam consideradas as questões penais que geram possíveis controvérsias. Pois os casos de índios que são mortos ainda recém-nascidos são capazes de serem tipificados no Direito Penal. Ao que parece, o crime que estaria sendo cometido nos rituais indígenas seria o infanticídio, embora existam divergências da doutrina penalista acerca desta própria temática. Rogério Greco (2013), com base no código penal, aponta que o crime de infanticídio necessita da presença da condição elementar do crime que é o Estado Puerperal. Quanto ao estado puerperal, Rogério Greco (2013, p. 2010) assinala que:

Apesar da definição médica trazida à colação, tem-se entendido que o chamado estado puerperal não é tão somente aquele que se desenvolve após o parto, incluindo-se nesse raciocínio o período do parto e também do sobreparto. Durante este período, a parturiente sofre abalos de natureza psicológica que a influenciam para que decida causar a morte do próprio filho.

Ocorre que o estado puerperal, condição elementar do crime, não parece ser a causa dos ditos “infanticídios indígenas” que acontecem nas tribos brasileiras. Pois aparentemente não se trata de uma situação de transtorno mental que as mães estão passando. Deste modo, vale ressaltar que na ausência da condição elementar de um crime, pode-se chegar a dois pontos: Ou conduz a conduta a um fato atípico, ou poderá recair sobre outro fato típico também previsto no código penal.

A partir deste ponto, é possível classificar a conduta como crime de homicídio (artigo 121, CP), ao invés de infanticídio. Isto é, não havendo as condições elementares do crime, acabará podendo recair numa conduta típica de outro crime, no caso, mais grave. Rogério Greco (2013) alude para o fato de que por conta de ser um crime próprio, o infanticídio também necessita ser cometido pela mãe da criança recém-nascida. Isto também precisa ser verificado quanto as práticas indígenas em questão. Pois não sendo a mãe o agente passivo, nunca se há de falar em infanticídio.

Deste modo, também será no caso concreto que o Direito Penal irá se manifestar quanto à classificação da conduta típica. Pois há divergências quanto às práticas referentes às religiões serem ou não infanticídio, de modo que pelo princípio da taxatividade, somente será crime aquilo que estiver previsto em lei como sendo um crime.

**3 CONTROVÉRSIAS SOCIAIS**

Partindo dos pressupostos legais, anteriormente mencionados, é plausível identificar também os pontos controvertidos acerca do parâmetro social desta discussão. Ocorre que foi bastante salutar ter pontuado a priori, o que a ordem legal disserta sobre estes paradigmas, bem como qual seria ou seriam as possíveis resoluções capazes de solucionar os conflitos que são pertinentes a estes casos. Pois trata-se da base cujo o Estado brasileiro deverá agir. Apesar de haver respostas alcançáveis, a aplicação do Direito no plano real requer peculiaridades muito fortes e difíceis, sobretudo quando envolve o Direito Penal. Pois as consequências sempre serão severas para qualquer um dos lados.

Contudo, o conflito da liberdade religiosa com o direito à vida que é trazido por este caso específico não atinge apenas a esfera Constitucional e Penal, embora sejam bastante exploradas em suas respectivas aplicações. Trata-se também de abordar a perspectiva dos Direitos Humanos, que hoje são baluarte das civilizações ocidentais e algumas outras orientais e miscigenadas culturalmente. Quando se acusa alguém de praticar o infanticídio, não se coloca em discussão apenas os desdobramentos processuais e materiais que envolvem a questão. Coloca-se também a proteção dita universal pelas sociedades que aderem esta declaração de 1948, mesmo não havendo anuência de toda a população de um país. Um bom exemplo disso seria o Brasil que possui dimensões continentais e que consequentemente a isso possui um caráter multicultural.

Diante destes parâmetros, acredita-se que a partir da ótica dos Direitos Humanos, o bom desenvolvimento deste trabalho passa também por uma visão acerca do diálogo intercultural que se faz necessário, bem como os apontamentos das questões éticas e bioéticas que travam esta discussão. Pois é bom ressaltar que o Direito positivo que vige nos Estados adeptos à Declaração Universal dos Direitos humanos são alicerçados por estes e outros aspectos pertinentes ao âmbito social.

**3.1 Diálogo Intercultural**

Existe um conflito de interesses sociais bem claro quando se põe em contraponto as práticas indígenas referentes ao que se chama de “infanticídio indígena”. Por um lado, se defende os princípios mais basilares da moral ocidental, dentre eles a vida. Por outro lado, está em jogo a defesa de uma minoria que é também sujeito de direitos, não apenas legalmente, mas socialmente, e que tem ganhado força nos últimos tempos. O Brasil é um país que possui uma diversidade cultural muito forte, onde não se imagina que tais conflitos sejam mitigados. Ao contrário disso, eles tendem a serem maximizados com o tempo. Quanto à diversidade cultural, Paulo Bonavides (1999, p. 488) assinala que:

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

Ocorre que esta constatação, inclusive doutrinária, não é capaz de resolver os conflitos. Não que se almeje nos dias de hoje resolver totalmente todos os entraves acerca destes aspectos mencionados, mas a realidade necessita de respostas para o seu bom funcionamento. Pois bem, quando existe um conflito, não parece haver solução melhor que não seja o diálogo. Neste caso, parece ser salutar a existência de um diálogo intercultural. Quanto a isto, Wanessa Wieser (2010, p.4) assinala que:

No entanto, apesar da Constituição Brasileira garantir, num capítulo especial, artigos 231 (desdobrado em seis parágrafos) e 232 os direitos dos índios, onde ressaltam o reconhecimento da identidade cultural própria e diferenciada dos grupos indígenas (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições), o Estado deverá ainda adotar uma política antropológica comunicativa, facilitando assim o diálogo entre culturas distintas, respeitando a existência do dinamismo cultural.

