II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

RIVA SOBRADO DE FREITAS

EDINILSON DONISETE MACHADO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho -Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-169-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Garantias fundamentais. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O II Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”, promoveu a segunda edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 25 artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: a dignidade da pessoa humana como ponto de partida e ponto de chegada dos direitos fundamentais na perspectiva de Gregorio Peces-barba; a liberdade de expressão nas constituições brasileiras: análise da democracia enquanto sociedade aberta; da liberdade de expressão e fake news; o direito a liberdade religiosa e sua densificação na sociedade moderna; a laicidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54: contribuições de Ronald Dworkin à interpretação do supremo tribunal federal; o discurso de ódio, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade frente aos limites da liberdade de expressão; o acesso a internet como direito fundamental durante a pandemia de covid 19: um estudo do cenário brasileiro; privacidade e covid-19: proteção do corpo eletrônico da pessoa, sob a ótica de Stefano Rodotà; preservação e promoção de direitos fundamentais em tempos de covid-19, na perspectiva de democracia de Amartya Sen; covid19: entre a governança por números e o princípio da solidariedade como política constitucional para a superação da crise; ovid-19 e princípios e direitos fundamentais: reflexos da constituição federal do brasil; racismo e covid-19: uma análise acerca da correlação entre a pandemia e o princípio da igualdade; relativismo jurídico e ativismo judicial na concessão de medicamentos para pessoas carentes; pandemia e e-learning: o direito à educação e os desafios da desigualdade digital; relativização dos

direitos das crianças e dos adolescentes às crianças indígenas ; benefício de prestação continuada (bpc) para os brasileiros em condição de miserabilidade: uma questão de alteridade; a judicialização à saúde como garantia do direito fundamental: uma análise da cobertura dos medicamentos de alto custo pelo sistema único de saúde; o direito fundamental à eficiência e à razoável duração do processo administrativo: titulação das terras quilombolas ; mulheres encarceradas: um olhar filosófico sobre a classe social, a raça e o gênero da justiça; a liberdade artística e o dever de não discriminação em virtude de orientação sexual sob a perspectiva da constituição de 1988 a partir da análise de um caso concreto; combate à ideologia de gênero como expressão lgbtfóbica: o abuso do direito à liberdade de expressão no contexto brasileiro; o auxílio moradia concedido aos membros da magistratura: uma abordagem a partir do princípio da igualdade; judicialização da saúde: os impactos econômicos nos âmbitos público e privado; direito econômico e a retomada da econômica pós covid-19; o estado de coisas inconstitucional dos estabelecimentos prisionais e a pandemia do covid-19.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2020.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Florianópolis, dezembro de 2020

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES ÀS CRIANÇAS INDÍGENAS

RELAXING THE RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS TO INDIGENOUS CHILDREN

Ana Caroliny Silva Afonso Cabral
Daniel Barile da Silveira

Resumo

The present work aims to carry out a study on the application of the rights of Children and Adolescents to indigenous children, in order to respect their cultural diversity and traditional peculiarities. Analysis of the Brazilian legislative conception of the infant pertinent to indigenous children, in which case their social organization, customs, languages and beliefs are recognized, in order to relativize rights with a view to their protection. The subject in question is of great relevance, since little attention is paid to the implementation of rules for the need to respect multiculturalism, especially when it comes to children and adolescents.

Palavras-chave: Direitos da criança e do adolescente, Crianças e adolescentes indígenas, Relativização, Diversidade cultural, Multiculturalismo

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to carry out a study on the application of the rights of Children and Adolescents to indigenous children, in order to respect their cultural diversity and traditional peculiarities. Analysis of the Brazilian legislative conception of the infant pertinent to indigenous children, in which case their social organization, customs, languages and beliefs are recognized, in order to relativize rights with a view to their protection. The subject in question is of great relevance, since little attention is paid to the implementation of rules for the need to respect multiculturalism, especially when it comes to children and adolescents.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rights of the child and adolescent, Indigenous children and adolescents, Relativization, Cultural diversity, Multicukturalism

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar as nuances que envolvem a aplicação dos direitos da criança e adolescente para as crianças indígenas, considerando seu pluralismo cultural, enquanto povos etnicamente diferenciados. Contudo, primeiramente será abordada, de forma sintética, a luta pela conquista dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. Falaremos, em especial, sobre os princípios Constitucionais e o Estatuto da Criança e do Adolescente, além da legislação correlata.

