

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

PARECER

Referência: Indicação nº 030/2016, sobre Projeto de Lei nº 1057/2007, de autoria do Deputado Henrique Afonso (PV-AC), sobre o chamado **infanticídio indígena**.

Obs: o PL foi aprovado na Câmara e está em curso no Senado Federal sob o nº 119/2015, Relator Senador Paulo Paim.

Palavras-chave: Direitos fundamentais – Indígenas – Direito à vida – Direito a valores, práticas sociais, culturais e espirituais – Prevalência de direitos – Infanticídio – Tradições ou práticas *nocivas* – Conceito

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Normas de regência; 2.1 – Tratados Internacionais; 2.2 – Constituição Federal; 2.3 – Legislação Ordinária; 3 – Princípio Fundamental da Dignidade Humana; 4 – Elementos Informativos do Desenho de Lei; 4.1 – Homicídio de recém-nascido e infanticídio; 4.2 – homicídio de recém-nascido, infanticídio e estado puerperal; 4.3 – práticas tradicionais, perspectivismo e pluralismo jurídico; 4.4 – o que são práticas “nocivas”, *cara pálida*? 4.5 – quem é indígena segundo a legislação brasileira? 5 – O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e a identificação da norma constitucional prevalente na hipótese em discussão; 5.1 – postulados hermenêuticos; 5.1.1 – a unidade do ordenamento jurídico; 5.1.2 – a ponderação de bens e valores; 5.1.3 – a igualdade; 5.1.4 – a proporcionalidade; 6 – Conclusão

1– INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, o projeto de lei em referência visa considerar **nocivas** determinadas práticas **tradicionais** indígenas, por atentarem contra a vida e a

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

integridade físico-psíquicas de crianças. O art. 2º do desenho de lei assim as relaciona:

Art. 2º. Para fins desta lei, consideram-se **nocivas** as práticas **tradicionais** que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como:

- I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores;
- II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla;
- III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais;
- IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero;
- V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão;
- VI. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo;
- VII. homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;
- VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo;
- IX. homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto
- X. de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição;
- XI. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas;
- XII. Maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança.
- XIII. Todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional.

Em razão da temática, a proposta legislativa está sendo chamada pelos meios de comunicação de “PL do Infanticídio Indígena” ou “Lei Muwaji”, em homenagem a uma indígena 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 proposição vem suscitando acalorados debates perante a opinião pública e em segmentos do mundo acadêmico, seja sob a ótica jurídica ou das ciências sociais.

2 – NORMAS DE REGÊNCIA

O embate acerca da identificação do preceito fundamental prevalente em certos casos não é de fácil solução, sobretudo, como é a hipótese presente, quando este confronto se dá entre o direito à vida da criança indígena e o direito à autonomia sociocultural destes povos, posto que ambos estão abarcados pelo princípio maior da **dignidade humana**.

Acirra-se a dissensão quando se examinam as normativas orientadoras da matéria, sejam elas originárias de tratados internacionais, estarem revestidas de caráter constitucional ou mesmo aquelas em vigor na esfera da legislação ordinária.

Daí ser necessária a prévia alusão aos instrumentos jurídicos que regem a temática indígena e de proteção à criança, à luz destes princípios maiores. Somente assim será possível proceder-se à ponderação entre de direitos que deve orientar o legislador no seu intento de disciplinar juridicamente o chamado “infanticídio indígena”.

2.1 – Tratados Internacionais

Tenha-se, por início, que o País firmou a **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**, internalizando suas regras gerais no ordenamento interno através do Decreto nº 99.710, de 21/11/1990. Por outro lado, o Brasil também é subscritor de outros tratados internacionais, entre os quais: (i) **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, recepcionado pelo Decreto nº 592, de 06/06/1992 e (ii) **Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os povos indígenas e tribais**, que está inserida no Direito Positivo pátrio por meio do Decreto nº 5.051, de 19/04/2004.

O primeiro desses documentos estatui em seu artigo 2º, alínea 2, que os “Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a **proteção da criança** contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição,

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares”.

Os demais estabelecem que nos “Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias **não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua**” (*i* – art. 27), assegurando, outrossim, que devem ser “reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais próprios dos povos mencionados [indígenas e tribais] e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente” (*ii* – art. 5º, *e*).

À simples vista de olhos, já se verifica que a matéria vislumbra conflito de preceitos fundamentais muitos caros, quais sejam, o **direito à vida de crianças**, sob um prisma, e, de outro, o **direito à autonomia sociocultural dos povos indígenas**.

2.2 – Constituição Federal

O dilema se mantém com idêntica intensidade no âmbito constitucional. A Constituição de 1988 assegura em seus artigos 227 e 231, em pé de igualdade, tanto o direito à vida de crianças e adolescentes como também o direitos dos indígenas de manterem organização social, costumes, línguas, crenças e tradições próprias. *Verbis*:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do 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 colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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.

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

Como se vê claramente, a Carta Política estabelece ser dever de todos zelar para que se assegure prioridade absoluta à criança, reconhecendo, igualmente, a autonomia sociocultural dos indígenas, com suas crenças e tradições.

2.3 – Legislação Ordinária

Além dos dispositivos internacionais e constitucionais antes citados, no que tange ao ordenamento ordinário o **Estatuto do Índio** - Lei nº 6.001, de 19/12/1973 – prevê em seu artigo 2º que cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos, entre os quais:

III - respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição;

IV - **assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;**

VI - respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes;

Em contraponto, o **Estatuto da Criança e do Adolescente** – Lei nº 8.089, de 13/06/1990 – estabelece, em seus artigos 4º e 5º, que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, 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. E mais:

Parágrafo único. A garantia de **prioridade** compreende:

- a) **primazia de receber proteção** e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

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.

Dessa duplicidade de proteção a **direitos fundamentais** estreitamente vinculados à **dignidade da pessoa humana**, pois tanto o da proteção integral à criança quanto o da autonomia social e cultural indígena se incluem nessa ampla acepção, resulta conflito de tormentosa solução, posto que ambos se incluam neste círculo principiológico mais abrangente, de viés, por assim dizer, metafísico, de **caráter universal**, cujo anel de maior circunferência é a dignidade da pessoa humana, que representa uma valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional.

3 – PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE HUMANA

Entre os princípios fundantes em que se assenta a república brasileira destacam-se a **cidadania** e a **dignidade da pessoa humana**.

Formalmente, a **cidadania** pode ser definida “como a condição de membro de um Estado-Nação”. No dizer de Cretella Jr, se “nacionalidade é a sujeição por nascimento ou por adoção do indivíduo ao Estado, para o gozo e exercício desses mesmos direitos políticos, cidadania é a habilitação do nacional para o exercício desses mesmos direitos, cumpridos os requisitos legais”¹. Trata-se do que a partir dos anos 1950 passou-se a chamar de **cidadania substantiva**,

¹ CRETELLAR JR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 138.

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

definida como a posse por cada indivíduo e pela população como um todo de um corpo de direitos políticos e, especialmente, sociais².

