

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO INFANTICÍDIO INDÍGENA: O PARADOXO ENTRE A CULTURA DE UM POVO E O DIREITO À VIDA

A (IN) CONSTITUTIONALITY OF INFANTICIDE INDIGENOUS : PARADOX BETWEEN THE CULTURE OF A PEOPLE AND THE RIGHT TO LIFE

Fernanda Braghirolli¹
Adelar Monteiro Barreto²

RESUMO: No Brasil, alguns povos indígenas mantêm a prática do infanticídio compreendido como a morte intencional predominantemente de crianças, podendo ocorrer com adolescentes também. Vários são os motivos usados para justificar tal conduta. Por se tratar de uma prática cultural, a defesa do direito fundamental à vida encontra resistência na proteção das tradições indígenas, revelando um paradoxo entre os direitos humanos universais em face da proteção das manifestações culturais. Não obstante, a constatação da existência da diversidade cultural, alguns direitos são reconhecidos como sendo comuns a todas as pessoas independentemente das suas especificidades, estes têm por premissa a proteção do direito à vida.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade do Infanticídio Indígena; Direito à Vida; Universalização dos Direitos Humanos.

ABSTRACT: In Brazil, some indigenous peoples have the practice of infanticide understood as the intentional killing mostly children and can occur with teenagers as well. There are several reasons used to justify such conduct. Because it is a cultural practice, the defense of the fundamental right to life is resistance in the protection of indigenous traditions, revealing a paradox between universal human rights in the face of the protection of cultural expressions. Nevertheless, the finding of the existence of cultural diversity, certain rights are recognized as being common to all people regardless of their specificities, these are premised on the protection of the right to life.

KEYWORDS: Unconstitutionality of the indigenous infanticide; Right to life; Universalization of human rights.

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Mater Dei. Professora do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Pato Branco - FADEP, fernandab@fadep.br.

² Advogado formado pela Faculdade de Pato Branco - FADEP, adelarmb@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira é amplamente diversificada, fruto de um longo processo de miscigenação cultural, nesta diversidade há que se destacar a cultura indígena que mantém até os dias de hoje grande parte dos seus costumes e crenças.

Neste sentido, o estudo tem por objetivo a análise sobre a inconstitucionalidade e a incoerência por parte do Estado brasileiro, quando se mantém ausente no que diz respeito à interferência nestas práticas culturais que são claramente contrárias e nocivas a valores e direitos mais básicos do ser humano.

A questão do infanticídio indígena é um dos temas que melhor representa o desafio de uma sociedade contemporânea, pois busca o asseguramento do respeito à diversidade cultural, e por outro lado, a proteção do direito fundamental à vida.

Dessa forma, faz imergir a interrogação acerca de até que ponto a cultura e a sua preservação legitimam a existência de determinadas práticas que são flagrantemente contrárias aos direitos fundamentais, assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O TRATAMENTO DISPENSADO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DENTRO DESTE PARADIGMA

O Estado do constitucionalismo contemporâneo é também designado pela expressão “neoconstitucionalismo”, neste sentido pode-se afirmar que a citada expressão transmite a ideia de que se está diante de um fenômeno novo que se desenvolve diante dos olhos dos cidadãos.

Dentro desta perspectiva, Lênio Streck, utilizando os ensinamentos de Nicola Matteucci, explica que o moderno constitucionalismo está conectado a dois fatores: primeiro aos princípios jusnaturalistas que estão ligados na obra de racionalização do direito vigente, e num segundo momento, à revolução democrática da segunda metade do século XVIII, que não se fundamenta mais no direito divino do rei e nem na tradição, mas no consenso racional dos cidadãos, daí se extraindo a conclusão que a Constituição passa a ser tida como a explicitação do contrato social, onde se prima pela garantia de um governo limitado e pelo asseguramento dos direitos dos cidadãos (STRECK, 2004, p. 99).

Assim, ao longo desta evolução constitucional, os direitos fundamentais ganham o *status* jurídico que lhes é devido, sendo definidos como valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica (SARLET, 1998, p.69).

Ainda neste contexto, importa frisar que tais normas fundamentais são dotadas de imperatividade e para tanto, foram recepcionadas com elementos centrais pela Constituição. Deste modo, não há como negar a esta categoria, a efetiva importância que possui para uma sociedade, encontrando vertente no próprio princípio da dignidade da pessoa.

Neste diapasão, cabe ressaltar os dizeres de Bobbio (1997, p. 21-22), quando afirma que a imperatividade de uma norma jurídica envolve a capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou algum tipo de consequência ao descumprimento desta, capaz de provocar a realização do efeito normativo equivalente.

Sob outro ângulo, Ingo Sarlet (1998, p. 108) explicita que a dignidade da pessoa consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assume relevo de modo especial, a necessidade de assegurar aos cidadãos uma existência com dignidade.

Não é difícil, portanto, perceber que a particularidade do constitucionalismo contemporâneo consiste em que, consolidadas estas premissas na esfera teórica, cabe agora concretizá-las no mundo prático.

Neste quadro se inserem as discussões a respeito da eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo no que concerne a incorporação explícita de valores no texto constitucional, que devem ser efetivados em nome do respeito e da promoção da dignidade humana.

Para tanto, os direitos fundamentais passam a ser vistos como um consenso que deve ser observado pelas maiorias, reforçando no imaginário coletivo dos cidadãos, a esperança de que tais normas são dotadas de superioridade hierárquica inclusive sobre as iniciativas do Poder Público. Com efeito, na medida em que esses valores estão positivados constitucionalmente, torna-se imprescindível conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos. A presente disposição passa a ser o desafio do constitucionalismo contemporâneo e do Estado Democrático de Direito.

Trata-se de reconhecer que o sistema democrático não tem como funcionar de forma adequada e minimamente aceitável se os cidadãos não tiverem condições de dignidade ou se os seus direitos a sobrevivência humana não forem respeitados.

Neste prisma, tanto substancialistas, como procedimentalistas, concordam, por razões diferentes e paradigmas filosóficos distintos, que os direitos fundamentais constituem elementos essenciais à sobrevivência e, portanto, são oponíveis a qualquer grupo político ou base ideológica.

Lênio Streck (2007, p. 37), afirma que, se existe algo que une substancialistas e procedimentalistas é justamente a defesa da democracia e dos direitos fundamentais, portanto, qualquer debate que tenha por objetivo criar questões desarmonizadas dessa lógica deve ser rechaçado.

Desta forma, em ambas as correntes, os direitos fundamentais são normas que constituem um núcleo de tomada de decisões que devem ser observadas por qualquer grupo detentor do poder e que configuram condições indispensáveis para um bom funcionamento do processo democrático do Direito.

Ademais, direitos fundamentais são tratados para fins do presente estudo, como garantias exigidas para uma boa vida em sociedade, indispensáveis a sobrevivência do homem. Neste sentido sobra razão ao jurista José Afonso da Silva (1997, p. 177) quando aduz:

No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concretamente e materialmente efetivado.

Em suma, o constitucionalismo contemporâneo propicia transformações significativas no mundo jurídico, tendo como condição inexorável a efetividade e plena aplicabilidade das normas fundamentais, gerando assim, uma espécie de super valor à Constituição, exibindo e exigindo um agir da comunidade jurídica que compatibilize as suas atividades e as práticas da esfera pública com a defesa e a promoção dos direitos fundamentais, essencialmente no tocante ao direito à vida.

