

**Guilherme Scotti Rodrigues**

Direitos fundamentais, eticidade reflexiva e  
multiculturalismo – uma contribuição para o debate sobre o  
infanticídio indígena no Brasil

Brasília

2011

Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito - FD

Direitos fundamentais, eticidade reflexiva e  
multiculturalismo – uma contribuição para o debate sobre o  
infanticídio indígena no Brasil

Tese apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de Doutor,  
no Programa de Pós-Graduação da  
Faculdade de Direito da Universidade  
de Brasília, área de concentração  
“Direito, Estado e Constituição”.

Orientador: Menelick de Carvalho Netto

Orientando: Guilherme Scotti Rodrigues

Trabalho parcialmente financiado pela CAPES por meio de bolsa de doutorado.

Brasília, 2011.

*Ao que foi, e ao que será, mais uma vez diferente.*

## **Agradecimentos**

Ao pai e à mãe, por tornarem tudo possível. Ao meu orientador e amigo Menelick, mestre de todas às horas, e Flávia, pelo afeto e cuidado dedicado nas longas sessões de orientação. À Janaína Penalva, colega e amiga dos tempos de graduação, mestrado, doutorado e docência, e Paulo Blair, interlocutor sempre presente. Ao Ricardo Lourenço e à Ministra Maria Cristina Peduzzi, pela interlocução acadêmica e pela acolhida no TST, vivência única. À Helena, incansavelmente movendo as engrenagens da UnB. Aos alunos da disciplina “Direitos Humanos e Multiculturalismo”, interlocutores aguçados. Ao Isac, amigo, irmão e colega de república – sob os auspícios cuidadosos da Isa. Matilda, Frida e Zumbi, companhia garantida e onipresente. À minha Juliana, pelo cuidado, apoio, paciência e principalmente amor.

## RESUMO

A questão a ser enfrentada pelo trabalho é o do papel do constitucionalismo na conciliação entre a pluralidade de formas de vida culturais e o respeito pelos direitos fundamentais. A partir dos debates sobre o chamado infanticídio indígena no Brasil, buscamos demonstrar os problemas e potenciais inclusivos presentes nos discursos correntes na esfera pública, em especial em torno das propostas legislativas que buscam enfrentar a questão. A inadequação da maioria das proposições é debatida, especialmente em confronto com experiências internacionais que buscaram lidar com problemas análogos por meio de ações pautadas pelo diálogo e pelo respeito às formas internas de deliberação. Sustenta-se a centralidade da categoria dos direitos fundamentais para o enfrentamento dos desafios multiculturais. Igualdade e liberdade caracterizam-se hoje por significarem, grosso modo, e em permanente tensão respectivamente constitutiva entre si, quais diferenças não podem fazer diferença social e o respeito a essas diferenças enquanto liberdade. Assim, direitos fundamentais individuais revelam-se de imediato como coletivos e difusos. Ou, em outros termos, os direitos fundamentais fornecem a base móvel adequada a uma sociedade moderna que incorpora os riscos com os quais se defronta mediante permanente mutação. Desse modo, com a complexidade que hoje assumem os princípios jurídicos, sua universalidade requer contextualização e sensibilidade para as situações concretas e únicas de aplicação. Para tanto, as discussões feministas sobre o papel dos direitos e sua relação com o multiculturalismo nos fornecem uma chave de leitura relevante. Entende-se que as garantias constitucionais em relação à cultura visam preservar não uma suposta pureza cultural, mas o direito às condições de possibilidade de auto-estima, do orgulho de pertencimento a uma identidade digna de valor. Nesses termos, se por um lado os direitos fundamentais podem ser vistos como limites a práticas tradicionais, operam ao mesmo tempo como condição de possibilidade para a existência e preservação dessas mesmas formas de vida – enquanto autocompreensão ética acerca de sua própria história. Os direitos fundamentais, nesse sentido, assumem o papel de elemento desestabilizador de usos, costumes e tradições naturalizados, a exigir que as eticidades se tornem reflexivas para que possam manter sua força enquanto elemento simbólico de reprodução social, e para que as posturas comunitárias ético-políticas não percam seus potenciais inclusivos e emancipatórios.

Palavras-chave: Multiculturalismo; Direitos Fundamentais; Infanticídio Indígena; Direitos Individuais; Feminismo

## ABSTRACT

The role of constitutionalism in reconciling the plurality of cultural forms of life and respect for basic rights is the subject addressed by the present thesis. From the debates on the so-called indigenous infanticide in Brazil, we seek to demonstrate the problems and inclusive potentialities present in the public sphere discourses, particularly around legislative proposals, bills, that seek to address the issues. The inadequacy of most of the proposals is debated, especially in comparison with international experiences that sought to deal with similar problems through actions guided by dialogue and respect for internal forms of deliberation. The basic rights prove themselves as central tools to deal, in a constitutionally productive way, with the multicultural challenges. Equality and freedom are characterized today for meaning, roughly, and respectively constituting a permanent tension between them, which differences cannot make social difference and freedom as the respect due to these differences. Thus, fundamental rights, although individual rights, reveal themselves at the same time as collective and diffuse guarantees. In other words, the basic rights provide the mobile foundations suitable to the modern society, which incorporates the risks faced through permanent mutation. Today's legal principles complexity, thus, implies in a kind of universality that requires contextuality and sensitivity to the concrete and unique situations of application. The feminist discussions about the role of rights and its relation to multiculturalism give us an interpretation key to face this issue. Constitutional guarantees regarding cultures are not aimed at preserving a supposed purity of a culture, but the right to the very possibility of individual self-esteem, of the pride of belonging to a collective identity worth of value. In these terms, if fundamental rights might be seen as limits to traditional practices, they operate at the same time as a condition for the existence and preservation of these lifeforms – understood as the ethical self-understanding towards its own history. The fundamental rights assume the role of destabilizing naturalized uses, customs and traditions, to demand that ethics become reflexive in order to maintain its strength as a symbolic element of social reproduction, in a way that ethical-political communitarian attitudes retain its inclusive and emancipatory potentials.

Keywords: Multiculturalism; Basic Rights; Indigenous infanticide; Individual rights; Feminism

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
CAPÍTULO I – A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA .....	17
1. <i>As propostas legislativas</i> .....	19
1.1 O Projeto de Lei nº 1057/2007 .....	19
1.2 A proposta de alteração do artigo 231 da Constituição (PEC 303/08).....	23
2. <i>As audiências públicas na Câmara dos Deputados</i> .....	26
2.1 A posição da JOCUM, da Atini e do Dep. Henrique Afonso .....	27
2.2 A posição da FUNAI e do CIMI.....	31
2.3 Manifestações de indígenas.....	33
2.4 Argüição da Profa. Rita Segato .....	36
3. <i>O debate acadêmico específico</i> .....	38
3.1 Universalismo abrangente.....	39
3.2 Relativismo cultural.....	40
3.3 Relativismo político .....	42
CAPÍTULO II – O MULTICULTURALISMO HOJE – PERSPECTIVAS TEÓRICAS E EXPERIÊNCIAS ANÁLOGAS .....	52
1. <i>Direitos individuais e coletivos no debate multicultural</i> .....	52
1.1 Direitos individuais e coletivos na perspectivas da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia.....	58
2. <i>Feminismo e multiculturalismo – uma relação de tensão?</i> .....	67
3. <i>Mutilação Genital Feminina e a experiência da ONG Tostan</i> .....	76
CAPÍTULO III – RECONSTRUINDO O DEBATE SOBRE O INFANTICÍDIO INDÍGENA NO BRASIL.....	85
1. <i>A identidade aberta do sujeito constitucional - negação, metáfora e metonímia na reconstrução do multiculturalismo no Brasil</i> .....	85
2. <i>O direito na modernidade tardia – reconhecimento, disputa cultural, abertura e sensibilidade ao contexto</i> .....	93
3. <i>Pluralismo Jurídico – pluralidade de ordens jurídicas ou uma ordem jurídica plural?</i> .....	105
4. <i>Para além das propostas legislativas: exigências constitucionais para o tratamento do problema</i> .....	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	113
BIBLIOGRAFIA ADICIONAL CONSULTADA.....	119
ANEXOS.....	123

## **INTRODUÇÃO**

As sociedades contemporâneas convivem com o “fato do pluralismo” (RAWLS 2000). Do ponto de vista da observação sociológica, como o próprio termo indica, trata-se de uma questão fática. Mas suas implicações normativas, no entanto, são objeto de grande disputa no campo das ciências humanas e sociais. Para além de uma característica observável da sociedade moderna, cindida em sua origem quanto aos fundamentos últimos das formas de vida (HABERMAS 1997), o pluralismo é, para o direito e para a filosofia moral, um princípio regulador, cujo sentido é disputado, grosso modo, pelo *relativismo* e pelo *universalismo* em suas mais diversas correntes (GUTMANN 1993).

A tensão entre o substrato ético de um contexto social específico e pretensões universalizantes de justiça torna-se especialmente relevante em sociedades cada vez mais complexas, onde o multiculturalismo coloca questões limites, exigindo das pautas políticas a discussão e a elaboração de formas de convívio não excludentes. Em diversas partes do planeta, tanto no “velho” quanto no “novo” mundo, o tema se mostra cada vez mais atual. Se, após a Segunda Guerra mundial, a universalização dos direitos humanos dominou as pautas humanitárias mundiais, a partir do fim da Guerra Fria o respeito às diferenças das minorias étnicas tornou-se a questão central (KYMLICKA 2007).



O *backlash* experimentado hoje quanto à convivência, ou mesmo à mera tolerância multicultural, evidenciado de forma explícita e violenta com os atentados em Oslo, mas vivenciado também nos discursos políticos hegemônicos na Europa de hoje, apenas atestam mais uma vez a relevância e atualidade do tema. Se na literatura acadêmica o multiculturalismo parecia, desde os anos 90, quase um lugar-comum, o presente nos mostra que retrocessos são sempre possíveis, e as lutas por reconhecimento são um processo permanente.

A pluralidade ética e étnica está na raiz da sociedade brasileira. A “convivência” multicultural historicamente se deu num processo pautado por múltiplas formas de violência: desumanização reificante de negros, extermínio e aculturação de populações indígenas<sup>1</sup> e políticas de *branqueamento*<sup>2</sup> da população são talvez os exemplos mais óbvios de nossa tradição.

Até recentemente o paradigma político e jurídico determinante da compreensão da política de tratamento das questões indígenas no Brasil era o da “integração” ou “aculturação”. Apenas com a Constituição de 1988 o patrimônio cultural das populações indígenas passou a ser tratado como direito dessas populações e de toda a sociedade brasileira, não mais como uma situação transitória, vestígio do

---

<sup>1</sup> Cf. LACERDA, R. F. (2007). Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. Faculdade de Direito. Brasília, UnB. **Mestrado**: 447.

<sup>2</sup> Sobre o branqueamento como política pública no Brasil, cf. AZEVEDO, D. A. d. *Ibid.* A justiça e as cores: a adequação constitucional das políticas públicas afirmativas voltadas para negros e indígenas no ensino superior a partir da teoria discursiva do direito: 357.

passado a exigir superação pela modernização, mas como garantia do multiculturalismo e elemento central para a autocompreensão ética nacional<sup>3</sup>.

O compromisso constitucional com a efetividade dos Direitos Humanos, positivados como direitos fundamentais, coloca por outro lado um desafio para a interpretação de seus princípios universalistas garantidores de direitos em face de práticas tradicionais que possam implicar em sua violação.