O **princípio da dignidade humana** figura no topo destes direitos políticos, posto que toda pessoa é única e “nela habita o todo universal” (M. Reale). Em noção muito simplificada, o princípio da dignidade humana pode ser definido como a proclamação de um valor distinto para toda pessoa, revestindo-se, como consequência lógica, da afirmação de direitos específicos de cada ser humano, sem distinções de gênero, raça, cor, credo e outras.

Em suas várias concepções, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser verificado sob **três dimensões**: individual, coletiva e personalista. A primeira, pressupõe que cada ser humano, cuidando dos seus próprios interesses, protege e realiza os interesses da coletividade como um todo; a dimensão coletiva prioriza o bem global e coletivo, não obstante salvaguardar os interesses individuais, significando dizer que, havendo conflito entre uns e outros, devem prevalecer os interesses da coletividade; a dimensão personalista caracteriza-se por buscar a harmonia, por meio da interpretação das normas jurídicas, entre valores individuais e coletivos³.

Adverte Gilmar Mendes que o princípio da dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto, “sujeitando-se, por isso, a ponderação ou pesagem em face de outras normas da mesma natureza, no âmbito do jogo concertado de restrições e complementações recíprocas que caracteriza a aplicação destas espécies normativas em cada situação hermenêutica”. Para este autor, o princípio da dignidade humana se **sobrepõe** a outros princípios e valores, razão pela qual não pode confrontar-se com eles, “mas tão somente consigo mesma, naqueles **casos-limite** em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual

² OUTHWAIT, E & BOTTOMORE, T. *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 73.

³ DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. SP: Saraiva, 2007, p. 114.

dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo”.⁴

Assentadas estas definições, para que se identifique com maior precisão e segurança jurídica o direito prevalente em cada situação de fato, ou melhor, para que identifique qual **direito fundamental atinente à pessoa humana seria mais valioso** e merecedor da especial proteção do legislador ordinário, deve proceder-se à ponderação entre os valores que se entrechocam.

No caso em apreço, as balizas deste confronto são o valor que se pode emprestar, de um lado, à vida de cada criança indígena e, de outro, a preservação da organização social, cultural, das tradições e crenças dos povos de onde estas mesmas crianças provêm. Não se trata de solução fácil. Ademais, como não se cogita neste Parecer de uma hipótese fática concreta, uma vez que se cuida da análise de um projeto de lei e não de um fato específico, esta ponderação será feita abstratamente, o que soa ainda mais crucial a este Parecerista.

4 – ELEMENTOS INFORMATIVOS DO DESENHO DE LEI

Para que se apliquem os métodos exegéticos e de ponderação de direitos fundamentais que a doutrina recomenda, imperioso trazer à colação a maior quantidade possível de informações para serem sopesadas em cada uma das bandejas da balança. Nessa tarefa, será preciso, em primeiro plano, aprofundar o significado de alguns elementos normativos que permeiam as disposições da proposta legislativa.

4.1 – Homicídio de recém-nascido e infanticídio

⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, I.; BRANCO, PGG. *Curso de Direito Constitucional*. 2a ed. SP: Saraiva, 2008, p. 152.

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

Malgrado não figure em sua literalidade, não há dúvida de que o elemento normativo **infanticídio** se faz presente na expressão **homicídios de recém-nascidos** constante dos incisos previstos no artigo 2º do PL, que relacionam as condutas reputadas **nocivas**. A descrição de conduta proibida (ou nociva) contida no PL é a mesma com que o Código Penal define o tipo de delito de infanticídio em seu artigo 123. A diferença mais ingente é a presença dos elementos “estado puerperal” e o “próprio filho”. Veja o texto da lei penal:

Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.

Deste modo, ao menos da forma como estão enunciados, pode-se dizer que os diversos incisos do artigo 2º do PL **complementam** a descrição típica prevista no Código Penal, apenas inserindo hipóteses específicas em que o homicídio de recém-nascidos indígenas havidos como nocivos poderia ocorrer, quais sejam: I - em casos de falta de um dos genitores; II - em casos de gestação múltipla; III - quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais; IV – quando há preferência de gênero; V - quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão VI – em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo; VII – quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais; VIII – quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo; (...).

Com a devida vênia, não é necessário empregar refinada técnica de interpretação de normas para concluir que “matar filho durante o parto ou logo após” não significa outra coisa senão um “homicídio de recém-nascido”. Não se encontra uma distinção substancial entre uma conduta (infanticídio) e outra (homicídio de recém-nascido), exceto o fato de que o Código Penal prevê que somente a **mãe** do recém-nascido pode cometer este **homicídio privilegiado**, característica, aliás, que classifica o crime como **próprio**, qual seja, “aquele que

exige determinada qualidade ou condição pessoal do agente” para cometê-lo, no caso a condição de **mãe**.⁵

Assim sendo, qualquer outra pessoa que pratique homicídio de recém-nascido, ainda que o faça em participação com a mãe da criança, estará em verdade cometendo um homicídio, possivelmente qualificado – e não privilegiado – infringindo, deste modo, outro dispositivo penal: o artigo 121 do CP. Isto porque, a condição de mãe **não se comunica** a eventual coautor, eis que o artigo 30 do Código Penal estabelece que “não se comunicam as circunstâncias e **condições de caráter pessoal**, salvo quando elementares ao crime”. E a qualidade de mãe é uma dessas condições de caráter estritamente pessoal.

Nesse contexto, a instituição de uma norma visando proibir ou considerar nociva a conduta de matar crianças indígenas recém-nascidas carece de oportunidade, pois a legislação penal brasileira já a prevê como crime há longa data, seja como infanticídio ou como homicídio. Afirmar que se trata de prática tradicional nociva não contribui para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, que já a prevê como ilícita.

4.2 – homicídio de recém-nascido, infanticídio e estado puerperal

Note-se, ademais, que, apesar de não criminalizar a conduta que denomina de homicídio de recém-nascido, o PL não cogita do chamado “**estado puerperal**”, circunstância que torna o homicídio de uma criança nestas condições, quando praticado pela própria mãe, como uma forma privilegiada desse crime. Não aventa o PL que a mãe indígena que tira a vida do próprio filho padecendo deste estado físico-psíquico peculiar possa estar em sofrimento naquele momento. Sequer excogita o PL que esta circunstância seja considerada como atenuante ou privilégio, classificando-a tão somente como uma prática “nociva”.

⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. I. 9ª ed. SP: Saraiva, 2004, p. 196.

JOÃO CARLOS CASTELLAR

Advogados

Visando ajuntar outros vetores de reflexão, não será excessivo neste Parecer definir brevemente, sob a ótica da ciência médica, o que venha a ser o **estado puerperal**, principiando pela sua descrição fisiológica.

Conforme ensinamento do obstetra Jorge de Rezende, o *puerpério*, *sobreparto* ou *pós-parto* “é período cronologicamente variável, de âmbito impreciso, durante o qual se desenrolam todas as manifestações involutivas e de recuperação da genitália maternas havida após o parto. Há, contemporaneamente, importantes modificações gerais, que perduram até o retorno do organismo às condições vigentes antes da prenhez. A relevância e a extensão destes processos são proporcionais ao vulto das transformações gestativas apresentadas, isto é, subordinadas à duração da gravidez”⁶.

