XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

MARCELO ANTONIO THEODORO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior, Marcelo Antonio Theodoro, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-181-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais III", durante o XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Brasília- DF em julho de 2016.

O Grupo foi Coordenado pelos Professores Doutores, Eloy Pereira Lemos Junior da Universidade de Itaúna-MG, Narciso Leandro Xavier Baez da Universidade do Oeste de Santa Catarina e Marcelo Antonio Theodoro da Universidade Federal de Mato Grosso.

No Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais pudemos identificar, a partir da apresentação dos artigos que a seguir foram selecionados, vários enfoques atualíssimos sobre a temática.

Para melhor situar e favorecer os debates, identificamos um primeiro grupo que tratou sobre temas afetos aos direitos afetos às vulnerabilidades, reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas e tradicionais. Neste sentido identificamos os trabalhos de Aldrin Bentes Pontes e Joyce Karoline Pinto Oliveira Pontes "O direito e reconhecimento de comunidade quirombola em Manaus"; Joyce Pacheco Santana que apresentou o artigo realizado em coautoria com Izaura Rodrigues Nascimento, "Exploração sexual infantil: um estudo de caso acerca da coragem das meninas indígenas de São Gabriel da Cachoeira para enfrentar esse mal"; Thandra Pessoa de Sena, com o artigo em coautoria com Joedson de Souza Delgado sobre a "Adoção de Crianças e Adolescentes nas Comunidades Indígenas: A colocação de uma criança indígena em uma família substituta", além de Alyne Marie Molina Moreira e Jeanne Marguerite Molina Moreira que apresentaram o artigo "O reconhecimento da personalidade psíquica da criança transexual como forma de garantir a dignidade humana prevista na constituição federal brasileira/1988 – uma análise à luz do direito e da psicanálise".

Noutra ponta, vários artigos enriqueceram o debate acerca da judicialização dos direitos fundamentais, do chamado 'ativismo judicial' e a concretização dos direitos fundamentais tendo como horizonte hermenêutico o princípio da dignidade da pessoa humana. Para ilustrar temos os artigos de Danielle Sales Echaiz Espinoza: "Do mínimo ao máximo social: divergências na doutrina brasileira acerca do mínimo existencial social"; Clarisse Souza Prados, "O direito fundamental a autonomia da vontade como conteúdo essencial à dignidade

da pessoa humana – o caso do arremesso de anões; Flávia Brettas Brondani e "O mandado de injunção e o ativismo no Supremo Tribunal Federal" e Fernanda Sartor Meineiro e Fábio Beltrami: "O princípio da dignidade humano como conceito interpretativo".

Um terceiro grupo de artigos versou sobre a liberdade de expressão, sobre o direito fundamental à verdade e também sobre o direito fundamental à cultura. Neste sentido, os artigos de Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab em coautoria com Ana Maria D' Ávila Lopes: "Notas sobre a efetividade do direito fundamental à verdade no nordeste brasileiro: a experiência da comissão estadual da memória e verdade Dom Helder Câmara (Pernambuco); Catia Rejane Liczbinski Sarreta e "O direito à cultura como fundamental: Considerações em relação à aplicabilidade da Lei Rouanet"; Sabrina Fávero trouxe o artigo produzido em coautoria com Wilson Antonio Steinmetz "A liberdade de expressão e direitos de personalidade: colisões e complementariedades"; no mesmo sentido Caroline Benetti: "A liberdade de expressão como instrumento para concretização do regime democrático e sua convivência com os direitos da personalidade".

Não se olvidou sobre a discussão do direito fundamental à igualdade, com vários enfoques: a começar por Lucas Baffi Ferreira Pinto que apresentou o artigo em realizado em coautoria com Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira: "Igualdade religiosa na era secular um diálogo entre Charles Taylor e Danièlle Hervieu-Léger"; Alisson Magela Moreira Damasceno e Ana Maria de Andrade: "Analise do sistema de cotas raciais no Brasil como ações afirmativas aliadas ao direito geral de igualdade"; Matheus Ferreira Bezerra: "O direito fundamental de combate à desigualdade social"; Tássia Aparecida Gervasoni e Iuri Bolesina: "O direito fundamental à igualdade e o princípio da solidariedade como fundamento constitucional para as ações afirmativas"

