

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP ESCOLA DE DIREITO  
DE BRASÍLIA – EDB CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MAURO RODRIGUES BENVINDO**

**A ADOÇÃO DE MENOR INDÍGENA E A PREVISÃO INTEGRADORA  
PREVISTA NA LEI DE ADOÇÃO Nº 12.010/09.**

**BRASÍLIA  
JULHO, 2020**

**MAURO RODRIGUES BENVINDO**

**A ADOÇÃO DE MENOR INDÍGENA E A PREVISÃO INTEGRADORA  
PREVISTA NA LEI DE ADOÇÃO Nº 12.010/09.**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à banca examinadora como  
requisito para a conclusão do curso de  
Direito e obtenção do título de bacharela  
em Direito da Escola de Direito de Brasília  
– EDB/IDP.

Orientadora: Prof. Dr. Ana Paula Carvalhal

**BRASÍLIA  
JULHO, 2020**

**MAURO RODRIGUES BENVINDO**

**A ADOÇÃO DE MENOR INDÍGENA E A PREVISÃO INTEGRADORA  
PREVISTA NA LEI DE ADOÇÃO Nº 12.010/09.**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à banca examinadora como  
requisito para a conclusão do curso de  
Direito e obtenção do título de bacharela  
em Direito da Escola de Direito de Brasília  
– EDB/IDP.

Orientadora: Prof Dr. Ana Paula Carvalhal

Brasília-DF, 16 de julho de 2020.

---

Prof. Dr. Ana Paula Carvalhal  
Professora orientadora

---

Prof. Me. Anna Carolina Finageiv  
Membro da Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Danilo Porfírio  
Membro da Banca Examinadora

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esse trabalho, primeiramente, as vítimas inocentes da prática do infanticídio indígena, filhos não de índios, mas, de uma nação chamada Brasil. Segundo, aos profissionais que lutam e se dedicam ao combate dessa prática.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por todos os benefícios que tem me concedido, inclusive, o de poder chegar até aqui.

A minha família que sempre me apoia em meus projetos e sonhos.

A minha orientadora, pela dedicação e o apoio na confecção desse trabalho.

Ao professor Doutor Danilo Porfírio por ter iniciado a orientação do presente trabalho.

A professora Janete Ricken por toda dedicação e preocupação em ensinar o caminho para a confecção de um bom Trabalho de Conclusão de Curso, além dos incentivos pessoais.

Aos amigos que sempre estão torcendo por mim, em especial o José Conti e Jackson Alessandro, sem os quais, talvez não teria chegado até aqui.

## RESUMO

O presente estudo pretende discutir a adoção de crianças indígenas por famílias substitutas não indígenas. Para tanto, buscou-se a verificação da adoção perante o paradigma da Lei 12.010/09, e a manutenção dos vínculos indenitários coletivo, o infanticídio como expressão eugénica em comunidades indígenas, sendo a comunidade Kamaiurá objeto de estudo, além disso, verifica-se o aspecto constitucional e o pensamento ao direito a convivência familiar da criança indígena. Diante disso, a presente monografia analisa a adoção com o intuito de verificar em que medida ela é capaz de proporcionar ou realizar, o bem-estar das crianças indígenas muitas vezes esquecida da sociedade brasileira.

**Palavras-chaves:** Adoção de crianças indígenas. Lei 12.010/09. Vínculos indenitários coletivo. Infanticídio. convivência familiar da criança indígena.

## ABSTRACT

This study aims to discuss the adoption of indigenous children by substitute non-indigenous families. To this end, we sought to verify adoption under the Law 12.010/09 paradigm, and to maintain collective indemnity bonds, infanticide as a eugenic expression in indigenous communities, with the Kamaiurá community being the object of study, in addition, it is verified the constitutional aspect and the thought of the indigenous child's right to family life. In view of this, the present monograph analyzes adoption in order to verify to what extent it is capable of providing or achieving, the well-being of indigenous children, often forgotten in Brazilian society.

**Keywords:** Adoption of indigenous children. Law 12.010/09. Collective indemnity bonds. Infanticide. Family life of the indigenous child.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 – A ADOÇÃO E O NOVO PARADIGMA APRESENTADO PELA LEI Nº 12.010/09 A MANUTENÇÃO DOS VÍNCULOS IDENTITÁRIOS COLETIVOS.....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 – A adoção no Brasil.....</b>	<b>15</b>
<b>1.1.1 – A adoção no Código de Menores.....</b>	<b>19</b>
<b>1.1.2 – A adoção na Constituição Federal de 1988.....</b>	<b>20</b>
<b>1.1.3 – A adoção na Lei 8.069 (ECA).....</b>	<b>21</b>
<b>1.1.4 – Adoção no Código Civil de 2002.....</b>	<b>22</b>
<b>1.2 – Lei da adoção 12.010/09.....</b>	<b>23</b>
<b>2 – INFANTICÍDIO COMO EXPRESSÃO EUGÉNICA EM COMUNIDADES INDÍGENAS: UMA ANÁLISE SOBRE A COMUNIDADE KAMAIURÁ.....</b>	<b>28</b>
<b>2.1 – Os kamaiurá.....</b>	<b>30</b>
<b>2.2 – Atini (ONG).....</b>	<b>32</b>
<b>3 – O ASPECTO CONSTITUCIONAL E O PENSAMENTO AO DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA INDIGENA.....</b>	<b>35</b>
<b>3.1 – O dilema entre o ordenamento constitucional e o ordenamento normativo indígena.....</b>	<b>36</b>
<b>3.2 – Projeto de Lei 1.057, de 2007.....</b>	<b>38</b>
<b>3.3 – Aspecto jurídico e o entendimento dos Tribunais e da Suprema Corte sobre o tema.....</b>	<b>40</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>45</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA.....</b>	<b>47</b>

## INTRODUÇÃO

A adoção é um instituto milenar que se mostrou ao longo dos anos um poderoso recurso disponível a pessoas que não podem ter filhos, mais acima de tudo, um vetor que proporciona bem-estar social a muitas crianças e adolescentes.

Dessa forma, a adoção é um processo que muda a vida das pessoas. Portanto, esse processo será analisado no presente trabalho com o intuito de verificar em que medida ele é capaz de proporcionar ou realizar, o bem-estar das crianças indígenas muitas vezes esquecida da sociedade brasileira nos mais longínquos lugares do nosso Brasil, vulneráveis e submetidas a cultura de sua própria etnia que não aceita qualquer tipo de anomalia física ou aparente. Sendo o destino dessas, o infanticídio.

Desse quadro, busca-se através da adoção de crianças indígenas a mudança dessa realidade, uma vez que, a Constituição da República de 1988 ressalta que é dever da família e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, entre outros, o direito à vida, à saúde, à dignidade, ao lazer, à cultura além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Portanto, a escolha do tema se justifica, pelo fato da Lei 12.010/2009, ao fazer a alteração do artigo 28, § 6º do Estatuto do ECA (Lei 8.069/90), ressalta que as crianças indígenas sejam consideradas e respeitadas a identidade social e cultural, que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou aos seus próprios membros.

Diante desses fatos, o presente trabalho pretende discutir a adoção de crianças indígenas por famílias substitutas não indígenas. E de maneira específica, buscou-se a verificação da adoção perante o paradigma da Lei 12.010/09, e a manutenção dos vínculos indenitários coletivo, o infanticídio como expressão eugénica em comunidades indígenas: uma análise sobre a comunidade Kamaiurá e o aspecto constitucional e o pensamento ao direito a convivência familiar da criança indígena.

Ressalte-se ainda, que a escolha da comunidade kamaiurá se deu de forma aleatória no universo de treze étnias que possivelmente praticam o infanticídio como é destacado por José e Marques “está presente em pelo menos 13 etnias indígenas do Brasil, principalmente nas tribos isoladas” (2014).

Essa pesquisa teve como problema: como que o processo de adoção por famílias substitutas (não indígenas) previsto na lei 12.010/09, pode auxiliar no combate a prática do infanticídio em comunidades “eugênicas” sem contrariar seus costumes e tradições? Referente ao uso de hipóteses Dencker destaca que “os estudos exploratórios que visam a um maior conhecimento dos problemas não necessitam de hipóteses” (1998, p. 77). Com base nessa afirmativa, resolve-se não optar por hipóteses uma vez que trata-se de um estudo exploratório. Portanto, os procedimentos metodológicos que vão nortear o desenvolvimento da presente pesquisa estão interligados entre si, em busca de esclarecimentos que respondam ao problema pesquisado.

Dessa forma, este estudo utiliza-se dos seguintes procedimentos:

Pesquisa exploratória com o intuito de “proporcionar maior familiaridade com o problema com vistas a torna-lo mais explícito ou a construir hipóteses” (Gil, 1991, p. 45).

Pesquisa bibliográfica para sustentação teórico-metodológica desde trabalho, como forma de respaldo a argumentação.

Contudo, para uma melhor compreensão por parte do leitor, este trabalho está dividido em 3 capítulos, sendo o primeiro: A adoção e o novo paradigma apresentado pela Lei 12.010/09 e a manutenção dos vínculos identitários coletivos, onde é tratado o surgimento da adoção e sua evolução até o ordenamento pátrio na atualidade; 2) o infanticídio como expressão eugênica em comunidades indígenas: uma análise sobre a comunidade Kamayurá, nesse capítulo é apresentado os Kamaiurá étnia com seus aspecto cultural e social, além disso, é posto em discussão a conceituação e pratica do infanticídio indígena na comunidade Kamaiurá, ainda, o último tópico relata a importância da ONG (ATINI). O último capítulo 3) aborda o aspecto constitucional e o pensamento ao direito a convivência familiar da criança indígena. , aborda a questão do ordenamento constitucional e ordenamento indígena, tendo ainda, o aspecto do transconstitucionalismo como uma solução. Ainda no terceiro capítulo, tem-se as

decisões acerca do tema da adoção de criança indígena proferidas pelas Cortes Superiores e pela Justiça de Primeiro Grau.

## 1 – A ADOÇÃO E O NOVO PARADIGMA APRESENTADO PELA LEI Nº 12.010/09 A MANUTENÇÃO DOS VÍNCULOS IDENTITÁRIOS COLETIVOS

A adoção não é ato notadamente novo. Já os povos hindus, egípcios, persas, hebreus, gregos e romanos praticavam o instituto da adoção, acolhendo crianças como filhos naturais no seio das famílias. Ou seja, a “adoção é instituto milenar. Conhecido dos povos da Antiguidade” (Silva Filho, 2009, p. 20).

Os textos bíblicos relatam casos de adoção, como por exemplo: o momento em que “Moisés foi retirado das águas por força de abandono posto aos seus pais e, foi introduzido em uma outra família até ficar moço e ser adotado pela filha de Faraó, Termulus” (Êxodo, 2: 5-9).