Segue o médico, relatando o que se passa com a mãe **logo após** o parto, ressaltando, primeiramente, que avulta “o pronto esquecimento da mãe pela dor sofrida”. E mais:

Nas primíparas jovens, completa-se importante modificação da personalidade, iniciada na gravidez, e que transformou a moçoila em mãe. O estado de expectativa, pelo prazo de nove meses, terminou em crise e encontrou resposta. A primeira pergunta da recém-parida **nunca é sobre si mesma**, mas relativa à sua criatura, numa preocupação inconsciente com o futuro dela. Teme, indistintamente, as consequências do toco-traumatismo e encara, apreensiva, a eventualidade da malformação. Apaziguados os temores é manifesta a euforia da puerpera.

Não se pode esquecer que a maternidade faz parte de uma sucessão de **crises**⁷ altamente significativas à consolidação da identidade feminina, o que independe, logicamente, do ambiente sociocultural que ela se encontre, pois os fenômenos físico-psíquicos da gravidez e da pós- maternidade serão sempre os mesmo, pouco importando a classe social, origem, raça, nacionalidade, religião etc..

⁶ REZENDE, Jorge (coord). *Obstetrícia. O puerpério*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1995, p. 359 e seguintes.

⁷ O vocábulo **crise** aqui empregado tem a acepção que lhe emprestava a medicina grega hipocrática – *krisis* – qual seja, “indicava a transformação decisiva que ocorre no ponto culminante de uma doença e orienta seu curso em sentido favorável ou não” (in ABBGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 222).

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

Tampouco se pode esquecer que diante de certas crises, agora o vocábulo significando as transformações decisivas em qualquer aspecto da vida social, o ser humano cria **ritos de passagem**, representados, em alguns casos, de um verdadeiro ritual solene, cujo objetivo é marca-los de modo indelével na trajetória existencial.

Convém aduzir que os ritos de passagem constituem-se em “cerimônias usadas para assinalar e concretizar a transição de um *status* social para outro”. O casamento, por exemplo, “é um rito de passagem, marcando a transição de solteiro para casado”. Também nas “sociedades tribais a mudança do *status* de criança para o de adulto, é marcada por ritos de puberdade”⁸. O nascimento do filho, do mesmo modo, significa importante mudança de *status* para a mulher, que passa a ostentar a condição de mãe. Logicamente que isso se passa igualmente nas sociedades indígenas, que estabelecem ritos de passagem para a aquisição de novo *status* para a mulher indígena.

Entre parênteses, a propósito deste rito de passagem de mulher para a de mãe entre os indígenas brasileiros, a História informa que é muito antigo e foi registrado desde os Tupinambás que viviam ao longo do litoral brasileiro.

Conforme relatos dos cronistas do século XVI, ora resumidos por Rafael Freitas da Silva, “quando uma mulher ficava grávida, existiam regras que os pais deveriam observar para evitar que qualquer mal acontecesse entre mãe e filho”. O pai, ao empreender suas caçadas, deveria atentar para não atingir um ser do sexo feminino, fosse pássaro, peixe, macaco ou veado, pois se isso ocorresse haveria péssimos presságios, podendo uma maldição se abater para o núcleo familiar. O pai era responsável não apenas pelo crescimento físico do filho, mas também zelar pelo seu desenvolvimento “mágico”. Entre outros rituais, havia a caça à onça, o mais temível predador naquele tempo. Quando este animal era capturado os índios o supliciavam com flechadas para infligirem em dobro a dor sentida aos que tinham

⁸ JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia – guia prática da linguagem sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p. 201.

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

sido atacados. A partir daí realizavam uma festa para comemorar a chegada do novo rebento.

Segundo o autor, “é possível imaginar como o nascimento de um filho poderia impulsionar seu *ruba* a conseguir um belo troféu para o *îetanongaba*⁹ cerimonial da criança”¹⁰. Pode-se também imaginar o quão doloroso seria para a mãe tupinambá dar à luz a um bebê mal formado ou com qualquer anomalia, fatores que, além de trazerem maus augúrios para toda a tribo, dificultariam sobremodo a dinâmica do grupo, posto que viviam da caça e da coleta e tinham na guerra importantíssima função social, exigindo homens e mulheres saudáveis e fortes para a sobrevivência de todos seus integrantes, como revela Florestan Fernandes em sua clássica obra¹¹.

Fechando o parêntese, e voltando aos aspectos médicos do puerpério, ensina a psiquiatria que o puerpério é considerado como um “período de maior vulnerabilidade da mulher aos **distúrbios mentais**. Como crise, deveria representar um fim caracterizado pelo alívio de missão cumprida e um início de vida”. Todavia, como explica Adolfo Hoirish¹²:

“50% da puerperas, mesmo após a gestação e parto em condições ótimas, apresentam determinadas manifestações conhecidas como ‘**síndrome do 3º dia**’. Trata-se de reação de curta duração e evolução benigna. É episódio que consta de humor instável, com predomínio de tristeza; perturbação do sono; crises de choro; rumações pessimistas. Certas dificuldades reforçam a vivência de que são incapazes de desempenhar o papel de mãe, começando pela amamentação”.

Para este psiquiatra, sob o rótulo diagnóstico de ‘neurose puerperal’ duas entidades nosológicas apresentam-se com certa frequência: a ‘**reação depressiva**’ e a ‘**neurose traumática**’. A primeira resulta de um somatório de

⁹ Oferenda; presente dado ao pajé para obter algum favor. In: NAVARRO, Eduardo de Almeida. *Dicionário de Tupi Antigo – a língua indígena clássica do Brasil*. São Paulo: Global, 2013, p. 180.

¹⁰ SILVA, Rafael Freitas da. *O Rio antes do Rio*. Rio de Janeiro: Babilônia, 2015, p. 24-25.

¹¹ FERNANDES, Florestan. *A função da guerra na sociedade Tupinambá*. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2006.

¹² HOIRISH, Adolfo. Obstetria (REZENDE, J. – coord). *Aspectos psicológicos e psiquiátricos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1995, p. 452 e seguintes.

perdas e situações tensas, com vivência de desamparo; avulta a tríade: distímia depressivo ansiosa, inibição psicomotora e inibição associativa. A neurose traumática resulta de reação imediata a situações perigosas e ameaçadoras: irritabilidade, inquietação, perturbações do sono e do apetite, vivências terroríficas e até alteração psicótica da consciência, de tipo crepuscular”.

Como se vê, o PL em referência, que se dedica precisamente ao homicídio do recém-nascido, não leva em conta este relevantíssimo fenômeno que ocorre com as mulheres “durante o parto ou logo após”. Esta omissão, ou deficiência, por si só, o contamina pela simplificação, deixando de considerar este episódio de grande repercussão físico-psíquica que caracteriza a gravidez e o parto, independentemente do meio social em que a mulher se insere.