Outro ponto de contato dos direitos fundamentais com as garantias processuais a eles inerentes apareceu nos artigos de Fernanda Sell de Souto Goulart e Denise S.S. Garcia "Normas fundamentais do processo civil: a sintonia da constituição federal e o novo código de processo civil na garantia e defesa dos direitos fundamentais"; João Francisco da Mota Junior: "O conceito de cidadão e a ação popular – uma perspectiva diante da constituição cidadã"; Juliane Dziubate Krefta em coautoria com Aline Fátima Morelatto: "A gratuidade de Justiça e a interpretação da litigância de má-fé em relação aos beneficiários, como meio processual adequado à efetivação dos direitos fundamentais"; Oksandro Gonçalves trouxe a discussão o artigo produzido em conjunto com Helena de Toledo Coelho sobre "O foro privilegiado das autoridades públicas e o princípio da ampla defesa – análise do

entendimento do STF de Collor à Dilma; e ainda Rogério Piccino Braga e Francislaine de Almeida Coimbra Strasser: “A inimputabilidade como direito fundamental do ser humano em desenvolvimento e a redução da maioridade penal”.

Dois artigos pontuaram questões de bioética, quais sejam, Aline Marques Marino em coautoria com Jaime Meira do Nascimento Junior, que versou sobre “Apontamentos sobre os riscos da Ortotanásia a partir de Gattaca, experiência genética” e Kelly Rodrigues Veras, juntamente com Carlos Eduardo Martins Lima: “A utilização de bancos de perfis genéticos frente aos direitos e garantias constitucionais do estado democrático de direito”

Por derradeiro, dois artigos que versaram sobre o direito fundamental ao trabalho, sendo eles o de Paulo Henrique Molina Alves em coautoria com Luiz Eduardo Gunther, “O programa de proteção ao emprego instituído pela Lei 13.189/2015 em contraponto ao princípio constitucional do pleno emprego”, além de Simone Kersouani e Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis com o artigo “O paradoxo do teletrabalho sob o enfoque dos direitos e garantias fundamentais”.

Os trabalhos foram apresentados e debatidos com discussões enriquecedoras, que instigam à leitura detalhada de cada um dos artigos, pela valorosa contribuição que certamente darão às discussões contemporâneas sobre Direitos Fundamentais e suas garantias. Parabenizam os coordenadores à todos os autores e aos que participaram do debate e recomendam com entusiasmo a leitura da presente obra.

COORDENADORES:

Professor Doutor ELOY PEREIRA LEMES JUNIOR da Universidade de Itaúna-MG (UIT-MG)

Professor Doutor NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

Professor Doutor MARCELO ANTONIO THEODORO da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT)

ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS COMUNIDADES INDÍGENAS: A COLOCAÇÃO DA CRIANÇA INDÍGENA EM UMA FAMÍLIA SUBSTITUTA

LA ADOPCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS : LA COLOCACIÓN DE LOS NIÑOS INDÍGENAS EN UNA FAMILIA DE ACOGIDA

Thandra Pessoa de Sena [1]
Joedson de Souza Delgado [2]

Resumo

Este artigo faz uma análise das mudanças no procedimento de adoção e no caso de crianças e adolescente indígenas. Realizamos uma abordagem da tríplice proteção legal da criança indígena: pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Estatuto do Índio, além de Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Abordamos a questão da prática do infanticídio nas comunidades indígenas e o acompanhamento da Fundação Nacional do Índio FUNAI, nestes casos, para encaminhamento à colocação em família substituta na modalidade adoção.

Palavras-chave: Adoção, Indígena, Criança e adolescente, Infanticídio

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo analiza los cambios en el procedimiento de adopción y en el caso de los niños y adolescentes indígenas. Se realiza una triple protección jurídica de los niños indígenas : la Constitución de la República Federativa del Brasil en 1988, el Estatuto de los Niños y Adolescentes y el Estatuto de los Indios, así como las convenciones y Tratatos Derechos Humanos Internacionales. Abordamos la cuestión de la práctica del infanticidio en las comunidades indígenas y acompanhameto la Fundación Nacional del Indio Funai la remisión a la colocación en una familia de acogida en el modo de adopción.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Adopción, Indígena, Niños y adolescentes, El infanticidio

[1] Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI/SC.

[2] Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990 é alicercada na chamada "doutrina da proteção integral", definida desta forma:

> "A doutrina da Proteção Integral das Nações unidas, base de sustentação da convenção de New York sobre os Direitos da Criança, de 1990, ratificada por quase todos os países do mundo [...], se fundamenta no seguinte tripé de princípios: a) Prioridade absoluta para todos os menores de 18 anos; b) respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento; c) que são sujeitos de direitos e não mero objeto de intervenção do Estado. A lógica dos seus princípios é demolidora em relação à doutrina que anteriormente sustentava os velhos Códigos de Menores de praticamente todo o mundo ocidental, denominada de "tutelar" ou da "situação irregular", que enxergava a questão do menor abandonado, delinqüente, com desvio de conduta etc. como uma patologia social e que o Estado era o ente capaz de reintegrá-lo à sociedade, mediante sua segregação do convívio social para que fosse "tratado" e "curado".(FIGUEIRÊDO; 2005)

A própria Constituição Federal de 1988 deu origem a estes valores ao dipor no Art. 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado 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. Tal proteção se destina à toda e qualquer criança, inclusive indígena.

