

# **O Caso Aisanan Kamayurá: a problemática do infanticídio cultural nas comunidades indígenas brasileiras e o binômio multiculturalismo/criminalização<sup>1</sup>**

**~ Prof. Msc. Admaldo Cesário dos Santos ~**

Profesor de Derecho penal, Brasil. Doctorando y máster en ciencias jurídico-criminales de la Univ. de Lisboa. Socio FICP

**Resumo:** O artigo aborda o *binômio mito/realidade*, a partir da ótica cultural do povo aborígene, dentro de um mundo de vida próprio. Neste prisma, procura desvendar o conceito que determinados povos aborígenes brasileiros fazem acerca da *diáde humanidade/não-humanidade* e, dentro de uma realidade ético-cultural ímpar, entender o porquê desse pensamento. Compreendidos tais fatores, recorre-se a uma visão antropológica para sopesar se o direito posto pelo Estado Brasileiro, a partir de uma ótica ainda proveniente de conceitos culturais hegemônicos, pode ou tem o direito de punir — com base num estudo de caso concreto — o *infanticídio ritual*, mesmo indo de encontro ao direito identitário cultural de um povo.

## **I. Considerações iniciais/plano de estudo<sup>2</sup>/ metodologia**

O processo globalizador por que passa a sociedade atual tem sido motivo de grande preocupação. Se, por um lado, projetou o homem em várias esferas, trazendo-lhe grandes benefícios, por outro, ensejou a uma forte causação de prejuízos, tanto no campo tecnológico — pelo desvio de algumas de suas finalidades —, quanto na esfera dos seus direitos e garantias fundamentais.

Por ser um produto da sociedade, o direito penal não se portou de forma diversa. Pelo contrário. Se, durante toda a sua trajetória, o seu papel sempre representou — ou pelo menos deveria ! — a salvaguarda dos bens jurídicos mais fundamentais ao desenvolvimento humano, hoje, mais do que nunca, este direito penal de que cuidamos, encontra-se cada vez mais esgarçado por um fardo impossível de ser suportado: a crença de que a punitividade pode, por si só, mesmo sem o funcionamento a contento das estruturas estatais<sup>3</sup>, ser posta

---

<sup>1</sup> Este trabalho corresponde, na íntegra, ao relatório/tesina de pesquisa (da Disciplina *Direito Penal – B*), apresentado e discutido pelo autor nos domínios da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal), como requisito parcial à aprovação da Parte Escolar nos Estudos Avançados de Doutoramento em Direito, na área de Ciências Jurídico-Criminais.

<sup>2</sup> A Presente pesquisa fora redigida conforme os padrões ortográficos exigidos na Gramática Normativa da Língua Portuguesa, da República Federativa do Brasil.

<sup>3</sup> Para uma crítica mais acurada acerca da falsa ilusão de que a norma posta, por si só, constitui requisito à resolução dos problemas sistêmicos, mesmo prescindindo do razoável funcionamento das instituições, cf. PORTILLA CONTRERAS, La influencia de las ciencias sociales en el derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales,

para se resolver os problemas do mundo atual.

Não bastasse essa falácia, o que nos preocupa, no momento, é a interferência desse mesmo pensamento punitivista, quando se trata do fenômeno cultural. Nomeadamente quando dito fenômeno pertence a minorias que sempre foram vítimas do sistema penal, cujos conceitos de “*verdade*” e “*certeza*” foram produzidos por aqueles que logram poder de regência, causadores de um *status quo* injusto, sempre reproduzido por uma cultura de dominação exploradora.

Se, pois, o direito penal constitui reflexo deste grave problema, seu processo de criminalização não poderia ser diverso. Pelo contrário: persegue uma via ainda mais perigosa, a saber, criminalizar *atos* ou *modus vivendi* culturais, tão-somente por não serem iguais aos valores culturais histórico-hegemônicos, em virtude de o Estado considerar-se o único produtor de juridicidade.

Justo por pensarmos nestes termos — e a história assim nos demonstrar inequivocamente! —, procuraremos dividir a presente pesquisa em duas partes.

No primeiro campo (item II) — e para se entender melhor a real problemática vivida pelos povos indígenas brasileiros — eis que abordaremos o *binômio mito/realidade*, a partir da ótica cultural do povo aborígene para, dentro de um mundo de vida próprio, procurarmos entender por que determinados valores se afiguram diversos do homem branco colonizador, cujos influxos impositivos constituíram uma verdadeira história de imposição, em total detrimento a uma identidade própria.

Dentro dessa valoração cultural mítica, procuraremos desvendar o conceito que determinados povos aborígenes brasileiros fazem acerca da *díade humanidade/não-humanidade* e, dentro de uma realidade ético-cultural ímpar,

---

en: ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN, Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, 2003, pp. 105-106.; MUÑOZ CONDE, Derecho penal y control social, 1985, pp. 26-27.; ANSUÁTEGUI ROIG, Textos básicos de teoría del derecho, 1998, pp. 17-18.; PECES-BARBA MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ/DE ASÍS, Curso de teoría del derecho, 2000, pp. 310-312.; CANARIS, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 1989, pp. XV-XXII.; PORTILLA CONTRERAS, Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del derecho penal, en: Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales, 2005, p. 61.

entender o porquê desse pensamento.

A partir disso, far-se-á necessário compreender o significado do *conceito de humanidade* para os povos indígenas e a entender quais os processos pelos quais se *desenvolve a personalidade* de alguém, e em *função de que*, dita personalidade pode ser havida. Será, pois, exatamente aqui onde residirá o tema fulcral da presente pesquisa. Pois, será a partir do *conceito de humanidade*, subsumida e desenvolvida de forma diferente por algumas culturas aborígens, que o fenômeno da *gmeilidade* de crianças recém-nascidas, será trazido à tona. Porquanto, é justamente a partir dele que se dá ensejo, dentro dessas culturas, à justificação do infanticídio cultural de crianças inocentes, ensejador de punição pelo Código Penal Brasileiro.

Ocorre que, para se chegar a uma crítica valorativa acerca da (não) punitividade desse comportamento — socialmente aceito entre essas comunidades, mas a ferir frontalmente o direito estatal posto — será necessário, liminarmente, compreendermos a dinâmica relacional *ego/alter*, vivida entre aquele ser inocente cuja vida possivelmente será cerceada por não preencher determinados requisitos existenciais, com a visão do “*eu*”, concebida e admitida pelo grupo onde se insere a vítima.

Compreendidos tais fatores, recorreremos ao segundo item (capitulação III) para, dentro de uma visão antropológica, sopesar se o direito posto pelo Estado Brasileiro, a partir de uma ótica ainda proveniente de conceitos culturais hegemônicos, pode ou tem o direito de punir o infanticídio ritual — mesmo indo de encontro ao direito identitário cultural de um povo.

Para se proceder a uma resposta, eis que traremos a lume um *estudo de caso concreto* para, a partir dele, aventarmos duas hipóteses a serem discutidas. A primeira, respeita ao problema de uma possível verificação de desculpa; a segunda, por sua vez, se há espaço para uma *não-punitividade fragmentária de via antecipatória*, pela adoção de uma *ponderação tópica*. Pela primeira, questionaremos se uma eventual desculpa não ensejaria uma desproteção do Estado frente às futuras vítimas em potencial; pela segunda, indagaremos se uma *não-punitividade fragmentária de via antecipatória*, mesmo que por outras vias do direito, também não afetariam as garantias identitárias de um povo.

O processo metodológico utilizado na presente pesquisa tem por base o estudo do *infanticídio nas comunidades indígenas do Estado Brasileiro* a partir de uma visão *zetética*, a envolver sociologia e direito. Jungido à técnica de pesquisa bibliográfica, na qual serão abordados variados posicionamentos (Brasil/Portugal/Itália/Espanha) em sede dogmático-sociológica, eis que traremos a lume um estudo de caso real para, a partir dele, verificar a (*In*) viabilidade da criminalização de um fato social, culturalmente aceito e arraigado por uma minoria étnica.

## **II. Intervenção estatal e fenômeno multicultural: a *gemeilidade* e o conceito ameríndio de *personalidade***

Visto pelo binômio cultura/direito, o *fenômeno multicultural*<sup>4</sup> tem suscitado preocupações as mais diversas, nomeadamente dentro da esfera punitiva<sup>5</sup> — afetada mais do que nunca pelo fenômeno atual da globalização; cujo consectário não tem sido senão a afetação do processo *identitário*<sup>6</sup> cultural — *a fortiori* quando se trata da proteção de determinados direitos e garantias fundamentais das minorias.

O processo de criminalização, ao contrário do que se espera, passa por este problema cada vez mais preocupante. O direito à preservação da ótica cultural das minorias<sup>7</sup> constitui, em verdade, exemplo vivo desta preocupação;

---

<sup>4</sup> Sem pretensão de esgotamento temático, veja-se BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, 2006, pp. 36 e ss.; BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati': il diritto penale nelle società multiculturali*, 2008, pp. 01 e ss.; ORTIZ, *Diversidad cultural y cosmopolitismo*, en: MARTÍN BARBERO/LÓPEZ DE LA ROCHE/JARAMILLO, *Cultura y globalización*, 1999, pp. 29-52.; ALONSO ÁLAMO, *Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural*, (*Lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal*), *Revista General de Derecho Penal*, nº 18, 2012, pp. 01-35.; BORJA JIMÉNEZ, *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica*, en: BERRAONDO LÓPEZ, *Pueblos indígenas y derechos humanos*, 2006, pp. 663 e ss.; BARATTA, *Criminología y sistema penal: derechos humanos*, en: *Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, 2004, pp. 315-316.; MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, en: DOLCINI/PALIERO, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, (*Studi in onore di Giorgio Marinucci*), 2006, pp. 215 e ss.; VIOLA, *Diritti umani, universalismo, globalizzazione e multiculturalismo*, 2005, pp. 01-14.

<sup>5</sup> DIAS, *O multiculturalismo como ponto de encontro entre direito, filosofia e ciências*, en: *Intervenções Efetuadas no I Encontro do Grupo JFDias*, realizado na Faculdade de Direito da UNL, em 26 de Outubro de 2012, pp. 01-19.

<sup>6</sup> VIOLA, *Diritti umani (...)*, 2005, p. 14.

<sup>7</sup> ADINOLFI, *Enfrentando o infanticídio: bioética, direitos humanos e qualidade de vida das crianças indígenas*, 2008, pp. 01-35.; BELTRÃO/OLIVEIRA, *Povos indígenas e cidadania: inscrições constitucionais como marcadores sociais da diferença na América Latina*, en:

principalmente pelo drástico desrespeito sofrido, mercê de seus costumes e crenças serem, em afronta aos seus próprios direitos identitários culturais, considerados contrários aos “*avanços*” éticos da “*mundialização*”.

Se assim é, então, o direito dos povos indígenas no Brasil tem caminhado sob esta mesma ameaça, incontestavelmente. Em primeiro, pelo fato de o Estado considerar-se o único produtor de juridicidade; em segundo, porque o processo de criminalização de fatos relativos a essas culturas ser dado, não a partir do respeito a uma realidade própria<sup>8</sup>, mas a partir de uma *concepção ética* de quem logra legitimidade hegemônica<sup>9</sup> para decidir entre o ético e o espúreo.

### **1. Cultura e simbologia: o significado mítico como realidade**

O direito — com maior razão o direito penal de que cuidamos — deve constituir uma expressão de ordem. Uma ordem, contudo, a permear-se por uma forma *justa*. Dentro dessa ordem de justiça não é demasiado afirmar que deva corresponder aos valores éticos essenciais da sociedade na qual se insere. Se assim é, então, a ciência do direito não pode encontrar-se estagnada numa interminável estabilidade. Se por um lado, a estabilidade pode criar uma certa margem de segurança em relação ao que fora conquistado, por outro, pode levar os direitos do homem a um *continuismo* sem precedentes.

---

ANTROPOS, v. 53, nº 2 /Jul-Dez, 2010, pp. 715-743.; BROTTTO, Pluralismo jurídico indígena: a emergência de um novo paradigma para além do direito positivo, en: Revista da Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Ano X – n. 16 – jan./jun, 2009, pp. 127-144.; CAMACHO, Infanticídio indígena: um dilema entre a travessia e o permanecer à margem de si mesmo, 2011, pp. 01-111.; CARNEIRO DA CUNHA, Os direitos do índio: ensaios e documentos, 1987, pp. 58 e ss.; PORTELA, Brasil: infanticídio e relativismo multicultural, en: ANTROPOS, volume 4, Ano 3/Out, 2010, pp. 01-05.; SANTOS-GRANERO, Hakani e a campanha contra o infanticídio indígena: percepções contrastantes de humanidade e pessoa na Amazônia brasileira, 2011, pp. 01 e ss.; HOLANDA, Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena, pp. 10-157.; BAILÓN CORRES, Derechos humanos y estado de derecho: la igualdad, la libertad y los derechos indígenas en las primeras constituciones mexicanas. ¿Algunas omisiones?, en: Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, nº 15, año 05, 2010, pp. 105-128.; MARTÍNEZ DE BRINGAS, Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales, inserciones en los bosques de la biodiversidad, en: loc. cit., pp. 86 e ss.; LERNER, Protección internacional de la diversidad cultural, en: Persona y Derecho, nº 48, 2003, p. 153.; ZÚÑIGA GARCÍA-FALCES, Emergencia y Pobreza (...), 2006, p. 665.