Esse não seria um caso isolado. Percebe-se da leitura bíblica, que Ester foi filha adotiva de Mardoqueu; Jacó teria adotado Efraim e Manés (*idem*, p. 22).

Também, podemos observar o instituto da adoção no Código de Hamurabi, escrito pelo rei da Babilônia no século 18º a.c., onde é destacado algumas sanções para os filhos adotados que se insurgissem contra a autoridade dos pais adotivos, tal como, presente nos artigos:

192. Se o filho de uma amante ou prostituta disser ao seu pai ou mãe adotivos: "Você não é meu pai ou minha mãe", ele deverá Ter sua língua cortada.

193. Se o filho de uma amante ou prostituta desejar a casa de seu pai, e desertar a casa de seu pai e mãe adotivos, indo para casa de seu pai, então o filho deverá ter seu olho arrancado (Bezerra, 2019).

Vale lembrar que o Código de Hamurabi, não consiste em um verdadeiro código, no sentido técnico da palavra, mas em uma coletânea de normas, que reúne diferentes assuntos e preceitos. Nele, previa-se que o filho tido por adotado deveria abandonar ao usos e costumes da família de origem, jamais podendo retornar a ela, sob pena de punições severas.

Segundo Oliveira, o primeiro texto legal que aborda o tema adoção é o “Código Manu”, uma coleção de livros bramânicos escritos entre II a.c. e II d.c. que

dispunha que “aquele a quem a natureza não der filhos poderá adotar um, para que não cessem as cerimônias fúnebres” (2017, p. 31).

É certo que a ideia da adoção era para o prolongamento do devocional familiar segundo o qual, “adotar um filho era, pois, olhar pela perpetuidade da religião doméstica, pela salvação do lar, pela continuação das ofertas fúnebres, pelo repouso dos manes do passado” (Coulagens, 2008).

A Grécia antiga estabeleceu o instituto da adoção para casais que não podiam ter filhos, mas com uma abrangência bem maior do que a atual:

Um homem podia adotar um rapaz que encontrou para marido de sua filha; poderia adotar seus netos; os sobrinhos agnósticos; e, por vezes, sobrinhas para sucedê-lo. A adoção poderia ser feita intervivos ou, postumamente, por testamento. Como o poder dos pais sobre os filhos era absoluto era-lhes permitido mata, vender, ou expor os filhos recém-nascido. Era consenso que bebês nascidos disformes deveriam ser expostos, sendo mais frequente o abandono de meninas que de meninos (Sena, 2018, p. 29).

Fica claro, assim, que desde cedo houve uma preocupação especial com a perpetuação da família. Se por um lado, a adoção poderia ocorrer mesmo depois do requerente ter morrido, por outro, determinava-se o abandono das crianças com deformação.

Não obstante, em Atenas, a adoção estava presente como ideia fundamental entre a população grega:

Onde se alguém falecesse sem deixar descendentes, não haveria pessoa capaz de continuar o culto familiar, o culto aos deuses-lares. Nessa contingência o **pater familiar** sem herdeiros, contemplava a adoção com esta finalidade. O princípio básico do instituto antigo que passou para o direito civil moderno era no sentido de que a adoção deveria imitar a natureza: **adoptio natura imitatur**. O adotado assumia o nome a posição do adotante e herdava seus bens como consequência da assunção do culto. (Sena, 2018, p 29)

Como visto, a ideia inicial da adoção era a perpetuação do culto familiar. Posteriormente, cedeu lugar a outro objetivo, o de conferir títulos e direitos

sucessórios. Mais adiante, no entanto, limitou-se a buscar consolar as pessoas estéreis.

É necessário deixar claro que, no Direito Romano havia leis que protegiam os direitos de um recém-nascido e em que circunstâncias esses mesmos direitos poderiam ser negados. Dentre as condições para a negativa, previa-se a ausência da chamada vitalidade e distorções da forma humana. Conforme Silva, essas eram as principais causas de negativa de direitos:

Os problemas ocasionados por recém-nascidos com defeitos físicos podiam afetar duramente as famílias romanas, especialmente quando ocorriam coincidências misteriosas, segundo foi relatado por Plutarco (45 a 125 D.C.): (...) "no ano 280 de Roma, um temor supersticioso tinha invadido toda a cidade, porque as mulheres grávidas davam à luz crianças quase todas elas defeituosas e imperfeitas em alguma parte do corpo" ("Publius Valerius Publicola", de Plutarco).

Face à legislação romana vigente, toda baseada na Lei das Doze Taboas, não se deve nutrir dúvida alguma quanto ao destino desses recém-nascidos, seja pelo afogamento, seja pela exposição às margens do rio Tibre (Silva, 1987).

Os romanos, juntamente com os gregos, tinham nos mitos todos os desígnios necessários ao povo, inclusive, o perfil do cidadão perfeito, saudável, possuidor de um porte físico indiscutível. Isso fica visível, quando da descrição de seus heróis como Hércules, Zeus e Afrodite, que se caracterizavam tanto no aspecto físico quanto na beleza. Essa seria, portanto, a razão para negar aos seres deficientes ou com deformidades.

Durante a Idade Média o instituto da adoção perde força até desaparecer por completo. Sob a égide do "Direito Canônico, a igreja e o sistema feudal consideravam impróprio a convivência de senhores com rústicos ou plebeus em uma mesma família". (Sena, 2018, p. 31)

Entendia-se por família cristã apenas a família do sacramento matrimonial, ou seja, apenas aquelas que surgissem do vínculo perpetuo do matrimônio de um homem e de uma mulher, constituída com o propósito de ter os filhos que Deus enviasse. Dessa forma, a adoção foi sendo esquecida.

No entanto, com o advento da Revolução Francesa e o surgimento do Código Napoleônico de 1804, o ordenamento jurídico francês passou a prever quatro espécies de adoção:

**Adoção ordinária;** permitia que pudesse adotar pessoas com mais de cinquenta anos, sem filhos e com diferença de mais de quinze anos do adotado; previa alteração do nome e a determinação de ser filho adotivo herdeiro do adotante. Era contrato sujeito à homologação judicial; **Adoção remuneratória:** prevista na hipótese de ter sido o adotante salvo por alguém; poderia então, adotar essa pessoa: **Adoção testamentária:** permitia ao tutor, após cinco anos de tutela; e **Adoção oficiosa,** que era uma espécie de “adoção provisória”, em favor dos menores”. (Granato *apud* Sena, 2018)

O instituto da adoção ganhou novos ares. O Código trazia em seu bojo o interesse do imperador em adotar o seu próprio sobrinho.

Desse modo, o instituto da adoção foi ressuscitado na França mediante a decisão da Assembleia Legislativa de 1792 vindo a influenciar a legislação sobre adoção de muitos países, inclusive o Brasil.

## 1.1 – A adoção no Brasil

Durante o período do Brasil Colônia, nem o Estado nem a igreja se preocupavam com as crianças abandonadas. O abandono estava associado a um ato de adultério, pobreza extrema, orfandade, etc. A colônia, assim, reproduzia um padrão de comportamento conhecido na metrópole. Era comum, naquela época, deixar os recém-nascidos em meio a mata densa, em depósitos de lixos, lugares inóspitos, largados a própria sorte para morrerem ou serem comidos pelos bichos ou receberem outro destino qualquer.

Alguns, no entanto, já demonstravam preocupações com a situação. E isso foi traduzido aos Órgãos Públicos da época, como podemos notar:

No Brasil, a proteção à criança abandonada, prevista nas três Ordenações do Reino, iniciou-se com a própria colonização. Inicialmente era obrigação da Câmara Municipal o dever de encontrar meios para criar a criança sem família quando os pais ou parentes não assumiam a responsabilidade por seu filho. Entretanto, **as municipalidades brasileiras cumpriram com relutância e contra gosto tão difícil e importante função**, havendo, quase sempre, omissão, negligência, falta de interesse ou de assistência às crianças expostas e abandonadas (Sena, 2018, p. 32). (Grifo nosso)

As Câmaras Municipais tinham a função de administrar as vilas e cidades visando tornar as práticas locais compatíveis com as regras impostas pelo Império Português. Ademais, havia a função fiscalizadora sobre as condições da vida urbana, porém, como bem destacado, havia também, muito descaso com a vida humana.

Vale lembrar que, no início da colonização, os padres jesuítas tinham um modelo pedagógico de colonização para as crianças, no qual tinha como missão a fé cristã e a catequização dos indígenas.

Para os padres as crianças indígenas eram um caso à parte. Entendiam que elas deveriam receber um trato especial antes de atingirem a fase da puberdade, segundo eles, as crianças eram puras e, com o tempo, os adultos, com seus pensamentos e ensinamentos, tirava-lhes essa pureza. Segundo Neto, essa fase era entendida como “o momento da passagem da inocência original da infância à idade perigosa do conhecimento do bem e do mal, em que a criança deveria receber ‘luz’, ser modulada” (2000, p. 105 *apud* Henick, 2015, p. 06).

Quem rejeitasse esse modelo era tido como endemoniado, portanto, possuidor do mal. Essa era mais uma forma de renúncia da cultura autóctone das crianças indígenas.

Contudo, ainda que esse modelo pedagógico fosse recheado de boas intenções, ele fracassou, pois, os jesuítas não conseguiram inserir as crianças abandonadas, as órfãs e emigrantes em seu modelo. O fato é que os jesuítas tinham a missão de converter os gentios ao cristianismo e aos indígenas à transformação em “homem civilizado” conforme os padrões culturais e sociais do mundo europeu do século XVI.

Nesse momento, vale ressaltar importante apontamento feito por Marcílio (2006, *apud* Sena, 2018, p. 35). Segundo ela na cultura indígena não havia o

abandono de sua prole: “O ato de expor os filhos foi introduzido no Brasil pelos brancos europeus, o índio não abandonava os próprios filhos (...)”.

Isso fica claro, em um depoimento escrito por um missionário, Reverendo Duke, por ocasião de viagem ao Seruini em 1881. Vejamos os relatos:

Os “sinceros pedidos” não eram ouvidos. Os missionários queriam trocar facas, facões, machados e anzóis por crianças e se indignavam quando os indígenas diziam que queriam trocar por bananas. Para os missionários era óbvio que uma ferramenta como um facão valia mais do que uma penca de banana. O que talvez os missionários não perceberam era que os índios também sabiam disso e estavam simplesmente devolvendo uma proposta “indecente” em resposta à proposta indecente dos missionários (Link, 2016, p. 279).

É evidente, que os índios tinham o seu momento de dissimulação. Eles sabiam muito bem o que estava sendo proposto, mas em situações delicadas, se faziam de desentendidos. Tinham conhecimento de que os missionários queriam levar suas crianças, porém, “os Apurinã não dão ou vendem seus próprios filhos, a não ser em casos excepcionais. As crianças doadas são geralmente órfãs” (SAMM, 1877, p. 59).

