

# O INFANTICÍDIO INDÍGENA COMO BEM CULTURAL LIMITADO PELOS DIREITOS HUMANOS

**Natália Pessoa de Oliveira<sup>1</sup>; Alexei Ramos de Amorim Filho<sup>2</sup>; Orientador: Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva<sup>3</sup>**

*<sup>1</sup>Universidade Estadual da Paraíba, natpessoaoliveira@hotmail.com; <sup>2</sup>Universidade Estadual da Paraíba alexeamorimf@gmail.com; <sup>3</sup>Universidade Estadual da Paraíba, lucianonascimento@hotmail.com.*

## RESUMO

O estudo objetivou analisar o conflito normativo existente no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao infanticídio indígena, pois as legislações em vigor apontam para diferentes posicionamentos quanto a esta prática, que apesar de sofrer progressiva extinção, ainda é recorrente em tribos isoladas e de difícil acesso. Na primeira vertente, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e os direitos fundamentais constitucionais, que apontam para a criminalização desta prática, baseados na teoria universalista dos direitos humanos; na segunda, tem-se o Estatuto dos Índios e os direitos desses povos previstos na Constituição Federal, com fulcro na teoria relativista, que defendem a preservação desta tradição enquanto bem cultural dos índios a ser zelado pelas autoridades e órgãos públicos. Pretendeu-se, assim, analisar os institutos legislativos pertinentes ao tema e as respectivas teorias nas quais se fundamentam, para enfim se chegar a um posicionamento seguro sobre a teoria adequada ao problema em questão. Esta pesquisa justificou-se pela necessidade de solucionar um embate entre normas sobre uma temática de tamanha relevância no Direito brasileiro, a fim de proporcionar segurança jurídica aos juristas e operadores desta ciência. Neste trabalho, utilizou-se de revisões bibliográficas, através da confrontação das leis relacionadas ao tema em estudo, bem como das teorias de direitos humanos nas quais se sustentam.

**Palavras-chave:** Legislação, teorias; juristas, morte de crianças, tradição.

## 1 Introdução

O infanticídio indígena é prática corriqueira em algumas tribos brasileiras, e corresponde à morte de crianças pelos pais por diversos motivos, entre eles a má formação congênita, deficiência física, gemelaridade, gravidez indesejada, crianças provenientes de relações extraconjugais ou preferência pelo sexo masculino. Os filhos são vítimas de extrema crueldade, podendo ser enterrados vivos, asfixiados, abandonados na floresta ou envenenados. Para os índios, tal prática é um gesto de amor e proteção aos recém-nascidos.

Todos os anos, de acordo com estatísticas de ONGs, órgãos do governo e missionários, centenas de crianças são vítimas desse tipo de violência. Levantamentos da FUNASA apontam a perpetuação desta prática em cerca de treze etnias nacionais. Apesar do seu gradativo desaparecimento, com a aculturação progressiva dos povos indígenas, a mesma preserva-se nas tribos mais isoladas e de difícil acesso.

A questão apresenta-se com destacada importância no Direito brasileiro, pois não há uma lei específica que discipline o problema em questão, apesar de já tramitar no Congresso legislação disciplinadora do assunto, o PL 119/2015.

Ainda, o tema é de alta relevância por envolver o direito difuso das crianças, vítimas da prática do infanticídio indígena, e dos índios, pois é um direito transindividual, pertencente à coletividade desses povos, que estão ligados pelas mesmas circunstâncias fáticas, que são as tradições culturais, hábitos, religião, rituais e crenças das quais partilham.

Ressalte-se a diferença existente entre o infanticídio como bem cultural próprio da tradição indígena e o conceito existente no Código Penal brasileiro. Neste, infanticídio é a morte do filho pela própria mãe logo após o seu nascimento, justificada pelo estado puerperal em que a mesma se encontra, relacionada a questões emocionais e psicológicas, o que a faz receber uma pena menor do que a devida em condições normais.

Enquanto não há apreciação do referido projeto, tem-se um embate de leis no ordenamento jurídico brasileiro em vigor, pois simultaneamente vigoram legislações que apontam para diferentes posicionamentos quanto ao infanticídio indígena: o primeiro, para a sua criminalização; o segundo, para a sua preservação enquanto tradição cultural dos índios.

Na primeira vertente, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, bem como o Código Penal, que tipifica a conduta do homicídio. Tem-se, ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a própria Constituição Federal, na seção de direitos e garantias fundamentais, que têm em comum a proteção à vida como bem supremo. Na segunda corrente, tem-se o Estatuto dos Índios e a CF, na seção dos povos indígenas, que apontam para a preservação dos seus costumes na sua integralidade.