O constitucionalismo, sabemos hoje, requer a articulação complexa entre os sentidos abstratos e universalistas de normas com conteúdo moral, e sua densificação em contextos sempre permeados por especificidades únicas e irrepetíveis. A aplicação dos princípios jurídicos, hoje, deve ser capaz de buscar justiça a partir de um ordenamento estruturalmente indeterminado sem que, com isso, se caia na mera escolha, ao cabo arbitrária, entre valores preferenciais. Argumentamos que os direitos – em última análise individuais, mesmo quando coletivos, pois sempre difusos - na linha defendida por Ronald Dworkin, atuam como barreiras de fogo contra pretensões que, a título de promover um suposto bem comum, acabam por ameaçar os próprios princípios que devem balizar as políticas públicas – portanto, como garantias contramajoritárias.

---

<sup>3</sup> Art. 216. Constituem **patrimônio cultural brasileiro** os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à **identidade**, à **ação**, à **memória** dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

...

Art. 231. São **reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições**, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

A partir dessas reflexões, os desafios multiculturais sempre nos pareceram colocar questões limites, aptas a por à prova nossa capacidade de alcançar decisões corretas em contextos de forte diversidade de visões de mundo. As tensões internas ao princípio da igualdade, entre *identidade e diferença*, e ao princípio da liberdade, entre *autonomia individual e coletiva*, se apresentam então em seu ápice.

Entre nós, brasileiros, o debate sobre o chamado infanticídio indígena é o que, atualmente, mais traz à esfera pública – da sociedade civil ao parlamento, passando pela academia – de forma explícita, a questão da relação entre direitos fundamentais e tradições culturais, e tudo isso num contexto já complexo de luta crescente pelos direitos das populações indígenas.

Acreditamos ser preciso, mais que nunca, explorar ao máximo os potenciais emancipatórios ainda presentes no horizonte de uma modernidade tardia. O enfrentamento das questões aqui debatidas se inserem, para sermos coerentes, no processo mais amplo de luta por reconhecimento dos direitos de minorias – no caso, especialmente o *direito às condições de possibilidade de auto-estima, do orgulho de pertencimento a uma identidade digna de valor*. Para tanto, é preciso aportar um peso também estratégico aos discursos jurídicos emancipatórios no contexto das lutas dos movimentos sociais. Nesse sentido, há ainda considerável resistência a ser vencida no interior dos próprios movimentos sociais, a incluir suas ramificações acadêmicas, em relação ao Direito e ao papel das instituições públicas<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Cf. LOBEL, O. (2007). "The paradox of extralegal activism: critical legal consciousness and transformative politics." *Harvard Law Review* 120(4): 937-988.

Partimos da retomada – e revisão – do caráter emancipatório dos princípios jurídicos e políticos enunciados com a modernidade. Sabemos que, de início, calcados numa releitura da idéia de direitos naturais, entendidos então como evidências racionais, estes princípios se cristalizaram com tal força que foram capazes de promover a dissolução das bases imóveis e absolutizadas da sociedade. Desde então, embora cada vez com mais complexidade, nossos usos, costumes e tradições passam a requerer o exame cotidiano à luz de *uma eticidade que se tornou reflexiva, ou seja, apta a, permanentemente, se voltar criticamente sobre si mesma* (CARVALHO NETTO e SCOTTI 2011).

As pretensões excessivas atribuídas à racionalidade humana, contudo, colocam em xeque os fundamentos da modernidade, especialmente face ao alto preço pago no século XX em função dos mitos racionalistas. Tal situação leva diversos autores a postularem uma especificidade estrutural tão grande à nossa época que, portanto, deveríamos lhe aplicar o rótulo de *pós-modernidade*. Acreditamos, contudo, ser mais adequado reconhecermos nosso tempo como o de uma modernidade tardia – um projeto inacabado -, pois, a partir de um processo histórico de aprendizado, se torna ciente dos limites do saber humano, face à natureza sempre precária do nosso conhecimento, não mais encarado da forma mítica elaborada no paradigma científico positivista.

Nesse contexto, os direitos fundamentais, hoje, podem ser vistos como o resultado de um rico e complexo processo histórico, a partir de uma história, ela própria, complexa e plural – nos termos da historiografia contemporânea, a reconstrução de um passado tão aberto e indeterminado como o futuro.

Sabemos pois que as normas gerais e abstratas encartadas nos direitos fundamentais não são capazes de regular sua própria condição de aplicação. Sua aplicação requererá sempre a sensibilidade dos intérpretes para as especificidades de cada caso concreto, encarado como único e irrepetível, onde se articulam uma pluralidade de narrativas fáticas e leituras normativas. Essa aplicação ciente da complexidade das situações concretas, contudo, não elimina por si só um paradoxo que é constitutivo do constitucionalismo: sua abertura para novas inclusões implica, ao mesmo tempo, o reconhecimento de exclusões até então invisíveis (CARVALHO NETTO e SCOTTI 2011). Toda nova enunciação de direitos, ao mesmo tempo em que inclui novos titulares, expõe a realidade daqueles não contemplados que, portanto, terão de reivindicar um novo processo de inclusão – e qualquer leitura diferente implicaria na aposta de um conhecimento totalizante que, ao cabo, significaria o fechamento do sistema de direitos a novas reivindicações.

A definição do conteúdo dos direitos que os cidadãos – em sentido amplo, não apenas o cidadão nacional detentor de direitos políticos *stricto sensu* - se atribuem reciprocamente é sempre problemática, mesmo no contexto de uma comunidade que, supostamente, compartilhe elementos culturais relativamente homogêneos. Dessa forma, o apelo a uma perspectiva mais ampla de justificação, que remeta para além de um determinado *ethos* é constitutivo do processo de luta por reconhecimento de direitos (HONNETH 2003). O aspecto contramajoritário dos direitos fundamentais reside, em grande parte, na sua pretensão universalizante — na perspectiva do que deve ser garantido a cada cidadão para além, ou mesmo contra, os valores compartilhados pela eventual maioria — possibilitando assim que a tensão entre argumentos de apelo majoritário e minoritário opere continuamente (SCOTTI 2008).

Defendemos se tratar de um processo fundamental para que as posturas comunitárias ético-políticas não percam sua reflexividade e, portanto, seus potenciais inclusivos e emancipatórios.

Os direitos fundamentais funcionam, desde o início da modernidade, como o elemento descalçador e desestabilizador de usos, costumes e tradições que, embora até então naturalizados, revelam-se injustificáveis quando trazidos para o nível do discurso, única arena possível, em contextos pós-metafísicos, para a justificação de pretensões normativas e para a validação de pretensões à verdade cognoscível (HABERMAS 2004). Dessa forma, se práticas como o espancamento de prostitutas ou de mendigos por parte de jovens da classe média – apenas para pegarmos exemplos recentes de nossos noticiários<sup>5</sup> -, na sociedade brasileira, sempre puderam permanecer invisíveis à esfera pública, pois tacitamente justificadas, uma vez trazidos à tona argumentativa, ao plano discursivo, se revelam como puro abuso, como violência nua. A justificativa publicamente tentada, de que os agressores se equivocaram quanto ao status das vítimas (pensando se tratar de prostitutas ou mendigos, quando, nesses casos, as vítimas foram uma empregada doméstica e um índio), explicitada face ao erro de fato, expõe sua própria insustentabilidade, obrigando essa mesma sociedade a enxergar o desrespeito historicamente praticado e permanentemente velado. O processo de desnaturalização de usos, costumes e tradições opressores permeia todas as sociedades – basta pensarmos na atualidade da luta feminista contra as bases patriarcais das relações de poder ainda presente, com diferenças de grau, em todo lugar.

---

<sup>5</sup> FERNANDES, L. (2007). Jovens roubam e agredem doméstica e afirmam que a confundiram com prostituta. *O Globo*. Rio de Janeiro. MALDOS, P. (2007). "Brasil: Índio Galdino, dez anos depois." Retrieved 20/9/2011, from <http://www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=PT&cod=27155>.

Entendemos, portanto, que a abertura constitucional pluralista promove, ao mesmo tempo, a conexão interna entre os direitos fundamentais e a reflexividade ética das formas de vida. Se por um lado os direitos fundamentais podem ser vistos como *limites* a práticas tradicionais, operam ao mesmo tempo como *condição de possibilidade* para a existência e preservação das formas de vida tradicionais – enquanto autocompreensão ética acerca de sua própria história (e sua identidade enquanto memória) -, num contexto globalizante que tende a nivelar e assimilar alteridades, e como elemento capaz de fomentar democraticamente a reflexividade ética, numa compreensão antropológica não-estática de cultura (CARDOSO DE OLIVEIRA 2001).

No primeiro capítulo procuraremos expor os principais discursos presentes na esfera pública quanto ao tratamento a ser dispensado ao chamado infanticídio indígena, sem deixar de expor preliminarmente as implicações teóricas que serão posteriormente retomadas.

O segundo capítulo buscará examinar o papel dos direitos fundamentais nas políticas públicas multiculturais, resgatando a discussão sobre a relação entre direitos individuais e multiculturalismo – especialmente na literatura feminista, dada a centralidade do papel das mulheres tanto, por uma lado, por sua posição de vulnerabilidade nas hierarquias sociais naturalizadas quanto, por outro, como protagonistas de mudanças sociais a partir dessas mesmas experiências de opressão. Experiências internacionais no tratamento de questões análogas serão analisadas, na expectativa de que as boas práticas possam contribuir para a discussão do problema proposto.

Assumindo seu caráter circular, embora pretendendo um *crescendo* no nível argumentativo, no terceiro capítulo as posições interpretativas serão retomadas num outro nível de análise, tendo como chave interpretativa o instrumental teórico desenvolvido por Michel Rosenfeld para o exame da identidade dos sujeitos constitucionais. Veremos então como os eixos discursivos metafóricos e metonímicos se integram à tensão entre identidade e diferença no debate constitucional, e como nos auxiliam a refletir sobre as exigências normativas para o tratamento das questões limite no contexto de um constitucionalismo que se pretende aberto às múltiplas e infinitas diferenças. Para tanto, o exame dos discursos jurídicos como campo de disputa cultural, bem como a discussão do pluralismo jurídico serão essenciais para o reforço dos argumentos defendidos.



## **CAPÍTULO I – A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA**

Os instrumentos jurídicos internacionais, com destaque para a Convenção 169 da OIT, de 1989, promulgada entre nós pelo Decreto 5.051 de 2004, na mesma linha já adotada pela Constituição de 1988, passam também a rechaçar a velha concepção paternalista e evolucionista da integração - ainda presente, por exemplo, na Convenção 107 da própria OIT, de 1957. Destacam-se as seguintes previsões da Convenção 169:

### Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

**b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;**

c) que ajudem os membros dos povos interessados a **eliminar as diferenças sócio - econômicas** que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, **de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.**

### Artigo 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.

### Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

**a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;**

**b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;**

(...)

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

**a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

Artigo 7º

**1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.**

(...)

Artigo 8º

**1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.**

**2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.**

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos (a) para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes. (BRASIL 2004, destaquei)

Quanto ao problema de compatibilidade entre práticas e costumes tradicionais e os direitos humanos, nos termos do art. 8º da Convenção 169, a discussão em torno

do chamado “infanticídio”<sup>6</sup> indígena passou a ter maior destaque na esfera pública brasileira a partir de 2005, com a exibição de matérias jornalísticas em diversos veículo da imprensa<sup>7</sup> abordando o caso de crianças retiradas das aldeias por missionários para que recebessem tratamento médico (PINEZI e SUZUKI 2008; FEITOSA 2010). Como veremos, o debate se instaurou entre as organizações indigenistas, rapidamente se infiltrando na esfera pública especificamente política, tendo como foro central a Câmara dos Deputados, e dando azo a propostas legislativas.

## **1. As propostas legislativas**

### **1.1 O Projeto de Lei nº 1057/2007**

Em 2007 foi apresentado na Câmara dos Deputados projeto de lei<sup>8</sup> objetivando coibir tais práticas, tendo como foco principal o infanticídio praticado por alguns povos indígenas, como os Suruwahá, os Yanomami<sup>9</sup> e os Tapirapés (CARDOSO DE OLIVEIRA 2001).