Ao longo da história do direito vivenciamos diversas conquistas relativos aos direitos das crianças e dos adolescentes, alcances gradativos que têm ganhado cada vez mais espaço em nosso ordenamento jurídico, tendo como princípios norteadores a proteção integral aos menores. Tal evolução se deu em um longo período de tempo, começando especificamente na idade antiga com as famílias romanas, e evoluindo no decorrer dos séculos através de tratados, convenções, códigos e políticas de proteção. No século XVIII, surgem as convenções internacionais que passam a lutar pelos direitos e proteção dos menores.

No contexto brasileiro, surgem os primeiros fatos históricos no período colonial com a chegada das famílias no território brasileiro para colonização. As condições eram precárias e ainda existia o preconceito social entre as classes, de sorte que houve o acolhimento pelas igrejas e pelas grandes ordens de crianças vítimas de abandono e maus tratos. O ápice histórico de toda essa evolução se dá na Constituição Federal de 1988, onde a população infanto-juvenil passa a receber proteção integral do Estado e da família.

Todavia, considerando as condições étnicas das crianças e adolescentes indígenas, enquanto cultura, língua e tradições, necessários se faz entender como será realizada a aplicação dos direitos dos menores aos infantes indígenas, uma vez que, em grande parte, deverá ser relativizado, sem o afastamento da concepção e essência da proteção especial, consagrada pelo artigo 227 em harmonia com o contido no artigo 215, amos da Constituição Federal de 1988.

Assim é que o presente trabalho, a partir de uma pesquisa documental e bibliográfica, com análise histórica, objetiva verificar o alcance e eficácia da legislação infante a categoria das crianças indígenas.

1 - CONCEPÇÃO HISTÓRICA SOBRE A LEGISLAÇÃO DO MENOR

Desde a concepção do Código de Hamurabi as famílias eram constituídas sobre o poder familiar, sendo os laços familiares eram estabelecidos pelo culto à religião. Os filhos deviam sujeição total ao pai, sujeição esta, que os igualava aos escravos da época e, o pai, tinha direito de vida e morte sobre seus filhos. O Código de Hamurabi foi uma das legislações mais severas para os menores, pois, permitia-se que fosse cortada a língua dos filhos que dissessem aos pais adotivos que eles não eram seus pais, bem como a extração de seus olhos caso retornasse à casa dos pais biológicos, por exemplo.

O filho que agredisse seu pai tinha suas mãos decepadas, e, se o pai tivesse relações sexuais com sua filha, apenas era expulso da cidade. O nascimento de um filho não era garantia de acolhimento no seio familiar, pois, o pai podia reconhecê-lo ou renegá-lo, e muitos eram largados à própria sorte ou negociados para saldar dívidas, até mesmo entregues como escravos. É visível o retrato da crueldade e desproteção na aplicação das penalidades aplicadas nesta época e, esse direito, legalmente, durou até a Lei das XII Tábuas, sendo, todavia, razoavelmente compreensível, em razão da época e da cultura que regia aquele período.

Entre os séculos XVI e XVII as crianças ainda não recebiam nenhum tipo de amparo, eram cobradas na mesma proporção da responsabilidade atribuída a um adulto. Os castigos severos prevaleciam com o argumento de afastar as crianças das más influências assim educando-as conforme desejassem. A partir do século XVIII, surgiu uma evolução no entendimento sobre infância, segundo Brugner, “o sentimento pela infância nasce na Europa com as grandes Ordens Religiosas, que pregavam a educação separada, preparando a criança para a vida adulta” (1996, apud BITENCOURT, 2009, p. 37), surge então o conceito de criança como pessoa, ganhando lugar de efetividade dentro dos lares passando a ser o centro da família.

No período que abrange o século XVIII e XIX outro problema começou a crescer no Brasil: o abandono de crianças. Como os diferentes ritmos de crescimento, o número de crianças que eram rejeitadas e abandonadas em rios e deixadas ao tempo - onde morriam por ataques de animais, doenças ou fome - aumentava significativamente.

> Durante o segundo e terceiro século de colonização, surge uma modalidade *selvagem* de abandono. Meninos e meninas, com dias ou meses de vida não encontravam abrigo; eram deixados em calçadas, praias e terrenos baldios, conhecendo por berço os

> monturos, as lixeiras, e tendo por companhia cães, porcos e ratos que perambulavam pelas ruas. (DEL PRIORE, 2006, p. 190.)

