



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR  
“PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”

JEFERSON CAMPOS

**OS DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DO RELATIVISMO  
CULTURAL: O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL  
CONFERIDO AOS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

SÃO JOÃO DEL-REI  
2015

JEFERSON CAMPOS

**OS DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DO RELATIVISMO  
CULTURAL: O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL  
CONFERIDO AOS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves” - IPTAN sob a orientação do professor Msc. Cristiano Lima da Silva.

SÃO JOÃO DEL-REI  
2015

**JEFERSON CAMPOS**

**OS DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DO RELATIVISMO  
CULTURAL: O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL  
CONFERIDO AOS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito  
do Instituto de Ensino Superior “Presidente  
Tancredo de Almeida Neves” - IPTAN para  
obtenção do título de Graduado em Direito.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof. Msc. Cristiano Lima da Silva (Orientador)

---

Prof. Msc. Gian Miller Brandão

---

Prof. Esp. Ricardo Arruda Pecorelli

Dedico este trabalho a minha família que sempre me fizera acreditar na realização dos meus sonhos e trabalhou muito para que eu pudesse realizá-los.

## AGRADECIMENTOS

Aos meus amigos, familiares, colegas e professores que foram decisivos nos momentos mais importantes da minha vida pessoal e profissional. Sem o apoio e carinho de pessoas como vocês, as dificuldades e obstáculos seriam muito maiores.

E, principalmente, a Deus por ter me dado a força de vontade e oportunidade para vencer mais uma etapa da minha existência.

A todos meu muito obrigado!

Existem mais de quinze tribos indígenas brasileiras que mantêm uma prática cultural de ceifar a vida de suas crianças por nascerem com defeito físico ou cultural. O que na sociedade atual se revela como uma violência à criança e aos princípios fundamentais do homem. (...). Uma verdadeira colisão real entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade cultural e de crença. Em algumas tribos como os suruwahás e os kamaiurás, a criança é enterrada viva, numa cova rasa, pois, para eles, só assim o espírito funesto não rondará a tribo (SIMÕES, 2015, p. 01).

## RESUMO

A presente pesquisa, de cunho bibliográfico, tem como objetivo analisar a aplicabilidade da lei penal brasileira aos integrantes das nações indígenas, suscitando discussão acerca da universalidade dos direitos ante o multiculturalismo. Busca ainda, traçar um paralelo entre as teorias do Relativismo em contraposição ao Universalismo. Também, faz-se importante destacar a análise acerca das peculiaridades do ordenamento jurídico nacional, em especial a lei, no que tange aos povos indígenas com seus direitos e deveres. Dentre as considerações que se chega com a realização da presente pesquisa está a constatação de que mesmo existindo diferenças em nossa sociedade, ninguém deve ser taxado de inferior ou superior aos olhos da justiça, da liberdade e das leis que regem nossa nação. Tais preceitos são indispensáveis para nossa vida enquanto sociedade, mas nada são se cada um de nós não os respeitar, tampouco, lutarmos para que as injustiças praticadas não sejam combatidas e seus praticantes devidamente punidos de acordo com os estatutos adequados.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Indígenas. Multiculturalismo. Ordenamento jurídico.

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

BRICS	Conjunto econômico de países considerados "emergentes", formado atualmente pelo Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.
CF	Constituição Federal
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
FUNASA	Fundação Nacional de Saúde
G-7	Grupo dos sete países mais desenvolvidos do globo
IBAS	Fórum de Diálogo Índia, Brasil, África do Sul
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TEORIAS DO RELATIVISMO E DO UNIVERSALISMO .....	11
1.1 Conceituando as teorias .....	11
1.2 Paralelos entre as teorias do Relativismo e do Universalismo .....	16
1.3 Os direitos humanos na perspectiva da teoria Relativista .....	18
2. SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO DO BRASIL .....	20
2.1 Aspectos principais da lei penal no Brasil no que tange ao multiculturalismo: o tratamento jurídico conferido ao índio, deveres X direitos .....	23
3. APLICAÇÃO DA LEI PENAL DO BRASIL AOS INTEGRANTES DAS NAÇÕES INDÍGENAS.....	28
3.1 Caracterizando as nações indígenas brasileiras .....	28
3.2 Principais diretrizes do ordenamento jurídico nacional acerca dos direitos e deveres dos povos indígenas .....	31
3.3 Jurisprudências sobre a interferência da lei na vida das tribos indígenas no Brasil.....	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	45
REFERÊNCIAS.....	48

## INTRODUÇÃO

É possível compartilhar a universalidade dos direitos humanos com a diversidade cultural? Deve o caráter universal dos direitos humanos ser respeitado frente a valores culturais tradicionais? Até que ponto é válida e relevante a atuação do Estado, reprimindo e aplicando a lei penal aos integrantes das nações indígenas brasileiras, os quais, por ventura, sejam praticantes de fatos questionáveis do ponto de vista universal dos direitos humanos?

Essas inquietações acima citadas foram responsáveis pelo surgimento da presente pesquisa, intitulada “Os direitos humanos sob a ótica do Relativismo Cultural: o tratamento jurídico-penal conferido aos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro”. Entendemos ser fundamental tal reflexão, principalmente pelo fato de que alguns atos pautados nas crenças e costumes são interpretados pela doutrina do Direito sem que se observe as diferenças dos povos. Não estamos defendendo que um povo é superior ou inferior a outro, pelo contrário, são diferentes e como tal, precisam ser analisados com base nessas diferenças.

Assim, tem-se como objetivo de pesquisa, analisar a viabilidade da aplicação da lei penal brasileira aos integrantes das nações indígenas, bem como uma breve análise da atividade legislativa brasileira no que tange aos indígenas, suscitando discussão acerca da universalidade dos direitos ante o multiculturalismo. Buscar-se-á, ainda, traçar um paralelo entre as teorias do Relativismo em contraposição ao Universalismo.

Para alcançar esse objetivo, instituiu-se como metodologia um referencial bibliográfico, capaz de fundamentar as considerações ora elencadas. A fim de oferecer uma melhor coerência e coesão textual, subdividiu-se o texto monográfico nos seguintes capítulos: 1 – Considerações acerca das teorias do Relativismo e do Universalismo, conceituando essas teorias e traçando os seus paralelos, além de destacar os direitos humanos na perspectiva da teoria Relativista; 2 – Sobre o ordenamento jurídico do Brasil, apresentando os aspectos principais da lei penal no país no que tange ao multiculturalismo: o tratamento jurídico conferido ao índio, deveres X direitos; 3 – Aplicação da lei penal do Brasil aos integrantes das nações indígenas, caracterizando as nações indígenas brasileiras. Serão apresentadas, também, as principais diretrizes do ordenamento jurídico nacional acerca dos direitos

e deveres dos povos indígenas. E, por fim, as jurisprudências sobre a interferência da lei na vida das tribos indígenas no Brasil.

## **1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TEORIAS DO RELATIVISMO E DO UNIVERSALISMO**

Os Direitos Humanos se baseiam numa série de normas e postulados voltados à preservação da dignidade humana e manutenção de sua vida em sociedade, de modo que cada pessoa seja tratada ao mesmo tempo como um sujeito participante de sua coletividade e um objeto importante para a existência do todo do qual faz parte. Há uma base sólida e única de determinações criadas pela sociedade para que os direitos sejam preservados e garantidos, estabelecida pela união de nações que visam objetivos semelhantes.

Ao mesmo tempo, cada sociedade tem seus próprios estatutos morais, sociais, religiosos, econômicos e assim por diante, isto é, possuem sua própria identidade em relação às demais. A história de cada sociedade é feita por sua participação no mundo, assim como pela relação que tem com outros povos e culturas, criando-se assim, um direito não universal, mas relativo e aplicado tão somente a cada localidade.

Diante disso, há uma duplicidade no que diz respeito aos estudos e discussões referentes aos direitos das pessoas: por um lado, há essa universalidade que busca um referencial aplicado a todos os seres humanos no planeta, enquanto que por outro, há a necessidade de manter essa identificação pessoal de cada povo.

Assim sendo, o Direito adota duas teorias para essa problemática, tentando descobrir qual delas é a mais expressiva e importante para ser entendida como referente ao bom convívio entre as pessoas: a teoria Universalista e a teoria Relativista.

### **1.1 Conceituando as teorias**

A teoria conhecida como Relativismo tem o papel, como o próprio nome diz, de discutir os temas a que se propõe sob um viés não absoluto ou categórico. Por meio de uma série de análises, mesmo que sejam consideradas contraditórias entre si, buscam-se padrões a serem adotados ao fim das mesmas, de modo que possam ser geradas avaliações acerca dos problemas observados e estudados.

O Relativismo possui bases altamente científicas e voltadas à Epistemologia, ou seja, a busca pelo entendimento das coisas e fenômenos por meio de um processo ou metodologia. De acordo com Navia (1999, p. 07),

Parece não haver bases epistêmicas para a escolha de teorias. Se nunca é possível provar uma teoria (problema da indução), nem identificar a falsidade de uma determinada hipótese (holismo), então parece que ficamos expostos a escolher nossas crenças segundo interesses ou gostos particulares. Frente a isso, Popper replica que devemos substituir a ideia de que somente estamos autorizados a aceitar uma teoria quando esta foi provada por um falibilismo falsacionista: e que, nesse sentido, temos certos critérios para a avaliação de teorias (contrastação, amplitude, predição, explicação, etc).

No Relativismo, todos os pontos de vista apresentados num estudo são válidos para a pesquisa, o que torna a teoria não classificada ou mesmo considerada como objeto científico, já que não existe um resultado final ou determinação de verdade. Contudo, sob uma interpretação filosófica, tudo que é relativo é válido por permitir a diversidade de opiniões e interpretações acerca de um assunto, possibilitando assim, o diálogo entre as pessoas e conseqüentemente, o valor cognitivo desse diálogo. Complementa Navia (1999, p. 07):

Outro forte apoio dos relativistas emana do *holismo da contrastação* que implica que sempre haverá argumentos tão fortes para abandonar uma teoria quanto para mantê-la. Ante um resultado empírico contrário ao suposto em contrastação, sempre caberia a possibilidade de operar mudanças em outros supostos conexos, de modo que a hipótese principal possa ser salvaguardada.

Em todas as áreas do conhecimento, a postura relativista tem sido adotada, pois todas as opiniões são válidas e justificáveis no processo de construção do conhecimento. E quando há um veredito ou decisão final acerca do tema, pode-se muito bem trocá-lo ou modificá-lo a partir da apresentação de novas visões. Caso isso ocorra, a nova decisão tende a diminuir ou mesmo anular as anteriores, o que comprova a ideia de que não existe uma crença totalmente desprovida de conceitos falíveis ou que não se aplicam a todos os ambientes. O conceito de Relativismo é mais aprofundado por Garel e Gamez (2004, p. 245):

O relativismo é a afirmação de que não podemos conhecer as coisas como elas *realmente* são, porque nosso conhecimento é limitado a interpretações que são condicionadas por nossa história, cultura e

língua. Uma típica afirmação relativista seria a hipóteses de Sapir/Whorf de que nosso modo de compartimentar a natureza e de organizá-la segundo conceitos depende amplamente da estrutura de nossa língua. Caso tivéssemos o hopi como língua materna, em vez do inglês, nossa experiência da realidade seria de uma forma muito diferente, e nossas teorias filosóficas seriam radicalmente diferentes.