<sup>8</sup> CLAVERO, Derechos indígenas (...), 2006, pp. 328-329. De igual modo, YRIGROYEN FAJARDO, Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino, loc. cit., pp. 337 e ss.

<sup>9</sup> Para uma crítica mais acurada neste sentido, veja-se HOLANDA, Quem são os humanos (...), pp. 07 e ss.

A estabilidade pura, circundada pela *paralisação da vida legislativa*<sup>10</sup> e científica, voltada para o remoer enfadonho do casuísmo, não representa senão — pela *suficiência estereotipada*<sup>11</sup> de fórmulas vazias — o sintoma alarmante de épocas decadentes das quais provém a pobreza do espírito criador.

O direito, por ser um regulador social, necessita ser algo mais. Como força cultural que é, mormente como garantia dos valores culturais de uma comunidade, não pode ficar mergulhado nesta estabilidade. Pelo contrário: deve dar passos significativos na sociedade, sem descurar dos valores sociais, nos quais se encontram também as *diferenças*. Assim como se passa com o homem, com maior ou menor índice também se verifica com as civilizações. Conquanto existam mudanças sucessivas em nosso ser físico e psíquico, há algo dentro de nós a perdurar, mantendo-se *uno* e *íntegro* no tempo, sempre como uma unidade contínua a resistir às contingências da vida fisiológica e ao fluxo da consciência. Este algo não é senão o nosso “*eu*” (ego), retrato inconfundível de nossa individualidade.

Sem embargo, este “*eu*” não pode ser representado como sinônimo de mera individualidade. Pelo contrário. Além de dever transcender a mera individualidade psicofísica, deve integrar-se a uma ordem valorativa dentro de um todo. Com isto, em nossa ótica, *não queremos* dizer que o “*eu*” seja ou deva ser realizado a partir (unicamente) *da* ou *para a vontade do outro* — se assim fosse, a realização do “*eu*” estaria e depender de conceitos alheios; e isso seria puro servilismo! —, mas sim dentro de valores nos quais o respeito mútuo possa ser constatado.

Pois bem. Se assim é, então, este “*eu*” recíproco e valorativo também passa a fazer parte do *fenômeno cultural*, o qual deve ser introjetado para o *fenômeno jurídico*. Se, pois, a cultura é para um povo o que representa para o homem a sua própria existência<sup>12</sup>, então, como a pessoa humana constitui uma expressão de permanência e integração valorativas, subsiste na cultura de um povo uma série de elementos para os quais convergem determinados valores

---

<sup>10</sup> Para uma crítica jurídica dentro do fenômeno cultural, vide REALE, Horizontes do direito e da história, 1956, p. 280.

<sup>11</sup> REALE, Horizontes do direito (...), pp. 280-281.

<sup>12</sup> REALE, loc. cit., p. 281

que, por si sós, explicam determinadas atitudes e modos de vida próprios.

Pelo fato de o fenômeno cultural encontrar-se envolto a símbolos, para se entender a cultura de um povo, necessário é que se entenda o significado nela contido. É, pois, pelo símbolo (simbologia) que o comportamento humano é entendido; aliás, culturalmente falando, não há um *modus vivendi* próprio sem que esteja envolto a um *elemento significativo*, sempre com a incumbência de transmitir algo. A propósito, como bem acentua a antropologia<sup>13</sup>, a simbologia passa a assumir um papel tão importante na vida do homem a ponto de, por ser imanente às necessidades de convívio, transformar-se em fator de dependência relacional entre este e o meio.

Desta sorte, se a *simbologia* assume um significado valorativo ímpar perante as culturas, impõe trazer este elemento para diversidade cultural para que, *desmistificando determinados preconceitos*, possa-se perceber o fenômeno multicultural a partir de uma ótica dos direitos humanos, em total respeito às peculiaridades culturais de cada povo.

Tornou-se evidente, em muitas épocas, o uso equivocado do conceito de cultura como se houvesse, dentro dele e a depender de quem se tratasse, uma relação de inferioridade e superioridade. Inclusive, pelo próprio uso da ciência<sup>14</sup>. Aliás, o direito penal<sup>15</sup> tornou-se uma grande vítima deste pensamento, nomeadamente quando se introduziu o *positivismo criminológico* para consolidar a ideologia da exclusão e marginalização<sup>16</sup>, principalmente na América Latina<sup>17</sup>, aquando do trato com índios<sup>18</sup> e negros<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> GEERTZ, A Interpretação das culturas, 2008, p. 69, loc. cit., p. 08.

<sup>14</sup> LÉVI-STRAUSS, Raça e história, 1998, pp. 01 e ss.

<sup>15</sup> LYRA, Direito penal científico (criminologia), 1977, pp. 106-107. A propósito, como assinala GILISSEN, durante muito tempo deu-se o nome de “direitos primitivos” aos sistemas jurídicos dos povos sem escrita, como uma forma sub-reptícia de inferioridade. Referida expressão não somente não é inadequada — posto ser mais correto o termo “arcaico” —, como também preconceituosa, posto numerosos povos conhecerem uma longa evolução de sua vida social e jurídica, mesmo sem terem atingido o estado cultural da escrita. Na América pré-colombiana, v.g., os Incas e os Maias constituíram um grande exemplo do que afirmamos. Para um crítica mais percuciente acerca desta problemática, vide GILISSEN, Introdução histórica ao direito, 1986, pp. 32-33.

<sup>16</sup> MADEIRA DA COSTA, O Significado ideológico do sistema punitivo brasileiro, 2005, pp. 72-74.

<sup>17</sup> DEL OLMO, A América Latina e sua criminologia, 2004, p. 35.

<sup>18</sup> GALEANO, Las venas abiertas de América Latina, 2004, pp. 49 e ss.

<sup>19</sup> RIBEIRO, O povo brasileiro, a formação e o sentido do Brasil, 1995, p. 232.

Não foi e não é, equivocadamente, exíguo o número de pessoas a acreditar em culturas inferiores e superiores, como se o fenômeno cultural dependesse da ótica de quem tem o poder de regência.

Não bastasse o cientificismo criminológico a que nos referimos, com sua concepção falha acerca do fenômeno criminógeno, o século XX fora de igual modo marcado, quando do regime nacional-socialista, por uma pecha jamais indelével na história da humanidade. Movido por uma ideologia excludente, o conceito de cultura, à época, fora marcado por um precedente inimaginável na história da humanidade: o conceito cultural de superioridade da raça ariana em relação aos demais povos. Por esse processo ideológico acreditava-se, piamente, ser o povo alemão não apenas superior a todas as raças culturalmente falando, senão, também, que dita superioridade estava marcada por fatores nitidamente genéticos, como se houvesse uma divisão entre “*povo superior*” e sub-raça<sup>20</sup>.

Referido pensamento, como não podia ser diferente, acabou por influenciar a ciência do direito, trazendo graves conseqüências aos direitos culturais e garantias individuais. Por ele, aliás, tornou-se patente a restrição da capacidade jurídica e da sua subjetividade, em virtude da concepção de uma concepção totalitária do direito. Pela concepção que se impingia, somente os *compatriotas* podiam ter capacidade jurídica, não os “*diferentes*” como os *judeus* ou os *ciganos*. Com isto, a dignidade da pessoa humana, no plano ontológico, peculiar ao homem pelo fato de ser subsumido como ser humano, parecia não existir.

No próprio pós-guerra, a partir de 1953 — assumindo formas aberrantes de um virulento e inaceitável racismo<sup>21</sup> — a aprovação das estapafúrdias *Leis de Nuremberg*, destinadas à purificação racial do povo alemão, alçou-se como categoria da filosofia da história, doutrina política e princípio legal, contra a

---

<sup>20</sup> BUCHHEIN, Política y poder, 1985, p. 153.

<sup>21</sup> “El antisemitismo de los siglos XIX y XX, difundido en toda Europa, tenía su fundamento en la incapacidad y en la aversión a aceptar peculiaridades extrañas. Ello conducía, en el mejor de los casos, a la sanción de una legislación para extranjeros dirigida contra los judíos y, en el peor de los casos, a su aislamiento social (ghetto) y a explosiones ocasionales de odio (progrom) [...] Dentro de este contexto, el antisemitismo no se detuvo ya en el ghetto y en el progrom sino que condujo necesariamente a la fría e industrialmente organizada aniquilación....” Veja-se BUCHHEIN, loc. cit., p. 153.



qual o homem racional moderno teve que se insurgir, nomeadamente por exercer seus influxos negativos dentro das garantias materiais do direito penal.

Para que um malefício deste jaez não volte a se reproduzir na história da humanidade, principalmente com a cultura aborígene, uma das mais afetadas pelo processo colonizador, necessário é termos em mente que a diversidade cultural (multiculturalismo) constitui resultado de diferentes tipos de interação do homem com o mundo circundante; com isto não existindo espaço para um pensamento a subsumir o fenômeno multicultural como um *espaço bipolar*, regido pelo binômio cultural *superioridade/inferioridade*". Pelo contrário. As *relações específicas de um povo, sua história, maneira de como criou seus símbolos, classificou seus elementos e organizou suas experiências*<sup>22</sup>, resultam de um conjunto de sistemas e símbolos *significantes diferenciados*, mas, jamais, inferiores ou superiores diante de quem quer que seja.

## **2. Diversidade cultural e etnocentrismo: o “outro” e o direito penal oficial**

Como pudemos inferir, não se pode conceber o fenômeno antropológico a partir de uma ótica intercultural de *superioridade/inferioridade*. Desta sorte, se o fenômeno jurídico-penal também faz parte de um cenário cultural, impõe esclarecer que este, ao contrário de uma acepção asséptica e normativista, deve revestir-se dos mesmos valores antropológicos, a fim de que não se caia, erroneamente, no grande fosso da discriminação de certas culturas, tentando impor um *modus vivendi* totalmente incompatível com a essência de cada povo.

Quando, pois, uma cultura passa a defrontar-se com outra, a figura de um certo estranhamento apresenta-se normal, haja vista o significado de seus símbolos, dentro de suas respectivas peculiaridades, representarem um universo único dentro de cada povo. Sem embargo dessa peculiaridade, durante a história — inclusive isto se constata nos dias atuais do fenômeno da globalização — foi muito comum se emitir juízos valorativos culturais como se o “outro”, ao partir do nosso prisma, representasse, somente pelo fato da

---

<sup>22</sup> FANTON, loc. cit., p. 14. Em tom crítico acerca da pseudoconcepção de superioridade/inferioridade cultural proveniente de fatores genéticos, veja-se LERNER, Protección internacional de la diversidad cultural, en: Persona y Derecho, loc. cit., p. 153.

diferença, uma inquestionável inferioridade. Tem-se, com isso, uma dificuldade em pensar o “*outro*”<sup>23</sup>, a partir de seus próprios valores e modo de vida.

Isto constitui fruto, contudo, de uma visão etnocêntrica, consolidada ao longo dos tempos pelo processo colonizador<sup>24</sup>, cujo modelo existencial é definido por valores intelectuais e psíquicos<sup>25</sup>, como sendo o eixo e a razão única sobre os quais o “*outro*” deve pautar-se, por ser considerado absurdo<sup>26</sup>, ininteligível; figurando inclusive como uma ameaça à identidade cultural<sup>27</sup>. Em suma, é a equivocada sensação de que o “*alter*”, por ser estranho ao nosso “*eu*”, dele necessitasse sobreviver, sob pena de não formar um mundo existencial perfeito.

Em nossa ótica, embora o Relativismo Cultural seja passível de críticas<sup>28</sup>, não podemos deixar de a ele nos afiliar. Até porque não se pode, conforme criticamos outrora, crer na existência de um conhecimento único e universal, a ser seguido por todos. Se cada cultura logra uma peculiaridade própria, não se pode conceber a presença de um conhecimento que seja válido para todos. Desta sorte, *bem e mal, ético e não-ético, estético e não-estético*, em nossa visão, são conceitos de caráter relativo, a depender do grupo cultural em que se encontra inserido o indivíduo. Não há, com efeito, *verdades culturais* ou

---

<sup>23</sup> FANTON, loc. cit.

<sup>24</sup> MARTÍNEZ DE BRINGAS, loc. cit., pp. 86-87.

<sup>25</sup> “[...] aly lancamos os batees e esquifes fora evieram logo todolos capitães das naaos aesta naao do capitam moor e aly falaram. e ocapitam mandou no batel em trra njcolaa coelho peraveer aq[ue]le rrio e tamto que ele comecou perala dhir acodirã pela praya homee[n]s quando dous quando tres de maneira que quando obatel chegou aaboca do rrio heram aly xbiiij ou xx homee[n]s pardos todos nuus sem nhuu[m]a cousa que lhes cobrisse suas vergonhas. Traziam arcos nas mãos esuas seetas. vijnham todos rrijos perao batel e nicolaa coelho lhes fez sinal que posesem os arcos. e eles os poseram. aly nom pode deles auer fala ne[m] ente[n]dimento que aproueitasse polo mar quebrar na costa. soamente deulhes huu[m] barete vermelho e huu[m]a carapuça de linho que leuaua na cabeça e huu[m]...” Da TRANSCRIÇÃO PALEOGRÁFICA, segue TRANSCRIÇÃO CONTEMPORÂNEA, conforme DOCUMENTO DA TORRE DO TOMBO DE PORTUGAL (in verbis): “[...] Ali lançámos os batéis e esquifes fora e vieram logo todos os capitães das naus a esta nau do capitão-mor e ali falaram. E o capitão mandou no batel, em terra, Nicolau Coelho, para ver aquele rio. E, tanto que ele começou para lá d’ir, acudiram pela praia homens, quando dous, quando três, de maneira que, quando o batel chegou à boca do rio, eram ali 18 ou 20 homens, pardos, todos nus, sem nenhuma cousa que lhes cobrisse suas vergonhas. Traziam arcos nas mãos e suas setas. Vinham todos rijos para o batel e Nicolau Coelho lhes fez sinal que pusessem os arcos; e eles os puseram. Ali não poude deles haver fala nem entendimento que aproveitasse, por o mar quebrar na costa. Somente deu-lhes um...” (Carta de Pêro Vaz de Caminha, 1 de Maio de 1500, (Nº f. f.1), Portugal, Torre do Tombo, Gavetas, Gav. 15, mç. 8, n.º 2).

