SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

ENCONTRO CULTURAL: A VALORIZAÇÃO DA VIDA E DA CULTURA FACE AO INFANTICÍDIO INDÍGENA

ENCUENTRO CULTURAL LA VALORACIÓN DE LA VIDA Y CULTURA FRENTE AL INFANTICÍDIO INDÍGENA

Valdo Mattos Junior [1]

Resumo

A história brasileira é marcada pela colisão de culturas, em especial europeus e indígenas. O presente trabalho busca uma reflexão sobre as consequências nos dias atuais desse encontro cultural, tratando-se aqui do infanticídio indígena em face de proteção de bem jurídico vida, os impactos e resultados que são derivados dessa relação. Assim, pretende-se construir a partir de pesquisa bibliográfica uma reflexão compreendendo a visão sobre a cultura a indígena brasileira, a valorização da vida, a perspectiva da prática do infanticídio indígena e o Estado brasileiro.

Palavras-chave: Povos indígenas, Infanticídio, Vida, Cultura

Abstract/Resumen/Résumé

La historia brasileña está marcada por el choque de culturas, en especial europeos y indígenas. Este estudio tiene como objetivo reflexionar sobre las consecuencias en la actualidad de este encuentro cultural, en este caso del infanticídio indígena frente de la protección legal de la vida, los impactos y los resultados que se derivan de esta relación. Por lo tanto, tiene la intención de construir esta reflexión por la búsqueda bibliográfica que comprende el punto de vista de la cultura, especialmente las indígenas, el valor de la vida, la perspectiva de la práctica del infanticídio indígena y el Estado brasileño.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Pueblos indígenas, Infanticídio, Vida, Cultura

[1] aluno de graduação do curso de Direito e integrante do grupo de iniciação cientifica GIDIMA da Escola Superior Dom Helder Câmara

INTRODUÇÃO

A interação entre culturas diversas é, em sua maioria, marcada pela divergência e conflitos violentos. O choque da cultura indígena e a cultura do homem branco são traços históricos dessas terras latino-americanas, em especial, intrínseco a cultura brasileira. Esse embate cultural se alonga da chegada das caravelas europeias as praias da América aos dias atuais; é carregado de agressividades e lesões contra as etnias nativas. A convivência inter-étnica do povo português com os nativos, alterou a interação interno-social, desagregou imensuráveis valores culturais e dizimou inúmeros povos tribais.

A condição do indígena na atualidade brasileira não se modificou do Período Colonial. É inegável que houve no encontro dessas culturas troca de costumes, valores e conhecimentos, mas esta relação deixou a marca da dominação da cultural até a contemporaneidade. A população indígena brasileira sofre nos dias atuais com a marginalização e inferiorização de sua cultura. Os valores e conhecimentos dessas tribos, construídos secularmente, tempo a tempo vão sendo dominados e esquecidos face a imposição da lei, dos hábitos e da crença do dominador. O índio tem uma relação impar com a natureza, permanece umbilicalmente ligado a ela por toda a sua vida. É dela que se retira o alimento para o corpo e para a alma, seu sustento depende dos frutos que ela lhe oferece, sua espiritualidade repousa no fundo dos rios e no som das florestas.

Exemplo da emblemática turbulência entre essas culturas e de parca regulamentação **é** a prática do infanticídio por algumas tribos indígenas da floresta Amazônica. O assunto é pauta de discussões na defesa da vida e seu caráter inalienável em controversa ao argumento do direito a cultura e a não interferência do Estado brasileiro, bem como a omissão normativa em tal contexto.

Nessas condições, a partir de uma pesquisa bibliográfica, o referido trabalho busca uma reflexão sobre o tema pondo-se a explanar sobre a realidade brasileira e os atos do Estado frente ao tema, partindo da apresentação de conceitos essenciais a discussão, bem jurídico vida e cultura, prosseguindo na análise com o sopesamento de valores e a realidade brasileira.

