



A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS FRONTEIRAS DA INTERCULTURALIDADE ANTE O INFANTICÍDIO INDÍGENA NO BRASIL: BIOÉTICA E (DES)CONSTRUÇÃO DO VALOR DA VIDA

THE FEDERAL CONSTITUTION AND THE FRONTIERS OF INTERCULTURALITY IN
FACE OF THE INDIGENOUS INFANTICIDE IN BRAZIL: BIOETHICS AND
(DE)CONSTRUCTION OF THE VALUE OF LIFE

LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LAS FRONTERAS DE LA INTERCULTURALIDAD
FRENTE A LA INFANCIA INDÍGENA EN BRASIL: BIOÉTICA Y (DES)
CONSTRUCCIÓN DEL VALOR DE LA VIDA

Plínio Pacheco Oliveira

Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal)
Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF).
pliniopachecooliveira@gmail.com.
OrcidID: <https://orcid.org/0000-0001-9174-9196>.

João Paulo Allain Teixeira

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE
Universidade Federal de Pernambuco
jpallain@gmail.com
OrcidID:

Resumo: O artigo analisa uma situação na qual a diversidade cultural representa uma fonte de tensões sociais: o infanticídio indígena no Brasil. A respeito dessa prática, a Constituição Federal brasileira dá lugar a diferentes interpretações e não parece haver consenso sobre a adequada postura a ser adotada pelas autoridades estatais. Baseado em uma pesquisa bibliográfica e documental, o artigo oferecerá uma interpretação centrada na seguinte questão: de acordo com a atual Constituição Federal do Brasil, a melhor solução jurídica é a interferência estatal no infanticídio indígena? Para desenvolver essa abordagem, dois tipos de argumentos serão investigados: por um lado, argumentos a favor da intervenção estatal na prática do infanticídio indígena. Por outro lado, argumentos contra a intervenção jurídica na cultura indígena do infanticídio. A investigação conclui que a única interferência justificada no infanticídio indígena é um diálogo intercultural que respeite a autonomia das comunidades indígenas.

Palavras-chave: Infanticídio indígena. Constituição Federal Brasileira.

Abstract: The paper analyzes a situation in which cultural diversity represents a source of social tensions: indigenous infanticide in Brazil. Regarding that practice, the Brazilian Federal Constitution gives rise to different interpretations and there does not seem to be a consensus on the appropriate posture to be adopted by officials. Based on bibliographic research and document analysis, this article offers an interpretation centered on the following question: according to the Federal Constitution, is it right to say that the best legal solution is state interference in indigenous infanticide? To develop this approach, two types of arguments will be investigated: on the one hand, arguments in favor of state intervention in the practice of indigenous infanticide. On the other hand, arguments against legal intervention in the indigenous culture of infanticide. The investigation concludes that the only justified interference in indigenous infanticide is an intercultural dialogue that respects the autonomy of indigenous communities.

Keywords: Indigenous infanticide. Brazilian Federal Constitution.

Resumen: El artículo analiza una situación en la que la diversidad cultural representa una fuente de tensión social: el infanticidio indígena en Brasil. En cuanto a esta práctica, la Constitución Federal brasileña da lugar a diferentes interpretaciones y parece no haber consenso sobre la postura adecuada a adoptar por las autoridades estatales. Basado en una investigación bibliográfica y documental, el artículo ofrecerá una interpretación centrada en la siguiente pregunta: según la actual Constitución Federal de Brasil, ¿es la mejor solución legal a la injerencia estatal en el infanticidio indígena? Para desarrollar este enfoque se investigarán dos tipos de argumentos: por un lado, argumentos a favor de la intervención estatal en la práctica del infanticidio indígena. Por otro lado, argumentos en contra de la intervención legal en la cultura indígena del infanticidio. La investigación concluye que la única injerencia justificada en el infanticidio indígena es un diálogo intercultural que respete la autonomía de las comunidades indígenas.

Palabras clave: Infanticidio indígena. Constitución Federal Brasileña.

1 Introdução

Pensando a realidade social como construção cultural, os elementos do mundo são significantes que o ser humano preenche de significados¹ nos cenários da história. Mais do que uma operação que leva à revelação do mundo, o entendimento humano é uma atividade interpretativa (GADAMER, 1975, p. 361 s.) constituída como um processo formador de realidades. Nos encontros entre grupos sociais que integram diferentes culturas, as distintas realidades desses grupos podem ser dispostas em harmonia ou podem gerar conflitos. Neste texto, buscaremos examinar uma situação em que a diversidade cultural é uma fonte de tensões

¹ Acerca da diferença entre significantes e significados, observe-se SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de linguistique générale**. Paris: Éditions Payot & Rivages, 1995, p. 97-103.

sociais: a prática do infanticídio indígena no Brasil, a qual é um elemento que integra a identidade cultural de alguns povos indígenas.