Por outro lado, os índios também gozam de proteção pelo Estado no aspecto constitucional e por lei especial. Temos todo um sistema de garantias que impõe uma abordagem consciente no sentido da preservação dos interesses sociais, culturais e econômicos dos indígenas, conforme o estabelecido no Estatudo do Indio- Lei 6.001/73.

O direito fundamental à convivencia familiar garantido a toda criança pelo Estatuto da criança e do adolescente assegura o direito de desenvolver-se no seio de uma familia natural e excepcionalmente em uma família substituta, através da adoção. Entretanto, a adoção de crianças e adolescentes indígenas, por suas próprias especificidades, demanda atuação cautelosa por parte do Estado, visto que deverão ser observadas as peculiaridades atinentes à organização social, aos costumes, à cultura, as crenças, tradições e modo de vida dos índios, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal.

Desta feita questionamos : A partir da Lei 12.010/2009, que altera o Estatuto da Criança e do Adolescente no procedimentos de adoção, quais as novas determinações no

procedimento da adoção de crianças indígenas ? A medida de adoção é cabível em caso de tentativa de infantícidio?

1 Adoção e o Estatuto da Criança e do Adolescente

O instituto da Adoção que o ato de acolhimento principalmente em tenra idade dos representantes da mesma espécie parece ser inerente à propria condição humana. Na Antiguidade o ato de adotar era tão razoável e natural como parentesco oriundo da consanguínidade. Até nos fragmentos das legislações mais remotas adoção mostra-se presente, o instituto acompanha as mais antigas civilizações do mundo com intuito de perpetuação dos cultos domésticos e está presente também nas comunidades indígenas.

No direito brasileiro a inexistência de legalização procedimental da adoção perdurou até o século XX, quando surgiram as primeiras legislações menoristas no Brasil. Da chegada dos portugueses em nossas terras no século IVX até o fim o século XIX coube a Igreja Católica, através de instituições religiosas como as Santas Casas de Misericórdia, instituições filantrópicas e a sociedade civil em geral o cuidado com crianças e adolescente abandonados e órfãos.

Com advento de mudanças sociais e políticas ocorridas no Brasil entre o fim do século XIX e início do século XX (Proclamação da República e fim do regime escravocrata) a problemática social do crescente abandono de menores no país tornou-se mais grave e necessidade do poder publico criar medias legais se fez necessária e emergente.

O Brasil embora tenha sido o último país a libertar os escravos e acabar com a Roda dos Expostos, foi o pioneiro na América Latina na criação de um Código de Menores no ano de 1927, resultado da influência de juristas e de médicos higienistas engajados em mudanças nas políticas públicas. A legislação menorista refletia uma visão limitada da Justiça e do Poder Público, no que se refere a assistência à crianças e adolescentes abandonados, pautava-se no fato de que por serem menores oriundos de famílias pobres em virtude do abandono possuiam uma tendência natural à ingressar na marginalidade, o que seria prejudicial à ordem pública e à moralidade dos tradicionais costumes da época.

O sistema educacional–correcional imperava em instituições públicas destinados aos “menores”, visto que esta era uma classe diferenciada de criança classificada como órfãs, miseráveis e as que cometeram qualquer ato ilícito. Este sistema consolidou-se com Código de Menores de 1979, onde crianças consideradas em “situação irregular”, entre os quais os órfãos, sofriam inúmeras violências (física, moral e mental), dentro e fora das instituições de

abrigo. O Estado brasileiro falhou ao tutelar como iguais crianças e adolescentes em situações jurídicas diferentes, acarretando um quadro dramático crescente de delinqüência infanto – juvenil nas cidades.

Com o advento da Constituição da República Federal do Brasil de 1988 e posteriormente do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 houve uma importante conquista social: a elevação da criança e do adolescente à condição de sujeitos de direitos inerentes à pessoa humana.

A Constituição Federal em seu art. 227, *caput*, elucida uma serie de direitos fundamentais de toda crianças e adolescente, entre os quais a crescer em uma família e no art.226 reconhece a família como objeto de proteção do Estado, valorizando não o aspecto patrimonial ou econômico, mas elevando o valor da dignidade e afetividade entre seus membros. O filho adotado passa a ter absolutamente todos os direitos do filho natural.

