

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 303, DE 2008

Altera o *caput* do art. 231, da Constituição Federal.

Autor: Deputado Pompeo de Mattos

Relator: Deputado Regis de Oliveira

Sumário. 01. Alteração do art. 231 da Constituição Federal. Possibilidade. Inclusão da cláusula de inviolabilidade do direito à vida. Limites de alteração. Imutabilidade das cláusulas pétreas. Limitações do poder constituinte derivado. O art. 231 como garantidor dos costumes, língua, crenças e tradições dos índios. Promoção gradativa da integração do silvícola na sociedade brasileira. O infanticídio como parte da cultura e da vida indígenas. Estudo sobre a antropologia da cultura indígena. A aprovação da PEC 303/08 envolve agressão à comunidade. Da compatibilidade com o princípio da soberania nacional. Compatibilidade do infanticídio com o direito à vida. Os efeitos da esfera penal. Conclusão.

I – Relatório

A proposta de emenda à Constituição nº. 303/2008, de autoria do nobre deputado Pompeo de Mattos, **pretende alterar o *caput* do art. 231, da Constituição Federal, que reconhece aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições.**

Texto atual:

Artigo 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. (grifei)

A presente proposta altera a redação do citado dispositivo, estabelecendo que tais direitos têm que respeitar a inviolabilidade do direito à vida, nos termos do *caput* do art. 5º, da Constituição Federal.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifei)

O deputado Pompeo de Mattos visa com tal iniciativa impedir a prática de infanticídio de ordem étnico-cultural.

Texto sugerido:

Artigo 231 - São reconhecidos aos índios, respeitadas 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. (grifei)

O autor do projeto esclarece que a atual redação do *caput* do art. 231, da Constituição Federal, por não reforçar a aplicabilidade do disposto no *caput* do art. 5º, referente à inviolabilidade do direito à vida, dá margem ao entendimento equivocado de que a prática desses ilícitos é aceita pelo ordenamento jurídico vigente.

É o relatório.

II – Voto do Relator

Conforme determina o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art. 32, IV, b, c/c art. 202), cumpre que esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania se pronuncie acerca da **admissibilidade das propostas de emenda à Constituição**.

Art. 32 – São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade:

IV – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania:

b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição; (grifei)

Art. 202 – A proposta de emenda à Constituição será despachada pelo Presidente da Câmara à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que se pronunciará sobre sua admissibilidade, no prazo de cinco sessões, devolvendo-a à Mesa com o respectivo parecer. (grifei)

A proposição foi **legitimamente apresentada**, tendo sido confirmadas, pela Secretaria-Geral da Mesa, **188 (cento e oitenta e oito) assinaturas**, número este superior ao mínimo exigido constitucionalmente.

De outra parte, **não há óbice circunstancial que impeça a regular tramitação da proposição**. O País encontra-se em plena normalidade político institucional, não estando em vigor intervenção federal, estado de defesa, ou estado de sítio.

Da Imutabilidade das Cláusulas Pétreas

Entretanto, apesar de louvável a intenção do brilhante deputado Pompeo de Mattos de coibir a prática do crime de infanticídio pelos silvícolas, entendo que **esta proposta é inconstitucional, porque afronta cláusula pétrea**, prevista no inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição Federal, na medida em que **restringe direitos e garantias assegurados aos índios**.

As cláusulas pétreas são normas constitucionais que **impedem, de forma absoluta, a revogação ou modificação de determinados artigos, que tratam de matérias de fundamental importância**.

O presente projeto **viola direito essencial assegurado aos índios de viverem de acordo com seus costumes, crenças e tradições, sem sofrer interferência da cultura dos outros povos, consagrado no art. 231, da Constituição Federal**.

É importante esclarecer que a tese que aqui se adota **se refere aos índios que não tiveram ou que tiveram pouco contato com a chamada civilização, ou seja, aqueles que se mantêm, ainda, em estado primitivo**.

O inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Magna Carta, determina que **não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais**.