Não se quer com isso, dizer que não havia morte de crianças indígenas perpetrada por seus pais ou pela própria comunidade em decorrência de má formação ou até mesmo, para não ser submetido aos interesses espúrios dos europeus.

Por outro lado, na época da colônia, era corriqueiro o abandono de crianças em becos e vielas por diversos motivos, tais como: filhos fora do casamento, escravas que tinha filhos dos seus senhores, crianças deficientes, etc. Conforme relata Neto, durante o século XVIII, havia a presença de:

Um estrondoso número de bebês abandonados que eram deixados pelas mães à noite, nas ruas sujas muitas vezes eram devoradas por cães e outros animais que viviam nas proximidades ou vitimados pelas intempéries ou pela fome (2000, p. 107).

Para tentar minimizar essa situação, instalou-se no Brasil uma instituição chamada de Roda dos Expostos. Nela eram deixadas as crianças cujos os pais, por algum motivo, não podiam criá-las.

Quem adotava ou pegava essas crianças para criar, muita das vezes, fazia isso, não por amor e caridade, mais com segundas intenções:

Em uma sociedade escravista (não-assalariada), os expostos incorporados a uma família poderiam representar um completo ideal de mão-de-obra gratuita. Por isso, criar um exposto poderia trazer vantagens econômicas; apenas com ônus da criação – que em alguns casos recebia ajuda pecuniária da Câmara local ou da Roda dos Expostos – o ‘criador’ ou ama-de-leite teriam mão-de-obra suplementar, e gratuita, mais eficiente do que a do escravo, por que livre e ligado a laços de fidelidade, de afeição e reconhecimento” (Marcílio, p. 135 *apud* Sena, 2018, p. 36.)

A ideia, portanto, era usufruir benefícios advindo dessa criação. O direito de herança do filho adotivo ou filho de criação era negado em decorrência da ambiguidade vivenciada pelo adotado ora era tratado como filho: ora era tratado como serviçal. Quem normalmente, adotava os expostos eram as mulheres viúvas ou solteiras e os homens pobres sem condições para comprar escravos.

Com o passar dos anos, a Roda dos Expostos perdeu a sua utilidade, passando a “receber críticas de médicos higienistas, que viam esta forma de assistencialismo como responsável pelas mortes prematuras de crianças” (Passeti, p. 11 *apud* Henick, 2015).

Frente a essa situação, é notório perceber, que na realidade uma das primeiras manifestações a proteção à infância da criança no Brasil, só surgiu com a primeira Assembleia Constituinte de 1823, em seu artigo 18 no qual buscava a proteção da mulher escrava gestante:

A escrava, durante a gravidez e passado o terceiro mês, não será obrigada a serviços violentos e aturados; no oitavo mês só será ocupada em casa; depois do parto terá um mês de convalescença; e passado este, durante um ano não trabalhará longe da cria (Sarney, 2012, p. 45).

Curioso é pensar que a proteção da infância tenha íntima relação com um período tão nefasto como a escravidão, onde os escravos e escravas nem mesmo eram considerados cidadãos ou mesmo pessoas. Contudo, o importante é destacar que após tais manifestações, surgiram leis que buscaram a melhoria dos escravos e da sua prole na sociedade. Tal como o Decreto nº 1.695, de 09 de setembro de 1869, que proibia a separação da família:

Art. 2º Em todas as vendas de escravos, ou sejam particulares ou judiciais, é proibido, sob pena de nulidade, separar o marido da mulher, o filho do pai ou mãe, salvo sendo os filhos maiores de 15 anos.

Além do Decreto, a Lei 2.040, de 28 de setembro de 1871 ou também, conhecida como Lei do Ventre Livre, propunha a alforria a toda criança nascida de mulheres escravas no Brasil, a partir da data de sua promulgação.

Todavia, nesse contexto, tudo leva a crer que, com o fim da escravidão, surgiram diversos problemas de ordem social, dentre eles: aumento populacional, maior número de abandono e, crescimento da criminalidade decorrente, principalmente, das crianças abandonadas.

Então, sob a influência da Declaração de Genebra (Declaração Universal dos Direitos da Criança), de 1924, o Brasil editou o Decreto 17.943/27, ou comumente, Código de Mello Matos, que estabeleceu a menoridade e limitava a inimputabilidade a idade de 18 anos. Também, foi criada a figura do Juiz de menores.

Entretanto, o Decreto 17.943/27, deixou algumas lacunas de ordem prática, dentre elas, não tratou da adoção. A partir da década de 70 viu-se a necessidade de um novo Código que contemplasse de maneira mais específica os direitos do menor. É o que abordaremos a partir do tópico seguinte.

### **1.1.1 – A adoção no Código de Menores**

Em 1979, foi criado o Novo Código de Menores ou Lei 6.697/79, de 10 de outubro, esse instituto, abordava sobre a assistência, proteção e vigilância a menores até 18 anos de idade que se encontrasse em situação irregular, ou seja, aqueles que eram abandonados, vítimas de maus-tratos, os flagelados sociais. Assim, via-se a importância da imediata inserção em uma família adotiva.

Desse modo, a Lei 6.697/79, criou duas formas de adoção: Adoção Simples (arts. 27 e 28), e a Adoção Plena (arts. 29 a 35).

Na simples, menores em situação irregular, de até 18 anos de idade eram adotados com base em uma declaração de vontade entre adotante e adota, como previa o CC/16, podendo a adoção ser revogada, uma vez que se tratava de um negócio jurídico (Sena, 2018, p. 52-53).

Na adoção plena, com a intenção de diminuir a situação de abandono e carência, crianças em situação irregular, com até 7 anos de idade, eram adotadas de modo a tornarem-se filhos dos adotantes e desligarem-se dos vínculos da família biológica, ressalvados os impedimentos matrimoniais

Nessa hipótese, o estágio de convivência seria de 1 ano, no mínimo, ficando o menor com o casal. Na época, apenas casais, com no mínimo 5 anos de matrimônio, podiam adotar plenamente (Lei 6.697/79, art. 31). Ainda, um dos cônjuges, deveria contar com mais de 30 anos de idade, salvo comprovação de esterilidade, em que ficaria dispensando o período de casamento (*idem*, art. 32).

### **1.1.2 – A adoção na Constituição Federal de 1988**

Somente com a promulgação da CF/88, o instituto da adoção ganhou força legal. Logo, em seu artigo 227, a Constituição atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de:

Assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao

lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A, norma constitucional busca garantir às crianças e aos adolescentes os direitos fundamentais de sobrevivência, desenvolvimento pessoal, social, integridade física, psicológica e moral, além de protegê-las legalmente contra negligência, maus tratos, violências, exploração, crueldade e opressão, etc.

Com a Carta Cidadã de 1988, os movimentos sociais em defesa da infância brasileira ganharam força. Debate-se, basicamente, a manutenção do Código de Menores ou uma mudança profunda por meio de novo Código.

Prevaleceu a opção por novas normas, que passaram a tratar as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e instituíram uma política de proteção integral.

Hoje, a adoção não é mais compreendida como um ato de caridade ou solução para casais estéreis. Tornou-se verdadeira espécie de filiação, quando parentesco entre adotando e adotado.

### **1.1.3 – A adoção na Lei 8.069 (ECA)**

A nova legislação, impulsionada pela promulgação da Constituição de 88, é a Lei 8.069/90, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente ou ECA, que representou uma verdadeira revolução na matéria. Representou uma “ruptura” com o paradigma da “situação irregular” do Código de Menores de 1979, que concebia crianças e adolescentes como “objeto” da intervenção judicial.

Em seu art. 1º, dispõe sobre a “proteção integral à criança e ao adolescente”, o art. 2º, conceitua como criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e como adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, não faz referência a menores em situação irregular, como antes ocorria no Código de menores. Segundo (Borghi, 1990):

Agora, os destinatários da nova lei são os menores em geral, dos quais será permitida a colocação em família substituta, outorgada da guarda e de tutela (até os 21 anos de idade), conforme dispõem os arts. 28-38 da Lei 8.069/90, independentemente da situação jurídica da criança e do adolescente.

Além disso, o ECA estabelece que os direitos da personalidade são oponíveis a todos, *erga omnes*. “É igualmente dever de todos zelar pelos direitos da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (Sena, 2018, p. 70).

Por isso, o art. 7º, determina que a criança e o adolescente tem direito a “proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Desse modo, não restam dúvidas que a preocupação do legislador no artigo 7º era com a integridade a vida e a saúde da criança e do adolescente, uma vez que, o Brasil já havia aderido à Convenção Internacional sobre os direitos da criança em 1989, não obstante a própria CF/88, em seu artigo 227, assegurar a garantia a vida e a saúde da criança e do adolescente por meio de programas integral e políticas públicas específicas para esse fim.

#### **1.1.4 – Adoção no Código Civil de 2002**

A entrada em vigor do novo Código Civil, trouxe algumas alterações e inovações em toda legislação civilista. Por exemplo, no CC/2002, não se fala mais em adoção simples ou plena, posto que revogadas. O Código de 2002 estabelece os requisitos para adoção: idade mínima para o adotante de 18 anos, ou seja, o adotante tem que ter 18 anos ou mais, independentemente, do estado civil, diferença entre o adotante e o adotado de dezesseis anos, consentimento dos pais ou dos

representantes legais de quem se deseja adotar e concordância do adotando se possuir mais de 12 anos de idade.

Ademais, a Lei veda qualquer tipo de discriminação a filiação adotiva referente aos direitos de sucessão, herança, etc. A adoção atribui a condição de filho ao adotado.

Outro ponto contido no CC/2002, é que ele pressupõe que, a manifestação das partes depende da outorga do Poder Público, ou seja, de sentença judicial.

Note-se ainda, que no CC/2002 estava presente a adoção dos maiores e menores. No entanto, com a nova redação dada pela Lei 12.010 de 2009, o legislador alterou o Código Civil de 2002 determinando que a adoção ficava a cargo do ECA. Isso porque, antes do advento da referida lei, existiam dois institutos que regulavam a matéria, o Código Civil e o ECA.

Entretanto, a grande inovação do legislador de 2002 quando comparado ao ECA foi a redução da idade mínima do adotante; de vinte e um para dezoito anos. Mas o Código Civil conservou em seu art. 1.619 que: “o adotante há de ser pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado”. Mas seguindo adiante, veremos que a Lei 12.010/09, ao surgir, traz uma nova roupagem ao instituto da adoção.

## **1.2 – Lei da adoção 12.010/09**

A Lei 12.010, de 03.08.2009, ou nova Lei da Adoção, modificou o ECA profundamente e alterou os arts. 1.618 e 1.619 e revogou os demais artigos que regulamentavam a adoção no Código Civil de 2002.