O abandono de crianças na Roda dos Expostos se dava em virtude de inúmeros motivos, dentre eles, podemos citar o das mulheres brancas, livres da elite, se arriscar em encontros clandestinos e amorosos, no qual geralmente engravidavam, posteriormente abandonando seus filhos para ter a garantia de um matrimônio bem sucedido. Os casados que geravam filhos ilegítimos por uma questão de honra; os que ficavam viúvos e não tinham como cuidar destes; os que nasciam com deficiências físicas e mentais - tamanho era o preconceito que, os pais que tinham filhos deficientes eram vistos como pecadores pela sociedade, o que gerava uma pressão social, causando vergonha apresentá-los à sociedade-, casais pobres também abandonavam os bebês até que pudessem ter condições de criá-los, tudo passando pela questão sócio cultural da época.

Devido ao grande número de abandonados, a Corte Portuguesa se preocupou inicialmente em resolver essa questão de ordem social, buscando meios que já eram implantados na Europa e em Portugal para solucionar esse problema aqui no Brasil, assim, criou-se a "Rodas dos Expostos".

A Roda dos Expostos foi a principal política social do período colonial. Em que pese o destaque de sua importância, não era garantia de sobrevivência, muitas crianças morriam depois de serem abandonadas na roda, por adquirirem doenças, como sífilis, das amas de leite, por serem maltratadas ou até mesmo pela falta de higiene. Contudo no final do século XIX, houve uma valorização da maternidade e normatização da sexualidade feminina, fazendo com que as rodas dos expostos deixassem de existir.

2 – PREVISÕES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

No ano de 1923 criou-se o primeiro Juizado Especial de Menores, seguido dos dois importantes códigos de menores, que passaram a nortear os direitos e deveres inerentes as crianças e à juventude.

O primeiro Juizado de Menores do Brasil, que teve como titular o magistrado José Cândido Albuquerque Mello Mattos, foi instituído no ano de 1923, e, posteriormente, no ano de 1926, através do Decreto nº 5.083, promulgou-se o primeiro Código do Menor, que recebeu o nome de Mello Mattos, em homenagem ao juiz titular

do Juizado do Menor. O Código cuidava especialmente dos infantes expostos e menores abandonados, visava estabelecer diretrizes sobre questões como trabalho infantil, tutela e pátrio poder, delinquência e liberdade vigiada. Algumas medidas assistenciais e preventivas foram adotadas com o objetivo de minimizar o índice de menores nas ruas, impedindo assim a marginalização.

Em 1948 a Assembleia Geral da ONU proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, posteriormente, no ano de 1959, aprova por unanimidade a Declaração dos Direitos da Criança, "transformando o problema da criança em um desafio que implicava uma solução universal: pais e países tinham a obrigação de proteger e de educar suas crianças. Tratava-se de uma afirmação de princípios". (FULLER et al., 2012, p. 19). A Declaração dos Direitos da Criança definiu princípios aos quais traziam direitos inerentes à proteção, a igualdade; proteção especial para o seu desenvolvimento físico, mental e social; direito a um nome e a uma nacionalidade; à alimentação, moradia e assistência médicas adequadas para a criança e a mãe; educação e cuidados especiais para a criança física ou mentalmente deficiente; ao amor por parte dos pais e da sociedade; a educação gratuita e ao lazer infantil; a ser socorrido em primeiro lugar, em caso de catástrofes; ser protegido contra o abandono e a exploração no trabalho e; crescer dentro de um espirito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos, sem contudo, mencionar diferenciação para as comunidades tradicionais.

Em 1979 o código passou por uma revisão, e através da Lei 6.698/79, foi instituído o novo Código de Menores de 1979, considerado o segundo marco da etapa tutelar no Brasil, de modo que passou a tratar da proteção e vigilância às crianças menores e aos adolescentes em situação irregular. Apresentava um único conjunto de medidas destinadas, indiferentemente, às pessoas menores de 18 anos, autoras do ato infracional, carentes ou abandonadas. Todavia, com o passar do os anos, o Código de Menores, em determinado momento, torna-se insuficiente frente à realidade modificada, e com a promulgação da Constituição da República, em 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, começa uma nova fase, caracterizada por uma nova política que se baseia numa legislação que rompeu com paradigmas anteriores de atenção à criança desamparada, persistindo até os dias atuais, mas abrindo uma lacuna considerável no tratamento das crianças indígenas e suas especificidades.