Antes de classificar o Relativismo como algo vago no que diz respeito ao aspecto cognitivo, é importante saber que a teoria em relação à cultura é determinante para a pluralidade de manifestações desse conhecimento pelo mundo e sua história. Isso porque cada cultura, cada povo, cada época têm sua visão particular e específica acerca das coisas, parte dela, oriunda das culturas antepassadas e outra parte moldada pelos relacionamentos entre as culturas, algo que sempre existiu em nosso mundo. Tal pluralidade revela-se como um leque de possibilidades para que novos conhecimentos e culturas venham a existir.

Mesmo tendo valores importantes para os estudos, o Relativismo de fato, não alcança um objetivo determinante por sua própria natureza de não se chegar a lugar nenhum no quesito resposta. O que vale para alguns, pode não valer para os demais e o mesmo se aplica a uma determinada comunidade em relação às outras, seja no contexto que for. A falta de uma metodologia específica provoca essa sensação constante de que não existe ciência no que se propõe a ser discutido de modo relativista. Escreve White (2001, p.135):

Ao mesmo tempo, porém, a ser correta a teoria do determinismo linguístico, ela oferece um caminho fora do relativismo absoluto e uma maneira de conceituar uma teoria do determinismo linguístico, podemos imaginar um meio de traduzir de um modo de discurso para outro, da mesma forma que traduzimos de uma língua para outra. Essa maneira de conceituar o problema do relativismo é superior àquela que fundamenta o ponto de vista da época, no lugar ou no compromisso ideológico, porque não podemos imaginar qualquer meio de traduzir entre estes, ao passo que podemos imaginar meios de traduzir as percepções de *um* francês nas de *um* alemão, as de um homem da Renascença nas de um homem da Idade Média ou as de um radical nas de um liberal.

Então, deve-se atribuir valor ao Relativismo enquanto conhecimento? Sim, se tomarmos como princípio o fato de que há uma série de elementos que sustentem o raciocínio ou a ideia que se apresenta, mesmo que ela seja refutada por outras ideias que se apresentam como diferentes. Esta máxima se aplica, por

exemplo, ao Direito, tanto em seu estudo, quanto na sua aplicação em cada sociedade.

Existe um estatuto universal que confere a todas as pessoas os mesmos direitos básicos enquanto seres humanos, mas é inegável que existem direitos específicos que se aplicam em diferentes comunidades e sociedades espalhadas pelo mundo. Isso caracteriza um relativismo no que diz respeito ao comportamento de cada tipo de cidadão. Os valores que temos hoje em dia, por exemplo, em nossa sociedade ocidental são completamente diferentes dos mantidos em sociedades orientais, e ambos, diferem daqueles estabelecidos em sociedades do passado. De acordo com Agatti (2001, p. 34),

Logo não há normas ou valores universais concretos porque não há valores absolutos objetivos. Por isso devemos ter tolerância e respeito pelas diferenças culturais. Afirma-se que o relativismo cultural é uma atitude positiva, digna e o etnocentrismo é negativo.

Mas num mundo globalizado como o que temos hoje, a necessidade de uma constituição geral para a sociedade sempre vem à tona. A partir de uma série de metas e normas que regularizariam a sociedade humana como um todo se desenvolveu uma nova teoria a ser aplicada aos contextos de estudo dos direitos do cidadão: é a chamada teoria do Universalismo. Esta teoria tem suas origens a partir da determinação dos direitos comuns a todas as pessoas, como escreve Martins (2015, p. 01):

A Positivização dos Direitos Humanos ocorreu, inicialmente, através da Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776, que representou o registro de nascimento dos direitos humanos na história, tendo influenciado as demais declarações. Em 1789 foi elaborada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, seguindo a orientação da idéia de liberdade e igualdade, tendo um caráter mais universal, que influenciou a constitucionalização dos direitos e liberdades individuais nas Constituições do Século XIX. De fato, foi através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que ocorreu a positivização dos Direitos Humanos, na medida em que a referida declaração tem caráter universal. Posteriormente, os direitos assegurados na Declaração Universal de 1948 foram reconhecidos pelas nações democráticas, através de suas Constituições.

Trata-se justamente do contrário à teoria relativista, pois consiste na ideia da busca por um conceito único tido como verdade universal para os assuntos voltados aos direitos humanos. Deve existir uma regra de conduta que se sobressaia em relação aos estatutos particulares, mas que ao mesmo tempo, não elimine sua importância dentro de cada contexto social. É uma regra máxima que respeita as demais e que possa permitir uma união ou globalização entre as diversas sociedades que compõem a existência do ser humano no mundo. Segundo Thompson Jr. (2011, p. 318):

De acordo com a escola do universalismo ético, os mesmos padrões do que é ético e do que é antiético repercutem entre pessoas da mesma sociedade, independentemente de tradições locais e normas culturais; assim, padrões éticos comuns podem ser usados para julgar a conduta do pessoal de empresas que operam em uma variedade de mercados e circunstâncias culturais.

Contudo, essa política não se apresenta como apreciada por todas as sociedades, justamente pelas diferenças entre cada uma. Aquela que se achar superior à outra, tende a respeitar o mínimo possível as regras gerais, buscando ao máximo seguir apenas seus próprios estatutos. Outra questão que impede a globalização de fato é a típica mesquinha humana, que faz com que sejam gastos milhões em guerras, por exemplo, do que em ajuda humanitária, aumentando as diferenças sociais entre os povos.

É uma teoria do Direito, portanto, que se baseia na busca por uma unidade, mas que também está embasada na disputa, ou melhor, no entendimento sobre as constantes disputas entre os homens, sejam elas territoriais, econômicas, sociais religiosas, etc. Isso faz com que o entendimento do Universalismo seja feito a partir de um conceito fundamental, o de humanismo. Segundo Barros, (2010, p.115):

O universalismo dos direitos fundamentais deve ser entendido como uma pretensão a que os direitos humanos sejam espalhados pelas mais diversas sociedades, sem que isso resulte num desrespeito ao direito (também fundamental) à cultura inserida na autodeterminação de cada um dos povos.

O Universalismo/Humanismo é a criação de uma legislação universal que torne todas as pessoas dotadas de direitos iguais, mesmo não fazendo parte das mesmas sociedades. Não se trata simplesmente da criação de uma sociedade única

e igual, pois isso acarretaria na eliminação das individualidades e possibilidades dos seres humanos. Mas trata-se do entendimento de que unidos, todos os seres humanos podem combater os problemas que enfrentam há anos de um modo pacífico e que leve a resultados positivos e objetivos almejados.

O Relativismo e o Universalismo mostram-se como teorias interessantes e importantes no contexto social e principalmente, em relação aos direitos humanos, mas possuem claras diferenças entre si, que acabam por enfraquecer a “escolha” por alguma que venha a se caracterizar como válida. Mesmo assim, há similaridades entre ambas que podem favorecer um discurso social do Direito.

## **1.2 Paralelos entre as teorias do Relativismo e do Universalismo**

Os direitos humanos cabem a todos os habitantes de nossa sociedade e devem ser respeitados de maneira única, a partir da criação de critérios que façam valer as diferenças e similaridades entre todos os povos. Ao mesmo tempo, cada sociedade tem suas próprias regras que também devem ser respeitadas pelas demais, de modo que haja convivência entre os povos. Diante disso, há de se ter uma universalização no relativismo dos direitos, ao mesmo tempo em que deve existir um relativismo para com os direitos universais.

Para tal via de mão dupla, deve se basear o princípio da dignidade humana, aplicada às diversas sociedades na forma do reconhecimento das particularidades como objetos que levem ao amplo entendimento dos valores humanos para o mundo, assim como para a necessidade de que deva existir uma norma geral que faça valorizar e reconhecer esses aspectos diversos por parte de todos. De acordo com Weber (2013, p. 54):

Esta é uma qualidade intrínseca da pessoa humana. Logo, não se pode trocar dignidade por preço. O que tem em si mesmo, isto é, a humanidade na minha pessoa e na pessoa de qualquer um, tem valor íntimo. O homem tem faculdades e capacidades que o caracterizam como 'pessoa racional e razoável'.

O princípio que une as duas teorias, de forma a extrair o melhor de cada uma, é conhecido como Multiculturalismo, um paradigma aplicado ao contexto mundial moderno que valoriza a universalização dos direitos humanos a partir da aceitação de um padrão que venha a ser conhecido por todos.

Os direitos tidos como uma ordenação geral devem ganhar aplicabilidade em cada sociedade, adaptando-se aos contextos e normas específicas de cada local, o que relativiza a universalidade desses direitos, ou seja, não os dogmatiza para fazer com que sejam melhor absorvidos pelas comunidades. De acordo com Santos (2012, p. 23):

A diferença é uma questão essencial dentro do multiculturalismo, destacando-se preocupações com a diferenciação étnica dos fluxos migratórios e dos grupos sociais, que no decorrer da história foram mantidos à margem do espaço público (negros e índios). A experiência da diferença produz uma realidade marcada por tensões e resistências.

Isso vem a se tornar um problema, já que como mencionado anteriormente, deixar de lado certas posturas, sobretudo, aquelas que conferem um poder maior para uma sociedade em relação às demais, tende a fazer com que o universalismo dos direitos humanos se perca em relação aos relativismos aplicados a cada localidade. O problema está na concepção de dignidade humana que muitas vezes é mal interpretada dentro da necessidade do direito igual a todos. Ela não é entendida como um princípio que aproxima a todos, mas sim a um conceito que se baseia no estilo de vida que cada sociedade apresenta.

A solução passa novamente pela união entre Universalismo/Humanismo e Relativismo, já proposta neste capítulo. Como estamos numa era em que a informação é cada vez mais compartilhada entre pessoas que sequer se conhecessem, e num tempo em que problemas semelhantes buscam soluções imediatas, a saída para a questão é tentar se criar um conceito-base para servir de iniciativa geral. Após isso, tal conceito requeria a aceitação das sociedades, desde que fossem respeitadas em suas individualidades. Nada como uma imposição como as feitas por diferentes sociedades ao longo da história, mas como uma discussão e decisão conjunta.

Por essa razão, a proposta universalista/humanista/relativista está hoje em dia mais para uma ideia a ser discutida, e merece ser discutida, do que uma realidade, o que leva a adoção de uma postura relativista em sua essência no atual contexto social de nosso mundo, conforme o item seguinte apresenta.