2 A DIMENSÃO PROTETIVA DO DIREITO À VIDA

Dentre os direitos fundamentais inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito à vida, destaca-se como principal resguardado a todas as pessoas, ao tempo que, é um direito que transcende o cenário jurídico, antes de proteger qualquer outro direito é dever do Estado se preocupar com aquele que é a premissa do ordenamento, qual seja, à vida humana, visto que, sem o pleno exercício desta, todos os demais ficam sem fundamento.

Neste sentido, Pontes de Miranda (1971, p. 14-15) aponta que, “o direito a vida é inato; quem nasce com vida tem direito a ela, [...] o direito à vida é direito oblíquo; existe em qualquer ramo do direito. [...] é absurdo reduzi-lo a direito privado”.

Só haverá um Estado democrático de direito de fato, onde estiver assegurado o direito à vida, o respeito pela dignidade e que a ninguém seja dado à permissão para atentar contra a vida de outrem. A vida é o bem jurídico, colocado no ápice da hierarquia dos valores, portanto, afrontá-la é ofender a própria Constituição da República Federativa do Brasil, ao mesmo tempo, esse direito deve ser compreendido como fundamento da dignidade da pessoa humana.

Sob esse enfoque, surgiu a proteção integral à criança e ao adolescente que está assegurada no artigo 227, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, refletindo o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto nem sempre, a criança é tratada como sujeito de direito.

Andréa Rodrigues Amin (2009) referencia que, na idade antiga a família era definida pelo laço da religião e não pelo critério afetivo ou consanguíneo, era estruturado pelo poder paternal ou “*pater familiae*”, este tinha a incumbência de repassar os ensinamentos religiosos, logo, todos estavam subordinados ao pai que era a autoridade familiar e religiosa daquele determinado grupo. As regras familiares eram orientadas na religião e a família era uma associação religiosa e não um grupo familiar nato. Cumpre destacar que:

Como autoridade, o pai exercia poder absoluto sobre os seus. Os filhos mantinham-se sob a autoridade paterna enquanto vivessem na casa do pai, independentemente da menoridade, já que àquela época, não se distinguiam maiores e menores. Filhos não eram sujeitos de direitos, mas sim objeto de relações jurídicas, sobre os quais o pai exercia um direito de proprietário. Assim era-lhe conferido o poder de decidir, inclusive, sobre a vida e a morte dos filhos. (AMIN, 2009, p. 3).

A idade média foi marcada pela ascensão e domínio da religião católica, o poder da igreja preponderava sobre a ordem jurídica e o sistema de governo. A igreja atuava como uma tradutora da vontade divina, ao homem era dispensado tratamento de ser insensato pecante, e por isso, precisava submeter-se às ordens religiosas para salvar sua alma. Com o passar do tempo, o cristianismo passou a reconhecer os direitos da criança, propagando o direito a dignidade para todos, incluindo os menores. (AMIN, 2009, p. 4).

Ponto relevante a se destacar, era a inexistência da maioridade, ou seja, não existia a distinção entre o maior e o menor de idade, entretanto, havia a figura do impúbere, sendo atribuição do pai ou tutor à decisão que o declarava púbere, destaca-se ainda, “púbere, ou não, casado ou não, o filho permanecia subordinado à autoridade paterna e só se tornava inteiramente “pai de família” após a morte do pai, este detentor do lendário Pátrio Poder e seu juiz natural, capaz de condená-lo à morte por sentença privada”. (PEREIRA, 2008, p. 82).

Dessa feita, conclui-se que a natureza da sociedade familiar, era estabelecida pelo vínculo religioso e não necessariamente pelo vínculo consanguíneo e muito menos pela ideia

de afetividade, observa-se ainda, que não é possível fazer a distinção entre maioridade e a menoridade, tendo em vista que, os filhos não eram considerados sujeitos de direito, mas sim objeto de relações jurídicas, dessa forma, o pater familiae exercia um direito de proprietário, em síntese, o status do filho era praticamente nulo, sua existência dependia da vontade e desejo do pai.

No período do Brasil colônia, sob o julgo das Ordenações do Reino, manteve-se a figura do pai como autoridade soberana na família, para proteger tal autoridade, ao pai era garantido o direito de penalizar sua prole como forma de educar, destipificando sua conduta se, dela resultasse lesão ou a morte do descendente. No período de vigência das ordenações Filipinas a imputabilidade era atingida aos sete anos, já dos sete aos dezessete anos, era dispensado o mesmo tratamento de um adulto com a possibilidade de atenuação de pena. (AMIN, 2009, p. 5).

Por um longo lapso temporal as legislações que tratavam das matérias relacionadas ao menor oscilaram, entre a tutela de direito e proteção contra estes, enquanto aplicava-se uma legislação rígida quando da prática de “delitos”. O Estado manifesta-se através da igreja protegendo as crianças indígenas e as negras dos ensinamentos inadequados dos pais, com suas práticas cruéis, tendo em vista que era costumeiro o abandono de crianças nas portas das igrejas e residências, um recurso utilizado para receber essas crianças foi à roda dos expostos, tinha aí início da política de recolhimento. (AMIN, 2009, p. 5-6).

Percebe-se que desde os primórdios o menor sempre esteve à margem da sociedade, sendo tratado como mero objeto de relações privadas, urge o reconhecimento e a conscientização de que a criança e o adolescente são sujeitos de direito, são pessoas em desenvolvimento que se apresentam frágeis e como tais devem ser amparadas em suas necessidades. Mas, mais do que isso, devem-se criar condições para que eles se desenvolvam com dignidade.

A instabilidade na tutela dos direitos da criança perdurou até o pós-segunda guerra mundial, quando se iniciou os movimentos em favor da garantia dos Direitos Humanos, em 1948 a ONU criou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e posteriormente no ano 1959, promulgou a Declaração dos direitos da Criança, do qual emana o princípio de proteção integral da mesma. (AMIN, 2009, p. 7).

Martha de Toledo Machado (2003, p. 26) afirma:

[...] o que basicamente mobilizou esse amplo segmento social foi à indignação em face das consequências nefastas da política de institucionalização generalizada de crianças e adolescentes oriundos dos segmentos menos favorecidos da sociedade,

promovida pelos programas estatais de atenção à infância, além da iniquidade de tratamento, presente tanto no ordenamento então vigente como em tais programas de atendimento, que desembolsava em funda estigmatização desta parcela de nossos jovens além da historicamente péssima condição de atendimento.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incorporou mudanças na atuação do Estado, revolucionando a estrutura jurídica institucional do sistema público, sepultando o modelo excludente, inaugurando novos paradigmas a serem prestados pelo Estado Democrático de Direito em todos os seus aspectos.