Nesse contexto, fácil concluir que os povos indígenas não tiveram respeitada a diversidade cultural a ponto de terem reformulada a política étnica geral que regulamenta normas sobre diversos aspectos de suas vidas, nem ao menos no campo das

ações governamentais. Ao contrário, com o advento da Constituição Federal de 1988 verificamos tão somente ações tímidas, com o intuito de retirar o foco dos fatores étnico-culturais indígenas, sob a perspectiva de outros diplomas: no âmbito da educação, na saúde, no meio ambiente, na política agrária, nos direitos das mulheres, dos idosos, dos negros e das crianças e adolescentes, com resquícios de estrutura operacional étnico indígena, mas adaptado a atual estrutura jurídico-administrativa.

No âmbito constitucional temos que em 1824, Dom Pedro I outorgou a primeira Constituição Política do Império do Brasil. Essa Constituição tinha como objetivo legislar sobre as matérias pertinentes à administração. Logo, não foi mencionada nenhuma garantia às crianças e adolescentes, o que ocorreu também com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891.

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, inserindo os primeiros dispositivos de proteção aos infanto-juvenis. O artigo 16, inciso XXVII previa o direito à defesa, à proteção, à saúde da criança, assim descrito:

> Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:
> [...]
> XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança. (Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao 37.htm. Acesso em: 12.02.19).

O artigo 127 menciona cuidados e garantias especiais por parte do Estado à infância e juventude:

> Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. (Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao 37.htm.Acesso em: 12.02.19).

Já o artigo 129 e 130, prevê o dever concorrente da Nação, Estados e Municípios à garantia de acesso ao ensino público e gratuito:

> Art 129 - A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.
> O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais.
> É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público.
> Art. 130 - O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar. (Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao37.htm. Acesso em: 12.02.19).

Como vimos, as primeiras garantias são de extrema importância no começo de todo esse processo evolucional, um ganho imensurável que começa a crescer e ser reafirmado nas demais constituições, mas que sempre deixa a desejar no que diz respeito à proteção dos menores indígenas.

Na Constituição de 1946, efetivaram-se as garantias já previstas na constituição anterior, e mais um ganho foi acrescentado no art. 164, que foi a obrigatoriedade à assistência, à maternidade e o amparo à família de prole numerosa, vejamos o que diz o art. 169, da Constituição de 1946:

> Art. 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa. (Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao46.htm. Acesso em: 12.02.19)

A Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro, trouxe outra grande conquista, um título especial destinado à família, à educação e à cultura. Nesse título, no artigo 167, § 4º, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência:

> Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.
> [...]
> § 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao67.htm. Acesso em: 12.02.19).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ampliou a responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado, promovendo uma série de garantias, tais como: assistência social; proteção integral aos filhos, à maternidade, à infância, à adolescência, à educação, à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à convivência familiar e comunitária; à assistência materna-infantil; proteção especial para os menores de quatorze anos, acesso ao trabalhador adolescente à escola; respeito a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento; assistência jurídica ao acolhimento, sob forma de guarda, de criança adolescente órfão ou abandonado; programas de prevenção e atendimento especializado aos infanto-juvenis dependentes de entorpecentes e drogas; punição ao abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente; proteção aso filhos havidos fora do casamento e adotados; inimputabilidade para os menores de dezoito anos e; o dever da família.

Segundo Bitencourt, por meio dessa carta “a população infanto-juvenil deixa de ser tutela tutoria/discriminatória para tornar-se sujeito de direito” (2009, p. 39). É importante ressaltar que, todas as garantias anteriormente previstas continuaram vigorando, se efetivando até os dias atuais.

Todo o processo de evolução dos direitos da criança e do adolescente percorreu um longo caminho, até que pudesse ser considerada como um assunto de interesse fundamental perante a Lei. Contudo, o direito dos menores não parou na CF/88, em 13 de julho de 1990, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando esses dispositivos constitucionais, e elevando as crianças e adolescentes a sujeitos de direitos, conforme a doutrina.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que foi instituído pela Lei nº 8.069/90, trata-se de um ramo do direito especializado na área das ciências humanas, que é dividido em partes geral e especial, onde a primeira trata os princípios norteadores do Estatuto, e a segunda parte estrutura a política de atendimento, medidas, conselho tutelar, acesso jurisdicional e a apuração de atos infracionais.

O objetivo principal do Estatuto é proteger os menores de 18 (dezoito) anos, proporcionando-os crescimento físico, mental, moral e social condizentes com os princípios constitucionais da liberdade e da dignidade, preparando-os para a vida adulta em sociedade.