<sup>26</sup> LÉVI-STRAUSS, *Raça e (...)*, 1998, pp. 03-04.

<sup>27</sup> LÉVI-STRAUSS, loc. cit., pp. 03-04.

<sup>28</sup> BOAS, *Antropologia cultural*, 2004, p. 47.

*padrões modelares*<sup>29</sup> dentro do comportamento humano que possam, em relação ao “*outro*”, ser constituído como um protótipo a ser seguido. Cada cultura pesa e julga a si própria, consoante seus padrões.

Neste viés, cabe-nos acentuar — na mesma linha de Franz Boas<sup>30</sup> — que a história da civilização humana não se encontra inteiramente determinada por uma necessidade psicológica, direcionada a uma evolução uniforme mundial. Ao revés. Cada grupo, em verdade, logra história única, *parcialmente* dependente do desenvolvimento interno peculiar ao grupo social e *parcialmente* de influências exteriores às quais tenha se submetido<sup>31</sup>.

### **3. O binômio cultural *ego/alter*: a personalidade como *devir***

Se, pois, cada grupo social encontra-se mergulhado numa realidade cultural própria, então, para podermos sopesar criticamente a problemática do *infanticídio cultural indígena*, faz-se necessário, *a priori*, entendermos o *conceito de pessoa* para a população ameríndia.

Ao partirmos para o *conceito de pessoa*, dentro das culturas aborígenes, não podemos entendê-lo a partir da mesma concepção como nós o consideramos.

A *condição de pessoa* nas antologias ameríndias, se medida por nossos padrões culturais, afigura-se totalmente diversa. Isto porque, para alguns povos aborígenes, ser pessoa não é uma *conditio* exclusiva de seres humanos. Pelo contrário: muitos seres, embora considerados humanos, podem não se tornar pessoas, a depender das exigências culturais do grupo a que pertence. Dito de outro modo, o que irá formar um ser humano pessoa é a *diade ego/alter*, exigida pelas crenças locais do seu povo, pela qual se rege.

Noutros termos, o que irá formar essa “*personalidade*”<sup>32</sup> é a “*dinâmica relacional*”<sup>33</sup> desse *ser* com o *grupo*. Referida dinâmica passa, inelutavelmente,

---

<sup>29</sup> Compactuando com a nossa ótica, veja-se BORJA JIMÉNEZ, Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica, loc. cit., p. 669.

<sup>30</sup> BOAS, Antropologia (...), 2004, p. 47.

<sup>31</sup> BOAS, loc. cit., p. 47.

<sup>32</sup> HOLANDA, Quem são os (...), 2008, p. 37.

<sup>33</sup> “Ser um “verdadeiro” humano acarreta, da perspectiva indígena amazônica, a obediência a um conjunto de expectativas morais, sociais e culturais. No contexto altamente etnocêntrico ameríndio, em que apenas as pessoas consideradas “pessoas de verdade” são as

por um processo contínuo de parentamento. É, em síntese, a pertença a uma *comunidade de substância* (material e imaterial)<sup>34</sup> o ponto definidor do que nos *faz* — ou *não* — pessoas<sup>35</sup>. As noções de *corpo* e *humanidade*, portanto, não são as mesmas<sup>36</sup>. Pelo contrário. A “*não-humanidade*” ocidental moderna, cristalizada na criação de estágios evolutivo-civilizatórios inferiores — advinda dos povos primitivos para os modernos —, mostra-se totalmente diversa da “*não-humanidade*” ameríndia, por estar relacionada com a *ausência de parentesco*<sup>37</sup>.

Dito de outro modo, enquanto reconhecemos o “*The social on the body*”, eles, por seu turno, reconhecem o “*The social IN the body*”<sup>38</sup>. Por conseguinte, o homem *não é, faz-se*. E este fazer-se, dá-se unicamente pela interdependência entre ele e a sua comunidade. O *eu* (*ego*) se faz em função do *outro* (*alter=comunidade*), sempre deste dependendo (*devir*).

Ora, se a ausência de humanidade (*não-humanidade*) configura uma *ausência de parentesco*, pelo fato de o ser humano realizar-se dentro do coletivo e não a partir dele próprio, o parentesco representa, dentro dos padrões de crenças ameríndias, um processo contínuo de transformação da consciência.

Se assim é, então, o primeiro passo para se adentrar no movimento dos seres, *elaborando-se e sendo elaborado* como pessoa, é pelo *engajamento na vida social, numa rede de trocas*<sup>39</sup>. Se, para a cultura indígena, o social define a humanidade, o caráter de humanidade deve estar ligado a *fatores estéticos*, exigidos pela comunidade em que se insere o “*futuro homem*” (pessoa em potência).

Quando se refere a *caráter estético*, este envolve uma série de significados. Inicia-se desde o *tratamento do corpo* e do *uso de determinados*

---

que pertencem à própria coletividade, pessoalidade e identidade são uma única coisa. Nessas sociedades, as regras para casamento e residência, as idiossincrasias linguísticas, os padrões de subsistência e culinária, os códigos de vestimenta e ornamento, bem como os hábitos de rituais e cerimônias, passam a ser indicadores cruciais para a definição de filiação étnica e pessoalidade humana.” SANTOS-GRANERO, loc. cit., p. 142.

<sup>34</sup> SANTOS-GRANERO, loc. cit., p. 142.

<sup>35</sup> HOLANDA, Quem são os (...), 2008, p. 37.

<sup>36</sup> HOLANDA, Quem são os (...), 2008, p. 37.

<sup>37</sup> HOLANDA, loc. cit., p. 37.

<sup>38</sup> Vide CONKLIN/MORGAN, p. 96, en: HOLANDA, loc. cit., p. 37.

<sup>39</sup> SANTOS-GRANERO, loc. cit., p. 142.

*utensílios*, até o hábito de uma *alimentação*<sup>40</sup> *adequadamente exigida* e até dos *adornos e pinturas corporais de vestimenta social*, em cujo objetivo reside o diferencial de humanidade, perante os demais<sup>41</sup>.

A par disso, encontra-se também o fenômeno da crença. Se nos valores da comunidade também se inserem as tradições, dessas fazem parte a cultura imaterial, encarnada nas crenças e superstições. Dessas, insta pontuar, faz parte a *crença da gêmeidade*, cujas consequências fatalmente podem redundar, criminalmente falando, na esfera de atuação interventivo-estatal.

#### **4. A gêmeidade e a concepção do interdito da personalidade: fatores explicativos espiritual e material**

Não há, com efeito, uma narrativa mítica preponderante a robustecer a crença aborígene, mas sim uma série delas, das mais variadas nuances. Sem embargo, dentro da variedade narrativa constatada, o fenômeno da *gêmeidade* converge para dois pontos nucleares, considerados determinantes na cristalização da crença ensejadora do infanticídio, a saber, os fatores *espiritual e material*.

**a) Fator espiritual.** Espiritualmente falando, não existe um fator único a explicar o ensejo à prática do infanticídio entre os povos aborígenes. Inúmeros são os fundamentos. Um deles, conforme esclarece a antropologia, pode dar-se pela *superstição proveniente dos sonhos* ou, simplesmente, do próprio *sono materno* em si.

Em alguns povos<sup>42</sup>, há um nítido elo entre a criança esperada com o sonho de um dos parentes, sobretudo com o da mãe. Conforme a tradição cultural aborígene, figura-se muito comum o permanente estado de vigília noturna dos pais, tentando escapar aos sonhos maus.

---

<sup>40</sup> “[...] temos uma esfera de ordenações ontológicas que é dada pelo regime alimentar. Na dieta Yawalapití há uma correlação entre a proximidade ou a distância dos tipos animais em relação à humanidade. Os Yawalapití não fizeram uma separação categórica entre humanos e demais animais relegados a uma natureza. A diferenciação percorre outros caminhos. Os peixes seriam os alimentos por excelência, os mais diferentes dos humanos. Junto com eles, os macacos. Isto porque, no mito, os macacos foram humanos que, abandonados ainda bebês pelas ‘mulheres monstruosas’, reverteram ao mundo natural (VIVEIROS DE CASTRO, 2002/48). Inconstância ontológica que é característica da filosofia ameríndia.” HOLANDA, Quem são os (...), 2008, p. 41.

<sup>41</sup> HOLANDA, loc. cit.

<sup>42</sup> Nomeadamente entre o povo indígena BORORO. Veja-se HOLANDA, loc. cit., p. 37.

Segundo os costumes, o casal deve permanecer em vigília noturna, nas proximidades do parto, para dar uma resposta à parteira acerca do estado de viabilidade do nascimento do filho, então prestes a vir à luz.

A importância do sonho é de tal modo levada em consideração que, antes mesmo de se cortar o cordão umbilical da criança, é mister da parteira indagar dos pais se eles tiveram mau sonho. Se a resposta for positiva, dificilmente a criança será inserida na humanidade. Isto porque, para alguns aborígenes, os sonhos não são a mera representação de um oráculo, senão *consequências funestas de transgressões anteriores*<sup>43</sup>.

O *sonho materno*, por si só, também representa um elo entre o fecundado e o fecundador. Para algumas tribos indígenas, nomeadamente para o povo Suruwahá<sup>44</sup>, todas as crianças portadoras de deficiência física devem, em nome do bem-estar espiritual da comunidade, ser obrigatoriamente sacrificadas. Embora dita exigência possa representar um ato de crueldade, principalmente diante de um ser indefeso como uma criança, há uma justificativa cultural para tanto.

Segundo as tradições culturais, a justificativa se dá pela crença de que toda criança *portadora de deficiência* — ou que, de algum modo, posteriormente ao nascimento, *desenvolva problemas de ordem física* —, é uma criatura *possuída por maus espíritos*<sup>45</sup>. Essa possessão se dá, conforme o entendimento da tradição, no período de uma *má fecundação*. Simples: acredita-se, piamente, que a criança nascera deficiente pelo fato de sua genitora ter sido, enquanto dormia, *fecundada por um espírito indesejado*, mercê de uma maldição. Por esta crença, a única saída cabível para o restabelecimento da paz entre a comunidade — e acredita-se também para a libertação da criança —, reside no *dever parental de sacrificar* o menor.

**b) Fator material.** Antes de explicar o fenômeno material ensejador do infanticídio indígena, necessário é termos em mente que este não se dá, como alguém possa subsumir, nos moldes de uma cultura social do mundo industrial

---

<sup>43</sup> VIERTLER, 1976, p. 53, en: HOLANDA, Quem são os (...), 2008, p. 37.

<sup>44</sup> FIGUEREDO, Pluralismo jurídico, um estudo de caso sobre a universalidade parcial dos direitos humanos na questão indígena e o multiculturalismo, 2009, p. 04.

<sup>45</sup> FIGUEREDO, Pluralismo jurídico (...), 2009, p. 04.

hodierno. Importa ter em mente que, diversamente do cotidiano das grandes cidades, não estamos a tratar da mãe do século XXI que, como dona de casa e mulher independente, exerce tanto suas funções domésticas quanto empresariais, tendo à sua disposição uma babá ou empregada a cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos. Em hipótese alguma. O fator material ensejador do infanticídio cultural diz respeito àquela mãe que, diante das exigências de uma realidade tribal, deve estar à disposição do seu povo para, ao mesmo tempo em que amamenta e cuida de seus filhos, realizar todas as outras tarefas relativas à reprodução física e cultural de seu povo, nelas compreendidas *caça, pesca, coleta e produção diária de utensílios* à sobrevivência do grupo, dentre outras.

Neste prisma, se a mulher indígena, pelos fatores culturais de seu povo, tem a obrigação de cumprir com seu papel, o *infanticídio de gêmeos* passa a ser explicado por uma lógica de subsistência. Isto porque, para o povo aborígene, seria muito difícil uma mãe amamentar dois bebês, por dois anos — este é o tempo da amamentação entre alguns povos indígenas —, e ter que, concomitantemente, prover a sua tribo por meio dos afazeres que lhe são incumbidos (buscar água, madeira, produzir utensílios). Não somente pelo fato de ter que conciliar seus afazeres de mãe e de cidadã tribal, mas porque, ditos afazeres que se realizam em tempo concomitante, exigem da mãe que sejam realizados *com a criança unida ao seu corpo*, visto que a criança *não* pode separar-se da mãe.

Entre muitos povos indígenas, tão-logo o ritual pós-parto é cumprido em face da queda do cordão umbilical, a mãe aborígene retoma sua vida ordinária, *não se separando do bebê*. Dita ligação contínua dá-se por meio de uma espécie de alforje que, amarrado a seu corpo, permite que a mãe exerça qualquer movimento e exerça suas atividades diárias, sempre ligada ao filho. Pelas exigências culturais de ambos, dita união deve perdurar até que a criança se torne autônoma<sup>46</sup> — passando, por si própria, a comer, a falar e a andar.

