IV CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

DIREITOS HUMANOS II

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO
MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Copyright © 2016 Federação Nacional Dos Pós-Graduandos Em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:
Ana Claudia Rui Cardia
Ana Cristina Lemos Roque
Daniele de Andrade Rodrigues
Stephanie Detmer di Martin Vienna
Tiago Antunes Rezende

ET84

Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI: [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ANPG/PUC-SP/UNINOVE;

coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Mariana Ribeiro Santiago — São Paulo: FEPODI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-143-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Ética, ciência e cultura jurídica

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ética. 3. Ciência. 4. Cultura jurídica. I. Congresso Nacional da FEPODI. (4. : 2015 : São Paulo, SP).

CDU: 34



www.fepodi.org

IV CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

Apresentamos à toda a comunidade acadêmica, com grande satisfação, os anais do IV Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito – FEPODI, sediado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC/SP, entre os dias 01 e 02 de outubro de 2015, com o tema "Ética, Ciência e Cultura Jurídica".

Na quarta edição destes anais, como resultado de um trabalho desenvolvido por toda a equipe FEPODI em torno desta quarta edição do Congresso, se tem aproximadamente 300 trabalhos aprovados e apresentados no evento, divididos em 17 Grupos de Trabalhos, nas mais variadas áreas do direito, reunindo alunos das cinco regiões do Brasil e de diversas universidades.

A participação desses alunos mostra à comunidade acadêmica que é preciso criar mais espaços para o diálogo, para a reflexão e para a trota e propagação de experiências, reafirmando o papel de responsabilidade científica e acadêmica que a FEPODI tem com o direito e com o Brasil.

O Formato para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia sobremaneira este desenvolvimento acadêmico, ao passo que se apresenta ideias iniciais sobre uma determinada temática, permite com considerável flexibilidade a absorção de sugestões e nortes, tornando proveitoso aqueles momentos utilizados nos Grupos de Trabalho.

Esses anais trazem uma parcela do que representa este grande evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos.

Assim, é com esse grande propósito, que nos orgulhamos de trazer ao público estes anais que, há alguns anos, têm contribuindo para a pesquisa no direito, nas suas várias especialidades, trazendo ao público cada vez melhores e mais qualificados debates, corroborando o nosso apostolado com a defesa da pós-graduação no Brasil. Desejamos a você uma proveitosa leitura!

São Paulo, outubro de 2015.

Yuri Nathan da Costa Lannes

O DIÁLOGO NECESSÁRIO ENTRE CULTURAS: A QUESTÃO DO HOMICÍDIO DE CRIANÇAS INDÍGENAS NO BRASIL

THE NECESSARY TALK BETWEEN CULTERES: THE QUESTION OF INDIGENOUS CHILDREN IN BRAZIL HOMICIDE

Lorrayne Barbosa de Miranda Erik Andre Silva Rozario

Resumo

Há algum tempo vêm se discutindo questões acerca de algumas práticas tradicionais indígenas que se ilustram, aos olhos do restante da sociedade, como barbárie e afrontamento à Magna Carta. O presente estudo intenta trazer à tona, o modo como é e como deveria ser vista as tradições culturais indígenas, em geral, e o homicídio de crianças deficientes, em especial. Pretende mostrar ainda, partindo da lógica antropológica, bem como da jurídica, as possíveis consequências de uma intervenção estatal que se mostre a fim de lançar mão de seu aparato coercitivo para afastar das comunidades silvícolas, práticas que dimanam de uma cultura secular, a qual não merece ser abolida por puro clamor social. A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica, do tipo de investigação jurídico-projetivo ou jurídico-prospectivo. A técnica de pesquisa selecionada para a investigação proposta é a pesquisa teórica.

Palavras-chave: Práticas tradicionais indígenas, Afrontamento à magna carta, Intervenção estatal

Abstract/Resumen/Résumé

Some time ago come to discussing issues about some traditional indigenous practices that illustrate the rest of the eyes of society, such barbarity and confrontation to the Magna Cart. This study tries to tease out the way it is and as it should be seen indigenous cultural traditions in general, and the murder of disabled children in particular. Also intends to demonstrate, based on the anthropological logic as well as the legal, the possible consequences of state intervention that show in order to make use of its coercive apparatus to ward of forestry communities, practices that emanate from a secular culture, which does not deserve be abolished for pure social outcry. The research proposes belongs to the legal and sociological methodological aspects, the type of legal and legal-projective or prospective investigation. The research technique selected for the proposed research is theoretical research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Indigenous traditional practices, Affront to the constitution, State intervention

1. Considerações iniciais

A constituição de 1988 inaugurou no Brasil um período de reconhecimento da pluralidade e miscigenação cultural brasileira. Assim, garantiu-se a todos uma ampla gama de direitos constitucionalmente reconhecidos. Porém, diante de tais fatos algumas situações pontuais circundam o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a carta magna vigente. Dentre estas, a prática de homicídio de crianças indígenas demonstra-se como uma questão de grande relevância dentro do mundo jurídico, estendendo sua dialética ao campo de discussões no âmbito antropológico, sociais e, atualmente, em aspectos políticos, principalmente após a divulgação do mapa da violência em 2014 que demonstrou o impacto de tais costumes nos índices de violência nacional.