Nas palavras de Andréa Rodrigues Amin (2009, p. 08):

Do ponto de vista político, houve uma necessidade de reafirmar valores caros que nos foram ceifados durante o regime militar. No campo das relações privadas se fazia imprescindível atender aos anseios de uma sociedade mais justa e fraterna, menos patrimonialista e liberal. Movimentos europeus pós-guerra influenciaram o legislador constituinte na busca de um direito funcional, pró-sociedade. De um sistema normativo garantidor do patrimônio do indivíduo, passamos para um novo modelo que prima pelo resguardo da dignidade da pessoa humana. O binômio individual/patrimonial e substituído pelo coletivo/social

O legislador constitucional não poderia permanecer insensível ao clamor por um novo perfil do sistema jurídico da criança e do adolescente, visto que, já era possível vislumbrar o reconhecimento da causa como fundamental em diversos documentos internacionais: Declaração de Genebra de 1924, Convenção Americana Sobre Direitos Humanos 1969, Regras Mínimas de Beijing 1985. A partir do novo arranjo passou-se adotar o princípio da proteção integral da criança e do adolescente. (AMIN, 2009, p. 8).

Conforme se observa, as tutelas dos direitos da criança e do adolescente progrediram de forma significativa no decorrer da história, é primordial compreender e indagar se o que está prescrito na norma jurídica, está sendo garantido a todos os titulares em todas as regiões, etnias e classes sociais, sem qualquer tipo de discriminação.

3 A TUTELA DO DIREITO À VIDA NO BRASIL

Cabe ressaltar que tal tema, pela variada gama de opiniões e pensamento, promove uma significativa investigação científica. Nesse aspecto, a tutela do direito à vida depende de um sistema social e político de um país, expressa no ordenamento jurídico do mesmo. Definindo a expressão protetiva de um atuar, de um agir, formada por um conjunto de inclinações e convicções valorativas que a sociedade tem sobre tal tema.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a legislação de um Estado representa um fator determinante da vida social e política do país, pois dá a dimensão dos problemas e das soluções da sociedade.

Como bem ponderou Cury (2002, p. 21):

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que criança e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-se como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

O Brasil figura no seletivo grupo de países com legislações mais apuradas na defesa dos direitos infanto-juvenis, os quais são sujeitos de direitos e titulares dos direitos fundamentais, com a finalidade de efetivar tais diretrizes foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente através da lei nº 8.069 de 1990. O termo estatuto foi oportunamente usado porque não se trata de uma lei comum de direito material, mas, sim de um conjunto que atende toda a estrutura essencial para materializar os colossais preceitos constitucionais de proteção da parcela infanto-juvenil, estabelecendo regras processuais, tipos penais, norma administrativa e metas legislativas. Em síntese, todo o aparelhamento primordial para dar efetividade ao mandamento da Constituição Federal. (AMIN, 2009, p. 9).

A concretização dos direitos fundamentais permeia a base da concepção de proteção integral da criança e do adolescente, entretanto, há muito que se avançar na sua materialização, mesmo porque, em termos legislativos ocorreu um grande progresso, o que não se reflete na prática. Se faz necessário à implementação de políticas para o reconhecimento de fato de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos e precisam ser amparados em seus direitos, que sofrem incessantes violações e clamam por proteção jurídica e social.

Neste sentido, o estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é um paradigma instruído por um binômio de regras e princípios, três são os princípios dirigentes da ECA. Princípio da prioridade absoluta, este é um princípio constitucional e está previsto no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, foi reproduzido pelo artigo 4º da Lei nº 8.069/90, fixando que a atenção ao menor deve preponderar sobre todos os demais, seja qual for à área não admitindo ponderações quando em conflito com outros interesses, refletindo o desejo da nação que foi positivado pelo constituinte. (AMIN, 2009, p. 20).

É compulsório aos governantes dar preferência à criança em todas as políticas públicas, cabendo ressaltar que é imperativo o entendimento da criança como um sujeito em desenvolvimento que possui necessidades inerentes a sua formação, reforçando que, a primazia

na atenção deve ser por todos, família, comunidade, sociedade e o Estado. (AMIN, 2009, p. 20).

Assim leciona Matha de Toledo Machado (2003, p. 139):

[...] o reconhecimento da condição de diversidade da personalidade infanto-juvenil e os direitos fundamentais especiais dela derivados condicionam a conformação das políticas públicas, devem ser traçados e executadas com observância ao primado de respeito a essa condição especial.

Quanto ao dever de proteção integral, a autora aduz:

Essa participação da comunidade organizada na defesa dos direitos da criança e adolescente reforça a noção de proteção integral deles e, penso, deriva também da peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, pela faceta de maior vulnerabilidade que traz em si, mas, sobretudo, pela faceta de força potencial de transformação da realidade para redução das desigualdades sociais, ligadas ao princípio fundante da dignidade humana e aos objetivos fundamentais da república referidos no artigo 3º da Constituição Federal. (MACHADO, 2003, p. 141).

Cumprido ressaltar que, não é suficiente declarar tais princípios, faz-se necessário à efetivação desses direitos, assim, devem ser considerados e implementados visando à prioridade da criança e do adolescente, cumprindo a previsão constitucional o qual foi reafirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente. Os referidos princípios devem atuar como critério de interpretação, tanto para o legislador na elaboração de políticas públicas, como para o aplicador da norma jurídica, respeitando à primazia das necessidades infanto-juvenis.

Tal entendimento foi acolhido no julgamento do Superior Tribunal de Justiça que afirmou o direito fundamental à saúde:

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICOS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. [...]

2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência." "Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde." (STJ-RESP. 577836/SC-Rel. Min. Luiz Fux).

A proteção da criança e do adolescente deve ser regida pela doutrina da proteção integral e pelos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor, estes devem ser projetados em todo o sistema executivo, legislativo e judiciário devendo estes em cada ato ser pensado e analisado em consonância com os mandamentos Constitucionais e com o estatuto da Criança e do Adolescente, com o objetivo de não se ver frustradas tais premissas e padecerem de vãs promessas no ordenamento jurídico.

O administrador não pode utilizar-se de escusas para não implementar aqueles direitos que o constituinte previu na Lei mandamental, entre eles está a preferência na tutela dos interesses da criança e ao adolescente, porquanto, o próprio nome já expressa a supremacia do princípio, sendo inaceitável a supressão do seu teor. O Princípio do melhor interesse da criança, nas palavras de Andréa Rodrigues Amin (2009, p. 26-28), é o princípio orientador dos demais, que serve de parâmetro na interpretação e criação das leis.

Nesta visão, cumpre transcrever o entendimento, da Des.^a Maria Berenice Dias:

ECA. GUARDA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. NAS AÇÕES RELATIVAS AOS DIREITOS DE CRIANÇAS, DEVEM SER CONSIDERADOS, PRIMORDIALMENTE, OS INTERESSES DOS INFANTES. OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE DEVEM, POIS, CEDER AO -PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA À INFÂNCIA, INSCULPIDO NO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, (TJRS-AGRAV. INSTRUMENTO nº 70008140303).

Para tanto, sobre todas as situações fáticas e jurídicas, deve atentar-se para o princípio do melhor interesse, como meio assecuratório dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. (AMIN, 2009, p. 28).

Assim, não é permitido ao administrador que se afaste dos parâmetros previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, utilizando-se das escusas da discricionariedade de conveniência e oportunidade, desta forma, a utilização dos institutos na qualidade de escudo protetor da omissão dos direitos reconhecidos da criança e do adolescente é totalmente descabida, tendo a própria Lei maior do Estado, reconhecida a primazia destes interesses ao utilizar a expressão prioridade absoluta em seu artigo 227.

