

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SEGUNDO À TEORIA DE ROBERT ALEXY APLICADO NO CASO DE INFANTICÍDIO INDÍGENA NO AMAZONAS¹

EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDADE AL ROBERT ALEXY TEORÍA APLICADA EN EL CASO DE INDIGENAS INFANTICIDIO AMAZON

Riva Sobrado de Freitas
Cinthya Sander Carbonera

RESUMO

O artigo pretende analisar sobre o Infanticídio ocorrido com as crianças Indígenas do Amazonas, analisando suas características a partir do estudo da teoria dos princípios de Robert Alexy e no Direito Constitucional Brasileiro, o principal objetivo é demonstrar os principais fundamentos e críticas da essa teoria e direito que apontam a ponderação como a solução mais adequada. Independente das objeções existentes é possível através da ponderação obter, na maioria dos casos, uma solução adequada à colisão de princípios, garantindo sua normatividade e preservando a Constituição.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade; Infanticídio, Índios; Direito Constitucional,

RESUMEN

El artículo analiza el infanticidio ocurrido con los pueblos indígenas de la Amazonía con sus características del estudio de los principios de la teoría de Robert la Ley Constitucional de Brasil Alexy y, el objetivo principal es demostrar los fundamentos básicos de esta teoría y la crítica y señala a la derecha ponderación como la solución más adecuada. Independiente de las objeciones existentes pueden obtener al considerar, en la mayoría de los casos, una solución adecuada a la colisión de principios, lo que garantiza su normatividad y la preservación de la Constitución.

Palabras clave: Princípio da Proporcionalidade; Infanticídio, Índios; Direito Constitucional,

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa esmiuçar as entrelinhas que existem entre o Princípio da Proporcionalidade segundo a Teoria de Robert Alexy e o Infanticídio ocorrido com os índios do Amazonas.

* Professora e Pesquisadora do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1982), obteve seu mestrado (1996) e doutorado (2003) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Em 2007, realizou seu Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra – Portugal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, direitos humanos, garantias fundamentais, direito do estado e direito processual civil.

** Mestranda da Pós-Graduação Stricto Sensu na Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC - Campus de Chapecó-SC, na área de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais (2013/2015). Graduada em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ – Campus de Chapecó-SC (2012). Experiência na área de Direito de Família, Civil, Penal, Eleitoral, Administrativo e Trabalhista. Experiência como auxiliar administrativa no setor de cobrança e auxiliar jurídica.

¹ O presente trabalho é resultado do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Civis do Programa de Mestrado em Direito da UNOESC.

O grande questionamento é até onde o Direito Brasileiro que é construído através da Constituição Federal e ramificada aos outros campos do Direito, pode intervir sobre a cultura indígena, à qual é dotada de tradições, crenças e que as segue à mais de 500 anos antes dos Portugueses colonizarem o Brasil.

É fundamental interpretar e observar a evolução do Direito Brasileiro, tanto no âmbito Constitucional quanto ao âmbito que trata especificamente sobre as crianças e adolescentes, pois somente com uma investigação aprofundada é possível chegar à alguma conclusão sobre a necessidade do Estado e do Direito intervir sobre a cultura indígena ou não.

A metodologia utilizada é o deduzido e pautado em pesquisa bibliográfica e jurisprudência e analisando sobre a efetivação o princípio da Proporcionalidade segundo a Teoria de Robert Alexy e a cultura indígena que adota o infanticídio.

1 O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Evidentemente é preciso reforçar o significado do Conceito de Constituição e assim chega-se ao significado de Constitucionalidade. Constituição é o conjunto de leis, de normas ou de regras de um País ou de uma Instituição, ela é responsável pela por regulamentar, organizar e manter o funcionamento do Estado. É a lei máxima que limita poderes e define os direitos e deveres dos cidadãos. Por este motivo nenhuma outra lei no país pode entrar em conflito com a Constituição.

Nos Países Democráticos, a Constituição é elaborada por uma Assembléia Constituinte que é eleita pelo povo, representando o Poder Legislativo, além disso, elas podem receber emendas e reformas, porém elas possuem cláusulas Pétreas, que são cláusulas que não podem ser modificadas e nem extintas. É nesse sentido que Kelsen diz:

“Historicamente, a primeira Constituição foi estabelecida pela resolução de uma Assembléia; nasceu a primeira Constituição, historicamente pela via do Costume, é esse Costume, mais corretamente: são as pessoas, cuja conduta institui, historicamente, o Costume produtor da primeira Constituição que são autorizadas pela norma fundamental. É na norma fundamental – da, historicamente, primeira Constituição – no mais profundo sentido, em que se baseia o ordenamento jurídico” (Kelsen, 1986, p. 327).

Nesse sentido Kelsen afirmar que a Constituição Consuetudinária (costume) nasce da própria sociedade, ou seja, da modificação em que a sociedade depara-se. Esmiuçado o que significa Constituição é necessário interpretar o que significa Constitucionalismo para, depois, nos aprofundar nos ciclos do Constitucionalismo.

O autor JJ. Canotilho conceitua o constitucionalismo como um instrumento ideologicamente expresso, igualando-se ao liberalismo, momento que se refere a um governo de leis e não de homens. Vejamos: [...] Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o

princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade [...].

Sendo assim, a partir desse conceito acredita-se que o constitucionalismo não pode ser interpretado apenas como meio que conduz a possibilidade de limitação do poder e a garantia de direitos individuais, mas entendido como uma ideologia que compreende os diversos campos da política, da economia e da sociedade.

Apesar desses conceitos, é necessário lembrar que o Constitucionalismo passou por processos evolutivos ao longo da história e os quais foram divididos e nomeados por alguns pensadores. O professor Pedro Lenza acredita que o desenvolvimento do Constitucionalismo é composto por fases e o classifica como Constitucionalismo da Idade Antiga, da Idade Média, da Idade Moderna e da Idade Contemporânea. Na Idade Antiga tem-se historicamente falando, uma Época que não existia a organização Estatal, os direitos individuais não eram reconhecidos com tamanha expressão e foi nessa época que ocorreu a tomada do Império Romano do Ocidente pelos povos Bárbaros.