Como dois bebês, juntos, onerariam a mãe, tornando improvável o

---

<sup>46</sup> HOLANDA, Quem são os humanos (...), 2008, p. 53.

retomar das atividades obrigatórias diárias perante o seu povo<sup>47</sup>, então, pela cultura, a genitora deve obrigatoriamente fazer sua escolha — lembremo-nos de que as obrigações perante seu povo não devem ser relegadas, caso contrário, a *condição humana* da mãe pode ser perdida. Como, por ser bastante oneroso à mãe, carregar ao mesmo tempo dois filhos presos ao corpo — principalmente porque gêmeos nascem muito pequenos e fracos, exigindo cuidados especiais<sup>48</sup> — e ter que assumir os afazeres tribais, então, *exige-se uma decisão*: escolher entre a vida da criança ou a preservação da cadeia de reciprocidade<sup>49</sup>, elaboradora do social. Pela cultura aborígine, a última opção *deve predominar*<sup>50</sup>, obrigatoriamente.

O fator material também pode assumir outro prisma, a saber, a *relação sobrevivência/dependência*<sup>51</sup>. Para entender o processo ensejador do infanticídio ritual e morte intencional de crianças indefesas é necessário, de igual modo, levar em consideração o *conceito de vida*, sua relação de plenitude, integralidade e qualidade<sup>52</sup>.

Por isso, em algumas culturas aborígenes — na Região Norte do Brasil, nomeadamente no Alto Xingu, *v. g.* — não se admite possa o ser humano ter que viver uma vida em total dependência de outrem. Ninguém, materialmente falando, deve depender de outrem para sobreviver. Nestes termos, quando é gerada uma criança com deficiência física ou má formação, impõe-se a sua eliminação.

Referida morte é imposta, *não* por motivos egóicos de quem determina, senão por considerar que a criança *não mereça viver uma vida de sofrimento*,

---

<sup>47</sup> ADINOLFI, *Enfrentando o infanticídio: bioética, direitos humanos e qualidade de vida das crianças indígenas*, 2008, p. 16.

<sup>48</sup> De lembrar-se, também, que o trabalho dobrado, na busca de alimentação e na proteção frente aos perigos da floresta, dificulta a vida dos pais e da comunidade. Veja-se ADINOLFI, *Enfrentando o infanticídio (...)*, 2008, p. 22.

<sup>49</sup> HOLANDA, *Quem são os humanos (...)*, 2008, p. 53.

<sup>50</sup> “O infanticídio gemelar é encontrado em sociedades que propiciam poucas facilidades para uma mãe cuidar adequadamente de duas crianças de uma só vez ao mesmo tempo em que cumpre devidamente todas as suas outras obrigações [...] em sociedades onde o cuidado de gêmeos deve ser difícil ou até mesmo impossível [...] a mãe é provida com uma solução excedente: abrir mão do bebê mais fraco.” (Cf. GRANZBERG, 1973, p. 407, en: HOLANDA, *loc. cit.*, pp. 53-54).

<sup>51</sup> ADINOLFI, *loc. cit.*, p. 22.

<sup>52</sup> FEITOSA/TARDIVO/CARVALHO (2006), en: ADINOLFI, *Enfrentando o infanticídio (...)*, 2008, p. 23.



sem qualidade de vida e a sempre depender dos demais para sobreviver. A criança deve viver uma vida plena e integral. A definição social de vida, *in casu*, está atrelada à questão de qualidade de vida. Assim, como uma criança deficiente não terá a capacidade de levar, em igualdade às outras crianças do seu meio, uma vida em plenitude, o melhor para ela é a extinção antecipada desse sofrimento, vale dizer, ser morta.

Em suma, a personificação do ser humano, dentro das culturas ameríndias, não representa senão um *devoir*. Logo, pessoa *não é, faz-se*. E este *fazer-se* somente se cristaliza dentro de uma vida *em comunidade* e para a comunidade. Dito de outro modo, o eu (Ego) somente consegue formar-se a partir das exigências do grupo (Alter). Do contrário, não há falar-se em personalidade, já que esta não configura mera individualidade.

### **III. A tríade punição/valor cultural/desculpa: o problema da punitividade e a (in) viabilidade de uma ponderação tópica**

#### **1. Os direitos indígenas sob a ótica colonial e seus influxos atuais**

A história do povo aborígene brasileiro remonta a épocas remotas. Em sede histórico-bibliográfico, contudo, o que se tem ou que se chegou ao conhecimento foi dado — guardadas as devidas exceções — simplesmente pela narrativa dos dominadores.

Não se sabe ao certo, à época do “*descobrimento*”, sobre a densidade demográfica aborígene em *terra brasilis*. Tem-se, tão-somente, uma estimativa variável, a culminar numa quantidade de 10 (dez) milhões de nativos, cujas línguas por eles faladas chegavam a 1.300 (Hum Mil e Trezentas)<sup>53</sup>. Nos atuais dias, dos dez milhões que habitavam o território brasileiro, apenas 817 (oitocentos e dezessete) mil índios, distribuídos geograficamente entre 225 (duzentas e vinte e cinco) sociedades indígenas — o equivalente a uma módica população de 0,4% (zero vírgula quatro por cento)<sup>54</sup> da população total do território nacional —, habitam o solo do Brasil.

---

<sup>53</sup> FUNAI, Os índios: a chegada do europeu, 2010, p. 01.

<sup>54</sup> FUNAI, loc. cit.

Consoante fontes históricas<sup>55</sup>, a considerável diminuição do contingente populacional aborígene no Estado Brasileiro deveu-se, entre outros fatores, do contato com o branco colonizador que, por ocasião de seu assenhoreamento e exploração das terras nativas, trouxe consigo — e em nome de uma exploração econômica sem precedentes na história —, doenças, escravização, exploração de mão-de-obra e extermínio.

Não obstante a soberania indígena e o direito referente à sua autonomia territorial estivessem prescritos nas leis portuguesas para o Brasil, em verdade, o que se verificou, na prática, foi a má consciência da Coroa em relação a esses mesmos direitos. As *Cartas Régias*, do limiar<sup>56</sup> e final<sup>57</sup> do século XVII, bem o evidenciam. Se, por um lado, reconheciam tais direitos, por outro, suas atitudes de esbulho<sup>58</sup> representavam a negação deles. As *Sesmarias* constituíram exemplo clássico dessa exploração.

Como forma de possibilitar o crescimento econômico da Coroa, o regime de *Sesmarias* foi uma possibilidade, adotada pelo regime lusitano, de delimitar, povoar e tornar produtivas as terras do Brasil, numa tentativa subliminar de, sob o subterfúgio de trazer desenvolvimento local, promover a conquista portuguesa do território brasileiro. Em verdade, porém, ditas terras (*Sesmarias*) eram concedidas para quem quisesse vir ao Brasil — em nome do poderio lusitano —, ocupá-las, mesmo que para isso se fizesse necessário perseguir,

---

<sup>55</sup> STAVENHAGEN, los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos, en: BERRAONDO LÓPEZ, loc. cit., pp. 22 e ss.

<sup>56</sup>“[...] os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitánias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quizerem fazer...” (CARTAS RÉGIAS de 30 de JULHO DE 1609, usque 10 DE SETEMBRO DE 1611, en: CARNEIRO DA CUNHA, Os direitos do índio (...), 1987, p. 58). (Ortografia conforme o original).

<sup>57</sup>“[...] E para que os ditos gentios, que assim decerem, e os mais, que ha de presente, melhor se conservem nas Aldeas: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer molestia. E o Governador no parecer dos ditos religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e se cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dadas em Sesmarias e pessoas particulares [...] e quero se entenda ser preservado o prejuízo, e direito dos índios, primários e naturaes senhores dellas...” (ALVARÁ de 1º de ABRIL de 1680, parágrafo 4, en: CARNEIRO DA CUNHA, Os direitos do índio (...), 1987, p. 59). (Ortografia conforme o original).

<sup>58</sup> CARNEIRO DA CUNHA, loc. cit., p. 61.

escravizar ou dizimar<sup>59</sup> as populações indígenas.

Mercê desta tentativa desenvolvimentista, frente à perspectiva de enriquecimento, os *padrões culturais aborígenes* sofreram uma considerável afetação. A implantação da cultura europeia — quer pelos padrões religiosos<sup>60</sup> quer pelas técnicas de exploração laboral<sup>61</sup> — constituiu um nítido exemplo do que afirmamos.

Com a irrupção da independência, de igual modo. Conquanto alguns direitos e garantias em relação ao índio pudessem se verificar, formalmente falando, o Brasil independente representou um grande retrocesso<sup>62</sup> no reconhecimento desses mesmos direitos. Se, por um lado, nesse mesmo período, o índio passa a tornar-se um símbolo da nova nação, por outro, os direitos de soberania quanto à sua cidadania lhes são negados. O Parlamento Imperial constitui um exemplo desse retrocesso. Segundo fontes históricas, de acordo com a mentalidade de alguns de seus membros, os índios não podiam ser considerados brasileiros politicamente falando<sup>63</sup>; o que os fazia não merecedores de pertencerem às famílias constitutivas do império. Isto por um motivo óbvio, a saber, a precedência do Estado sobre a Nação<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> SOUZA FILHO, O renascer dos povos indígenas para o direito, 1999. p. 58. De igual modo, cf. ZÚÑIGA GARCÍA-FALCES, Emergencia y pobreza indígena, en: BERRAONDO LÓPEZ, Pueblos indígenas (...), 2006, p. 665.

<sup>60</sup> “O culumim, o padre ia arrancá-lo verde à vida selvagem: com dentes apenas de leite para morder a mão intrusa do civilizador; ainda indefinido na moral e vago nas tendências. Foi, pode-se dizer, o eixo da atividade missionária: dele o jesuíta fez o homem artificial que quis. O processo civilizador dos jesuítas consistiu principalmente nesta inversão: no filho educar o pai; no menino servir de exemplo ao homem; na criança trazer ao caminho do Senhor e dos europeus a gente grande. O culumim tornou-se o cúmplice do invasor na obra de tirar à cultura nativa osso por osso, para melhor assimilação da parte mole aos padrões de moral católica e de vida europeia; tornou-se o inimigo dos pais, dos pajés, dos maracás sagrados, das sociedades secretas. Do pouco que havia de duro e de viril naquela cultura e capaz de resistir, ainda que fracamente, à compreensão europeia. Longe dos padres quererem a destruição da raça indígena: queriam era vê-la aos pés do Senhor, domesticada para Jesus. O que não era possível sem antes quebrar-se na cultura moral dos selvagens a sua vértebra e na material tudo o que estivesse impregnado de crenças e tabus difíceis de assimilar ao sistema católico.” (Cf. FREYRE, Casa grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal, 2003, p. 164). (Ortografia vigente à época).

<sup>61</sup> FREYRE, Casa grande e senzala (...), 2003, p. 168. De igual modo, PACHECO DE OLIVEIRA/FREIRE, A presença indígena na formação do Brasil, 2006, pp. 39-42.

<sup>62</sup> CARNEIRO DA CUNHA, Os direitos do índio (...), 1987, p. 63.

<sup>63</sup> “Não são brasileiros no sentido político em que se toma; eles não entram conosco na família que constitui o império.” (Sessão de 25.9.1823, Diário da Constituinte, apud CARNEIRO DA CUNHA, loc. cit., pp. 63-64). (De acordo com a ortografia vigente à época).

<sup>64</sup> CARNEIRO DA CUNHA, loc. cit.

A negação dessa soberania como forma de prevalência do Estado sobre a Nação deveu-se, por assim dizer, a partir dos influxos exercidos pela Revolução Francesa, segundo a qual cada Estado deveria corresponder a uma nação. Se assim era, então, a soberania indígena, ao arrepio das garantias insculpidas em lei, passaria a ser escamoteada. E isto, com efeito, redundaria num grande problema: não se admitia que índios pudessem constituir sequer sociedades dignas desse nome<sup>65</sup>.

## **2. Direito penal e constituição: a Carta Constitucional de 1988 e o tratamento jurídico-penal dispensado ao índio**

Com a irrupção da Carta da República de 1988, o Estado Brasileiro conferiu, se levarmos em consideração as magnas cartas precedentes, grandes avanços aos direitos dos povos indígenas em seu território — não obstante, é claro, devesse ir mais longe.

Por força do disposto no art. 231<sup>66</sup>, constituem direitos dos povos indígenas sua organização social, preservação de costumes, línguas, crenças e tradições, mormente o direito de preservação de suas terras, sobre estas competindo à União Federal as suas respectivas demarcações, proteção e respeito aos bens a elas referentes.

Sem embargo da prescrição de determinados direitos e garantias, a legislação punitiva do Brasil — ainda datada da primeira metade do século passado (1940), quando ainda não existiam os avanços constitucionais garantísticos do Magno Texto atual — ainda caminha a passos lentos, sobretudo em sede de (In) imputabilidade penal.

Em sede de direito penal, ao contrário do que deveria, ainda subjaz no Brasil uma visão etnocêntrica e preconceituosa acerca do povo indígena. Referido prisma, pontue-se, ainda passa a contaminar o legislador penal e até mesmo alguns setores doutrinários, nomeadamente quando se trata de imputar determinados fatos típicos de injusto, centrados numa falsa crença de que o

---

<sup>65</sup> CARNEIRO DA CUNHA, loc. cit.

