

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SEGUNDO A TEORIA DE ROBERT ALEXY APLICADO AO CASO DE INFANTICÍDIO INDÍGENA NO AMAZONAS

THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE BY ROBERT ALEXY'S THEORY APPLIED TO THE INDIGENOUS INFANTICIDE AT AMAZON

Rafaella Zanatta Caon Kravetz*
Matheus Felipe de Castro**

RESUMO

Formação social caracterizada por hábitos e costumes milenares, o povo indígena exerce sua própria manifestação cultural. Entretanto, algumas tradições, embora cristalizadas em sua cultura, encontram óbice nas legislações modernas, a exemplo do direito à vida. Isso porque o infanticídio indígena, em que pese presente em determinadas manifestações, extirpa de alguns nativos o direito de viver. O presente artigo tem por objeto estudar o princípio da proporcionalidade segundo a teoria de Robert Alexy aplicado ao caso de infanticídio indígena no Estado do Amazonas, Brasil. Apurar-se-á também o direito à vida em contraponto ao direito ao reconhecimento da tradição indígena, ambos previstos na Constituição Federal de 1988, buscando uma tentativa de conciliação entre o respeito ao direito fundamental e à pluralidade de manifestações culturais.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Direito à vida. Infanticídio Indígena. Dignidade humana.

ABSTRACT

Nation characterized by habits and customs crossing hundreds of years, the indigenous people exercise their own cultural expressions. However, some traditions, though secular, are an obstacle in modern legislation, such as the right to life. This is because the Indian infanticide, despite present in certain manifestations, eradicates some natives the right to live. This article intends to study proportionality principle, according to the theory of Robert Alexy applied in the case of indigenous infanticide in the State of Amazonas, Brazil. Also has the intend to investigate the right to life as opposed to the right to the recognition of indigenous tradition, both in the Federal Constitution of 1988 seeking an attempt to reconcile respect for fundamental rights and the plurality of cultural manifestations.

Keywords: *Principle of proportionality. Right to life. Indigenous infanticide. Human dignity.*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao encerrar um cenário deflagrado por abusos de poder e supressão de liberdades individuais, enalteceu direitos que foram elevados à categoria de fundamentais, ressaltando, deste modo, a obrigatoriedade de se fazer prevalecê-los.

* Mestranda em Direitos Fundamentais Civis pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC - e advogada especialista em Direito Criminal pela UNICURITIBA; rafaella.caon@unoesc.edu.br

** Doutor em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, professor adjunto do Departamento de Direito da mesma Instituição, professor e pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina-UNOESC e advogado em Florianópolis; matheusfelipedecastro@gmail.com

Entre os direitos acima expostos, encontra-se o direito à vida, garantidor de todos os demais direitos que integram o rol de garantias democráticas.

A par disso, a mesma Carta constitucional se preocupou em proteger a identidade indígena, resgatando a autoestima daquela população, de modo a reconhecer seus costumes, crenças e tradições.

Todavia, o referido reconhecimento esbarrou em um ponto nevrálgico, obrigando antropólogos, juristas e demais profissionais afetos a discutir sobre o infanticídio indígena, costume que prevê a morte dos índios considerados amaldiçoados a uma determinada tribo. O que se questiona é: como proteger a tradição indígena se seu pleno exercício pode significar séria mitigação ao direito de outro direito – a vida?

A ideia do presente artigo é desenvolver um estudo que se proponha a estudar o conflito existente entre a tradição cultural do infanticídio indígena, tutelada através o direito à manifestação de tradição cultural, bem como costumes, línguas e organização social, previsto na Constituição Federal através do artigo 231 e o direito fundamental à vida, regulado no caput do artigo 5º, da mesma legislação suprema.

Desse modo, procurou-se conceituar e contextualizar os assuntos acima elencados no ordenamento jurídico contemporâneo, sem deixar de mencionar o multiculturalismo e o relativismo cultural, temáticas que impõem calorosos debates aos estudiosos de direitos humanos.

Ademais, tratar-se-á a respeito do Princípio da Proporcionalidade promovido pelo constitucionalista alemão Robert Alexy, que apresenta solução a casos de conflitos entre bens jurídicos, verificando a possibilidade de sua aplicação a casos de infanticídio indígena no estado do Amazonas, com a devida atenção à dignidade humana em suas dimensões básica e cultural.