A Idade Média teve seu início no Século V e vai até o fim do Império Romano, no Século XV. Caracteriza-se pela assinatura da Carta Magna de 1215 que garantiu amplos direitos, a princípio à nobreza e mais tarde aos cidadãos da Inglaterra, os direitos individuais eram mais valorizados. Pedro Lenza relata que Cartas, Pactos e outros foram documentos marcantes durante a Idade Média, e buscavam resguardar direitos individuais. Alerta-se, contudo, que esses direitos eram direcionados a determinados homens, e não sob a perspectiva da universalidade, ou seja, os direitos apesar de maiores ainda não eram para todos.

A Idade Moderna surgiu após a tomada de Constantinopla pelos Turcos. Os Feudos deixam de existir e as idéias da antiga Grécia e da Antiga Roma, são restauradas e inicia-se o Renascimento. Nessa época começaram as grandes navegações em busca de novas terras e obviamente foi em uma delas que os Europeus descobriram e conquistaram a América. Aqui, os ideais humanistas e iluministas fundamentaram-se e promoveram a Revolução Francesa, em 1789. A revolução foi um marco para as futuras mudanças que ocorreram no mundo constitucional.

A Idade Contemporânea tem seu início após a Revolução Francesa (1789), e está vigente até hoje. O Estado Contemporâneo é aquele que o Liberalismo teve seu auge, baseados nos princípios de liberdade econômica e social às pessoas tiveram seus direitos individuais mais destacados uma vez que estes eram tidos como fundamentais e inerentes aos homens.

Evidentemente o Direito brasileiro possui raízes portuguesas, que ocorreu com chegada da primeira armada portuguesa no Brasil, em 1500. Nesta época, vigorava em Portugal as ordenações Afonsinas e outras diversas legislações extravagantes, que chegaram rapidamente nas terras de Vera Cruz. Assim começa a história jurídica luso-brasileira.

Portugal teve sua independência por volta de 1140. Seus antecedentes, com os Celtas, Iberos, Celtiberos, Lusitanos, e os invasores como os Gregos, Fenícios, Romanos, Ger-

manos e Árabes, deixaram noções de direito e deveres a futura nação Portuguesa e posteriormente passada para o Brasil.

No século XII, as contribuições valiosas apareceram como o Direito Romano, antes e depois de seu renascimento e também o Direito Germânico, com o código Visigótico, que influenciaram o direito em Portugal até o século XIII. Nesta época reinava Dom Afonso III, conhecido historicamente como o momento jurídico de período da individualização do Direito Português.

Nessa época, o pensamento jurídico assume a dignidade científica da *auctoritas* universitária, neste instante o jurista é considerado um verdadeiro *conditor iuris*. Os desmembramentos disto são enormes, combate-se a autotutela, transforma-se o ônus *probandi*, dissociam-se o processo penal do civil, tenta-se a uniformização dos delitos e das penas, que de uma forma ou outra integra o país ao mundo dos *iura communia*.

Foi no reinado de Dom Afonso V, aprovada as Ordenações Afonsinas, o Direito Português progride para sua independência, reduzindo o *ius commune* a direito subsidiário.

Neste momento, fortalece as fontes do direito pátrio, as leis, os estilos da Corte e o costume. Além disso, o estilo da corte cria sentido de jurisprudência uniforme e constante dos tribunais superiores. O costume dentro da lei tanto podia ser *secundum legem*, como *praeter legem* e mesmo *contra legem*.

As leis somente possuíam papel de obrigação porque eram aceitas pela *voluntas populi*, ou seja, se o povo aprovou as leis elas não são ab-rogadas somente pelo *suffragio legusltoris*, mas também tácito *conensu omnium per desuentudinem*.

Chegado ao século XV, o direito português vigora tanto em Portugal quando na colonial brasileira, principalmente amalgamada pela língua, na literatura, na poesia, na arte, e claro no direito. Em 1521 foi publicada as Ordenações Manuelinas que durou até o ano de 1603, período onde Duarte Nunes de Leão, a pedido do Cardeal Dom Henrique reuniu uma coletânea com inúmeros diplomas publicados depois de 1521. Em janeiro de 1603 iniciam-se as ordenações Filipinas, que se prolongou até 1867 e 1917, respectivamente em Portugal e Brasil.

Em agosto de 1869, com a Lei da Boa Razão foi reduziu o direito subsidiário ao direito Romano. Neste momento o ideal iluminista aparece, preocupado com a segurança e a certeza do direito, além disso, defendia o afastamento do costume como *fons iuris* e engrandecia a lei, por ser a origem da vontade.

Em 1820 triunfou a Revolução Liberal, poucas reformas ocorreram em Portugal no direito privado. Alguns juristas introduziram algumas modificações, baseados no Código de Napoleão. No Brasil após sua independência, em 1822 o direito começou a trilhar caminhos diferentes de Portugal.

Portugal, apesar da proximidade de outros países europeus nesta época, vivia uma grande desorientação. Diferentemente do Brasil, não teve intensa agitação política, por este

motivo as instituições jurídico-privadas podem evoluir diferentes, conservando algumas tradições do código português mais livre das influências estrangeiras.

Apesar dessa evolução o país ainda era refém das Ordenações Filipinas, que continuaram com força total até o ano de 1823, e só foi abolida 1917, após a promulgação do Código Civil brasileiro criando em 1916.