Apesar do processo histórico brasileiro, marcado pela busca de assimilação cultural dos índios, o país continua a ser um campo no qual sobrevivem muitas culturas indígenas. De acordo com o censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), existia, no território brasileiro, um total de 817.963 índios em 2010, pertencentes a 305 etnias (IBGE, 2010). Evidenciando a elevada pluralidade cultural dos povos indígenas no Brasil, esse censo contabilizou 274 línguas faladas por pessoas indígenas com 5 ou mais anos de idade, e 76,9% do contingente de indígenas investigados falavam português. Em face desse heterogêneo horizonte cultural, o infanticídio indígena é muitas vezes tido como prática incomum. Apesar da escassez de dados referentes a esta prática, observa-se que é rara e está em declínio entre os índios brasileiros, sendo realizada em poucas comunidades – como entre o povo Zuruahá, os Yanomamis e os Javaés (SEGATO, 2014, p. 74-76).

O infanticídio indígena não se confunde com o tipo de infanticídio previsto no Código Penal brasileiro². A conduta referida no Código Penal é decorrente de um estado de perturbação fisiopsíquica proveniente do parto. A prática indígena, no entanto, é baseada em razões que independem da existência desse estado de perturbação (o estado puerperal). Essas razões não são idênticas nos povos que praticam o infanticídio, e podem ser classificadas, pelo menos, em três tipos: 1) o juízo de que a mãe é incapaz de oferecer cuidado à criança; 2) o juízo de que a criança é incapaz de sobreviver no contexto físico e cultural no qual está inserida; 3) a preferência por um sexo (FEITOSA, 2010, p. 854).

Conforme observaremos no decorrer deste texto, as fontes estatais do direito dão lugar a possibilidades interpretativas diversas acerca do infanticídio indígena no Brasil, e há dissenso em relação à atitude que deve ser assumida pelo Estado a esse respeito. Em contraposição à defesa de que essa prática deve ser admitida, é sustentada a concepção de que o poder público não deve acolher padrões culturais que levam à morte de crianças. Promovendo tal concepção, a Câmara dos Deputados aprovou o projeto de lei nº 1057/2007, o qual visa a dar um tratamento legal específico para o infanticídio indígena e combater tal prática. Sob o fundamento de que a cultura não deve prevalecer sobre direitos fundamentais como a vida e a saúde, esse projeto

² No Código Penal brasileiro, o art. 123 enuncia que: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de dois a seis anos”.

(que ainda depende da aprovação do Senado Federal para ser convertido em lei) evidencia a persistência do confronto entre identidades indígenas e outras formas de vida.

Diante de tal persistência, e considerando a possibilidade de que o Senado Federal aprove o referido projeto de lei, buscaremos oferecer uma contribuição para o debate jurídico a respeito do infanticídio indígena. Sob esse propósito, pretendemos estruturar uma interpretação que ofereça uma resposta para a seguinte questão: à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, a melhor solução sobre o infanticídio indígena é uma interferência estatal capaz de impedir a realização dessa prática? Compreendemos que a resposta para tal questão não é óbvia, pois a Constituição Federal – conforme examinaremos no decorrer do trabalho – dá espaço para entendimentos distintos acerca desse problema.

Para tratar do problema em foco, o trabalho apresentará a seguinte organização:

1) Inicialmente, sob a pretensão de realizar uma contextualização histórica, indicaremos como a atual Constituição Federal trata as culturas indígenas de uma maneira distinta em relação às constituições brasileiras anteriores. Ademais, acerca dos direitos dos índios, iremos observar como a Constituição Federal de 1988 é disposta no plano do novo constitucionalismo latino-americano.

2) Ulteriormente, sob a consideração de que o direito tem uma composição interpretativa e a Constituição pode ser concretizada de diferentes maneiras, examinaremos possibilidades interpretativas contrárias à admissão da prática do infanticídio indígena.

3) Depois de indicar rumos argumentativos que podem ser utilizados na tentativa de justificar a interferência estatal em culturas indígenas, analisaremos possibilidades de interpretação jurídica que dão respaldo à admissão do infanticídio indígena.

4) Por fim, apresentaremos a solução jurídica que consideramos a mais adequada a esse respeito.

2 As constituições brasileiras entre a assimilação e o reconhecimento das culturas indígenas

Como registrado em todo o continente americano, o processo de colonização no Brasil aconteceu ao custo da subjugação dos povos originários. A chegada do europeu ao novo mundo determinou a imposição de um modelo civilizatório ao custo do extermínio de formas de vida e culturas previamente existentes na região. Assim, diante do padrão ocidental, a cultura dos povos originários é historicamente tida como rudimentar ou primitiva e, por isso, incompreensível aos olhos dos padrões dominantes.