A Doutrina da Proteção integral consagrada na Lei 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, vem a elencar um conjunto de direitos fundamentais da criança e do adolescente, entre os quais o direito à Convivência Familiar e Comunitária, direito este que tem preferência no seio da família natural, mas excepcionalmente pode envolver a colocação em família substituta na modalidade adoção.

O instituto da adoção no Brasil passou por variadas conceituações e hoje representa uma relação de parentesco socioafetiva que imita a família biológica e a Lei 12.010/2009, Lei Nacional de Adoção, veio a alterar de forma significativa os princípios e as regras de adoção de crianças e adolescentes no ECA, inclusive indígenas.

Hoje, o Estatuto da Crianca e do Adolescente busca consagrar o direito fundamental à convivência familiar das crianças e adolescente e traz avanços significativos até mesmo dentro do aspecto conceitual de família, inova trazendo conceito de “família extensa ou ampliada”, o que permite que o infante seja adotado por parentes próximos com os quais o mesmo convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade, condizente com a moderna visão eudemonista de unidade familiar.

Pelas novas regras da adoção as crianças e adolescentes não devem ficar mais do que 2 (dois) anos nas instituições de acolhimento (antigos abrigos de proteção), salvo alguma recomendação expressa da Justiça. Os abrigos, agora chamadaos de institições de acolhimento, devem mandar relatórios semestrais para a autoridade judicial informando as condições de adoção ou de retorno à família dos menores sob sua tutela. Isto evita a institucionalização de crianças eadolescente por anos de forma indeterminada e o aumento dos chamados “filhos do Estado”.

Facilita a adoção ao prevê que todas as pessoas maiores de 18 anos, independente do estado civil, podem adotar uma criança ou um adolescente, devendo o adotante ter pelo menos 16 anos a mais que o adotado. No caso da adoção por casais, eles precisam ser legalmente casados ou manter união civil estável reconhecida pela autoridade judicial, independente de opção sexual.

Consagra ainda o princípio do direito da identidade biológica ao permitir que os filhos adotivos tenham conhecimento de informações sobre seus pais biológicos. A permissão vale para depois que o adolescente completar 18 anos. Com essa idade, ele poderá ter acesso completo ao seu processo de adoção.

As crianças maiores de 12 anos poderão opinar sobre o processo de adoção e o juiz deve colher seus depoimentos e levá-los em conta na hora de decidir. A lei determina também que os irmãos devem ser adotados por uma única família, exceto em casos especiais que serão analisados pela Justiça. A finalidade é preservar o vinculo afetivo entre irmãos.

Neste contexto a mudança mais significativa foi garantia estatal ao respeito e proteção de sua cultura e costumes no procedimento de adoção de crianças e adolescentes provenientes de comunidades indígenas pela primeira vez na história do país.

Assim, passa a ser respeitada a preferência na adoção de crianças e adolescentes dentre os índios de própria comunidade étnica, busca-se assim, preservar a cultura destes infantes, minorando as conseqüências da medida de adoção.

O enfoque sócio étnico no processo de adoção ou na colocação em família substituta é garantido no Estatuto da Criança e do Adolescente e passa a orientar os procedimentos na adoção de indígenas.

A nova lei traz a recomendação da manutenção das crianças indígenas e as oriundas das comunidades quilombolas dentro de suas próprias comunidades, com o intuito de preservação de suas identidades culturais, mesmo na colocação em família substituta como na adoção (art. 28, parágrafo 6 º do ECA). Salientamos a observância dos seguintes requisitos nestes casos:

> a)respeito aos seus costumes e tradições: o vínculo afetivo entre criança indígena é muito forte. Os valores culturais, os costumes e hábitos fazem parte de sua personalidade, fato esse que não pode ser ignorado; b) que a colocação seja feita, de preferência, a membros da mesma etnia: deve haver a preocupação da manutenção da criança ou adolescente junto à sua tribo ou comunidade; c) intervenção e oitiva de representantes da FUNAI- Fundação Nacional do Índio, no caso de indígenas, e de antropólogos, no caso de criança ou adolescente proveniente de comunidade remanescente de quilombo.(ROSSATO, 2009)

Portanto, o intuito do legislador pátrio foi de proteger a identidade cultural da criança e do adolescente indígena, que pertencente a uma minoria cultural dentro do procedimento da adoção.