Na lei Brasileira não existe lei temporária, a lei terá vigor até que outra lei entre modificando-a ou revogando-a, a lei anterior, no Código Português a lei é mais incisiva, só deixa de existir se for revogada por outra lei, então o advérbio só não permite outra leitura: a lei só deixa de vigorar se for revogada por caducidade ou por outra lei que a revogue.

Mesmo com as diferenças ressaltadas no texto brasileiro, o mesmo aproxima-se mais da tradição jurídica Portuguesa, muito mais do que com o Código Português. Existe um grande patrimônio do Direito Luso-brasileiro, preceitos, linguagens, além de um elevado grau de romanização.

Mesmo com Projetos de Lei, as tradições portuguesas continuam vivas, porque existe afinidade na união dos povos Lusitanos, e possuem orgulho desta ascendência comum no direito. Brasil e Portugal são duas Pátrias que criaram laços.

Na história do Brasil foram elaboradas Constituições ao longo do tempo, as quais contribuíram para a evolução do Direito Constitucional e são responsáveis pela modificação constante e adaptação da sociedade.

Anos após a descoberta do Brasil, Dom Pedro I declarou em 1822 a Independência do País, assim tornou-se o primeiro Imperador e criou uma assembléia constituinte, a qual possuía a função de formular uma Lei regulamentadora que tivesse vigência em todo o território. O Partido Brasileiro representava a elite latifundiária e inovou com um projeto contra a Constituição, cujo apelido era bem sugestivo: “Constituição da Mandioca”, que limitava o poder ao Império, era anti-absolutista e discriminava os portugueses que representavam os anti-lusitanos. Já Dom Pedro I apoiava o partido contrário, o Partido dos Portugueses, formado pelos ricos, comerciantes, portugueses e funcionários públicos. Em 1823 a Assembléia Constituinte Brasileira foi dissolvida e no ano seguinte o Imperador impôs seu próprio projeto, que originou a Primeira Constituição Federal Brasileira no ano de 1824 que tinha caráter Monárquico.

Nesse período, o Estado era Centralizado, existia uma Monarquia Hereditária e Constitucional, o país foi dividido em quatro poderes (Executivo, Judiciário, Moderado e Legislativo). Além da divisão, o mandato dos senadores era vitalício, o voto censitário em apenas dois graus de eleitores, sem falar que o poder estava diretamente interligado a Igreja Católica, que impôs o catolicismo como religião oficial do país, um modelo externo de monarquia. A Primeira Constituição teve a maior vigência das já existentes, durou mais de 65 anos, e por este período, apenas os homens votavam.

Em 1891 o país era predominado por interesses interligados à Oligarquia Latifundiária, uma nova Constituição foi originada. A elite tinha grande influência sobre o eleitor, nesta época foi criado o “voto de cabresto”, criando fraudes nas eleições, já que o país era dominado pelo Coronelismo. Sua principal característica foi tornar o Estado Federativo e a República Presidencialista dividida em três poderes, extinguiu o Poder Moderador de vez do Brasil. Ademais o voto deixou de ser apenas direito de algumas pessoas e passou a ser universal. O Estado era Laico, ou seja, separado da Igreja e as províncias viraram estados. A repercussão foi uma maior autonomia para estes entes recém criados, o voto, entretanto, continuava sendo apenas para homens.

Em 1934 surgiu outra Constituição, exatamente na era Vargas, justamente no período em que o governo era provisório e sem uma Constituição vigente. Apesar disso, foi após 1933, com a derrota da Revolução Constitucionalista de 1932 em São Paulo, que foi eleita a Assembléia Constituinte a qual redigiu a Constituição de 1934. Nesta época ocorreu uma reforma eleitoral, que introduziu o voto secreto e o voto feminino, condição até então inexistente, visto que era direito somente dos homens. Criou-se nesse mesmo momento a Justiça do Trabalho, conseqüentemente as Leis Trabalhistas, benefícios para o trabalhador, como a jornada diária de oito horas, com repouso semanal, férias remuneradas entre outros.

Porém, foi a Constituição que por menos tempo vigorou no país, isso porque Getúlio Vargas em 1935 suspendeu sua vigência, através do Estado de Sítio. Para permanecer no poder, já que seu mandato terminaria em 1938, Getúlio Vargas deu um Golpe de Estado e tornou-se um ditador. Fez-se valer do uso de poderes, além dos quais lhe haviam sido outorgados alegando “proteger” a sociedade. O Plano Cohen nada mais era do que um falso plano comunista inventado pelas fiéis seguidoras de Getúlio Vargas, o regime foi implantado como fascista e ficou conhecido como um Estado Novo.

A perseguição aos opositores saltava aos olhos, além de ser evidente a generosa intervenção do Estado na economia do País que vivia em um regime ditatorial. Foram abolidos os partidos políticos e a imprensa perdeu sua liberdade, mas isso durou até o Plebiscito que derrubou Getúlio Vargas e em 1946 surgiu outra Constituição Brasileira. Devido a redemocratização após a queda de Getúlio Vargas fez-se necessário criar uma nova ordem. O Congresso Nacional estava recém-eleito e coube a ele assumir as tarefas constituintes nesta época, o País era conhecido como Estados Unidos do Brasil. Feita legalmente, a Carta Promulgada e o mandato presidencial eram conhecidos como quinquênio, ou seja, de 05 anos no poder.

Aliás, a política administrativa possuía uma ampla autonomia sob os estados e municípios do país, onde se defendia a propriedade privada e os latifúndios, era assegurado o direito à greve dos trabalhadores e as associações sindicais livres tratavam-se de maiores intervenção do Estado nas relações de labor, entre empregados e empregadores, com medidas liberais que favoreciam o empresariado. Foram conquistados garantia à imprensa de

liberdade de opinião e expressão e, através da Emenda Constitucional de 1961, foi implantado o parlamentarismo, após a renúncia do atual presidente Jânio Quadros.