Artigo 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais. (grifei)

De acordo com o sistema jurídico adotado pela Constituição Federal, **as denominadas cláusulas pétreas podem ser alteradas somente pelo poder constituinte originário.**

Das Limitações do Poder Constituinte Derivado

Os poderes “constituídos” da República são os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. **Se eles são constituídos, significa dizer que alguma entidade os constituiu, portanto, existe um poder maior que constituiu os poderes constituídos. É esse o poder constituinte.**

O poder constituinte é aquele capaz de editar uma Constituição, dar forma ao Estado e constituir os Poderes. **O titular desse poder é o povo.**

Este poder é exercido por **um órgão colegiado (assembleia constituinte) ou um grupo de pessoas que se invista desse poder (é o caso das constituições outorgadas).**

Quando o constituinte originário exercita o poder de editar uma nova Constituição, **ele tem consciência de que, ao passar dos anos, haverá necessidade de modificações nessa constituição.**

Diante dessa situação, **o constituinte originário estabelece quando, por quem e de que maneira poderão ser feitas essas modificações.**

Esse poder de modificar a Constituição Federal é um **poder constituinte derivado**, que será exercido pelo Congresso Nacional, por meio de reforma constitucional ou emendas constitucionais, **sendo chamado também de poder constituinte reformador.**

O poder constituinte originário tem **três características: inicialidade, autonomia e incondicionalidade.**

O poder constituinte originário é inicial, porque não se fundamenta em nenhum outro; **é autônomo, visto que não se submete a limitações de natureza material**; e é incondicional, visto que delibera da forma que lhe aprouver, não estando submetido a condicionamentos formais.

Embora seja autônomo, **o poder constituinte originário está, no entanto, limitado ao direito natural (limites transcendentais).** Assim, a autonomia do poder constituinte ordinário não significa que ele seja ilimitado.

Os positivistas chamam essa categoria de **poder soberano**, pois o **poder constituinte originário não se submete a nenhum limite do direito positivo**.

O **poder constituinte reformador** também tem três características: é derivado, porque decorre do poder inicial; **é subordinado, visto ser sujeito a limitações de natureza material, chamadas de “cláusulas pétreas”**; e é condicionado, na medida em que se submete a condicionamentos formais.

Quando o constituinte originário estabeleceu que o exercente do poder reformador seria o Congresso Nacional e que a **maneira dessa reforma seria por meio de proposta de emenda à Constituição, ele estabeleceu limites à reforma constitucional**. Se houver violação aos limites previamente estabelecidos a proposta será considerada inconstitucional.

Os limites ao poder reformador podem ser procedimentais, circunstanciais, temporais ou materiais.

As limitações materiais explícitas estão expressamente dispostas no § 4º, do art. 60 (cláusulas pétreas).

O § 4º, do art. 60, da Magna Carta, dispõe que:

***Artigo 60** - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*

***§ 4º** - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (grifei)

Ressalte-se que **a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer “elemento conceitual” desses temas**.

Sobre as limitações de reforma constitucional, o professor José Afonso da Silva¹, assim se manifestou:

“É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado’, ‘fica abolido o voto direto...’, ‘passa a vigorar a concentração de Poderes’, ou ainda

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 8ª edição, 1992, página 584.

'fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o habeas corpus, o mandado de segurança...'. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, 'tenda' (emendas tendentes, diz o texto, para sua abolição".
(grifei)

No caso em tela, **não é necessário que a proposta suprima expressamente o direito dos silvícolas de viverem de acordo com seus costumes, crenças e tradições para ser invalidada.**

Com efeito, **basta a simples restrição desses direitos, com a imposição aos índios de regras de condutas estabelecidas em nosso ordenamento jurídico, para que a emenda seja considerada inconstitucional.**

Concluí-se, portanto, que o poder constituinte reformador ou derivado **não pode suprimir os direitos e garantias individuais, tanto os relacionados no art. 5º como os previstos em outros artigos da Magna Carta, por intermédio de proposta de emenda à Constituição, pois tais prerrogativas são consideradas cláusula pétrea.**

Do Direito à Preservação da Cultura Indígena

Indiscutivelmente, **a possibilidade de os índios viverem de acordo com seus costumes, crenças e tradições, sem a interferência da cultura de outros povos, é um direito fundamental assegurado pelo art. 231, da Magna Carta.**

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.