2. A proteção estatal da Criança indígena

A tutela de proteção das crianças indígenas, a partir desta perspectiva será tríplice, visto que nosso sistema legal dos direitos fundamentais da Constituição Federal inerente a pessoa humana abrangem as crianças indígenas; por sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento as crianças indígenas são sujeitos de todos os direitos fundametais especiais contidos no ECA, sem qualquer discriminação e ademais, o Estatuto do Índio- Lei 6.001/73 e legislações correlatas, também tratam de proteger a cultura destas criança e adolescentes.

Constitucionalmente os índios, incluindo as crianças, estão protegidos, em especial, no aspecto territorial e cultural pelo Art.231, sendo reconhecidos sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Bens estes materias e imateiais (cultura).

O Estatuto da criança e do adolescente apresenta um conjunto de direitos fundamentais destinados a todas as crianças indígenas ou não. Tais direitos tem relação com a doutrina da proteção integral, cujo o alicerce é o reconhecimento como sujeitos de direito em desenvoolvimento sendo prioridade absoluta do Estado.

As crianças indígenas também são tutelada juridicamente pelo Poder Público em todas as suas esferas (Art. 7º, da Lei 6001/73 –Estatuto do Indío) que deve protegê-lo, bem como as comunidades indígenas preservando seus direitos (Art. 2º) , através do orgão tutelar FUNAI.

3. A adoção de crinças e adolescentes indígenas : especificidades

As inovaçoes de diretrizes à respeito da adoção foram trazidas a partir de 2009 pela Lei Nacional da Adoção Lei nº 12.010, que promoveu uma série de inovações no ECA com a inclusão do §6º ao art. 28, nos seguintes termos:

> Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.
> § 6º. 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. (ROSSATO, 2009)

O dispositivo acima transcreve o efetivo reconhecimento a peculiridade cultural da crianças indígenas, lhes conferindo tratamento específico de modo a garantir sua identidade social e cultural, assim como seus costumes e tradições, da forma já determinada pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho -OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas e a Constituição Federal de 1988.

A Fundação Nacional do Indío- FUNAI deve ser ouvida no procedimento de adoção e a determinação a realização de perícia antropológica, até então considerada um requerimento meramente burocrático, visa a proteção da identidade cultural das comunidades indígenas.

Hoje, com advento da Lei 12.010/09 trata-se de medida obrigatória, não restando mais a possibilidade do juizfacultativamentedecidir pela adoção sem prescindir da opinião do profissional de antropologia ou da FUNAI.

As noções de parentesco e família são essenciais para compreendermos a organização social dos povos indígenas e, consequentemente, as suas práticas relacionadas aos cuidados com suas crianças e adolescentes. Nas comunidades indígenas crianças e adolescentes indígenas recebem, quase sempre, cuidados de todos os seus familiares, sejam eles consanguíneos ou afins. Nas tribos a convivência familiar-comunitária é plenamente exercida com autonomia e independência, envolvendo todos.

Tatiana Azambuja Ujacow Martins afirma que é costume, entre os índios, a adoção de crianças por parentes, quando estas ficam órfãs, ou quando a família não tem condições de criá-las. Na maioria das famílias visitadas, encontra-se um sobrinho, ou outro parente, morando junto, que é criado e educado como se fosse filho. Conforme o Capitão L. esclarece,

no caso de crianças órfãs, quando os pais não têm condições de sustentar a criança, ou quando algumas famílias moram mais perto das escolas, é comum um “parente” entregar a criança para morar com o outro, que passa a criá-lo como filho. […]Observa-se que, para os índios, a adoção é algo que faz parte do seu modo de ser. (MARTINS, 2015)

Conforme orientação do ECA a FUNAI deve incentivar a reinserção das crianças ao convívio familiar dentro da própria comunidade indígena, para que haja continuidade do aprendizado da cultura e tradição. Nosa casos de adoção de crianças indígenas e quilombolas, a lei prevê que sejam adotadas dentro de suas próprias comunidades. Assim, a adoção indígena, ou seja, o acolhimento dos órfãos nas comunidades passa a exigir da FUNAI uma atuação mais efetiva e proxima em prol destes infantes em risco, inclusive já existe ideia de se criar um cadastro especial de "famílias acolhedoras", dentro das próprias aldeias, evitando choque cultural maior e prejudicial.

Ademais, nos termos do inciso I do parágrafo 6º do artigo 28 da Lei 8.069/90, introduzido pela Lei 12.010/2009, merecem respeito as práticas indígenas que atribuem não apenas aos pais, mas à coletividade, os compromissos e responsabilidades em relação à criação, educação, formação e proteção de crianças e adolescentes naquela aldeia.