### 1.3 Os direitos humanos na perspectiva da teoria Relativista

Os Direitos Humanos se aplicam a todos por base em suas determinações, mas é mais que sabido, que os direitos específicos de cada sociedade em nosso mundo são muitas vezes, mais respeitados do que os universais. Isso se deve aos estatutos de cada sociedade, que visam manter a ordem e as leis em cada grupo de pessoas.

Portanto, não há possibilidades de uma universalização dos direitos, pelo menos num primeiro momento, tendo espaço apenas para um relativismo cultural referente a esses direitos. Trata-se de aplicar as normas do Direito Universal de acordo com a cultura e história de cada sociedade, sem quaisquer traços de imposição por parte dos governos ou outras instituições locais.

Apenas a Organização das Nações Unidas (ONU) tem o direito de trabalhar em cada localidade partindo deste princípio. Kersting (2003, p. 81) escreve:

Por essa razão, todas as propostas de paz moral, com as quais o universalismo em apuros foi ao encontro do relativismo, devem ser recusadas por esse. Ele não pode aceitar, nem um princípio de tolerância, nem um direito humano à autonomia cultural estreitamente relacionado com esse princípio, pois, embora tais princípios só defendam ainda um universalismo residual, só formulem posições universalistas compensatórias, face à importuna facticidade de um multiculturalismo realmente existente, eles levantam, não obstante, uma pretensão de validade irrestrita.

O Relativismo Cultural é a solução para os problemas de relacionamento entre as nações, pelo menos, os mais graves e imediatos, já que esses geralmente se baseiam na incapacidade de atuarem juntos. Os direitos de todos devem ser mantidos e respeitados, o que não impede de trabalharem juntos em causas semelhantes. Os grupos dominantes do mundo como G-7, IBAS e BRICS, por exemplo, deveriam voltar mais seus esforços para trazerem para suas fileiras outras nações, a fim de que haja uma universalidade a partir do princípio de relativismo.

O princípio de que cada cultura tem suas próprias linhas de pensamento e que desta forma, pode contribuir para a cultura geral do mundo, deve ser mantido como meta pelo relativismo. Ao contrário do princípio da teoria relativista, não se trata de uma ideia que não resulta em nada e que pode ser facilmente deixada de

lado. Relativas não são as interpretações do princípio, mas seus elementos, que o tornam a base para a pluralidade cultural e social de nosso mundo.

## 2. SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO DO BRASIL

Há muito que se discute a tese de que alguns direitos e princípios são universais, inerentes à condição humana, afinal o advento da teoria relativista reforça o entendimento de que os direitos humanos são construídos historicamente sob a perspectiva cultural de cada povo. Tem-se, claramente, a dicotomia sobre essa questão, principalmente a ponto de alguns teóricos advogarem acerca da tese de que os direitos humanos são uma visão ocidental universalizante, representada sob a forma da “Declaração Universal dos Direitos Humanos” e de diversos compilados etnocêntricos internacionais, preceitos jurídicos que buscam um modo velado de orimir e dominar. Por outro lado, impera o entendimento de que a construção universalista tem por escopo convergente aplicável a todos os povos e culturas, de maneira indistinta, uma máxima.

Em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, é sabido que, desde tempos remotos, há uma hibridização cultural, um necessário diálogo entre culturas, o que conduziu a nação ao entendimento multicultural, além de uma percepção das peculiaridades de cada grupo ou classe.

Assim, destaca-se, por exemplo, o objeto da presente pesquisa – as nações indígenas brasileiras, uma cultura que sobreviveu ao processo de colonização português pautado na opressão, chegando a atualidade carregado de crenças e costumes milenares (religião, família, relações hierárquicas, etc). As nações indígenas do Brasil se tornaram símbolos culturais expressivos, porém, algumas práticas e hábitos tradicionais acabaram indo de encontro aos universais preconizados pelos direitos humanos e, por conseguinte, tutelados pelo ordenamento jurídico nacional, em especial, pela lei penal.

Tais regras existem como formas de se resolver as questões e problemas sociais comuns a toda nação, mas com elementos específicos em cada local e época, o que reafirma ser o ordenamento jurídico um instrumento marcado pela lei para os cidadãos tenham plena conhecimento dos direitos que possuem, ao mesmo tempo em que deve conhecer o seu papel enquanto membro da sociedade. Assim sendo, de acordo com Dantas (2005, p.03):

Mostra-se indispensável o estudo, ainda que breve, do ordenamento jurídico, vez que 'a questão da lacuna no Direito, por assim dizer, é, eminentemente, sistemática'. Em outras palavras, o sistema (como sinônimo de ordenamento) – ou, melhor dizendo, a concepção que se tenha de sistema – é ponto nevrálgico para o exame da questão das lacunas jurídicas. É a concepção do sistema como completo ou incompleto, aberto ou fechado, o ponto de partida para se identificar e formular uma definição de *lacunas*.

O ordenamento jurídico, como o próprio nome diz, representa um conjunto de regras jurídicas dispostas de forma hierárquica, ou seja, em ordem de importância e valor de aplicabilidade na sociedade. Cada um dos dispositivos ou normas está sujeito aos anteriores e tem importância na seguinte, de modo que todos estejam vinculados à Constituição Federal, sendo esta a referência máxima nas leis do país. O conjunto de normas jurídicas, suas regras e princípios, existem como instrumentos para a obtenção da paz e justiça social. De acordo com Carvalho (2014, p.285):

Todas as normas constitucionais são dotadas de juridicidade. A Constituição não contém conselhos, exortações, regras morais, ou seja, normas de caráter não-jurídico. Deveras, por serem jurídicas, todas as normas da Constituição surtem efeitos jurídicos; o que varia é o seu grau de eficiência. As normas constitucionais são normas primárias do ordenamento jurídico, ou seja, constituem a fonte primária, o alicerce, a base de qualquer ordenamento jurídico.

Para isso, o ordenamento jurídico, por meio dos legisladores que desenvolvem as leis, e os representantes do Poder Judiciário que a executam, fazem uso de uma série de aspectos, que serão apresentados neste item. Primeiramente, o ordenamento jurídico de qualquer país, e conseqüentemente, também aplicado ao Brasil, é caracterizado pela sua unidade. Essa vem a ser demonstrada justamente pelo conjunto amplo de regras que existem numa determinada sociedade como a nossa, unidas por um aspecto comum entre todas, isto é, a própria aplicação dessas leis no contexto social. A unidade das regras existe em uma espécie de “regra maior” que conduz todas as demais, propiciando uma coesão entre elas. Sobre a unidade, escreve Dantas (2005, p.09):

Confirmado que um ordenamento jurídico será sempre um *conjunto de normas*, despendendo dizer que tal afirmação não é bastante para identificar o que é um ordenamento jurídico, sendo imprescindível a análise de outras características, referentes à unidade, à coerência e

à plenitude do ordenamento jurídico. O conceito de *unidade*, porém, varia de uma concepção para a outra. Para os jusnaturalistas, a unidade do ordenamento é substancial ou material, decorrendo do fato de que toda e qualquer norma tem seu conteúdo deduzido logicamente a partir de uma norma geral, que é a base de todo o sistema, e que se constitui em um postulado moral autoevidente.

A norma primeira ou fundamental é determinada pela importância e existência da Constituição Federal, ou seja, deve se manter pelo poder da Lei Máxima do país, e desenvolvida por aqueles que têm o poder para tal, isto é, o Congresso Nacional e os representantes do Poder Jurídico. A própria importância da Constituição como a lei maior do país é o que designa a norma fundamental do ordenamento jurídico e sua exigência geral, onde todos os cidadãos devam segui-la é o que consiste nessa primeira lei geral.

Outro aspecto da lei geral é o fato de que, a partir dela, todas as demais devam ser criadas e conduzidas pelo Estado. Como a Constituição é o poder maior sobre todas as instâncias do Estado, é a partir dela que as leis específicas

Mais um aspecto importante do ordenamento jurídico é sua sistematização, isto é, o valor que o conjunto de normas possui para regular todo e qualquer caso que exija a aplicação de leis e suas respectivas sanções. Quando uma norma não se aplica a um contexto, ou seja, em casos em que haja uma falta de normas para se resolver um caso, no que é conhecido como lacuna, os responsáveis pelo julgamento devem utilizar outras normas ou princípios, que eventualmente possam levar a essa solução.

Além desses aspectos referidos aqui, é necessário estabelecer uma série de relações entre os ordenamentos jurídicos existentes em diferentes contextos legais e sociais. Para se ter relações entre diversos ordenamentos jurídicos, obviamente, os mesmos não se caracterizam pelas mesmas condições, ou seja, não há uma unificação.

O primeiro direito jurídico não diz respeito ao que temos hoje em diversos locais, isto é, caracteriza-se como um direito único que todos temos, onde quer que estejamos. É o direito natural único contraposto aos direitos específicos que cada sociedade possui em relação ao que seus cidadãos devem ou não fazer. Por essa razão, o direito único ou primeiro determina a existência humana no mundo e é o primeiro passo para que os demais direitos humanos sejam estabelecidos de acordo

com as sociedades, e com isso, criando-se o ordenamento jurídico. De acordo com Brandão (2015, p.36):

Assim, o direito natural não é somente um direito anterior ao direito estatal, mas também é um direito superior Àquele. Por esta razão, todas as vezes que o direito estatal for de encontro às formulações do direito natural, esta última ordem deve limitar o direito do Estado, pois o direito natural é um direito superior.

O segundo direito é o chamado institucional, caracterizado pelo poder das instituições que comandam o Estado, ou seja, o poder político, o poder religioso e as demais instituições que regem a sociedade. Essas instituições unem-se ao dever de zelar pelo bem-estar da população através da construção da ideia de que o direito natural inicia todo o processo que ao longo da própria existência da sociedade, demais direitos, normas e leis vão sendo criados de acordo com o próprio desenvolvimento das pessoas enquanto sujeitos e grupo social. O ordenamento jurídico tem que ser essa unidade de leis e normas que regem uma sociedade, baseadas na Lei Maior, ou seja, a Constituição, assim como nas constituições locais que determinam os procedimentos específicos de cada sociedade.