4.3 – práticas tradicionais, perspectivismo e pluralismo jurídico

O que o PL classifica como **práticas tradicionais**, em realidade significam a **cultura** desenvolvida nas sociedades indígenas. Lembra Levi-Strauss que “a cultura não pode ser considerada nem simplesmente justaposta nem simplesmente superposta à vida. Em certo sentido substitui-se à vida, e em outro sentido utiliza-a e a transforma para realizar uma síntese de nova ordem”¹³.

Com efeito, “o fato isolado mais notável a respeito da história da humanidade é a extraordinária diversidade de formas sociais produzidas por seres do mesmo tipo genético. Esta diversidade é possível porque os seres humanos aprendem a partir de meios culturais”¹⁴. Negar às sociedades indígenas práticas culturais próprias ou classificar algumas delas, ligeiramente, como **nocivas** constitui equívoco inaceitável sob o ponto de vista das ciências sociais, pois implicam em etnocentrismo incompatível com princípio da dignidade humana.

¹³ LEVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Trad. M. Ferreira. 7ª ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2012, p. 40.

¹⁴ OUTHWAITE, W. e BOTTOMORE, T. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 163.

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

Aliás, Viveiros de Castro, em suas *Metafísicas Canibais*, afirma em tom de blague que o etnocentrismo é “a coisa do mundo mais bem compartilhada”.

Conforme este antropólogo, numerosas referências etnográficas informam que os indígenas se veem como animais e aos animais como humanos. Esta concepção, “segundo a qual o modo como seres humanos veem os animais e outras subjetividades que povoam o universo – deuses, espíritos mortos, habitantes de outros níveis cósmicos, plantas, fenômenos meteorológicos, acidentes geográficos, objetos e artefatos – é profundamente diferente do modo de vida como esses seres veem os humanos e se veem a si próprios”¹⁵.

Bastaria esta rápida passagem da literatura especializada para que se perceba o quão distinta é visão cosmológica dos indígenas daquela com que os não indígenas veem o mundo e o universo. São culturas radicalmente diferentes.

A antropologia denomina o fenômeno da justaposição cultural de “**perspectivismo**”. A perspectiva comparada (ou *transcultural*) “tem por base a ideia de que uma sociedade (ou outro sistema social) não pode ser inteiramente compreendida se não for comparada com outras sociedades ou sistemas. Desenvolvido em forma mais completa por antropólogos, o método comparativo é especialmente útil para explicar como mudam e se desenvolvem os sistemas sociais”¹⁶, possibilitando seu estudo e, de resto, a compreensão de cada um deles como uma cultura autônoma.

Sendo assim, sob a perspectiva dos povos ameríndios, por exemplo, os animais são gente, ou se veem como pessoas. Esta concepção “está quase sempre associada à ideia de que a forma manifesta de cada espécie é um envoltório (uma ‘roupa’) a esconder uma forma interna humana, normalmente visível apenas aos olhos da própria espécie ou de certos seres transespecíficos, como os xamãs”¹⁷.

¹⁵ VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Perspectivismo e multinaralismo na América Indígena. A inconstância da alma selvagem*. 5ª ed. São Paulo: Cosag Naify, 2013, p. 350.

¹⁶ JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia – guia prático da linguagem sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p.172.

¹⁷ VIVEIROS DE CASTRO. *Op. Cit.*

JOÃO CARLOS CASTELLAR

Advogados

A propósito da multiplicidade de perspectivas culturais, não será demais reproduzir pitoresca passagem de Levi-Strauss sobre a conquista da América, quando os indígenas supunham que os europeus fossem deuses e estes acreditavam que aqueles eram desprovidas de alma¹⁸:

Nas Antilhas, alguns anos após o descobrimento da América, enquanto os espanhóis despachavam comissões de inquérito para saber se os indígenas possuíam alma ou não, estes tratavam de submergir prisioneiros brancos, para verificar, com base em longa e cuidadosa observação, se seus cadáveres apodreciam ou não

Por razões que tais, ao elaborar-se um projeto de lei sobre relevantes questões que envolvem diversas culturas indígenas – pois não existe apenas uma cultura indígena no Brasil – não se pode deixar de considerar que as práticas tradicionais de cada uma destas duas centenas de povos, que ocupam cerca de 450 terras reconhecidas oficialmente e que falam 180 línguas e dialetos distintos, vivenciam para si cosmologia própria, com visão particular do universo, que orientará seu modo de ser¹⁹.

Daí porque, é no mínimo temerário reputar como **nocivas** determinadas práticas. Isso seria negar a existência de uma cultura própria para cada etnia desenvolvida com conteúdos afetivos e cognitivos de sua vida em grupo, os quais compõem um conjunto de disposições e capacidades inculcadas nos membros de cada uma destas sociedades, fenômeno este que se realiza através de meios simbólicos variados, regidos por conceitos e práticas que conferem ordem, significação e valor à totalidade existente²⁰.

Carolina Ribeiro Santana, invocando vários autores em suporte de sua tese, ressalta que a “historiografia oficial, em geral, não reconhece a existência das

¹⁸ LEVI-STRAUSS, Claude *Raça e História*. Apud VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Metafísicas Canibais: elementos para uma antropologia pós-estrutural*. Perspectivismo. São Paulo: Cosac-Naif, 2015, p. 35

¹⁹ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 16.

²⁰ Ver a propósito: VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Conceito de sociedade em antropologia*. A inconstância da alma selvagem. 5ª ed. São Paulo: Cosac Naify, 2013, p. 297 e seguintes.

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

complexas organizações sociais das diversas nações indígenas que viviam no Brasil antes da chegada dos portugueses, bem assim os sistemas jurídicos por elas estruturados, suas compreensões de matrimônio, propriedade, família, delito etc.”. Estas práticas, dadas as devidas proporções (ou **perspectivas**), permanecem vivas nos grupos indígenas que ainda hoje habitam o Brasil e que seguem tendo seu reconhecimento relegado a segundo plano, adotando-se uma concepção etnocêntrica e tutorial relativamente a estes povos, como se não tivessem História e como se fossem todos uma única massa de seres humanos, sem distinções organizacionais, valorativas e culturais e sem quaisquer características que as individualizem de outros povos e da sociedade “envolvente”, como Marcio de Souza define a sociedade não indígena.

Ao contrário disso, a organização social de todos e de cada um dos povos indígenas prevê, cada uma de per si, fórmulas próprias para solução de seus conflitos internos. É bem verdade que não se deve atribuir a estas regras e preceitos o mesmo significado que ordinariamente é dado às normas constantes do um ordenamento jurídico estatal, na medida em que as assim chamadas práticas “jurídicas” indígenas (tenham elas o viés punitivo ou não), exprimem uma sociedade sem Estado, mas que se organiza **eficaz e legitimamente** por meio de mecanismos informais.

A propósito, estudos acerca das regras de convivência dos indígenas brasileiros afirmam que, nos dias de hoje, na generalidade, cada povo, e até mesmo cada tribo, comunidade ou aldeia possui um **sistema normativo próprio**, que rege sua organização social em sentido amplo (relações familiares e pessoais, poder político, economia etc.), e também seus costumes, línguas, crenças e ocupação territorial.