---

<sup>6</sup> O termo não é utilizado em seu sentido técnico-jurídico pois, nos termos do art. 123 do Código Penal, o tipo infanticídio consiste exclusivamente em “*matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após*”. BRASIL (1940). Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal.

<sup>7</sup> Como o programa “Fantástico”, da Rede Globo, além de reportagens no jornal Folha de São Paulo, na revista Istoé e em diversos outros veículos.

<sup>8</sup> PL 1057/2007, de autoria do deputado Henrique Afonso (PV/AC) – ANEXO 1.

<sup>9</sup> (2005, 10/3/2005). “Infanticídio é uma tradição milenar dos Yanomami.” Folha de Boa Vista. Retrieved 10/11/2007, from <http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia&id=3980>.

O PL, em sua redação original, faz menção expressa ao infanticídio, dentre outras práticas tidas como tradicionais, e traz, como medida extrema, a **responsabilização penal de todo aquele que tenha conhecimento de situações de risco**, nos seguintes termos:

**Art. 4º. É dever de todos que tenham conhecimento das situações de risco, em função de tradições nocivas, notificar imediatamente as autoridades acima mencionadas, sob pena de responsabilização por crime de omissão de socorro**, em conformidade com a lei penal vigente, a qual estabelece, em caso de descumprimento:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

**Art. 5º.** As autoridades descritas no art. 3º respondem, igualmente, por crime de omissão de socorro, quando não adotem, de maneira imediata, as medidas cabíveis.

Essa proposição lançou para o debate público mais um elemento para a discussão do papel do Estado e do direito diante de práticas tradicionais tidas como violadoras de direitos fundamentais. Como se depreende da justificção do projeto (ANEXO 1), a proposta deriva da pressão de grupos religiosos, com destaque para os missionários evangélicos da JOCUM (Jovens Com uma Missão) e para a ONG ATINI – Voz Pela Vida, tendo sido apresentada pelo Deputado Henrique Afonso (à época do PT/AC, atualmente do PV), membro da bancada evangélica.

Um substitutivo foi apresentado e pela relatora do projeto na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (CDHM), Deputada Janete Pietá (PT/SP), com teor significativamente diverso – refutando o discurso de criminalização em prol de uma perspectiva pedagógica. Estes os termos centrais da proposta:

Art. 1º Acrescente-se o art. 54-A à Lei no 6.001, de 19 de dezembro de 1973:

“Art.54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Parágrafo único. Cabe aos órgãos competentes a **realização de campanhas pedagógicas permanentes nas tribos** que, dentro de seus conhecimentos tradicionais, se utilizem das seguintes práticas:

I - homicídios de recém-nascidos, independente da motivação;

II - homicídio de crianças;

III - atentado violento ao pudor ou estupro;

IV - maus tratos;

V - agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores, por meio de manifestações culturais e tradicionais que, culposa ou dolosamente, configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional.

Recentemente, em 1/6/2011, novo substitutivo foi apresentado pela relatora, e por fim aprovado pela CDHM<sup>10</sup> (ANEXO 2). Eis sua redação, no que interessa:

Art.54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Parágrafo único. **Cabe aos órgãos responsáveis pela política indigenista oferecerem oportunidades adequadas aos povos indígenas de adquirir conhecimentos sobre a sociedade em seu conjunto quando forem verificadas, mediante estudos antropológicos, as seguintes práticas:**

I – infanticídio;

II - atentado violento ao pudor ou estupro;

III - maus tratos;

IV - agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

---

<sup>10</sup> O projeto seguiu para apreciação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJC), e em 17/08/2011 foi designado Relator o Dep. Alessandro Molon (PT-RJ). O acompanhamento completo da tramitação do PL 1057/2007 na Câmara pode ser feito pelo endereço: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>

Em seu parecer, pela aprovação do projeto na forma do substitutivo, a relatora rechaça a via criminalizadora, que entende inviabilizar o próprio trabalho indigenista e a construção das condições de diálogo. Ressalta também a preocupação com atribuição implícita da pecha de cruéis aos povos indígenas, o que seria prejudicial à imagem já normalmente estereotipada dos indígenas face ao restante da sociedade.

Nota-se ainda que, pelos substitutivos apresentados, as alterações se inseririam no próprio Estatuto do Índio, ao invés de constituírem legislação autônoma, como no Projeto de Lei originalmente apresentado. Além de mais correto em termos de técnica legislativa, já que existe legislação específica relevante, embora defasada, esta mudança pode ser vista como uma tentativa de inserir a discussão num contexto mais amplo, desviando o foco político que tem sido dado pela bancada evangélica, que traz o combate ao infanticídio como sua principal bandeira na questão indígena.

No entender da relatora, são cabíveis políticas públicas conscientizadoras, nos seguintes termos:

(...) são necessárias, sim, iniciativas de caráter conscientizador. Garantir o direito à vida das crianças, mulheres e famílias indígenas deve ser consequência da criação e implantação de políticas públicas. Paralelamente à valorização do direito à vida, tais iniciativas devem privilegiar o **protagonismo da mulher indígena**. Ademais, serão um princípio balizador fundamental os conceitos preconizados no art. 231 da Constituição Federal, que determina a proteção e respeito aos bens materiais e culturais dos indígenas.

(...) entendemos que devem ser criados um Conselho Nacional Indígena e um Conselho Tutelar Indígena. Tais órgãos teriam as atribuições de tratar, respectivamente, da discussão de questões culturais próprias dos grupos indígenas, elaborando campanhas de conscientização destinadas a promover mudanças entre esses grupos, e a promoção de medidas voltadas para o bem-estar das crianças e adolescentes indígenas. Nesse sentido, estaremos encaminhando a Indicação de criação desses órgãos através dos mecanismos adequados.

Como teremos oportunidade de discutir ao longo do trabalho, a proposta da relatora Janete Pietá, guardadas as diferenças de cunho eminentemente terminológico, se aproxima, acreditamos, tanto das leituras que pugnam pela valorização do protagonismo dos próprios indígenas, respeitando o pluralismo histórico, quanto também da atenção aos direitos individuais que defendemos nessa tese como essenciais ao tratamento constitucionalmente adequado da questão.

Se, por um lado, as propostas legislativas decorrem da pressão de grupos religiosos, com pautas muitas vezes questionáveis do ponto de vista de um constitucionalismo democrático laico, por outro é inegável que o tema já se inseriu na esfera pública, atingindo um ponto de difícil retorno ao *status quo ante*, o que passa a exigir das instituições políticas alguma resposta. Ademais, a relevância constitucional da questão se apresenta a partir das demandas, mesmo que isoladas, de indígenas que requerem alguma forma de suporte ao enfrentarem as normas tradicionais de suas comunidades. Pugnar pela irrelevância (moral ou estatística) do problema, no estado atual de visibilidade, implicaria no desrespeito ao direito daqueles que ousam divergir de práticas comunitárias ainda em grande medida endossadas - sendo que a própria aceitação dessas práticas, como a própria dissidência confirma, passa a ser objeto de disputa, não sendo mais possível falar, nesses casos, de uma comunidade cuja naturalização das normas sociais seja absoluta, o que, por si só, já revela haver ali se instalado uma eticidade reflexiva.

## **1.2 A proposta de alteração do artigo 231 da Constituição (PEC 303/08)**

Em relação ao mesmo tema, em 2008 foi apresentada uma proposta de emenda à Constituição (PEC 303/08), de autoria do Deputado Pompeo de Mattos (PDT/RS), que visa à alteração do art. 231 (ANEXO 3).

Pela proposta, o caput do art. 231 da Constituição passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 231. São reconhecidos aos índios, **respeitada a inviolabilidade do direito à vida nos termos do art. 5º desta Constituição**, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Como se vê, a proposta visa estabelecer explicitamente uma relação hierárquica direta entre a proteção aos costumes indígenas e, especificamente, o direito à vida estabelecido no caput do art. 5º.

Na Justificação da proposta, seu autor considera que

(...) a atual redação do *caput* do art. 231 da Constituição Federal, por não reforçar a aplicabilidade do disposto no art. 5º relativamente à inviolabilidade do direito à vida, dá margem ao entendimento de que práticas de homicídio em contexto étnico-cultural específico, tais como o infanticídio, são aceitas por nosso ordenamento constitucional (...)

A proposta revela uma problemática leitura hierarquizante entre direitos fundamentais (vida e pertença cultural), o que desconsidera a natureza sistemática da Constituição e a relação reciprocamente constitutiva entre os direitos fundamentais.

O relator da proposta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJ), Deputado Regis de Oliveira (PSC/SP), apresentou parecer pela sua inadmissibilidade (ANEXO 4).



Entende o relator ser a proposta inconstitucional, por violar cláusula pétrea da Constituição, nos termos do art. 60, par. 4, IV, pois restringiria os direitos e garantias essenciais assegurados aos índios no art. 231. Adota ainda o relator em sua justificação uma posição de forte relativismo cultural, concluindo que *“a prática do infanticídio faz parte da cultura dos silvícolas brasileiros, por se tratar de uma norma de comportamento, relacionada à sobrevivência do grupo, fundada nas suas crenças e tradições”*.

Extrapolando a questão posta pela PEC 303, discorre ainda o relator sobre a total autonomia dos índios para estabelecer seu próprio sistema de punições aos membros da tribo que transgridam as normas comunitárias, o que decorreria, acredita, do art. 231 da constituição. Tais sanções, entende, poderiam inclusive envolver punições de caráter cruel, infamante, ou mesmo a morte. Considera, portanto, inconstitucional a vedação dessas modalidades punitivas do art. 57 do atual Estatuto do Índio, que assim dispõe:

Artigo 57 - Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte. (BRASIL 1973)

Embora discordemos do teor da PEC 303, tampouco concordamos com a justificações apresentadas pelo relator, seja no tocante ao caráter pétreo, nos seus termos, do disposto no art. 231, de forma a não comportar nenhuma restrição, seja quanto à concepção de jurisdição própria plenamente autônoma. Afinal, nos termos de uma hermenêutica principiológica atenta à complexidade e à integridade do ordenamento, todo o sistema de garantias da Constituição implica na existência de

restrições recíprocas que são, na verdade, constitutiva dos próprios direitos. Dessa forma, independentemente de emenda, *in casu*, o art. 231 já guarda relação de complementaridade e constituição recíproca de sentido não só com o direito à vida, mas com todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, explícita ou implicitamente, nos termos do parágrafo segundo do art. 5º.

Note-se que, recentemente, passadas as eleições presidenciais de 2010, a bancada evangélica apresentou requerimento de urgência para a apreciação do referido PL, e alguns representantes da bancada reuniram-se com o recém-eleito vice-presidente para pedir o apoio quanto a estes e outros projetos que, em seu entender, buscam “resguardar a vida”<sup>11</sup>.

Veremos, a seguir, como os principais argumentos apresentados pela bancada evangélica e por diversos outros atores se articularam nas audiências públicas ocorridas na Câmara dos Deputados.

## **2. As audiências públicas na Câmara dos Deputados**

---

<sup>11</sup> CÂMARA, J. D. (2010). " Bancada evangélica pede a Temer instalação neste ano de CPI do Aborto." Retrieved 11/12/2010, from <http://www.camara.gov.br/internet/jornalcamara/default.asp?selecao=materia&codJor=1816&codEdi=7>.

A Câmara dos Deputados tem promovido o debate do tema em diversas audiências públicas desde 2005, tendo ocorrido a mais recente em julho de 2009<sup>12</sup>. Capitaneadas pela bancada evangélica, contaram com a presença de representantes da FUNAI, FUNASA, lideranças indígenas, de missionários da JOCUM, da ONG ATINI, de antropólogos e de pesquisadores de outras áreas. Nelas encontramos relatos valiosos para a discussão dos problemas aqui analisados que, no que dizem e que no que silenciam, apresentam diversas facetas institucionais, políticas, jurídicas, religiosas e acadêmicas.