Dessa forma, a questão que se coloca no presente trabalho é a análise de quais as possíveis repercussões nas perspectivas antropológicas e jurídicas, na hipótese de uma intervenção estatal coercitiva nos casos de homicídios de crianças dentro das comunidades indígenas. Nesse aspecto, pretende-se observar em que medida a sua ocorrência significaria uma ação legitimamente amparada pelo princípio universal da dignidade da pessoa humana e pelo ordenamento jurídico pátrio, principalmente no que tange a tutela ao direito à vida, e se esta seria uma medida proporcionalmente razoável frente à proteção constitucional a tradição indígena.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídicosociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. Mediante a complexidade do tema, o trabalho se propõe também a verificar a viabilidade de realização de ações estatais que se apresentem como medidas pontuais que visem contribuir para o estabelecimento de um diálogo entre as culturas.

2. A tensão existente entre a tradição indígena e o direito à vida

A segunda metade do século XX, mais especificamente após o fim da Segunda Guerra mundial, representou um momento de mudança da perspectiva jurídica e do significado do fenômeno denominado "direito". Em decorrência dos cenários cruéis e desumanos provocados pelos governos Nazistas e Fascistas, a sociedade se deparou com uma situação de emergente necessidade de se reconstruir as bases que

fundamentam o Estado, de forma a tornar o ser humano o autor e destinatário efetivo do ordenamento jurídico e que o Estado se estabeleça como instrumento garantidor da Dignidade da Pessoa Humana. Nesse contexto surgiu o movimento do "Neoconstitucionalismo" sob forma do renascimento do Direito Constitucional, pois a partir deste se redefiniu o papel das Constituições dentro do ordenamento jurídico tornando-a um documento jurídico dotado de supremacia e força normativa (BARROSO 2009).

No tocar da história constitucional brasileira, a Constituição de 1988 representou um enorme avanço institucional de redemocratização estatal, apresentando-se como um texto normativo comprometido com a garantia de uma importante gama de direitos fundamentais e com a promoção da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Sob forte influência dos acontecimentos históricos ocorridos no período da Segunda Guerra Mundial, mais especificadamente as ações intoleráveis praticadas pelos nazistas, e posteriormente o período de estigma e censura do período do regime militar 1964-1985, o Direito Constitucional brasileiro caminhou a fim de romper com uma época de intolerância e evoluir para um patamar de valorização da humanidade e senso de justiça. Diante disso, fica evidente que o direito começa a se mostrar compatível com o imperativo categórico Kant que, em linhas gerais, conduz ao "tratar a si mesmo e aos outros, sempre e simultaneamente como fins em si e não simplesmente como meios".

Atualmente, esse paradigma se mostra pertinente nas discussões que envolvem colisões entre direitos constitucionalmente protegidos e quais seriam as soluções mais razoáveis nestes casos. Diante disso, uma questão de grande relevância dentro do cenário nacional está no que se denomina "infanticídio indígena", expressão que alude às práticas indígenas onde crianças recém-nascidas que apresentam alguma deficiência física são mortas pelas mães e em, alguns casos, pelos membros da tribo da qual fazem parte.

Tal questão demonstrou-se ainda mais preocupante após a divulgação dos dados colhidos pelo Ministério da Justiça dos índices de homicídios da juventude em 2012. Isso porque, a pesquisa revelou que a cidade de Caracaraí, no estado de Roraima, com aproximadamente 19.000 habitantes tornou-se a cidade mais violenta do país. É importante ressaltar que os registros de homicídios dentro do município não apresentavam um histórico estatístico de delitos dessa espécie que o colocaria em um patamar de violência exacerbada, pois nos anos de 2008 a 2011 os dados apontaram a

ocorrência de 10, 10, 5, 7 homicídios, respectivamente. Entretanto, no ano de 2012 os apontamentos revelaram a ocorrência de 40 homicídios registrados no município, o que equivale a uma média de 210 para cada 100.000 habitantes e que supera a média nacional de 29 homicídios. Ademais, um fator relevante está no fato que dentre os 40 homicídios registrados em um ano, 37 eram de indígenas recém-nascidos que foram mortos pelas próprias mães logo após o parto (WAISELFISZ 2014).