Foi então em 1962 que, através de plebiscito os brasileiros optaram pela volta do modelo presidencialista. e após renúncia de Jânio Quadros surgiu outra Constituição na passagem do Governo de Castelo Branco para Costa e Silva em 1967. Em seu contexto, predominava o autoritarismo e o arbítrio político. Em 1969 foi emendado o documento autoritário e a então Constituição 1967, com a absorção dos instrumentos ditatórios com o Ato Constitucional nº 5 de 1968 (AI-5). Com o surgimento da Constituição de 1967 o país passou a ser chamado de República Federativa do Brasil, sendo que a documentação promulgada foi aprovada por um Conselho Nacional deformado pelas cassações. O governo militar confirmava os Atos Institucionais e os Atos Complementares.

Em 1988 surge à atual Constituição, chamada de “Constituição Cidadã”, que com os últimos governos militares de Geisel e Figueiredo o país viu surgir um momento de redemocratização, também conhecido como “Abertura”. O processo teve sua aceleração com o governo de Sarney, no qual o Congresso Nacional produziu nossa magnífica e atual Constituição, onde foi mantido o nome do país de República Federativa do Brasil e a Carta promulgada foi feita legalmente. Foi por meio dela que surgiu a reforma eleitoral que permitiu o voto para analfabetos e para os cidadãos entre 16 e 18 anos que, não são obrigados a votar, mas tem esta possibilidade, além disso a terra possuía uma função social, gerando uma base, para quem sabe uma futura reforma agrária no país. Também foi combatido o racismo e atribuído como crime inafiançável e imprescritível, sujeito a uma pena de reclusão.

Nessa “nova” Constituição foi assegurada aos indígenas a posse de suas terras e aos trabalhadores garantidos novos direitos trabalhistas, como a redução na jornada de labor semanal para 42 horas, além de seguro desemprego, férias remuneradas acrescidas de 1/3 do salário. Tais direitos aplicavam-se aos trabalhadores urbanos e rurais, além de se estenderem aos trabalhadores domésticos. Após longos cinco anos da “nova” Constituição, o povo foi convocado para, através de um plebiscito, definir alguns pontos, sobre os quais os constituintes não haviam chegado a acordo. O resultado foi manter a república presidencialista e assim o Brasil, em pleno século XXI ainda é regido pela Constituição Federal de 1988 e mesmo com toda a mutação da sociedade à mesma é mantida com poucas modificações através de ementas.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SEGUNDO ROBERT ALEXY

A passagem do Estado absolutista para o Estado liberal gerou o surgimento da proporcionalidade no Direito Brasileiro. O primeiro modelo, com o poder concentrado nas mãos do monarca já não conseguia dar as respostas esperadas aos apelos da população e as liberdades individuais as quais ficavam a serviço dos interesses da própria Administração.

Porém, foi com a Constituição Federal de 1988 que estabeleceu-se um pacote de direitos essenciais para manutenção do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, das liberdades e garantias individuais e outros direitos.

Na estrutura principiológica da Carta brasileira, a proporcionalidade tem o papel de proteção dos direitos fundamentais, na harmonização de interesses coletivos e individuais e é um instrumento de efetivação da Constituição. Assim, o estudo do Princípio da Proporcionalidade é estudado esmiuçadamente por Robert Alexy.

Segundo a Teoria do Robert Alexy os direitos fundamentais não precisam alcançar uma homogeneização de cada ordem jurídica fundamental, pois o maior objetivo dela é desvendar todas as estruturas dogmáticas e ressaltar os princípios e valores que estão escondidas atrás das codificações e jurisprudências.

A grande questão dessa teoria é evidenciar e responder essa indagação sobre quem seria o titular dos direitos fundamentais, quem poderia restringir os mesmo e qual deve ser a intensidade do controle da Corte Constitucional sobre quem legisla. Alexy começa esmiuçar os princípios, e no qual para ele é o mundo do dever ser ideal, assim não salienta como as coisas são e sim como se dever pensar com o objetivo de evitar contradições. Essa conceituação é chamada de mandados de otimização que faz parte da deontologia.

Diante de tal Teoria é possível criar a idéia de que regras e princípios são normas, ambas salientam o que deve ser e que são fundamentais para analisar casos concretos. Assim, a distinção apontada pelo autor é a que se refere às regras como normas que podem ser cumpridas ou não, e aos princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas.

A mesma análise deve ser estendida com relação a colisão dos Direitos Fundamentais, que deve ser considerada como uma colisão de princípios, onde a solução é a ponderação, pois no que as regras fazem parte do mundo jurídico e peremptoriamente válido, os princípios estão no indefinidos ou concomitantemente possível. No conflito de regras, uma elimina a outra (questão de invalidade) e já na colisão entre princípios, um apenas afasta o outro no momento da resolução do embate, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem maiores do que as do outro.

Depois dessa análise minuciosa Alexy passa a demonstrar sua teoria no postulado da proporcionalidade, onde a grande é poder impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva.

O postulado da proporcionalidade é verificado através do critério da adequação diante do meio utilizado para chegar ao fim, fazendo necessário um meio para utilizar e a aplicação estrito senso da proporcionalidade, ou seja, da ponderação. Portanto quando ocorrer a colisão dos direitos fundamentais é necessário solucionar a adequação do meio, posteriormente utilizar um meio e por último, caso não ocorra a solução, a ponderação.

Adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado significa utilizar-se do meio mais adequado para a persecução do fim desejado, assim adequado o sentido e o meio que conseguisse promover o fim almejado (não infringindo tanto o outro princípio como outros meios poderiam vir a infringir) e logo existiria a possibilidade de declarar inválida a norma, pois ela não seria adequada para otimizar o princípio.

Quando o autor demonstra que é necessário utilizar desse meio, o mesmo quer dizer que não existe outro meio restritivo que tenha um custo menor. Assim ele diz: [...] “o meio não é necessário se dispõe de um mais suave ou menos restritivo [...]” O fim não feito de outra maneira que de alguma forma afete menos o indivíduo em questão.