Em síntese, nas oportunas palavras de Matha de Toledo Machado (2003, p. 136):

Em relação aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes a Constituição brasileira de 1988 abraçou explícita e cristalina a concepção unitária dos direitos humanos, digamos assim, reconhecendo a inafastável interdependência entre os chamados “direitos civis”, ou “direitos da liberdade” e os chamados “direitos sociais”, ou “direitos da igualdade”, na essência da problemática, apenas se alcança efetividade plena para qualquer destas “classes” de direitos quando todos estão suficientemente satisfeitos.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente se efetivará, quando for observado e posto em prática as determinações feitas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que assegura atenção de forma prioritária ao menor, além dos demais diplomas infraconstitucionais que protegem o menor na sua totalidade assegurando-lhe o pleno desenvolvimento a salvo de todo e qualquer tipo de risco.

À luz dessas disposições, fica claro que o respeito e a proteção dos direitos da criança e do adolescente, principalmente no que concerne ao direito à vida, passam a ser vistos como um consenso que deve ser respeitado por todos os cidadãos. Sendo que tais direitos são oponíveis a qualquer grupo político, base ideológica ou costume de um povo, ou seja, qualquer discussão que busque criar ideias ou questões desarmonizadas dessa lógica deve ser combatida.

4 O PARADOXO ENTRE A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL, OS COSTUMES INDÍGENAS E O DIREITO À VIDA

4.1 A NORMATIVA CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 marca normativamente um novo paradigma de reconhecimento dos direitos, ficando conhecida como uma das constituições que mais dispôs direitos em seu texto, não foi diferente com o reconhecimento dos direitos da população indígena. (REIS, O infanticídio indígena..., 2015).

Mayra Silveira (2011, p. 58), de forma oportuna, sintetiza a mudança de paradigma em relação à temática do índio:

Após séculos, finalmente, o Brasil abdicou da postura integracionista, que buscava a eliminação da categoria indígena com a sua assimilação à “comunhão nacional”. Portanto, o índio deixa de ser um ente fadado à extinção provocada pelo desenvolvimento nacional e passa a ser reconhecido como cidadão, ainda que com aspectos culturais totalmente distintos do resto da sociedade.

Nesse sentido, a Constituição não só reconhece o multiculturalismo como tutela os direitos dos índios, dedicando um capítulo inteiro para tratar o tema, trazendo à baila a concepção de Estado plural, conforme previsão do artigo 215³ da Constituição da República Federativa do Brasil. (VILLARES, 2013, p. 92-104).

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil rompeu com a sina de grupo etnicamente fragilizado ao longo da história, marcando um novo paradigma, ao tempo que não

³ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

violado o direito à cultura, assegura seu exercício conforme dispõe os artigos 231⁴ e 232⁴. (VILLARES, 2013, p. 105-106).

Nessa leitura, cabe registrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inovou na proteção dos direitos do índio, com diversos dispositivos. Pela primeira vez reconheceu ao índio o direito de ser diferente, ter a liberdade de gozar de sua própria cultura, bem como, de não sofrer discriminação, isto é, de ser índio e de continuar como tal. O desafio que se revela hodiernamente é assegurar plena efetividade ao texto constitucional, pois, importante frisar que tais disposições são dotadas de imperatividade e, para tanto, foram recepcionadas como elementos relevantes pela carta política, encontrando vertente no próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Esta conjuntura jurídica, criada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fez imergir como questão de grande relevância e simbolismo, o paradoxo entre o direito à vida e o direito a cultura manifestada através da prática do infanticídio nas aldeias brasileiras.

4.2 A CULTURA INFANTICIDA

A prática do infanticídio é um dilema atual nas aldeias do Brasil, mas, pode ser observado ao longo da História, em diversas culturas. Em Esparta ao nascer às crianças passavam por um exame do conselho de anciões, se ficasse constatado alguma má formação ou deficiência mental este recebia a pena capital. (SANTOS, N. O infanticídio indígena..., 2015, p. 3).

De acordo com Ronaldo Lidório, a cultura do infanticídio pelos Konkombas de Gana esta relacionada à luta pela sobrevivência, em épocas de seca em que o alimento se torna escasso, os doentes, crianças deficientes e os idosos são deixados de ser alimentados, inevitavelmente causando-lhe morte. (Não há morte sem dor..., 2015).

Nesse sentido, Mayra Silveira (2011, p. 130) aduz que, a Lei das Doze Tábuas, trazia determinação que toda criança que viesse ao mundo com alguma má formação, *puer ad deformitatem*, deveria ser morta imediatamente.

No Brasil, o Padre José de Anchieta (1933, p. 218) descreveu a prática do infanticídio no período do descobrimento, narrando à história de uma mulher que enquanto gestava, uniu-

⁴ 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. Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

se em matrimônio com outro homem, desta feita, a comunidade acreditava que a criança nasceria mestiça e seria impuro para o convívio:

Chegou-se ali uma índia, e lhe perguntei o que faziam, e mo disse, que enterravam um menino. Pensando eu, que haviam morto algum, contou-me ela o que se passara, e era que uma havia parido e fôra tão sem dôr, que não estando mais que a dez ou doze passos de mim, nem gritos nem gemidos lhe ouvi, porque nenhum dera, e acabando de nascer dela um menino mui fermoso, o enterrara vivo a velha sua sogra, porque sendo aquela moça prenhe de um que havia por mulher, sendo dele deixada, com outro se casou, de maneira que segundo a opinião desta gente, ficava o menino mestiço de duas sementes, e aos tais, em nascendo, logo vivos os enterram com tão grande bestialidade e crueza, que mui menor sentimento tem por ele sua mãe que se lhe morresse um cachorro, porque dizem que os tais são depois débeis e para pouco, e que é grande deshonra, depois, que venham a ser chamados mestiços.

O autor salienta ainda, o que poderia ser umas das razões para que não se se visualiza nativos com deficiência:

[...] salvo um, que, porque nasceu sem nariz e com não sei que outras enfermidades, o mandou logo um irmão de seu pai enterrar sem nô-lo fazer saber, que assim fazem a todos os que nascem com alguma falta ou deformidade, e por isso mui raramente se acha algum coxo, torto ou mudo nesta nação. (ANCHIETA, 1933, p. 239).

Conforme se observa através da história o infanticídio é uma prática tão antiga quanto à humanidade, sendo realizada por várias etnias, em razão dos mais variados motivos, crenças e costumes, deixando o triste rastro de violência contra as crianças.

Ainda que se repute inconcebível na sociedade contemporânea, a matança de crianças e bebês que são rotulados de indesejados e impuros, ainda que seja uma prática primitiva é atual nas aldeias brasileiras, todo ano, centenas de crianças são mortas nas matas do Brasil, em virtude da cultura indígena. (SANTOS, M. Bebês indígenas..., 2006).

De acordo com Márcia Suzuki (2007, p. 7), um dos principais obstáculos denotados no combate ao infanticídio é encontrar uma base de dados sólidos confiáveis.

Neste sentido Marcelo Santos (2006) destaca:

Não existem números precisos. De acordo com a assessoria de imprensa da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), cabe à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) identificar esses casos, uma vez que se trata de um traço cultural. Já a FUNAI alega que os dados devem ser obtidos na FUNASA, que gerencia as atividades dos distritos sanitários nas aldeias. O pouco que se sabe sobre o assunto provém de fontes como missões religiosas, estudos antropológicos ou algum coordenador de posto de Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI) que repasse as informações para a imprensa, antes que elas sejam enviadas ao Ministério da Saúde e lá se transformem em "mortes por causas mal definidas" ou "externas". (SANTOS, M. Bebês indígenas..., 2006).