Assim, diante da gama de direitos e garantias fundamentais expressos no Texto Constitucional e dos inúmeros princípios que guiam o ordenamento jurídico, questões que envolvem uma controvérsia no tocar da coexistência e colisão de direitos constitucionalmente equivalentes, especificadamente o direito à vida e a proteção a tradição dos povos silvícolas materializados em situações específicas, representam uma problemática de grande relevância jurídica, política e social.

Dentro desse patamar, é importante ressaltar que a mudança de paradigma introduzido pela constituição de 88 reconhece, de forma expressa no ordenamento jurídico, a existência de uma sociedade pluralista e multicultural, com especial destaque ao tratamento e atenção dados às comunidades indígenas, com relevante destaque ao art. 231 do texto constitucional onde se reconhece a organização social, crenças e tradições destes povos e estabelece:

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 demarcálas, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 2014)

Assim, é importante ressaltar que em tal preceito normativo o legislador originário ofereceu amparo constitucional aos povos indígenas em garantia de seus direitos à diferença. A partir de 1988, suas organizações sociais, costumes, culturas, identidade e visões de mundo passaram a ser aparados e protegidos pelo ordenamento vigente no pais. Dessa forma, entende-se que a legislação brasileira legitimou de forma direta e objetiva a criação e aplicação dentro das comunidades indígenas daquilo que poderia ser denominado como sistema jurídico indígena, entendendo o direito neste tocar, como um fenômeno social que se estabelece ditando normas de conduta ou modos de comportamento inerentes a agrupamentos humanos.

Na visão do mestre em ciência ambiental Luis Fernando Villares, em seu livro "Direito e Povos Indígenas" (2013), a tutela constitucional das comunidades indígenas possui a finalidade de dignificar o índio como ele é e respeitar sua humanidade, garantir

a sua liberdade real e sua igualdade de direito frente á sociedade brasileira. (VILLARES 2013). Isso significa dizer que existiu no período de edição da norma e ainda existe uma preocupação em tratar os povos minoritários e excluídos nos aspectos humanísticos, antropológicos, de forma a compreender o modo de existência do outro a fim de se formar um Estado democrático legítimo e tendente a se organizar aceitando a cultura e os sistemas jurídicos que conformam um processo coeso de unificação dos povos.

Assim, trabalhando dentro da perspectiva em que o texto constitucional estaria no ápice do ordenamento jurídico, se torna inviável a aplicação do Sistema Penal brasileiro para os casos de homicídios de crianças dentro das comunidades indígenas. Esses povos baseiam suas regras de conduta pautando-se em valores morais, tradições e costumes que envolvem todos os membros da comunidade. Além disso, existem alguns atos estigmatizados pelo ordenamento jurídico civilizatório que em muitos casos são condutas que dentro do contexto indígena são exigíveis e que apenas podem ser entendidas quando se utiliza uma perspectiva própria da comunidade.

É interessante ressaltar também que, o ordenamento jurídico brasileiro é construído, primordialmente, como um instrumento capaz de garantir os direitos fundamentais do homem, ou seja, titularidade esta que decorre do fenômeno da vida. Dessa forma, a civilização reconhece a humanidade e dignidade do ser humano e oferece a este uma gama de direitos, dos quais o Estado desempenha a função de guardião. Entretanto, dentro das culturas dos povos indígenas o reconhecimento da humanidade não se estabelece em uma relação de causa e efeito com a concepção de vida. A mestra em Antropologia pela Universidade de Brasília expõe que:

Entre os ameríndios não há causalidade ou mesmo simultaneidade entre o nascimento e a pertença à vida social. Uma criança que nasce não é imediatamente feita humana. Isso porque, para eles, a consubstancialidade que nos consaguineos e parente nos é um fato, não é um dom, mas é uma condição a ser continuamente produzida pelas trocas e relações. Por isso se fala em elaboração da pessoa ou da pessoalidade, um processo contínuo de aprender a ser humano. (HOLANDA, 2008)

Por conseguinte, não cabe ao homem branco evocar a dignidade da pessoa humana para preencher o vazio deixado pelo Ordenamento Jurídico ao não dispor sobre as práticas culturais indígenas, como no presente caso, o homicídio infantil, nem tampouco lançar mão deste preceito constitucional para preencher esta lacuna que, ressalvando as exceções, não precisa ser preenchida.