Anote-se que para tanto o artigo foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica de material nacional e estrangeiro, visando a finalidade de resgate de elementos jurídicos e filosóficos que, mesmo antigos, suscitam análise e diálogo atenciosos.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Em 1988 consagrou-se o Estado Democrático de Direito no território brasileiro com a promulgação da Constituição Federal, oriunda de uma insatisfação popular manifestada após mais de duas décadas da instalação do Regime Militar no Brasil.

Em mencionada legislação, creditou-se um zelo para com as liberdades individuais, visando blindar o cidadão contra o poder arbitrário estatal¹. Dessa maneira, a norma po-

¹ A proteção do indivíduo contra a arbitrariedade revelada em abusos do Estado e do poder é defendida por Paulo Hahn (2012, p. 193) sob o argumento de se melhorar os mecanismos jurídicos, nacionais e internacionais para proteção do ser humano.

sitivou em seu artigo 5º os artigos tidos como fundamentais, que garantiriam ao homem exercer seus direitos.

Não é exagero afirmar que o mencionado dispositivo se apresenta como um dos grandes pilares do ordenamento supremo, uma vez que se preza a proteger e destacar direitos dotados de mais estabilidade e firmeza, reafirmando-se, portanto, a necessidade crucial de obediência aos direitos fundamentais.

Disposto no *caput* no artigo 5º, o direito à vida recebe proteção de acordo com a redação que afirma serem todos iguais perante a lei, condenando eventual distinção de qualquer espécie, para garantir aos brasileiros e também aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade daquele direito, bem como do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O que se percebeu é que, durante a evolução histórica do homem, o direito à vida deixou de figurar tão somente sob o aspecto do direito natural e passou a galgar espaço na norma para se consagrar como um direito humano fundamental.

Assim, não é o direito à vida pura e simplesmente um direito inato do ser humano pela mera condição de ser homem, porque ganha roupagem jurídica a partir do momento que o direito constitucional positivo e os direitos humanos no âmbito internacional o acolhem.

O abrigo junto à Constituição de 1988 revela que o direito à vida é pressuposto essencial dos demais direitos fundamentais proclamados pelo Constituinte, não fazendo sentido declarar qualquer outro enquanto não houver garantido o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo (MENDES, 2013, p. 289).

Embora não devam ser confundidos, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana possuem vínculo extremamente intenso, eis que indiscutível o valor da vida para a pessoa e para a ordem jurídica, bem como sua condição de substrato fisiológico à própria dignidade (SARLET, 2013, p. 365).

O valor do direito à vida pode ser aferido com a premissa de que, sem ele, não existe a possibilidade de usufruir qualquer outro direito, ou seja, o direito à vida um direito que condiciona o usufruto de todos os demais direitos. Depreende-se daí seu preponderante valor bem como sua relevância junto ao ordenamento constitucional, de maneira que sua manutenção e preservação são medidas salutares.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO DE PRESERVAÇÃO À TRADIÇÃO INDÍGENA

Como já se expôs, a Constituição de 1988 enalteceu importante período da sociedade brasileira, preocupando-se em garantir-lhe direitos suprimidos em outros momentos da história.

Assim, outro advento importante com a promulgação da Constituição Republicana foi a proteção à identidade indígena manifestada através do reconhecimento à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios, a teor do artigo 231².

Em apertada e necessária síntese, a população indígena é representada por aqueles que viviam numa área geográfica antes desta ser colonizada por outro povo, ou ainda aqueles que não se identificam com o povo colonizador. Destarte, inicialmente imposta por colonizadores e integrantes de uma cultura ocidental em expedição pela América, a identidade indígena se referia a pessoas que faziam parte de diferentes grupos étnicos.

Entretanto, em que pese toda a exploração empenhada pelos colonizadores em prejuízo da população indígena, é possível verificar através da história uma busca por novo reconhecimento.

No final do século XX e início do século XXI, essa conquista parece ganhar corpo e ser índio ganha um novo conceito, porquanto a ele é reconhecido um *status* jurídico, sendo-lhe atribuída uma porção de direitos. Diferentes grupos étnicos compõem a categoria indígena, portanto, sendo não apenas distintos entre si, mas também das sociedades nacionais, em que fazem parte e reivindicam seus direitos. Não se trata de abdicar de sua identidade específica; é a partir dela que o pleito pelos direitos atinge mais eficácia, sendo, portanto tais conquistas o que lhes permitem viver cada vez melhor e de acordo com suas culturas (CALEFFI, 2011, p. 154).