É importante esclarecer que os direitos e garantias expressos no art. 5º, da Constituição Federal, **não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que previstos no texto constitucional.**

Isto significa que além dos direitos individuais relacionados no art. 5º, **existem outros distribuídos no texto da Constituição, com o mesmo status.**

Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (Adin nº. 939-7/DF) **ao considerar cláusula pétrea, e consequentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária),** entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº. 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, pois,

"admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados". (grifei)

Desta forma, **a prerrogativa de os índios viverem de acordo com seus costumes, crenças e tradições,** apesar de não estar relacionada expressamente no art. 5º, **recebe o mesmo tratamento de direito e garantia individual, porque decorre do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal.**

Consequentemente, **sendo considerado um direito e uma garantia individual passa a ser classificado como cláusula pétrea, não podendo ser revogado ou modificado pelo poder constituinte reformador.**

Em outras palavras, **esse direito fundamental não pode ser suprimido ou limitado por intermédio de proposta de emenda à Constituição, que é um instrumento do poder constituinte derivado. Tal alteração depende de uma nova constituinte, isto é, da iniciativa do poder constituinte originário.**

Da Mudança de Filosofia

O Estatuto do Índio, Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, de maneira equivocada, adotou posição ideológica ultrapassada, **que preconiza a integração gradativa do silvícola à sociedade.** Como se o ideal e correto fosse os índios deixarem seu estado primitivo e passarem a viver de acordo com a cultura dos povos chamados civilizados.

Somente para ilustrar, reproduzo, a seguir, algumas normas do Estatuto do Índio, **instituídas equivocadamente com o objetivo de promover a integração gradativa do silvícola à sociedade:**

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

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

*VIII - utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e **a sua integração no processo de desenvolvimento;***

*Art. 50. A educação do índio será orientada para a **integração na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional**, bem como do aproveitamento das suas aptidões individuais.*

De maneira inovadora, a Constituição de 1988 reconhece a pluralidade étnica e cultural do país. **Assegura aos índios o direito à alteridade, ou seja, o direito de serem diferentes e tratados como tais; direito esse reforçado pela Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 19.04.2004.**

A nova postura adotada pelo constituinte **é denominada pela doutrina como ações afirmativas.**

Isto significa que a Magna Carta, disciplinando o princípio da igualdade, **resolveu tutelar os direitos de determinados grupos, que, por algumas circunstâncias, se encontravam em uma situação de inferioridade na sociedade.**

Sobre o tema, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior² lecionam:

² ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional* / Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. – 10ª. Ed. ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, pág. 134.

“Enfocando-o a partir de uma realidade histórica da marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas ou discriminação positiva.” (grifei)

Entre as ações afirmativas previstas na Constituição Federal, destaca-se **a obrigação de o Estado proteger a posse e cultura indígena, estabelecida no art. 231.**

É importante esclarecer que **as ações afirmativas decorrem dos chamados direitos fundamentais de segunda geração.**

Modernamente, a doutrina classifica os direitos fundamentais em: primeira, segunda e terceira gerações, de acordo com a **ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.**

Conforme, ainda, os ensinamentos de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

*Os direitos fundamentais de **segunda geração** costumam ser denominados direitos positivos, pois reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais. Também são chamados “direito de crença”, pois trazem a esperança de uma participação ativa do Estado. Constituem os direitos fundamentais de segunda geração os direitos sociais, os econômicos e **os culturais**, quer em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva. (grifei)*

O poder constituinte originário demonstrou claramente a sua **intenção de tutelar a cultura indígena, bem como a vontade de impedir a interferência nas tradições dos silvícolas.**

Efetivamente, no *caput*, do art. 13, da Constituição Federal, estabelece que **a língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.**

Entretanto, no § 2º, do art. 210, da Magna Carta, **determina que o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.**

Do Infanticídio como Cultura Indígena

O art. 123, do Código Penal, define o infanticídio como a conduta de **“matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”**.

Chama-se **infanticídio indígena a prática**, de alguns povos no Brasil (o que não quer dizer que inexista em outras localidades), **de matar crianças, principalmente em idade mais nova, por razões culturais: gemelaridade, defeitos físicos congênitos, mãe solteira ou adúltera, sinais de que estão amaldiçoadas, etc.**

O infanticídio é comum em determinadas espécies animais. É uma forma de selecionar os mais aptos. Quando têm gêmeos, os saguis matam um dos filhotes. Chimpanzés e gorilas abandonam as crias defeituosas.

Também era uma prática recorrente em civilizações de séculos atrás. Em Esparta, cidade-estado da Grécia antiga, que primava pela organização militar de sua sociedade, **o infanticídio servia para eliminar aqueles meninos que não renderiam bons soldados**. Um dos seus mais brilhantes generais, Leônidas entrou para a história por ter liderado a resistência heroica dos Trezentos de Esparta no desfiladeiro de Termópilas, diante do Exército persa, em 480 a.C. Segundo o historiador Heródoto, Leônidas teria sido salvo do sacrifício, apesar de ter um pequeno defeito em um dos dedos da mão, porque o sacerdote encarregado da triagem pressentiu o grande futuro que o bebê teria.