<sup>66</sup> 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. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 2010).

indígena, por ser portador de uma cultura diferente, possui *desenvolvimento mental incompleto*, somente pelo fato de ser silvícola.

Por seu turno, o art. 26 do Código Penal Brasileiro, adota o sistema bio-psicológico de imputação. Por ele, três são as condições de morbidez a levar à inimputabilidade, a saber, doença mental, desenvolvimento mental incompleto, *usque* desenvolvimento mental retardado. Quando, por acometimento ao agente, um destes fatores o conduz à incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato ou o torna impossibilitado de autodeterminar-se conforme esse entendimento, imprime-se-lhe o caráter de inimputável, cujo consectário é a absolvição imprópria, com a conseqüente inflição de medida de segurança.

Sem embargo, este não é o problema, mas sim o referente a quem se dirige tal hipótese, em caso de *desenvolvimento mental incompleto*, cujo conceito, por mais que a isso não se atente, passa a afetar o índio, inelutavelmente. Conforme criticamente se posiciona parte da doutrina<sup>67</sup> — e a ela nos filiamos! — grande parte dos operadores do direito está a proclamar a aplicação do conceito *desenvolvimento mental incompleto* a duas classes de pessoas, a saber, o surdo-mudo e o *silvícola “não-adaptado”*. *A contrario sensu*, por silvícola *não-adaptado*, a dogmática jurídica<sup>68</sup> tem subsumido aquele *cujo contato cultural*<sup>69</sup> não ingressa ou não corresponde à nossa tábua de valores<sup>70</sup>.

Em tonalidade flagrantemente contrária ao Texto Constitucional, o conceito de isolamento a que pode submeter-se o índio, tem recebido uma

---

<sup>67</sup> GUARAGNI, A “herança maldita” do tratamento jurídico-penal dos silvícolas não-adaptados, 2009, p. 04.

<sup>68</sup> “Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. [...] Art 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.” (BRASIL, Lei Nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), 2013). (Grifo Nosso).

<sup>69</sup> GUARAGNI, A “herança maldita” (...), 2009, p. 04.

<sup>70</sup> GUARAGNI, loc. cit., p. 04.

conotação jurídico-penal depreciativa, cuja consequência pode ser refletida na esfera negativa da imputabilidade penal.

Consoante a Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), para se aferir o grau de culpa do aborígene há três possíveis<sup>71</sup> possibilidades, a saber: *a) será imputável* o agente considerado *plenamente adaptado* aos valores dominantes, cujo consectário será a aplicação da pena; *b) Semi-Imputabilidade* para o caso de parcial adaptação à cultura dominante, com a consequente aplicação e minoração penal e *c) Inimputável*, com a consequente aplicação da medida de segurança, posto tratar-se de portador de desenvolvimento mental incompleto, em face não estar adaptado aos valores culturais dominantes<sup>72</sup> — é o que se infere da lógica do art. 97, *caput*, do Código Penal Brasileiro, haja vista o Estatuto do Índio nada dispor acerca de casos de absolvição por ausência plena de integração do silvícola<sup>73</sup>. Noutros termos, pela “*lógica*”, o simples fato de não estar adaptado aos valores culturais dominantes, dita inadaptação o equipara a um portador de *doença* (doente mental por retardamento).

### **3. Infanticídio indígena e cultura: espaço para uma (des) culpa?**

Para tecermos considerações críticas acerca do infanticídio indígena, impõe-se, liminarmente, alguns esclarecimentos a respeito desse tipo de injusto na legislação oficial do Estado Brasileiro. Em sede jurídico-penal, para existir a figura ensejadora da sanção, exige-se a presença de certas elementares, sem as quais, o fato praticado torna-se atípico, *pleno jure*. Por isso, consoante as prescrições do Código Penal Brasileiro<sup>74</sup>, para que se caracterize este injusto, necessária é a presença das seguintes elementares, a saber: *a) influxo de estado puerperal*, *b) a vítima deve ser o próprio filho*, *c) o fato deve ser praticado durante ou logo após o parto*, e *d) o sujeito ativo do crime deve ser, obrigatoriamente, a própria mãe da vítima*. Sem estas elementares e sem a

---

<sup>71</sup> GUARAGNI, loc. cit., p. 04.

<sup>72</sup>“Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.” (Cf. BRASIL, Lei Nº 6.001/73 (...), 2013). (Grifo Nosso).

<sup>73</sup> GUARAGNI, loc. cit., p. 04.

<sup>74</sup>“Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos.” (BRASIL, Código Penal, 2010).

presença do sujeito ativo (própria mãe=crime próprio), não há falar-se em infanticídio. Logo, no presente trabalho, o termo “*infanticídio indígena*”, por nós utilizado, assumirá um aspecto *atípico*.

Quando nos referirmos à expressão “*infanticídio indígena*”, estaremos fazendo menção ao assassinio não de crianças recém-nascidas e não necessariamente mortas por suas mães, durante ou após o parto, mas como vítimas de *qualquer parente tribal*, envolvido no processo cultural de eliminação da vítima.

Para um estudo crítico deste fenômeno, necessário é o esclarecimento de dois importantes aspectos dos quais não se pode prescindir o operador do direito penal. O primeiro deles reside no *fator estatístico*; o segundo, no que respeita aos *direitos humanos da vítima* — por ser uma criança indefesa — em relação ao direito ao exercício cultural.

Conquanto existam relatos acerca da prática cultural indígena em se matar crianças recém-nascidas, o conhecimento sobre tal fato dá-se, *tout court*, por dados estatísticos não oficiais. Consoante organizações não-governamentais, incumbidas de trabalhar junto a alguns povos indígenas brasileiros, a prática do homicídio (infanticídio) de crianças indígenas, por motivos culturais no Brasil, tem sido registrada em diversas etnias<sup>75</sup>, porém sem dados estatísticos precisos, devido à grande inacessibilidade dos órgãos estatais a determinadas aldeias.

Sem embargo, a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), órgão incumbido de laborar em prol da saúde indígena, tem asseverado que o maior indicador de mortalidade entre as populações indígenas no Brasil deve-se, entre outras causas, ao embaraçoso problema do infanticídio<sup>76</sup>.

Diante desta real problemática cultural, a envolver cultura e direito estatal

---

<sup>75</sup> Dentre elas os uaiuai, bororo, mehinaco, tapirapé, ticuna, amondaua, uru-eu-uau-uau, suruwaha, deni, jarawara, jaminawa, waurá, kuikuro, kamayurá, parintintin, yanomami, paracanã, kajabi e guarani. (PROJETO HAKANI, Brasília, 2010).

<sup>76</sup> “[...] **Coeficiente de mortalidade infantil na população indígena** [...] Do total de óbitos [...] por infanticídio ocorrido nas aldeias. Porém esperamos que com o passar dos anos o número de infanticídios diminua, pois este fator cultural aumenta o coeficiente de mortalidade infantil, que é um indicador importantíssimo de saúde população e de qualidade de vida (saneamento básico, educação, qualidade do serviço de saúde, dentre outros). Como resultado das investigações de óbito observou-se que as principais causas dos óbitos (excluindo os infanticídios) foram por motivos não evitáveis.” (FUNASA, RELATÓRIO/SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL, 2010, p. 73. (Grifo no Original).

— nomeadamente direito penal —, determinadas questões têm sido aventadas por alguns grupos protetores da vida humana. Segundo a opinião de alguns, o direito à cultura deve constituir uma garantia fundamental do ser humano, devendo ser irrestritamente resguardado; de acordo com outros, a cultura não pode sobrepujar a garantia da vida humana, devendo, com isso, sofrer uma forte intervenção estatal, inclusive na esfera punitiva. Para os que ingressam o primeiro rol, o simples fato de existir faz com que, obrigatoriamente, o homem seja portador dos direitos humanos, neles incluído o intransponível direito à vida, independentemente de sexo, condição sócio-econômica ou fatores étnicos.

Com isso, não se podendo admitir — *a fortiori* no mundo globalizado no qual se exige uma integração cultural — diferença na dignidade ou direito à vida, os quais os próprios membros de culturas distintas, em relação a seus próprios pares (índio *versus* índio), devem respeitar. Se assim é, então, torna-se inadmissível a prática de infanticídio de crianças inocentes, mesmo que em desrespeito à cultura de um povo.

Por outro lado, contudo, há aqueles que pontificam a concepção da vida, em termos culturais, como algo a ser entendido a partir de uma realidade cultural vivida. Neste viés, se a vida, para os padrões culturais do aborígene, assume cariz próprio, então, não se trata aqui de explicar o mundo nativo, mas sim de imaginá-lo<sup>77</sup> e respeitá-lo conforme se nos apresenta.

Levando em consideração a opinião daqueles que pontificam a defesa da vida humana inocente — não obstante, segundo eles, isso represente uma considerável intromissão nos direitos culturais —, há algo que nos incomoda e nos preocupa. Em nossa ótica, a defesa da vida humana representa algo indiscutível na esfera do direito, mesmo quando envolva uma colisão entre esta e o direito à cultura. Todavia, não é este o problema que nos aflige. Pelo contrário. O que nos preocupa diuturnamente é saber se, embora podendo o Estado assumir uma posição preventiva na esfera extra-penal, pode ser viável, em benefício da defesa da vida, a criminalização de uma prática cultural. De nossa parte, e já nos adiantando, acreditamos que não.

Conquanto assim nos manifestemos, outra tem sido a posição do

---

<sup>77</sup> Nesse sentido, veja-se HOLANDA, Quem são os humanos (...), pp. 16-25.



legislador brasileiro. Não bastasse a criminalização que se impõe aos povos indígenas — o Código Penal Pátrio e o Estatuto do Índio são bastante taxativos —, ultimamente, o legislador pátrio<sup>78</sup> tenciona ir mais além, não somente pretendendo punir o autor da infração do injusto, senão, também, *terceiros*<sup>79</sup> que, tomando conhecimento de fatos considerados suspeitos, não os comunica às autoridades estatais.

Ora, se a cultura é para um povo o que representa para o homem a sua própria existência — material e espiritualmente<sup>80</sup> falando —; e se dentro desse conceito de cultura há uma inquestionável ordem valorativa; partindo do pressuposto de que direito também é um fato cultural compreendido não somente do ponto de vista jurídico-positivo, mas também sob amplas

---

<sup>78</sup> “Projeto de lei 1.057 de 2007. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Art. 1º. Reafirma-se o respeito e o fomento a práticas tradicionais indígenas e de outras sociedades ditas não tradicionais, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos humanos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal e internacionalmente reconhecidos. Art. 2º. Para fins desta lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores; II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla; III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais; IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero; V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão; VI. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo; VII. homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais; VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo; IX. homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto X. de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição; XI. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas; XII. Maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança. XIII. Todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional.” (BRASIL, Projeto de Lei nº 1.057/2007, 2013).

<sup>79</sup> “Projeto de lei 1.057 de 2007. [...] Art. 3º. Qualquer pessoa que tenha conhecimento de casos em que haja suspeita ou confirmação de gravidez considerada de risco (tais como os itens mencionados no artigo 2º), de crianças correndo risco de morte, seja por envenenamento, soterramento, desnutrição, maus-tratos ou qualquer outra forma, serão obrigatoriamente comunicados, preferencialmente por escrito, por outras formas (rádio, fax, telex, telégrafo, correio eletrônico, entre outras) ou pessoalmente, à FUNASA, à FUNAI, ao Conselho Tutelar da respectiva localidade ou, na falta deste, à autoridade judiciária e policial, sem prejuízo de outras providências legais. Art. 4º. É dever de todos que tenham conhecimento das situações de risco, em função de tradições nocivas, notificar imediatamente as autoridades acima mencionadas, sob pena de responsabilização por crime de omissão de socorro, em conformidade com a lei penal vigente, a qual estabelece, em caso de descumprimento: Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa”. PROJETO DE LEI 1.057 (...), 2013.

<sup>80</sup> REALE, Horizontes do direito (...), 1956, p. 281.

perspectivas<sup>81</sup> valorativas, então, o *direito penal* e o *binômio culpa/imputação*, que dele fazem parte, também não devem caminhar neste viés? Compreender o fator punitivo dentro de um âmbito estritamente jurídico positivo não significa descurar de todo o processo *histórico-valorativo* que o incorpora? A estas indagações, responderemos com algumas propostas, após analisar o caso concreto que se segue.

#### **4. Estudo de caso: o caso Aisanan Kamayurá**

Gizados os problemas a envolver a questão do infanticídio cultural indígena, convém, agora, trazeremos a lume um dentre os mais variados casos concretos, ensejadores de grande discussão na esfera punitiva: o *Caso Aisanam Kamaiurá*.

De acordo com as pesquisas sociológicas, entre os Kamaiurá, a prática de infanticídio põe as crianças entre determinados grupos, cujo risco à integridade física é mais acentuado, nomeadamente quando se cuida de risco de morte.

Dentre os motivos ensejadores à eliminação do neonato, ou até mesmo entre crianças mais desenvolvidas, encontra-se o fator *gemeleidade*, cuja causa já fora por nós exposta, anteriormente. Dito fator, se vislumbrado pela ótica Kamaiurá, pode ser apontado como um dos maiores medos, infligidos aos pais pertencentes à respectiva etnia, por terem de, mesmo à revelia do seu amor parental, pôr termo à vida de seus filhos.