## **2.1 Aspectos principais da lei penal no Brasil no que tange ao multiculturalismo: o tratamento jurídico conferido ao índio, deveres X direitos**

O multiculturalismo no Brasil é um fenômeno bastante discutido nos dias de hoje, pois representa um dos pilares na construção da nossa sociedade. A sociedade é formada por um pacto social, isto é, um compromisso entre as pessoas e suas instituições, de modo que ambos os lados possam viver de acordo com os estatutos, regras e leis estabelecidos para aquele contexto social. Junta-se a isso o fato de que as classes que dominam, sobretudo, aquelas que fazem parte das instituições de comando, como o governo do país, Estados e municípios, necessitam manter a ordem entre todos os participantes do grupo social. Escreve Chiapinni (2015, p.01):

O multiculturalismo pode ser visto como um sintoma de transformações sociais básicas, ocorridas na segunda metade do século XX, no mundo todo pós-segunda guerra mundial. Pode ser visto também como uma ideologia, a do politicamente correto, ou como aspiração, desejo coletivo de uma sociedade mais justa e igualitária no respeito às diferenças. Conseqüência de múltiplas

misturas raciais e culturais provocadas pelo incremento das migrações em escala planetária, pelo desenvolvimento dos estudos antropológicos, do próprio direito e da lingüística, além das outras ciências sociais e humanas, o multiculturalismo é, antes de mais nada, um questionamento de fronteiras de todo o tipo, principalmente da monoculturalidade e, com esta, de um conceito de nação nela baseado. Visto como militância, o multiculturalismo implica em reivindicações e conquistas por parte das chamadas minorias. Reivindicações e conquistas muito concretas: legais, políticas, sociais e econômicas.

Uma cultura plural surge da união de diversas culturas, ditas menores em relação à sua importância num contexto mais amplo. Isso significa que os aspectos mais relevantes de cada cultura vão sendo incorporados à cultura máxima e ditando assim, a maioria dos usos e costumes de um povo. Este fenômeno se caracteriza pela adaptação natural do ser humano aos novos desafios que ele enfrenta para se manter vivo no mundo, e isso necessita aos seres humanos conhecer quais são os elementos que serão buscados para que essa construção de fato aconteça. O que não é necessário para a cultura maior e que faz parte das menores tende a desaparecer com o passar do tempo e o estabelecimento da sociedade. Continua Chiapinni (2015, p. 01):

Para a maior parte dos governos, grupos ou indivíduos que não conseguem administrar a diferença e aceitá-la como constitutiva da nacionalidade, ela tem de estar contida no espaço privado, em guetos, com maior ou menor repressão, porque é considerada um risco à identidade e à unidade nacionais. Mas não há como negar que, cada vez mais, as identidades são plurais e as nações sempre se compuseram na diferença, mais ou menos escamoteada por uma homogeneização forçada, em grande parte artificial.

O Brasil é um dos maiores centros multiculturais no mundo, justamente, pela diversidade de culturas que aqui se estabeleceram desde o descobrimento em 1500. Paralelo a isso, o fenômeno da imigração ao longo do século XIX e meados do XX, ajudou na construção da identidade nacional pluricultural. Além de culturas diversas se unindo na criação do povo brasileiro, o fenômeno também se caracterizou pela mestiçagem étnica, já que as diversas etnias ajudaram a construir muitos dos traços dos brasileiros, sobretudo, no estabelecimento de “tipos” diversos espalhados pelas diferentes regiões do Brasil.

Diante do fenômeno que nos caracteriza, surge a questão sobre a igualdade de direitos às pessoas que formam a nossa população, direitos que vem

acompanhados dos deveres que todos temos que cumprir diante do contexto social e democrático no qual vivemos. Mesmo diferentes no que consiste nossas etnias, valores culturais e modos de vida, somos iguais diante das regras estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 e devemos garantir para que todos tenham conhecimento dessas regras. De acordo com Chatt (2015, p.01):

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 consagrou tanto o princípio da igualdade formal, quanto o princípio da igualdade material. Pode-se dizer que a igualdade material encontra-se assentada no art. 3º do texto Constitucional, o qual determina que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais. De outra banda, o caput do art. 5º da Constituição Federal prevê a igualdade formal, ou seja, a igualdade de todos perante a lei. Noutras palavras, a igualdade formal impede que pessoas que se encontrem na mesma situação fática tenham tratamento desigual. Lado outro, em face do princípio da igualdade material, impõe-se à adoção de medidas reparadoras objetivando a redução das desigualdades de fato, por meio de tratamento diferenciado as pessoas de se encontrem em situações de desigualdade.

O fenômeno da globalização tem aproximado cada vez mais as sociedades, criando assim, um hipermulticulturalismo, ou uma cultura global, com aspectos comuns a todos os povos, mas é claro, mantendo a identidade própria de cada um. Diante disso, exige-se que as diferenças assegurem a independência de cada povo, ao mesmo tempo, em que a unificação de elementos culturais assegure uma consistência para essa sociedade globalizada.

O princípio para que tal meta seja alcançada é o respeito pelas diferenças culturais, étnicas e sociais, que leva à harmonia entre as sociedades e garante um ponto de vista comum entre todas, mas que não se caracteriza como algo imposto, por não abrir mão justamente da multiplicidade. Isso é tarefa de todas as pessoas e instituições, como a escola, os movimentos sociais e religiosos, o governo e suas leis. Escreve Chatt (2015, p.01):

A Constituição Federal de 1988 rejeita qualquer forma de discriminação ao proclamar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo invioláveis o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Dessa forma, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem,

raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Com efeito, não é permitido adotar qualquer tipo de discriminação em razão do sexo, origem, idade, cor, raça, estado civil, crença religiosa, convicção filosófica ou política, situação familiar, condição e saúde física sensorial e mental ou orientação sexual (gay, lésbica, travesti e bissexual).

No que tange as diferenças culturais, étnicas e sociais, por exemplo, destaca-se a questão do indígena no Brasil. A partir dos primeiros contatos com outras civilizações, iniciou-se um processo de julgamento e percepção das características (de natureza biológica, das crenças religiosas e de modos de se relacionar em grupo) dos indígenas. Assim, tem-se, por exemplo, a questão do infanticídio praticado por algumas tribos no Brasil como, por exemplo, os suruwahás, os ianomânis e os kamaiurás. A condenação, nessas tribos, é fruto de uma decisão do grupo, até porque o recém-nascido é visto como um peso para a tribo, motivo de desonra para os pais ou uma ameaça capaz de amaldiçoar o grupo. Fato que é repudiado pelo Direito Penal.

Apesar da tônica de ser o Brasil um país que se desenvolveu sob o diálogo intercultural, algumas práticas (como, por exemplo, a citada acima) são, de modo geral, repudiadas, até porque é inegável a influência avassaladora do universalismo e da defesa da tese de que algumas máximas eurocêntricas devem ser defendidas a qualquer custo, a exemplo do imperativo da dignidade humana. Como reflexo dos universais emerge uma legislação interna que é consonante aos primados internacionais firmados através de declarações, acordos, pactos, tratados e protocolos.

Mas, como aplicar a lei penal a casos tão específicos e peculiares como o das tribos indígenas do Brasil? Trata-se de uma questão controversa, já que a própria Constituição Federal do Brasil de 1988 e mais outras legislações infraconstitucionais se prestam a tratar o índio como relativamente incapaz, devendo ser tutelado por órgãos indigenistas estatais, os quais lhe assegurem proteção e respeito no que tange aos usos, costumes, tradições e manutenção do patrimônio cultural.

A preocupação em se criar mecanismos legais de proteção ao índio brasileiro vem da época do Império, manifestada por uma carta de lei datada de outubro de 1931, que apresentava texto que conferia a esse grupo a devida proteção e identidade, desde que não estivesse integrado a sociedade. Com o

advento da Carta Magna de 1988, fica evidente a vontade do legislador brasileiro em garantir o bem estar de todos os grupos sociais, reconhecendo a diversidade cultural do país e conferindo, assim, autonomia a todos, sem preconceito de raça, cor, credo ou condição financeira.

Faz-se importante destacar que, a respeito da temática aqui desenvolvida, está em tramitação na Câmara dos Deputados, desde o ano de 1991, o Projeto de Lei 2.057, de autoria do então deputado Aloizio Mercadante, que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas. No referido projeto, que tem por escopo substituir o Estatuto do Índio, observa-se a mudança na política sobre os direitos indígenas, porquanto já em seus primeiros dispositivos demonstra-se uma preocupação com a manutenção da organização própria da sociedade indígena. Projeto esse que será mais bem comentado no capítulo terceiro, o qual encerrará a pesquisa, abordando, de forma mais completa, a questão da aplicação da lei penal do Brasil aos indígenas. Buscar-se-á elencar as principais diretrizes do ordenamento jurídico nacional acerca dos direitos e deveres dos povos indígenas, bem como as jurisprudências sobre a interferência da lei na vida das tribos indígenas no Brasil.

### **3. APLICAÇÃO DA LEI PENAL DO BRASIL AOS INTEGRANTES DAS NAÇÕES INDÍGENAS**

Na atualidade, para se entender bem um povo ou grupo indígena, faz-se necessário um estudo aprofundado de sua cultura, língua e história, além de uma análise meticulosa do contato que exerce com a sociedade externa. É notório que alguns povos perderam sua língua original e só conhecem o português. Alguns incorporaram em seu cotidiano bens e produtos industrializados. Outros ainda se mantêm afastados do convívio com os não índios.

É fundamental a preocupação de evidenciar os equívocos que as pessoas do mundo civilizado têm a respeito dos índios e sua cultura. Há quem exalte o modo de vida indígena, crendo-o mais autêntico do caráter animal do ser humano, afinal os índios respeitam a natureza que provê seu sustento, vivem em harmonia coletiva, relacionam-se socialmente de forma mais ética.

Para outros, eles representam uma sociedade arcaica e que não deve ser invejada, seriam coletividades perdidas em superstições, tecnicamente limitadas e sem capacidade política para se relacionarem de igual para igual com outras sociedades. De fato, dificilmente um civilizado se adaptaria totalmente ao modo de vida do índio, desprovido de quase tudo o que se acredita serem os "confortos" dos tempos modernos.

#### **3.1 Caracterizando as nações indígenas brasileiras**

Os estranhos habitantes do continente americano foram genericamente chamados de índios, haja vista os navegadores europeus imaginarem ter chegado às Índias. Mesmo depois de descobrirem que não estavam na Ásia, e terem percebido enormes diferenças lingüístico-culturais entre esses novos povos, continuaram a chama-los Índios, afinal, levando-se em conta que o objetivo era o domínio político, econômico e religioso, tratá-los de forma homogênea era uma estratégia que facilitaria a opressão (LOPES DA SILVA, 2011).

Definir quem era índio ou não, era tarefa árdua, já nos anos do descobrimento, quiçá na atualidade, em que se faz necessária uma distinção pormenorizada, que inclui o aspecto legal. Uma tendência global foi a idealização de

institutos e fundações governamentais que classificassem e cuidassem dos assuntos atinentes aos povos indígenas, logicamente que respeitando todo o arcabouço jurídico criado por cada nação, em torno destes povos de cultura e hábitos ditos estranhos.

Numa tentativa de por fim a esta segregação institucionalizada, em meados do século passado surge a chamada teoria da autoidentificação étnica, criada pelo antropólogo brasileiro Darcy Ribeiro com base em estudos realizados para o II Congresso Indigenista Interamericano, no Peru, em 1949. Conceito mais abrangente e que vem sendo utilizado pelos estudiosos da temática, definindo o indígena como:

[...] aquela parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: índio é todo o indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade pré-colombiana que se identifica etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com quem está em contato (MELATTI, 2007, p. 23).