2 O BEM JURÍDICO VIDA

A interação dos indivíduos em uma sociedade e marcada em especial pelo surgimento rotineiro de conflitos. Para a conciliação desses conflitos e manter a estrutura social concisa faz-se necessário um centro de controle, o qual seja, a figura do Estado. É da face jurídica do Estado, personificada no Direito Penal, a responsabilidade de garantir a paz e o bom convívio social, a liberdade e a segurança do cidadão quando tais metas não puderem ser alcançadas por outros institutos estatais.

O alicerce do modelo estatal, Estado Democrático de Direito, é fundado na liberdade, do indivíduo e da comunidade, consolidados em seu núcleo, a Carta Constitucional. Após a queda do Leviatã[1] surge uma nova performance de Estado necessário a proteção da dinâmica social, mas controlado por mecanismos protetivos ao cidadão. Em sua feição penalista, o poder do Estado-legislador deve ser condicionado ao bem jurídico, emanado pela vontade social e consolidado na Constituição. Neste trabalho, em especial, dá-se atenção ao bem jurídico vida e sua proteção.

Com esse objetivo limitador, a teoria do bem jurídico se estabelece como um dos novos sentidos dado a ação do legislador estatal-penal, ou seja, é objeto na construção de uma norma mantenedora da ordem social. Destarte, o crime é a conduta anormal que altera a ordem social afetando a esfera alheia tutelada pela norma. Assim pois, temos a primeira imagem do bem jurídico, valor social, fim último da lei penal - é ao mesmo tempo o fundamento e o objeto protegido. Em síntese, Rudolphi citado por Regis Prado (2003) fala: "O bem jurídico neste contexto, é concebido como uma valiosa unidade de bem social, indispensável para sobrevivência da comunidade e que tem a norma constitucional como parâmetro basilar."

Assim, a Constituição é, em suma, a vontade exteriorizada de uma sociedade democrática. É este o viés primeiro delimitador dos valores essenciais a comunidade pactuada na construção do Pacto Social e garantidor da estabilidade na interação entre os indivíduos. Neste seguimento, é o bem jurídico fruto do espírito constitucional, fundado na proteção dos valores metaindividuais, merecedor da proteção estatal-penal. A Magna Carta brasileira traz a proteção em seu artigo 5º[2], em consonância, a Declaração Universal dos Direitos Humanos[3].

[1] Nos referimos neste termo a uma concepção de Estado autocrático e absoluto.

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

Nesta ideia, de forma destacável, Cezar Roberto Bitencourt (2014) traz sua empolgante defesa a proteção do bem jurídico vida:

> Dentre os bens jurídicos de que o indivíduo é titular e para qual proteção a ordem jurídica vai ao estremo de utilizar a própria repressão penal, a vida destaca-se como o mais valioso. A conservação da pessoa humana, que é a base de tudo, tem como condição primeira a vida, que, mais que um direito, é a condição básica de todo direito individual (Bitencourt, 2014, p.52)

Em seus ensinamentos o professor Bernardo Gonçalves[4], e o bem faz, entrelaça o bem jurídico em questão a outro valor íntimo do ser humano, "umbilicalmente ligado - e, até mesmo, confundido - à noção de dignidade da pessoa humana está o direito à vida, como elemento intrínseco à condição de pessoa e de sujeito de direitos.". Neste seguimento o ilustre doutrinador duplica o enfoque à vida, o existencial e a necessidade mínima para esse existencial.

3 A CULTURA INDÍGENA

Por conseguinte, passa-se ao outro importante aspecto desta discussão. A definição do termo cultura é pauta de inúmeros debates tanto quanto a origem do seu significado, o primeiro conceito foi formulado por Edward Tylor, o qual a descreve como conjunto de conhecimento, crenças, arte, moral, costumes e direitos, que o ser humano agregou ao longo da construção da sua vida em sociedade (TYLOR apud Cristina Costa, 2010, p. 191).