Ao tratar-se da ponderação é preciso verificar a intensidade e a importância da intervenção diretamente em um direito fundamental, pois as manifestações demonstram que a regra para as ponderações do Tribunal Alemão podem ser formuladas. [...] “Quanto mais intensa se revelar à intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.”

Para analisar a ponderação é preciso fazer três planos segundo o autor. O primeiro seria definir a intensidade da intervenção, se ela é necessária e o quanto e o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios. Em segundo é preciso definir a importância de um dos direitos fundamentais que justifiquem a intervenção e em terceiro é preciso realizar a ponderação em um sentido específico e se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

Assim, é possível verificar que a precedência depende muito das consequências jurídicas dos princípios, tendo um pressuposto fático do princípio precedente ou por princípios que não tem uma relação absoluta de precedência e não são quantificáveis. Portanto a dimensão de que o autor fala em forma de metáfora (peso) não consegue quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta e sim de forma concreta e relativa.

3 CRIANÇA E ADOLESCENTE - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As crianças e os adolescentes ganharam espaço na sociedade e com isso adquiriram direitos fundamentais para sua existência e sobrevivência, tornaram-se sujeitos de direito e deixaram de ser tratados como adultos perante a sociedade.

Historicamente falando, foi no ano de 1919 que surgiu o primeiro questionamento internacional sobre as crianças e adolescentes, pois neste ano foi criado o Comitê de Proteção da Infância, a existência do mesmo fez com que os Estados não fossem os únicos responsáveis pelos direitos das crianças.

O estopim surgiu no mesmo ano, através da britânica e ex-professora primária Eglantyne Jebb, que criou o **fundo de auxílio à criança, conhecido internacionalmente com**

*The Save the Children Fund*². O sucesso e a repercuto desse fundo permitiu a mesma e sua irmã Dorothy que organizassem um fundo mundial, dando origem à criação da organização internacional *Union International de Secours a l'Enfant*³ no ano de 1920.

Não satisfeita, Eglantyne deu mais um passo no ano de 1923, criando outra organização, *Save the Children*⁴, apresentou na cidade de Genebra seus esboços sobre os direitos das crianças. Surgiu então o grande marco da história, com relação aos direitos das crianças, a Declaração da Criança de Genebra no ano de 1924, que questionava a preocupação internacional em assegurar os direitos de crianças e adolescentes.

Em 1927, dez países americanos incluídos o Brasil, participaram do IV Congresso Panamericano da Criança⁵ e criaram a Ata da Fundação do Instituto Interamericano da Criança (IIN - Instituto Interamericano del Niño) que atualmente está vinculado a Organização dos Estados Americanos (OEA) - Organização destinada à promoção do bem-estar da infância e adolescência e da maternidade.

A Sociedade das Nações aprovou em 1934, pela segunda vez, a Declaração de Genebra, mas foi em 1946, com o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas que a história começou a ser modificada. Esse Conselho recomendou que fosse adotada a Declaração de Genebra, que ocorreu após a II Guerra Mundial através do movimento internacional a favor da criação do *United Nations International Children's Emergency Fund*⁶.

Assembléia Geral das Nações Unidas promulgou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que contém os direitos e liberdades das crianças e adolescentes. Infelizmente, algum tempo depois dessa declaração e após o fim da Segunda Guerra Mundial que surgiu a criação da maior organização até hoje vista, a Organização Mundial das Nações Unidas⁷ e também a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura⁸ em 1950.

A Declaração Universal dos Direitos das Crianças foi aprovada em 1959, posteriormente ao Pacto de São José da Costa Rica no ano de 1969⁹, que estabeleceu em seu artigo 19,

² Fundação Salve as Crianças. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

³ União Internacional de Socorro à Infância. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

⁴ Organização Salve as Crianças. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

⁵ É um Órgão do Instituto Interamericano da Criança e do Adolescente (IIN), cujo objetivo é promover a troca de experiências e conhecimentos entre os Estados membros do Sistema Interamericano.

⁶ Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). Disponível em: <<http://translate.google.com.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

⁷ ONU - Organização constituída por governos da maioria dos países do mundo. É a maior organização internacional, cujo objetivo principal é criar e colocar em prática mecanismos que possibilitem a segurança internacional, desenvolvimento econômico, definição de leis internacionais, respeito aos direitos humanos e o progresso social.

⁸ UNESCO - Foi criada em 16 de novembro de 1945, logo após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de garantir a paz por meio da cooperação intelectual entre as nações, acompanhando o desenvolvimento mundial e auxiliando os Estados-Membros - hoje são 193 países - na busca de soluções para os problemas que desafiam nossas sociedades. É a agência das Nações Unidas que atua nas seguintes áreas de mandato: Educação, Ciências Naturais, Ciências Humanas e Sociais, Cultura e Comunicação e Informação.

⁹ A Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica é um tratado celebrado pelos integrantes da Organização de Estados Americanos (OEA), adotada e aberta à assinatura durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e tendo entrado em vigor a 18 de julho de 1978, com a ratificação do décimo primeiro instrumento, de iniciativa de Granada. O documento tem um total de 81 artigos, incluindo as disposições transitórias, e tem como objetivo estabelecer os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros similares. A convenção proíbe ainda a escravidão e a servidão humana,

que: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado”.

No Brasil foi criado o Decreto Lei nº 5.083 que se instituiu o Código de menores, proporcionando a criação de novas figuras de crimes e contravenções, além claros, de um grande arsenal de instrumentos de proteção aos menores de 18 anos. Sua consolidação se deu através do Decreto Lei nº 17.943-A de 1927 que recebeu o nome de Código de Menores ou também conhecido nessa época como Código Mello Mattos.