Os processos de formação dos Estados na América Latina reproduziram, em regra, o modelo liberal europeu, consagrando o referencial monista com um sistema jurídico único e a imposição de um referencial legislativo único (YRIGOYEN, 2012. p. 139-140). A nota Raquel Fajardo que, no século XIX, as formas de sujeição dos povos originários obedeceram a diferentes técnicas constitucionais, seja promovendo assimilação ou conversão mediante a atribuição de direitos individuais em troca da dissolução das formas de organização territorial indígenas; seja promovendo a redução e cristianização dos indígenas não colonizados, seja no próprio processo de guerra de extermínio (YRIGOYEN, 2012. p. 140).

Assim, o mito da democracia racial e da miscigenação como elemento constitutivo da identidade nacional contribuiu significativamente para a ocultação e a subalternização dos povos originários. Nesse sentido, o direito é um eficiente instrumento utilizado para concretizar tal pretensão.

No constitucionalismo brasileiro, os índios receberam tratamento expresso nas diferentes constituições: 1934 (art. 5º, XIX, m e art. 129), 1937 (art. 154), 1946 (art. 5º, XV, r e art. 216), 1967 (art. 186), 1969 (art. 198) e na atual (art. 231 e art. 232). A Constituição Federal brasileira de 1988 apresenta um tratamento jurídico dos povos indígenas que foi inovador em relação às constituições brasileiras anteriores e às constituições dos outros países latino-americanos: no lugar da atitude assimilacionista, que prevalecia no horizonte constitucional da América Latina, a Constituição de 1988 determinou a preservação das identidades indígenas e do pluralismo cultural (FILHO, 2013, p. 2148-2149). A respeito dos índios, a atual Constituição Federal não só trouxe um tratamento mais abrangente do que as constituições brasileiras anteriores, mas também promoveu a política do reconhecimento³ no sentido assegurar o direito à diferença. Portanto, ao contrário das constituições brasileiras prévias, a Constituição Federal de 1988 passou a promover a política da diferença em relação aos povos indígenas.

No contexto latino-americano, a Constituição brasileira de 1988 trouxe importantes elementos relativos ao tratamento jurídico dos povos indígenas. Após a constituição brasileira abrir caminhos para a consolidação da política de reconhecimento dos povos indígenas, outros países da América Latina também apresentaram em suas constituições esquemas de proteção jurídica às múltiplas identidades culturais dos índios. As Constituições da Colômbia (1991), da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009) formaram um cenário jurídico que vem sendo identificado como algo inovador: o chamado novo constitucionalismo latino-

³ Para uma análise sobre a noção de política do reconhecimento, vide TAYLOR (1994, p. 37-38).

americano (VICIANO PASTOR, 2012). Esse cenário jurídico é marcado pela atribuição de protagonismo aos povos indígenas e pela estruturação do Estado de um modo plurinacional.

Ante o processo de progressivo reconhecimento de direitos dos povos originários da América Latina, Raquel Fajardo Yrigoyen (2012, p. 141-152) sintetiza o debate mencionando a existência de diferentes ciclos constitucionais. Temos assim, o primeiro ciclo, marcado pelo constitucionalismo multicultural (1982-1988); o segundo ciclo com o constitucionalismo pluricultural (1989-2005) e finalmente o constitucionalismo plurinacional (2006-2009).

O constitucionalismo plurinacional caracterizaria, assim, a matriz fundamental do novo constitucionalismo latino-americano, sobretudo a partir das experiências de Equador (2008) e Bolívia (2009). No âmbito do novo constitucionalismo latino-americano, é proeminente a concepção de que a diversidade cultural dos povos indígenas é um elemento fundante da própria institucionalidade, manifestando a existência de diversas nações que são elementos integrantes do Estado e têm suas próprias e específicas esferas de autonomia. Dentre as características desse constitucionalismo, podemos chamar a atenção para o reconhecimento de uma agenda jurídica amplamente desconhecida pelo constitucionalismo europeu, tais como o rol normativo decorrente das cosmovisões indígenas. Destacamos, aqui, a conformação jurídico-constitucional dos direitos da *Pachamama* (Mãe Terra) e a incorporação de uma agenda fundada na *Suma Qamaña* (Bem viver). Como consequência, o novo constitucionalismo latino-americano privilegia formas de realização da justiça que partem do próprio reconhecimento das formas de vida indígenas, como bem exemplifica o modelo jurisdicional boliviano que consagra a Jurisdição Indígena Originária Campesina e o Tribunal Plurinacional (SILVA JÚNIOR, 2014).