Com essa lei houve um alargamento do sistema protetivo da criança e do adolescente no sentido de aproximar a norma à realidade fática do País. Nesse sentido, explica Sena que: “o texto da Lei Nacional de Adoção evidencia a preocupação voltada para a efetividade do direito fundamental a convivência familiar” (2018, p. 86).

É dizer, a intenção do legislador não foi a de fragilizar as disposições do ECA, mas, sim incorporar mecanismos capazes de assegurar sua efetiva implementação, bem como fortalecer a integridade da família biológica, além de diminuir ao máximo o acolhimento ou abrigamento institucional de crianças.

A lei, também, destacou que a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar. Porém, com o advento da Lei 13.509 de 2017, o estágio de convivência passa a ser de 90 dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso, podendo esse prazo ser prorrogado por igual período, mediante fundamentada decisão judicial (art. 2º).

Além disso, a Lei 12.010/09, disciplina que “a simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência”. (art. 46, § 2º).

Segundo o artigo 46, § 4º, “o estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional (...), que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida” (Lei 12,010/09, § 5). Isso porque, “o estágio de convivência tem a finalidade de verificar a compatibilidade entre adotante e adotado” (Sena, 2018, p. 114).

Também, dentre as novidades, trazidas pela lei está a previsão da intervenção de representantes da FUNAI, no caso em que envolva à adoção de crianças e adolescentes indígenas. Não obstante, determina que sejam, “observados e respeitado o direito a cultura, os seus costumes e tradições e sua identidade social, **desde de que esses não confrontem com os direitos fundamentais ou com a própria Carta Magna** (art. 28, § 6, I), (grifo nosso).

Segundo Digiácomo (2016, p. 15), a lei também procura acabar com,

Práticas arbitrárias ainda hoje verificadas, como o afastamento da criança ou adolescente de sua família de origem por simples decisão (administrativa) do Conselho Tutelar ou em sede de procedimento judicial inominado, instaurado nos moldes do art. 153, da Lei 8.069/90, passando a exigir a deflagração, em tais casos de processo judicial contencioso, no qual seja assegurado aos pais ou responsáveis o indispensável exercício do contraditório e da ampla defesa.

Ainda que o Conselho Tutelar afaste do convívio familiar a criança ou adolescente com o intuito de contribuir para o bem-estar dessa pessoa, que por ventura esteja a sofrer maus-tratos, abusos, opressão, incidirá em práticas ilícitas, pois, a lei assevera que “o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária” (Lei 8.069/90, art. 101, § 2º).

A Lei 8.069/90, também, traz em seu artigo 19, “que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta”. Ou seja, somente na impossibilidade de permanência da criança na família biológica, demonstrada por decisão judicial fundamentada, que ocorrerá adoção.

Entretanto, nesse aspecto a lei inova ao apresentar o conceito de família extensa ou ampliada, qual seja:

Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (Lei 8.069/90, art. 25, parágrafo único).

Enquadram-se no conceito de família extensa, além dos pais, os tios, primos, avós, etc., ou seja, são os parentes próximo da criança ou do adolescente que possuem vínculos de afinidade e afetividade.

Desta forma, percebe-se claramente, uma extensão do conceito de família, com o objetivo de melhor atender aos interesses da criança e do adolescente, pois, a adoção por um parente próximo deixa o processo de adoção menos traumático, uma vez que, prioriza os vínculos de parentesco.

Como se pode observar, a Lei ainda trata, sobre a irrevogabilidade da adoção em seus arts. 47 e 49, que sucintamente, destaca-se que a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais. Isso porque, nem sempre foi assim, conforme “arts 373, 374 e 375 do CC/1916, onde a adoção podia ser revogada por cessação da interdição ou da menoridade, por mútuo consentimento das partes e da deserdação” (Sena, 2018, p. 93).

Nesse ponto, oportuno mencionar que o Código Civil de 2015, mantém vigente a exclusão da herança em seus artigos. 1.814 a 1.818 e também a deserção em seus arts. 1.961 a 1.965.

Outro esclarecimento necessário é que a lei aborda o reconhecimento pleno de filiação, onde o adotado passa a ter reconhecidos os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, se filho biológico fosse. Todos têm a igualdade de direitos. Noutras palavras, com a sentença judicial e o respectivo registro de nascimento, o adotado passa a ter todos os direitos inerentes à condição de filho. Isso é importante, porque nem sempre os adotados tiveram tratamento isonômico, mas, pelo contrário, foram discriminados.

Contudo, o legislador preocupado em se adequar aos tratados e normas internacionais, traz em seu artigo 28 da Lei 8.069/90 a inclusão do § 6º e seus incisos, de modo, a inovar acerca do processo de adoção. Pois bem, o que contém esse dispositivo?

Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal;

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia;

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

Embora, a lei aborde criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, estamos a tratar, apenas, das crianças e adolescentes indígenas, pois esses são o objeto desse estudo.

Assim, o legislador, trouxe para a norma o efetivo reconhecimento de se conferir tratamento específico à comunidade indígena, com o objetivo de garantir a sua identidade social e cultural, juntamente, com as suas tradições e costumes,

conforme já definiam a Convenção 169 da OIT (sobre Povos Indígenas e Tribais) e a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas, e, também, a própria CF/88.

Porém, o respeito a cultura da criança em processo de adoção, sendo essa indígena, está condicionado ao reconhecimento dos direitos fundamentais existentes, na legislação pátria. Assim, “o direito a cultura é legítimo, mais não são ilimitados. Isso significa que o direito à diversidade cultural não pode ser evocado para justificar a violação de um direito humano” (Suzuki, 2007).

Essa cautela faz todo sentido, por exemplo, quando se toma conhecimento de práticas de certas tribos indígenas em sacrificar crianças portadoras de necessidades físicas e de doenças graves ou mentais. Dentre elas, a comunidade kamaiurá, da região do alto Xingu. Segundo afirmou Pagliaro e Junqueira (2007, p. 40) em artigo científico: “...a homogeneidade cultural desses povos é evidenciada em múltiplos aspectos (...) dentre eles a prática de infanticídio”.

Antes de passarmos ao próximo tópico onde trataremos sobre o infanticídio como expressão eugénica em comunidades indígenas, vale lembrar que o próprio texto constitucional, reconhece “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (...)” (art. 231 da CF/88). Ou seja, o direito a cultura e a diversidade estão assegurados constitucionalmente.

## 2 – INFANTICÍDIO COMO EXPRESSÃO EUGÉNICA EM COMUNIDADES INDÍGENAS: UMA ANÁLISE SOBRE A COMUNIDADE KAMAIURÁ.

Quando eu estava na barriga da minha mãe meu pai não me reconhecia como filho legítimo então minha mãe ficou muito triste e pela pressão do meu pai, quando eu nasci ela cavou o buraco e queria me enterrar, mais uma senhora veio e me levou para a sua casa, porque eu era homem (...). Na nossa cultura enterramos as crianças vivas (Kakatsa kamaiura, 2017).

Certamente, a conceituação da palavra infanticídio no contexto indígena gera alguns posicionamentos divergentes de antropólogos, defensores dos direitos humanos e da própria Fundação Nacional do Índio, quer seja por manutenção e não interferência na cultura dos índios ou por outro lado, o respeito à vida e a dignidade da pessoa humana. E aqui, vale destacar um dos argumentos da FUNAI (2019):

É problemático generalizar e/ou naturalizar apressadamente o termo e a caracterização do infanticídio como prática indígena, tanto por inexistir descrição típica na lei penal quanto por não se tratar de prática intrinsecamente indígena.

O que se pode relatar é que o infanticídio está presente em nosso Código Penal, art. 123, mas pela complexidade do tema, especificamente, ao que tange a sua aplicação aos índios, não aprofundaremos o debate nesse trabalho. Bastando, por hora, dizer que adotamos a terminologia do infanticídio indígena com base no entendimento da pesquisadora Carmem Junqueira, que já “estudava os kamaiurás há mais de três décadas” e em seus trabalhos acadêmicos é uma constância a utilização do termo (Pagliario e Junqueira, 2008, p. 41). Além disso, é oportuno destacar que o conceito não comporta o sentido técnico-jurídico do tipo penal.

Por outro lado, podemos destacar que não se trata apenas de discutirmos a velha máxima da conceituação, uma vez que, é notório a discursão sobre a violência e morte perpetrada contra crianças indígenas, muita das vezes, mortas da pior forma

possível e, nos mais distantes lugares habitados por esses povos, em que o socorro quase nunca é imediato ou nem sempre são ouvidos.

O certo é que essa prática “está presente em pelo menos 13 etnias indígenas do Brasil, principalmente nas tribos isoladas, como os suruwahas, ianomâmis e kamaiurás” (José e Marques, 2014). Cada etnia tem uma crença que leva a mãe a matar o bebê recém-nascido. Vejamos a citação que se segue:

Em uma aldeia indígena de Caracaráí, pequena cidade de Roraima, a jovem de 21 anos dava à luz o seu quarto filho, e desesperou-se ao notar que o recém-nascido tinha uma má-formação na perna. Mesmo já sabendo o que ia acontecer, consultou os líderes da sua tribo lanomâmi.

O bebê não chegou a ser amamentado. Passou por um ritual, em que foi **queimado vivo**. As suas cinzas foram usadas para preparar um mingau, oferecido a todos da tribo.

(...) Em algumas tribos, as crianças são enforcadas. Quem decide é a própria mãe. Segura o pescoço e já enterra. (Toledo, 2015, grifo nosso).

Mas, certamente algumas mães são persuadidas pela comunidade e sua liderança a seguir a tradição, porém, nem sempre elas conseguem e acabam tirando a própria vida, a tirar a do filho. Isso fica explícito, no caso da criança Niawi (Suruwaha), “ele era filho de um dos maiores caçadores da aldeia, mas para tristeza da família, ele não se desenvolveu como uma criança normal. Motivo pelo qual, seus pais suicidaram” (Suzuki, 2006, p. 08.)

Diante desse quadro, o sociólogo Waiselfisz, autor do “Mapa da Violência de 2015”, argumenta que “as mortes de bebês índios não deixam de ser assassinato, por mais que a prática seja vinculada à cultura. Não se deve criminalizar o índio, mas tem de agir para salvar essas vidas” (Toledo, 2015).

Como se vê, a adoção dessas crianças indígenas por famílias não índia não seria algo surreal, mas, uma realidade, traduzida em necessidade social e humanitária de resguardar vidas inocentes.

Dito isso, no tópico seguinte, estudaremos alguns elementos históricos do modo de vida dos kamaiurá, objeto desse estudo.

## 2.1 – Os kamaiurá

Os Kamaiurá são índios que se comunicam através da língua Tupi que, juntamente com outros nove povos das famílias linguísticas Aruak, Karib, Tupi e da língua isolada Trumai, habitam a região do Alto Xingu, Mato Grosso, Brasil Central.