A obrigatoriedade do tratamento diferenciado para crianças indígenas evita que percam sua identidade e laços culturais com sua tribo de origem. Torna-se "obrigatório" o respeito à identidade social e cultural da criança, assim como seus costumes e tradições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição brasileira e pela ordem pública.

4.Infanticídio ou ameaça a vida de crianças nas comunidades indígenas e a colocaçào em família substituta

Como vimos o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece todas as crianças e adolescentes, inclusive indígenas, como sujeitos de direitos, cuja proteção é obrigatoriedade dos familiares, Estado e sociedade em geral. Por outro lado, a prática do infanticídio é a principal causa de morte nas tribos indígenas, muitas vezes é a própria mãe quem mata a criança. Estas vítimas costumam ser crianças com alguma deficiência física e/ou mental; ou são gêmeos; ou ainda quando sexo não é o esperado pelos pais.

A expressão infanticídio se origina do latim *infanticidium* tendo significado histórico de morte ou assassinato de crianças, especialmente recém-nascido.

Legalmente, o infanticídio é crimiminalizado no Brasil para os não indígenas, conforme estabelece o art. 123 do Código Penal: “Art.123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.”

De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

> “Trata-se do homicídio cometido pela mãe contra seu filho, nascente ou recém-nascido, sob a influência do estado puerperal. É uma hipótese de homicídio privilegiado em que, por circunstâncias particulares e especiais, houve por bem o legislador conferir tratamento mais brando à autora do delito, diminuindo a faixa de fixação da pena (mínimo e máximo). Embora formalmente tenha o legislador eleito a figura do infanticídio como crime autônomo, na essência não passa de um homicídio privilegiado, como já observamos.”(NUCCI, 2010)

Consoante com o pensamento de Cleber Masson que afirma:

> “O infanticídio, que em seu sentido etimológico, significa a morte de um infante, é uma forma privilegiada de homicídio.Trata-se de crime em que se mata alguém, assim como o art. 121 do Código Penal.Aqui a conduta também consiste em matar. Mas o legislador decidiu criar uma nova figura típica, com pena sensivelmente menor, pelo fato de ser praticado pela mãe contra seu próprio filho, nascente ou recém-nascido, durante o parto ou logo após, influenciada pelo estado puerperal.”(MASSON, 2015)

Assim, este crime somente se configura se a mulher, quando cometeu o crime, estava sob a influência do estado puerperal. Este estado pode ser definido uma perturbação mental da parturiente que acarreta alterações de tal forma que não lhe permitem a capacidade de se conduzir ou se controlar diante do fato adverso. A base de tal estado pode ser : psicológica que visa ocultar a desonra proveniente de uma gravidez ilegítima (*impetus honoris*) e o físico-psíquica (*impetus doloris*), que são alterações emocionais, cognitivas, comportamentais gerados pelos desgastes físicos causados pelo parto, ou seja, dores, sangramentos, medo, fadiga, súbita queda de níveis hormonais, alterações bioquímicas no sistema nervoso central.

> “ A mulher, em conseqüência das circunstancias do parto, referentes à convulsão, emoção causada pelo choque físico e etc., pode sofrer perturbação de sua saúde menta. O código fala em estado puerperal. Este é o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto. Essas são as diferenças entre o puerpério e o estado puerperal, que não se confundem, sendo de bom crivo lembrar que do primeiro não sobrevêm necessariamente o segundo, ou seja, nem sempre é uma conseqüência.”(JESUS, 2006)

Entre algumas comunidades indígenas brasileiras a prática do infantícidio é comum, considerada parte da “cultura”da etnia. Por outro lado, nas hipóteses de ameaça à vida ou à

integridade física da criança ou adolescente indígena, o Estado, neste ato sendo representado pela FUNAI, em diálogo com a respectiva comunidade, deverá promover o resgate, recolhimento e encaminhamento adequado à sua proteção integral. Posteriormente, as criancas ameaçadas devem ser encaminhadas à adoção, ficando em entidades de acolhimento até a fim do procedimento.

É importante priorizar a permanência da criança seio de sua família natural ou extensa. Neste caso, a proteção será garantida por meio de ações educativas e preventivas desenvolvidas junto à comunidade, e, em especial, junto à família da criança e adolescente. A medida está em consonância com o art. 129, IV, do Estatuto da Criança e Adolescente, o qual estabelece, como medida aplicável aos pais ou responsável, "*encaminhamento a cursos ou programas de orientação*".

São diversas as situações envolvendo crianças e adolescentes indígenas em que a comunidade tem plena condição, a partir de deliberações internas, de apresentar soluções.