Deste modo, parece-se ser um ponto comum a este meio, a necessidade específica do diálogo entre as culturas que se chocam diante dos valores que são colocados em destaque nesta presente discussão. Lucas de Sousa Silva (2014) já aponta para a necessidade de o Estado realizar uma espécie de ponderação dos valores que baseiam a sociedade brasileira de forma geral, afim de que seja possível haver um ponto médio entre as culturas e não mais focar nas diferenças mais do que óbvias. Nesta mesma linha, observa Samuel Corrêa (2010) que é preciso encontrar um ponto central e similar para a disseminação dos direitos humanos que sejam verdadeiramente universais. Este ponto seria oriundo do diálogo intercultural.

**3.2 Questões éticas e bioéticas**

No que concerne às bases éticas e bioéticas da sociedade brasileira, é necessário ponderar alguns aspectos importantes. Mergulhar em pontos como estes podem ser decisivos para que uma análise possa ser devidamente realizada. Pois quando O Direito não é uma ferramenta suficientemente capaz de solucionar os conflitos pertinentes à sociedade, os valores sociais devem ser buscados como respostas. No que tange à Ética e a bioética, há de ser considerada a vertente da civilização ocidental, que pouco se encontra com a civilização indígena.

O que deve ser ponderado inicialmente, é que mesmo as possíveis práticas de um infanticídio nas aldeias indígenas não são totalmente aceitas dentro do próprio contexto em que são realizadas. Quanto a isto, Valéria TrigueiroAdinolfi (200? , p. 7) assinala que:

Ou seja, ainda que seja aceito, o infanticídio não é ato pacífico, é sempre um ato severamente regulado, o que demonstra que não é visto como situação ideal, não é norma moral desejável, é uma prática no máximo aceitável para as sociedades e culturas que o praticam, mas não desejável. Isto traz a questão da moralidade do infanticídio, e dos debates na Bioética a esse respeito.

Percebe-se, portanto, que tal prática não é absoluta nem mesmo na realidade indígena brasileira e que deste modo, é plausível de haver a coibição de práticas do infanticídio indígena. Com isso, havendo uma relação de diálogo entre as culturas, bem como a busca dos valores éticos e bioéticos da sociedade em comum, torna-se possível ponderar os casos de infanticídio indígena que estão inseridos não apenas no contexto religioso e social dastribos, mas também fazem parte do Direito brasileiro vigente. Todavia, a prática forense não revela toda esta facilidade. Sempre existiram pontos controvertidos capazes de gerar novos conflitos e situações que não sejam facilmente resolvidos. Isto apenas fortalece o entendimento de que o diálogo intercultural precisa ser ainda mais presente no Direito brasileiro, quando questões deste tipo de vertente forem enfrentadas.

**4 CONCLUSÃO**

Diante dos apontamentos realizados ao longo desta presente discussão, parece bem claro a possibilidade de se chegar a algumas considerações finais. Antes de tudo, não parece que existe uma solução pronta para a resolução destes conflitos ideológicos, mas existe a possibilidade de indicar caminhos capazes de buscar tais soluções.

Primeiro, o diálogo intercultural se demonstra como grande aliado para o enfretamento deste dissídio. Observa-se que não parece ser razoável abrir mãos dos ideais de cada contexto cívico sem propor um debate que não almejasse o enfrentamento direto, mas sim, a conciliação dos pontos ecumênicos. Isto proporcionaria a construção de ideias similares, e a tolerância dos pontos controvertidos que existirem. No que compete ao infanticídio indígena, é preciso descrever os motivos que levam uma tribo indígena para a realização desta prática. A partir disso, será possível encontrar soluções que permitam mitigar os desencontros de ambos os lados, sem que algum aspecto saia gravemente prejudicado.

Elenca-se ainda que a apuração das questões éticas e bioéticas desenvolvem mais as possibilidades de uma resposta para este caso. O infanticídio indígena não se trata apenas de questões do Direito, nem mesmo param no travar das questões sociais. Pois o que vai além de cada um destes preceitos são os valores que alicerçam os costumes e rege o bom direcionamento de uma sociedade. Neste caso, é possível almejar uma unidade dentre as duas civilizações que possuem valores similares. São estes pontos que serão capazes de encontrar aspectos suficientemente próximos para responder os questionamentos jurídicos, sociais, éticos e bioéticos do caso do infanticídio indígena e que também regem todas as culturas da sociedade brasileira.

**REFERÊNCIAS**

ADINOLFI, Valéria Trigueiro. **Enfrentando o infanticídio: bioética, direitos**

**humanos e qualidade de vida das crianças indígenas.**

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** - 24. e.d – São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. VadeMecum compacto de Direito Rideel 10. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal:** Promulgado em 7 de dezembro de 1940.VadeMecum compacto de Direito Rideel 10. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

CORRÊA, Samuel. **Direitos humanos e o diálogo intercultural: análise do**

**infanticídio por motivos culturais em tribos indígenas do Brasil.**Cesa, Gabriela (orientadora). UNISUL. Tubarão, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal V.2, 10.ED**: Parte Especial Art. 121 A 154 B do CP. Niterói: impetus, 2013.

SILVA, Lucas de Souza. **O infanticídio indígena no Brasil.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4179, 10 dez. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31048>. Acesso em: 9 maio 2016.

WIESER, Wanessa. **Infanticídio nas comunidades indígenas no Brasil.**2010.