Em uma chave de leitura diversa, podemos encontrar o referencial do transconstitucionalismo (NEVES, 2009) para compreender as relações envolvendo o direito estatal e as ordens jurídicas de comunidades indígenas brasileiras. Segundo Marcelo Neves (2012, p. 615), “um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução”. No Brasil, a existência do direito criado pelos índios é expressamente admitida no ordenamento jurídico. A menção ao direito indígena é explícita não só no art. 57 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), mas também no art. 8º, 1, da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (1989), no art. 5º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e no art. 6º da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016) – documentos dos quais o Brasil é signatário. Assim, a coexistência entre ordens jurídicas indígenas e o ordenamento

jurídico estatal dá lugar a situações de transconstitucionalismo. Em relação ao infanticídio indígena, é uma prática que é integrada ao direito consuetudinário de alguns povos indígenas. Em torno de tal prática, há dissenso sobre se a situação transconstitucional deve ser solucionada por meio da interferência estatal ou mediante a jurisdição ou foro étnico indígena. Perante essa situação de pluralismo jurídico, é razoável interpretar, seguindo a compreensão de Rita Laura Segato (2014, p. 69), que as relações entre o ordenamento jurídico estatal e os direitos indígenas ainda não produzem um efetivo pluralismo institucional no Brasil.

3 Elementos para um discurso em defesa da intervenção estatal no infanticídio indígena

Depois de realizar apontamentos sobre como a proteção constitucional aos povos indígenas no Brasil é disposta no horizonte do novo constitucionalismo latino-americano e do transconstitucionalismo, passaremos a observar ideias contrárias à admissão do infanticídio indígena. Contudo, não temos o propósito de retratar o conjunto dos discursos que manifestam oposição a esse tipo de conduta. Pretendemos indicar algumas das possibilidades argumentativas que avaliamos como as mais importantes para o desenvolvimento de um discurso favorável à intervenção do estado na tradição do infanticídio indígena.

Inicialmente, é possível argumentar que deve existir uma interpretação sistemática da Constituição de 1988 para que seja compreendido adequadamente o alcance dos dispositivos constitucionais referentes aos índios. O ordenamento jurídico não é composto por disposições que estão isoladas entre si. Os enunciados normativos que compõem a ordem jurídica apresentam ligações diversas (hierárquicas ou não hierárquicas) e formam um sistema normativo, uma unidade integrada (HART, 2012, p. 79 s.). Assim, dentro dos limites interpretativos das disposições da Constituição, o intérprete deve buscar possibilidades que o conduzam a sentidos normativos harmônicos entre si. Desse modo, a abrangência de direitos subjetivos estabelecidos no art. 231 da Constituição Federal (o qual determina a defesa de costumes, valores e tradições dos povos indígenas) não deve implicar a violação de direitos fundamentais como o direito à vida, o direito à saúde e a prioridade do interesse da criança⁴. Com efeito, a defesa da interpretação sistemática da constituição foi um caminho argumentativo utilizado pelo deputado federal Henrique Afonso na justificação da apresentação do projeto de

⁴ Entre os dispositivos normativos jurídicos que podem ser utilizados, no Brasil, para a defesa da vida, da saúde e da prioridade do interesse das crianças vulneráveis à prática do infanticídio indígena, destacamos o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8069/1990), o art. 121 do Código Penal brasileiro e, principalmente, os seguintes artigos da Constituição Federal de 1988: art. 1º, III, art. 5º, caput, art.6º, art. 196, art. 227, caput.

lei nº 1057/2007⁵. Nessa linha de discurso, podemos dizer que o direito ao desenvolvimento da personalidade é corolário do princípio da dignidade humana (PEREIRA, 2015, p. 136 s.), e que o direito à integridade cultural não deve ir além das fronteiras da dignidade.

No mesmo sentido argumentativo, é possível alegar que a proteção jurídica aos povos indígenas deve ser realizada por meio de interpretações harmônicas com as normas internacionais de direitos humanos. Tal argumento, que também está presente na justificção do projeto de lei nº 1057/2007, encontra respaldo no art. 8º da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, no art. 34 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e no art. 22 da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. A orientação interpretativa para compatibilizar a Constituição e as leis às normas internacionais de direitos humanos foi adotada expressamente no art. 16 Constituição da República Portuguesa, e pode servir como referência no Brasil.

Ademais, também é cabível acrescentar que os diversos direitos fundamentais não são ilimitados (CANOTILHO, 2003, p. 1253-1282) e devem ser ponderados em caso de antinomia para que haja prevalência do princípio que tem maior peso. De acordo com Dworkin (1978, p. 26), podemos compreender que princípios jurídicos têm a dimensão do peso e da importância, e que a solução do conflito entre princípios pode ser expressa como um julgamento sobre qual das normas em colisão é afirmativa do valor que tem maior importância, maior peso no contexto do caso. Assim, as colisões entre princípios encontram solução além da dimensão da validade, e a decisão de aplicar um dos princípios contrapostos não implica o reconhecimento da invalidade de um enunciado normativo, mas sim que as circunstâncias do caso levaram a uma ponderação por meio da qual um determinado princípio prevaleceu (ALEXY, 2018, p. 71 s.). Pode-se dizer, então, que o direito à vida apresenta um maior peso do que o direito à preservação dos costumes indígenas. Esses direitos têm igualdade no plano hierárquico e são igualmente dotados de validade jurídica, mas é possível entender que não têm igual peso ou importância. Assim, se houver a compreensão de que não é possível a compatibilização desses direitos por meio de uma interpretação sistemática, a antinomia pode ser solucionada por meio da ponderação. Perante a situação de vulnerabilidade da criança e da vulnerabilidade cultural de um povo indígena, é possível interpretar que deve prevalecer o interesse da criança, pois mesmo

⁵ O inteiro teor do projeto e a justificção para a sua apresentação estão disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=022E50E6631AD935A5CF C4942637C1BF.proposicoesWebExterno2?codteor=459157&filename=Tramitacao-PL+1057/2007>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

a proteção do grupo social e a promoção do bem comum não justificam o sacrifício da vida e da liberdade de indivíduos⁶.