Todavia, quando se menciona a proteção constitucional da tradição indígena, é adequado concluir que a Constituição Federal abarcou toda e qualquer manifestação advinda daquele povo seja legítima?

A questão vem à baila inevitavelmente em decorrência do famigerado infanticídio indígena – considerado pela população civilizada como um verdadeiro atentado contra a vida – que consiste na tradição marcada pela morte de crianças consideradas amaldiçoadas para a tribo de onde nasceram. Prática que pode ser observada em algumas tribos do Estado do Amazonas, inclui como crianças amaldiçoadas aquelas com deficiência física ou mental, gêmeos, crianças nascidas de relações extraconjugais, crianças cuja mãe ainda esteja amamentando outro irmão, crianças que nascem com outro sexo que não o esperado, etc.

O conflito existente postula uma solução jurídica e inadiável, eis que conflituosos dois direitos que significaram enormes conquistas para a sociedade brasileira, quer seja ela a civilizada, quer seja ela a indígena – que não adquiriu conhecimento de outra cultura, isto é, não teve uma cultura introduzida à sua. A solução para o problema acima apresentado pode ser facilmente compreendida através do princípio da proporcionalidade defendido por Robert Alexy.

² São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SEGUNDO ROBERT ALEXY APLICADO AO CASO DE INFANTICÍDIO NO ESTADO DO AMAZONAS

Robert Alexy é um dos filósofos mais influentes do Direito alemão contemporâneo. Suas lições são frequentemente utilizadas nos tribunais europeus e ganharam respeito na jurisprudência brasileira, especialmente no que diz respeito à utilização do princípio da proporcionalidade, pauta central do estudo envolvendo o infanticídio indígena no Estado do Amazonas.

Na opinião do estudioso, é fundamental distinguir regras e princípios para a compreensão que envolve a teoria dos direitos fundamentais, uma vez que funciona como chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Segue aduzindo que um ponto que define a distinção entre regras e princípios é que princípios se traduzem em mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados. A diferença entre eles e regras fica evidente em casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Destarte, um conflito entre regras apenas poderá ter solução se for introduzida em uma das regras uma cláusula de exceção que extinga o conflito, ou ainda se for declarada a invalidez de uma dessas regras. Já no que concerne à colisão entre princípios, é de se observar que um dos princípios terá precedência em face do outro sob determinadas condições. Deve o conflito ser resolvido através de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo dele, aliás, é definir qual dos interesses – abstratamente insertos no mesmo nível – tem peso maior no caso concreto (ALEXY, 2011, p. 85-95).

Os princípios não contêm um mandamento definitivo, somente *prima facie*. Em contrapartida, o mesmo não ocorre com as regras, que exigem ser feito exatamente aquilo que ordenam, contendo elas uma determinação da extensão de seu conteúdo na esfera das possibilidades jurídicas e fáticas. Em verdade, princípios carregam consigo a razão *prima facie* e regras – exceto se não houver o estabelecimento de determinada exceção – são razões definitivas (ALEXY, 2011, p. 104-106).

A relação entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade é inevitável e enquanto a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, essa implica aquela. A proporcionalidade, com suas máximas parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – deriva logicamente da natureza dos princípios. Desdobradas as máximas, denota-se que as duas primeiras decorrem da natureza dos princípios enquanto mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, ao passo que a terceira advém da natureza dos princípios enquanto mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2011, p. 116-118).

Para Alexy, colisões são inevitáveis se observadas como insertas em um catálogo de direitos fundamentais. Podem ser amplas (quando colidirem com normas e/ou princípios)

ou restritas (em caso de colisão com outros direitos fundamentais). O filósofo, nesses dois casos, sugere uma solução, consubstanciada na ponderação³. É ela parte integrante do princípio da proporcionalidade, constituída por três fases conforme já se explanou – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Consiste a primeira em uma avaliação dos modos empregados para se chegar ao resultado final almejado; a necessidade analisará a existência ou não de outro meio de decisão menos interveniente; a proporcionalidade em sentido estrito, por fim, parte da máxima que “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo se um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ARABI, 2012, p. 5).