Ao longo da história, **o infanticídio foi praticado pelos mais variados motivos, geralmente sociais e culturais**.

O conceituado antropólogo Ronaldo Lidório³, em magnífico trabalho intitulado **“Uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil”**, mencionando diversos autores, demonstra que **o infanticídio dos indígenas brasileiros não é um fato isolado e nem mesmo reside em um passado distante**.

“Meyer Fortes expõe a prática do infanticídio entre os Gauleses, nos primeiros séculos, como forma de regular o equilíbrio numérico entre os clãs e compara tal prática com os Tallensi de Gana, África, em nossos dias.

Na China, é elevado o índice de aborto de meninas, fato também encontrado no norte da Índia e tribos minoritárias da Indonésia. Entre os Konkombas de Gana a prática do infanticídio está ligada à sobrevivência.

Em anos de seca, em que o acesso à alimentação é limitado, as crianças mais fracas e especialmente as doentes (sobretudo as deficientes) podem não ser alimentadas devidamente, gerando desnutrição e morte.

3 Publicado no site da Editora Ultmato, www.ultmato.com.br

Cardoso de Oliveira nos fala sobre o antigo costume Tapirapé, no Brasil indígena, de matar a quarta criança, regulando assim o número máximo de três filhos por casal.

Joan Bamberger nos relata sobre o uso de uma planta da família das simarubáceas (Simaroubaceae) como anticoncepcional ou abortivo pelas mulheres Caiapó e Jon Christopher Crocker relata sobre o infanticídio praticado pelos Bororos a partir de sonhos ou impressões de mau agouro antes do parto.

Com base no Censo Demográfico de 2000, pesquisadores do IBGE constataram que para cada mil crianças indígenas nascidas vivas, 51,4 morreram antes de completar um ano de vida, enquanto no mesmo período, a população não-indígena apresentou taxa de mortalidade de 22,9 crianças por cada mil. Há poucas pesquisas objetivas sobre o assunto”.

Consoante demonstra excelente pesquisa, intitulada “Infanticídio Indígena: Tradição ou Crime?”, formulada com base no depoimento de renomados antropólogos⁴, **o infanticídio é comum entre os indígenas brasileiros, considerado uma questão cultural.**

Os motivos que levam ao infanticídio dependem da tradição de cada tribo, **sendo os mais comuns: recém-nascidos portadores de deficiências físicas e mentais, gêmeos, filhos de mães solteiras e o sexo (quando nasce uma menina).**

Entre os Yanomami seria a **promoção do equilíbrio entre os sexos. Entre os Suruwahá, a deficiência física. Entre os Kaiabi, o nascimento de gêmeos (sendo que a primeira criança é preservada).**

Historicamente, **esse fato é de origem cultural e para ele há sempre uma explicação.** Os índios que nascem com deficiência, por exemplo, por muitas tribos são considerados incapazes de ter autonomia quando adultos, o que é fator determinante para a comunidade; já os gêmeos são vistos como maldição e as mães quando solteiras não podem criar uma criança sem o pai.

No Brasil existem cerca de **200 tribos de etnias diferentes e, em pelo menos 20 delas, ainda é praticado o ato que leva a criança à morte**, logo após seu nascimento, ou então ainda pequena.

O missionário Saulo Ferreira Feitosa, secretário da Comissão Indigenista Missionária (CIMI) **procura uma justificativa para a compreensão do infanticídio indígena:**

“Para os índios, a coletividade é essencial, eles não possuem a ideia do individualismo que nós temos”.

⁴ Pesquisa intitulada “Infanticídio Indígena: Tradição ou Crime?”, publicada no dia 20 de junho de 2008, no Jornal Folha de São Paulo, no site: <http://ambienteacreato.blogspot.com/2008/06/infanticidio-indigena-tradio-ou-crime.html>.