Pode-se alegar, seguindo essa linha discursiva, que o tratamento jurídico especial em relação a minorias não deve dar a grupos sociais a permissão para sacrificar a liberdade e a integridade (física ou moral) dos seus membros. Pode-se argumentar que deve ser promovida a política da diferença em relação aos índios, mas a proteção jurídica à autonomia dos povos indígenas não deve ser ilimitada. De acordo com o que foi defendido por Kant (2002, p. 37-50) na formulação do imperativo categórico, podemos dizer que nenhuma pessoa deve ser tratada exclusivamente como um meio para a obtenção de fins. Sob tal ponto de vista, cada ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo e, portanto, o direito não deve admitir que indivíduos sejam convertidos em instrumentos para assegurar a identidade cultural de um povo.

4 Elementos para um discurso favorável à não interferência na prática do infanticídio indígena

Após apresentar algumas perspectivas contrárias à admissão do infanticídio indígena, passaremos a considerar interpretações favoráveis à tolerância a essa prática. Não temos, entretanto, a pretensão de expor o conjunto dos argumentos utilizados para a defesa da ausência de interferência do Estado na cultura do infanticídio indígena. Nesta parte do texto, pretendemos indicar algumas possibilidades interpretativas que julgamos como especialmente relevantes para este debate e que podem conduzir à tolerância a tal tradição. Inicialmente, podemos argumentar que os diversos direitos (mesmo o direito à vida) devem ser interpretados à luz das singularidades apresentadas por cada contexto social. Por mais fundamental que seja, nenhum direito é ilimitado, e a importância de cada direito não deve ser desvinculada do contexto de aplicação. Sob tal entendimento, um possível caminho argumentativo é afirmar que a interferência do Estado na cultura indígena para assegurar os direitos fundamentais das crianças constitui uma postura etnocêntrica. Pode-se compreender, em tais circunstâncias, que a imposição de uma visão de direitos humanos fundada em um universo cultural alheio aos índios representa um etnocentrismo que é capaz de levar ao etnocídio e à inferiorização de concepções indígenas acerca da vida e da morte (SEGATO, 2014, p. 77).

⁶ Neste sentido, John Rawls (1999, p. 3) escreveu que: “Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. For this reason justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others. It does not allow that the sacrifices imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantages enjoyed by many”.

De fato, os significados do início e do fim da vida não são formulados de uma maneira uniforme nas múltiplas realidades culturais. A proteção à vida sob a ideia de que a vida é um bem indisponível e dotado de valor intrínseco foi configurada no Ocidente, fundamentalmente, após a emergência do cristianismo na Europa (SINGER, 1993, p. 88 s.). No entanto, existem distintas representações culturais sobre o que significam a vida e a morte. Antes da ascensão do cristianismo, era acolhida em Roma, por exemplo, a noção de que morrer bem é um valor máximo, parte de uma vida nobre, e o suicídio era uma conduta admissível em caso de dolorosas doenças terminais (ADMIRAAL, 2003, p. 208). Investigando o fato de que a abreviação da vida pode ser interpretada como um bem, Durkheim (1990, p. 234-263) discorreu sobre a conduta que nomeou de suicídio altruísta. Essa conduta diz respeito a manifestações de renúncia individual em razão da compreensão de que o ato de tirar a própria vida será convertido em um bem para o grupo. Também reconhecendo os diferentes significados que a vida e a morte podem receber em distintos contextos culturais, o senhor doutor André Gonçalo Dias Pereira (2015, p. 176) indicou que, para devotos do hinduísmo e para os Dinka do Sul do Sudão, a ideia de boa morte é ligada à existência de uma sujeição voluntária à morte. No âmbito das culturas indígenas, os índios que fazem parte do povo Zuruahá interpretam que a morte decorrente do envelhecimento tem um sentido ético negativo, e o suicídio é visto como uma forma apropriada de morrer (FEITOSA, 2010, p. 856).