Dessa forma, dois posicionamentos são formulados: o primeiro é o de que os Direitos Humanos devem ser colocados acima de toda a legislação, pois são prerrogativas inerentes à condição humana, e, portanto, devem ser preservados a qualquer custo. A preservação das tradições indígenas,

assim, estaria limitada por tais garantias fundamentais, que se mostram supremas. É a teoria do universalismo dos Direitos Humanos.

A segunda corrente aponta para a absoluta preservação da cultura indígena, pois cada contexto social apresenta uma diferente concepção de valores, princípios e crenças. Cada sociedade é construída de uma forma diferente, e por isso, não é possível impor a aplicação geral dos Direitos Humanos para todos os povos, na medida que estes também correspondem à maneira de pensar de um determinado povo, os ocidentais. Os direitos humanos não seriam universais, pois seriam construídos diferentemente em cada grupo social. As suas diferentes formas de expressão impedem a elaboração de um padrão a ser aplicado. É a corrente do relativismo dos Direitos Humanos.

Este estudo justificou-se pela necessidade de se encontrar um posicionamento sólido a ser adotado pelos juristas e operadores do Direito no que tange à aceitação ou não do infanticídio indígena como prática cultural a ser preservada, pois o ordenamento jurídico não apresenta uma resposta clara sobre a forma de se lidar com essa questão.

Objetivou-se analisar os preceitos normativos relacionados ao tema, para em seguida adotar-se uma das correntes supracitadas, a fim de se elucidar a questão do infanticídio indígena no Direito vigente.

## **2. Metodologia**

Nesta pesquisa, utilizou-se a metodologia de revisão bibliográfica, através da análise de legislações relacionadas ao infanticídio indígena. Foram examinados institutos do Código Penal; da Declaração Universal dos Direitos Humanos; do Estatuto da Criança e do Adolescente e os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. O mesmo foi feito com os direitos dos índios previstos na CF e no Estatuto dos Índios. Em seguida, confrontou-se tais leis, que apontam em sentido contrário quanto ao tema do infanticídio, e por fim se chegou à conclusão sobre qual a corrente mais apropriada ao problema em estudo, que são a de relativização e universalização dos direitos humanos previstos na Declaração de 1948.

## **3 Resultados e Discussão**

### **3.1 A criminalização do infanticídio indígena**

A legislação brasileira possui diversos institutos de proteção à vida, disposta na Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, como uma garantia fundamental do cidadão. Da mesma forma o faz a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que coloca a vida e o respeito ao ser humano como forma de preservação de sua dignidade, e conseqüentemente, bem supremo a ser zelado. Assim dispõem seus artigos: “*Art. III: Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal; Art. V: Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.*”

Já as crianças, diante de sua impossibilidade de defesa e da alta vulnerabilidade em que se encontram, gozam de especial proteção no ordenamento jurídico. A Constituição Federal eleva a proteção à infância ao patamar de direito social (artigo 6º, *caput*), enquanto a Lei 8.069/90 (ECA) se ocupa de dispor sobre a proteção integral da criança e do adolescente, ao garantir-lhes uma série de direitos, entre eles: “*Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais*”.

De acordo com tais legislações, não se suscitam dúvidas sobre o repúdio à prática do infanticídio indígena, diante da generalidade das normas em análise, que se destinam a todos os indivíduos e a todas as crianças, sem exceção. A cultura a que pertencem não seriam óbices à aplicação de tais institutos, pois a proteção aos direitos fundamentais da criança deve se sobrepor a qualquer tradição na qual estejam inseridas.

O Código Penal, por sua vez, se ocupa de punir, através da restrição da liberdade, aquele que violar tais garantias essenciais, pois tipifica o crime de homicídio, em seu artigo 121, que pode sofrer um aumento considerável a depender dos meios para sua realização, o chamado homicídio qualificado:

*Homicídio simples*

*Art. 121. Matar alguém:*

*Pena - reclusão, de seis a vinte anos.*

*Homicídio qualificado*

*§ 2º Se o homicídio é cometido:*

*III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; Pena - reclusão, de doze a trinta anos.*

Sem dúvidas, tal crime se adequa à prática do infanticídio, funcionando como mecanismo coibidor de sua perpetuação em tribos indígenas.