Saulo esclarece que, em contato com algumas tribos, a CIMI conseguiu impedir a morte de diversas crianças, **o que nem sempre foi benéfico para a pessoa que sobreviveu.**

*"Quando salva, a criança pode ser anulada pela sociedade indígena, se ela nascer com uma característica considerada negativa, **poderá ser ignorada e não fazer parte da tribo como o restante**". (grifei)*

Mais adiante o missionário Saulo Ferreira Feitosa arremata:

*"Ninguém é a favor do infanticídio. **Agora, enquanto prática cultural e moralmente aceita, não pode ser combatida de maneira intervencionista.**"*

O antropólogo Mércio Pereira Gomes, que foi presidente da Fundação Nacional do Índio – Funai - nos quatro primeiros anos do governo do Presidente Lula, **explica que o índio só considera um ser como pessoa quando ele é recebido pela sociedade.**

*"Quando se pratica infanticídio, **do ponto de vista cultural** - não do biológico -, ainda não se está considerando um ser como completo. A antropologia analisa desse modo. Sob essa lógica cultural, não é uma desumanidade." (grifei)*

Para a antropóloga Carmen Junqueira, professora de antropologia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC):

*"As pessoas deveriam prestar atenção nas crianças brasileiras que morrem de fome e de necessidade todos os dias. **Temos que cuidar da nossa população e deixar que os índios se cuidem como sempre aconteceu. Sempre viveram bem**". (grifei)*

Segundo o dicionário Aurélio, **o conceito antropológico de cultura é:**

"o conjunto complexo dos códigos e padrões que regulam a ação humana individual e coletiva, tal como se desenvolvem em uma sociedade ou grupo específico, e que se manifestam em praticamente todos os aspectos da vida: modos de sobrevivência, normas de comportamento, crenças, instituições, valores espirituais, criações materiais, etc.".

Com fundamento nos dados aqui apresentados e na definição acima descrita, **concluí-se que a prática do infanticídio faz parte da cultura dos silvícolas brasileiros, por se tratar de uma norma de comportamento, relacionada à sobrevivência do grupo, fundada nas suas crenças e tradições.**

A cultura é o fator que distingue os índios dos integrantes da chamada sociedade civilizada, nos termos do inciso I, do art. 3º, da Lei nº. 6001/1973 – Estatuto do Índio.

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

*I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico **cuja características culturais o distinguem da sociedade nacional;***

É importante deixar claro que, com a posição aqui adotada, não se defende em momento algum a prática do infanticídio, **mas sim a não interferência nos costumes, crenças e tradições dos índios, notadamente, daqueles que vivem de forma primitiva.**

De igual forma, **aqui não se discute se o direito à preservação da cultura dos índios é mais importante que a inviolabilidade do direito à vida.**

Na visão de Walter Claudius Rothenburg⁵:

*“O que ocorre é que, sob certas circunstâncias um direito precede ao outro. Em outras situações, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. **É isto o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os direitos têm diferentes pesos e prevalece o direito com maior peso**”.* (grifei)

A essa idéia de **integração de várias categorias de princípios que atuam de forma integrada, sem hierarquia, dá-se o nome de teoria do paralelismo principiológico.**

Além disso, de acordo com a tese aqui defendida, entendo que os índios, em decorrência do direito garantido no *caput* do art. 231, da Constituição Federal (de não sofrer nenhum tipo de interferência na sua cultura) **podem estabelecer, livremente e sem restrição, as punições que**

5 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre. Sérgio A. Fabris, Editor, 1999.

serão aplicadas aos membros da tribo, que venham a transgredir as normas de condutas definidas por aquela comunidade.

Nesta medida, sem querer polemizar ou radicalizar a teoria sustentada neste relatório, **acredito que o artigo 57, do Estatuto do Índio, que proíbe a aplicação, pelos grupos tribais, de punição de caráter cruel, infamante ou pena de morte aos membros da tribo, é inconstitucional, porque interfere nos costumes dos silvícolas.**

Artigo 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. (grifei)

Coerente com a linha de raciocínio desenvolvida neste trabalho, entendo que **os índios que se encontram em estado primitivo, com fundamento no direito de criar a sua organização social, podem estabelecer qualquer tipo de sanção aos membros do grupo, mesmo que essa medida contrarie o nosso ordenamento jurídico – inviolabilidade do direito à vida, desde que tal punição esteja relacionada à cultura e aos costumes da tribo.**

Aliás, um dos maiores antropólogos ainda vivos e que esteve no Brasil e fez pesquisa sobre os indígenas, Claude Lévy-Strauss em um de seus magníficos livros “Tristes Trópicos, ed. Companhia das Letras, 7ª. reimpressão, 2007, anotava características dos Nambiquaras como as relações sexuais e homossexuais. “As relações homossexuais são permitidas apenas entre adolescentes que se incluem na categoria de primos cruzados, ou seja, na qual um está em geral destinado a se casar com a irmã do outro, para quem, por conseguinte, o irmão serve provisoriamente de substituto” (“Tristes trópicos”, mencionado, pág. 296). Prossegue, afirmando que “não é raro ver dois ou três homens, casados e pais de família, passeando à noite carinhosamente abraçados” (idem, ibidem).