São sistemas que refletem as possibilidades práticas de cada coletividade e, em que pese tais sistemas não possam ser chamados de Direito na acepção que a sociedade não indígena lhes dá, ou seja, como um sistema normativo específico, produto de um período histórico – a modernidade – para o qual a

JOÃO CARLOS CASTELLAR

Advogados

existência do Estado é imprescindível²¹, funcionam eficazmente, no sentido de regular as relações entre os integrantes de cada povo e destes com os demais.

Para a autora acima citada, na esteira de minudente compilação bibliográfica, as “práticas jurídicas não oficiais e o pluralismo jurídico comunitário existente nas comunidades indígenas constituem formas autênticas de um *Direito insurgente, eficaz e não-estatal*”²². O penalista Roberto Lyra chega a dizer que tais “usanças” indígenas formam “um fenômeno tão real, pelo menos, como o é entre os povos mais cultos”²³.

Numa palavra, o sentido comunitário das organizações sociais indígenas representa sua marca identitária. Como explica Neuza Romero Barazal, “a interpretação feita pelos conquistadores europeus sobre a vida e o direito comunitário indígena teria repousado na ideia de que as coisas dos índios não pertenciam a ninguém, daí a justificativa de transformá-los em propriedades particulares iniciando-se, desta forma, toda a natureza dos conflitos antes os povos conquistados e os conquistadores”. Consequentemente, segue a autora²⁴:

Até hoje é possível verificar o mesmo tipo de interpretação que reflete as mentalidades políticas, legislativas e jurídicas e a consciência dos Estados modernos. Aqueles que resolveram se posicionar de maneira diferente, fizeram-no a um ritmo muito aquém do esperado devido às resistências enfrentadas.

Nesse passo, ao se analisar, estudar e classificar o que sejam **práticas tradicionais indígenas** há sempre que se levar em conta não apenas o **perspectivismo comparativo**, mas sobretudo a efetivação do **pluralismo jurídico**,

²¹ Sobre o tema ver: AMORIM, Eliane. O desafio do multiculturalismo na ação penal – Laudo pericial antropológico judicial em crime envolvendo indígena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 46, p. 253. São Paulo: RT, jan-fev./2004; ver também: PIOVESAN, Hélio Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 96, p. 191. São Paulo: RT, maio-jun./2012.

²² SANTANA, Carolina Ribeiro. O estatuto jurídico da sujeição eurocêntrica indígena no Brasil. *Cadernos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – série monográfica* (org. Priscila SANTANA). Vol. II. Rio de Janeiro: PUC-Rio, s/d, p. 10.

²³ LYRA, Roberto. *Expressão Mais Simples do Direito Penal*. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1953, p. 31.

²⁴ BARAZAL, Neuza Romero. *Yanomami – um povo em luta pelos Direitos Humanos*. São Paulo: Edusp, 2001, p. 61

pois, como anotam Érica Yamada e Juliana Belloque, é isso que permite que se estabeleça a “coexistência do ordenamento jurídico brasileiro com outros sistemas ou ordens jurídicas fundadas em usos, costumes e tradições indígenas que regulam a vida social de um grupo de pessoas”. Mesmo porque, como salientam, o pluralismo jurídico é admitido na ordem jurídica brasileira, não só em relação aos sistemas jurídicos indígenas, uma vez que há longa data o ordenamento jurídico nacional, através da Lei de Introdução ao Código Civil, exige – em certos casos – que a aplicação da lei brasileira seja afastada para a utilização da lei estrangeira²⁵.

4.4 – o que são práticas “nocivas”, *cara pálida*?

Para o léxico, **nocivo** é o que causa dano, que prejudica, que é pernicioso²⁶. Sob esta definição, há que se verificar, sob a perspectiva dos povos indígenas, a quem, ao cabo de contas, se dirigirá o desenho de lei que se pretende aprovar no Congresso Nacional: se o assim chamado homicídio de recém-nascido é nocivo, pernicioso ou causa danos à cultura que cada um destes povos ou se esta prática se insere naquele conjunto de regras informais, mas eficazes, que regulam estas organizações sociais.

O infanticídio indígena é uma prática tradicional de diversas tribos no Brasil, entre as quais os *uaiuai*, *bororo*, *mehinaco*, *tapirapé*, *ticuna*, *amondaua*, *uru-euuau-uau*, *suruwaha*, *deni*, *jarawara*, *jaminawa*, *waurá*, *kuikuro*, *kamayurá*, *parintintin*, *yanomami*, *paracanã*, *kajabi* e *guarani*”, muitos dos quais já foram objeto de pesquisas.²⁷

²⁵ YAMADA, E. & BELLOQUE, J. *Direito Penal e Povos Indígenas* (coord Luiz Fernando VILLARES). Pluralismo jurídico: direito penal, direito indígena e direitos humanos: uma análise do artigo 121 do Código Penal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012, p. 124.

²⁶ HOUAISS, Antônio (coord.). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2022.

²⁷ SUZUKI, Márcia dos Santos (org.). *Quebrando o silêncio - um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil*. (cartilha). Brasília, 2007. p.7

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

Barazal, em completíssimo estudo sobre os *Yanomami*, observa que este povo, por exemplo, apesar de manifestar muita afeição e carinho para com suas crianças e dedicar boa parte de seu tempo a elas, prática do infanticídio, mas apenas em determinados casos: a) controle da natalidade; b) o recém-nascido ser defeituoso (a própria mãe providencia seu desaparecimento); c) nascimento de gêmeos, onde é suprimido o mais fraco; d) no caso de gêmeos de sexos diferentes, a supressão feita é da menina; e) se a mãe está ocupada com a criação de outra criança com menos de três anos de idade; f) se acontecem nascimentos sucessivos só de meninas; g) nascimento de criança de pai ilegítimo (neste caso não há exceção, de acordo com os costumes *yanomamis*)²⁸.

Prossegue a autora, anotando que a explicação para essa prática “gira em torno do sacrifício da vida de alguns para a sobrevivência dos demais”. Os indivíduos deformados se transformam num peso para os pais e para a comunidade, o mesmo acontecendo com os gêmeos que, caso um deles não desaparecesse, dificultaria a vida da mãe, que precisaria, ao mesmo tempo, trabalhar, amamentar e cuidar das crianças. Destaca, ainda, que as crianças *yanomamis* “têm o costume de mamarem a todo instante que sentem vontade de fazê-lo e este costume dura, em média, até os três ou quatro anos”.

Repare-se, quanto ao ponto, que o projeto de lei desconsidera as nuances da vida na selva, as vicissitudes porque passam os indígenas para sua sobrevivência em ambiente hostil, povoado de perigos concretos (e também mágicos), sendo extremamente difícil para os povos que vivem em isolamento, seja total ou relativo, darem conta das tarefas necessárias à segurança do grupo como tal.

Além disso, não se pode supor que as mulheres e homens indígenas – no caso os *yanomamis* – pratiquem o homicídio dos seus recém-nascidos indesejáveis por gosto ou que o façam por meros caprichos ou idiossincrasias imaginadas pelos não indígenas. O PL trata do tema como se os indígenas não

²⁸ BARAZAL. *Op. Cit.* p. 85

JOÃO CARLOS CASTELLAR

Advogados

sofressem com a perda de um filho, como se não chorassem por este infortúnio, e, até, como merecedores de punição pelo próprio grupo por agirem assim.