Do ponto de vista da argumentação constitucional há uma disparidade de concepções de fundo, especialmente quanto à relação entre os direitos fundamentais, cuja elucidação, acreditamos, será fundamental para compreendermos os impasses e as perspectivas possíveis a partir dos problemas em pauta.

Agrupamos os relatos dos diversos atores de acordo com a similaridade de posições e argumentos defendidos.

## **2.1 A posição da JOCUM, da Atini e do Dep. Henrique Afonso**

Em dezembro de 2005 a Comissão da Amazônia, Integração Nacional e Desenvolvimento Regional da Câmara dos Deputados, por requerimento dos Deputados Henrique Afonso (à época do PT/AC, hoje do PV) e Zico Bronzeado

---

<sup>12</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS (2009). Discussão sobre questões relativas a abrigo e a atendimento de diversos problemas indígenas. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Brasília, Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação.

(PT/AC), realizou audiência pública que teve por tema o “*Esclarecimento sobre denúncia de retirada não autorizada de crianças de aldeia indígena*”. Participaram o vice-presidente da FUNAI, a presidente e missionários da JOCUM – Jovens Com Uma Missão, e o diretor do Departamento de Saúde Indígena da FUNASA.

Na ocasião, os missionários da JOCUM relataram a situação da retirada de duas crianças indígenas, Suwamani e Iganani, com suas respectivas famílias, da aldeia dos Suruwahá<sup>13</sup>. Os missionários da JOCUM, que há mais de vinte anos convivem na aldeia, exercendo trabalhos lingüísticos e de evangelização, foram acusados pela FUNAI e pelo Ministério Público Federal de retirarem as crianças e os demais indígenas sem autorização. Nesta audiência, os missionários buscaram se justificar, afirmando terem autorização verbal da FUNASA e FUNAI para levarem os indígenas para tratamento em São Paulo. Um relato detalhado do processo é feito pela missionária Márcia Suzuki em artigo publicado em conjunto com a antropóloga da Universidade Federal do ABC, Ana Keila Pinezi (PINEZI e SUZUKI 2008).

Não nos interessa especificamente, aqui, a discussão sobre a legalidade ou não do procedimento de retirada dos indígenas e sua condução aos cuidados médicos naquela ocasião – até porque, na manifestação do representante da FUNASA, reforçou-se o entendimento de que o ocorrera eminentemente um problema de comunicação - , pois nos focaremos nos argumentos apresentados pelos diversos atores sobre o tratamento que deve ser dispensado à questão do infanticídio.

---

<sup>13</sup> Etnia do Amazonas que se manteve isolada até serem contatados por missionários católicos no final da década de 1970. Cf. FEITOSA, S. F. (2010). Pluralismo moral e direito à vida: apontamentos bioéticos sobre a prática do infanticídio em comunidades indígenas no Brasil. Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde. Brasília, UnB. **Mestrado**: 123.

Um dos argumentos centrais apresentado pelos missionários da JOCUM é o de que, nas palavras da presidente da entidade, “*O ser humano vale porque vale. Ele vale porque ele existe. Ele não vale porque ele é índio ou porque ele é brasileiro. A vida tem mais valor do que a cultura*”. Essa interpretação é reforçada em suas falas com menção à Convenção 169 da OIT. Essa mesma justificativa, por vezes, assume um tom jusnaturalista, como manifestou a missionária na audiência de 2007:

sabemos que existe uma hierarquia natural entre os direitos. Como falar em defender o direito à diferença cultural ou à educação se nem o direito à vida, que é primordial, está garantido ainda! Isso é uma hierarquia natural de direitos.

Ressaltam que em suas atividades buscam respeitar a cultura dos povos<sup>14</sup>, mas que presenciam a demanda de muitos indígenas pela mudança de certos costumes e o sofrimento vivenciado por eles. É o que relatou em 2007, para citar uma ocasião, a missionária Márcia Suzuki:

Creio que estamos aqui para buscar soluções junto com os povos indígenas que estão nos procurando e pedindo ajuda e dizendo que querem mudar esse aspecto da cultura deles. Eles estão buscando soluções, porque têm sofrido muito com as mortes dessas crianças. Este é o exemplo dos ikpengs, que nos procuraram no início do ano: uma família ikpeng veio a Brasília, marcou reunião conosco numa praça. O senhor nos disse que seu filho havia tido trigêmeos e não queria matá-los. “*A tradição de minha cultura é matar, mas não quero matar. Ajuda a gente.*” Estamos ajudando essa família. Eles tiveram que sair da aldeia, estão morando em Sinop e recebendo apoio, para não ter que sacrificar as crianças.

---

<sup>14</sup> Nas palavras da missionária Márcia Suzuki: “*Quero também frisar que temos uma abordagem de muito respeito e de muito amor à cultura suruwahá. Os suruwahás são para nós mais do que objeto de estudo, alvo de trabalho. Eles são nossa família, nossos amigos. Quero deixar isso bem claro aqui. Em nenhum momento, nós desrespeitamos a cultura suruwahá. Em nenhum momento, tentamos impor nada ao suruwahá. Aqueles que afirmam que nós estamos destruindo a cultura eu convido a fazer uma visita à aldeia. Depois de 20 anos de trabalho, é quase imperceptível a influência da nossa permanência ali. Os senhores vão ver. Até hoje, os suruwahás são considerados índios isolados pela FUNAI, depois de 20 anos de trabalho missionário ali*”. CÂMARA DOS DEPUTADOS (2005). Esclarecimento sobre denúncia de retirada não autorizada de crianças de aldeia indígena. Comissão da Amazônia, Integração Nacional e Desenvolvimento Regional. Brasília, Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação.

Diversos são os relatos trazidos pelos missionários de situações em que os próprios membros das comunidades manifestaram descontentamento com a prática do infanticídio, inclusive com conseqüências drásticas, como o suicídio de diversos membros da família.

Outra participação a se destacar é a de Maira Barreto, conselheira da ONG ATINI e pesquisadora do tema, doutoranda da Universidade de Salamanca, onde desenvolve pesquisa sobre o infanticídio indígena e o papel do estado brasileiro. Em suas palavras, não haveria discussão jurídica relevante sobre o tema, pois:

(...) a controvérsia relativismo cultural *versus* direitos humanos universais só se dá no âmbito acadêmico, pois legalmente essa controvérsia já foi resolvida. O Brasil é signatário dos principais tratados de direitos humanos, os quais afirmam e reafirmam a universalidade e a supremacia dos direitos humanos.

(...)  
Quando há colisão entre direitos fundamentais, o que no Direito está muito claro, prevalece o direito à vida e à integridade física. Juridicamente isso já está resolvido, está muito claro.

A pesquisadora, partindo dessa compreensão específica da normativa nacional e internacional, defende a proposta de criminalização daqueles que tenham notícia de práticas como o infanticídio, nos termos originais do PL 1057, o que seria, entende, mero desdobramento da atual legislação penal sobre omissão de socorro – art. 135 do Código Penal.

Reforça ainda leitura empreendida pelos missionários e uma relação hierárquica direta entre o direito à vida e à cultura, afirmando ser aquela “*o bem maior a ser tutelado*”.

A posição defendida pelo Deputado Henrique Afonso, que posteriormente seria o autor do projeto de lei em discussão, na audiência pública de 2005 pode ser sintetizada em suas palavras conclusivas:

(...) a prática de missão cristã afirma que a valorização da vida humana representa uma transformação positiva em qualquer cultura. Toda e qualquer cultura muda, às vezes em favor da vida, às vezes contra ela. As culturas indígenas também precisam de transformação nos seus aspectos sombrios e negativos. Li num desses textos, não me lembro qual, que a própria antropologia cultural admite que as culturas têm luzes e sombras, traços positivos e negativos. Por que buscamos só as mudanças dos traços negativos, das sombras, na cultura ocidental dos não-índios? Sabemos que na cultura indígena isso também ocorre. Desenvolver a cultura é um dos dons que o Criador deu aos seres humanos. Entretanto, no que tange aos aspectos sombrios de cultura, como por exemplo a tentativa das tribos de eliminar as meninas, a fé cristã busca transformá-los a fim de que a dignidade e o direito à vida plena triunfe. E eu sou da Frente Parlamentar Evangélica. Até me pediram para não falar isso, mas eu não tenho de ter vergonha. Eu não consigo ser e não dizer. Tenho minhas convicções, e procuro respeitar a Antropologia, que se apodera de muitos pressupostos, porque é ciência, mas não podemos estar presos à presunção científica, muitas vezes passando por cima da vida. Qual o valor da vida humana? O direito à vida deve estar acima de elementos culturais.

## **2.2 A posição da FUNAI e do CIMI**

Na audiência de 2005 representou a FUNAI seu vice-presidente, à época o Sr. Roberto Aurélio Lustosa Costa. Ele focou sua fala na vinculação legal e constitucional da atuação da FUNAI, e na necessidade de haver controle da atuação de entidades não-governamentais, como as de missionários, nas aldeias, especialmente em se tratando de etnias contatadas há relativamente pouco tempo. Ressaltou a proteção do direito à diferença, nos termos do art. 231 da Constituição que, em seu entender, resguarda as normas de direito consuetudinário dos povos indígenas.

Já em 2007<sup>15</sup>, participou o presidente da FUNAI, Márcio Meira. Seu argumento inicial foi da contradição intrínseca entre os direitos humanos, o que aportaria grande dificuldade ao enfrentamento da questão debatida. Reafirmou a vinculação da atuação da FUNAI ao ordenamento jurídico que, em seu entender, traria regras também contraditórias. Em seus termos:

Aí, há uma série de situações contraditórias, porque às vezes os direitos humanos em jogo são contraditórios. A própria legislação revela isso, não só o Direito Internacional como também o Direito brasileiro, a nossa Constituição. Ou seja, assim como existe o direito de todos à vida, existe também o direito à diferença entre culturas, povos, civilizações. O limite entre esses 2 campos importantes dos direitos humanos persegue a nós, ocidentais, há mais de 500 anos.

Ressaltou ainda que, além de contraditórios, a própria interpretação dada aos direitos humanos varia em cada civilização:

há uma contradição entre 2 níveis de direitos humanos: o direito à vida, que precisamos abordar com seriedade, caso a caso, analisando qual seria a melhor solução para cada caso, e o direito à diferença, que não podemos perder de vista jamais, porque cada civilização tem sua própria noção do que significam os direitos humanos. Esses direitos incluem o direito de um povo ter a sua própria concepção a respeito dos direitos humanos.

Por fim, manifestou-se pelo remetimento da discussão às próprias mulheres indígenas, que em seu entender, teriam condições éticas efetivas de falar sobre o tema.

Em outra audiência pública ocorrida em 2009, que teve por objetivo a “discussão sobre questões relativas a abrigo e a atendimento de diversos problemas

---

<sup>15</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS (2007). Debate sobre o infanticídio em áreas indígenas. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Brasília, Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação.



indígenas”<sup>16</sup>, Saulo Feitosa, secretário adjunto do CIMI<sup>17</sup>, teve a oportunidade de se manifestar sobre a discussão do infanticídio. Manifestou o repúdio ao PL 1057 que, em seu entender, mesmo aperfeiçoado na forma do substitutivo da Deputada Janete Pietá, retirado o aspecto criminalizador, ainda significaria a afirmação do preconceito, pois reproduziria a mensagem errônea de que se trata de uma prática generalizada entre os povos indígenas. Defendeu a apresentação de um projeto de novo Estatuto dos Povos Indígenas, a partir de discussões com representantes indígenas promovidas pela Comissão Nacional de Política Indigenista<sup>18</sup>. A proposta englobaria, dentre outras previsões, a disseminação nas comunidades de informações sobre os direitos das crianças e adolescentes indígenas, bem como a possibilidade de intervenção de equipes multidisciplinares, inclusive com encaminhamento a proteção integral, em caso de ameaça à vida ou à integridade física, sem descuidar, quando possível, do direito à convivência da criança ou adolescente com sua comunidade.