Observe-se, pois, que a homossexualidade não era estranha aos índios brasileiro.

Em notável análise sobre os costumes e a cultura dos nossos índios, anotou Lévy-Strauss que o relacionamento fora do casamento era comum e “a sociedade mostrava-se extremamente desfavorável aos sentimentos que consideramos naturais; assim, sentia profunda repulsa pela procriação. **O aborto e o infanticídio eram praticados de forma quase normal, a tal ponto que a perpetuação do grupo dava-se por adoção, bem mais que por geração**” (Ob. cit., pág. 170).

O profundo autor que vem de completar cem anos, esclarece os motivos pelos quais tais práticas, que hoje se repudia na sociedade dita civilizada e moderna, deviam-se ao fato de o deficiente onerar a tribo, uma vez que teriam que deixar alguém, são, para cuidar daquele. Como os indígenas

vivem da caça e da pesca, ainda feitas, no mais das vezes, de forma artesanal, o cuidado com terceiro significa perda de alimentação para a tribo, com graves conseqüências na subsistência do grupo.

Ademais, por motivos religiosos o segundo gêmeo, que nasce na seqüência do primeiro é causa de problemas futuros para a comunidade. Má sorte. Mau agouro. Inconformidade com os deuses. Dificuldades futuras. Tudo a embasar a crença de que o segundo filho, gêmeo, poderá ser causa de maldição para o grupo.

Como duvidar e como ingressarmos com valores estranhos em sociedade que ainda não está plenamente adaptada aos costumes dos *civilizados*? Como querermos impor nossas convicções, nossos valores e nossa cultura a outro povo? Somos todos brasileiros? Não será o Brasil um apanhado de culturas diversas? Não é isso que faz a beleza da cultura brasileira e de seu povo? Não criticamos os Estados Unidos por quererem impor seu *sistema democrático e sua cultura* a povos de cultura totalmente diferente? Estariam aqueles desviados de seus rumos? Há uma só cultura? Há uma só sorte de valores que podemos impingir a todos?

Assim não creio. O mundo é povoado de convicções, valores, diversidades físicas, intelectuais, religiosas, etc. Tudo é compatível com tudo. Nada é avesso à permeabilidade de culturas diversas. Rousseau já afirmava que o homem tende à perfectibilidade, num constante processo de transformação. Isso se deve dar pela lei da natureza ou por processo forçado de integração?

Dos Prejuízos à Comunidade Indígena

Na visão da antropologia, **os índios precisam de sua própria independência**. Durante anos, os índios foram obrigados a se integrarem à nossa cultura.

Agora, essa ideologia mudou, prevalecendo o entendimento do respeito às tradições, crenças e cultura dos silvícolas, porque **vivemos em uma época em que os valores da nossa civilização também são questionáveis**.

A tese que defendo é a da não intervenção na cultura dos índios, com base nas graves conseqüências da política de integração anteriormente adotada, que dizimou tribos e reduziu drasticamente a população indígena.

De acordo, ainda, com o trabalho elaborado pelo antropólogo Ronaldo Lidório⁶:

6 Publicado no site da Editora Ultmato, www.ultmato.com.br

*“Calcula-se que **havia 1,5 milhão¹¹ de indígenas no Brasil do século 16, os quais, irreparavelmente, somam hoje não mais de 350 mil.** Infelizmente, essa realidade etnofágica vai muito além das estatísticas e das palavras, pois é composta por faces, vidas, histórias e culturas milenares, as quais **têm sofrido ao longo dos séculos a devassa dos conquistadores**, a forte imposição econômica e perdas sociais tremendas. Permita-me redefinir os termos dessa afirmação em uma impressão coletiva. Os conquistadores não são os outros. Somos nós. (grifei)*

*A sociedade indígena ainda vive hoje sob o perigo de extinção. Não necessariamente extinção populacional, mas igualmente severa, **quando se perde língua, história, cultura e direito de ser diferente e pensar diferente convivendo em um território igual**”. (grifei)*

Segundo Lévi Strauss:

*“a perda linguística é um **dos sinais de declínio de identidade étnica e decadência de uma nação**. Ao observarmos esse sinal, percebemos quão desolador é o cenário”. (grifei)*

Michael Kraus afirma que:

“27% das línguas sul-americanas não são mais aprendidas pelas crianças. Isso significa que um número cada vez maior de crianças indígenas perde seu poder de comunicação a cada dia”.