Bebendo da mesma fonte, o Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001, de 19.12.1973), definiu de maneira semelhante as populações indígenas, formatação única e inquestionável até o advento da Carta Magna em 1.988. Com base neste critério, o que nos induz a dizer que um grupo de pessoas é indígena ou não, é se estas assim se reconhecem, ou ainda se a sociedade os vê e entende desta forma. A auto-identificação étnica, apesar de bastante aceita e difundida, é amplamente questionada, pois na prática quem decide sobre os indígenas são as forças políticas, da mesma forma que acontecia na época do descobrimento (ABREU, 2006).

No Brasil, podemos perceber que o índio é tratado ora de maneira preconceituosa, ora de forma idealizada. As populações rurais, ávidas por lucros provenientes dos recursos ambientais, tais como madeira e minérios, muitas vezes travam disputas que tem como pano de fundo a luta pela sobrevivência. Todavia o que se percebe é uma forte influência política, latifundiária e comercial, que incentiva essas relações conflituosas, maculando a imagem dos índios, que são tidos como "ladrões", "traíçoeiros", "preguiçosos" e "beberrões", qualificações negativas que tentam justificar investidas contra estas nações e suas terras (FERNANDES, 2009).

A população urbana, por sua vez, tende a entender os índios como os primeiros habitantes do país, uma população em declínio, que vive em perfeita

harmonia com a natureza, dotada de um vasto conhecimento sobre animais e plantas, uma visão positiva disseminada pelo senso comum e pela imagem didática destes povos (ABREU, 2006).

Não há mais espaço para essa concepção dual e compartimentada, a sociedade vem aos poucos se conscientizando de que os índios são seus contemporâneos, buscando a fundo entender quem são e a que se prestam esses povos. Uma visão moderna do índio assegura a este um aspecto de cidadão, pessoa, que como todos, beneficia-se ou sofre com as ações políticas e de governo, alguém que elege e legisla (ABREU, 2006).

Partindo da premissa de que a cultura é um conjunto de respostas das diversas sociedades às experiências e desafios por estas vividas, podemos dizer que há um dinamismo, uma constante transformação cultural, que cria fortes laços entre os viventes e o meio em que estão inseridos. As modificações culturais indígenas aconteceriam independente do contato com europeus ou africanos, afinal os povos se reelaboram com o passar do tempo (FERNANDES, 2009).

O Brasil possui uma inimaginável diversidade étnica e linguística. São aproximadamente 215 sociedades indígenas, mais cerca de 55 grupos de índios isolados, sobre os quais pouco se sabe. Uma média de 180 línguas, de diversas famílias linguísticas diferentes são faladas pelos membros destas sociedades.

Nesse viés, podemos entender o Brasil como um país pluriétnico, multicultural, um lugar em que é constante o choque entre realidades socioculturais diferentes, ocasionadas tanto pelo contato entre as próprias sociedades indígenas, quanto pela convivência destas com as não indígenas.

O discurso em favor do reconhecimento e valorização das sociedades indígenas ganhou força nas últimas décadas, de modo que se prega um convívio pacífico promovido por este constante intercâmbio cultural. Há uma tendência em assegurar os direitos coletivos das tribos indígenas, traduzida na compreensão de sua organização social, suas peculiaridades linguísticas e comportamentais (CUNHA, 2007).

Percebe-se que o duradouro contato com a sociedade brasileira, muitas tribos indígenas acabaram por perder sua língua original e falar somente o português (RAMOS, 2008).

Por outro lado, alguns povos indígenas, mantiveram-se afastados de todas as transformações ocorridas no País. São pessoas que valorizam seus

antepassados, perpetuando suas tradições culturais, mantendo-se isolados, sobrevivendo da caça, pesca, coleta e agricultura familiar. Em constante luta, atuam na defesa de seus territórios, e quando vencidos, recuam para regiões mais distantes, na esperança de sobreviverem, conforme descreve Santili (2000).

Também a legislação traduz uma mudança na percepção do índio como parte da sociedade, a exemplo do que preceitua o parágrafo único do artigo 6º do Código Civil de 1916 que de maneira inclusiva reconhecia o indígena como integrante da sociedade, todavia o tinha como um ser de capacidade relativa, usando o termo silvícola para defini-lo, palavra inadequada e discriminante, que atribuía ao índio a característica de pessoa sem responsabilidade, que deveria ser tutelada até sua integração aos costumes da sociedade brasileira.

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. I), ou à maneira de os exercer:

III - Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à civilização do país. (BRASIL, 1916).

Com o advento do novo Código Civil, no ano de 2002, essa terminologia foi abolida, conferindo aos índios um tratamento positivo, de modo que a prática de atos da vida civil por parte dos índios, deveria ser matéria de lei específica, não mais se falando em tutela desses indivíduos. É importante, então, citar o Código Civil de 2002, em seu art. 4º, a fim de corroborar com a discussão em questão: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer. (...) Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial” (BRASIL, 2002).

Vale ressaltar que, apesar da concretização do avanço supracitado, iniciativas de alteração do estatuto do índio e por conseguinte a adoção de uma nova visão do índio na esfera penal, não se efetivaram, assunto que será tratado com minúcia no próximo tópico.

### **3.2 Principais diretrizes do ordenamento jurídico nacional acerca dos direitos e deveres dos povos indígenas**

A chegada dos portugueses no século XIV e sua constante migração rumo

ao litoral brasileiro, instituiu uma nova formatação na ocupação do novo território, vez que o espaço dos indígenas foi gradativamente sendo ocupado pelos europeus, num processo que se estenderia até o início do século XX. A colonização levou à extinção de muitas sociedades indígenas que viviam no território dominado, seja por patologias decorrentes do contato, seja por iniciativas opressoras de assimilação dos índios à nova formatação cultural imposta.

Quando comparados à nossa sociedade, os povos indígenas revelam características comuns e uma enorme diferença. Da mesma forma, se vistos de perto e comparados uns com os outros, deixam transparecer semelhanças e diferenças significativas no que tange a cultura, língua, modos de organização social, política e maneiras de se relacionar com o meio ambiente. A história, os graus e as formas dos contatos que os povos indígenas têm estabelecido com outros segmentos da sociedade brasileira também são bastante diversos, denotando se estão ou não integrados a sociedade.

Neste imenso país em formação que é o Brasil, existem, também, índios que evitam o contato permanente e sistemático com a nossa sociedade e são, por isso, chamados de índios isolados. Outros casos ensinam que povos indígenas diferentes podem estar ligados por diversas formas de inter-relações.

Quando se trata dos direitos e deveres dos povos indígenas do Brasil tem-se inúmeras dificuldades, principalmente por a lei esbarrar em questões históricas, religiosas, antropológicas e sociais profundas. E o arcabouço jurídico não pode desconsiderar esses aspectos quando elabora leis que vão interferir ativa e diretamente nessas populações, mantendo ou modificando substancialmente seu modo de vida.

Ao longo da história brasileira, especialmente na questão indígena, observa-se que os aspectos políticos e econômicos sempre se sobrepuseram aos demais, deixando os religiosos e culturais em segundo plano. Acerca disso, afirma Rodrigues (2015, p. 01):

A questão indígena merece, portanto, uma atenção especial. Afinal, é na diversidade cultural que está pautada a identidade da nação brasileira, de modo que se torna imprescindível a consolidação de um aparato legislativo eficaz na proteção desses povos. Nesse contexto, é importante destacar quais foram as principais Constituições Federais Brasileiras para assegurar o direito indigenista e como esse amparo legal se dá no texto constitucional vigente. Não se deve

olvidar, contudo, a relevância do ordenamento jurídico infraconstitucional relativo aos direitos indígenas.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme exposto no capítulo segundo da presente pesquisa, fica evidenciado o desejo do legislador brasileiro em garantir o bem estar de todos os grupos sociais, reconhecendo a diversidade cultural do país e conferindo, assim, autonomia a todos, sem preconceito de raça, cor, credo ou condição financeira. Acerca da Constituição Federal de 1988, cabe citar o cap. VIII, em seu art. 231 que trata especificamente dos índios.

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, 1988).

Vale ressaltar que além da Carta Magna, algumas legislações infraconstitucionais se renderam ao protecionismo. No âmbito da imputação penal dos integrantes das nações indígenas, merecem destaque os seguintes dispositivos legais do Código Penal e do Estatuto do Índio, respectivamente:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Redução de pena Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940).

Estatuto do índio. Das Normas Penais. CAPÍTULO I Dos Princípios. 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. Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte. O uso de termos nocivos: Taxar de cruéis os povos deixando de considerar a pluralidade cultural, marginalizando estes povos (BRASIL, 1973).

Uma nova diretriz acerca do ordenamento jurídico sobre os direitos e deveres dos indígenas brasileiros está no Projeto de Lei 2057 de 1991, no qual o autor, Deputado Aloízio Mercadante propõe o “Estatuto das Sociedades Indígenas”. Cabe destacar que tal projeto está em tramitação na Câmara dos Deputados desde o ano de 1991, e apesar de diversos pedidos de urgência, teve seu último despacho em junho de 2012, fato que em muito prejudica a situação dessa parcela da população brasileira. Sobre esse projeto, afirma Castro (2015, p. 01) que o mesmo:

[...] tem por escopo substituir o Estatuto do Índio, observa-se a mudança na política sobre os direitos indígenas, porquanto já em seus primeiros dispositivos demonstra-se uma preocupação com a manutenção da organização própria da sociedade indígena. Cite-se como exemplo, o artigo 6º, o qual, em sua redação original, estabelece que as relações internas a uma sociedade indígena serão reguladas por seus usos, costumes e tradições'. Ademais, o artigo seguinte promove o abandono do paradigma da integração, dispendo no caput que 'constatada a existência dos índios isolados, o Poder Público Federal promoverá a interdição da área para garantir a integridade física e cultural da sociedade indígena, garantido o direito de permanecerem como tais' e no parágrafo único que 'incorrerá em crime de responsabilidade a autoridade pública que promover ou autorizar o contato forçado'. No tocante ao tratamento jurídico-penal do índio, o Estatuto das Sociedades Indígenas deu grande avanço, ao adotar expressamente o critério do erro de proibição e não mais o da imputabilidade para a definição da culpabilidade dos indígenas.

O Projeto de Lei 2057 de 1991, acima citado, tem como justificativa a busca pela garantia do Estatuto do Índio, principalmente porque, ao longo da história, órgãos que foram criados para a defesa das tribos indígenas acabaram se tornando instrumento de opressão das mesmas, de modo que foram observados inúmeros conflitos entre tribos indígenas e a Fundação Nacional do índio (FUNAI).