### **2.3 Manifestações de indígenas**

Alguns representantes indígenas, embora em número relativamente pequeno, também se manifestaram nas audiências públicas. As falas foram marcadas pela afirmação de existência de diálogo crescente no interior das comunidades, e pelo repúdio a formas violentas de intervenção.

---

<sup>16</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS (2009). Discussão sobre questões relativas a abrigo e a atendimento de diversos problemas indígenas. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Brasília, Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação.

<sup>17</sup> Conselho Indigenista Missionário, organismo da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.

<sup>18</sup> Órgão do Ministério da Justiça, criado por meio de decreto presidencial de 22 de março de 2006.

Valeria Payê, na audiência de 2007, disse que as etnias indígenas já estão debatendo a questão do infanticídio em suas comunidades:

Venho do Tumucumaque, no norte do Pará, onde há 4 povos indígenas - Tiriyó, Katxuyana, Aparai e Wayana. Há 25 anos, ocorria com o meu povo casos como os que aqui estamos chamando de infanticídio. Várias outras mulheres estão puxando esse caso. O meu povo, os meus avós, as minhas tias puxaram essa discussão dentro da comunidade. Preocupa-me muito tratar isso como se todos os povos indígenas praticassem esse ato no dia-a-dia. Foi destacada aqui a experiência suruwahá. É um povo semi-isolado, assim como os ianomâmis. Quem convive lá dentro, no dia-a-dia? Será que eles também não têm direito a essa diferença? Não têm direito de conduzir a situação, para não cairmos nesse processo de tentar igualar todo mundo e acabar com as diferenças a que temos direito, como foi bem observado pelo Presidente? Até da própria concepção da diferença do direito humano.

Payê destacou que, no processo de discussão interna, têm assumido posição de destaque o protagonismo das próprias das mulheres indígenas:

Há 30 anos, acontecia isso com o meu povo. Não mais acontece, por força das nossas mulheres. Resolvemos, internamente. Não houve necessidade de imposições externas para isso ser feito. Não foi preciso uma lei do Congresso Nacional do Brasil para o povo Tiriyó, Katxuyana, Aparai e Wayana, até porque dizemos que a cultura não é parada (...) Os casos aqui citados como exemplo são vitórias. De quem? De nós, mulheres indígenas, dentro das aldeias. Quem, dos nossos parentes, vai tirar isso de nós, se você, como mãe segura, está defendendo? Você está mudando a história. Como já falei, a cultura é dinâmica, não pode ser só dos povos indígenas, apesar de os externos sempre quererem que ela seja estática, parada. Não. Ela passa por um processo a ser construído. Ela não precisa dessa interferência brutal externa, porque acontece no processo do dia-a-dia.

Aisanain Kamaiwrá, no mesmo evento, relatou a situação de sua comunidade, onde tradicionalmente se acredita na natureza amaldiçoada do nascimento de gêmeos. Afirma que, desde 1989, contudo, têm passado a criar as crianças gêmeas, bem como as filhas de mães solteiras, inclusive com o intuito de aumento populacional.

Jacimar Gouveia, da etnia Kambeba, ressaltou a importância do fomento institucional do diálogo no interior das comunidades. Lembrou que, se há avanços em algumas comunidades, o problema persiste em outras:

Foi dito que determinado povo, devido ao baixo número populacional, está abolindo o infanticídio. Mas em outras áreas, como a dos suruwahás, por exemplo, que fica no meu Estado, isso não está sendo feito. Acompanhei de perto o caso da Tituí, que está por aqui. Há também casos nos povos ianomâmis e maiurás. Recentemente, houve outro caso no povo marubo.

Rechaçou, por outro lado, a caracterização como cruel da prática do infanticídio:

Também não gostaria que se visse isso como crueldade dos povos indígenas, como se fossem assassinos cruéis. Em nenhum momento, tive conhecimento de índios serem colocados em forquilha, de terem a cabeça esmagada. Não. É com uma forma do timbó que eles matam e enterram quando consideram que a criança ainda não é gente. Gostaria que as pessoas que estão aqui não vissem isso como crueldade, porque somos politeístas, acreditamos em vários deuses. Se eles acham, naquela nação, naquele povo, que não existe alma, fazem isso com naturalidade, não sofrem.

Outro argumento destacado por Jacimar Gouveia foi o de que a atuação dos missionários da Jocum teria sido ineficiente, provocando a morte de outras pessoas, embora salvando a vida de algumas crianças:

Foi aí [na década de 1980] que apareceu a JOCUM. Após esse contato, ficaram convivendo. A partir desse momento, no meu entendimento e no de várias mulheres, foi imposta uma religião, uma mudança de cultura que não teve resultado, porque em 1981 eram 123 suruwahás e hoje, em 2007, há cerca de 140. Fizeram até exorcismo sobre o timbó. Eles já plantam em suas casas justamente para essas questões. Na hora em que querem ir para outro mundo, eles vão, naturalmente. Não foi relatado aqui que, quando foi impedido o sacrifício dessas crianças, alguns pais e alguns avós morreram. Então, houve uma revolta na comunidade porque a criança não foi sacrificada. Uma criança viva deficiente resultou na

morte de 2, 3, 4 pessoas. Como fica? O que vale mais: uma criança deficiente sobreviver enquanto 3 ou 4 vidas vão embora?

Então, acho que essa questão tem de ser discutida de forma ampla, participativa. O que cada povo realmente quer? Quer abolir? Quer inserir programas?

(...) Uma criança deficiente foi salva, mas, no lugar dela, faleceram os pais, o avô; eles se mataram porque não queriam... Eu acompanhei esse caso de perto, juntamente com a FUNASA, lá em Manaus, participei de reuniões, e vi que a criança foi salva, mas hoje ela nem pode voltar para a comunidade, inclusive porque tenho certeza de que vai ser discriminada, porque aquele povo tem uma cultura muito forte ainda. Aí, os 2 se mataram, tomaram timbó; o avô também deu uma flechada depois e se matou. Então, salvaram uma criança, que hoje está fora do seu habitat, da sua cultura, e outras vidas se foram.

## **2.4 Arguição da Profa. Rita Segato**

A antropóloga da Universidade de Brasília Rita Segato apresentou uma instigante arguição na qual questiona tanto a legitimidade do Estado para lidar com crianças indígenas quanto o próprio papel do direito em face de práticas sociais tradicionais tidas como mutáveis (SEGATO 2007). Concentrou seus argumentos nos seguintes pontos:

1. Ilegitimidade do Estado para determinar a forma como os indígenas devem cuidar de suas crianças, face à omissão cotidianamente vista desse mesmo Estado para com as crianças não-índias;

2. O direito à vida já se encontra garantido na Constituição, no Código Penal e em diversos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil;

3. O que se deve discutir é o direito à vida dos sujeitos coletivos, dos povos. Deve-se priorizar a sobrevivência das comunidades;

4. O Projeto de Lei em discussão se enquadra numa linha de Estado punitivo, criminalizador, castigador, baseado na idéia de combate à figura do *inimigo*, o que entra em contradição com os princípios democráticos;

5. As leis criminais, no mundo todo, tendem a ser ineficazes;

6. O objetivo velado do Projeto de Lei seria afirmar simbolicamente quem detém o poder;

7. O dissenso está presente em toda “aldeia humana.” Como os relatos demonstram, não é diferente quanto à prática do infanticídio. Deve-se abandonar a idéia, invocada pelo relativismo, de cultura como conjunto de costumes cristalizados e a-históricos. As histórias são plurais, os costumes se alteram por meio de deliberação conjunta. Muitos povos, por meio desse processo, já teriam abandonado o infanticídio;

8. O Estado não pode, contudo, se ausentar. Deve buscar garantir a autonomia e liberdade no interior das comunidades, incluindo condições materiais, para que os próprios membros possam deliberar sobre seus costumes, em diálogo com os Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos. Deve-se oportunizar aos povos a elaboração de seus dissensos internos, por meio do pluralismo jurídico. O Estado deve interceder, como supervisor e mediador, para garantir a liberdade dos processos de deliberação, especialmente para coibir abusos por parte dos mais poderosos no interior das comunidades;

9. A cautela se faz especialmente necessária, pois no mundo de hoje, elementos tradicionais problemáticos podem se transformar em emblemas de luta identitária, apropriados por projetos culturais fundamentalistas. A legislação “ocidentalizante”, longe de coibir tais práticas, as transformam em instrumentos de luta contra o discurso do “invasor”. Leis com essas podem reforçar noções fundamentalistas de identidade e cultura, transformando a prática do infanticídio em “emblema de diferença”;

10. A aplicação da lei, com vigilância e interferência nas aldeias, especialmente face ao despreparo das autoridades policiais, pode gerar conseqüências nefastas.

Com vemos, a Profa. Rita Segato articula argumentos mais complexos do que aqueles comumente apresentados pelos demais atores, levando em consideração as peculiaridades da situação tratada e problematizando, sem eliminá-lo, o papel do Estado. Sua posição interpretativa, como discutiremos, se aproxima em termos práticos e teóricos acreditamos, das teses que procuramos articular nesta pesquisa. Não deixaremos, contudo, de ressaltar as divergências teóricas, até para que se busque distinguir as diferenças efetivas entre os referenciais das meramente terminológicas.

### **3. O debate acadêmico específico**

Alguns acadêmicos brasileiros, em geral ligados a entidades envolvidas no debate em questão, têm se dedicado ao estudo do tema do infanticídio e suas implicações éticas, jurídicas e políticas. Veremos, de forma sintética, as principais

posições atuais e específicas sobre o tema, que serão posteriormente analisadas em suas implicações para a interpretação constitucional. A maior parte dos estudiosos cujos trabalhos serão aqui examinados – Rita Segato, Saulo Feitosa e Maíra Barreto, participaram das audiências públicas anteriormente relatadas, mas em seus trabalhos acadêmicos temos a oportunidade de acesso a seus argumentos numa articulação mais complexa.

Os argumentos apresentados podem, para fins analíticos, ser classificados de acordo com a taxonomia proposta por Amy Gutmann para as posições acadêmicas relativas ao multiculturalismo, a saber: *universalismo abrangente*, *relativismo cultural* e *relativismo político* – categorias a que a autora contrapõe sua própria posição, que denomina *universalismo deliberativo* (GUTMANN 1993).

### **3.1 Universalismo abrangente**

Na terminologia de Amy Gutmann, o universalismo abrangente (*comprehensive universalism*) seria, em linhas gerais, a corrente que entende haver princípios morais universais aplicáveis indistintamente a todas as sociedades, independente de suas peculiaridades culturais.

A advogada e pesquisadora Maíra Barreto, conselheira da Atini e doutoranda pela Universidade de Salamanca, defende argumentos que, em termos gerais, podemos considerar como representantes do universalismo abrangente.

Para além das manifestações feitas na mencionada audiência pública na Câmara dos Deputados, em artigos acadêmicos Barreto explicita seus argumentos de

forma mais detida. Embora ressalte seu aspecto mutável e a possibilidade de diálogo entre culturas, o ponto central defendido por Barreto é a relação hierárquica entre direitos universais e práticas culturais. Em suas palavras, “*a cultura não é o bem maior a ser tutelado, mas sim o ser humano, no intento de minimizar seu sofrimento.*” (BARRETO 2007). A autora critica a posição, que atribui ao relativismo cultural, de que os direitos humanos comportariam interpretações diferentes dentro de tradições culturais, étnicas e religiosas distintas (BARRETO 2006)<sup>19</sup>. Em sua leitura, portanto, a universalidade dos direitos previstos nos instrumentos internacionais não comportaria abertura interpretativa às especificidades locais, o que corrobora sua manifestação no sentido de que não haveria divergência jurídica relevante no debate sobre o infanticídio.