O Código Mello Mattos dispunha que os menores de 14 anos estivessem sob os cuidados dos pais, e quando tal fato fosse impossível, era aplicada a medida de internação. Já dos 14 aos 18 anos, dispunha um tratamento especial aos menores que fossem classificados como delinquentes ou abandonados. O próprio código dissertava acerca da acusação do Ministério público e defesa técnica através de advogado.

Após longo período de vigência o Código de Menores de 1927 já estava totalmente desatualizado, foi então que a doutrina entendia necessário rejeitar a designação menor delinquente e menor abandonado, propôs a criação uma nova modalidade em que os menores em questão deveriam ser assistidos. A compreensão de que não era possível falar em menor abandonado, quando os filhos entregavam-se à vadiagem, prostituição ou qualquer outra forma de indisciplina, mesmo com imenso esforço dos pais para que isso não acontecesse. Além disso deveria ser observado que o cometimento de uma infração era um indício de inadaptação dos menores de idade.

Faltava o principal, o Código não estabelecia a possibilidade de uma assistência na educação, seja ela realizada pela própria família dos menores de idade ou até mesmo pelas instituições especializadas, além disso, a própria vigência do Código Penal de 1970 impunha ao legislador uma adaptação do Código Mello Mattos.

O Código de Menores de 1979 dispunha em sua redação sobre assistência, proteção e vigilância sobre os infanto-juvenis ou se encontrava em situação irregular dos 18 aos 21 anos de idade, esses expressamente previstos no artigo 1º do Código, entre outras como situações irregulares, competência da Justiça de Menores, medidas de assistência e proteção e outras.

Três documentos de esfera internacional deram origem a maior mudança já vista no direito brasileiro: As Regras mínimas para a Administração da Justiça de Menores, também conhecida como Regra de Beijim em 1985; Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989 e as Diretrizes para Prevenção da Delinquência Juvenil em 1990, além disso uniu-se a elas as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade.

Foi reconhecido pela Doutrina da Organização das Nações Unidas, que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não apenas objeto de proteção, e com esse reconhe-

trata das garantias judiciais, da liberdade de consciência e religião, de pensamento e expressão, bem como da liberdade de associação e da proteção a família.

cimento se estabeleceu para todos os países-membros que dispusessem uma justiça especializada para os menores de 18 anos e que construiu um modelo processual com base na presunção da inocência e com critérios de proporcionalidade e igualdade.

No Brasil, foi com a promulgação da Nova Carta em outubro de 1988, que o país deparou-se com um grande desafio, pois nesta época as crianças e adolescentes eram mais de 50% da população nacional e buscavam o exercício de seus “novos” direitos, além de ser anterior à Convenção dos Direitos das Crianças, ela utilizava como fonte o projeto de normas internacionais e simplesmente sistematizou preceitos, que mais tarde foram adotados pelas Nações Unidas.

Surge o marco histórico no território brasileiro, em 13 de julho de 1990 com aprovação da Lei nº 8.069, também conhecido como Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). Esse Estatuto também veio concentrar a tarefa de manter a identidade intocável da Convenção da Organização das Nações Unidas. Assim o Estatuto estava próximo do artigo 3º da Convenção, que dispõem:

Art. 3º – em todas as medidas concernentes aos menores que adotem as instituições públicas ou privadas de bem-estar social, os tribunais, autoridades administrativas ou os órgãos legislativos, uma consideração primordial a que se atenderá será o interesse superior do menor.

O Estatuto estava adaptado à norma internacional, por influência do anterior Código dos Menores de 1979 em seu artigo 5º. Sua maior prioridade era bater meta do novo modelo imposto pelo ECA. O interesse supremo da Lei 8.069/1990 é o direito da criança e adolescente, e não mais restam dúvidas sobre o melhor interesse e depende apenas do critério da interpretação do judiciário com relação aos novos paradigmas conceituais e normativos da infância e juventude. É, neste sentido, que Silva (1987, p. 165 e 465) define criança e adolescente como:

[...] o indivíduo da espécie humana na infância, que por sua vez deriva do latim *infantia* (incapacidade de falar) ou de *infans*, que originalmente quer exprimir a situação de quem não fala ou de quem ainda não fala [...]. Na acepção jurídica, assinala o período que vai do nascimento à puberdade [...] adolescente é o indivíduo na adolescência, que se entende como o período que sucede à infância. Inicia-se com a puberdade e acaba com a maioridade. Deriva do latim *adolescere*, que significa crescer [...].

Souza, Castro e Besset (2008, p. 92) têm uma visão mais moderna e seu enfoque é com relação às mudanças: [...] se observarmos o bebê, constatamos que suas ações são limitadas por restrições situacionais. Quer dizer, os objetivos ditam à criança o que ela pode fazer, os seja, os objetivos têm uma força motivadora inerente.

Os autores expõem a idéia de que, conforme o tempo vai passando e a criança crescendo, seus objetivos vão perdendo as forças determinadoras e mudaram seus objetivos, ou seja, a criança visualiza seus objetivos, mas age diferente em relação ao que vê e sente.

Após a infância, o indivíduo passa pelo período da puberdade, também conhecido como adolescência e somente acaba essa fase quando atinge sua maioridade. Para Seda (1993, p. 32):

[...] os conceitos de infância e adolescência, com seu profundo conteúdo ontológico, foram acolhidos por nosso Direito Positivo. É menor quem não é maior. É maior quem a lei convencionou que pode se auto-determinar na sociedade. É criança ou adolescente quem, perante a natureza (ontologia), vive em condição infanto-juvenil objetivamente observável no desenvolvimento pessoal de cada um. [...] O ordenamento jurídico brasileiro acolheu as crianças e os adolescentes para o mundo dos direitos e dos deveres: o mundo da cidadania. A ninguém, idoso, adulto, adolescente ou criança, é dado desconhecer que o mundo dos direitos é o mundo da ética, da responsabilidade [...].