As diretrizes citadas, portanto, têm como objetivo acabar com a ideia (ainda existente) de que o índio é um ser incapaz para a realização de atos da vida civil e, por conseguinte, um ser imune as sanções penais. É preciso, sim, dar as condições para que o mesmo seja incluído na sociedade, respeitando-se as suas especificidades, principalmente por ser a sociedade brasileira tão diversificada culturalmente: “Art. 6º. As relações internas a uma sociedade indígena serão reguladas por seus usos, costumes e tradições” (BRASIL, 1991).

A PL2057/1991 é fruto de uma tendência constitucional, todavia analisada de ângulo diferente, que faz emergir pontos controversos no que tange ao tratamento

dispensado ao índio autor de crime, tanto que dentre outras mudanças, em seu artigo 90, prevê a não aplicação do artigo 57 do Estatuto do Índio, tentando tratá-los à luz da lei penal, mais especificamente no artigo 21 do Código Penal: “Art. 90. Nos processos criminais contra índios, o juiz ordenará a realização de perícia antropológica, que determinará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado, para efeito da aplicação do disposto no Artigo 21<sup>1</sup> do Código Penal” (BRASIL, 1991).

Assim, passemos a destacar alguns fatos que exemplificam a questão legal dos direitos e deveres dos indígenas do Brasil. A partir dos primeiros contatos com outras civilizações, iniciou-se um processo de julgamento e percepção das características, da natureza biológica, das crenças espirituais e do modo de se relacionar dos indígenas. Como forma de ilustrar este questionamento podemos elencar os casos de infanticídio provocados por algumas tribos como os suruwahás, ianomâmis e kamaiurás que matam recém-nascidos por motivos vários, como pelo fato de serem gêmeos, filhos de mães solteiras ou pessoas com deficiência física e/ou mental. A condenação é fruto de uma decisão do grupo, até porque o recém-nascido é visto como um peso para a tribo, motivo de desonra para os pais ou um alguém que pudesse amaldiçoar a tribo.

Dois casos específicos se tornaram emblemáticos: o primeiro ocorreu no ano de 1995 e diz respeito a índia Hakani da tribo Suruwahá; o segundo foi o da garota Iganani que nasceu no ano de 2005 também na tribo Suruwahá com paralisia cerebral.

Acerca do primeiro caso podemos destacar que a referida criança não se desenvolveu como as demais, apresentando dificuldades motoras e na fala. A pressão da tribo para sacrificá-la fez com que seus pais cometessem o suicídio para não sacrificarem a própria filha. O avô da criança foi, então, incumbido da prática, tentando matá-la com uma flechada, mas como a menina sobreviveu, por culpa e remorso, ele também atentou contra a própria vida, tomando veneno. Hakani passou três anos vivendo em condições sub-humanas, até que um de seus irmãos a entregou a um casal de missionários que proporcionaram tratamento a menina, que

---

<sup>1</sup> Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (BRASIL, 1940).

se tornou sadia.

Em relação ao segundo caso, destacam-se algumas informações para melhor entendermos esse processo. Filha de uma sobrevivente de infanticídio, sua mãe optou pela vida da filha e com o consentimento da tribo submeteu a criança a tratamento, alternando entre a vida junto a tribo e períodos de tratamento em grandes centros. A análise da situação gera reflexão acerca da possibilidade de quebra de paradigmas através de um processo de conscientização e interação cultural que, de algum modo promoveu a conscientização da tribo.

### **3.3 Jurisprudências sobre a interferência da lei na vida das tribos indígenas no Brasil**

A sociedade se verifica permanentemente dinâmica, não um produto acabado, fruto de “soluções”, principalmente as que pretendam dar por concluído um processo que é, por natureza, permanente. É importante considerar que, se a sociedade não foi sempre assim, também não precisa continuar assim como se encontra agora, até porque o universo não é equilíbrio, mas caos e movimento.

Possuir um olhar relativizador em relação a uma dada realidade significa deixar “o outro” falar, ver as coisas a partir da perspectiva do “diferente”. Esta capacidade de ouvir sem traduzir mediante matrizes comportamentais, implica em despir-se de juízos de valor, buscando ler a “realidade” evitando rotulá-la com premissas, nem sempre confirmáveis.

Isso se faz muito importante quando da reflexão acerca de temas como esse da criação de leis que interferem na vida das tribos indígenas no Brasil. Sobre a questão retratada na seção anterior, ou seja, do infanticídio nas tribos indígenas brasileiras, Simões (2015, p. 01) relata:

Existem mais de quinze tribos indígenas brasileiras que mantêm uma prática cultural de ceifar a vida de suas crianças por nascerem com defeito físico ou cultural. O que na sociedade atual se revela como uma violência à criança e aos princípios fundamentais do homem. Algo que remonta a noção histórica do filicídio como seleção natural até a sua tipificação penal hodierna, *mutatis mutandi*, na figura do homicídio qualificado (art. 121, §2º, CP). Uma verdadeira colisão real entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade cultural e de crença. Em algumas tribos como os suruwahás e os kamaiurás, a criança é enterrada viva, numa cova rasa, pois, para eles, só assim o espírito funesto não rondará a tribo.

No âmbito da imputação penal faz-se necessário abordar, ainda que de maneira genérica e superficial, princípios como o da reserva legal, fragmentariedade e intervenção mínima. Tais institutos se prestam a impedir uma inflação penal e o totalitarismo de tutela, impondo limites ao poder incriminador do Estado.

As investidas nacionais no combate ao infanticídio indígena, com raras exceções, se resumem a tipificação de condutas e ou alterações legais que se prestam a imputação penal dos indígenas defensores desta prática. Ora, o Direito Penal não pode ser usado e entendido como instrumento de proteção de todos os bens jurídicos, ademais há que se avaliar que algumas condutas podem até ser imorais, todavia, por motivos vários não merecem positividade ou reprimenda pois tem como fundamento uma justificativa diversa.

Se o Direito Penal seletivo ou subsidiário, só deve atuar em defesa de “Bem da Vida” imprescindível a coexistência humana pacífica, só deve aparecer quando outros ramos do direito se mostrem insuficientes a dar uma resposta a altura aos anseios da sociedade. Portanto a esfera penal deve se ocupar de agressões de vultosa intensidade e gravidade ofensiva, não sendo exaustivo, sendo dispensável a proteção jurídico-penal em algumas situações.

No caso em tela, antes que a atividade legislativa se ocupe da criminalização de condutas, deve-se questionar se outras formas de sanção ou controle social não são suficientes para tutelar o bem jurídico. Ante uma falha no sistema legal, a figura do julgador emerge como solução, aplicando a lei ao caso concreto e avaliando a necessidade de aplicação da sanção, que muitas vezes representa perniciosa ofensa a liberdade, o que já ocorreu e será ilustrado adiante.

A defesa da racionalização do uso do Direito Penal no que tange aos infanticídios indígenas não deve ser confundida com protecionismo ou uma suposta legitimação das ações destes grupos, apenas propõe uma reflexão quanto ao modo como a lei é aplicada a eles.

Cumprido dizer que restam dúvidas de que a questão do homicídio de crianças indígenas devido as mesmas apresentarem deficiências físicas e/ou mentais vão de encontro aos direitos fundamentais dos indivíduos, os quais são protegidos por dispositivos legais como, por exemplo, a Constituição Federal de 1988. Daí percebe-se a dificuldade em se refletir sobre essa temática, pois muitas questões culturais estão em jogo, conforme afirma novamente Simões (2015, p. 01):

O argumento de que o infanticídio indígena se trata de uma prática cultural milenar, umbilicalmente ligada às crenças politeístas formadoras da cultura, explicação dos fenômenos naturais e o sentido de sua existência, tem sim, sua razão. A Religião é uma característica puramente humana e etimologicamente vinda do verbo 'religar', por isso vincula o homem a sua origem e destino. No entanto, os indígenas também são destinatários dos direitos fundamentais, e como tal merecem a tutela do Estado na garantia de seus direitos, em especial, à inviolabilidade do direito à vida (art. 5º da CF/88). O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) reconhece a diversidade cultural entre 'brancos' e índios, garante uma série de direitos específicos aos indígenas, bem como os qualifica como relativamente capazes e, portanto, devem ser tutelados por um órgão estatal indigenista até que se integrem à 'comunhão nacional'. Esta capacidade relativa é no âmbito civil, não atinge a esfera penal. A responsabilidade penal indígena é plena diante do ilícito penal, inclusive é matéria de competência da Justiça Comum (Súmula nº 140 do STJ). À própria luz do Estatuto Indigenista, há duas culturas diversas, no entanto, não podem coexistir dois Ordenamentos Jurídicos – um ao nacional e outro ao indígena brasileiro. O direito à vida é preponderante quando conflitado com o direito a liberdade cultural, vez que aquele se revela garantidor de outros direitos fundamentais, ou seja, é *conditio sine qua non* para o exercício pleno de tantos outros direitos, o que engloba o direito fundamental a liberdade cultural.

Assim, trazemos para essa pesquisa exemplos que aconteceram e acontecem no país sobre a questão da morte de recém nascidos e crianças em tribos indígenas brasileiras, a fim de reunirmos elementos para nossas considerações, haja vista que as jurisprudências ainda não serem unânimes em seus veredictos. Cunha (2010, p. 17) afirma que:

[...] esta prática tem os mais variados motivos, como pode ser visto entre os povos indígenas brasileiros: entre os Yanomami, o infanticídio está relacionado à realização da promoção do equilíbrio entre os sexos; entre os Surwua, a deficiência física é causa do infanticídio, pois considera-se que esta criança é incapaz de se tornar autônoma quando da fase adulta; entre os Kaiabi, o nascimento de gêmeos é considerado uma maldição e a criança que nasce por último deve ser eliminada, para que não traga mal agouro a tribo. O infanticídio nunca foi uma prática restrita aos povos tradicionais, já tendo inclusive representado um alto indicador da mortalidade infantil na sociedade brasileira, num passado recente.

Por exemplo, em alguns casos de infanticídio em tribos indígenas referentes ao nascimento de crianças com deficiências físicas e/ou mentais, órgãos de proteção como a FUNAI e a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) apresentaram

uma postura de tolerância frente ao ocorrido e, por isso, foram denunciados numa audiência na Câmara dos Deputados no ano de 2007 quando da discussão sobre o Projeto de Lei nº 1057/2007 (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), iniciativa que apesar da demora e dos entraves políticos ainda prospera, tendo como último andamento pedido de urgência datado do mês de agosto do corrente ano.

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, 2007).

Na legislação brasileira, o crime de infanticídio está descrito no art. 123, do Código Penal, que prevê pena de detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos, para quem

“[...] matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”, conforme destaca Cunha (2010, p. 19).

Porém, o termo infanticídio abordado neste trabalho não se filia ao crime acima descrito, pois diz respeito a conduta que na maioria das vezes se amoldaria ao tipo tratado como homicídio pelo Código penal, afinal trata-se da morte de crianças nos primeiros anos de vida, devendo pois ser abandonada a teoria do direito que se liga ao *nomem juris* e entendida a conduta através de sua formatação etimológica<sup>2</sup>.