Dados do Censo Demográfico de 2000 do IBGE, mostrou que para cada mil crianças indígenas nascidas vivas, 51,4 evoluíram para óbito antes de completar 01(um) ano de vida, ao tempo que, no mesmo período, a população não indígena mostrou taxa de mortalidade de 22,9 crianças por cada mil. Foi registrada uma diferença 124% de mortalidade infantil entre índios e não índios, ressalta-se ainda pelo Ministério da Saúde em 2000, que a mortalidade infantil indígena atingiu 74,6 mortes para cada mil no primeiro ano de vida. (SUZUKI, 2007, p. 7).

Conforme livro do Ministério da Saúde, Uma Análise da Desigualdade em Saúde publicado em 2007, demonstra que a taxa de mortalidade entre crianças indígenas com idade até 05 anos é de 30%. No ano de 2004, foram registrados 626 óbitos de bebês indígenas com idade inferior a 1(um) ano, destes, 107 tiveram as causas da morte inconclusivas. (MS, 2006, p. 265-266).

Marcelo Santos aborda a recusa dos números apresentados, pelas duas Fundações responsáveis para tratar das questões indígenas. Para a FUNAI, por se tratarem de casos ermos, a problemática do infanticídio não exige maior atuação por parte do Governo. Já para a FUNASA os números não representam a realidade nas aldeias, e que ambas prestam o suporte necessário aos índios, buscando impedir o assassinato de crianças. (Bebês indígenas..., 2015).

O Estado brasileiro, por meio da Fundação Nacional do Índio e pela Fundação Nacional de Saúde, tem se mostrado completamente omissos nos casos de óbitos de crianças indígenas provocados pelas práticas culturais. Apesar de se afirmar que o infanticídio, não está presente em meio aos povos indígenas ou se existe trata-se de uma prática rara, tal afirmativa não encontra sustento quando confrontados com os números das causas de mortalidade infantil indígena. Tal omissão do Estado não só vai de encontro ao ordenamento jurídico pátrio, mas, também fere os diversos tratados e convenções tuteladores do direito à vida dos quais o Brasil é signatário.

Ao contrário do que pensam as instituições, Márcia Suzuki (2007, p. 07), afirma que, “A prática do infanticídio tem sido registrada em diversas etnias, entre elas estão os uaiuai, bororo, mehinaco, tapirapé, ticuna, amondaua, uru-eu-uauuau, suruwaha, deni, jarawara, jaminawa, waurá, kuikuro, kamayurá, parintintin, yanomami, paracanã e kajabi”.

Diante disso, percebe-se que os órgãos responsáveis pela fiscalização e supervisão do bem-estar dos índios, permanecem indiferentes em relação às altas taxas de mortes de crianças com causas não esclarecidas, usando como escusas a não interferência nas tribos indígenas.

Alves e Vilas Boas pontuam que, a prática do infanticídio ainda se faz presente em algumas etnias isoladas, são várias as motivações para tais atos, e variável de acordo com o

costume da tribo, (Dir. à cultura..., 2010). Neste sentido Silveira (2011, p. 134), destaca algumas das situações que motivam o sacrifício da criança:

[...] Os casos que configurem um empecilho total ou parcial à mãe, que fica sem condições de dispensar ao seu bebê os cuidados que ele necessita e, simultaneamente, cumprir com as suas demais obrigações sociais. Aqui se enquadrariam o caso de nascimento de filhos múltiplos (gêmeos, trigêmeos, etc), os filhos de mães solteiras ou viúvas, os nascimentos muito próximos, quando a mãe já possui outro bebê ainda pequeno.

Com relação às mulheres solteiras, não lhe são permitidas que tenham filhos e, quando isso acontece, são forçadas a matá-los, conforme aponta o relato da índia Kamirú Kamayurá:

Às vezes a mãe quer a criança, mas a família dela não deixa. É muito difícil. Até hoje eu só consegui desenterrar um com vida, o Amalé. A mãe dele era solteira, ela chorou muito, mas o pai dela enterrou ele.

[...]

Teve três crianças que eu tentei salvar, mas não deu tempo. Uma nasceu de noite e eu não vi. A minha tia também queria essa criança, gostava dela, mas quando chegou lá à mãe dela já tinha quebrado o pescoço do bebê. Quebraram o pescoço depois enterraram.

[...]

Minha outra prima, a mãe do Mahuri, enterrou as cinco crianças que nasceram antes dele. Ela era solteira, por isso tinha que enterrar. O funcionário salvou o Mahuri porque ficou com pena, é um menino muito bonito, já está grande. A mãe dele viu ele em dezembro e achou ele bonito. (SUZUKI, 2007, p. 02).

Ainda, de acordo com Valéria Trigueiro Adinolfi (2015), as deficiências físicas ensejariam a morte, nesses casos, o infanticídio está ligado ao significado social que a vida representa, pois, ao nascer com alguma deficiência física ou mental, a criança ficaria incapaz para caçar, pescar, plantar e se locomover com os demais membros do grupo, desta forma, se tornaria um peso para a sociedade e por isso, mais sensato seria lhe imputar a morte do que deixá-lo ter uma vida de dependência.

Em tais situações a morte das crianças se dá imediatamente após o nascimento ou enquanto ainda pequenas, elas podem ser mortas por, sufocamento, estrangulamento, enterradas vivas, ou apenas abandonadas no meio da mata para perecerem ou serem destroçadas por animais. (ALVES; VILAS BOAS, 2010, online).

Observa-se então, o relato de Edson Bakairi líder indígena, vítima de tentativa de infanticídio:

Quando chegou o momento de dar á luz, minha mãe sentiu as dores e foi sozinha para um lugar afastado no mato com a intenção de me matar. Tão logo eu saí de suas entranhas ela tentou me sufocar, mas como estava muito fraca não conseguiu. Ela tentou então me pendurar com cipó, mas também não conseguiu, e acabou me abandonando no mato. Chegando em casa, ela disse para minhas irmãs mais velhas, que na época teriam entre 9 e 11 anos, para enterrar a criança que estava no mato.

Disse que se estivesse vivo era para matar e enterrar para que meu pai não soubesse do nascimento. Elas saíram na direção que minha mãe tinha apontado. Quando chegaram no local me encontraram coberto de sangue, todo sujo de terra e insetos sobrevoando. Já havia até insetos na boca e nariz, mas eu estava me mexendo. (SUZUKI, 2007, p. 9).

Nessa perspectiva, urge a necessidade do reconhecimento à tutela das prerrogativas que se fazem necessárias para assegurar o direito à vida, oportunizando um combate eficaz às condutas que atentem contra esta linha ideária. O direito à vida acolhe pretensões positivas do Estado, destacando-se a obrigação do poder público de proteger a dignidade humana em todas as suas dimensões.

4.3 O DIREITO À VIDA

Defender a vida dessas crianças não só constitui uma obrigação legal do Estado, mas também moral. Deve-se encontrar um equilíbrio entre o respeito às práticas culturais e os deveres comuns a toda sociedade, destacando a proteção à vida. Não é plausível esconder tamanha atrocidade sob o manto de práticas costumeiras, visto que, se não é aceitável pelo ordenamento jurídico que se tire a vida de alguém, ainda que, este tenha praticado uma conduta grave, ilustrasse os crimes hediondos, porque tolerar que se ceife a vida de crianças inocentes?