Como escreve Batista, “o homicídio em sociedades primitivas não pode ser concebido segundo critérios de um direito penal civilizado”. Para este autor, “a perseguição e resposta penal ao homicídio não tende a nada de semelhante ao objetivo de proteger a vida humana como valor em si mesma”. Salienta este professor que o homicídio de um membro do próprio clã tem a significação de um **suicídio parcial**, pois o autor dessa conduta, enquanto mutila um corpo organicamente indecomponível (o grupo), atinge-se a si mesmo, significando dizer que a ideia de punição pela morte do autor do homicídio só faria aumentar a extensão do dano. Daí porque, “será sempre necessário distinguir o homicídio **intergruppal** (que provocará perda da paz, e postulará inexorável vingança, podendo levar à guerra) e o mais improvável homicídio **intragruppal**, que pode reduzir-se a soluções não penais”.²⁹

As razões para a prática do infanticídio, como já se viu, prendem-se às necessidades do grupo, à sua organicidade, pois este não sobreviveria em sua inteireza se se visse obrigado a cuidar daqueles que, para além de não contribuírem para a manutenção tribo com seu trabalho, ainda fizessem com que os demais despendessem seu tempo em alimentar e transportar o incapacitado para os sítios em que a caça, pesca e coleta fossem mais abundantes. Assim, o infanticídio não pode ser considerado como um ato de indiferença ou de desumanidade, mesmo porque, “segundo a lógica de sua cultura (*Yanomami*), ele exerce uma função importante no equilíbrio da vida em comunidade”³⁰.

Pode-se extrair dessas observações que o conceito de **nocividade** preconizado no PL está enodado de preconceito, contaminado por fundamentalismo religioso, refletindo, de resto, posição etnocêntrica, que transporta valores, tradições e, até mesmo, necessidades práticas de sobrevivência

²⁹ BATISTA, Nilo. *Revista de Direito Penal*. Práticas Penais no Direito Indígena. Rio de Janeiro: Instituto de Ciências penais do Rio de Janeiro, vol. 1, 1971, p 85.

³⁰ BARAZAL. *Op. Cit.* p. 86.

dos povos indígenas para a cultura dita ocidental, regida por outras regras, por outros credos e que vive em condições materiais bastante distintas das comunidades indígenas.

Sem pretender negligenciar os padecimentos sofridos pela menina *Muwaji* que dá nome ao projeto de lei (e que hoje vive entre não indígenas), não se pode deixar de considerar o quão dificultoso seria para seus pais indígenas cuidar dela, alimentá-la e transportá-la em cadeira de rodas (ou numa rede, talvez) em meio aos riscos físicos e espirituais da selva e, enfim, de inseri-la nas demais atividades necessárias à manutenção do grupo do qual fazia parte.

O PL, definitivamente, não enfrenta o infanticídio indígena, ou o homicídio de recém-nascido, sob esta perspectiva e tem como **nociva** a cultura destes povos que habitam a selva.

4.5 – quem é indígena segundo a legislação brasileira?

A definição de indígena é caráter legal (ou normativo) e não antropológico. Em conformidade com o artigo 3º do Estatuto do índio (Lei nº 6.001, de 19/12/1973) é considerado **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. A mesma norma estabelece que **comunidade indígena ou grupo tribal** é um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Nos termos do artigo 4º da mesma norma, os índios são considerados:

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

II - **Em vias de integração** - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

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.

Para Márcio de Souza, esta divisão legal e sua conceituação não representam a realidade brasileira. Segundo este autor há em verdade quatro segmentos, que se caracterizam da seguinte forma³¹:

a) **grupos isolados**: são aqueles povos que conseguiram escapar do contato com a sociedade envolvente, habitantes de regiões de acesso difícil. São pouco numerosos, vivem plenamente o seu modo de produção, mas representam o ela mais frágil, já que um contato mínimo pode levá-los ao extermínio”;

b) **grupos em contato intermitente**: são aqueles povos que estabeleceram uma certa distância das frentes de penetração, mantêm contatos esparsos, não comerciam ou dependem da sociedade envolvente e continuam a proceder segundo o modo de produção tribal;

c) **grupos em contato permanente**: neste grupo está representada a grande maioria dos povos indígenas do Brasil. São grupos que ao longo da História estabeleceram diversas relações com a sociedade envolvente. Estas relações colidiram com o curso autônomo destes povos, romperam o equilíbrio do modo de produção tribal e criaram vigorosos laços de subordinação e dependência em relação à sociedade abrangente. Os povos em contato permanente vivem em constante conflito. Conflito de sua cultura original com a cultura da sociedade de classes. Conflito de seu modo de produção com o modo de produção capitalista. Conflito por verem o desabamento de seu mundo em troca de sua entrada na escala mais baixa da sociedade envolvente;

d) **integrados**: é uma categoria discutível, mas representa aqueles povos que tiveram seu modo de produção inteiramente quebrado e hoje vendem sua força de trabalho como qualquer camponês ou operário. O fator étnico torna o problema da integração mais dilacerante, não por estarem assimilados à sociedade envolvente, mas porque desapareceram literalmente enquanto nação, enquanto cultura e até enquanto criaturas humanas. Na verdade não existe integração possível, o que há é extermínio, genocídio, assassinato em massa.

O PL não leva em conta nenhuma destas categorizações. Considera **nocivas** praticas tradicionais, pouco importando sejam os indígenas classificados pelos estudiosos como **isolados** ou como **integrados**. Não há dúvida que há

³¹ SOUZA, Márcio. *Amazônia Indígena*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2015, p. 203-204.

distinções significativas entre uns e outros, mas estas foram simplesmente desprezadas pela proposição legislativa, que, mais uma vez na História, reputa os povos indígenas como uma coisa amorfa, sem distinções culturais.

Esta nuance seria suficiente, por si mesma, para que se encaminhasse a integral rejeição do PL, pois ele desconhece a diferenciação que a própria lei estabelece para cada grau de assimilação do indígena, da sua comunidade ou grupo tribal pela “sociedade envolvente”.

Pois bem. Comentados os elementos informativos do projeto de lei, passa-se a partir do próximo tópico a outra fase deste processo hermenêutico que se deve proceder para identificar qual preceito constitucional deve prevalecer como mais adequado à valorização da dignidade humana.

5 – O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE HUMANA E A IDENTIFICAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PREVALENTE NA HIPÓTESE EM DISCUSSÃO

Como sublinhado linhas atrás, há grandes dificuldades a serem vencidas para a identificação da norma constitucional prevalente na hipótese em apreço. Se a que assegura a proteção integral à criança ou a que garante aos povos indígenas autonomia em termos de organização social, manutenção de costumes, tradições e valores atinentes ao seu grupo étnico.