A teoria de Alexy, portanto, pode fornecer elementos para a solução do problema existente com a utilização do princípio da proporcionalidade que se exige no caso do infanticídio indígena do Estado do Amazonas, uma vez em choque, no caso *sub studium*, o direito fundamental à vida e o direito à preservação da tradição indígena.

Em lacônica análise, o princípio da proporcionalidade, desdobrado em três esferas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), é aplicável ao caso de infanticídio indígena presente no Estado do Amazonas e, atendendo o que diz respeito aos critérios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, é de se concluir que as crianças que sofrem risco de morte com o ritual devem ser removidas da tribo de onde pertenciam. Todavia, ao avaliar o critério de adequação, também presente no princípio da proporcionalidade de Alexy, verifica-se sério óbice no tocante à retirada, que só pode ser remediado no caso de o Estado atestar possuir meios de promoção de uma vida digna à criança retirada da tribo.

Superado o debate que envolve o princípio da proporcionalidade através da ponderação de bens quando há colisão de direitos, urge a necessidade de se invocar a dignidade humana para que o uso da ponderação de bens na correta adequação do princípio da proporcionalidade não a violem.

DIGNIDADE HUMANA EM SUAS DIMENSÕES BÁSICA E CULTURAL

Não se discute que a ponderação de bens é imprescindível à prática do princípio da proporcionalidade no caso do infanticídio indígena. Entretanto, é necessário ter em mente que, para que haja um apropriado aproveitamento do princípio da proporcionalidade, imprescindível se faz que sua aplicação ao caso concreto não incorra em uma eventual violação contra a dignidade humana, fundamento do Estado Democrático e elemento nuclear das declarações universais de direitos humanos.

³ Para Gilmar Mendes (2012, p. 211), conecta-se o juízo de ponderação que será exercido, ao princípio da proporcionalidade, exigente de que o sacrifício de um direito seja benéfico à solução do problema, não havendo outro meio menos gravoso capaz de alcançar o resultado almejado. Ademais, o encargo imputado ao direito sacrificado não pode sobressair o benefício que se pretende com a solução, devendo-se comprimir no menor grau possível os direitos em apreço, na tentativa de preservar sua essência.

Os direitos humanos⁴ se apresentam como um conjunto de valores morais, descritos em norma ou não, cuja finalidade atinge a proteção da dignidade humana. Essa dignidade humana apresenta duas dimensões: básica, que corresponde à tutela dos indivíduos contra qualquer forma de coisificação ou de redução de seu *status* como sujeito de direito e; cultural, preocupada a resguardar a diversidade moral, concebida pelas distintas maneiras como cada sociedade pratica o nível básico da dignidade humana (BAEZ, 2011, p. 37).

Após as duas grandes guerras mundiais – verdadeiros atentados contra a humanidade – os direitos humanos ganharam destaque e atenção da comunidade internacional, sendo inseridos, em 1948, em uma carta – Declaração Universal dos Direitos Humanos – preocupada em protegê-los e torná-los universais⁵.

Destarte, se os direitos humanos possuem como intuito agasalhar a dignidade humana, necessário que se compreenda seu conceito e suas implicações, especialmente para averiguar se a manifestação cultural exercida através do infanticídio indígena atenta contra esse verdadeiro pilar da Carta Magna.

Seria a dignidade humana o mais preponderante direito fundamental previsto na Constituição, pelo fato de ser a raiz de todo o sistema constitucional, bem como o último abrigo dos direitos individuais. Na condição de qualidade intrínseca do ser humana, é inalienável e irrenunciável, não podendo ser destacada do ser humano (CAMPOS; SARLET, 2011, p. 1),

Para Kirste (2013, p. 194-195), a dignidade humana proporciona ao ser humano um direito à reivindicação do reconhecimento da capacidade jurídica e, sendo a dignidade humana o direito de ser reconhecido como sujeito de direito e a condição de sujeito consiste em ter direitos e deveres, conclui-se sem delongas que esse direito apresenta a característica de ser juridicamente postulado e satisfeito ao mesmo tempo. Em outras palavras, é perfeitamente possível dizer que “O conteúdo do direito da dignidade humana é [...] o direito fundamental de ser reconhecido como sujeito de direito”.