Diante deste fato, não poderia o país deixar as crianças e os adolescentes à mercê de qualquer situação, por isso o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Declaração de Direitos Fundamentais da infanto-adolescência e a Constituição Federal Brasileira, vieram em favor do futuro do país.

Desse modo, foi substituída a Justiça dos Menores pela Justiça da infância e Juventude, devidamente adequada ao Direito e as normas constitucionais estabelecidas em 1989. Assim o Estatuto aboliu o termo “menor” e aderiu ao novo vocabulário, ou seja, o termo “crianças e adolescentes” e definiu que até os 12 anos são considerados crianças e dos 12 até os 18 são considerados adolescentes.

Essa adesão foi à melhor maneira encontrada para utilizar a técnica da Convenção da ONU, adotada pela maioria das leis estrangeiras, que fazem referência ao menor como toda aquela pessoa, sujeito de direito menor de 18 anos de idade. Observa-se que o antigo vocabulário adotado como “menor” tem conteúdo de norma jurídica e com uma ambígua interpretação, motivo pelo qual foi modificado.

Assim, o Estatuto da Criança e Adolescente permitiu que o Direito dos Menores cedesse lugar ao Direito da Infância e da Juventude, a fundamentação de abandonar a antiga doutrina que prezava pelas situações irregulares deu lugar a nova doutrina baseada em proteção integral.

4 INFANTICÍDIO NO AMAZONAS - VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Infanticídio no Amazonas está presente em 20 das 200 etnias no Brasil, entre elas os Ianomâmis, Tapirapés, Madihas, Kamaiurás e Suruwahá. A prática ocorre quando uma criança nasce com “imperfeições”, com marcas de nascença, filhos de mãe solteira ou adúltera, e que nasça de sexo diferente do desejado. Além disso, também são mortas crianças que nasçam em famílias com um número grande de pessoas, gêmeos e em caso o filho anterior ainda esteja sendo amamentado.

Para ocorrer o infanticídio é necessária que a criança seja ou enterrada viva, queimada viva, estrangulada, afogada, deixada na floresta para que morra sufocada com folhas ou envenenada. Diante de tanta falta de humanidade a grande questão é se os pais são favoráveis a esta atitude baseada na crença de seu povo, não. A grande maioria dos pais não concorda, sofrem com isso, inclusive alguns se suicidam, outros morrem de depressão e ainda existe aqueles que lutam contra a tribo, pela vida do filho.

A grande questão, que chama atenção é se esta é uma prática cultural e onde ficam os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana das crianças indígenas. Cabe ressaltar que um índio é considerado um “ser humano” quando é recebido pela sociedade, e é nessas palavras, Mércio Ferreira Gomes, um antropólogo e ex-presidente da FUNAI afirma: “Quando se pratica infanticídio, do ponto de vista cultural – não do biológico -, ainda não se está considerando um ser como completo. A antropologia analisa desse modo. Sob essa lógica cultural, não é uma desumanidade”

Perante a Legislação atual do país, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19.12.1973) dispõem que :

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas: I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional; II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Além disso, está previsto na Convenção Sobre os Direitos da Criança da ONU, devidamente Ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990 que:

Art. 6.1 – Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. (...)
Art. 37. Os Estados Partes zelarão para que: a) nenhuma criança seja submetida à tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de 18 anos de idade;

Não poderia a Constituição Federal de 1988, deixar de acordar com os termos da Convenção da ONU e evidenciar o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]
Art. 227. 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.

Portanto fica expressamente descrito no Estatuto da Criança e Adolescente que, os mesmos gozam de todos os fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurados por lei a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Além disso, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Outra parte que à de se ressaltar do ECA, é com relação à que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais, e que possui o direito a proteção à vida

Em 2007 surgiu o Projeto de Lei 1057 que em sua ementa dispõe sobre o combate de práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais, com base no Projeto de Lei conhecido como «Lei Muwaji», em homenagem a uma mãe da tribo dos Suruwahas, que se rebelou contra a tradição de sua tribo e salvou a vida da filha, que seria morta por ter nascido deficiente.

Projeto de Lei 1057/2007 - Art. 1º. *Reafirma-se o respeito e o fomento a práticas tradicionais indígenas e de outras sociedades ditas não tradicionais, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos humanos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal e internacionalmente reconhecidos.* **Art. 2º.** *Para fins desta lei, consideram-se as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como: I. Homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores; II. Homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla; III. Homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais; IV. Homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão; VI. Homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo; VII. Homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marcas de nascença que os diferencie dos demais; VIII. Homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo; IX. Homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto; X. de maldição, ou por qualquer crença que leve ao óbito intencional por desnutrição; XI. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas; XII. Maus-tratos, quando se verificarem problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança; XIII. Todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional'.*

Em 2008 foi criada a PEC 303 que fez algumas ressalvas e modificações no caput do artigo 231 da Constituição Federal:

PEC 303/2008 - Art. 1º. *O caput do art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 231. São reconhecidos aos índios, respeitada a inviolabilidade do direito à vida nos termos do art. 5º desta Constituição, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Redação vigente: Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.*

Infelizmente a PEC 303/2008 foi arquivada por inconstitucionalidade e justificada pelo Deputado Régis de Oliveira, que o presente projeto viola direitos essenciais assegurados aos índios de viverem de acordo com seus costumes, crenças e tradições, sem sofrer qualquer interferência da cultura dos outros povos, consagrado no art. 231, da Constituição Federal.

Essa “tese” adotada acima faz menção aos índios que não tiveram ou tiveram pouco contato com a civilização, os tornando em Estado primitivo. Evidentemente, o inciso IV, do § 4º, do art. 60 da Constituição Federal vem determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, assim dispõe que: “À luz de todo o exposto, o voto é no sentido da inadmissibilidade da proposta de emenda à Constituição n.º. 303/2008, porque viola cláusula pétrea, prevista no inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição Federal.”