Ademais, caso ao nascer a criança apresentar alguma anormalidade, e os membros do grupo não estiverem em comum acordo sobre sua permanência, o coletivo impõe a família o dever de ceifá-la a vida, desta forma, torna-se inegável que a postura provoca tortura imensurável na família, muitas optam por suicidarem-se do que assassinar seu próprio filho. (REIS, O infanticídio indígena..., 2015).

Neste sentido cumpre destacar o dramático caso de Niawi:

Niawi era filho de um dos maiores caçadores da aldeia e irmão de três lindos meninos. Ele era o quarto. Isso fazia da família dele uma família muito especial – quatro filhos homens, que cresceriam e viriam a matar muitas antas para alimentar o povo, assim como fazia seu pai. Mas, para a tristeza da família, ele não se desenvolvia como um menino normal. Aos três anos, ainda não conseguia andar nem falar. Apesar de ser um menino gordinho e bonito, todos percebiam que tinha alguma coisa errada. A família se sentia cada vez mais envergonhada e infeliz. Várias equipes médicas estiveram na aldeia e viram o estado da criança, mas acharam que nada podia ser feito - afinal, os suruwaha eram índios semi-isolados e os órgãos oficiais achavam que deveria ser evitada qualquer interferência. E retirá-lo da tribo seria considerado uma grave interferência cultural. A situação de pressão aumentava e o desgosto dos pais se tornou tão insuportável que eles acabaram se suicidando quando Niawi tinha 5 anos. [...]. Quando terminaram os rituais fúnebres, o irmão mais velho de Niawi lhe deu vários golpes na cabeça até que ele desmaiasse. Depois disso, segundo relatos dos familiares, Niawi foi enterrado ainda vivo numa cova rasa perto da maloca. Algumas mulheres jovens da tribo, chocadas, mas incapazes de reagir, ficaram paradas ao redor

da cova improvisada. Ficaram ali ouvindo o choro abafado do menino até que esse choro se transformasse em um profundo silêncio. (SUZUKI, 2007, p. 8).

É protuberante a necessidade para que se comece emergir, ações governamentais para a efetivação do direito à vida, para tanto, deve ser ultrapassada, definitivamente, o reflexo de culpa, projetada pela dizimação dos povos nativos durante o período da colonização, além do mais, é necessário que o Estado se desfaça da atual política indigenista e omissa, a ponto de elevar a cultura a grau capaz de abafar os prantos de socorro dos sujeitos aos quais se deveria destinar a proteção. Para que histórias como a de Hakani não voltem a ser registradas:

Nos primeiros dois anos de sua vida ela não se desenvolveu como as outras crianças – não aprendeu a andar nem a falar. Seu povo percebeu e começou a pressionar seus pais para matá-la. Seus pais, incapazes de sacrificá-la, preferiram se suicidar [...] a responsabilidade de sacrificar Hakani agora era de seu irmão mais velho. Ele levou-a até a capoeira ao redor da maloca e a enterrou, ainda viva, numa cova rasa. O choro abafado de Hakani podia ser ouvido enquanto ela estava sufocada debaixo da terra. Em muitos casos, o choro sufocado da criança continua por horas até cair finalmente um profundo silêncio – o silêncio da morte. Mas para Hakani, esse profundo silêncio nunca chegou. Alguém ouviu seu choro, arrancou-a do túmulo, e colocou nas mãos de seu avô, que por sua vez levou-a para sua rede. Mas, como membro mais velho da família, ele sabia muito bem o que a tradição esperava dele. O avô de Hakani tomou seu arco e flecha e apontou para ela. A flechada errou o coração, mas perfurou seu ombro. Logo em seguida, tomado por culpa e remorso, ele atentou contra a própria vida, ingerindo uma porção do venenoso timbó. Para Hakani, ainda não era a hora de cair o profundo silêncio; mais uma vez ela sobreviveu. (HAKANI..., 2015).

Ademais, destaca-se ainda:

Hakani, tinha apenas dois anos e meio de idade e passou a viver como se fosse uma amaldiçoada. Por três anos ela sobreviveu bebendo água de chuva, cascas de árvore, folhas, insetos, a ocasionalmente algum resto de comida que seu irmão conseguia para ela. Além do abandono, ela era física e emocionalmente agredida [...]. (HAKANI..., 2015).

As crianças são por essência, frágeis e carecem de proteção especial. Desta forma, é inquestionável que aquelas que estão em situação de risco, ou com problemas de saúde, tornam-se mais vulneráveis. No Brasil, as crianças indígenas estão suscetíveis as mais diversas formas de vulnerabilidade entre elas destacam-se a social, étnica e cultural, em decorrência do processo histórico de opressão destes grupos. Este estado de indefensabilidade as expõe a uma sistemática violação de seus direitos básicos, com a anuência daqueles que têm por dever as protegê-las, sob a alegação de que são práticas culturais que não devem sofrer interferência.

De mais a mais, Natália de França Santos sustenta que:

A prática de se matar crianças em grupos indígenas no Brasil é cultural e milenar. Antes de tudo, cumpre ressaltar que há dificuldade em se compreender, estatisticamente, o número de crianças indígenas que são vítimas dessa prática a cada

ano. Muitas das mortes por infanticídio vêm mascaradas nos dados oficiais como morte por desnutrição ou por outras causas misteriosas [...]. (O infanticídio indígena..., 2015, p. 6).

Lidório expõe que o infanticídio é tema atual, e merece ser estudado sob a ótica de quem sofre e de quem observa tal prática:

O infanticídio, portanto, não é um fato isolado nem mesmo reside em um passado distante. É uma experiência atual e demanda, em si, uma avaliação antropológica isenta de partidarismo ou remorsos, que venha a observar este fato e suas implicações sociais para aqueles que o experimentam bem como os que o observam. (Não há morte sem dor..., 2015).

Os atos de agressividade contra crianças é uma triste marca deixada pelas diferentes culturas, sendo que, o Estado brasileiro com sua faceta multicultural não se desvencilhou desta sina. A violência contra crianças indígenas se distingue porque elas não podem se socorrer na mesma proteção que é dada as demais, pois, elas encontram a imutável barreira cultural que atua para encobrir seu pedido de ajuda, desta feita, violando os mais elementares direitos garantidos nos diversos documentos.

A problemática do infanticídio indígena urge maior participação do Poder Público, na promoção de ações que busquem a efetivação dos direitos fundamentais e o respeito pelo princípio da dignidade humana, independente dos segmentos étnicos de cada povo, desta feita, estaria resguardado o direito à vida, mas sem distanciar-se ao mesmo tempo dos valores culturais das comunidades indígenas.

5 A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A BUSCA PELO FIRMAMENTO DE UM NOVO PARADIGMA

A teoria da universalidade dos direitos humanos, defendendo a existência de um rol mínimo de direitos, que devem ser elevados como valores universais, sendo devido a todos os seres humanos independentemente dos traços culturais.