Em várias culturas indígenas (como ocorre, por exemplo, entre o povo Yanomami e o povo Javaé – os quais praticam o infanticídio cultural), há a compreensão de que o acolhimento da criança pelo grupo é o fator fundamental da constituição da vida humana (SEGATO, 2014, p. 76). Sob tal entendimento, o início da vida não é identificado com o nascimento biológico, mas sim por meio do acolhimento cultural. A pessoa nasce quando é reconhecida como integrante do grupo, e a extinção do indivíduo antes do acolhimento não é vista como um homicídio. O Código Civil brasileiro (art. 2º) adota o entendimento de que a personalidade jurídica começa do nascimento com vida, mas essa perspectiva não traduz a compreensão de vida que está presente nas culturas de muitos povos indígenas. Dessa maneira, é possível interpretar que apesar de haver, objetivamente, a prática do homicídio nos casos de infanticídio indígena, o tipo subjetivo do homicídio não foi realizado, pois, na perspectiva cultural de quem realiza a conduta, ainda não há um humano, não há uma pessoa⁷.

De acordo com o art. 21 do Código Penal brasileiro, a imputabilidade penal é condicionada à potencial consciência da ilicitude da conduta. Esse dispositivo de caráter penal

⁷ A uma conclusão similar chegou o senhor doutor Augusto Silva Dias (1996, p. 227) quando tratou do infanticídio ritual na Guiné Bissau.

é aplicável aos índios, e o erro de proibição constitui um excluyente de culpabilidade nos casos de infanticídio indígena. Segundo o texto desse artigo do Código Penal, pode-se entender que prática do infanticídio apenas não é punível quando é inevitável o desconhecimento da lei. Efetivamente, a falta da consciência de ilicitude pode ocorrer, pois há diversos povos indígenas que ainda vivem em situação de significativo distanciamento cultural – o que é evidenciado pelo fato de que mais de 20 por cento dos índios investigados no censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística não falam português (IBGE, 2010). Porém, mesmo se o infanticídio indígena for realizado por índios que têm o conhecimento do caráter ilícito dessa conduta, é possível argumentar que o pertencimento a um universo cultural distinto é um fator que exclui a culpabilidade. Conforme sustentou o senhor doutor Augusto Silva Dias (1996, p. 225-226), pode-se compreender que não é exigível ao agente a interiorização porque ela é alheia à sua cultura e a admissão do juízo de censurabilidade implica uma situação de assimilação cultural. Efetivamente, a ideia de que o início da vida não ocorre com o nascimento é um ponto crucial para a compreensão do infanticídio indígena, pois essa prática tem alicerces culturais que entram em confronto com o padrão de entendimento da vida o qual é juridicamente dominante.

Em face dos peculiares contextos sociais dos povos indígenas que realizam o infanticídio, é possível alegar que os índios têm o direito fundamental à preservação da sua identidade cultural e que os outros direitos fundamentais (como a vida, a saúde, etc.) devem ter um alcance compatibilizado com a cultura indígena. O direito dos povos indígenas à autonomia e à integridade cultural é afirmado não só no art. 231 da Constituição Federal, mas também na esfera infraconstitucional do ordenamento jurídico – com destaque para os artigos 3, 4 e 8 da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas e para os artigos 10 e 13 da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Assim, é cabível interpretar que o sentido e a abrangência dos direitos humanos devem respeitar o contexto ético em que esses direitos são inseridos. Diante do conflito entre direitos fundamentais, pode-se entender que deve prevalecer a proteção ao grupo em razão da sua fragilidade cultural e que os direitos devem ser interpretados em harmonia com o singular contexto cultural em que estão inseridos.

Efetivamente, não há uma superioridade hierárquica do direito à vida em relação ao direito à preservação dos costumes e tradições dos povos indígenas. Ante a prática do infanticídio indígena, é possível interpretar que há um conflito entre direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. Todavia, não há hierarquia entre o dispositivo que enuncia do direito à vida (art. 5º, caput) e o dispositivo no qual é estabelecido o direito à proteção da integridade cultural dos povos indígenas (art. 231). A solução do problema, portanto, deve ser

realizada por meio da ponderação dos valores envolvidos na questão. Nessa situação, em que há tanto a vulnerabilidade das crianças que podem sofrer infanticídio quanto a vulnerabilidade cultural do grupo, um possível entendimento é que deve ser priorizado o interesse do grupo. Ou seja, o bem comum (no sentido em que for concebido pelo povo indígena) deve prevalecer sobre os direitos individuais. Diante desse problema transconstitucional, o Estado pode atribuir o maior peso ao art. 231 da Constituição Federal e, conseqüentemente, priorizar o direito indígena e as soluções dadas pelas comunidades indígenas.

5 O diálogo intercultural como possível resposta jurídica para o problema do infanticídio indígena

Depois da indicação de distintas possibilidades interpretativas em relação ao infanticídio indígena, buscaremos apresentar uma solução para a questão que foi proposta.