Dispõe que, os menores deverão ser protegidos de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão praticada por qualquer pessoa que seja devendo ser punido o que faça ou deixe de fazer qualquer ação ou omissão que atente aos seus direitos fundamentais. O art. 226 da Constituição Federal de 1988, estabelece que a família é a base da sociedade, e a ela cabe zelar pela organização social, pelo sustento, guarda e educação dos filhos, evitando que os adolescentes vivam dentro de uma família desestruturada ou violenta, sob pena de destituição ou suspensão do poder familiar, que, por sua vez, conta com as medidas protetivas da guarda, tutela e a adoção, que têm por objetivo salvaguardar a família natural ou a substituta. Tal previsão constitucional garante ainda que a criança e ao adolescente o direito de ser criado e educado no seio da sua família, e excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substancias entorpecentes.

No campo constitucional o primeiro e mais importante direito indígena previsto na Constituição Federal de 1988 é o artigo 231, onde “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Referido texto normativo institui direito à diferença e, desse modo, quebra o paradigma da integração que até então dominava o cenário do ordenamento jurídico brasileiro, ao garantir que os povos indígenas permaneçam, como estão, se assim desejarem, devendo o Estado assegurar as condições para que isso eventualmente ocorra.

Desse modo, os povos indígenas conquistam cidadania diferenciada para além dos direitos universais do cidadão brasileiro e dos direitos humanos gerais, passando a condição de usufruir de direitos relativos às suas culturas, tradições, aos valores, aos conhecimentos e aos ritos.

3 – PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Princípios são espécies de normas que regem o direito, segundo Canotilho: "Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma 'optimização', compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos 'fácticos' e jurídicos." (CANOTILHO, 1988, p. 1034). Partindo do pressuposto, veremos a seguir os princípios que norteiam os direitos da criança e do adolescente.

O princípio da Prioridade Absoluta está inserido na doutrina da proteção integral, adotada pela Constituição Federal de 1988, sendo previsto tanto na Carta Magna (artigo 227) como na Lei nº 8.069/90 (artigo 4º). Por este princípio, o constituinte originário estabeleceu primazia em favor das crianças e adolescentes em todas as esferas de interesses, não comportando indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, se do velho ou do adulto no lugar do interesse do menor.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem como fundamento o Estado Democrático de Direito, está prevista no art. 1º, III, da CRFB/88. Se trata da própria condição humana do ser humano, do seu reconhecimento e proteção pela Constituição.

O princípio do "Melhor Interesse", tem sua origem anglo-saxônica, através do instituto protetivo do *parens patrie.* Foi adotado pela Declaração dos Direitos da Criança em 1959 e pelo antigo Código de Menores. Hoje esse princípio foi absolvido pela doutrina da proteção integral.

O princípio da Municipalização ressalta a prioridade em relação ao interesse das crianças e adolescente e está contido no parágrafo 7º do art. 227 da CF, além de incorporado no art. 88 da Lei nº 8-069/90, estabelecendo dentre as diretrizes da política de atendimento a municipalização de serviços, a criação de conselhos municipais de direitos da criança e do adolescente e ainda a manutenção de programas de atendimento, com observância da descentralização político administrativo.

O princípio da Cidadania, passar a considerar os menores como cidadãos e assim, devem ser orientados e ensinados que a cidadania consiste no exercício social de direitos e deveres, os quais são limitados.

Pelo princípio do Bem Comum, temos que o Estatuto da Criança e do Adolescente representa um conjunto de normas que visa o bem comum, consequentemente não podemos a pretexto de defender alguém, prejudicar outrem, de modo a poder relativizar

os direitos menoristas para não ferir os direitos do cidadão em geral, aqui inseridos os indígenas.

Tem-se ainda o princípio do "Peculiar Desenvolvimento" que tem como base a preparação da família, sociedade e da população infanto-juvenil para entender que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento. Assim, nem todas as regras que se aplicam a crianças se aplicam aos adolescentes e nem todas as regras que se aplicam a este deve se aplicar aos adultos, devendo ser guardada atenção especial a crianças e adolescentes indígenas.

Os princípios acima citados, oriundos da doutrina da proteção integral, são, por vezes, relativizados para aplicação de direitos fundamentais de crianças indígenas, havendo que se pensar em doutrina de proteção plural, como forma de complemento. Nesse contexto, a proteção plural estabelece o princípio da autodeterminação dos povos como fundamento jurídico orientador da revisão e reconversão dos direitos, da perspectiva individual do direito à vida para outra coletiva à vida dos povos indígenas.