O que se percebe na legislação vigente, é que o infanticídio cometido por tribos indígenas brasileiras, em regra confere ao infrator o caráter de inimputabilidade<sup>3</sup>, isto é, o índio, em regra não poderá sofrer as penas impostas pelo Código Penal haja vista ser intitulado silvícola, pessoa com desenvolvimento mental incompleto.

Essa posição vem ao encontro da concepção ainda vigente de que o índio brasileiro é considerado um ser “inadaptado” (CUNHA, 2010, p. 20) e incapaz mentalmente de discernir entre uma prática criminosa ou não. Concepção, que conforme já abordamos no início do presente capítulo na seção que caracterizava as tribos indígenas, advém do período de colonização do Brasil, principalmente do choque entre portugueses e índios. Sobre essa questão, Cunha (2010, p. 20-1) afirma que:

Tal entendimento já revela o caráter depreciativo do direito em relação ao índio, pois se a condição do índio como inadaptado pela incapacidade de discernimento da prática da conduta criminosa indicasse o seu desenvolvimento incompleto, alguns estrangeiros também seriam alcançados pela inimputabilidade. Ademais, 'a inadaptação não significa ausência de valores e práticas, mas exatamente o contrário: significa consciência de que eles são diferentes'. Por isso, não tratar o infanticídio na sua dimensão legal foi uma maneira encontrada para não incidir num reconhecimento

---

<sup>2</sup> Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (BRASIL, 1940).

<sup>3</sup> Inimputabilidade penal é a incapacidade que tem o agente em responder por sua conduta delituosa, ou seja, o sujeito não é capaz de entender que o fato é ilícito e de agir conforme esse entendimento. Sendo assim, a inimputabilidade é causa de exclusão da culpabilidade, isto é, mesmo sendo o fato típico e antijurídico, não é culpável, eis que não há elemento que comprove a capacidade psíquica do agente para compreender a reprovabilidade de sua conduta, não ocorrendo, portanto, a imposição de pena ao infrator (DIREITO NET, 2015).

incorreto da cultura indígena, transformando uma prática cultural em conduta criminosa.

Focado nesse argumento, no ano de 2.004 o deputado Marcos Abramo deu vida ao projeto de lei 3897, defendendo que os índios não podem receber um tratamento diferenciado, devendo, pois, ser eliminada a atenuação automática da pena prevista no Artigo 56 do Estatuto do índio, devendo ser observado pelo magistrado o grau de integração do índio autor de infração penal, sua capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta. Cabe destacar o art. 56 da PL 3897 que exemplifica a discussão aqui apresentada:

Art. 1º: O art. 56 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, passa a vigor com a seguinte redação: Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá atender ao seu grau de integração (BRASIL, 1973).

O índio ainda é considerado, em pleno século XXI, um ser não civilizado e, por isso, alguns de seus atos também o são, estando sujeitos a punições conforme a legislação vigente. Porém, tentativas de diálogo para se acabar com tais práticas foram propostas através das iniciativas legiferantes citadas acima, conforme citado por Cunha acerca do PL 1057/2007 (2010, p. 31):

Por ocasião da realização de audiência pública para discussão da matéria do Projeto de Lei em comento, constatou-se, em síntese, ser equivocada a pretensão de criminalizar as condutas de quem tenha conhecimento da ocorrência das práticas tradicionais, já que isto poderia tornar inviável a interação cultural, o que dificultaria o diálogo tão invocado no texto original do PL. Além do que, a utilização do termo 'nocivas', para denominar algumas práticas tradicionais, acabava por estigmatizar esses povos como cruéis, colocando-os em antagonismo à sociedade moral dominante.

Assim, pode-se inferir o quão polêmica e difícil é a reflexão acerca dessa temática. Cunha (2010, p. 31) apresenta uma nova visão a essa discussão, trata-se do relato de uma líder indígena – Valéria Payê -, a qual destacou que sua tribo acabou com a prática do infanticídio há mais de trinta anos por concordância dos próprios membros e sem a intervenção de outras sociedades.

Corroborando com o citado discurso Cunha (2010, p. 34) cita “[...] o artigo 8º, do Decreto 5.051/2004, que promulgou a Convenção 169 da Organização

Internacional do Trabalho – OIT sobre povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, ratificada pelo Brasil em 2002”, o qual estabelece que os índios devem viver e desenvolver-se como um povo diferenciado, de acordo com seus costumes, tradições e posturas. Acerca disso, faz-se importante destacar o art. 8º da Convenção 169 da OIT:

Artigo 8º 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio. 3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes (BRASIL, 2004).

A inserção desse relato e de uma norma de abrangência internacional, não traduz a intenção dos vários projetos mencionados, e não intimida os legisladores brasileiros, tanto que é apresentada a proposta de emenda à Constituição Federal de n.º 303/2008 deputado Pompeo de Mattos, com o objetivo de impor as tribos indígenas a observância ao direito à vida. Porém, essa emenda, em 2009, foi considerada inadmissível pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados e apesar de alguns esforços no sentido de que prosperasse, terminou arquivada no mês de fevereiro de 2011.

Sobre isso, faz-se importante citar a PEC 303 em seu art. 1º:

Art. 1º. O caput do art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 231. São reconhecidos aos índios, respeitada a inviolabilidade do direito à vida nos termos do art. 5º desta Constituição, 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, 2015, p. 01).

Mister aludir a justificativa da PEC supracitada, que reforça as críticas acerca das mortes provocadas em contextos étnico-culturais, sob o argumento de que são aceitas pela lei brasileira, sendo uma afronta aos postulados da Declaração universal dos direitos humanos, de modo que o artigo 231 da carta magna sofre com

interpretações deturpantes, que o tornam confrontante com as garantias constitucionais do artigo 5º da Constituição Federal, carecendo pois de alteração. Fazer respeitar o direito a vida, bem inalienável, entre os indígenas não constitui uma afronta a seus costumes e crenças, e sim denota respeito a sua particularidade cultural.

A tutela do Estado sobre a vida das tribos indígenas sempre promove discussões e, por isso, até a presente data dessa pesquisa não pode ser considerada uma matéria encerrada. Na visão de Cunha (2010, p. 37), a tutela do estado sobre as tribos indígenas é, assim, caracterizada:

[...] a tutela sugere uma suposta 'infantilidade dos índios, de modo que, são reproduzidos nas justificações dos projetos comentados, argumentos que embasaram velhas e persistentes teorias que já tentaram explicar a diversidade cultural, tal como a que pretende estabelecer níveis de cultura, colocando os índios como um nível primitivo ou de infância e a sociedade civilizada como sendo o modelo mais avançado de cultura a que todas as sociedades um dia devam alcançar, conforme já mencionado anteriormente.

O infanticídio nas tribos indígenas brasileiras, conforme vimos apresentando, não pode, assim, ser discutido somente no âmbito do Direito Penal. É preciso discuti-lo com suas inúmeras peculiaridades e abrangências – filosóficas, antropológicas e sociológicas. Novamente, faz-se importante utilizar as palavras de Cunha (2010, p. 44-7):

Não se trata de incorporar ao sistema moral dominante - ou ao próprio sistema legal que com este se confunde -, a prática do infanticídio, mas de perceber que a história do Brasil é marcada pela intolerância às práticas tradicionais indígenas o que acabou por dizimar muitos destes povos. (...) É preciso, assim, buscar elementos dialógicos de interação cultural, e não elementos puramente coercitivos, pois, o argumento de que é preciso acabar com o infanticídio indígena, pode acabar ocasionando o fim dos próprios povos que o praticam. E nem se diga que nesta monografia defende-se a prática do infanticídio cultural, pois, na realidade, o que se defende é que a interação cultural seja mediada pelo diálogo e não pela força da lei. (...) É certo que o infanticídio praticado culturalmente por certos povos indígenas é extremamente chocante aos olhos da sociedade dominante, mas a tentativa de acabar com esta prática cultural não deve ser investida por meio da força legal, pois a história do Brasil mostra que povos indígenas foram dizimados pela equivocada certeza da superioridade moral da sociedade dominante.

O ordenamento jurídico brasileiro não expressa uma resposta mais adequada ao problema da imputação penal dos índios, haja vista transitar entre a coercibilidade das medidas e a não aplicação da punição, consistindo num entrave a interação cultural. Como expressão positiva de iniciativas que consideram as peculiaridades dos povos indígenas, podemos citar o polêmico caso do índio Basílio Alves Salomão, cuja imposição de pena judicial foi descartada, haja vista ter sofrido sanção por parte da tribo a qual pertencia, em contrapartida podemos observar o julgamento do índio Paulinho Payakan em sede de HC 79.530 - STF.

De acordo com o STF (2002), foi julgado em 1999 *Habeas Corpus* de Payakan. Segue um trecho que ilustra o assunto aqui abordado:

A última decisão no Supremo Tribunal Federal envolvendo o índio kayapó Paulinho Payakan se deu em um pedido de Habeas Corpus (HC 79.530) impetrado contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em dezembro de 1999. Benkaroty Kayapó, conhecido como Paulinho Payakan foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Pará a 6 anos de reclusão pela prática de estupro (artigo 213 do Código Penal). Em decisão unânime da 1ª Turma do Supremo, cujo relator foi o ministro Ilmar Galvão, foi negado o pedido de Habeas Corpus. Os ministros entenderam que Payakan era um “índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa”, e que, portanto, não necessitava ser defendido por servidores da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) como alegava. Outro aspecto levantado pela Turma foi a impossibilidade de exame pelo STF de questões argüidas pela defesa e que sequer foram analisadas pelo STJ quando da impetração de Habeas Corpus junto àquela Corte.

Resta, portanto, concluir ser necessário um intercâmbio digno e respeitoso entre as culturas, de modo que cada povo possa ter, com base no princípio da autodeterminação, a prerrogativa de estabelecer seus próprios regramentos, ou, se caso existam práticas que possam ser consideradas inaceitáveis, devam ser coibidas em nome da dignidade da pessoa humana, sob pena da punição segundo as regras jurídico-penais constantes no ordenamento jurídico, levando-se em consideração o caráter fragmentário do direito penal e, por conseguinte, o princípio da intervenção mínima.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomemos as inquietações apresentadas na introdução da presente pesquisa e que se tornaram o problema de investigação: É possível compartilhar a universalidade dos direitos humanos com a diversidade cultural? Deve o caráter universal dos direitos humanos ser respeitado frente a valores culturais tradicionais? Até que ponto é válida e relevante a atuação do Estado, legislando, reprimindo e aplicando a lei penal aos integrantes das nações indígenas brasileiras, os quais, por ventura, sejam praticantes de atos questionáveis do ponto de vista universal dos direitos humanos?