Compreendemos que diversos dispositivos normativos jurídicos podem impor a intervenção estatal no infanticídio indígena. Na Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o direito à vida (art. 5º, caput, e art. 227, caput) e o direito à saúde (art.6º, art. 196 e art. 227, caput) limitam a abrangência do art. 231 da Constituição Federal (o qual impõe a proteção à integridade cultural dos povos indígenas). Ademais, a interferência em tradições e instituições indígenas com o propósito de compatibilizá-las a direitos humanos é uma medida respaldada no art. 8º da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, no art. 34 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e no art. 22 da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Dessa maneira, entendemos que é devida a interferência estatal no infanticídio indígena, mas essa interferência só é cabível por meio do diálogo. Ao menos dois propósitos podem direcionar esse diálogo intercultural: 1) convencer a comunidade indígena a abandonar a cultura do infanticídio; 2) convencer a comunidade indígena a entregar voluntariamente a agentes estatais as crianças que sofrerão o infanticídio se permanecerem na comunidade. Esse primeiro propósito é preferencial em relação ao segundo, pois leva à manutenção da criança no seu contexto cultural e familiar. Há um exemplo de sucesso desse tipo de diálogo intercultural no Brasil: em 1952, um grupo de freiras foi viver entre o povo Tapirapé no Estado de Mato Grosso e conseguiu convencer esse povo a abandonar a tradição do infanticídio. Sem a pretensão de catequizar esse povo, as freiras viveram continuamente na comunidade e foram identificadas como aliadas contra a opressão causada por outros segmentos da sociedade (FEITOSA, 2010, p. 863). Por outro lado, entendemos que o diálogo intercultural só deve ser direcionado ao

segundo propósito nas situações em que a retirada da criança for a única maneira de evitar que ela sofra o infanticídio. Em alguns povos que têm incorporada a tradição do infanticídio, o costume pode ser contornável por meio da entrega da criança para sua criação por pessoas próximas ou vinculadas aos progenitores por parentesco (SEGATO, 2014, p.75). Quando for contornável dessa maneira, não é apropriada qualquer medida orientada a retirar a criança da sua comunidade. Além disso, entendemos que a retirada da criança só pode ser adequada se houver consentimento da comunidade indígena. Realizado tal consentimento, cabe ao Estado dar à criança removida do seu povo todos os meios disponíveis para assegurar o seu bem-estar. Com efeito, é complexa a questão de como garantir para a criança as condições para o seu desenvolvimento integral fora do seu originário ambiente familiar e cultural. Essa questão não será tratada nos limites deste texto, mas entendemos que todo o processo de inserção da criança em um novo contexto social deve respeitar a autonomia da comunidade indígena e deve ser orientado pelo ideal de promover a dignidade e, conseqüentemente, a integridade física e moral da criança. A dignidade humana, implica a existência do direito ao desenvolvimento da personalidade e “deve ser vista como um *princípio de esperança e de hesitação*” (PEREIRA, 2015, p. 149).

Por outro lado, a questão de como estabelecer eficientemente o diálogo intercultural também é um problema complexo que não constitui um foco de análise deste trabalho. Cabe dizer, entretanto, que um dos elementos fundamentais para a persuasão é que o povo indígena e os agentes estatais que implementam o diálogo para interferir no infanticídio se reconheçam mutuamente como aliados. No entanto, estabelecer vínculos recíprocos de confiança entre agentes estatais e povos indígenas pode não ser uma tarefa simples. As dificuldades a esse respeito podem ser elevadas em razão do fato de que as relações entre o Estado e os povos indígenas são marcadas por uma trajetória histórica de desrespeito às identidades dos índios.

Contudo, em caso de insucesso na tentativa de interferência por meio do diálogo na tradição do infanticídio indígena, compreendemos que não deve haver imposição de violência para assegurar a proteção da criança. Entendemos que os direitos fundamentais não são ilimitados e devem ser interpretados diante do contexto da sua aplicação. Concordamos com Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 86) em relação à ideia de que os direitos humanos devem ser concebidos como direitos cujas pretensões de validade universal e aplicação uniforme colocam em risco o seu papel emancipatório. Portanto, interpretamos que a remoção violenta não é respaldada pelo art. 231 da Constituição Federal e, na hipótese de insucesso da interferência por meio do diálogo, deve prevalecer o direito fundamental à integridade cultural dos povos indígenas. Divergindo do projeto de lei nº 1057/2007 (que abre espaço interpretativo,

no art. 6º, para a realização da remoção forçada), acolhemos a ideia de que cabe ao Estado, na referida hipótese, atribuir o maior peso ao art. 231 da Constituição Federal e assegurar a autonomia de povos indígenas cujas realidades não foram construídas a partir das estruturas do constitucionalismo estatal. A interferência violenta por meio da remoção forçada de crianças tem um elevado potencial destrutivo de identidades culturais e representa um grave desrespeito à autonomia dos povos indígenas.