O modelo de proteção plural parte do princípio da autodeterminação dos povos para marcar três valores básicos (igualdade, diferença e protagonismo) que servem de diferencial complementar e que provoquem discussões que interferem nas possibilidades de adequação harmônica dos sujeitos diferenciados nos atuais direitos das crianças. A observância do contexto sócio cultural e o das formas locais de construção da infância e dos institutos com elas relacionados (família, autoridade, educação, trabalho, etc.), forma culturalmente construídas e que tem nítido impacto no modo como pode ler e utilizar os direitos das crianças.

4 – CRIANÇA E ADOLESCÊNCIA NA PERSPECTIVA INDÍGENA

Como afirmado em doutrina jurídica: "O direito não é atemporal e universal, mas é fruto de determinada condição histórica e cultural de uma sociedade" (VILLARES, 2009), de modo que o dinamismo da sociedade marca a alteração de valores que, por sua vez, em dado momento histórico, determina a necessidade de fontes do direito inseridos no costume, na crença popular e na própria consciência comum do povo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 redefiniu-se o cenário constitucional brasileiro, reconhecendo-se a ideia de que o direito produzido pelo Estado não pode ser considerado como único, isso porque, entre outras características, apesar de "ideologicamente concebido como íntegro territorialmente, de povo miscigenado (negro-

branco-índio) e unificado linguisticamente" (VILLARES, 2009, P. 16), a existência de aproximadamente 230 povos indígenas, 653 terras reconhecidas oficialmente e 180 línguas e dialetos indígenas (MEIRA, PANKARARU, 2010) demonstra a pluralidade de culturas e etnias que o Brasil possui.

Nesse cenário, os direitos das crianças e adolescentes devem ser efetivados sob a égide do Estado Pluriétnico, uma vez que a concepção de crianças e adolescentes como sujeitos está profundamente vinculada aos valores socioculturais de cada contexto em que estão inseridos. Todavia, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente trata a divisão etária das crianças e adolescentes, desconsidera lógicas culturais de passagem para a vida adulta, como a dos povos indígenas. Ademais, a pluralidade de lógicas culturais implicam na relativização dos conceitos como brincadeira, educação, trabalho, ato infracional e tratamento desumano, entre outros.

Pelo número considerável de violações dos direitos das crianças e dos adolescentes indígenas nasce a necessidade premente de tais direitos encontrarem respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando a mesma entra em conflito com os preceitos culturais das diversas comunidades indígenas existentes no país.

Todavia, a Resolução nº 91, de 23/06/2003 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) deliberou acerca da aplicação das disposições contidas na Lei nº 8.069/90 à família, à comunidade, à sociedade, e, especialmente à criança e ao adolescente indígena, registrando, em seu artigo 1º que o disposto no Estatuto deve observar as peculiaridades socioculturais das comunidades indígenas. Tal presunção, culminou em também haver modificação no próprio Estatuto, quando da alteração promovida pela Lei nº 12.010/2009, inserindo parágrafos atinentes às crianças indígenas, especificamente quanto a família substitutiva (art. 28, §6º) e à perda de suspensão do poder familiar (Art. 161,§2º), sendo um avanço considerável, desde que a rede de atendimento, que é instrumento fundamental nas políticas de execução do Estatuto tenham preparação para atuar dentro do contexto sociocultural das comunidades indígenas. Portanto, na medida em que há direitos reconhecidos, estes são pouco conhecidos, prejudicando sua plena aplicação, ainda que de forma relativa.

Como exemplos de aplicação de direitos relativos, temos diversos dilemas, como por exemplo: na formulação da <u>educação escolar específica e diferenciada</u>, que deve ser específica a cada comunidade indígena, mas que, sendo uma política de estado, tende a igualdade, de modo que as novas Diretrizes para a Educação Escolar Indígena, não havia

previsto a diversidade das infâncias indígenas. Também na saúde indígena, que tem como maiores desafios e enfrentamentos o respeito às práticas de cuidado indígenas de suas crianças, na maior parte das vezes não compreendida, desvalorizada e desrespeitada por profissionais de saúde, nas diversas instâncias.

A questão do trabalho infantil, pela qual se restringe às crianças a participação nas atividades produtivas e cotidianas que lhes garante, não só a participação plena em um círculo de relações, como também a aprendizagem destas atividades e a fabricação de uma certa corporalidade – afinal, se é ponto pacífico que se deve lutar contra a exploração infantil, esta luta deve respeitar atividades infantis que não são exploratórias, e sem as quais as pessoas não se constroem, social e pessoalmente, em pessoas plenas.