Com Aisanam Kamaiurá, a tradição não podia ser diversa. Aisanam Paltu Kamaiurá que, à época, era mestrando em linguística pela Universidade de Brasília, narrou-nos uma das maiores frustrações que lhe haviam sido impostas: matar seus dois filhos recém-nascidos. Conforme seus relatos, acreditava-se que a gravidez de sua esposa encontrava-se dentre aquelas consideradas *normais* aos olhos da tribo — gravidez de filho único. Contudo, a sua esposa dera à luz dois filhos gêmeos. Durante o parto, Aisanam não se encontrava presente, tanto assim que a enfermeira não lhe participara do ocorrido da *gemeleidade*.

Posteriormente ao nascimento, um terceiro participou a Aisanam,

---

<sup>81</sup> BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati' (...)*, 2008, pp. 03-04.

advertindo-lhe que a sua esposa dera à luz de gêmeos, fato que o deixou extremamente perplexo<sup>82</sup> pelo fato de saber qual o destino que aos dois inocentes seria reservado.

Após tomar conhecimento do fato, tentou, a todo custo, salvar os dois neonatos. Pois, segundo seus relatos, já havia uma disposição no sentido de sepultar vivas as duas crianças. Depois de várias insistências do genitor — pelo fato de a própria família ser contra o resgate e salvamento das crianças — o pai de Aisanam (avô dos recém-nascidos) dirigiu-se ao local para tentar salvar pelo menos um dos filhos. Embora tendo salvo um deles, o outro, inevitavelmente, fora sacrificado. Tal evento deixou Aisanam Kamaiurá extremamente triste e, até os atuais dias, a lamentar o nefasto incidente que o proibiu de viver com seus filhos queridos.

Diante do ocorrido — levando em consideração o *direito cultural de um povo* e o caráter punitivo do direito penal à salvaguarda do *bem jurídico vida* —, indagamos: *i)* A Norma penal deve recair sobre aqueles que ceifaram a vida da criança inocente? *ii)* A Cultura, neste caso, deve prevalecer e os autores desculpados, mesmo diante da eliminação de um ser indefeso?

## 5. A nossa proposta

Ora, se o direito penal não pode alheiar-se ao fenômeno sócio-cultural — até porque o crime é produto destes dois elementos<sup>83</sup> —, então, a problemática do infanticídio não pode estar circunscrita à mera punitividade. A punição deve, obrigatoriamente, estar adstrita a uma intervenção eficaz das instituições estatais.

---

<sup>82</sup>“[...] Esse meu filho era gêmeo, tinha dois. Eles enterraram o outro. A enfermeira não me avisou que ela tinha gêmeos [...] Aí, depois que nasceu, a pessoa veio falar prá mim que eram duas crianças [...] me avisaram que iam enterrar as duas. Aí eu falei que não, que eu precisava pegar pelo menos uma delas. Mas a família não queria que eu pegasse nem uma das crianças. Eu insisti e aí meu pai foi lá para segurar uma das crianças. Eles pegaram uma e enterraram a outra. Hoje a criança está aqui comigo, já tem sete meses, tá gordinho. Quando eles enterram criança, o pai e a mãe sentem falta. Como é meu caso mesmo. Até hoje eu não esqueço ainda. Porque eu estou vendo o menino, o crescimento dele, aí eu penso no outro também [...] Se eu tivesse alguém que me ajudasse, eu poderia criar as duas crianças [...] eu falo isso [...]”. (HAKANI, 2008, p. 01). (Preservamos a ortografia conforme o colóquio popular em sua originalidade).

<sup>83</sup> Neste mesmo tom crítico, MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, en: DOLCINI/PALIERO, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, (Studi in onore di Giorgio Marinucci), 2006, pp. 215-216.

Em nosso prisma, a resposta estatal ao fenômeno do infanticídio indígena não merece apenas ser vislumbrado meramente sob uma ótica punitiva, senão dentro de uma *saída subsidiária*, levando em consideração os seguintes fatores, a saber: *a) política criminal, b) subsidiariedade e c) ponderação de bens*.

#### ***a) Política criminal e razoabilidade principiológica***

A adoção de uma política criminal razoável, ao contrário do que tem entendido o legislador, não pode ser concebida simplesmente dentro de um *prima asséptico e neutral*. A lei penal, se se pretende ser eficaz, necessita adequar-se a uma série de fatores, dentre os quais a observância a alguns princípios reitores que, se inobservados na prática, irão transformá-la em mero simbolismo penal. Principalmente quando se trata de aplicá-la com vistas à proteção dos direitos humanos.

Até porque, não se olvide, o sistema punitivo estatal, por si só e por sua própria estrutura organizacional — principalmente em países em desenvolvimento como o Brasil —, queda-se absolutamente inadequado para desenvolver as funções socialmente úteis, declaradas em seu discurso oficial. Por isso, em nossa ótica, exigir-se uma conformação principiológica. Assim — seguindo o mesmo caminho trilhado por Silva Dias<sup>84</sup>, Baratta<sup>85</sup> e Zipf<sup>86</sup> —, a saída subsidiária ao problema do *infanticídio cultural* deve, além dos outros meios a serem por nós apresentados a seguir, levar em consideração os seguintes princípios: *i) Da Resposta Não-Contingente, ii) Da Proporcionalidade Abstrata, iii) Da Idoneidade, iv) Da Subsidiariedade/Proporcionalidade concreta e v) Do Respeito às Autonomias*

---

<sup>84</sup> Na lição do Penalista de Lisboa, o binômio direito/cultura deve ser vislumbrado dentro um TOPOS. Referido TOPOS — se pretende-se adotar a prática de um direito razoável que atenda às demandas contemporâneas —, obrigatoriamente, deve assumir uma função zetética. Noutros termos, o direito da modernidade — nomeadamente o direito penal de que se cuida — deve estar plasmado dentro de uma moldura fático-objetiva, comportando um *dúplice sentido*: de um lado, deve ser visto como um fato social; doutro, como uma resposta jurídico-positiva que, dissociada de uma visão asséptica e neutral da norma pura, procura guiar-se pelo contributo das ciências. Nesse sentido, vide DIAS, O multiculturalismo como ponto de encontro entre direito, filosofia e ciências, en: *Intervenções Efectuadas no I Encontro do Grupo JFDias*, realizado na Faculdade de Direito da UNL, em 26 de Outubro de 2012, pp. 02 e ss.

<sup>85</sup> BARATTA, *Criminología y sistema penal: derechos humanos*, en: *Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, 2004, pp. 304 e ss.

<sup>86</sup> ZIPF, *Introducción a la política criminal*, 1979, pp. 81-85.

*Culturais.*

**1) Princípio da resposta não-contingente.** A manifestação penal do Estado para debelar este problema deve dar-se, levando-se em consideração este princípio, por um ato razoável de *resposta parlamentar*. Quando nos referimos à razoabilidade, esta deve ser compreendida como um acompanhamento do problema, a partir não somente de uma análise discursiva verticalmente imposta, mas sim, por uma análise profunda do problema, envolvendo uma ampla discussão pública a respeito do assunto, colhendo o que de mais importante existe, tanto no pensamento social, quanto cientificamente falando.

Convém pontuarmos que, se se quer enfrentar os problemas e dirimi-los, impõe-se que sejam enfrentados a partir de um rigoroso processo de *decantação*<sup>87</sup>. Noutros termos, é preciso haver uma filtragem daquilo que se quer combater, verificando na prática se, aplicada determinada lei, esta vai quedar-se suficiente ou, como aliás sói acontecer, se não passará de mera legislação de afogadilho, sem efeito protetivo algum.

**2) Proporcionalidade abstracta/idoneidade.** Por eles, somente as graves violações aos direitos humanos devem ser passíveis de intervenção penal. Mas não só. Não somente as penas devem ser proporcionais ao dano, como, também — quando forem aplicadas com vistas à violação grave a esses direitos humanos —, quando suas condições de introdução sejam embasadas num rigoroso *controle empírico*, embasado na análise de efeitos produzidos de outros ordenamentos jurídicos e em métodos de *prognose sociológica*. Porquanto, descurando destes fatores, e se estes não demonstrarem resultados satisfatórios, o que se terá, será uma mera frustração<sup>88</sup> ulterior, que poderia ser

---

<sup>87</sup> BARATTA, Criminología y sistema penal (...), 2004, p. 308.

<sup>88</sup>“La violación grave de los derechos humanos y el principio de proporcionalidad representan sólo una condición necesaria, pero no suficiente, para la introducción de la pena. El principio de idoneidad y los demás principios de limitación funcional señalan otras condiciones, positivas o negativas, que reducen ulteriormente el espacio reservado a la ley penal. Este principio obliga al legislador a realizar un atento estudio de los efectos socialmente útiles que cabe esperar de la pena: sólo subsisten las condiciones para su introducción si, a la luz de un riguroso control empírico basado en el análisis de los efectos de normas similares en otros ordenamientos, de normas análogas del mismo ordenamiento y en métodos atendibles de prognosis sociológica, aparece probado o altamente probable algún efecto útil, en relación a las situaciones en que se presupone una grave amenaza a los

evitada.

**b) Princípios da subsidiariedade/proporcionalidade concreta.** Estes princípios impõem ao legislador uma ingente obrigação. Por eles, uma sanção penal somente pode ser passível de cominação se, em caso de ameaça a direitos humanos, pode haver prova cabal da *não-existência* de um modelo *não-penal* de resolução conflitual. Não basta, por conseguinte, haver provada a idoneidade da resposta penal. Pelo contrário: requer-se, de igual modo, que esta, além de ser idônea, não seja substituível por outros meios interventivos de custos sociais mais gravosos.

Isto se impõe, com efeito, pelo simples fato de a pena constituir-se como uma grave geratriz de elevados custos sociais. Por isso, não pode simplesmente ser valorada por um cálculo econômico de custos e benefícios. Pelo contrário. Do ponto de vista indesejável da pena, resta comprovado, empiricamente falando em relação às pessoas sobre as quais ela recai, constituir-se como um fator extremamente negativo. A violência da pena, com efeito, pode não somente ter o condão de agravar determinados conflitos em áreas específicas de atuação, senão, também, de reproduzir uma intervenção negativa sobre quem já é vítima do sistema estatal — inclua-se aqui a civilização indígena e seus respectivos costumes.

**1) Princípio do respeito às autonomias culturais.** Neste sentido, o estudo acerca da relação entre o crime e os conflitos culturais deve ser, em contraposição ao discurso sancionador contumaz, abordado dentro de um paradigma crítico ou, como pontua Baratta<sup>89</sup> — ao resgatar o pensamento de Habermas —, a partir de uma reflexão realista crítico-operativa<sup>90</sup> do sistema

---

derechos humanos.” (BARATTA, *Criminología y sistema penal (...)*, 2004, pp. 309-310).

<sup>89</sup> BARATTA, loc. cit., p. 315.

<sup>90</sup> “Al contrario, la ideología penal está aún en deuda con el mito durkheimiano de una conciencia social que integra a todos los miembros de una sociedad y, en particular, en el momento de la violación de las normas. No se tiene en consideración el hecho de que la percepción y la definición de ciertos comportamientos como delictivos o socialmente negativos dentro de una determinada cultura dominante encuentran a veces como correlato representaciones sumamente variadas en diferentes grupos sociales y subculturas [ ...] Este tema, analizado desde sus raíces, impone interrogantes de fondo sobre el sistema de control social que exceden los límites de una política de la mínima intervención penal a corto y mediano plazo. Pero aun en una perspectiva que se limite a los aspectos operacionales del problema, en el marco de una política de esta naturaleza, es necesario señalar como exigencia fundamental de un derecho penal orientado hacia el respeto por los derechos humanos, tomar

penal, levando em consideração o processo geral de “*colonização de modo de vida*”<sup>91</sup>, sofrido por “*grupos sociais diferentes*”<sup>92</sup>, por parte do sistema que os tenta reger.

Dito paradigma crítico, a propósito, deve entender não mais haver espaço para uma *culturalização unívoca*, mas de respeito a uma compreensão cultural mergulhada numa diferente percepção de realidade, na qual normas e valores sociais possuem prismas próprios, sem a nefasta interferência da hegemonia cultural dos grupos dominantes.

***c) Proporcionalidade versus ponderação: a necessidade de uma resposta razoável a partir da fragmentariedade***

Diante disso, é de se indagar: entrando em colisão interesses sociais e individuais, qual desses deve prevalecer? Em sede de política criminal preventiva, tendo em vista a salvaguarda de um bem jurídico, pode o Estado lançar mão de meios excepcionais, a figurar como intromissores na cultura de um povo? Tem-se, daí, uma grave tensão dialética da qual os operadores do direito — nomeadamente o legislador — não podem se esquivar. A esta indagação, o único meio viável de resolução não deve ser encontrado senão no princípio da proporcionalidade, por meio do fenômeno da *ponderação*<sup>93</sup>.

Tratando-se do fenômeno principiológico como uma ordem valorativa, hierarquicamente falando, não há como se estabelecer um critério plausível acerca do que pode ou não ser mais ou menos importante — até porque isto se chegaria ao corolário de que existem princípios inferiores, o que acabaria por colocá-los no mesmo patamar das regras (normas), ensejando a grave consequência de se justificar uma intervenção no princípio que porventura figurasse de *menor relevância*. Pelo contrário. O que existe, com efeito, são princípios diferentes, e não superiores. Ademais, como pontifica a doutrina, os

---

en consideración la percepción específica de la realidad y de los valores de las minorías étnicas y de los grupos que representan culturas diferenciadas dentro de una determinada sociedad.” (BARATTA, loc. cit., p. 315).