Faz-se notável essa ponderação quando tentamos, irremediavelmente, propor distinções hierárquicas entre o direito à vida e o direito à preservação da cultura. Devemos, pois, nos ater ao princípio de que todo e qualquer preceito constitucional é igualmente válido, e que as práticas culturais indígenas, são tão importantes quanto à tutela do direito à vida e a dignidade da pessoa humana, para o homem branco e, defender um em detrimento do outro só faz sentido quando feita uma análise do ponto de vista da sociedade "civilizatória". Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2015):

Todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. A incompletude provém da própria existência de uma pluralidade de culturas, pois, se cada cultura fosse tão completa como se julga, existiria apenas uma cultura. A ideia de completude está na origem de um excesso de sentido de que parecem enfermar todas as culturas, e é por isso que a incompletude é mais facilmente perceptível do exterior, a partir da perspectiva de outra cultura. (SANTOS 2015)

Nesse diapasão, a partir de uma análise meticulosa a respeito do que seria o direito o direito à vida, parece-nos surgir uma dicotomia entre o dito direito que se pretende defender e a real situação das comunidades indígenas. Isso porque, a concepção existente sobre a garantia constitucional à vida endossa um entendimento de que esta transcende o mero aspecto biológico. Dentro dessa percepção, é possível concluir que o poder constituinte originário resguardou no texto constitucional o direito a uma vida digna, incluindo neste conceito o aspecto biológico e qualitativo, de forma que seu titular possa exercer de forma ampla e efetiva os direitos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, sendo o direito à vida digna aplicável a todos sem distinção, tornar-se ostensivo a impossibilidade de se falar em garantia desse direito quando se pretende aniquilar as práticas indígenas em prol do mesmo. Isso se dá pela incompatibilidade entre o conceito supracitado e o dia-a-dia de uma pessoa com necessidades especiais dentro de uma selva, pois em um Estado Democrático de Direto é impossível se pensar em uma vida desatrelada de direto sociais, como a saúde e educação, de forma a se garantir o mínino existencial para o ser humano digno.

Não há, portanto, relevância alguma no desejo de afastar os povos indígenas de suas tradições por um ordenamento alienígena uma vez que, a aplicação desarrazoada de um ordenamento jurídico dentro de um contexto onde os possíveis destinatários da norma não compartilham da axiologia desta pode produzir uma resposta insatisfatória de forma a não prevenir a ocorrência futura do ato impugnado. A solução para este

embate reside na intenção de o Estado permitir que o índio possa escolher entre permanecer na tradição, e aderir às implicações que dela advêm, e negar a cultura tendo o apoio estatal apenas para fazê-lo de forma digna e amparada. Este apoio se dá pela criação de um programa de adoção que acolha crianças banidas das comunidades indígenas, e de um sistema ou grupo de apoio e suporte para as famílias indígenas que abandonaram sua aldeia para manterem o filho.

3. Considerações finais

Diante do exposto verifica-se a imprescindibilidade de se resguardar o direito à vida e à dignidade da pessoa humana sem, no entanto, deixar de resguardar o direito dos povos indígenas de se auto-afirmarem e exercerem livremente os anseios de sua tradição, cabendo ao Estado, tão somente, oferecer meios cabíveis para que o índio possa escolher qual prática aderir, pautando-se apenas em suas convicções pessoais, e não em uma lei alienígena que pretende interferir em espaços onde sua aplicação seria manifestamente ilegítima e desconforme com a realidade e interesse locais.

O presente estudo deixa clara a importância de se preservar toda e qualquer cultura e, sobretudo, a indispensabilidade de se conhecer as razões, os motivos, o contexto histórico e teleológico de cada uma, para que o ensejo de discussões errôneas, como esta aqui tratada, ocorra menos frequentemente.

Via de consequência, a proposição de um diálogo entre a cultura branca e a cultura autóctone parece-nos a saída mais interessante para esta controvérsia, vez que uma construção consuetudinária conjunta poderia amenizar o caráter conflituoso de convivência dessas culturas podendo, por vezes, trazer benefícios para ambos os polos desta relação.

Vale ressaltar ainda, que os embates são corolários de sociedades plurais, diversas e multiculturais, mas que nenhuma diferença é tão grande que não possa ser, no mínimo, respeitada e tolerada por quem assim a considera, e mais, pretende ainda deixar claro que nenhuma cultura é fechada e imaleável, assim como a ciência, como o homem e todos os organismos vivos, cada cultura se desenvolve constantemente à sua maneira e ao seu tempo.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm acesso em: 25 de maio de 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena.* Dissertação mestrado. Brasília, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. Disponível em

http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepção_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. acesso em 25 de maio de 2015.

VILLARES, *Luis Fernando. Direito e Povos Indígenas*. 2ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2014. Os jovens do Brasil*. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2014_jovens.php Acesso em 15 de maio de 2015.

WITKER, Jorge. Como elaborar uma tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.