O primeiro contato dos Kamaiurá com representantes da “civilização ocidental” ocorreu em 1887, com a expedição de Karl von den Steinen (1940), que os encontrou nas proximidades da lagoa do Ipavu, no Alto Xingu. Daí por diante, várias expedições penetraram a região em visitas intermitentes e de curta duração. Em 1942, com a criação do órgão público, Fundação Brasil Central (FBC), iniciou-se a abertura de estradas e o estabelecimento de acampamentos na área. Em 1946 eles foram atingidos por essa penetração e passaram a ter contatos regulares com os membros da expedição Roncador Xingu, da FBC. Em 1961, o território que habitavam tornou-se o Parque Nacional do Xingu, sendo hoje denominado Parque Indígena do Xingu (PIX), subordinado à Fundação Nacional do Índio – Funai (Pagliaro e Junqueira, 2008, p. 40).

Karl von den Steinen foi um etnólogo e um grande etnográfico alemão que primeiro visitou a região do Alto Xingu com o intuito de estudar os índios até então desconhecidos. Então, a partir dali outras expedições sertanistas adentraram ao território xinguno.

Hoje, o Parque Nacional do Xingu abriga 16 etnias: Aweti, Ikpeng, Kaiabi, Kalapalo, Kisêdjê, Kuikuro, Matipu, Mehinako, Nahukuá, Naruvotu, Wauja, Tapayuna, Trumai, Yudja, Yawalapiti dentre elas os Kamaiurá.

São povos de diferentes percepções de cultura, por exemplo, a cultura dos Kamaiurá se sobressai em muitos aspectos, como o formato das aldeias, a construção das ocas, a cultura alimentar, o ciclo de iniciação pubertária, as pinturas e os enfeites corporais, a iniciação xamanística, o uso pelas mulheres do uluri (cinto), as festas e cerimônias que trazem em seu bojo, o Kwarup, o huka-huka e o javari. Além desses aspectos, o já mencionado anteriormente – infanticídio – é tido culturalmente pelos kamaiurá como uma prática recorrente.

Entretanto, a vida do kamaiurá ao contrário senso, inicia-se no chão de sua casa. “A mulher dá à luz no chão, junto à sua rede, que se encontra armada debaixo da rede do marido (Galvão, 1953 *apud* Viertler, 1969, p. 17). Ali, certamente, a criança é avaliada pela sua mãe sobre o olhar curioso dos demais moradores da casa. Ao perceber que a criança tenha algum problema em decorrência do parto, seja de ordem físico ou psíquica ou qualquer outro, ela não será amamentada. Assim é a tradição de algumas tribos brasileiras, inclusive, a dos kamaiurá.

Às vezes ouve-se ao longe o choro abafado da criança, abandonada para morrer na mata. O choro só cessa quando a criança desfalece, ou quando é devorada por algum animal. Ou quando algum parente, irritado com a insistência daquele choro, resolve silenciá-lo com uma flecha ou um porrete. Depois disso o silêncio é absoluto (Suzuki, 2007, p. 05).

Conforme citado, muitas vezes, o choro não se refere necessariamente a alimentação, mas, a uma situação de desespero em que às inocentes crianças se encontram em muitas tribos, floresta a fora. Até porque, a amamentação para o recém-nascido representa uma autorização de permanência no meio da tribo e ao mesmo tempo, aceitação por parte de toda a comunidade daquela nova vida. Para algumas tribos, isso é um gesto de amor, uma forma de proteger o recém-nascido.

Mas, lembrando sempre que em algumas situações sociais a cultura Kamaiurá legítima o abortamento, como no caso de liberdade sexual extraconjugal, que ocorrendo a concepção indesejável, será, interrompida (Pagliaro e Junqueira, p. 43). E no caso de fracasso, segue-se o infanticídio logo após o parto.

Holanda (2008, p. 17), por sua vez, ressalta em sua dissertação de mestrado, que “uma criança que ‘nasce’ não é imediatamente feita humana e, portanto, a procriação não é garantia de parentesco”. Isso porque a consubstancialidade é uma condição continua pelas trocas e relações.

Essa decisão tem reflexo muito peculiar quando ocorre entre as mulheres kamaiurás casadas, pois, “o casamento só é considerado integralmente consumado quando nasce o primeiro filho do casal” (Pagliaro e Junqueira, 2008, p. 42). Que a

partir daí receberá um nome, condicionado a sua pertença à humanidade (Holanda, 2008, p. 26)

Além disso, ao emergir do corpo da mãe é necessário que o neonato demonstre seu potencial de ser social, de humanidade, tais como: saber andar, falar ou alimentar-se (*ibidem*, p. 27).

## 2.2 – Atini (ONG)

Em meio a um quadro grave de crianças que são mortas, corriqueiramente, pelos seus genitores em homenagem a aspectos culturais, sem que soluções práticas cheguem com socorro até elas, surge a Atini Voz pela Vida. Uma organização sem fins lucrativos, fundada em 2006, sediada em Brasília, e reconhecida, tanto no Brasil como internacionalmente por sua atuação pioneira na defesa do direito das crianças indígenas.

Segundo essa entidade tem-se como missão: conscientizar e acabar com a prática do infanticídio de crianças nas aldeias do País. Para tanto, sua área de atuação se resume a:

- **Promover a conscientização e a sensibilização da sociedade sobre a questão do infanticídio de crianças indígenas**, abordando o assunto nos mais diversos meios de comunicação, produzindo e distribuindo material informativo, promovendo ou participando de eventos culturais, seminários e palestras em universidades, igrejas, escolas, empresas etc.
- **Prevenir o infanticídio junto às comunidades e profissionais atuantes em áreas indígenas**, produzindo e distribuindo material informativo conscientização sobre os direitos humanos e direitos das crianças.
- **Assistir crianças em risco de infanticídio ou sobreviventes, e seus familiares**. Atualmente, a Atini apoia crianças de várias etnias. (Atini, 2006)

Vale ressaltar que a violência contra crianças ocorre em todo o mundo, e, no Brasil não é diferente, há registro em todas as camadas sociais e regiões do País. Todavia, no caso das crianças indígenas existe um agravante, qual seja, “a cultura é colocada acima da vida e suas vozes são abafadas pelo manto da crença em culturas imutáveis e estáticas”. (Suzuki, p. 04, 2007)

Dados do Ministério da Saúde revelam que

(...) Bebês de até 1 ano ainda morrem no País por causas que poderiam ser evitadas. E as maiores vítimas da mortalidade infantil no Brasil são as crianças indígenas. Elas têm duas vezes mais risco de morrer antes de completar 1 ano do que as outras crianças brasileiras (Datasus, 2011).

Certamente é evidente que doenças evitáveis possam afetar e matar essas crianças antes de completarem um ano de vida. Entretanto, torna-se oportuno dizer, que esse quadro é agravado diretamente pelo fato dos dados de infanticídio indígena, serem precários e por isso, não são levados em consideração na estatística governamental. Para justificar a ausência dos mesmos, “as mortes são mascaradas nos dados oficiais como morte por desnutrição ou por outras causas misteriosas. (...) Só no Parque do Xingu são assassinadas cerca de 30 crianças todos os anos” (Suzuki, 2007, p. 07).

O importante é perceber que a prática do infanticídio não passou despercebido pela equipe de saúde indígena, que atuava no Alto Xingu, conforme relato de Paltu Kamaiura:

Eles enterraram o outro. A enfermeira não me avisou que ela tinha gêmeos. Só na hora que nasceram as crianças, às duas horas da madrugada. Eu estava na minha casa e a minha esposa estava na casa da mãe dela. Aí, depois que nasceu, a pessoa veio falar para mim que eram duas crianças. Eles me avisaram que iam enterrar as duas. Aí eu falei que não, que eu precisava pegar pelo menos uma delas. Mas a família não queria que eu pegasse nem uma das crianças.

Eu insisti e aí meu pai foi lá para segurar uma das crianças. Eles pegaram uma e enterraram a outra (Suzuki, 2007, p. 12).

Contudo, como já destacado, acima, existe uma fragilidade a respeito dos dados referentes a prática do infanticídio nas comunidades indígenas, mas seguramente essa prática é de toda conhecida dos profissionais que prestam assistência à saúde indígena. Contudo, a Atini “tem sido promotora da conscientização sobre o direito à vida em cerca de 50 etnias em nosso país” (Lidório, 2007, p. 09) e apoiando famílias que buscavam outras alternativas ao sacrifício de suas crianças, além de denunciar o abuso e os maus tratos em relação à infância e à mulher indígena.

### 3 – O ASPECTO CONSTITUCIONAL E O PENSAMENTO AO DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA INDIGENA

Prestes a completar 32 anos da promulgação da Carta da República, a violência contra a criança é algo ainda muito presente em nosso país, merecedor de repúdio conforme *caput* do art. 227 da CF/88. Implica dizer que, é uma transgressão aos direitos fundamentais e ao dever de proteção do adulto e da sociedade como um todo.

Todavia, no caso das crianças indígenas, elas passam a está na condição de vulnerabilidade de modo ainda mais grave, pois segundo dados da UNICEF (2019): elas não têm direitos a educação, água, saneamento, moradia, informação e proteção contra o trabalho infantil garantidos.

E mais, a Convenção sobre direitos da criança (1989), promulgada através do Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990, ressalta em seus artigos que:

Art. 2. Os Estados Partes devem adotar todas as medidas apropriadas para assegurar que a criança seja protegida contra todas as formas de discriminação ou punição em função da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

Art. 3. – Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar (...).

Diante do exposto, e do que já citado pela Carta Maior, é evidente que se trata de direitos fundamentais em que deve se discutir a prática da violação desses direitos em que o Estado brasileiro é signatário.

Nesse contexto, faz-se oportuno citarmos entrevista postada no dia 12/09/2019, cujo, a Ministra Damares Alves, tratando de fortalecimento da rede de proteção à criança, ressalta que “o Brasil (...), não é o país das maravilhas. É uma nação cruel com criança” (Barbosa, 2019).

No ponto, curioso é fazer a seguinte indagação; a criança indígena está sob a mesma norma legal que as demais crianças? Ou seja, o sistema de garantia pode e deve ser aplicado a elas no intuito de mudar essa realidade que está sendo descrita?

Para que possamos compreender melhor a questão devemos analisar três situações postas que serão estudadas nos próximos tópicos.

### **3.1 – O dilema entre o ordenamento constitucional e o ordenamento normativo indígena.**

Certamente, a adoção de crianças indígenas perpassa pela compreensão de que elas são sujeitas de direito, sendo-lhes assegurada o direito fundamental ao respeito e à igualdade. Só que no amago dessa pesquisa, é notório que existe um choque entre normas jurídicas estatais e normas coletivas indígenas. Quando essas se chocam, é necessário existir um diálogo constitucional, dando ensejo ao que o professor Marcelo Neves (2009) chama de transconstitucionalismo.