O debate polêmico sobre infanticídio indígena, com desrespeito máximo e evidente quando estabelece a possibilidade de se retirar crianças suposta ou efetivamente em risco para serem adotadas por famílias ou instituições não indígenas, vez que a comprovação da suposta "violação dos seus direitos" deve ser relativizada, mas que só pôde ser revisto com a Lei de Adoção reformulada em 2009 (Lei nº 12.010/2009) e que debateu as especificidades das produções de pessoas indígenas e de suas relações familiares, estabelecendo a família indígena como a circulação privilegiada destas crianças, mantendo ainda a lacuna nas outras medidas de colocação em família substituta (guarda e tutela).

Merece frisar a atuação dos Conselhos Tutelares e equipe multidisciplinar, com formação por vezes precária para lidar com as especificidades culturais indígenas e que, com isso, aventuram retirar do seio familiar crianças que estão sendo cuidados com zelo, mas a partir de práticas que não são reconhecidas por tais conselhos como saudáveis – crianças habitarem um só cômodo, livre circulação de crianças entre casas das famílias extensas que compõem a mesma família é costumeira, de modo que pode aparentar, para essas instituições, "desestrutura familiar", podendo aparentar que pais e mães indígenas não têm condições morais e econômicas para cuidar adequadamente das suas crianças.

Daí surge a razão para se enfrentar o desafio de se proteger os direitos das "crianças que indígenas", mas principalmente das "indígenas que são crianças", como forma de assegurar o respeito a diversidade cultural.

5 – DESAFIOS PARA RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS AS CRIANÇAS INDÍGENAS

Para eficácia e conhecimento dos direitos da criança e adolescente respeitador das identidades culturais indígenas, necessário se faz a formulação de diversos contornos jurídicos de proteção plural, objetivando a efetividade dos direitos da criança e do adolescente indígena.

O primeiro ponto a se pensar é a **correta demarcação e titulação das terras indígenas**, pois, como bem sintetizado por Elisa Urbano Ramos, em pronúncia no Seminário Nacional sobre Direitos e Políticas das Crianças e dos Adolescentes Indígenas, realizado em Brasília-DF, em novembro de 2010: ”...a maior violência contra as crianças e os jovens indígenas é a própria não demarcação das terras indígenas” (RAMOS apud CINEP, 2010b, p.14), uma vez que a demarcação possibilita o reconhecimento identitário e o acesso a políticas públicas específicas, especialmente nos casos em que o contato com a sociedade não indígena produziu a invasão dos territórios tradicionais e/ou exploração dos recursos naturais, a exemplo das hidrelétricas e as atividades agromineradoras, que culminam em outros problemas sociais: aumento da prostituição infanto juvenil, uso e comercialização de drogas lícitas e ilícitas, gerando, por vezes, violência doméstica, propagação de doenças sexualmente transmissíveis (DST), trabalho infantil de caráter verdadeiramente exploratório, roubos e/ou assassinatos, pela alteração psíquica pelo uso de bebidas alcóolicas ou drogas ilícitas, na maioria das vezes.

Necessário também se trabalhar com dilemas interculturais sobre a **relação temporal de “ser criança”** do modo particular indígena, vez que estes concebem de forma especial o processo de formação e sociabilização da pessoa, com a existência dos “ritos de passagem” que concebe a transição para a fase adulta e que possibilita que pessoas entre seis e quinze anos de idade conquistem o *status* de adulto, garantindo-lhes a responsabilidade social plena em termos locais. Nesse caso, como forma de respeito as tradições, deveria haver, no mínimo, a garantia de consulta aos povos indígenas para verificarem se querem ou não que esses adolescentes sejam também reconhecidos como adultos, de forma plena, pela sociedade nacional.

Outra necessidade é a instrumentalização da inversão do conceito de valor das indígenas crianças para a **relativização de conceitos normativos de**: trabalho infantil, lazer, brincadeira, ato infracional, adoção, faixas etárias, violência, família, vida, infância, adolescência, entre outros, descontruindo os processos de constitucionalização de sentidos que têm por escopo a homogeneidade cultural e a invisibilidade da diversidade, um dos maiores desafios atualmente propostos na matéria.