6 Considerações finais

No decorrer deste texto, buscamos analisar se a interferência estatal no infanticídio indígena representa a melhor solução jurídica ante a Constituição Federal de 1988. Para desenvolver essa análise, observamos que a Constituição de 1988 trouxe elementos que favorecem a ruptura com a atitude de assimilação cultural de identidades indígenas – atitude a qual prevalecia, até então, no cenário constitucional da América Latina (o qual é marcado, atualmente, pela existência do chamado novo constitucionalismo latino-americano). Posteriormente, indicamos possibilidades interpretativas distintas a respeito do infanticídio indígena no Brasil. Por um lado, exploramos argumentos favoráveis à intervenção estatal nessa prática (como a exigência de compatibilidade com os direitos humanos e a concepção de que a proteção de grupos sociais não justifica o sacrifício da vida e da liberdade de indivíduos). Por outro lado, observamos possibilidades argumentativas contrárias à intervenção estatal na tradição indígena (como a ideia de que tal interferência é uma atitude etnocêntrica e a noção de que os diversos direitos fundamentais devem ter um alcance compatibilizado com as culturas indígenas). Dessa maneira, à luz da Constituição Federal, chegamos à conclusão de que a devida atitude estatal ante o infanticídio indígena é a interferência discursiva que respeite a autonomia dos povos indígenas. Essa interferência não deve ser concretizada pela utilização da violência, mas apenas por meio da retórica orientada, ao menos, para dois objetivos: 1) convencer a comunidade a abandonar a tradição do infanticídio; 2) nos casos em que a remoção da criança for o único modo de evitar o infanticídio, convencer a comunidade a entregar voluntariamente a criança a agentes estatais. Se não houver sucesso na interferência estatal por meio do diálogo, compreendemos (em sentido contrário ao projeto de lei nº 1057/2007) que não deve existir a remoção forçada da criança.

Com efeito, a determinação da importância de cada direito fundamental é uma tarefa que não deve ser desvinculada do ambiente cultural e das circunstâncias concretas de aplicação do direito. Diante do multiculturalismo, os direitos fundamentais devem ser efetivados sob a

consideração de que os valores podem ter diferentes sentidos em universos culturais distintos. Acolhemos a concepção de que a liberdade ideal é a que não gera dano ao outro (MILL, 1991, p.30), mas uma esfera de liberdade que traz algum dano para outra pessoa pode ser tolerada em virtude da proteção a outros valores que podem assumir um maior peso nas circunstâncias sociais. Ou seja, são protegidos os valores da auto-organização e da integridade da identidade cultural de povos indígenas, apesar dos efeitos negativos que essa proteção também pode trazer. Assim, o Estado adotará uma postura que tem fundamento constitucional e, ao mesmo tempo, afirmará a autonomia de povos indígenas cujas realidades culturais não foram formuladas sob os padrões do constitucionalismo estatal. As fronteiras da tolerância não são claras e constituem limites relativamente abertos que devem ser delineados a partir da consideração dos elementos fáticos e valorativos que integram cada contexto social.

Referências

ADMIRAAL, Pieter. Euthanasia and assisted suicide. In: **Birth to death: science and bioethics**. New York: Cambridge University Press, 2003.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 8. Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIAS, Augusto Silva. Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Fasc. 2º, ano 6, p. 209-232, abr./jun., 1996.

DURKHEIM, Émile. **Le suicide: étude de sociologie**. 5. ed. Paris: Quadrige/PUF, 1990.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FEITOSA, Saulo Ferreira et al. Bioethics, culture and infanticide in Brazilian indigenous communities: the Zuruahá case. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 5, p. 853-865, mai., 2010.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Comentários aos artigos 231 e 232. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. 4. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 1975.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico: características gerais dos indígenas**, 2010. Disponível em:
<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf>.
Acesso em: 23 de jul. de 2020.

KANT, Immanuel. **Groundwork for the metaphysics of morals**. Translated by Allen W. Wood. New York: Yale University Press, 2002.

MILL, J. S. On liberty. In: GRAY, John; SMITH, G. W. (Ed.). **On liberty in focus**. London: Routledge, 1991.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In: CORREIA, Fernando Alves; LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M. **Estudos em homenagem ao prof. doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Volume III – Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. Vers une conception multiculturelle des droits de l’homme. **Droit et Societé**, Paris, n. 35, p. 79-96, 1997.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de linguistique générale**. Paris: Éditions Payot & Rivages, 1995.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-92, jan./jun., 2014.

SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. **A constituição do estado plurinacional da Bolívia como um instrumento de hegemonia de um projeto popular na américa latina**. 2014. xv, 345 f., il. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

SINGER, Peter. **Practical ethics**. 2. ed. Cambridge University Press, 1993.

TAYLOR, Charles. The politics of recognition. In: GUTMANN, Amy (Ed.). **Multiculturalism**. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

VICIANO PASTOR, Roberto (Ed.). **Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latino-americano**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

YRIGOYEN, Raquel Z, Fajardo. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: César Rodríguez Garavito (coord.). **El**

Derecho en America Latina un mapa para el pensamiento jurídico del sigloXXI .
Buenos Aires: XXXI Siglo Veintiuno Editores, 2012.

Data de recebimento: 03.02.2021

Data de aprovação: 20.07.2021