Isso porque, segundo Piovesan (2009, p. 14) “podemos dizer que o constitucionalismo tem seu núcleo essencial constituído pela garantia de direitos fundamentais (ou humanos) e pela separação de poderes” (*apud* Duarte, 2012, p. 07). Assim, o constitucionalismo trazia em seu aspecto conjuntural a divisão de poderes e a garantia de direitos fundamentais.

Mas com a evolução da sociedade mundial:

Passou a colocar em dúvida a relação, aparentemente necessária, entre ordenamento jurídico e soberania nacional. Por tal motivo, fazem-se necessários estudos sobre as condições de possibilidade de se pensar um constitucionalismo para além do Estado e como tal modelo contribuiria para a solução dos problemas constitucionais (Carneiro, 2011, p. 145-146).

Portanto, seria necessário pensar um modelo que adequasse essa nova ordem de necessidades para além do constitucionalismo estatal e que fosse capaz de solucionar conflitos. Nesse contexto, Neves (2009) baseado em Niklas Luhmann, sociólogo alemão, introduz o termo transconstitucionalismo no meio jurídico brasileiro.

Segundo ele:

(...) o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional (...) que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo (p. 297).

(...) o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver” (p. 298).

Conforme o exposto acima, o conceito está ligado a problemas jurídico constitucionais que vão além das ordens jurídicas impostas a todos, como por exemplo, os problemas que envolve os direitos humanos. No caso, fica visível o entrelaçamento entre ordens normativas nativas e ordens constitucionais dos Estados, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais.

Certamente, os direitos humanos “por menor que seja a aldeia, sempre haverá nela dissenso e grupos com interesses que se chocam. É a partir daí que os direitos humanos fazem eco às aspirações de um desses grupos” (Segato, 2016, p. 11).

Nesse sentido, em trabalho científico datado de 2014, o professor Marcelo Neves aborda a situação da tribo dos Suruahá na constância do direito consuetudinário, que por um lado, a questão conflituosa envolvia o direito de autonomia cultural em que “é obrigatório o homicídio dos recém-nascidos quando tenham alguma deficiência física ou de saúde em geral” (Neves, 2014, p. 17), e do outro, o direito das mulheres indígenas, juntamente, com o direito da criança a vida.

Analisando essa situação percebe-se que não é uma particularidade, somente, dos Suruahá, logo, estão no mesmo contexto os Kamaiurá, objeto desse estudo e tantas outras tribos localizadas no território brasileiro. Nessas comunidades, “a vida só tem sentido se não for marcada por excessivo sofrimento para o indivíduo

e a comunidade, se for uma vida tranquila e amena. Assim se justificaria o homicídio de recém-nascidos (...)” (Segato, 2011, p. 364-365 *apud* Neves, p. 20).

Desse modo, a solução seria o diálogo entre as diversas ordens divergentes para que se tenha um tratamento igualitário e harmonioso entre elas.

### **3.2 – Projeto de Lei 1.057, de 2007**

Com o intuito de dar um outro panorama a situação do infanticídio indígena existente no País o Deputado Henrique Afonso do Estado do Acre, apresenta o presente projeto cujo, a ementa traz o seguinte teor: “a finalidade é o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais”.

O projeto, portanto, busca a criminalização das seguintes práticas que atentarem contra a atividade física-psíquica, elencadas no art. 2º, inc. I ao XIII, entre os quais destaca-se os “homicídios de recém-nascidos”, em casos de falta de um dos genitores, “homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais”, “homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais”. Além desses, o projeto ainda prever pena de 1 ano a 6 meses de detenção ou multa aqueles que tendo conhecimento da real situação de risco que se encontra a vítima em decorrência da tradição nociva, não comunicar imediatamente as autoridades.

Por fim, o projeto também estabeleci que as autoridades judiciais, ao tomarem conhecimento da pratica nociva, devem retirar a criança provisoriamente do convívio do grupo, destinando-a ao acolhimento em abrigos específicos ou a adoção.

Entretanto, segundo Holanda (2017, p. 04) o PL erra ao criminalizar a população indígena considerando que o infanticídio é uma tradição cultural indígena. Para ela o infanticídio ocorre em toda humanidade. Senão vejamos:

No ano 313, quando os imperadores romanos Constantino e Lecínio promulgaram, de comum acordo, o Edito de Milão, ato que simbolizou o fim das perseguições do Império aos cristãos. No documento, temos a abolição das crucificações, das lutas de gladiadores e a confirmação da proibição do infanticídio.

Além do momento histórico citado, haviam ainda as práticas abortivas entre as escravas, que preveriam matar seus filhos haverem eles como servos, além disso, outro momento histórico que chama a atenção para o fato de crianças mortas é a rodas dos expostos, onde havia um número considerável de crianças mortas. “Em Salvador, do período de 1836-1837, a Roda recebeu 75 expostos, dos quais faleceram 68. No Rio de Janeiro ao longo de 1831, 325 crianças foram registras, das quais 303 faleceram” (Valdez, 2004, p. 114 *Apud* Holanda, 2008, p. 92).

São vários os exemplos que demonstram que a prática do infanticídio a muito já era praticada no mundo inteiro, então, “qual poderia ser a ética do infanticídio?” (Holanda, 2008, p. 93). Ora, “(...) o que se chama ‘infanticídio’ é antes uma gama diversa de estratégias reprodutivas e de relações político-religiosas, presentes em todos os cantos do mundo, historicamente” (*Ibidem*, p. 85).

Durante os debates na Câmara dos Deputados em 26/08/2015, o então Dep. Ivan Valente do PSOL- SP, demonstra sua preocupação com o PL 1.057/07, ressaltando em seu discurso que:

Todos nós somos contra infanticídio e violação de direitos humanos contra criança e crianças indígenas, o problema não está aí, o problema está em que é preciso compreender o que é uma cultura do outro, uma vivência do outro, de povos ancestrais, de povos que residem nessas terras desde tempos imemoráveis e qual é o tipo de política que iremos levar para mudar alguma coisa que não seja uma violência contra os povos indígenas ou sua esquematização.

É evidente que o problema destacado pelo congressista é saber qual o impacto que essa nova rota de criminalização da cultura indígena pode causar as populações indígenas.

Todavia, para o relator, o PL visa dar conformidade com o que está no Dec 99.710/90, art. 4º “Os Estados partes adotarão todas as medidas eficazes e

adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança” (Câmara, p. 03).

Já para Fonseca, 2016,

O debate sobre infanticídio indígena não traz nada de novo, apenas reafirma, porém agora sob a égide dos direitos humanos universais, as antigas acusações de selvageria, crueldade e irracionalidade dos indígenas. O que temos agora não passa de um novo motivo, um novo pretexto para negarmos aos indígenas o que lhes é assegurado por direito – sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e terras. Por conta de suas culturas primitivas, com práticas cruéis, eles abandonam, enterram, matam suas pobres crianças. Diante disso, como explicar o abandono de crianças em latas de lixo em nossa tão civilizada cultura? Além do que, não é estranho o fato de que o primeiro caso seja tratado como uma violação dos direitos humanos, enquanto que o segundo é tipificado como um mero crime? (p. 270-271).

Certamente, a questão indígena, ecoa em nosso contexto paradigmático como um problema, ainda mais, quando o assunto se referindo a menor indígena, envolvidas em práticas culturais que atentam contra a vida. Assim, o Parlamento brasileiro foi chamado para participar do debate e a pronunciar-se se a questão padece ou não de regulamentação.

### **3.3 – Aspecto jurídico e o entendimento dos Tribunais e da Suprema Corte sobre o tema**

No tópico anterior finalizamos falando da complexidade que existe quando o assunto se refere a questão indígena, sendo ainda, mais agravado quando referente a menor indígena. E essa complexidade fica mais visível quando passamos o olhar sobre os dados estatístico disponíveis na página do Conselho Nacional de Justiça – CNJ referente a adoção de crianças e adolescente indígenas, pois, de um total de 5.138 crianças disponíveis para adoção, temos 19 indígenas, dos quais 03 são até três anos, 04 de 03 a 06 anos, 04 de 06 a 09 anos, 03 de 09 a 12 anos, 01 de 12 a 15

anos e 04 maiores de 15 anos, ou seja, desse total existem 14 crianças, todos a espera de adoção. Por outro lado, há um elevado número de pretendentes a adoção, 36.296 (CNJ, 2020).

Esses números são tão dissipares porque entre outras situações, como a cultural, o vínculo parenteral, a lei 12.010/09, fortalece a ideia de a adoção ocorrer inicialmente na família natural como já mencionado linhas atrás.

Não obstante, esse seria o ponto nevrálgico a ser observado e discutido. Nesse ponto, Pereira (2016) ressalta em seu artigo que “a raiz do problema está, inclusive, em uma interpretação equivocada e preconceituosa da lei, (...) um verdadeiro culto ao biologismo”.

Nesse sentido, o judiciário é a todo momento provocado a se manifestar acerca da problemática referente ao tema, tanto nas instancias de primeiro e segundo grau, quanto nas Cortes Superiores de Justiça (STJ e STF). No caso da justiça de primeiro e segundo graus cito Ação Rescisória do Estado de Rondônia em que o Relator, Kiyochi Mori ressaltou em seu voto que:

A concepção de família indígena está fundamentada no conceito de família extensa, ou seja, que compreende uma rede de parentesco onde os compromissos e responsabilidades com relação à educação, formação e proteção das crianças e adolescentes são atribuídos não apenas aos pais, mas à coletividade. (Ação Rescisória, Processo nº 0001076-22.2013.822.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, Câmaras Cíveis Reunidas, Relator(a) do Acórdão: Des. Kiyochi Mori, Data de julgamento: 06/03/2015).

Por meio do axioma, entende-se que a coletividade em apreço é aquela para além da contida de pais e parentes, mas, pertencente a mesma tribo e povo e não a coletividade sociedade comum, que a todos é conhecida, não índios. Porque se assim o fosse, o rigor legal seria comum, sem distinção em relação as demais crianças não indígenas no processo de adoção.