Há ainda necessidade de se ampliar a participação dos indígenas crianças e povos indígenas nos espaços institucionais de negociações de políticas sociais, públicas ou privadas, em especial aos Conselhos no âmbito da criança e adolescente, além de educação e saúde,

O fortalecimento dos Sistema de Garantia dos Direitos SGD em relação aos direitos das indígenas crianças é uma questão premente, especialmente com relação aos instrumentos etnográficos e aos direitos indígenas para melhor forma de tratamento das crianças, das famílias e dos povos indígenas em casos que sejam necessárias a intervenção, de modo que as medidas elaboradas devem levar em consideração as tradições e as culturas de cada povo indígena.

CONCLUSÃO

Como já poetizado por Jefferson Douglas, citando Macunaíma, de Mário de Andrade: "Mistura de raça e cultura/Coisa que ninguém viu/A linguagem variada/Tudo isso é Brasil.", denota-se que discutir temas relacionados a direitos da criança e adolescente representam sempre um desafio, além de uma oportunidade de realizar reflexões que não se esgotam no campo jurídico, principalmente quando a busca é pelo envolvimento desse tema com a incidência para as crianças e adolescentes indígenas.

O presente artigo buscou apresentar pontuações sobre de que forma os direitos da criança e adolescente podem ser aplicados e/ou relativizados para a aplicação nas comunidades indígenas, respeitando a realidade sociocultural, sem que se fuja da observância dos direitos humanos aplicado aos menores.

Considerando a diversidade cultural, foi demonstrado que parte dos direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser relativizado junto as crianças e adolescentes indígenas como forma de confirmar a própria eficácia da norma. O direito, em si, não possui características de imutabilidade, mas antes disso, pode e deve ser adaptado conforme os anseios da sociedade para assimilar as diversas relações da sociedade.

Com relação aos direitos da criança e adolescente, de modo geral, o trabalho mostrou que saímos de uma concepção histórica de total desprezo, para uma meação de

tutela correcional dos menores em situação irregular, culminando na era constitucional da doutrina da proteção integral, proporcionada pela Constituição Federal de 1988.

Pelo marco temporal, os Direitos das Crianças e Adolescentes e os Direitos Indigenistas guardam semelhança no que diz respeito a serem submetidos a estatutos jurídicos específicos que tiveram marco divisor com o advento da Constituição Federal de 1988 com significativas mudanças no modo como o ordenamento jurídico concebe estes direitos.

Pelos apontamentos do artigo, não restam dúvidas de que o Estatuto da Criança e Adolescente podem ser aplicados as crianças indígenas, desde que ressalvadas as diversidades étnicas do povo a que se destina, portanto, de modo relativizado.

Porém, se o direito material está assegurado, ainda persistem obstáculos no caso concreto, provenientes da ausência de políticas públicas, de uma sociedade e de uma rede de garantias preparados para assimilar essa relativização, na grande maioria dos casos.

Conhecendo um pouco mais das nuances que envolve o tema, a proposta está sedimentada no sentido de aguçar a discussão da necessidade de conhecer as particularidades no assunto e cobrar um maior envolvimento da sociedade na discussão, sem paixões e utopia, mas buscando, primordialmente, o fortalecimento dos direitos humanos mínimos a todas as classes sociais, especialmente para aquelas tão castigadas ao longo da história como os povos indígenas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, L. P. **Vitimização Secundária Infanto-Juvenil e Violência Sexual Intrafamiliar**: Por uma Política Pública de Redução dos Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Brugner (1996 apud BITENCOURT, 2009)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 2ªed. Coimbra: Almedina, 1998

CINEP. Informativo Povos Indígenas no Brasil. Brasília: CINEP, 2010a.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao37.htm>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2019.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao46.htm>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2019.

DEL PRIORE, M. (Org) **História das Crianças no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2000.

DEL PRIORE, M. **História das mulheres no Brasil**. 8 Ed. - São Paulo: Contexto, 2006.

FULLER, et al. **Difusos e Coletivos, Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

MEIRA, Marcio Augusto Freitas; PANKARARU, Paulo. **Direitos humanos e povos indígenas no Brasil**. In: VENTURI, Gustavo (org.). Direitos Humanos: percepções da opinião pública – análises de pesquisa nacional. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

OLIVEIRA, Assis da Costa. **Indígenas Crianças, Crianças Indígenas** – Perspectivas para Construção da Doutrina de Proteção Plural. Curitiba: Juruá, 2014.

VILLARES, Luiz Fernando. Direitos e Povos Indígenas. Curitiba, Juruá, 2009.