<sup>91</sup> BARATTA, loc. cit., p. 315.

<sup>92</sup> BARATTA, loc. cit.

<sup>93</sup> Para um estudo mais acurado acerca do tema, cf. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales (el derecho y la justicia), 2008, pp. 152 e ss.; GOUVEIA, Manual de direito constitucional, 2005, p. 694.; NOVAIS, Os Princípios constitucionais estruturantes, 2004, pp. 53 e ss.; MIRANDA, Manual de direito constitucional, 2003, pp. 252 e ss.; CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, 2000, pp. 1124 e ss.

princípios, ao contrário da norma jurídica, logram *natureza normogénica*. Vale dizer: por serem o substrato fundante da norma, constituem a *ratio essendi* do catálogo normativo estatal, ocupando, por via de consequência, uma posição de preeminência diante deste. Por isso, para que se construa uma ordem de justiça válida, socialmente falando, ingente é que exista uma *ponderação tópica*<sup>94</sup> entre os vários princípios existentes para, a partir dela, tomando-se por base o caso concreto que se apresenta, possa-se ter um resultado mais justo e razoável.

Se assim é, então, o caso do *infanticídio cultural* deve seguir este mesmo curso. Face à colisão entre o *direito fundamental da criança inocente* e o *respeito à identidade cultural de um povo*, poderá o Estado, por meio do direito penal e em nome da proteção à vida, punir o agente do infanticídio cultural? A resposta, *a nosso ver*, deve ser dada *fora do âmbito do direito penal*. E dentro de uma saída razoável que atenda e preserve a ambos (*Vida/Cultura*). Mas, isto é possível? *Quomodo?* De nossa parte, a saída somente pode ser encontrada dentro de uma *ponderação tópica*, pelo *princípio da proporcionalidade*.

Quando se remete à proporcionalidade, contudo, esta não se compreende como independente em si mesma. Pelo contrário. Como princípio jurídico, a proporcionalidade comporta em seu seio *dois sub-princípios integrantes de sua própria formação*, sem os quais torna-se inviável a sua própria existência: *idoneidade* (adequação) e *necessidade* (indispensabilidade)<sup>95</sup>. Por isso, importa

---

<sup>94</sup> Conforme pontua ALEXY (in verbis): “[...] las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando los principios entran en colisión [...] uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro [...] las numerosas 'ponderaciones' de bienes llevados a cabo por el Tribunal Constitucional Federal son un ejemplo de cómo se solucionan las colisiones de principios [...] la solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las 'circunstancias' del caso, se establece entre los principios una 'relación de precedencia condicionada'...” (ALEXY, Teoría de los derechos (...), 2008, pp. 67/73).

<sup>95</sup> ALEXY, loc. cit., p. 152. De um modo ainda mais percuciente, e ainda expressando seu pensamento diante da concepção de HABERMAS, ALEXY se manifesta no sentido de que (in verbis): “El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven. Si un medio M que fue establecido para promover la realización de un principio Pa, no fuera idóneo para esto [...] sí perjudicara la realización de Pb; entonces de omitirse M no se originarían costos para Pa ni para Pb, aunque sí los habría para Pb de emplearse M. Pueden Pa y Pb ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse M; tomados conjuntamente, Pa



saber se a medida a ser tomada pelo Estado, no combate ao problema, encontra-se apta ou idônea a realizar o fim efetivamente perseguido. E ainda: se pelo subprincípio da *necessidade* (indispensabilidade), o meio de que lança mão o Estado para debelar o problema (infanticídio de inocentes/intromissão cultural), afigura-se como o menos restritivo dos direitos fundamentais. Se, ao final da ponderação do caso concreto, chegar-se à conclusão de que *isto não se verificou*, então dúvidas não existirão quanto à afronta a este princípio.

Sem ainda se descurar do *subprincípio da necessidade* (indispensabilidade), convém esclarecer que este passa a ser permeado por aquilo que, no campo do direito material, se denomina de subsidiariedade. Noutros termos, haverá observância ao *subprincípio da necessidade* quando, no combate ao *fenômeno do crime — in casu, o infanticídio cultural —*, o Estado tenha utilizado o meio mais gravoso na *ausência* de um menos rigoroso. Se ao Estado havia formas de combate ao crime menos gravosas, mas ao revés de utilizar essas, lançou-se mão do meio mais gravoso (incriminação/punição da ação infanticida) aos direitos fundamentais do agente — direito de viver a sua própria cultura —, então, a proporcionalidade, inquestionavelmente, foi ferida de forma flagrante.

### **1) A ponderação tópica e o binômio vida/intromissão cultural fragmentária: (des) respeito à identidade cultural?**

Ora, tendo em vista a punição estatal (pela conseqüente inflição de uma pena) agravar ainda mais o problema contra o qual se luta (infanticídio de um ser inocente — pelo fato de ter que remeter o agente (índio) a um ambiente totalmente diverso de sua realidade (cárcere) —, é mister do Estado Brasileiro resolver este grave problema da forma menos gravosa. E isto será possível, a nosso ver, a partir de uma solução que proteja a ambos (vítima/autor),

---

y Pb prohíben el uso de M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra. Lo mismo vale para el principio de necesidad. Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven Pa de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en Pb. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio Pc afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en Pb.” (ALEXY, Derechos fundamentales, ponderación y (...), 2009, p. 06).

concomitantemente.

Por este meio *que propomos*, não somente a vida da criança inocente será poupada, como também os influxos negativos da norma penal (e do cárcere) deixarão de recair sobre a figura do agente (membros tribais envolvidos no infanticídio).

Que meio será esse, então? Em nossa ótica, a resposta a este grave problema está na adoção de uma intervenção estatal na esfera do direito civil, por meio do instituto da adoção da criança em risco. Por esta via, o Estado brasileiro interferiria diretamente no problema, retirando aquela criança do Estado de perigo em que se encontra, remetendo-a a um programa de *proteção/adoção*, dentro do mesmo território. Ao assim proceder de forma antecipada, por meio de um órgão oficial, incumbido de fiscalizar fatos desta natureza, evitar-se-á, indubitavelmente, a eliminação de uma vida inocente.

No entanto, alguém poderia indagar: dita intervenção estatal — mesmo pelo recurso fragmentário do direito civil — não representaria também uma intromissão nos direitos culturais de um povo? A esta indagação, responderíamos: antes uma intervenção que preserve a vida da criança inocente — que também conserva a liberdade de um possível agente de crime — que a constatação tardia do *infanticídio* (homicídio) de um ser inocente, cujo consectário redunde também na interdição do direito de liberdade do homem (cárcere), sem a resolução prática do problema.

## **2) Infanticídio concretizado pelo absentismo interventivo político-criminal e *relação dialógica*: possibilidade de uma *desculpa*?**

Nos tópicos precedentes, apresentamos uma saída plausível à problemática do infanticídio cultural. Pelo que propomos, não somente a vida do inocente ameaçado pode ser preservada, como, também, deixa-se de aplicar o peso fragoroso da pena ao agente do crime, em total respeito ao direito penal de *ultima ratio*.

Sem embargo, alguém poderia indagar acerca *do que se fazer* nos casos em que o Estado Brasileiro — dada a falta de vontade política de implemento de uma política criminal por nós sugerida — não interviesse e o infanticídio de

crianças inocentes persistisse. Em caso de uma efetiva prática do injusto (infanticídio de crianças) *caberia ao agente do crime o benefício da desculpa?* O direito penal, se deixado de efetivar-se nestes casos, não tornaria insegura a convivência social e não constituiria ensejo a que outras culturas — nomeadamente a indígena — agissem ao seu bel-prazer, ferindo com isso a ordem social? Em nosso entendimento, a resposta deve ser dada por uma *indagação-reflexão*: não teria o Estado o dever de proteger a vida por meio de uma *ação dialógica*?

Em nosso entendimento, responder a uma prática culturalmente arraigada por meio de *uma pena* (direito penal), não somente não resolveria o problema — posto a reprimenda penal não exercer o condão de demover o índio de suas crenças, motivando-o nesse sentido —, como, também, incutiria no agente, indiretamente, o entendimento de que o seu pensar cultural constituísse algo inferior à cultura dominante. Isto seria extremamente anômalo, posto não existir culturas inferiores ou superiores. O que existem são culturas diferentes, simplesmente. Daí a necessidade de — em paralelo à política criminal nos moldes em que propomos — o Estado Brasileiro, por meio de seus órgãos responsáveis, agir dentro dessas comunidades *por meio do diálogo*. Dentro de uma reflexão dialógica, incutir-se-ia paulatinamente o conceito de que a vida humana constitui um fator de extrema relevância e que, por isso, deve ser preservado.

*Se política criminal antecipatória e diálogo* podem caminhar de mãos dadas, e o peso fragoroso de uma pena não vai demover o indígena de suas convicções — mas somente prejudicar ainda mais pelos efeitos maléficos da execução penal —, então, a nosso ver, e até se dirimir por completo esta problemática, *desculpa* e *diálogo* podem (e devem) caminhar *pari passu*. É como defendemos.

#### **IV. Conclusões**

Ao concluirmos a presente pesquisa — conquanto não se possa assegurar ter havido um esgotamento temático, dada a multifacetada problemática a envolver o fenômeno cultural —, é chegada a hora de um posicionamento.

Como víamos, se o direito penal da modernidade passa por uma grave crise, o conceito de punitividade que a ele pertence não poderia ser diverso. Se seu papel deve repousar na salvaguarda da proteção tão-só dos bens jurídicos sociais, essenciais à preservação da sociedade, hoje, mais do que nunca, dita missão encontra-se sobrecarregada por um fardo insuportável, encarnada na enganosa missão de um direito penal solucionador de todos os problemas sociais.

Se assim é, então, não se pode negar que o fenômeno multicultural e o respeito ao direito identitário estejam afetados por essa falácia. Sob o subterfúgio de se preservar a paz social, o fenômeno multicultural — nomeadamente quando dele faz parte uma minoria — continua, ainda, a ser fruto de um pensamento, cujos conceitos de *verdade* e *ética* ainda se pautam por balizas estritamente unilaterais.

Não se apercebe o Estado — ou se apercebe, mas reluta em (*re*) produzir um modelo dominante, como se fosse o único produtor legítimo de juridicidade, mesmo quando isso afete direitos e garantias fundamentais — que o fenômeno multicultural, ao contrário do que deveria, deve ser encarado a partir de uma ótica valorativa na qual *uma realidade* também pode ser entendida a partir de *várias realidades, dentro de cada mundo*.

Ora, fora a partir de um conceito de mundo de vida próprio que procuramos, mesmo à revelia daqueles que não aceitam, buscar entender o significado de *humanidade* para os povos indígenas, procurando entender como se desenvolve esse processo de humanização e em *função* de *que* e de *quem* ele se dá. E dele ficou comprovado que a problemática do infanticídio cultural somente pode ser compreendida dentro de uma *dinâmica relacional entre ego e alter*, totalmente inversa daquela defendida pelo direito posto.

Como pudemos inferir, não se pode conceber o fenômeno jurídico sem a interferência do antropológico. Se o direito está para o homem, este não pode ser pensado a partir de um fenômeno neutral<sup>96</sup> e asséptico<sup>97</sup>, senão dentro de

---

<sup>96</sup> CATANIA, *Fondamento del diritto e prospettiva normativistica*, en: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. N° 04, 1997, pp. 599-600.; LATORRE, *Introdução ao direito*, 2002, pp. 159-160.; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 1983, pp. 333-334.; PECES-BARBA MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ/DE ASÍS, *Curso de teoría del derecho*, 2000, pp. 310-

uma realidade antropológica. Ora, se o direito também é uma *antropologia valorativa* — embora alguns discordem —, é óbvio que deva o fenômeno multicultural não poder ser compreendido como uma relação de *superioridade/inferioridade*. Isto, com efeito, equivaleria em cair erroneamente no fosso da discriminação cultural. Uma visão etnocêntrica, definidora de valores intelectuais e psíquicos, como sendo o *eixo* e a *razão única* sobre os quais o *outro deve pautar-se*, não pode mais encontrar guarida no mundo atual. Sobremaneira quando se trata da esfera de liberdade, invadida por um direito de penas.

Desta sorte, se na cultura indígena brasileira, o *binômio humanidade/não-humanidade* se afigura diversa do direito oficial, então, antes que o Estado exerça o controle punitivo que se pretende, impõe-se, desde logo, que se compreenda o porquê daquela forma de convicção.

Se o fator *gemeilidade* gera consequências nefastas para crianças indefesas, cujo consectário poderá ser a perda de suas vidas, a obrigação primordial por parte do Estado não poderá ser, *tout court*, a imposição de uma pena condenatória, como se esta, por si só, pudesse penetrar no pensamento aborígene e mudar a sua concepção de respeito à vida do inocente que se quer ceifar. Pelo contrário. Se a punição pelo infanticídio, dentro de algumas culturas aborígenes, passa a ser interpretada (valor) como *um benefício de libertação da própria criança* perante seu povo, e até em benefício dos valores da comunidade — sem haver nesta prática intenção (dolo) de maldade e aplicação de sofrimento ! —, então, antes de criminalizar dito fenômeno cultural, impõe-se que o Estado adote, antecipadamente, um meio razoável para que tal problemática seja solucionada. Ao proceder neste sentido, certamente, não somente a vida da suposta vítima poderá ser preservada, senão, também, haverá de se evitar que o peso fragoroso e ineficaz da pena — pelas consequências nefastas do cárcere — recaia sobre a pessoa do agente.