Em relação as Cortes Superiores de Justiça (STJ e STF), vale anotar entendimento colacionado no REsp 1566808-MS 2015/0288539-0, do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que tratou justamente da inserção de criança indígena em

família comum, cujo, a Ementa não deixa dúvidas qual seja, o entendimento daquela Corte de justiça frente ao tema:

**EMENTA:** RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL. CIVIL. DIREITO INDÍGENA. COLOCAÇÃO DE MENOR INDÍGENA EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. PREVISÃO DE INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DA FUNAI NO PROCESSO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO PARA QUE A NULIDADE SEJA DECRETADA. NÃO OCORRÊNCIA NO CASO DOS AUTOS. CRIANÇA **INSERIDA HÁ QUATRO ANOS EM FAMÍLIA COMUM**. CONSTITUIÇÃO DE LAÇOS AFETIVOS. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

3. A adoção de crianças indígenas por membros de sua própria comunidade ou etnia é prioritária e recomendável, visando à proteção de sua identidade social e cultural. **Contudo, não se pode excluir a adoção fora desse contexto, pois o direito fundamental de pertencer a uma família sobrepõe-se ao de preservar a cultura, de maneira que, se a criança não conseguir colocação em família indígena, é inconcebível mantê-la em uma unidade de abrigo até sua maioridade, sobretudo existindo pessoas não indígenas interessadas em sua adoção.**

(...)

6. A criança indígena adotada foi inserida em família comum com cinco anos de idade, em 15/02/2013, há mais de quatro anos, portanto, a indicar que o decreto de nulidade, na hipótese, seria prejudicial aos próprios interesses do menor, uma vez já consolidados os vínculos de afetividade, os quais seriam desfeitos em prestígio de formalidade.

7. Recurso especial improvido. (REsp 1566808-2015/0288539-3, julgado em 02/10/2017) (grifo nosso)

Diante da Ementa citada, pende destacar que o inciso III do § 6º do art. 28 da Lei 12.010/09, disciplina a obrigatoriedade de agentes da Fundação Nacional do Índio – FUNAI e antropólogos nos procedimentos que envolva menor indígena em processo de substituição familiar, quer seja por adoção, guarda ou tutela. Porém, o que se percebe do entendimento do Superior Tribunal de Justiça é que o melhor interesse do menor se sobrepõe a qualquer tipo de formalidades que atentem contra a dignidade da vida humana.

Já no caso do Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF em julgamento ocorrido no ano passado no ARE 1133590, do Estado do Mato Grosso do Sul, que corria em segredo de justiça sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, o Tribunal não conheceu do recurso conforme citação de trechos do acórdão que se segue:

## RELATÓRIO

1. Trata-se de agravo interno interposto contra decisão que negou provimento ao agravo, pelos seguintes fundamentos:

(...)

O artigo 28, § 6º do Estatuto da Criança e Adolescente, ao estabelecer as regras referentes à adoção e criança indígena, prevê a obrigatoriedade de intervenção do órgão federal responsável pela política indigenista nos feitos desta natureza. Entretanto, em que pese a existência de previsão legal estabelecendo a necessidade de intervenção da Funai em processos envolvendo direitos indígenas, a questão envolvendo a nulidade absoluta, decorrente da inobservância de tal regra, não pode ser analisada sem levar em consideração o direito dos menores envolvidos no processo de acolhimento e adoção.

A decisão agravada negou seguimento ao recurso por entender que eventual ofensa à Constituição se daria de modo indireto ou reflexo.

(...)

2. A parte agravante sustenta que “a apontada ofensa aos artigos 226, 227 e 231 da Constituição Federal é DIRETA e FRONTAL, visto que a questão posta no Recurso Extraordinário refere-se ao direito da criança indígena de ser inserida, prioritariamente, por meio da participação da FUNAI no procedimento, dentro da comunidade de sua origem étnica, a fim de se evitar que sejam destruídos em definitivo os vínculos culturais, os costumes, a língua, a crença e as tradições indígenas, matéria que está disciplinada nas normas constitucionais apontadas como violadas, de modo que o seu exame prescinde da análise de legislação infraconstitucional”.

## VOTO

1. (...)

2. O agravo não deve ser provido, tendo em vista que a parte recorrente não traz argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada.

3. Tal como constatou a decisão agravada, para divergir do acórdão recorrido, mostra-se imprescindível a análise de norma infraconstitucional que prevê a intervenção obrigatória da FUNAI (ECA, arts. 6º e 28, § 6º), além do reexame dos fatos e provas carreados nos autos, o que inviabiliza o seguimento do recurso extraordinário (Súmulas 280 e 279/STF).

4. Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno (DJE, 07/08/2019, em Sessão Virtual da Primeira Turma).

Do julgado, observa-se que o relator negou provimento ao agravo interno, entendendo que a existência da controvérsia demandaria reexame de fatos e provas, atraindo assim, a incidência das Súmulas 279 e 280, ambas do STF. Dessa forma, a decisão de primeiro grau permaneceu intacta, principalmente, quando se refere a razão da exigência legal da participação da FUNAI no processo de guarda, tutela e adoção. Segundo o relator daquele Tribunal, não pode tal decisão ser tomada antes de se levar em conta, o direito dos menores envolvidos. O agravo que buscava modificar tal entendimento de primeiro grau não foi aceito com base na própria Jurisprudência da Corte de Justiça. Foi esse o entendimento externado pelo Ministro Roberto Barroso, Relator em seu Voto e endossado pela unanimidade dos Membros da Primeira Turma.

Portanto, ao observarmos esse aspecto jurídico, enxergaremos três situações distintas. A primeira, é o dilema existente entre o ordenamento constitucional e o ordenamento normativo indígena, em que o professor Marcelo Neves (2009), sugere a existência de um diálogo constitucional, dando ensejo ao que o professor chama de transconstitucionalismo.

A segunda, refere-se ao Projeto de Lei 1.057 de 2007, de autoria do ex-Deputado Henrique Afonso do Estado do Acre, que busca criminalizar a prática de “homicídios de recém-nascidos” por quais quer motivos, cultural, religioso, etc.

E por fim, a que os Tribunais têm entendido que o melhor interesse do menor indígena prevalece, ao fim e ao cabo, da exigência normativa da atuação do órgão da FUNAI em processos que envolve crianças indígenas.

As três situações, só demonstra o grau de complexidade em que está inserida a questão da adoção envolvendo menor indígena. Além disso, fica evidente que não depende, apenas, de uma única instância a solução do problema. Necessitando de uma maior atenção do Estado brasileiro quanto aos direitos de adoção, tutela e guarda em processos que figurem crianças indígenas, pois, esse é só mais um, de tantas outras causas necessárias ao conhecimento do direito desses povos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ficou demonstrado adoção não é ato notadamente novo. Já praticado ao longo de toda história pelas civilizações mais antigas como os hindus, egípcios, entre outros povos, deixando claro que desde cedo havia uma preocupação especial com a perpetuação da família.

Desse modo tinha-se a adoção como o consolo a casais que não podiam ter filhos, mas como vimos, hoje, a adoção não é mais compreendida como um ato de caridade ou solução para casais estéreis. Tornou-se verdadeira espécie de filiação, quando parentesco entre adotando e adotado.

Além disso, o texto constitucional atribui uma responsabilidade tanto ao ente estatal, a sociedade e a família ao afirmar que é dever de todos eles assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Contudo, ainda que a norma constitucional não condiga com a realidade analisada, ninguém pode se eximir da Lei Maior, mesmo tratando-se de comunidade indígena em que a cultura destine para a ocorrência do infanticídio.

Pois, é por questões culturais que muitas crianças são rejeitadas e mortas pelos próprios pais e parentes quando essas apresentam deficiências físicas, mentais ou ainda quando são gêmeas e albinas, tendo seus direitos violados.

Todavia, no sentido de garantir o direito aos povos indígenas a constituição de 1988, assegurou em seu artigo 231 garante aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Entretanto, isso não pode contrariar norma de direito fundamental consagrado no já citado art. 227, principalmente ao direito a vida.

Os direitos da criança quer seja ela indígena ou não estão assegurados na Constituição de 1988 e não se pode fechar os olhos para eles: direito à vida, ao pleno desenvolvimento intelectual e social, a um lar, a uma família em que se sinta protegida de qualquer ameaça ou violência.

Além disso, o judiciário brasileiro já tem conhecimento das questões delicadas que envolvem a guarda, tutela e adoção de menor indígena, inclusive, como bem destacado no presente trabalho em algumas decisões envolvendo o tema, tem-se decidido favoravelmente a adoção por família substituta, não tendo essa, traços de parentesco ou descendendo diretamente de indígenas.

O que torna essa situação, ainda mais curiosa, uma vez que, a Lei 12.010/09 ao fazer alterações ao artigo 28 da Lei 8069/90 (ECA) em seu § 6, inciso II aborda que “a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia”. A própria lei faz um recorte perigo do que já seria a regra, ou seja, a adoção de toda e qualquer criança sem distinção de raça, cor, sexo, etc., tudo porque o interesse a ser levado em apreço é o do menor.

Por outro lado, as instituições ligadas diretamente com a questão indígena, podem estar cometendo crimes de omissão ao fechar os olhos para a gravidade do problema do infanticídio que como demonstrado através desse trabalho, ainda, ocorre em algumas comunidades Brasil a fora, sugerindo que seja uma questão cultural, ou que não existem dados que comprovem a existência dessa prática, ou ainda, que não existe conceituação para esse fato.

De outro lado, nota-se crianças sendo mortas em consequência da prática e da omissão estatal frente ao tema.

A própria Constituição Federal é clara ao afirmar que o bem maior a ser protegido é a vida (art. 5º, *caput*). Portanto, conclui-se que ainda que se possa ter alguma contrariedade a cultura indígena quando da adoção de menor indígena por famílias não indígena, o interesse da criança é o que deve prevalecer, pois, a adoção é um método necessário a preservação da vida no meio dessas comunidades que lançam mão do aspecto cultural para vitimar as crianças que nasceram com alguma anomalia ou nasceram gêmeas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

BEZERRA, Juliana professora de história: **Código de Hamurabi 1728-1689 a.c.** Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/zip/hamurabi.pdf>. Acesso em 15/10/2019.

BORGHI, Hélio – **A nova adoção no direito civil brasileiro** – Revista dos Tribunais vol. 661/1990, p. 242-246. Artigo científico, 1990. Disponível, na biblioteca do STF.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Câmara dos Deputados - PROJETO DE LEI Nº \_\_\_\_ 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. Disponível em; [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=805742BC8958225A378D4B8E71777DCD.proposicoesWeb1?codteor=459157&filename=P L+1057/2007](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=805742BC8958225A378D4B8E71777DCD.proposicoesWeb1?codteor=459157&filename=P L+1057/2007). Acesso em: 14/04/2020.

BRASIL. Decreto nº 1.695, de 15 de setembro de 1869. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1695-15-setembro-1869-552474-publicacaooriginal-69771-pl.html>. Acessado em 18/07/2019.

BRASIL. Decreto nº 17.943 de outubro de 1927, que dispõe: **Consolida as leis de assistência e proteção a menores. (Revogado).** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm). Acesso em: 05/11/2019.

BRASIL. Lei 2.040 de 28 de setembro de 1871, que dispõe: **Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros (...).** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim2040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm). Acesso em: 05/11/2019.

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Dispõe; Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 06/11/2019.