A antropóloga Ana Keila Pinezi, professora da Universidade Federal do ABC, também articula argumentos que, no presente contexto, se enquadram no universalismo abrangente. Para PINEZI, há uma relação hierárquica entre os direitos universais e aqueles reconhecidos localmente em função de contextos particulares (PINEZI e SUZUKI 2008).

### **3.2 Relativismo cultural**

Em outro extremo argumentativo, seguindo a taxonomia de Gutmann, situam-se os posicionamento do relativismo cultural.

---

<sup>19</sup> A possibilidade de diferentes interpretações “de boa-fé” dos direitos humanos, em contextos distintos, é defendida por Ronald Dworkin em DWORKIN, R. (2006). Is democracy possible here? : principles for a new political debate. Princeton, N.J., Princeton University Press.



Marianna Holanda, em dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade de Brasília, procura, em seus próprios termos, contrastar as cosmologias ameríndias e do “discurso político-jurídico do ocidente cristão” quanto às concepções de vida e de humanidade, defendendo a superação do pensamento jurídico moderno (HOLANDA 2008).

Holanda entende que a perspectiva liberal é o fundamento da Constituição brasileira, que vincula o Estado a um sistema jurídico que compreende os direitos fundamentais como individuais:

Se o direito à vida é uma garantia fundamental dos Direitos Humanos universais e é pilar de inúmeras constituições nacionais, o problema é antes a sua interpretação exclusiva por parte de legisladores que compreende estes direitos como do indivíduo, com base em uma igualdade que não permite discriminar por “raça, cor, gênero” e, portanto, suprime a possibilidade de diferenças. Esta perspectiva liberal é a base da carta constitucional brasileira, vinculada à fundação do Estado e a *um* sistema jurídico-político. (HOLANDA 2008: 10)

Para a autora, a idéia moderna de igualdade presume homogeneidade, não havendo espaço para a afirmação de direitos de sujeitos coletivos. A igualdade negaria as especificidades. Além disso, os projetos de modernidade e democracia implicariam na imposição de inumanidade às alteridades, sujeitas portanto a “intervenções humanitárias” sendo este um dos sustentáculos da idéia de Direitos Humanos.

Nessa perspectiva, as concepções ameríndias de vida, de humanidade, de direitos e deveres, bem como as práticas de interdito de vida daí decorrentes, não poderiam ser legitimamente avaliadas a partir de uma lógica ocidental, sendo justificáveis em seu contexto social.

Saulo Feitosa, Volnei Garrafa e outros, da Cátedra UNESCO de Bioética da Universidade de Brasília, em recente publicação, embora apontem para a possibilidade de diálogo intercultural, defendem o caráter meramente convencional do infanticídio entre indígenas (FEITOSA, GARRAFA et al. 2010).

Os autores se valem da perspectiva defendida por Peter Singer (SINGER 1993), segundo a qual não haveria diferença moral entre o aborto, amplamente legalizado na maior parte do mundo, e a morte de neonatos – embora reconheçam que há casos em que a morte de crianças indígenas acontecem em idade mais avançada, como aos cinco anos. Em seus termos:

Abortion and infanticide end up being equivalent to each other, since they are results from a decision by the community not to give the right to life, either to a fetus or to a newborn, for a wide diversity of ethical reasons within the society in question. The right to life, in relation to both abortion and infanticide, is a social right. (FEITOSA, GARRAFA et al. 2010: 861)

### **3.3 Relativismo político**

Para Amy Gutmann (GUTMANN 1993), o *relativismo político* aposta em mecanismos institucionais procedimentais para lidar com os dissensos internos a respeito dos significados culturais atribuídos aos bens sociais. Deixa portanto, de focar o sentido naturalizado das práticas sociais no interior de uma comunidade, para recorrer aos critérios deliberativos socialmente compartilhados.

Em sua dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde da Universidade de Brasília<sup>20</sup>, Saulo Feitosa adota de forma mais explícita argumentos que se aproximam do relativismo político.

Compreendendo os povos indígenas como sujeitos coletivos de direito, Feitosa defende uma intervenção bioética no contexto *extracultural* – ou seja, num diálogo entre as coletividades, num exercício de interculturalidade (FEITOSA 2010). No seu entender, a atuação *intracultural*, entre os indivíduos de uma cultura, está restrita aos membros da mesma, que seriam os únicos detentores de legitimidade para a promoção interna de mudanças.

O autor não descarta a possibilidade de intervenção por meio de políticas públicas, numa perspectiva de “hermenêutica diatópica” (SANTOS 2000), mas de forma a garantir somente as condições procedimentais de deliberação:

qualquer perspectiva de intervenção bioética na discussão sobre o “infanticídio indígena” deverá reconhecer a possibilidade de haver lugar entre o *topos* dos Direitos Humanos e os *topoi* das culturas ameríndias. Mas somente será possível se houver por parte do agente externo (indivíduo ou instituição) o convencimento de que a deliberação sobre o que fazer cabe exclusivamente ao povo, devendo os “de fora” apenas assegurar-lhe as condições para poder deliberar. (FEITOSA 2010: 101)

Feitosa reitera a defesa feita em audiência pública da proposta de uma nova legislação indigenista que aposte numa intervenção dialógica e informativa, nos termos de um Novo Estatuto dos Povos Indígenas:

---

<sup>20</sup> FEITOSA, S. F. (2010). Pluralismo moral e direito à vida: apontamentos bioéticos sobre a prática do infanticídio em comunidades indígenas no Brasil. Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde. Brasília, UnB. **Mestrado**: 123.

(...) somente se admite uma intervenção que venha dialogar, colaborar e aprimorar os sistemas próprios de proteção da criança e adolescente indígenas, jamais se admitirá a substituição desses por mecanismos externos, instrumentos de perseguição jurídica ou qualquer forma arbitrária de pretensa regulação. Portanto, estamos de acordo com o tratamento dado a essa questão na proposta de “Novo Estatuto dos Povos Indígenas” apresentada ao Congresso Nacional pela Comissão Nacional de Política Indigenista em junho de 2009. Essa proposta foi construída com a participação dos povos e organizações indígenas do país. Nela há um capítulo específico sobre os direitos da criança e do adolescente indígenas. O texto reconhece a importância da colaboração de organizações governamentais e não-governamentais para a promoção desses direitos através de diálogos permanentes com as comunidades, mesmo naquelas onde possa haver a prática de “interditos de vida”, desde que respeitadas suas autonomias. (FEITOSA 2010: 104)

A Professora Rita Segato, em diversas obras, expõe de forma mais aprofundada os argumentos apresentados em sua arguição na câmara dos Deputados e que, entendemos, também revelam uma forma de relativismo político embora, como veremos, com aberturas para uma releitura do papel do direito que serão exploradas ao longo do trabalho.

Segato salienta que a tensão entre Direitos Humanos e costumes tradicionais não se restringe aos povos “simples” ou “originários”, mas ocorre também no seio da sociedade “ocidental” – como no caso de costumes patriarcais e de opressão racial. Referindo-se a um encontro com mulheres indígenas, Segato relata a preocupação por elas manifestada sobre a possibilidade de modificar costumes que as prejudicavam, no tocante às relações de gênero sem, contudo, por em risco a cultura como um todo:

(...) o que se apresentou como o grande desafio para as culturas fragilizadas pelo contato com o Ocidente foi a necessidade de implementar estratégias de transformação de alguns costumes, preservando o contexto de continuidade cultural. Isto não é tarefa simples, sobretudo se levarmos em conta que, em sociedades nas quais a economia doméstica é central para a sobrevivência, a estreita complementação entre os papéis e posições dos dois gêneros não só se confunde com a própria cultura e se torna inseparável da

auto-imagem pela qual a identidade se solidifica, como também tem um papel crucial na reprodução material do grupo<sup>3</sup>. Nesse caso, é difícil alterar os direitos de um dos gêneros sem consequências para a sobrevivência e a continuidade de todo o grupo como unidade política e econômica. (SEGATO 2006: 210)

A autora expõe o que considera uma contradição inerente à universalidade dos Direitos Humanos, especialmente no caso da mulher: a atribuição de valor de lei ao costume reconheceria plena autonomia aos povos originários; contudo, nos afastaríamos das garantias internacionalmente reconhecidas às mulheres, e também às crianças. Sua negação, contudo, nos manteria “confinados ao paradigma jurídico do Estado democrático”. (SEGATO 2006: 211)

Salientando a importância da diferença entre Direito e Moral (no sentido dos valores compartilhados por comunidades morais), especialmente quando a lei se contrapõe – ou deveria se contrapor – a costumes opressores arraigados na vida social dos povos, tanto os “tradicionais” quanto os “ocidentais”, este seria o sentido do impedimento de equiparação entre os costumes “nativos” e a lei:

De fato, no Ocidente, a lei também se volta contra os hábitos e o costume porque o status – a estratificação fixa de grupos sociais com marcas indelévels que determinam sua exclusão – deveria ser estranho ao idioma legal moderno e igualitário, para ser tratado como uma infiltração de um regime prévio, muito resistente, decerto, às tentativas de mudança e modernização. (SEGATO 2006: 211)

Tudo isso reforça, nos dizeres de Segato, a diferenciação entre identidade étnica e desígnio nacional, requerida pela racionalidade da lei, numa perspectiva crítica às concepções primordialistas de nação. Uma visão contratualista de nação, onde a lei tenha papel mediador entre as diversas comunidades morais, seria, para a autora, a mais adequada. Aportando uma perspectiva dotada de complexidade

hermenêutica face aos problemas de legitimação do direito moderno, Segato expõe sua leitura da relação entre vontade originária e construção de sentidos na lei:

Apesar de se originar em um ato de força por meio do qual a etnia dominante impõe seu código às etnias dominadas, a lei assim imposta passa a se comportar, a partir do momento de sua promulgação, como uma arena de contendas múltiplas e tensas interlocuções. (...) sua legitimidade e o capital simbólico que ela representa para a classe que a ratifica e a administra dependem de sua capacidade de, uma vez instaurada, passar a contemplar, de sua plataforma, uma paisagem diversa, em cujo contexto preserve a capacidade de mediação. (...) o texto da lei é uma narrativa mestra da nação, e disso deriva a luta para inscrever uma posição na lei e obter legitimidade e audibilidade dentro dessa narrativa. Tratam-se de verdadeiras e importantes lutas simbólicas. (SEGATO 2006: 212)

Este sentido, que entendemos como *lutas por posições interpretativas* – que Segato denomina “luta simbólica por inscrição de posições na lei” - no interior do sistema jurídico, se mostra especialmente claro nas reivindicações de movimentos sociais representantes de minorias políticas.

Segato expõe um grande desafio para a antropologia contemporânea: lidar com a diversidade de perspectivas culturais e conceitos de bem num momento histórico em que as culturas precisam dialogar e negociar seus direitos nos foros institucionais, o que torna necessária uma mediação, no interior da disciplina, entre os princípios relativista e universalista. (SEGATO 2006)

A autora sugere a revisão, por parte dos antropólogos, da maneira como entendem o relativismo, muitas vezes referido de forma simplificadora. Ressalta que as visões de mundo de cada povo não devem ser vistas como totalidades unitárias, pois possuem fissuras internas nos supostos consensos de valores. Por menor que seja a aldeia, aduz, nela sempre haverá conflitos de interesses e perspectivas. E é nesse

espaço que os Direitos Humanos podem ganhar sentido, fazendo eco às aspiração de determinado grupo.