### **3.2 A aceitação do infanticídio como prática cultural**

Por outro lado, enquanto tais legislações têm êxito na inibição da tradição indígena de matar recém-nascidos, quando aplicadas ao caso, existem outros mecanismos legais que favorecem esta prática e podem ser utilizados para proteger quem as realiza, na medida que buscam a preservação da cultura dos índios em sua integralidade. Entre elas, está a Lei 6001/73, o Estatuto dos Índios, que assim dispõe:

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

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

No mesmo sentido, a Constituição Federal, na seção sobre os direitos desses povos:

*Art. 231: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.*

De acordo com tais dispositivos, os bens culturais indígenas devem ser preservados, pois estes povos possuem crenças, tradições e costumes diferentes da civilização ocidental. Sendo assim, “*observa-se com facilidade que diferentes grupos consideram diferentes coisas desviantes*” (BECKER, 2008, p.17). Ainda, de acordo com Bauman, “*o fato de as imagens de bem e mal diferirem de um lugar a outro [...] não tem sido segredo*” (BAUMAN, 1997, p.48).

### **3.3 O relativismo e o universalismo dos direitos humanos**

Os dois posicionamentos acima expostos apresentam diferentes respostas ao conflito existente no ordenamento jurídico brasileiro sobre a forma de se lidar com o infanticídio indígena. O primeiro deles sustenta a criminalização desta prática, pois coloca a vida como bem supremo, superior a quaisquer tradições culturais. O segundo, por sua vez, defende a sua aceitação como uma prática cultural a ser preservada, pois outros povos possuem diferentes concepções do justo e correto.

Ambas as teses possuem amparo em teorias relacionadas aos direitos humanos. A primeira delas é a teoria relativista, segundo a qual os direitos humanos não podem ser impostos a todas as culturas, pois cada uma delas possuem diferentes valores:

*O relativismo cultural dos Direitos Humanos consiste no fato de que cada cultura, com suas crenças e princípios, valoriza e conceitua de forma distinta o que são os Direitos Humanos. Para os seguidores da teoria relativista, os Direitos Humanos, sendo obra do Ocidente, devem ser aplicados apenas lá, pois foi esta a forma encontrada pelo Ocidente de prestar dignidade humana. Mas essa dignidade, ainda que tenha um valor universal, conhece muitas formas de expressão, tendo ela diferentes concepções entre diversas culturas. (MOSCOSO, 2010)*

Para os seus defensores, a adoção desta teoria é a única forma de garantir o multiculturalismo em um mesmo espaço territorial, e no infanticídio indígena, uma maneira de preservação de um patrimônio histórico imaterial. Assim:

*A concepção relativista dos Direitos Humanos defende que não deve ocorrer a imposição de valores, na medida em que as ideias sobre o direito surgem em um dado momento histórico, e de acordo com a cultura de cada sociedade, não existindo um conceito universal sobre o direito. Noutras palavras, a concepção relativista dos Direitos Humanos entende que tais direitos estão sujeitos a variações, de acordo com as diferentes bases culturais sobre as quais se desenvolveu uma sociedade. (MARTINS, 2011)*

A teoria universalista, por sua vez, sustenta que os direitos humanos devem ser desfrutados por todos, independentemente de sua religião, nacionalidade ou cultura, pois são inerentes à condição humana e mostram-se como os minimamente necessários a uma vida digna. Nesse contexto, estes direitos estão superiores a qualquer tradição cultural, e devem ser tidos como parâmetro quando houver conflito entre eles e determinadas práticas culturais.

Aplicando-a ao caso em questão, o direito constitucional à vida e o direito difuso da criança à proteção contra formas de violência e crueldade que atentem aos seus direitos fundamentais devem ser postos acima do direito difuso dos índios à proteção de seus costumes, mesmo que em consequência estes sejam minimamente feridos. Sendo assim, apesar de bem cultural, o infanticídio indígena está limitado pelos direitos humanos, e por isso não podem ser aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

*Para esta teoria, existe um conjunto de direitos mínimos inerentes a todos os povos tendo eles um alcance maior, que vai além das divergências culturais e atingem a própria natureza humana. A doutrina universalista usa como essência dos seus fundamentos as concepções advindas do direito natural. Segundo este, as leis naturais estabeleceriam alguns direitos inerentes a todos os seres humanos, e conceberiam, em consequência, uma lei superior, que seria considerada o parâmetro supremo a ser adotado na elaboração das normas humanísticas nacionais e internacionais. (MOSCOSO, 2010).*