BRASIL. Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979. **Institui o Código de Menores.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm#art123](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm#art123). Acesso em: 17/11/2019.

BRASIL. Lei 8.069, de julho de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da Criança e do Adolescente e da outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 12/12/2017.

BRASIL. Lei 10.406, de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em; 17/03/2019.

BRASIL. Lei 12.010 de agosto de 2009. **Dispõe sobre adoção, e da outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm). Acesso em: 28/11/2017.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o novo Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

BRASIL. UNICEF, 2019: **aponta principais desafios para crianças e adolescentes que vivem na Amazônia.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unicef-aponta-principais-desafios-para-criancas-e-adolescentes-que-vivem-na-amazonia/>. Acesso em: 18/02/2020.

\_\_\_\_\_, Convenção sobre os Direitos da Criança: **adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Entrou em vigor em 2 de setembro de 1990.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 18/02/2020.

BARBOSA, Cida. **Brasil é cruel com criança diz ministra Damares Alves.** Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/09/12/interna\\_cidade\\_sdf,781941/brasil-e-cruel-com-as-crianca-diz-ministra-damares-alves.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/09/12/interna_cidade_sdf,781941/brasil-e-cruel-com-as-crianca-diz-ministra-damares-alves.shtml). Acesso em: 18/02/2020.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA)**, dados atualizados de 12/06/2020. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 12/06/2020.

CARNEIRO, Wálber Araujo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.) *Hermenêutica e Epistemologia. 50 Anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 145-146. **Apud** DUARTE, Maria Raquel. Revista Eletrônica: Direito e Política: Contextualização dos fenômenos da globalização transnacionalização e transconstitucionalismo para a integração e proteção dos direitos humanos. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/rdp/article/view/5583/2987>. Acesso em: 20/02/2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Vídeo sobre: **O PL 1057/2007, que trata sobre o combate as práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas**. Destaque para o pronunciamento do Deputado Ivan Valente, do PSOL-SP, 26/08/2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QiVwnp9pIGI>. Acesso em: 11/03/2020.

COULAGENS, Fustel – **A cidade Antiga**. Tradução de Jean Milville. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 38.

DATASUS; Ministério da Saúde – Portal da Saúde, 2011. Disponível em: <http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=0205&id=23253854&VObj=htp://tabnet.datasus.gov.br/cgi/defthtm.exe?sim/cnv/evita10>. Acesso em: 10/02/2020.

DENCKER, Ada Maneti de Freitas. **Métodos e técnicas de pesquisa**. São Paulo, Futura, 1998.

DIGIÁCOMO, Eduardo – “A lei de adoção” e suas implicações: algumas questões a serem respondidas. São Paulo, Ed. Ixtlan, 2016. p. 15.

ÊXODO, **Bíblia Sagrada**. Barueri SP: Sociedade Bíblica do Brasil, Rio de Janeiro: Casa Publicadora das Assembleias de Deus, 2009.

FONSECA, Cláudia (Org.), **Antropologia e direitos humanos 6**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Mórula, 2016, (p. 270-271). Disponível em: [file:///C:/Users/mauror/Downloads/Antropologia e Direitos Humanos 6.pdf](file:///C:/Users/mauror/Downloads/Antropologia_e_Direitos_Humanos_6.pdf). Acesso em 17/04/2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. São Paulo, Atlas, 1991.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção Doutrina e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 38. *Apud* SENA, Thandra Pessoa de. **Nova lei da adoção: à luz dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2018.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. **Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena**. (Dissertação de mestrado) 2008, p. 17. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5515/1/2008\\_MariannaAssuncaoFigueiredo Holanda.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5515/1/2008_MariannaAssuncaoFigueiredo_Holanda.pdf). Acesso em 23/09/2019.

*Ibidem*, p. 04

*Ibidem*, p. 26.

*Ibidem*, p. 27.

JOSÉ, Francisco e MARQUES, Mônica, **Infanticídio indígena**. Central de jornalismo TV Globo, 2014. Reportagem: Vídeo Fantástico. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Hi8lyiFS76Q>. Acesso em 03/06/2019.

JUNQUEIRA, Carmen. **Os índios do Ipavu: um estudo sobre a vida do grupo kamaiurá**. São Paulo: Ática, 1978. *Apud* PAGLIARO, Heloisa. **Recuperação e fecundidade dos kamaiurá, povo Tupi do alto Xingu, Brasil Central, 1970-2003**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/7523/9040>. Acesso em: 26/07/2019.

KAKATSA KAMAIURA. **Líder do projeto tekoe**. 2017. Vídeo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-284sld5m7w>

LIDORIO, Ronaldo. **Uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil** (artigo científico). Ultimato, 2007, p. 09. Disponível em: <http://biblioteca.funai.gov.br/media/pdf/Folheto66/FO-CX-66-4369-2012.PDF>. Acesso em 29/07/2019.

LINK, Rogério Sávio - **A prática de adoção de crianças indígenas no final do século XIX: o caso dos Apurinã**, 2016. p. 279. Artigo científico – UNB.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História social da criança abandonada** p. 35, 2006. **Apud** SENA, Thandra Pessoa de. **Nova lei da adoção: à luz dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2018.

*Ibidem*, p. 135.

NETO, João Clemente de Souza. **História da Criança e do Adolescente no Brasil**. Revista unifeo, revista semestral do Centro Universitário FIEO – ano 2, nº 3 (2000).

\_\_\_\_\_, João Clemente de Souza. **História da Criança e do Adolescente no Brasil**. Revista unifeo, revista semestral do Centro Universitário FIEO – ano 2, nº 3 (2000). **Apud** HENICK, Angelica Cristina. **História da Infância no Brasil: Trabalho de Conclusão de Curso, nível de pós-graduação em Educação Infantil, na Faculdade São Braz**, 2015, p. 06.

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

\_\_\_\_\_, **(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**, 2014, p. 17. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>. Acesso em: 10/10/2020.

OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. 2ª Ed. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2017.

PAGLIARO, Heloisa e JUNQUEIRA, Carmem. **Recuperação populacional e fecundidade dos kamaiurá, povo tupi do alto Xingu, Brasil Central, 1970-2003**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/7523/9040>. Acesso em: 26/07/2019.

*Ibidem*, 2008. p. 41.

*Ibidem*, 2008. p. 40.

*Ibidem*, 2008. p. 42.

*Ibidem*, 2008. p. 43.

PASSETI, Edson. **As crianças brasileiras: um pouco de sua história**. Texto mimeografado [S.l: s.n], p. 11. *Apud* HENICK, Angelica Cristina. **História da Infância no Brasil**: Trabalho de Conclusão de Curso, nível de pós-graduação em Educação Infantil, na Faculdade São Braz, 2015. Disponível em: [http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/19131\\_8679.pdf](http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/19131_8679.pdf). Acesso em 12/12/2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Processo familiar: Sistema de adoção no Brasil é cruel com as crianças e os adolescentes**. Dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-18/processo-familiar-sistema-adocao-brasil-cruel-criancas-adolescentes>. Acesso em: 12/06/2020.

PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas. In: Direitos Humanos e Democracia na era Global. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol. 1º n. 7. Belo Horizonte: IHJ, 2009, p. 14.

*Apud* DUARTE, Maria Raquel. Revista Eletrônica: Direito e Política: Contextualização dos fenômenos da globalização transnacionalização e transconstitucionalismo para a integração e proteção dos direitos humanos. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/rdp/article/view/5583/2987>. Acesso em: 20/02/2020.

SARNEY, José. **A abolição no parlamento: 65 anos de luta, (1823-1888) / (apresentação do presidente José Sarney)**. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2012.

SAMM (South American Missionary Magazine). Anos 1873-1890, p. 59. Londres. *Apud* LINK, Rogério Sávio - **A prática de adoção de crianças indígenas no final do século XIX: o caso dos Apurinã**, 2016. p. 279. Artigo científico – UNB.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e Direitos humanos: alteridade e ética no momento de expansão dos direitos universais, 2016, p. 11. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/mana/v12n1/a08v12n1>. Acesso em: 02/03/2020.

SENA, Thandra Pessoa de. **Nova lei da adoção: à luz dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2018.

*Ibidem*, p. 52-53.

*Ibidem*, p. 86.

*Ibidem*, p. 93.

*Ibidem*, p. 114.

SILVA, Otto Marques da, autor de A Epopeia Ignorada - **A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje**. 1987. Disponível em: <http://www.crfaster.com.br/Roma.htm>. Acesso em 19/09/2019.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 2ª Ed., 2009, Revista dos Tribunais, SP.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1566808 (2015/0288539-3 - 02/10/2017)**, Relator Ministro Marcos Aurélio Bellizze. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201502885393&dt\\_publicacao=02/10/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502885393&dt_publicacao=02/10/2017). Acesso em: 17/06/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.133.590 do MATO GROSSO DO SUL**. Relator Ministro Roberto Barroso, DJE, 07/08/2019, em Sessão Virtual da Primeira Turma. Disponível em: <http://sistemas.stf.jus.br/consultaprocessual/pesquisarProcesso!init.action>. Acesso em: 18/06/2020.

SUZUKI, Márcia (Org.). **Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil**. Brasília: Atini - Voz pela vida, 2007.

*Ibidem*, p. 04

*Ibidem*, p. 05.

*Ibidem*, p. 08.

*Ibidem*, p. 12.

TOLEDO, Marcelo, Infanticídio de índios ainda é comum em aldeias da Amazônia, 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1721455-infanticidio-de-indios-ainda-e-comum-em-aldeias-da-amazonia.shtml>. Acesso em: 10/10/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA. **Ação Rescisória, Processo nº 0001076-22.2013.822.0000**, Câmaras Cíveis Reunidas, Relator(a) do Acórdão: Des. Kiyochi Mori, Data de julgamento: 06/03/2015. Disponível em: <https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=1>. Acesso em: 17/06/2020.

VALDEZ, Diane. 2004. "Inocentes Expostos: o abandono de crianças na Província de Goiás no século XIX". *In*: Inter-Ação: Revista da Faculdade de Educação/UFG, 29. P. 107-129. **Apud**: HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. **Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena**. (Dissertação de mestrado) 2008, p. 17. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5515/1/2008\\_MariannaAssuncaoFigueiredo\\_Holanda.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5515/1/2008_MariannaAssuncaoFigueiredo_Holanda.pdf). Acesso em 23/09/2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da Criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão**. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os "novos" direitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva. **Apud** SENA, Thandra Pessoa de. **Nova lei da adoção: à luz dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2018.

WAISELFISZ, Júlio Jacovo, **apud** TOLEDO, Marcelo, Infanticídio de índios ainda é comum em aldeias da Amazônia, 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1721455-infanticidio-de-indios-ainda-e-comum-em-aldeias-da-amazonia.shtml>. Acesso em: 10/10/2019.