Pode afirmar-se que estas duas **regras constitucionais** estão englobadas no princípio geral e supraconstitucional da dignidade humana, que pode ser definido, como se fez em tópico anterior, como a proclamação de um valor distinto para toda pessoa, revestindo-se, como consequência lógica, da afirmação de direitos específicos de cada ser humano, sem distinções de gênero, raça, cor, credo e outras.

Citando vários autores, Humberto Ávila anota que os “**princípios** são aquelas normas que estabelecem fundamento para que determinado mandamento

seja encontrado”. Assim, o “critério distintivo dos princípios em relação às regras seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão”. Os princípios, prossegue, “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contém fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”. Os princípios “consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”.³²

Assim, há que se identificar qual regra constitucional tem mais peso ou vale mais e que deve, por isso, prevalecer em relação à outra de igual estatura. E mais: esta operação, em situações como a presente, deve ser realizada no plano **abstrato**, pois, afinal, não se está diante de um fato específico a merecer decisão judicial, mas, sim, para definir se determinada proposição legal contém em si mesma conflito de regras constitucionais não solucionado, de tal modo que seu ingresso no ordenamento jurídico a torne inaplicável.

5.1 – postulados hermenêuticos

5.1.1 – a unidade do ordenamento jurídico

Ainda com base em Ávila, para que se proceda a esta ponderação dos valores expressos em regras constitucionais necessário que se obedçam alguns postulados hermenêuticos, sublinhando o autor que entre os mais importantes está o da **unidade do ordenamento jurídico**, que pressupõe a coerência da norma proposta com outras normas tanto de hierarquia superior quanto inferior.

Tendo por base estas recomendações doutrinárias é possível, desde logo, observar-se que o PL em comentário apresenta séria incoerência com o Código Penal, o Código Civil e com o Estatuto do Índio.

³² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 35-36.

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

Com relação ao primeiro, a incoerência se evidencia no que tange ao tipo do artigo 123 do CP, que prevê o infanticídio. Não obstante o projeto não criminalize qualquer conduta, se omite na consideração de que o homicídio de criança indígena recém-nascida, se praticado pela mãe em estado puerperal, merece o privilégio de tratamento menos gravoso. Seria, portanto, de se indagar: a mãe indígena que mata o filho recém-nascido acometida dos padecimentos físico-psíquicos decorrentes do estado puerperal também pratica algo nocivo às suas tradições e costumes? Ou ainda: esta conduta será tão nociva como o homicídio desta mesma suposta criança caso tenha sido cometido pelo pai, pelo pajé ou por qualquer outro membro do grupo do qual faça parte?

Deste modo, ainda que, para efeitos de argumentação, se possa considerar nociva prática do homicídio de recém-nascido, deveria ter tratamento diferenciado no PL se fosse realizada pela mãe em estado puerperal.

Aliás, tampouco cogita o projeto que o homicídio de qualquer criança, indígena ou não, constitui crime, seja o agente indígena ou não. O PL não diferencia hipóteses que são distintas e em relação às quais a lei em vigor dá tratamento diferenciado.

Além disso, o projeto não observa as distintas categorizações com que o Estatuto do Índio diferencia os indígenas em sua relação com a sociedade não indígena. O desenho de lei iguala **indígenas isolados** àqueles em **vias de integração** e, mesmo, aos **já integrados**.

Não se discute aqui se esta categorização legal está correta ou não. Afirma-se, apenas, que ela é legal e que a lei está em vigor. Note-se que o Novo Código Civil, no parágrafo único do artigo 4º, estabelece que a capacidade de imputação dos índios será regulada por legislação especial. E essa legislação especial é precisamente o Estatuto do Índio, que, no ponto, foi desconsiderado. O PL deveria estar em compasso com esta lei, mas não está.

Recorde-se que o indígena é imputável (passível de sofrer pena) à luz do Direito Penal, já que o Código, em seu artigo 26, estabelece quais são as causas de inimputabilidade: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

retardado. Ser indígena, isolado ou não, não implica em doença mental nem retardo, não sendo causa para o reconhecimento da inimputabilidade.

Por esta razão, nas hipóteses em que um indígena é apontado como autor de uma conduta punível como crime, seja homicídio, de adulto ou recém-nascido, roubo ou qualquer outra, deve ser submetido, durante o curso do processo legal, a exame antropológico, cuja função é precisamente a de verificar não sua capacidade de imputação, não a sua higidez mental, mas, sim, para que seja dada visibilidade aos aspectos socioculturais que envolveram o episódico classificado como criminoso.

Nesta análise pericial, não se deve focalizar “um único grupo em profundidade, mas um campo de relações no qual vários segmentos sociais disputam interesses entre si”. No dizer Eliana Amorim, “neste método, o conflito [legal] é inserido no tempo e no espaço e tem sua geografia, sua sociologia e sua história mapeados. Cada um dos atores é focado e seus pontos de vista, assim como o tipo de relação que mantém com os demais, minimamente revelados”.

Esta deve ser a perspectiva conceitual e metodológica a nortear a emissão de um laudo de exame antropológico, sem o qual qualquer procedimento penal instaurado em face de um indígena estará marcado pelo cerceamento de defesa e, portanto, nulo³³.

Para a citada autora, a prova pericial antropológica tem o escopo de “dar voz aos índios e veicular sua perspectiva, com o intuito de evitar ao máximo que as decisões relativas às suas vidas se deem baseadas em uma visão etnocêntrica, ou seja, numa perspectiva que toma as próprias categorias ocidentais de compreensão do mundo como parâmetro para todos os demais contextos sociais e culturais”³⁴.

³³ AMORIM, Eliane. *Direito Penal e povos indígenas* (VILLARES, L. Fernando – Coord.). A perícia antropológica no processo criminal: estudo de caso. Curitiba: Juruá, 2012, p. 152-153.

³⁴ AMORIM, Eliane. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. O desafio do multiculturalismo na ação penal – Laudo pericial antropológico judicial em crime envolvendo indígena. Vol. 46, p. 253. São Paulo: RT, jan-fev./2004;

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

Tocando na mesma tecla, e citando o exemplo do infanticídio indígena, Janaína Paschoal propõe que em casos tais se reconheça a ausência de culpabilidade, mas pela ocorrência do **erro sobre a ilicitude do fato** na medida em que para o indígena esta conduta seria não apenas lícita, mas devida, previsto no artigo 21 do CP³⁵, e não pela **inimputabilidade**.³⁶

Em outros casos levados a julgamento envolvendo indígenas já se reconheceu até mesmo que as punições aplicadas ao indígena por seu próprio grupo social seriam necessárias e suficientes à solução do conflito.

Decisão emblemática nessa linha foi proferida pelo Juiz de Direito Aluizio Ferreira Vieira, ao reconhecer que o fato de o indígena ter sido julgado por sua própria comunidade retira o direito de punir estatal. Com base nesse entendimento, o magistrado decidiu “declarar a ausência *in casu* do direito de punir estatal *em face do julgamento do fato por comunidade indígena* (...) com fundamento no art. 57, da Lei nº 6.001/73 [Estatuto do Índio]³⁷ e art. 231, da Constituição da República³⁸.