Esse reconhecimento ganha especial relevo à medida que se considera a dignidade humana como um entrave à coisificação do indivíduo. Kant já sustentou que como qualidade

⁴ Utilizando-se da expressão “direitos do homem” ao invés de “direitos humanos”, Norberto Bobbio (2004, p. 45) esclarece que o problema em relação a esses direitos é uma questão política e não filosófica, na medida em que a discussão não pouca em descobrir quais seriam os direitos do homem, sua natureza, seu fundamento, se são absolutos ou relativos; o problema consiste em protegê-los.

⁵ A universalização dos direitos humanos é assunto polêmico e controverso. Em que pese o relevo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não houve plena concordância entre os povos em aceitá-la. A razão é facilmente explicada pelo choque de culturas, uma vez que países orientais refutaram referido documento argumentando que a Declaração havia sido realizada pelos países vencedores da Segunda Guerra Mundial, portanto apoiada em valores ocidentais. Diante disso, outras declarações foram lançadas, citando-se como exemplo a Declaração de Direitos Humanos do Islã, a Carta Árabe de Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos. Ademais, duas correntes abordam os direitos humanos: a universalista e a relativista. A primeira delas advoga a aplicação irrestrita e global dos direitos humanos, enquanto a segunda compreende que a diferença sociocultural entre os países torna impraticável a universalização. Para Barreto e Wasem (2011, p. 148), propõem um diálogo entre as culturas que se encontram distantes no que diz respeito ao conceito e compreensão uníssona acerca dos direitos humanos, sugerindo que elas estabeleçam entre si uma comunicabilidade inteligível, buscando a autorreflexão sobre o humano, abrindo, assim, caminhos para a universalidade dos direitos humanos, de modo que a tradução intercultural consistirá no instrumento salutar da operatividade lógica do diálogo, tornando a cultura receptora aberta à eventualidade de outro sentido.

congênita, a dignidade humana é inalienável e impede a coisificação do homem, que difere das coisas porquanto possui capacidade de autodeterminação concedida através da razão.

Essa visão kantiana que interpreta a dignidade como estorvo à coisificação do indivíduo é salutar para a discussão que envolve a colisão entre o direito fundamental à vida e o direito de preservação da tradição indígena.

Isso porque, ao pontificar que, dentre outros exemplos, o índio mal formado, ou irmão gêmeo, ou fruto de relação extraconjugal trazem má sorte à tribo em que estão inseridos, amaldiçoando-os e, decidindo matá-los porque assim exigiria a tradição, constata-se que há um altíssimo grau de repulsa ao ser humano, tornando-o mero objeto ao excluí-lo de uma sociedade na qual muitas vezes não escolheu viver.

Todavia, a par de nós membros da sociedade civilizada moderna⁶ considerarmos tal fato um verdadeiro atentado contra a dignidade humana, impedir a expressão cultural indígena também incide na mácula a esse fundamento constitucional, uma vez que, conforme já se explanou, a dignidade humana é cercada de duas dimensões: a básica – que impede a redução do ser humano a mero objeto – e a cultural – que salvaguarda a diversidade moral, composta pelos diferentes modos como cada sociedade prática a dimensão básica.

Se de um lado o infanticídio macula a dignidade humana em sua dimensão básica, defende-se sua prática pelo agasalho na dignidade humana em sua dimensão cultural.

Contudo, a proteção de uma especificidade cultural coletiva não pode violar os direitos individuais de seus membros, eis que determinadas políticas multiculturais, ao manifestar sua tradição, incorrem em grave violação à dimensão básica, limite do livre exercício da dimensão cultural.

Destarte, cabe como luva apertada a resolução da colisão de bens utilizando-se do princípio da proporcionalidade proposto por Robert Alexy que, ao ponderar os bens envolvidos no caso em apreço, resolverá o entrave, enterrando de uma vez por todas uma temática que, embora não muito recorrente em território brasileiro, alavanca uma série de comiserações por aqueles que a discutem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as duas grandes guerras mundiais, os direitos humanos foram objetos de pauta internacional, ganhando destaque nas discussões entre os povos sobre sua eficácia e proteção.

A par disso, houve também discussão no sentido de respeitar as diferenças percebidas em relação às minorias étnicas que, embora distintas da cultura da civilização moderna, merecem guarida.

⁶ É temerário julgar irracional uma civilização diversa da nossa, tentando adaptá-la àquela em que estamos inseridos, incorrendo, em alguns casos, em xenofobia. Nesses casos, imprescindível o diálogo intercultural ao revés de postura repressiva. Ademais, Hahn (2012, p. 201) recorda que os direitos humanos atuam como pilares de um diálogo válido entre nações, culturas e comunidades.