Na mesma direção Cristina Costa (2010) preleciona como "conjunto de princípios, conhecimentos e saberes que os homens são capazes de acumular " e complementa, " a cultura não é um conjunto de determinação rígido e acabado; ao contrário, ela integra de maneira dinâmica os padrões as ações e reações humanas". O professor Roque de Barros (2009) em seu exemplar trabalho ainda agrega, "é o meio de adaptação aos diferentes âmbitos ecológicos. Em vez de modificar para isto o seu aparato biológico, o homem modifica o seu equipamento superorgânico. "

É as adaptações sofridas pelo ser humano na busca por sobrevivência, conhecimento adquiro, acumulado e compartilhado entre seus iguais. O homem reconhece no outro o seu próprio eu, cria laços para garantir seu próprio estar no mundo, necessita desse laço porque é animal social e não consegue se desprender do meio que vive — natural de sua espécie. Esse

[3] Artigo 3° Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

[4] Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Bahia: editora jus podivm, 2014, 1291 p.

laço é sua essência, foi imposta a ele pelo seus antepassados, eivado na psique do indivíduo capaz de mudar seu biológico; mas também é moldado pelo individuo porque para persistir ao tempo deve ser dinâmica, no embate entre as gerações, ao transmitir a cultura transmite o ser social parte de si com ela e mais uma vez a altera. A construção da cultura também se dá na coalisão entre culturas diferentes. Esse encontro com o diferente põe cada indivíduo para refletir sobre o seu modo de vida e comparar com o estrando. Esse impacto pode produzir efeitos mais benéficos a uma do que a outras, como se vê na relação atual dos povos indígenas com a sociedade.

Válido ainda ressaltar a importância dada à proteção da cultura pelo nosso ordenamento jurídico[5], protegendo, incentivando e valorizando as manifestações culturais. Neste paralelismo expõe-se ainda referência internacional, em constância a Organização Internacional do Trabalho consolida também a necessidade da proteção cultural na Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais estabelecendo a integridade e respeito aos valores culturais[6].

4 COALISÃO DE CULTURAS: PROTEÇÃO DA VIDA NA CULTURA DO INFANTICÍDIO

O código penal brasileiro, em seu artigo 123, qualifica o crime nas seguintes palavras: "matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após ele"[7]. Na leitura do tipo incriminador observa-se características próprias do crime a que sejam, "o próprio filho", "sob influência do estado puerperal" e "durante o parto ou logo após ele". As delimitações trazidas pela norma qualificam-no próprio uma vez que somente a mãe poderá praticar o ato descrito na norma. Determina-se que o ato seja praticado num período de tempo determinado e sob um estado psicologicamente anormal. O estado puerperal subsiste durante ou logo após o parto, é capaz de alterar o psicológico da parturiente causando-lhe perturbações emocionais que podem leva-la ao ato de tirar a vida do próprio filho. Este estado, para a composição do crime, deve ocorrer no decurso do tempo estipulado pelo

[5] Constituição Federal, artigo 215 - "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional."

[6] Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, ARTIGO 5º - Na aplicação das disposições da presente Convenção:
a) os valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais desses povos deverão ser reconhecidos e a natureza dos problemas que enfrentam, como grupo ou como indivíduo, deverá ser devidamente tomada em consideração;
b) a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos deverá ser respeitada;

[7] Código penal brasileiro, 1940, artigo 123

legislador, durante ou logo após, imediatamente, ao parto, é importante observamos que para tal é necessário que a mulher entre em trabalho de parto, caso contrário qualificaria o crime de aborto.

O infanticídio indígena, caracteriza a prática de homicídio praticado pela mãe indígena contra seu filho, em muitas vezes não segue a prática descrita no Código Penal. O ato milenar é cercado de espiritualidade, crença e respeito a cultura indígena. Os motivos que levam ao seu acontecimento alternam entre o nascimento de crianças com deficiência física ou mental, de gêmeos, filhos de mãe solteira ou em decorrência de controle populacional.

Nesse diapasão, difere do fato típico descrito na lei penal, a piore, porque não se qualifica pelo curto prazo de tempo de vida da criança, há situações as crianças são mortas depois de completado o terceiro ano de vida. Por conseguinte, é de difícil comprovação o estado puerperal da mãe, muitas já iniciam o trabalho de parto cientes da trajetória de vida do seu filho.