Apenas quando esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente indígena no seio de sua família, será promovida, por meio de ação judicial, a colocação em família substituta, a qual deverá ser prioritariamente uma família pertencente à comunidade de origem da criança ou adolescente, ou, não sendo possível, uma família de outra comunidade indígena.

A orientação segue o espírito do inciso II do parágrafo 6º do artigo 28 da Lei 8.069/90, introduzido pela Lei 12.010/2009, *verbis*: "§ 6º. *Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: (...) II – que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia*".

A colocação em família substituta não-indígena deverá ocorrer apenas nas hipóteses em que não houver família indígena que acolha a criança ou adolescente, não sendo recomendada, em nenhuma hipótese, a colocação em família substituta estrangeira.

É que a adoção por família não-indígena pode acarretar grande ruptura/choque cultural, prejudicial ao desenvolvimento psíquico-social da criança indígena. O vínculo e a identidade da criança indígenas e seu povo em seu habitat natural (espaço e recursos naturais) deve ser matida , motivo pelo qual a colocação em família substituta não-indígena só deve ocorrer em situações realmente excepcionais.

Conclusão

A adoção de crianças e adolescentes indígenas alcança a proteção constitucional, do Estatuto da Crianca e do adolescente e das legislações especiais.

Assim, na adoção de crianças e adolescentes indígenas devemos aplicar: os conceitos diferenciados de família extensa ou ampliada; a necessidade de observância à identidade cultural e social, bem como aos costumes, tradições e instituições; a prioridade de colocação familiar do adotando no seio da própria comunidade ou de outra comunidade indígena; e, finalmente, a indispensável intervenção da FUNAI e de antropólogos durante todo o procedimento, afim de minorar as sequelas da medida.

O Esatuto da criança e do Adolescente prevê a indispensabilidade da oitiva, da atuação e do acompanhamento, pela FUNAI, do procedimento de adoção de crianças e adolescentes indígenas no Brasil. Entretanto, merecem dobrada atenção as situações que envolvem práticas tradicionais que atentam contra direitos e garantias fundamentais como a vida das crianças e adolescentes indígenas. É o caso do infantícidio.

É claro o respeito as práticas culturais indígenas em conformidade com os direitos indígenas estabelecidos na Constituição Federal, Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos do qual a República Federativa do Brasil seja signatária.

As práticas que contrariarem a Constituição Federal ou os Tratados e Convenções internacionais, deverão ser comunicadas a FUNAI que deverá orientar e capacitar a comunidade indígena acerca de sua conduta nociva, buscando uma solução satisfatória e garanta a proteção integral da criança e do adolescente envolvido.

A proximidade da FUNAI com a comunidade indígena, por meios não-discriminatórios aos usos e costumes, conforme estabelece a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho visa proteger os direitos humanos das crianças e adolescentes. A OIT (Art. 6°.) determina que os governos deverão consultar os povos interessados e agir mediante procedimentos apropriados, quando medidas legislativas ou administrativas são capazes de afetá-los diretamente.

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 119/2015 de autoria do Deputado Federal Henrique Afonso que acrescenta o art. 54-A à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Altera o Estatuto do Índio para estabelecer o dever da União, dos Estados e dos municípios e das autoridades responsáveis pela política indigenista de assegurar a dignidade da pessoa humana e os procedimentos com vistas a garantir o direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica das crianças, dos adolescentes, das mulheres, das pessoas com deficiência e dos idosos indígenas, com

prevalência sobre o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, opondo-se a prática do infanticídio.

A despeito de qualquer solução precipitada para infantícidio em comunidades indígenas, concluimos que o respeito às práticas culturais e a legislação protetora dos direitos humanos, em especial das crianças, devem cooexitirem em prol do melhor interesse da criança indígena em todas as decisões sempre.

Referências

ALBERGARIA, Janson. **Adoção Simples e Adoção Plena.** Rio de Janeiro: Aide, 1990.

ARGIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Direitos e Deveres.** Leme: Cronus, 2009.

ARISTÓTELES. **Política**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro. 1965.

BECKER, Maria Josefina In: CURY, Munir (Coord.).**Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTERCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção Do abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.p.4.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Camppus, 1992..

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan; FREITAS, Aline da Silva. **Estatuto da Criança e do Adolescente : estudos em comemoração aos 20 anos**. São Paulo: LTr, 2010.