A questão discutida é sobre a violação da do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois é um atributo congênito em todo ser humano, sendo sua explicação de significado é a atividade complexa à dificuldade de conceituação que mostra tal riqueza do tema, como ressalta Maurer ,por outro lado Kant explica que a dignidade é apenas uma expressão impregnada de sentimentos e que o homem é um fim em si mesmo.

Assim toda a prática que venha reduzir o ser humano À condição de objeto configura em um atentado da dignidade da pessoa humana, salientando que a mesmo independe de instrumentos normativos para ser efetivada.

Portanto a dignidade da pessoa não pode ser concedida ou retirada, sendo que possui sua natureza comum própria a todos os homens e se se sobrepõe até mesmo em aspectos culturais e em determinados casos. Eventualmente é necessário visar que a dignidade está atrelada a elementos culturais e está vinculada as duas dimensões da Dignidade da Pessoa Humana (dimensão básica e cultural).

Para a dimensão básica, é um direito de autodeterminação, de modo que ninguém possa sucumbir à vontade alheia, devendo ser respeitado nas suas escolhas, desde que não firam a dimensão básica. Já para a dimensão cultural é o direito ao respeito das opções morais sobre a forma como conduzirá a vida, sem limitar a dimensão básica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidente que não existe a possibilidade de não refletir sobre a temática abordada acima com certo receio, em virtude de trata-se de crianças e principalmente pelo fato de que existe no Brasil uma legislação específica para proteção de seus direitos.

Apesar de existir uma proteção o sistema brasileiro tem em mãos uma Constituição Federal que ampara quase todas as questões abordadas na sociedade atual, porém algumas tornam-se lacunas pelo simples fato de novos acontecimentos e de alguns fatos que até então não eram se quer questionados.

A Constituição Federal do Brasil visa a proteção dos Direitos Básicos e Fundamentais do ser humano e é a mãe de todas as outras normas existentes no País. A questão do Infanticídio com os índios do Amazonas tem sido trata com muita cautela perante os debates no âmbito jurídico e na sociedade, em virtude dos índios possuem uma legislação específica e por terem algumas crenças, tradições e métodos que os ‘brancos’, como eles mesmos falam, não podem intervir.

Indignante a situação de crianças com algum problema de saúde, ou pela família já ser composta de um número “x” de integrantes, que a Tribo permita que ocorra o infanticídio Contudo é necessário analisar toda a construção dessa sociedade indígena e das suas formas de convivência. O Judiciário encontra-se em uma balança onde é necessário pesar até onde o Direito pode interferir.

É nesse sentido que o autor Robert Alexy trabalha o Princípio da Proporcionalidade, dispondo que os direitos fundamentais não precisam alcançar uma homogeneização de cada ordem jurídica fundamental, pois o maior objetivo dela é desvendar todas as estruturas dogmáticas e ressaltar os princípios e valores que estão escondidas atrás das codificações e jurisprudências. Essa teoria cria a idéia de que regras e princípios são normas, ambas salientam o que deve ser e que são fundamentais para analisar casos concretos. Assim, a distinção apontada pelo autor é a que se refere às regras como normas que podem ser cumpridas ou não, e aos princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas.

Portanto por mais indignante e revoltante que seja o Infanticídio, o Judiciário não tem como intervir pelo simples fato de que sua intervenção acarretaria danos para a sociedade indígena em virtude dos mesmos já terem suas crenças e tradições há séculos e que vem sido seguidas de geração em geração.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da infância e juventude*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral e princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: *Curso de direito da criança e do adolescente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

_____. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 20/06/2013.

_____. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 20/06/2013

_____. *Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991*. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). Brasília, DF: Senado, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção manuais de legislação).

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CURY, Munir (org.). *Estatuto da Criança e Adolescente comentado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo:Atlas.2011

DIAS, Cláudio Marino Ferreira. *Dignidade humana*. Disponível em: <<http://claudiomarinofdias.blogspot.com>>. Acesso em: 15/06/2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para formulação dogmática constitucionalmente adequadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTO, António dos Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/dir_bras_raiz_hist.pdf>. Acesso em: 16/06/2013.

LEAL, Luciana de Oliveira. *Liberdade da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e adolescente*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MACIEL, Katia. *Curso de direito da criança e adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Direito processual civil*. 7. ed. rev. aum. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MÉNDEZ, Emilio Garcia; COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013

PONTES JUNIOR, Felício de Araujo. *Conselho de Direitos da Criança e Adolescente: uma modalidade do exercício de direito de participação política – fatores determinantes e modo de atuação*. 1992. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1992.

REALE JUNIOR, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9ª Ed. Alegre: Livraria do Advogado, 2012

SEDA, Edson. *Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 145-165.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

SOUZA, Solange Jobim e; CASTRO, Lucia Rabello de; BESSET, Vera Lopes (org.). *Pesquisa-intervenção na infância e juventude*. São Paulo: Nau, 2008.

VERCELONE, Paolo. *Estatuto da Criança e Adolescentes comentado (comentário ao art. 3º)*. São Paulo: Malheiros, 1992.

Sites consultados:

<<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 02.01.2014.

<<http://diganaoerotizacaoinfantil.wordpress.com>>. Acesso em: 02.01.2014.

<<http://translate.google.com.br/>>. Acesso em: 02.01.2014.

<http://www.ambito_juridico.com.br>. Acesso em: 02.01.2014.

<<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 03.01.2014.

<<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em: 03.01.2014.

<<http://www.fdc.br/artigos>>. Acesso em: 03.01.2014.

<<http://www.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 10.01.2014.

<http://www.jfsc.jus.br/novo_portal/home.php>. Acesso em: 10.01.2014.

<<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/unesco/>>. Acesso em: 10.01.2014.