Uma noção do que entendemos por *eticidade reflexiva* também está presente na proposta de Segato, em termos de “pulsão” ou “impulso” ético:

Refiro-me aqui ao impulso ou desejo que nos possibilita, habitemos aldeias ou metrópoles, contestarmos a lei e nos voltarmos reflexivamente sobre os códigos morais que nos regem para os estranharmos e os considerarmos inadequados e inaceitáveis. O impulso ético é o que nos permite abordar criticamente a lei e a moral e considerá-las inadequadas. A pulsão ética nos possibilita não somente contestar e modificar as leis que regulam o “contrato” impositivo em que se funda a nação, mas também distanciarmo-nos do leito cultural que nos viu nascer e transformar os costumes das comunidades morais de que fazemos parte. (SEGATO 2006: 221-2)

Seria o impulso ético de insatisfação crítica, presente, em maior ou menos medida, em qualquer sociedade, o mobilizador dos desdobramentos e transformações históricas dos direitos. Como atitude, esse anseio ético seria portanto *universal*. Seu objeto, contudo, é variável, não tem conteúdos listáveis.

Para Segato, a contribuição da Antropologia e do etnógrafo, face ao direito consistiria portanto em desafiar as pressuposições jurídicas e morais, numa perspectiva ética, nos interpelando e desafiando a partir das pressuposições, plúrimas e mutáveis, do *outro*:

Não é por outra razão que viajantes ou etnógrafos se depararam, uma e outra vez, desde sempre, com relatos de normas e práticas já em desuso nas culturas chamadas “primitivas” ou nos “povos sem história, como alguns autores os consideram. Muitos são os costumes dos quais os primeiros etnógrafos ouviram falar, sem terem podido observá-los. Ou seja, os povos sem história nunca existiram, e a suposta inércia das outras culturas não é mais do que um produto da episteme culturalista de uma antropologia hoje inaceitável. Nem a insatisfação, nem a dissidência ética são patrimônio de um povo em particular, mas atitudes minoritárias na maioria das sociedades. (SEGATO 2006: 225)

A partir dessa atitude descrita, nos dizeres de Segato, a relatividade tipicamente trabalhada pela antropologia não deve ser vista como antagônica ao processo de expansão dos Direitos Humanos. As diferenças nas comunidades morais, evidenciadas nas pesquisas etnográficas, amparam o anseio ético de desnaturalização das regras costumeiras e movimentam historicamente a moral. E o estranhamento ético, num mundo multicultural, faz parte desse processo. (SEGATO 2006)

Nessa esteira argumentativa, Segato defende a garantia de autonomia deliberativa coletiva às comunidades indígenas. Nota que o estado tem o papel de garantir a deliberação, inclusive contra forças internas opressoras, sem contudo recorrer à noção de direito individual, acredita. (SEGATO 2008).

A leitura jurídica sobre a relação entre direitos das crianças e adolescentes indígenas e identidade cultural eleita como chave interpretativa por Segato é a desenvolvida pela pesquisadora colombiana Esther Sánchez Botero (SÁNCHEZ BOTERO 2006). Um breve parêntese merece lugar aqui, para situarmos a perspectiva constitucional adotada. Para esta autora, na argumentação jurídica, deve-se priorizar o sujeito coletivo de direito, no caso as comunidades indígenas, sobre a referência à criança enquanto sujeito individual. Sánchez Botero se vale do problemático instrumental, oriundo da hermenêutica constitucional alemã, da ponderação de valores para empreender um sopesamento de direitos vistos como contraditórios: o direito à vida do sujeito individual, e o direito à vida do sujeito coletivo.

Nos dizeres de Sánchez Botero:



Afirmar que en el nuevo marco constitucional los derechos fundamentales son normas jurídicas vinculantes, es decir, que obligan a los funcionarios a cumplirlas, no es suficiente. Estas normas tienen como características su vaguedad, ambigüedad y poca claridad; por ello requieren de un proceso especial de interpretación. En consecuencia, los funcionarios deben conocer tanto las normas consagradas en el texto constitucional como la interpretación que de las mismas ha hecho la Corte Constitucional, como órgano con autoridad y potestad de interpretar la Constitución (Art. 241) y de señalarles a los demás funcionarios cómo deben interpretarla.

Una de las técnicas centrales utilizadas por la Corte Constitucional para la interpretación de los derechos fundamentales es la del test de proporcionalidad. Esta técnica hermenéutica parte del supuesto de que en un Estado de derecho todas sus actuaciones encuentran justificación en el ordenamiento jurídico, y que aquellas no justificables según el ordenamiento son arbitrarias. Por tanto, siempre que la decisión de un funcionario encargado de la protección de menores indígenas afecte o amenace con vulnerar un derecho fundamental del pueblo indígena al cual pertenece el menor, se debe someter su actuación al test de proporcionalidad. (SÁNCHEZ BOTERO 2006: 169)

Seguindo a sistemática germânica, a Constituição seria entendida como ordem concreta de valores, considerados na leitura empreendida pela Corte Constitucional:

Sólo los fines admitidos por la Constitución y reconocidos por la interpretación de la Corte como de mayor rango podrían limitar el derecho fundamental del pueblo indígena, como se expresó anteriormente. En conclusión, la actuación del funcionario podrá limitar el derecho fundamental del pueblo indígena a la diversidad étnica y cultural, siempre que con ello persiga proteger uno de los derechos de mayor rango enunciados como mínimos jurídicos. (SÁNCHEZ BOTERO 2006: 170)

A autora colombiana dá o seguinte exemplo do uso da ponderação de valores na relação entre direitos individuais e coletivos envolvendo indígenas:

(...) si un defensor de familia, para proteger los derechos individuales de un joven al libre desarrollo de su personalidad y al trabajo por fuera de la comunidad, le concede la protección de tales derechos individuales, debe considerar si ello afectaría el derecho a la integridad étnica y cultural del pueblo de manera desproporcionada, pues los fines perseguidos por su actuación – libre desarrollo de la personalidad y acceso al trabajo– no son de

mayor rango que el de la integridad del sujeto colectivo, el pueblo al que pertenece el joven. (SÁNCHEZ BOTERO 2006: 170)

Voltando à argumentação de Segato, e com base nos corolários apresentados, percebemos a articulação de seus argumentos em torno da noção de *pluralismo histórico*. Em seus termos:

(...) frente a la dominación estatal y a la construcción del discurso universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se torna estratégicamente inviable defender una autonomía en términos de relativismo cultural. Para defender la autonomía, será, por lo tanto, preciso abandonar los argumentos relativistas y del derecho a la diferencia y substituirlos por un argumento que se apoye en lo que sugerí definir como *pluralismo histórico*. Los sujetos colectivos de esa pluralidad de historias son los *pueblos, con autonomía deliberativa para producir su proceso histórico*. (SEGATO 2010)

Para Segato, deve-se perceber cada povo – que é *um projeto de ser uma história* (SEGATO 2010: 7) - como um vetor histórico, em permanente mudança a partir de seus próprios mecanismos, e não como portador de um patrimônio substantivo estável. Nessa perspectiva, sobre o papel do Estado, Segato defende que este seria o de garantir a deliberação interna, restituindo o foro comunitário e, por conseguinte, devolvendo-lhe a capacidade de desenvolver seu próprio projeto histórico.

Dessa forma, ao optar pelo pluralismo histórico, em detrimento de um relativismo culturalista, a autora busca expurgar o que considera a tendência fundamentalista de todo culturalismo. E nesse entrelaçamento dialógico intercultural, o próprio discurso moderno da igualdade pode ter seu papel na restituição daquilo que foi tomado por um estado colonizador, inclusive com o agravamento de hierarquias de gênero onde antes havia uma desigualdade relativamente harmônica.

Un papel para el Estado sería entonces, como dijimos, el de restituir a los pueblos su fuero interno y la trama de su historia, expropiada por el proceso colonial y por el orden de la colonial/modernidad, promoviendo al mismo tiempo la circulación del discurso igualitario de la modernidad en la vida comunitaria. Contribuiría, así, a la sanación del tejido comunitario rasgado por la colonialidad, y al restablecimiento de formas colectivistas con jerarquías y poderes menos autoritarios y perversos que los que resultaron de la hibridación con el orden primero colonial y después republicano. (SEGATO 2010: 10-11)

Como visto, há uma pluralidade de posições interpretativas sobre o tema. A exploração, no próximo capítulo, da discussão global sobre os desafios multiculturais e o papel dos direitos fundamentais nos permitirá, acreditamos, retomá-las em uma perspectiva crítica que possibilite o desvelamento dos aspectos constitucionalmente adequados para o enfrentamento do problema.

## **CAPÍTULO II – O MULTICULTURALISMO HOJE – PERSPECTIVAS TEÓRICAS E EXPERIÊNCIAS ANÁLOGAS**

### **1. Direitos individuais e coletivos no debate multicultural**

Uma questão central que perpassa os debates sobre a relação entre direitos humanos ou fundamentais e direitos de minorias culturais envolve a natureza individual ou coletiva das normas protetivas e dos próprios sujeitos de direito. Muitas das críticas à possibilidade de atualização das categorias jurídicas modernas se concentram na ênfase nos direitos individuais, o que implicaria numa limitação dos potenciais emancipatórios do direito face às demandas identitárias e coletivas que pressionam a sociedade contemporânea. Acreditamos, contudo, que os termos do debate, no mais das vezes, são desviantes, impedindo um tratamento hermenêutico adequado das questões normativas em jogo, ao cingirem-se a aspectos terminológicos cuja elucidação puramente semântica tem pouco a contribuir. Da mesma forma que a solidificação de noções de “cultura” é nociva para o debate multiculturalista, o congelamento do significado de categorias históricas da “modernidade” nos põe no combate com espantalhos, ou seja, problemas caricatos que pouco têm a ver com nossas vivências cotidianas, sempre muito mais ricas e forçosamente adaptadas à complexidade crescente da sociedade.

Para Will Kymlicka (KYMLICKA 1995) o termo “direitos coletivos”, quando utilizado no contexto de políticas multiculturais, leva a mal-entendidos. Para além de ser demasiado abrangente, ele levaria a suposições equivocadas sobre a relação (e conflito) com direitos individuais. Quando se trata do reconhecimento de direitos especiais a membros de determinados grupos culturais, Kymlicka entende ser necessária a **distinção entre proteções externas e restrições internas**, promovidas

pelas proteções especiais invocadas. Estas diriam respeito à pretensão de um grupo contra seus próprios membros; aquelas, à pretensão de um grupo contra a sociedade em geral. Se ambas visam à proteção da estabilidade do grupo, as primeiras teriam como foco a **contenção de dissensos internos**, enquanto as segundas buscariam proteção contra decisões políticas externas. Embora sejam ambas comumente referidas como “direitos coletivos”, tratam de questões bastante distintas.

Kymlicka defende ser possível – e necessário -, de uma perspectiva política liberal, a adoção de proteções externas para minorias culturais, até porque estas seriam em muitos casos condição para o exercício das liberdades individuais, dado o vínculo entre liberdade e pertencimento cultural<sup>21</sup>. Direitos voltados à redução da vulnerabilidade econômica e político das minorias em relação à sociedade mais ampla, seja na forma de proteção à linguagem, educação diferenciada, garantias de representação política, fomento a canais de mídia próprios, direitos especiais à terra, compensações por danos passados, ou mesmo devolução de instrumentos de autonomia política (KYMLICKA 1999). Tratam-se de medidas jurídicas plenamente compatíveis com um sistema de direitos baseado nas liberdades fundamentais individuais.

O mesmo não se aplicaria, contudo, às pretensões de restrições internas, incompatíveis com um sistema de direitos fundamentais. Este segundo tipo de restrição seria invocado, por exemplo, por alguns povos indígenas norte-americanos dos EUA e Canadá, que reivindicariam que suas garantias de autonomia interna

---

<sup>21</sup> Com base em Dworkin, Kymlicka afirma que “*cultures are valuable, not in and of themselves, but because it is only through having access to a societal culture that people have access to a range of meaningful options*”. KYMLICKA, W. (1995). Multicultural citizenship : a liberal theory of minority rights. Oxford; New York, Clarendon Press; Oxford University Press, p. 83.

deveriam afastar a revisão judicial das decisões comunitárias, mesmo que contrárias aos direitos individuais dos membros, levantando a preocupação sobre a possibilidade de opressão de indivíduos e sub-grupos no interior das comunidades – preocupação levantada, por exemplo, pela Associação de Mulheres Indígenas do Canadá, quanto à discriminação de gênero (KYMLICKA 1995).