CHAMBOULEYRON, Rafael. Jesuítas e as crianças no Brasil quinhentista In*:* DEL PRIORE, Mary. **História das Crianças no Brasil.** São Paulo Contexto, 2009.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte : Del Rey, 1994

COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COULAGENS, Fustel. **A Cidade Antiga**. Tradução de Jean Milville São Paulo: Martin Claret, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional.** Curitiba: Juruá, 2002.

CURY, Munir (Coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos da idade média ao século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação.* São Paulo: Dialética, 1997, p. 11.

ROSSATO, Luciano Alves; Lépore, Paulo Eduardo. **Comentários a Lei Nacional de Adoção.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.40.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27-28.

ESTAL, Gabriel Del. Derecho a la vida e institucíon familiar. Madrid: EAPSA, 1979, p.49 apud ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005. P.9.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.317.

FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garntias: la ley más débil**.Tradução de Perfecto Ivanez y Andrea Greppi.Madrid: Trotta, 1999.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. **Adoção : comentários à nova Lei n.◦ 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Leme: Edijur, 2009.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção internacional: a Convenção Internacional e a normativa brasileira- uniformização de procedimentos**.Curitiba: Juruá, 2005.

FILHO, Arthur Marques da Silva. **O Regime Jurídico da Adoção Estatutária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997..

FONSECA, Antonio Cezar Lima de. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. .**Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREIRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala:** formação da família brasileira sob regime de economia patriarcal. Rio de Janeiro: José Olímpio Editora, 1943.

FREITAS, Marcos Cezar de. História da Infância do pensamento social brasileiro ou fugindo de Gilberto Freyre pelas mãos de Mario de Andrade In: A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem In: FREITAS, Marcos Cezar (org).**História Social da Infância no Brasil**. São Paulo : Cortez , 2009.

GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin; Borinelli. **O amor na origem e evolução da família: uma analise da teoria sociológica de Friedrich Engels**. Itajaí, Universidade do Vale do Itajaí, Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais, Anais da II Semana de Divulgação Científica, p269-280, 2004.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto A possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p.43

GOHN, Maria da Glória. Os Sem –Terra, ONGs e **Cidadania.** São Paulo: Cortez, 2000.

GOMES. Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 2005.

GRANADO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção Doutrina e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código Penal anotado**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. : um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá , 1991.

LEITE, Mirian Moreira. "A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem" In: FREITAS, Marcos Cezar. **História Social da Infância no Brasil.** São Paulo : Cortez , 2009.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Adoção Internacional: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Rideel, 2010. p. 15.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese IBDFAM, n.24 jun-jul 2004 Ano VI, p.136-156,Bimestral.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 76.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **Historia da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 2006.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil 1726-1950 In: FREITAS, Mario Cezar. **História Social da Infância no Brasil.** São Paulo :
MASSON, *Cleber. Direito Penal Esquematizado, edição única*, Editora Método.2015

MÉNDEZ, Emíilio Gárcia. Evolución histórica del derecho de la infancia : Por que uma historia de los derechos de la infancia. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização. ILANUD,ABMO; SEDH; UNPA (orgs). São Paulo : ILANUD., 2006.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Borsoi, 1951, p21 In: GRANADO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção Doutrina e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010.

NUCCI, *Guilherme de Souza. Código Penal Comentado 2010*, 10ª edição.

PACHI, Carlos Eduardo In: CURY, Munir (coord.).**Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. BECKER, Maria Josefina In: CURY, Munir (coord.).**Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** São Paulo: Malheiros, 2006.

PAULA, Tatiana Wagner Lauand. **Adoção à Brasileira: Registro de Filho Alheio em nome próprio**. São Paulo: Livraria Jurídica, 2007

PENA JR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva . Instituições de direito civil- Direito de Familia. Rio de Janeira: Forense,1991.

RIBEIRO, Paulo Hermano Pereira; SANTOS, Vívian Cristina Maria Santos; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova Lei de Adoção Comentada Lei n. 12.010 de 03 de agosto de 2009**. Leme : J.H. Mizuno, 2010.

RIZZINI, Irma. **Assistência à Infância no Brasil: uma análise de sua construção**. Rio de Janeiro: Universitária Santa Úrsula, 1993.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil Direito de família.** São Paulo : Saraiva, 2002.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção- Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009.** São Paulo: RT, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SENA, Thandra Pessoa de.**Nova lei da adoçao à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá,2015.

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 1992.

SIQUEIRA, Liborni. **Adoção no tempo e no espaço**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna:** contribuição à crítica da teoria social. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

VALENTE, Ana Lúcia. **Ser negro no Brasil hoje**. São Paulo: Moderna, 1987.

VENOZA, Sílvio. **Direito Civil Direito de Família.** São Paulo : Atlas, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.