Aryon Rodrigues estima que:

*“na época da conquista, eram faladas 1.273 línguas, ou seja, **perdemos 85% de nossa diversidade linguística em 500 anos**”*

A perda linguística está associada a **perdas culturais complexas, como a transmissão do conhecimento, formas artísticas, tradições orais, perspectivas ontológicas e cosmológicas.**

Diante da gravidade do quadro descrito, **sou totalmente contra a postura intervencionista, que impõe aos índios regras de conduta de nosso ordenamento jurídico.**

Da Compatibilidade com o Princípio da Soberania Nacional

De outra parte, é necessário consignar que a tese aqui defendida – da necessidade de preservar os costumes e cultura dos índios, mesmo que alguns comportamentos deles contrariem o nosso ordenamento jurídico - **não fere o princípio da soberania nacional, consagrado nos artigos 1º e 4º, da Constituição Federal.**

De acordo com os ensinamentos de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁷:

*“A soberania, pedra de toque de toda a organização nacional, indica, de um lado, a **supremacia do Estado brasileiro em relação a toda a ordem interna e, de outro lado, a sua independência no plano internacional, indicando-se, desse modo, sua não-subordinação a países ou organismos estrangeiros.**”*

Conforme leciona José Afonso da Silva⁸:

*“Soberania significa poder político supremo e independente, como observa Marcello Caetano: **supremo, porque não está limitado por nenhum outro na ordem interna**, independente, porque, na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremo dos outros povos”.* (grifei)

O princípio da soberania não é violado, porque os índios, de um lado, **não constituem uma nação independente, na acepção jurídica do termo, e, de outro, suas normas de condutas, decorrentes do direito de organização social, não podem ser consideradas um ordenamento autônomo ao sistema jurídico vigente.**

Dos Efeitos na Esfera Penal

⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional* / Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. – 10ª. Ed. ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, pág. 101.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 8ª edição, 1992, página 584 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 8ª edição, 1992, página 95.

Ademais, a alteração que se propõe não produziria nenhum resultado prático, pois o art. 26, do Código Penal, **considera inimputável o índio que não está integrado à sociedade civilizada**, isto é, não está sujeito à imposição de pena, porque não tem capacidade de entender o caráter ilícito da sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento.

Em outras palavras, mesmo com a aprovação desta proposta (inserção no art. 231 da inviolabilidade do direito à vida) **os índios que vivem em estado primitivo não responderiam pela prática do crime de infanticídio, porque, conforme o sistema adotado pelo Código Penal, eles não têm aptidão de compreender que aquele comportamento é ilícito, porque agem de acordo com sua cultura e tradição.**

Para os silvícolas já aculturados e integrados à sociedade, a alteração legislativa é desnecessária, **pois já são responsáveis penalmente por seus atos.**

Da Conclusão

Em síntese, **sou contra a imposição de regras de conduta, que contrariam o modo de vida dos índios, comprometendo a sua identidade étnica.**

Na realidade, **luto pela preservação dos grupos sociais indígenas, principalmente, daqueles que possuem homogeneidade cultural e linguística, compartilhando história e origens comuns.**

Finalmente, **sei que nenhuma cultura é estática ou isolada da sociedade humana.**

Nesta medida, **admito a possibilidade de os índios adotarem outra postura com relação ao infanticídio, mas de forma voluntária, fruto do diálogo, sem coerção.**

Neste sentido, a proposta apresentada pelo antropólogo Ronaldo Lidório:

“Que o Estado brasileiro deve tratar o infanticídio indígena de forma ativa, informando e dialogando com as sociedades indígenas em nosso país a respeito das alternativas para solução desse conflito interno, que isente a morte das crianças”. (grifei)

À luz de todo o exposto, o voto é no sentido **da inadmissibilidade da proposta de emenda à Constituição nº. 303/2008,**

porque viola cláusula pétrea, prevista no inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição Federal.

Sala da Comissão, em 10 de fevereiro de 2009

Deputado Regis de Oliveira
Relator