Para a compreensão deste fenômeno deve-se compreender a princípio a concepção de vida. A cultura indígena tem forte ligação com sua terra e com seu povo, assim, a vida retratada para o mundo dos brancos como direito individual pertencente a cada ser, é convergido na cultura destes povos como bem coletivo; é voltada para um viver social no qual o bem individual está em segundo plano. É a vida social, a vida da tribo que carrega a indisponibilidade.

Ao entendermos a vida como condição para a preexistência de todos os demais valores como núcleo ultimo da existência humana, a cultura indígena transporta para esse centro a existência da coletividade, nesta compreensão é plausível a esses que se sacrifique o interesse individual em proteção ao núcleo social.

Diante da dicotomia cultural não é possível que o peso da norma estatal se imponha a culturas diferentes. O estado não poder exerce-se sobre aqueles que não celebram o Pacto Social. É íntimo cultural que cada sociedade estabelece sua norma fundamental apoiados na espiritualidade, crenças, conhecimentos e concepções.

Ademais, a prática típica indígena não se qualifica em nosso ordenamento em virtude da Teoria Tripartida do Delito. A culpabilidade um dos elementos necessários é baseada na imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta adversa. Nessas

condições inserção destes elementos exclui a culpabilidade da ação não qualificando o tipo penal. A ausência de potencial consciência da ilicitude[8], se faz notório no caso indígena, fruto de outro meio social, possui seu próprio direito formado no encontro de valores recíprocos formador do elo social. É inexigível também uma conduta diversa, porque se de forma contrária agisse sairia do âmbito da força normativa[9] que impera na sua cultura, concluindo desta forma também ser inimputável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a elevação de um valor a um grau de intocável sem as devidas ponderações pode desnaturar bens necessários a essência do ser humano. A imposição de um valor absoluto externo a uma cultura gera opressão cultural e desconfigura o núcleo social. Desta forma é preciso um sopesamento buscando o sentido daquela prática no ambiente em que é realizada. Neste seguimento, também não é possível que se ceda ao relativismo cultural permitindo a desconstrução de um valor externo ao meio; é necessário um ponto sólido a que o ser humano possa recorrer, sua essência.

Ressalta-se ainda a omissão e a inércia do Estado soberano na busca por meios capazes de conciliar tais conflitos. Permitir a prática destes homicídios – caracterizado como infanticídio – afronta o núcleo estrutural da condição humana numa perspectiva ocidental, a vida deve ser preservada. As medidas adotadas pelo Estado brasileiro para a proteção da vida indígena sem interferência na cultura local – como a retirada das crianças marcas para morrer – são quase nenhuma ou muitas vezes ineficaz, criando atritos entre os povos.

Malgrado sua concepção pela miscigenação de povos e efervescência de seus meios culturais, o Brasil tem sua unidade federativa contínua e ordenamento jurídico se estende por todo o território ininterruptamente. De tal forma deve sobre seus cidadãos operar a Magna Carta e sem exclusão. É necessário para a aplicação das garantias constitucionais e a correlação entre os bens vida e cultural a criação de mecanismos de conciliação – legal e prático – para a preservação e perpetuação de uma cultura de proteção a vida.

[8] Porque como explicitado, o direito é fruto do meio social, e são valores culturais e comuns aos membros de uma mesma sociedade,

[9] Entende-se tal força normativa como a repressão social, desconformidade com a cultura pelo descumprimento de um direito consuetudinário.

REFERÊNCIAS

Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292p.

BRASIL. Código Penal. 55 ed. São Paulo: Saraiva,2010.

Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011, 1 v.

Costa, Cristina**. Sociologia: Introdução à ciência da sociedade**. 4 ed. São Paulo: Editora Moderna, 2010.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. UNIC/Rio/005. Rio de Janeiro, 2009.

Fernandes, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Bahia: editora jus podivm, 2014, 1291 p.

Laraia, Roque de Barros. **Cultura um conceito antropológico**. 23 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. XXI sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, Parte III, art. 6.

Pinezin, Ana Keila Moscas. I**nfanticídio indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão**. Trabalho baseado em apresentação feita na 26ª Reunião Brasileira de Antropologia. Bahia.

Prado, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2003.

Villares, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

Souza Filho, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos Povos indígenas para o Direito**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012.