Em razão destas incongruências com outras norma em vigor, sem revoga-las expressamente, o projeto de lei padece do vício da inconstitucionalidade, uma vez que não contribui para a manutenção da unidade do ordenamento jurídico.

³⁵ Art. 21 do CP. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato se evitável isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de 1/6 a 1/3.

³⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito Penal e povos indígenas* (VILLARES, L. Fernando – Coord.). O índio, a imputabilidade e o preconceito. Curitiba, Juruá, 2012, p. 88.

³⁷ LEI Nº 6.001/73. Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

³⁸ Em resumo, os fundamentos jurídicos da sentença foram no sentido de que: “muito maior que o reconhecimento do direito de punir seus pares, as comunidades indígenas se sentirão muito mais fortalecidas em seus usos e costumes, fator de integração e preservação de sua cultura, haja vista que o Estado estará sinalizando o respeito ao seu modo de viver e lidar com as tensões da vida dentro da comunidade”. Ponderou, ademais, o magistrado, que, com o asseguramento desse direito, não se “enfraquece de forma alguma o Poder Estatal, mas ao inverso, fortalece-se a atividade jurisdicional ao se reconhecer uma excepcionalidade que deve ser tratada de forma distinta, afinal o Estado não é absolutista”.

5.1.2 – a ponderação de bens e valores

Ainda na voz de Ávila, a ponderação de valores consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento, estabelecendo-se critérios capazes de separar os elementos que são objeto de ponderação, os quais, ainda que estejam relacionados entre si, podem ser dissociados. Deve-se, então, levar em conta os bens jurídicos em dissensão, os interesses, os valores e também os princípios que se entrechocam.

Para nortear este exercício hermenêutico deve-se harmonizar todos os valores envolvidos, de modo que sejam protegidos ao máximo, buscando uma síntese dialética entre as norma imbricadas. Assim, a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição de um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. É o que Ávila chama de “proibição do excesso”³⁹.

No PL em estudo é precisamente isso que se passa. Considera-se nociva a prática do infanticídio indígena, menoscabando-se os costumes, valores, enfim, a cultura dos povos que a exercitam desde tempos imemoriais. E mais: as práticas citadas visam à sobrevivência do grupo, que, como se viu, é orgânico e somente se mantém exatamente em razão desta circunstância, qual seja, formam um único corpo, que não pode se decompor sob pena de soçobrar.

Assim sendo, a sobrevivência do grupo indígena deve se sobrepor à vida de um dos seus integrantes quando está ameaça sua unidade, seu todo. Note-se que não se prega aqui a morte indiscriminada de crianças recém-nascidas. Nem mesmo isso se passa nas tradições indígenas, que somente praticam esta conduta em situações extremas e não sem sofrimento e dor.

Daí porque, procedendo-se à ponderação dos valores que se entrechocam, deve prevalecer aquele que se afigura mais relevante, qual seja, a

³⁹ ÁVILA. *Op. Cit.* p. 145-146.

sobrevivência do grupo. Assim, também por este motivo, há de se reconhecer a inconstitucionalidade do PL.

5.1.3 – a igualdade

Outro postulado a ser observado no exercício da ponderação de valores é o da igualdade, que visa evitar tratamento discriminatório. Em que pese todos sejam iguais perante a lei, há, não raro, um critério diferenciador dessa igualdade.

A idade, por exemplo, pode ser um critério diferenciador. O idoso pode escolher não votar, assim como o maior de 16 anos de idade, mas que ainda tenha completado os 18. A partir daí, entre os 18 e os 70, todos são obrigados a ir às urnas, sob pena de sanção pecuniária. O sexo também pode ser um exemplo de critério diferenciador: a mulher faz jus à licença maternidade por alguns meses, enquanto o homem dispõe apenas de alguns dias. No entanto, para outras situações o idoso, a mulher, o adolescente e o homem adulto são iguais perante a lei.

Quanto a este tópico, não há dúvida de que não se podem igualar os indígenas e os não indígenas relativamente à prática tida por nociva no PL. Por razões óbvias, na sociedade que vive nos centros urbanos, que usufrui de todos os recursos da ciência médica e que adota preceitos valorativos, culturais e religiosos próprios matar um recém-nascido nas hipóteses aventadas no PL deve ser considerada proibida e, mesmo, criminalizada.

Mas o que o projeto pretende regular, taxando como prática nociva, é um recurso utilizado para sobrevivência de todo o grupo indígena, da organicidade que o mantém vivo em meio ambiental adverso, regido por cosmologia peculiar. São diferenças que devem ser tratadas diferentemente, como preconizava o velho Ruy.

5.1.4 – a proporcionalidade

JOÃO CARLOS CASTELLAR

Advogados

Este princípio se aplica tão somente quando ocorrem situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal modo que se possa proceder aos três exames fundamentais: adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do direito fundamental afetado?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).⁴⁰

Também sob este critério o PL não deve prosperar. Primeiramente, porque estabelece que a prática do infanticídio atinge a finalidade de promover uma efetiva proteção à criança indígena.

Mas o PL não enxerga o fato de que, se a criança nascida com algum tipo de mal formação permanecer em seu grupo findará, no futuro próximo, por padecer de graves sofrimentos, uma vez que as condições materiais para sua sobrevivência serão evidentemente precárias. Se essa criança for retirada do grupo de onde proveio para receber tratamento adequado pela sociedade não indígena o problema persistirá, pois sua solução ultrapassa os costumes, tradições e valores do grupo de onde proveio. Será, do mesmo modo, um “desaparecimento”.

Ademais, o direito fundamental que assegura aos indígenas a manutenção desses valores e tradições sofrerá restrições insuperáveis com este tipo de intervenção legal.

Não verifica no PL qualquer distinção para o grupo indígena que adota o infanticídio em certas e bem definidas condições, na medida em que, como se viu, uma criança mal formada dificulta sobremodo a sobrevivência do grupo. Assim, o fim de proteger a criança indígena por meio de uma norma não é atingido na proposição legal em comentário, já que o problema persistirá ou, talvez, seja até agravado, causando prejuízos à organicidade da tribo e à própria criança, cujos padecimentos e até possível morte são facilmente antevistas se ela permanecer entre

⁴⁰ ÁVILA. *Op. Cit.* p. 161.

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Advogados

os seus parentes no ambiente inóspito da selva.

Por tais razões, também sob o critério da proporcionalidade o PL está fadado à inconstitucionalidade eis que não se adequa à situação para a qual destina, sendo por isso desnecessário, além de materialmente desproporcional, uma vez que atinge o direito fundamental que assegura autonomia cultural às comunidades indígenas.

6 – CONCLUSÃO

Por tudo que até agora se expôs, o parecer é pela não aprovação do projeto de lei em referência, posto que fere o princípio da dignidade humana, colocando em risco o direito fundamental dos grupos indígenas de manterem seus valores, tradições e cultura **de modo a possibilitar-lhes a livre escolha dos seus meios de vida e subsistência.**

É o Parecer.

Rio de Janeiro, 09 de setembro de 2016.



JOÃO CARLOS CASTELLAR
Diretor Cultural do IAB e
Membro da Comissão de Direito Penal