Segundo Sérgio de Oliveira Netto,

*Para os universalistas, existiria um conjunto de direitos mínimos herdados por todos os povos. Estas prerrogativas mínimas iriam além das divergências culturais, e deveriam funcionar como verdadeiro norte magnético na confecção das leis sobre direitos humanos. Estas regras elementares forneceriam diretrizes a serem perseguidas para a proteção dos integrantes de uma sociedade. (OLIVEIRA, 2001)*

Diante dos bens juridicamente tutelados que se encontram em choque na prática do infanticídio indígena, conforme demonstrado nos institutos legais analisados, é necessário lhes atribuir valores a fim de se chegar ao direito que deve se sobressair, ou seja, àquele que deve ser priorizado em face dos demais. No caso em estudo, os principais pontos em confronto são o direito à vida, pertencente às crianças vítimas do infanticídio e esta tradição indígena enquanto bem cultural.

Sendo assim, é evidente que a vida é um direito fundamental presente na Constituição Federal (artigo 5º) e tutelado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo III), e que por isso merece especial atenção por parte dos juristas e operadores do Direito. Priorizá-la em face de uma cultura é concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, tida como fundamento da República Federativa do Brasil. Ainda, colocar este bem jurídico como direito supremo é garantir a unidade do ordenamento jurídico, pois é respeitar o direito difuso da criança do artigo 5º do ECA, segundo o qual nenhuma criança será objeto de qualquer forma de violência ou crueldade que atente aos seus direitos fundamentais.

Portanto, diante da supremacia do direito à vida, que indubitavelmente é universal, devendo transpor quaisquer barreiras culturais, esta deve ser preservada em quaisquer hipóteses, mesmo que em conflito com o costume de um determinado povo, no caso em tela o infanticídio dos indígenas, pois é preferível que vidas de crianças sejam preservadas, mesmo que para isso determinada cultura seja minimamente agredida. A teoria que melhor responde o problema desta pesquisa, portanto, é a teoria universalista dos direitos humanos, justificada por todos os pontos anteriormente expostos e argumentados.

#### **4. Conclusões**

Diante do emblema que se põe ao se confrontar tais normas, é necessário valorar os bens juridicamente tutelados como forma de solucionar a questão, a fim de se estabelecer uma hierarquia entre eles, para então se chegar a um posicionamento fundado sobre a corrente a ser adotada. Nessa

temática, os bens que disputam uma maior proteção legislativa são o direito à vida, das crianças, e o direito à prática cultural do infanticídio, dos índios.

Ao analisar tais sujeitos de direito, bem como os direitos em si a serem protegidos, é evidente que o direito à vida, consagrado na Declaração Universal de 1948, bem como a proteção ao ser humano, que não deve ser submetido a nenhum tratamento degradante, põe-se como o maior desses valores, a ser buscado e preservado na maior medida possível. Para tanto, é necessário universalizar esse direito, mesmo que em face dele alguma prática cultural tenha que ser minimamente ofendida para que a preservação da vida e da dignidade humana seja alcançada.

Diante da linha protetiva do ser humano enquanto sujeito de direito, sobre a qual a Constituição Cidadã de 1988 é construída, e perante a sua superioridade hierárquica enquanto Texto Maior, a ser a fundamentação de todos os demais dispositivos legais do ordenamento, a teoria do universalismo dos direitos humanos mostra-se como a mais adequada a ser seguida pelos juristas, pois é a que se mostra mais compatível com os princípios norteadores não só da CF, mas de todos os estatutos normativos atualmente em vigor.

Caso não fosse essa a linha de pensamento adotada, centenas de crianças seriam penalizadas com a perda de sua vida em nome da preservação da cultura indígena. Por isso, a busca pela dignidade da pessoa humana, alcançada com a universalização dos direitos humanos, deve ser a resposta para a questão da prática do infanticídio indígena.

## **5 Referências Bibliográficas**

BAUMAN, Z. *Ética pós-moderna*. 2.ed. São Paulo: Paulus, 2003.

BECKER, Howard. *Outsiders*. New York, Free Press, 1973.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Rio de Janeiro.

BRASIL. *Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília.

BRASIL. *Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio. *Relativismo ou universalismo das leis sobre direitos humanos*, 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2041/relativismo-ou-universalismo-das-leis-sobre-direitos-humanos>>. Acesso em: 31/07/2017.

MARTINS, Urá Lobato. *Direitos Humanos: universalismo versus relativismo*, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19027/direitos-humanos-universalismo-versus-relativismo>>. Acesso em: 31/07/2017.

MOSCOSO, Igor Matos. *Direitos Humanos e o Infanticídio na Cultura Indígena*. Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 24/07/2017.