A partir dessas inquietações buscamos desenvolver um texto científico que debruçasse sobre o seguinte objetivo: refletir sobre a viabilidade da produção e aplicabilidade da lei penal brasileira aos integrantes das nações indígenas, suscitando discussão acerca da universalidade dos direitos ante o multiculturalismo. Desenvolveu-se, assim, três capítulos capazes de esclarecer dúvidas e aspectos referentes a imposição de sanções legais a tribos indígenas brasileiras no tocante a determinados atos considerados criminosos do Direito Penal como, por exemplo, os apresentados no capítulo terceiro da presente pesquisa referente a questão do infanticídio em tribos indígenas brasileiras.

Trata-se de uma questão de difícil posicionamento jurídico, haja vista envolver fatores como a diversidade cultural existente no país. Querer tratar todos de forma igual incorre em erro, pois desvirtuasse a visão contemporânea do princípio da igualdade, deixando de lado o direito a diversidade de credo, gênero, condição sexual etc. Os indígenas não podem ser tratados da mesma forma que outros grupos sociais brasileiros, pois apresentam especificidades que interferem direta e profundamente em suas ações. Colocá-los no mesmo rol de cidadãos que outros grupos não contribui para a inclusão social, pelo contrário, os obrigam a respeitar leis e costumes diferentes a sua realidade. Costumes que foram herdados de gerações e que, dentro de um determinado grupo, são considerados certos.

O que se percebe é uma tendência capciosa de elaboração de leis atinentes a casos específicos de grupos étnicos ou minorias. A tipificação criminal de uma conduta só se justifica quando outros meios de controle social são falhos ou insuficientes para tutelar uma grave violação a um bem jurídico que deve ser

protegido. A seletividade do protecionismo deve ser avalizada sob a ótica de um direito penal mínimo, entendido como última opção, preferindo-se o diálogo ou a aplicação subsidiária e alternativa de medidas que consideram a particularidade dos povos indígenas, seus postulados e sanções.

De modo algum se questiona a reprimenda as condutas de infanticídio indígenas ou intenta-se promover a descriminalização de tais feitos, todavia discute-se o modo como serão tratadas. A aplicação do direito penal, não se justifica quando por questões culturais, nitidamente inexistem vontade de praticar o crime ou uma lacuna entre a conduta e o resultado produzido. A saída é encontrar o ponto de convergência entre a conduta criminosa e a prática cultural tolerável.

Uma visão etnocêntrica do direito defende que o único sistema jurídico admitido, é, pois, o estatal, de modo que, embora os povos indígenas tenham cada qual normas e sanções que regem suas relações e estruturas internas, estas não podem ser incompatíveis com a legislação vigente, sendo apenas fonte secundária, entendimento que deve ser superado, vez que é perverso, preconceituoso, carecedor de ideias arrojadas, que deixam de lado termos já superados tais como aculturação e integração.

A lei penal brasileira não pode ser utilizada como mais um instrumento de exclusão desses povos. Os indígenas sempre foram expostos ao desrespeito em relação aos seus valores e costumes. É preciso, sim, que se busque a manutenção de sua cultura e que o direito garanta condições dignas para sua sobrevivência. Conforme exposto no final do terceiro capítulo dessa pesquisa, o infanticídio nas tribos indígenas brasileiras não pode fazer parte de uma discussão somente no âmbito do Direito Penal. É preciso ser perpassado por opiniões no campo da filosofia, antropologia e sociologia.

Entendo, porém, ser necessária uma reflexão com os grupos indígenas acerca de temáticas como o infanticídio. Não defendemos tal prática e, portanto, um trabalho profícuo de reflexão, demonstrando que todo ser humano tem o direito a vida, faz-se necessário em qualquer grupo social. Reflexão que pode ser compreendida pelos grupos indígenas que ainda insistem em se portar dessa maneira. É possível o fim das condutas consideradas reprovadas, conforme declarou a líder indígena Valéria Payê, a partir da concordância de seus pares, sem a interferência de outras sociedades e suas leis.

Enquanto isso não ocorre, vangloriamos iniciativas jurídicas como a do

magistrado que julgou o índio Basílio Alves Salomão, que analisou com cautela o crime de homicídio por este praticado, e tentando tomar decisão justa, deixou de condená-lo, entendendo como suficiente a punição a ele aplicada pela tribo, qual seja, o isolamento dentro do território da tribo por tempo indeterminado.

A contrário senso, repudiamos as iniciativas legislativas apresentadas, pois transitam apenas pela esfera do direito, enquanto deveriam enveredar-se por uma temática interdisciplinar, capaz de ir além do uso da força legal como instrumento de controle das práticas de infanticídio, ademais a própria história indígena demonstra ser esta uma decisão equivocada. O que se defende é um Direito Penal como saída última, criado para coibir lesão a bens jurídicos importantes e não um Direito Penal banalizado, midiático e tendencioso, que só gera inflação legislativa e descredito dos poderes.

Enfim, a difícil resposta para as questões suscitadas não estão em uma análise radicalmente Relativista e a consequente adoção de um protecionismo indígena, tampouco na defesa de um universal categórico que admite uma formatação legal sancionadora do infanticídio indígena. A saída é a permissividade do diálogo multicultural, medida a ser adotada até o limite racional em que as práticas repudiadas não interfiram na salutar convivência social.

## REFERÊNCIAS

ABREU, J. Capistrano de. *Caminhos Antigos e o Povoamento do Brasil*. Brasília: UNB, 2006.

AGATTI, Antonio Paschoal Rodolpho. *Os valores e os fatos: O desafio em Ciências Humanas*. São Paulo: Livros que Constroem, 2001.

AMARAL, Júnior Leite. *O caráter fragmentário do direito penal e as limitações na atividade persecutória do Estado*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13029](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13029)>. Acesso em: 05 nov. 2015.

BADR, Eid. *O Direito Comunitário e o MERCOSUL à luz da Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: KBR, 2010.

BARROS, Carlos Roberto Galvão. *A eficácia dos Direitos Sociais e a Nova Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Biblioteca 24 Horas, 2010.

BORNIA, Josiane Pilau. *Discriminação, preconceito e direito penal*. Curitiba: Juruá, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015.

BRASIL. *Código Civil*: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cf88compilado.htm>>. Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Estatuto do Índio*: Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)> Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Emenda Constitucional 303*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415399>> Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei 1057/2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>> Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei 3897*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=545291>>. Acesso em: 16 set. 2015.

CARDOSO, João Batista. *Hibridismo cultural na América Latina*. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/itinerarios/article/view/1127>>. Acesso em: 15 maio 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. Direito Constitucional Positivo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTRO, Marcelo B. *O tratamento jurídico-penal conferido aos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24072/o-tratamento-juridico-penal-conferido-aos-indigenas-no-ordenamento-juridico-brasileiro#ixzz3dtMJg93M>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

CHATT, Cidinei Bogo. *Doutrinas: Uma forma de extrair interpretações que aperfeiçoam o sistema jurídico*. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst95.html>>. Acesso em: 13 maio 2015.

CHIAPINNI, Lígia. *Multiculturalismo e identidade nacional*. Disponível em: <[http://www.celpcyro.org.br/joomla/index.php?option=com\\_content&view=article&id=824:multiculturalismo-e-identidade-nacional&catid=95:artigos](http://www.celpcyro.org.br/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=824:multiculturalismo-e-identidade-nacional&catid=95:artigos)>. Acesso em: 13 maio 2015.

CUNHA, Juliana Santos da. *Legislação Indigenista Brasileira: a lei Muwaji e a PEC 303/2008, uma perspectiva crítica*. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2010.

CUNHA, Manuela. *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura, 2007.

DANTAS, Aldemiro. *Lacunas do ordenamento jurídico*. Barueri: Manole, 2005.

DIREITO NET. Inimputabilidade. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1033/Inimputabilidade>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

ESTEVES, Mônica Tatiane Romano. *O infanticídio indígena e a violação dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/meilin1393/monografia-infanticidio-indigena>>. Acesso em: 15 maio 2015.

FERNANDES, Joana. *Índio: esse nosso desconhecido*. Cuiabá: Editora da UFMT, 2009.

GAEL, Havi; GAMEZ, David. *Filosofia Contemporânea em ação*. Porto Alegre: ARTMED, 2004.

GALARDO, Leonardo. *Princípio da Intervenção Mínima, Fragmentariedade, Subsidiariedade e Princípio da Lesividade*. Disponível em: <<http://www.leonardogalardo.com/2011/12/principio-da-intervencao-minima.html>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

HORTA, Augusto. *Conflitos entre normas jurídicas*. Disponível em: <<https://augustohorta.files.wordpress.com/2014/11/conflitos-entre-normasjurc3addicas.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2015.

KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e Direitos Humanos*. Porto Alegre: EDIPCRS, 2003.

LOPES DA SILVA, Aracy. *Índios*. São Paulo: Ática, 2011.

LUSTOSA, Olga Borges. *Direitos iguais entre homens e mulheres interessam a todos*. Disponível em: <<http://www.rdnnews.com.br/blog-do-romilson/artigos/direitos-iguais-entre-homens-e-mulheres-interessam-a-todos/39545>> Acesso em: 12 maio 2015.

MARTINS, Urá Lobato. *Direitos humanos: universalismo versus relativismo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19027/direitos-humanos-universalismo-versus-relativismo>> Acesso: 25 abr. de 2015.

MASCHIO, Driele de Oliveira. *O princípio da intervenção mínima*. Disponível em: <<http://drielemaschio.blogspot.com.br/2009/01/o-principio-da-intervencao-minima.html/>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

MATOS, Joana Sarmiento de; SIQUEIRA, Alessandro Marques de. *Política criminal e intervenção mínima*. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?Artigo\\_id=8506&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?Artigo_id=8506&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 05 nov. 2015.

MELATTI, Júlio César. *Índios do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2007.

NAVIA, Ricardo. *Verdade, racionalidade e relativismo em H. Putnam*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*. São Paulo: Campus, 2010.

RAMOS, Alcida. *Sociedades indígenas*. São Paulo: Ática, 2008.

RODRIGUES, Bárbara. Os direitos dos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://barbarabrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/148892570/os-direitos-dos-povos-indigenas-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: Senac, 2000.

SANTOS, Valdoir da Silva. *Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico*. São Paulo:

Somar, 2012.

TARTUCE Flávio. *Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7585/breve-estudo-das-antinomias-ou-lacunas-de-conflito>> Acesso em: 13 maio 2015.

TEIXEIRA, Jorge Luís. *A moralidade como fator criminalizante a favor das minorias e o princípio da intervenção mínima*. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/a-moralidade-como-fator-criminalizante-a-favor-das-minorias-e-o-principio-da-intervencao-minima>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

THOMPSON JR., Arthur A. *Administração estratégica*. 15. ed. Porto Alegre: AMGH, 2011.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Poder Judiciário e carreiras jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013.

WHITE, Hayden. *Trópicos do Discurso: Ensaio sobre a crítica da cultura*. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2004.