Direitos esses que são elevados como inalienáveis, intransferíveis e inegociáveis, não sendo possível desfazê-los, a Constituição da República Federativa do Brasil assegura a todos o seu exercício de forma imprescritível, estando passíveis de exigibilidade a qualquer momento, com igualdade, o seu não exercício não o traduz em renúncia, visto que são irrenunciáveis. (SILVA, 2005, p. 181).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamou em seu art. 1º, que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Isso significa que, apesar do

enorme pluralismo cultural, existem necessidades inerentes à vida humana sendo observadas em qualquer lugar do mundo e a qualquer tempo.

Neste sentido, Cançado Trindade (2003, p. 338) pontua que, resta um longo caminho a ser percorrido para que efetivamente ocorra a universalização dos direitos humanos.

Sobre a possibilidade de redutibilidade dos direitos humanos, Maíra de Paula Barreto observa que:

Dentre esses valores que são universais, comuns a todas as culturas, existe um mínimo de valores que são fundamentais, inderrogáveis e irredutíveis, e que constituem um padrão mínimo legal. Estes são os direitos humanos e sociedade ou Estado algum estão autorizados a reduzi-los, independente de seus próprios valores culturais [...]. (Universalidade..., 2015).

Conforme se destaca, o objetivo principal da teoria universalista é fixar um mínimo de direitos comum a todos os homens. Desta forma, entende-se que somente é possível falar em Direitos Humanos, a partir do momento que todas as pessoas podem gozá-los, nesse sentido, a cultura deve ser entendida como fator participe dos direitos fundamentais e não figurar acima destes. Neste sentido leciona Natalia de França Santos:

O discurso universalista entende que o contexto cultural existe, e é fundamental para a configuração da identidade individual, porém este contexto não está acima da identidade primária de todos os homens, que comungam da mesma natureza, que é a humana. (O infanticídio indígena..., 2015, p. 15).

Nessa perspectiva, está alinhada a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005, que incorpora os princípios que enunciam as regras que norteiam o respeito pela dignidade humana, pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. Sob esse enfoque:

Deve ser tomada em devida conta a importância da diversidade cultural e do pluralismo. Porém, não devem ser invocadas tais considerações para com isso infringir a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais ou os princípios enunciados na presente Declaração, nem para limitar o seu alcance. (UNESCO, 2005).

Conforme se observa, mostra-se inegável a importância de fixar um mínimo de valores devidos a todas às pessoas, torna-se inconsistente pensar a própria ideia de direitos humanos sem que eles sejam universais. Em síntese, os direitos humanos denotam a existência de valores sob os quais nem o Estado, nem sociedade alguma, tem a permissão para violá-los independentemente das crenças e costumes. Neste prisma Cançado Trindade (2003, p. 348-349) realça que:

Os “particularismos” não atingem, pois, direitos de consagração universal, como o são os direitos fundamentais do ser humano, mormente os inderrogáveis, acrescidos das garantias fundamentais e das normas atinentes ao padrão mínimo de tratamento humanitário.

Os direitos humanos devem ser analisados sob a ótica do reconhecimento e da solidificação, de modo que, uma vez assentido determinado direito como fundamental na ordem jurídica, dá-se início a preservação. Desta feita, não é mais permitido ao Estado retroceder na tutela destes direitos, sendo-lhe apenas concebível incorporar novos direitos. Conforme se acentua nos ensinamentos:

Subsiste [...], um mínimo irreduzível que corresponde a valores universais, para cujo reconhecimento contribuíram muitas culturas de modos distintos. Os direitos fundamentais inderrogáveis, acompanhados das respectivas garantias e dos princípios gerais do direito, compõem este mínimo universal. As conquistas logradas que levaram ao seu reconhecimento universal não admitem retrocessos. (TRINDADE, 2003, p. 387).

O artigo 4º da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural salienta o dever de proteção da diversidade cultural, contudo, ressalva que esta não pode servir de escusa para frustrar os direitos humanos:

art. 4- a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance. (UNESCO, 2002).

Observa-se então, que é inadiável a necessidade de dar atenção especial ao infanticídio indígena. Esta prática constitui um flagrante desrespeito aos direitos humanos, direito este que é tutelado em diversos dispositivos jurídicos, salienta-se que é garantido o direito à autodeterminação e preservação cultural dos diferentes povos, no entanto, esses direitos não estão acima do valor que engloba todos os seres humanos, não podem ser mais admissíveis tais práticas em uma sociedade contemporânea, desta forma, é imprescindível que o Estado intervenha a fim de fazer cessar tais práticas primitivas.

Isto posto, a liberdade cultural é um direito humano, e como tal, deve ser fomentado e protegido dos opressores. Entretanto, o limite de uma determinada cultura é quando ela se torna violadora de outro direito fundamental, desta forma, não há que se falar em manutenção e incentivo da referida prática cultural.

6 AS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DA “RINHA DE GALO” E DA “FARRA DO BOI”: PARADIGMAS PARA UMA NOVA LEITURA INTERPRETATIVA DO INFANTICÍDIO INDÍGENA

O exercício de uma manifestação cultural deve ser sopesado com os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, assentou o entendimento de que se determinada prática cultural manifesta consigo feitos que ferem a dignidade da pessoa humana ou está enodada de perversidade, tal conduta é por essência violadora e contrária aos preceitos constitucionais, conforme se observa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1856/RJ, que submeteu a apreço a Lei estadual 2895/1998 do Estado do Rio de Janeiro, que regulamentava as chamadas rinhas de galo.

Por unanimidade dos ministros, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a referida lei que autorizava e disciplinava a realização de competições entre galos combatentes.

Para a Procuradoria-Geral da República, a lei afrontou o disposto no artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil, na qual se notabiliza o dever do Poder Público e da coletividade em defender e preservar o meio ambiente, bem como a proibição, na forma da lei, dos costumes que sujeitem animais a tratamento cruel. A lei questionada permitia a realização de competições conhecidas como “rinhas de galos”, aos quais submetiam os animais a atos cruéis. A Procuradoria Gral da República sustentou que a lei recaía em flagrante violação ao mandamento constitucional proibitivo de práticas cruéis envolvendo animais.

Conforme se vê no voto do Ministro Celso de Mello, o que se busca é obstar a existência de atrocidades contra toda e qualquer forma de vida, aqui especialmente a dos animais:

É importante assinalar, neste ponto, que a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico, justifica-se em função de sua própria razão de ser, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja Integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais. (STF, Pleno, ADI nº1856/RJ).

O Ministro explica que, é inadmissível a escusa de exercício cultural para afastar a incidência dos preceitos constitucionais:

Nem se diga que a “briga de galos” qualificar-se-ia como atividade desportiva ou prática cultural ou, ainda, como expressão folclórica, numa patética tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, vocacionada, dentre outros nobres objetivos, a impedir a prática criminosa de atos de crueldade contra animais. (STF, Pleno, ADI nº1856/RJ).

Conforme se extrai do voto, tais atos são incompatíveis com o ordenamento constitucional brasileiro, não podendo ser toleradas as situações que estimulem às práticas primitivas e irracionais que exteriorizam comportamentos predatórios e lesivos praticados pelo ser humano, assim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mostra-se altamente positiva ao repudiar determinadas condutas violadoras de direitos.

Outro caso emblemático julgado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ação civil pública postulada por associação de defesa dos animais em face do estado de Santa Catarina, ficou conhecida como “farra do boi”.

No voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, demonstra-se a existência do conflito entre a proteção e o incentivo de práticas culturais assegurada na Constituição da República Federativa do Brasil 1988 (no artigo. 215, § 1º), e a defesa dos animais contra práticas cruéis (previsto no artigo 225, § 1, VII), conforme se observa in verbis:

Se, de um lado (...) a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e acesso as fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais – e a Constituição Federal é um grande todo, de outro lado, no capítulo VI, sob o título “Do Meio Ambiente”, inciso VII do artigo 225, temos uma proibição, um dever atribuído ao Estado. (STF, Pleno, RE. nº 153.531/SC).

Conforme se observa, as práticas culturais são merecedoras de estímulos, mas os atos cruéis devem ser obstaculizados e eliminados, assim, pacifica-se o entendimento de que, quando uma manifestação cultural conduza a abusos e a práticas violentas e cruéis com animais, não deve prevalecer sob o sustento de que se trata de tradição cultural, sendo sua manifestação livre, desde que, não profane outros direitos.

Por fim, o Ministro destacou que, tais práticas não podem usufruir da proteção constitucional:

Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. (...), cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal. (STF, Pleno, RE. nº 153.531/SC).

É observável que o Supremo Tribunal Federal concluiu que as práticas desenvolvidas em Santa Catarina e Rio de Janeiro desbordavam, por inteiro, dos limites de uma típica

manifestação cultural, portanto, o que determina a conformidade de determinada prática cultural com os dispositivos constitucionais é o sopesamento de tal com os princípios. Caso um não exclua o outro, há compatibilidade. Entretanto, se a prática cultural viola direito fundamental, realizando ato cruel ou que viole a dignidade da pessoa humana, esse deve ser extirpado.

Assim, estando à jurisprudência da Corte Constitucional se consolidado, no sentido de declarar inconstitucionais as manifestações culturais que utilizam de meios perversos e bárbaros contra a vida dos animais, o que falar das culturas que atentam contra a vida de seres humanos como é o caso do infanticídio indígena? Neste prisma, questiona Márcia Suzuki (2007, p. 17), “o direito à diversidade cultural nunca poderá ser evocado como justificativa para se tolerar práticas como a escravidão, tortura, genocídio. Por que razão esse direito seria evocado como justificativa para que se tolere o infanticídio”?

Desta forma, torna-se incongruente proibir as práticas costumeiras que cometem atrocidades contra seres irracionais, mas, por outro lado permitem que, determinadas manifestações, cometam os mesmo atos cruéis, senão até mais horrorosos, contra a vida de crianças e adolescentes, que ficam à mercê, sem poder contar com a proteção assegurada na norma constitucional. Não seria à vida humana mais importante que as práticas culturais?

Ademais, o Estado brasileiro é dotado de espaço para exercício da diversidade cultural e esta é legítima, até o ponto que não se torne uma violadora dos padrões mínimos da dignidade humana estabelecidos por lei.

CONCLUSÃO

Levando-se em conta o que foi exposto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 proclama como preceitos fundamentais, a dignidade humana (art. 1º, III), o direito à vida, liberdade e igualdade (art. 5º, *caput*). Estes estão elevados entre aqueles considerados fundamentais, essenciais e inalienáveis a toda pessoa, logo, quando violados atingem a própria essência humana, tais premissas estão agasalhadas no cume constitucional, irradiando seus efeitos para a precisa e límpida interpretação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais no sentido de oportunizar sua efetividade máxima de exercício.

Logo, e razoável concluir-se que a prática do infanticídio traz sofrimento à coletividade e indubitavelmente ao indivíduo, assim, a legislação assegura que o Estado e a sociedade devem

prestar assistência de forma integral a toda criança e adolescente, o que inclui obviamente os indígenas. Logo, estes não podem permanecer omissos nesse múnus de proteção de vítimas de práticas culturais perversas, afrontadoras dos direitos mais basilares do ser humano. Desta forma, não é aceitável que tais condutas gozem de proteção mais ampla do que daqueles direitos que fundamentam a própria existência do Homem, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ADINOLFI, Valéria Trigueiro. Enfrentando o infanticídio: bioética, direitos humanos e qualidade de vida das crianças indígenas. Disponível em <https://www.academia.edu/238291/Enfrentando_o_infantic%C3%ADdio_Bio%C3%A9tica_Direitos_humanos_e_qualidade_de_vida_das_crian%C3%A7as_ind%C3%ADgenas_Facing_infanticide_bioethics_Human_Rights_and_health_quality_of_indigenous_children>. Acesso em: 03 dez. 2015.

ALVES, Fernando de Brito; VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. Direito à cultura e o direito à vida: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI** realizado em Fortaleza – CE, v. 19. p. 4962-4973, Junho de 2010.

ANCHIETA, Joseph. **Cartas, informações, fragmentos históricos e sermões do Padre Joseph de Anchieta**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1933.

AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**, Aspectos Teóricos e Práticos. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org), 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

BARRETO, Maíra de Paula. Universalidade dos direitos humanos e da personalidade *versus* relativismo cultural. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_maira_de_paula_barreto.pdf>. Acesso em: 04 set. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Ministério da Saúde, **Saúde Brasil 2006 Uma análise da desigualdade em saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE. nº 153.531/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, J.03.06.1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADI nº. 3.510/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO, J. 29. 05.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI. nº 1856/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, J. 26.05.2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível, Apelação cível nº 70008140303, Rel. Des.^a Maria Berenice Dias, J. 14/04/2004.

_____. Superior Tribunal Justiça, Primeira Turma, Resp. nº 577836 / SC, Rel. Min. LUIZ FUX, J. 21/10/2004.

CURY, Garrido & Marçura. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE A DIVERSIDADE CULTURAL. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em 04 out. 2015.

HAKANI, **Uma menina chamada sorriso**: Disponível em: <http://www.hakani.org/pt/historia_hakani.asp>. Acesso em: 04 set. 2015.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIDÓRIO, Ronaldo; LIDÓRIO, Rossana. **Não há morte sem dor**. Disponível em: <http://www.ronaldo.lidorio.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=80>. Acesso em: 02 set. 2015.

MACHADO, Matha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**: Parte Especial, Tomo VII, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

REIS, Junio Barreto dos. **O infanticídio indígena**: um conflito entre a diversidade cultural e os direitos humanos, disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab28ad5cc818e94c>>. Acesso em: 04 set. 2015.

SANTOS, Marcelo. **Bebês indígenas, marcados para morrer**. 04 mai. 2006. Disponível em: <http://www.sescsp.org.br/online/artigo/4141_bebes+indigenas+marcados+para+morrer#/tagcloud=lista>. Acesso em: 02 set. 2015.

SANTOS, Natália de França. **O infanticídio indígena no Brasil**: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. Disponível em <http://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf>. Acesso em: 02 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVEIRA, Mayra. **O infanticídio indígena**: uma análise à luz da doutrina da proteção integral. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUZUKI, Márcia (org). **Quebrando o silêncio**: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas no Brasil. (cartilha). Brasília, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. III, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

UNESCO, Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2015.

VILLARES, Luiz Fernando. **Estado pluralista**: o reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil, 2013 (Tese Doutorado). Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-163451/pt-br.php>>. Acesso em: 25 ago. 2015.