Ao receber agasalho dos ordenamentos jurídicos internos, os direitos agora fundamentais ganham relevo à medida que suscitam maior amparo e constituem pilares da legislação constitucional.

O infanticídio indígena é tema que gera bastante polêmica, uma vez que envolve colisão entre o direito fundamental à vida e o direito de preservação cultural dos índios. Referido debate ganha evidência porquanto ao providenciar a manutenção de um, necessariamente violará o outro.

O problema está em se admitir que, além de ser vistos como limites a práticas culturais de tradição indígena, os direitos fundamentais atuam como condição de possibilidade àquelas mesmas práticas. Devem os povos ter direito de conservar seus costumes próprios em toda e qualquer situação? Parece não se afigurar correto que tais costumes sejam incompatíveis com os direitos fundamentais elencados na legislação pátria.

Não se discute a necessidade de salvaguarda da diversidade sociocultural, advinda das inúmeras maneiras de produção e manifestação cultural de diferentes grupos sociais, através de dinâmicas sociais que contribuem para a não redução de valores simbólicos indígenas, reforçando sua identidade e avigorando a identidade daqueles grupos, na maioria das vezes vivendo à margem da civilização.

A proposta, portanto, é pela articulação entre os gestores e os indígenas, que devem estabelecer novos campos conceituais com o intuito de renovação e valorização da diversidade cultural, transformando a visão do mundo civilizado que ainda hoje se percebe preconceituosa e discriminatória. Destarte, é provável que se revitalize nos povos indígenas o sentimento de orgulho e de autoestima identitária, e se verifique uma solidificação de um espaço honrado na história e na vida multicultural na jurisdição brasileira.

Uma solução possível para a resolução do conflito que envolve o direito à vida X direito à preservação da tradição indígena poderia ser buscada no princípio da proporcionalidade designado por Robert Alexy, que propõe seja a ponderação de bens avaliada através das três fases que compõem aludido princípio (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

A pauta central que abarca a discussão em apreço traça o infanticídio indígena como prática que exerce a dignidade em sua dimensão cultural. Entretanto, há de se considerar que a proteção de uma especificidade cultural coletiva não é legítima se violar os direitos individuais de seus membros, uma vez que, conforme já se apurou, determinadas políticas multiculturais, quando do exercício de suas tradições, incorrem em grave violação à dimensão básica, limite do livre exercício da dimensão cultural.

Destarte, salutar afirmar que a dignidade humana em sua dimensão cultural não poderá jamais ser praticada em prejuízo da dignidade humana em sua dimensão básica, razão pela qual, na ausência de mecanismos que promovam o diálogo e consenso entre o direito à vida e aquela prática da tradição indígena, tem o Estado o encargo de atuar na

promoção e guarida dos direitos individuais no interior das tribos, mormente em casos envolvendo mulheres e crianças.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Malheiros Editores: São Paulo: 2011.

ARABI, Abhner Youssif Mota. *A teoria argumentativa de Alexy e o princípio da proporcionalidade: uma análise do balanceamento de princípios e sua aplicação no Supremo Tribunal Federal*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BAEZ, Narciso. *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais – Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CALEFFI, Paula. *Identidade cultural indígena e direitos humanos: o que é ser índio hoje?* Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

CAMPOS, Eliane Cristina Huffel; SARLET, Ingo Wolfgang. *O princípio da dignidade humana como argumento para a tutela do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário Brasileiro*. XII Salão de Iniciação Científica – PUCRS, 03 a 07 de outubro de 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CROCE, Benedetto. *Declarações de Direitos*. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

HAHN, Paulo. *Pressupostos da filosofia intercultural e teoria crítica dos Direitos Fundamentais*. In: *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa – Desafios materiais e eficacias*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: *Os pensadores – Kant (II)*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito e filosofia política: a justiça é possível*. São Paulo: Atlas, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PÉREZ-LUÑO, Antônio Enrique. *Concepto y concepción de los derechos humanos: anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.
- RODRIGUES, Guilherme Scotti. *Direitos fundamentais, eticidade reflexiva e multiculturalismo: uma contribuição para o debate sobre o infanticídio indígena no Brasil*. Tese de Doutorado - Universidade de Brasília, Brasília, 2011.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