---

312.; ANSUÁTEGUI ROIG, Textos básicos de teoría del derecho, 1998, pp. 17-18.

<sup>97</sup> CANARIS, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 1989, pp. XV-XXII.; ROBLES MORCHON, Introducción a la teoría del derecho, 1988, pp. 89-92.; CARNIO/GONZAGA, Curso de sociologia jurídica, 2011, pp. 207-213.; LARENZ, Metodologia da ciência do direito, 2005, pp. 92-109.; LÓPEZ CALERA, Filosofía del derecho (II)., 1998, pp. 19 e ss.

Todavia, alguém poderá indagar se ambos os elementos podem ser, na prática, concretizados. Ou, ainda, se isto não constituiria uma mera ilusão. De nossa parte, embora não seja um processo tão simples, isto dependerá do aparelhamento e operacionalização das estruturas estatais, supostos numa política criminal de um Estado. Se, pois, uma política criminal deve ser consolidada por princípios de *subsidiariedade concreta* e de *respeito às autonomias culturais*, mormente a partir de uma *ponderação fragmentária*, necessário é que seja dada uma resposta fora do campo da punitividade.

Se, de um lado, a intromissão estatal por meio do *direito civil (adoção das possíveis vítimas)*, não deixa de ser uma interferência na cultura, por outro lado, *por meio de uma ponderação*, por nós outrora defendida, dita intromissão causaria dois grandes benefícios: a defesa da vida e a preservação da liberdade. Porquanto, se por um lado, teríamos a preservação da vida humana de um ser inocente; por outro — e em total respeito e observância a um direito penal de *ultima ratio* —, não somente não se criminalizaria um fato cultural, como, também, evitar-se-ia aplicar uma pena, em total respeito à liberdade humana.

Em caso de o Estado não conseguir intervir a contento antes que referida política criminal não se implemente, deixamos de relevo que o fator *diálogo intercultural* deve ser envidado o mais rápido possível.

Em nosso entendimento, responder a uma prática culturalmente arraigada por meio de uma pena (direito penal), não somente não resolveria o problema — já que a pena estatal não exerce o condão de demover o índio de suas crenças —, como, também, inculcaria no agente, indiretamente, o entendimento de que o seu pensar cultural constituísse algo inferior perante a cultura hegemônica; o que seria muita pretensão de sua parte. Daí a necessidade de — em paralelo à política criminal nos moldes em que propomos — o Estado Brasileiro ter de agir dentro dessas comunidades por meio do diálogo.

Aliás, pontue-se, é por meio de uma reflexão dialógica e de uma política criminal de via antecipatória que tanto o conceito de vida humana quanto a liberdade individual seriam respeitados. Se política criminal antecipatória e diálogo podem caminhar adstritos, e o peso fragoroso do direito penal não vai demover o indígena de suas convicções — dados os prejuízos maléficos da

pena a agravar muito mais a sua situação —, então, desculpa e diálogo podem caminhar de mãos dadas. É como defendemos.

### **Bibliografia**

ADINOLFI, V. T., *Enfrentando o infanticídio: bioética, direitos humanos e qualidade de vida das crianças indígenas*, Lavras, UFL, 2008.

ALEXANDRINO, J. M., *Direitos fundamentais: introdução geral*, Cascais, Principia, 2010.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales (el derecho y la justicia)*, Traducción Carlo Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALEXY, R., *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 11, México (D.F.), IIDPC, 2009.

ALONSO ÁLAMO, M., *Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural (lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal)*, Revista General de Derecho Penal, 18, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2012.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Textos básicos de teoría del derecho*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, 1998.

BAILÓN CORRES, M. J., *Derechos humanos y estado de derecho: la igualdad, la libertad y los derechos indígenas en las primeras constituciones mexicanas. ¿Algunas omisiones?*, en: Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, 15, año 05, México (D.F.), CNDH, 2010.

BAPTISTA MACHADO, J., *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983.

BARATTA, A., *Criminología y sistema penal: derechos humanos*, en: Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal, Buenos Aires, B de F, 2004.

BASILE, F., *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati': il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, CUEM, 2008.

BELTRÃO/OLIVEIRA, *Povos indígenas e cidadania: inscrições constitucionais como marcadores sociais da diferença na América Latina*, en: ANTROPOS (Revista de Antropologia), 53, nº 2 /Jul-Dez, São Paulo, USP, 2010.

BERNARDI, A., *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006.

BOAS, F., *Antropologia cultural*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2004.

BORJA JIMÉNEZ, E., *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica*, en: BERRAONDO LÓPEZ, (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.

BROTTO, A. R., *Pluralismo jurídico indígena: a emergência de um novo paradigma para além do direito positivo*, en: Revista da Universidade Municipal de São Caetano do Sul, Ano X, n. 16, jan./jun., São Caetano do Sul, USCS, 2009.

BRASIL, *Lei Nº 6.001/73 (Estatuto do Índio)*, Brasília, Senado Federal, 2013.

BRASIL, *Código Penal*, Brasília, Senado Federal, 2010.

BUCHHEIN, H., *Política y poder*, Barcelona/Caracas, Editorial Alfa, 1985.

CAMACHO, W. A. B., *“Infanticídio” indígena: um dilema entre a travessia e o permanecer à margem de si mesmo*, São Leopoldo, UNISINOS, 2011.

CANARIS, C.W., *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

- CNOTILHO, J. J. G., Direito constitucional e teoria da constituição, Coimbra, Almedina, 2000.
- CARBONNIER, J., Sociologia jurídica, Trad. Diogo Leite de Campos, Coimbra, Almedina, 1979.
- CARNEIRO DA CUNHA, M., Os direitos do índio: ensaios e documentos, São Paulo, Brasiliense, 1987.
- CARNIO, H. G./GONZAGA, Á. A., Curso de sociologia jurídica, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- CARTA DE PÊRO VAZ DE CAMINHA, 1 de maio de 1500. (Nº f. f.1), Portugal, Torre do Tombo, Gavetas, Gav. 15, mç. 8, n.º 2.
- CATANIA, A., Fondamento del diritto e prospettiva normativistica, en: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Nº 04, ottobre-dicembre (LXXIV), Milano, Giuffrè Editores, 1997.
- CLAVERO, B., Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas, en: BERRAONDO LÓPEZ, M. (Coord.), Pueblos indígenas y derechos humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- CORRÊA, S. Direitos humanos e o diálogo intercultural: análise do infanticídio por motivos culturais em tribos indígenas no Brasil, Tubarão, UNISUL, 2010.
- CUELLO CONTRERAS, J., El derecho penal español, parte general, nociones introductorias. Teoría del delito, Tercera edición, Madrid, Dykinson, 2002.
- DEL OLMO, R., A América Latina e sua criminologia, Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn, Rio de Janeiro, Revan, 2004.
- DIAS, A. S., O Multiculturalismo como ponto de encontro entre direito, filosofia e ciências, en: Intervenções Efectuadas no I Encontro do Grupo JFDias, realizado na Faculdade de Direito da UNL, em 26 de Outubro de 2012.
- DIAS, A. S., Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau, en: Versão Alargada da Conferência Proferida no Instituto Max-Planck de Freiburg (em Abril), 1996.
- FANTON, D., Aproximações entre direito e antropologia: uma reflexão a partir do Projeto de Lei nº 1.057/2007, Porto Alegre, PUC/RS, 2009.
- FIGUEREDO, V. S., Pluralismo jurídico – um estudo de caso sobre a universalidade parcial dos direitos humanos na questão indígena e o multiculturalismo, Santo Angelo (RS), RDC, 2009.
- FREYRE, G., Casa grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal, São Paulo, Global, 2003.
- FUNAI, Os índios: a chegada do europeu, Brasília, FUNAI, 2010.
- FUNASA, Relatório/Superintendência Estadual, Mato Grosso (Brasil), FUNASA, 2010.
- GALEANO, E., Las venas abiertas de América Latina, México, Siglo Veintiuno Editores, 2004.
- GILISSEN, J., Introdução histórica ao direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- GOUVEIA, J. B., Manual de direito constitucional, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- GROFF/PAGEL, Multiculturalismo: direitos das minorias na era da globalização, en: Revista da Universidade Municipal de São Caetano do Sul, ano X, n. 16, São Caetano do Sul, USCS, 2009.
- GUARAGNI, F. A., A “herança maldita” do tratamento jurídico-penal dos silvícolas não-adaptados, Paraná, FESMP, 2009.
- HOLANDA, M. A. F., Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena, Brasília, UNB, 2008. (Dissertação de Mestrado não Publicada)
- LARENZ, K., Metodologia da ciência do direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.



- LATORRE, A., *Introdução ao direito*, Coimbra, Almedina, 2002.
- LERNER, N., *Protección internacional de la diversidad cultural*, en: *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos (Multiculturalismo y derechos humanos)*, Nº 48, Navarra, Universidad de Navarra, 2003.
- LÉVI-STRAUSS, C., *Raça e história*, Lisboa, Editorial Presença, 1998.
- LIDORIO, R., *Uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil*, Viçosa (MG), Ultimato, 2007.
- LÓPEZ BÁRCENAS, F., *Autonomías indígenas en américa: de la demanda de reconocimiento a su construcción*, en: Berraondo López, M. (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- LÓPEZ CALERA, N. M., *Filosofía del derecho (II)*, Granada, Editorial Comares, 1998.
- LYRA, R., *Direito penal científico (criminologia)*, Rio de Janeiro, José Konfino, 1977.
- MADEIRA DA COSTA, Y. M. R., *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*, Rio de Janeiro, Revan, 2005.
- MAGLIE, C., *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, en: Dolcini/Paliero (Orgs.), *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale (studi in onore di Giorgio Marinucci)*, Milano, Giuffrè, 2006.
- MARTÍNEZ DE BRINGAS, A., *Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales: inserciones en los bosques de la biodiversidad*, en: Berraondo López, M. (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- MATSUURA, A. J., *Uma análise do infanticídio indígena e a possibilidade de aplicação do direito penal brasileiro*, Brasília, UNICEUB, 2011.
- MEJÍA, J. L., *Estado-cultura: viejas relaciones, nuevos retos*, en: Martín Barbero/López De La Roche/Jaramillo (Orgs.), *Cultura y globalización*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia (CESFCH), 1999.
- MIRANDA, J., *Manual de direito constitucional, Tomo II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- NOVAIS, J. R., *Os princípios constitucionais estruturantes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- ORTIZ, R., *Diversidad cultural y cosmopolitismo*, en: Martín Barbero/López De La Roche/Jaramillo (Orgs.), *Cultura y globalización*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia (CESFCH), 1999.
- PACHECO DE OLIVEIRA/FREIRE, *A presença indígena na formação do Brasil*, Brasília, LACED/Museu Nacional, 2006.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ/DE ASÍS, *Curso de teoría del derecho*, Segunda edición, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2000.
- PORTELA, S., *Brasil: infanticídio e relativismo multicultural*, en: *Antropos*, Volume 4, Ano 3, São Paulo, USP, 2010.
- PORTILLA CONTRERAS, G., *La influencia de las ciencias sociales en el derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales*, en: Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- PORTILLA CONTRERAS, G., *Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del*

- derecho penal, en: *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Barcelona, Universidad Internacional de Andalucía/AKAL, 2005.
- PROJETO DE LEI 1.057 DE 2007, Brasília, Câmara dos Deputados, 2007.
- PROJETO HAKANI, Brasília, 2010.
- REALE, M., *Horizontes do direito e da história*, São Paulo, Saraiva, 1956.
- RIBEIRO, D., *O povo brasileiro, a formação e o sentido do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
- ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1988.
- SANTOS-GRANERO, F., *Hakani e a campanha contra o infanticídio indígena: percepções contrastantes de humanidade e pessoa na Amazônia Brasileira*, Rio de Janeiro, Mana, 2011.
- SANTOS, M. L., *Identidade cultural e conhecimentos tradicionais indígenas: do global ao local*, Revista da Universidade Municipal de São Caetano do Sul, Ano X, n. 16, São Caetano do Sul, USCS, 2009.
- SALGADO, K., *História, direito e razão*, Belo Horizonte, UFMG, 2010.
- SOUZA FILHO, C. F. M., *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, Juruá, 1999.
- STAVENHAGEN, R., *Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos*, en: Berraondo López, M. (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- SILVA, S. S., *Universalismo versus relativismo dos direitos humanos: uma análise da prática do infanticídio por motivos culturais em comunidades indígenas brasileiras*, Borja, Unipampa, 2010.
- VIOLA, F., *Diritti umani: Universalismo, globalizzazione e multiculturalismo*, Palermo, Cevsop, 2005.
- WIESER/AMARAL, *Infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil*, Araçatuba, Unioledo, 2010.
- YRIGOYEN FAJARDO, R., *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, en: BERRAONDO LÓPEZ, M., *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 1979.
- ZÚÑIGA GARCÍA-FALCES, N., *Emergencia y Pobreza Indígena*, en: BERRAONDO LÓPEZ, M. (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.