No debate com Susan Okin, Kymlicka enfatiza que as opressões domésticas sofridas por mulheres, denunciadas pela autora como relevadas por muitos dos proponentes de políticas multiculturais, seriam exemplos paradigmáticos do tipo de restrição interna inadmissível da perspectiva liberal. Dessa forma, as liberdades individuais por ele defendidas não podem ser interpretadas sob o ângulo puramente formal, devendo as práticas ocultas da esfera pública serem levadas a sério na promoção das políticas multiculturais (KYMLICKA 1999).

Kymlicka adverte que, se o risco de ameaça aos direitos individuais decorrente de restrições internas é real, é contudo um equívoco entender que tais restrições seriam decorrências lógicas da adoção de políticas multiculturalistas. A adoção de políticas que permitam a manutenção das identidades étnicas pode implicar simplesmente o emprego de mecanismos de proteção dos grupos vulneráveis contra pressões externas – p.ex., sócio-econômicas – sem a necessidade de se restringir as liberdades individuais de seus membros.

Contra a dicotomia entre direitos individuais e coletivos, Kymlicka argumenta que muitas das proteções diferenciadas a grupos são exercidas de forma individual, sendo irrelevante sua classificação nos termos em disputa. A maioria das pretensões a proteções especiais não tratariam de uma suposta primazia das comunidades sobre os

indivíduos, mas sim da promoção de justiça entre grupos culturais distintos. Nesse sentido:

“The desire of national minorities to survive as a culturally distinct society is not necessarily a desire for cultural purity, but simply for the right to maintain one’s membership in a distinct culture, and to continue developing the culture in the same (impure) way that the members of majority cultures are able to develop theirs” (KYMLICKA 1995:105)

Sobre a postura a ser adotada diante de culturas internamente não-liberais, Kymlicka defende a intervenção não-coercitiva no sentido da promoção das liberdades individuais, por meio do suporte aos esforços internos de mudança social. Ele afirma ser uma postura etnocêntrica e a-histórica desconsiderar os processos de modificação por que passam todas as culturas, sendo necessário lembrar o passado (e muitas práticas presentes) antiliberal de todas as sociedades que hoje invocam como fundamento a garantia dos direitos fundamentais – sendo, portanto, um equívoco falar em sociedades intrinsecamente liberais ou não-liberais. Para o autor

Liberals have a right, and a responsibility, to speak out against such injustice. Hence liberal reformers inside the culture should seek to promote their liberal principles, through reason or example, and liberals outside should lend their support to any efforts the group makes to liberalize their culture. Since the most enduring forms of liberalization are those that result from internal reform, the primary focus for liberals outside the group should be to provide this sort of support. (KYMLICKA 1995: 168)

Yael Tamir (TAMIR 1999) nota que no contexto dos debates sobre direitos de grupos o termo “sobrevivência” – da cultura - adquire uma perigosa proeminência. Na defesa de reformas no interior do judaísmo, a autora afirma enfrentar, muitas vezes a acusação, por parte dos ortodoxos, de ameaçar a “sobrevivência” do próprio judaísmo. O uso do termo seria desviante, alerta, pois intensifica os custos da

mudança e reforça a crença de que qualquer violação das normas sociais e religiosas tradicionais colocaria em risco a existência do grupo. A cultura, a linguagem e a tradição seriam comumente retratadas pelos detentores de poder nas comunidades de forma conservadora, em termos nostálgicos e muitas vezes irrealista, como autênticas, únicas e mesmo “naturais”.

Sobre a artificialidade do ideal de pureza como forma de manutenção da identidade, questiona Tamir:

Why is it that Americans from Philadelphia can retain their American identity despite the fact that they live cultural, social and professional lives very different from those of their agrarian predecessors, while Indian men and women can retain their identity only if they preserve a way of life that is as similar as possible to the one experienced by previous generations? (TAMIR 1999: 51)

E prossegue, apontando o paternalismo que pode permear o tratamento de um grupo cultural como espécie ameaçada de extinção, onde toda mudança deva ser evitada:

A great deal of paternalism is embedded in the assumption that while “we” can survive change and innovation and endure the tensions created by modernity, “they” cannot; that “we” can repeatedly reinvent ourselves, our culture, our tradition, while “they” must adhere to known cultural patterns. These assumptions are particularly damaging for women who can improve their social status only by challenging traditional norms. (TAMIR 1999: 51)

Tamir acredita que, enfocando-se a cultura e a tradição numa perspectiva não estática, contudo, os que buscam reformas internas também podem ser vistos como preservadores das identidades comunitárias. Por isso defende que direitos culturais, religiosos, e de nacionalidade devem ser garantidos aos *indivíduos*, e não à comunidade como um ente englobante (TAMIR 1999).



No mesmo sentido, Joseph Raz (RAZ 1999) defende que as políticas multiculturalistas não devem buscar preservar a suposta pureza de culturas diversas, mas sim habilitá-las a buscar novas formas de existência no interior dos contextos majoritários, de forma que possam vivenciar mudanças mas também preservar sua integridade, o orgulho de sua identidade, e o nexo de continuidade com as gerações passadas.

Peter Jones (JONES 1999) oferece um quadro de distinções teóricas que auxiliam no esclarecimento dos debates sobre direitos coletivos. O professor de Newcastle defende a relevância da diferença entre as concepções *coletivistas* e *corporativistas* dos direitos coletivos. Na primeira, os direitos coletivos surgiriam a partir de interesses individuais de membros de um determinado grupo, e o compartilhamento desse interesse e sua relevância social gerariam um direito gozado pelos indivíduos, mas somente enquanto membros do grupo. Já na concepção corporativista, atribui-se status moral ao grupo enquanto grupo, que é visto como uma entidade única, sujeito detentor dos direitos coletivos. Jones salienta os riscos dessa última concepção para sua relação com direitos individuais:

The corporate conception accords groups a status that is ultimate rather than derivative. Consequently, a potential for rivalry between groups and individuals arises that is both fundamental and ineliminable. In turn, that potential gives rise to the reasonable fear that individuals and their claims of right will be crushed beneath the greater weight of groups and their claims of right. (JONES 1999: 92)

Para o autor, a possibilidade de se considerarem direitos coletivos como Direitos Humanos depende da concepção adotada. A leitura corporativa impossibilitaria esta assimilação, por não serem os portadores de direitos, nessa

leitura, os seres humanos, mas entidades autônomas. Defende, contudo, que em uma leitura coletivista, direitos coletivos como o de autodeterminação política poderiam ser considerados Direitos Humanos, ou ao menos integrariam uma categoria próxima, que não geraria problemas de incompatibilidade. Nessa perspectiva, defende que

There is, therefore, a continuity and complementarity between individual and collective rights: respect and concern for the individual drive both. The difference between the two sorts of rights simply reflects the fact that, sometimes, our respect and concern relates to features of people's lives that they share with others and in relation to which they hold shared, rather than independent, claims. (JONES 1999: 90)

## **1.1 Direitos individuais e coletivos na perspectiva da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia**

A reabilitação teórica da noção de direitos individuais, face aos desafios surgidos desde a crise do paradigma do Estado Liberal e às críticas que apontavam a insuficiência da categoria para lidar com os desafios contemporâneos, é um dos motes argumentativos centrais da teoria do direito e da democracia de Jürgen Habermas (HABERMAS 2002).

O multiculturalismo renova a atualidade da discussão, pois a luta por reconhecimento empreendida por minorias políticas que reivindicam respeito igualitário parece muitas vezes deslocar a subjetividade jurídica dos indivíduos para as comunidades. Habermas procura demonstrar que o sistema dos direitos requer a prioridade dos direitos individuais sobre políticas públicas de distribuição de bens coletivos, no sentido de que estas têm como critério de validade e como *telos* o atendimento daqueles, não sendo válido *o trade-off* entre estas categorias distintas.

Decerto isso se insere numa releitura do papel e da natureza dos próprios direitos individuais, que requerem a concatenação interna entre autonomia pública e autonomia privada, de tal sorte que o sentido mutável de todos os direitos fundamentais se requerem e alteram mutuamente, não configurando portanto liberdades egoísticas pré-políticas, como acreditava o jusracionalismo liberal (CARVALHO NETTO e SCOTTI 2011).

O próprio processo de individuação dos sujeitos, na formação de suas personalidade, se dá, como explica a psicologia social de G.H. Mead (MEAD 1934), por meio da socialização. Habermas ressalta portanto que os contextos sociais (portanto culturais) vitais constituem o universo de sentido disponível à individuação dos sujeitos, e portanto carecedores de proteção tanto quanto as estruturas puramente individuais que se acreditavam ser objeto da tutela dos direitos fundamentais clássicos.

No debate sobre políticas de reconhecimento com Charles Taylor, Habermas pugna por uma leitura atualizada do Estado de Direito que, em um paradigma procedimental, precisa se concatenar internamente com a democracia e não pode, portanto, *“fecha[r] os olhos para as condições de vida sociais desiguais, nem muito menos para as diferenças culturais”*. (HABERMAS 2002: 235) E prossegue:

Pessoas, inclusive pessoas do direito, só são individualizadas por meio da coletivização em sociedade. Sob essa premissa, uma teoria dos direitos entendida de maneira correta vem exigir exatamente a política de reconhecimento que preserva a integridade do indivíduo, inclusive nos contextos vitais que conformam sua identidade. Para isso não é preciso um modelo oposto que corrija o viés individualista do sistema de direitos sob outros pontos de vista normativos; é preciso apenas que ocorra a realização coerente desse viés. E sem os movimentos sociais e sem lutas políticas, vale dizer, tal realização teria poucas chances de acontecer. (HABERMAS 2002: 235)

Para Habermas, uma leitura “liberal” (e anacrônica) que desconsidere a concatenação entre autonomia pública e privada compreenderá de forma equivocada o universalismo dos direitos, tendendo a nivelar diferenças que devem ser consideradas por uma hermenêutica constitucional que seja sensível aos contextos de aplicação. E tal sensibilidade não pode desconsiderar o vínculo entre identidade individual e social, de tal sorte que políticas de proteção coletiva, muitas vezes necessárias, resguardem a auto-imagem dos indivíduos sem que isso implique em sacrifício de direitos fundamentais:

Pois se é possível garantir a integridade da pessoa do direito em particular, de um ponto de vista normativo, isso não pode ocorrer sem a defesa dos contextos vitais e experienciais partilhados intersubjetivamente, nos quais a pessoa foi socializada e nos quais se formou sua identidade. A identidade do indivíduo está entretecida com identidades coletivas e só pode estabilizar-se em uma rede cultural que está tão longe de poder ser adquirida como propriedade privada quanto a própria língua materna. Por isso, embora o indivíduo continue sendo o portador dos respectivos “direitos de pertencer culturalmente”. No sentido de W. Kymlicka, ainda resultam disso, em virtude da dialética das igualdades jurídica e fática, amplas garantias de *status* e direitos à autonomia administrativa, benefícios de infra-estrutura, subvenções etc. (HABERMAS 2002: 249)

A questão dos direitos sociais no paradigma do Estado Social já havia levantado a necessidade de releitura do sistema dos direitos. Erhard Denninger (DENNINGER 2000), analisando transformações do Estado Liberal para o paradigma do Estado Social, critica o que entende ser o aspecto liberal da Constituição Alemã - e do constitucionalismo moderno, como um todo -, em contraste com as contemporâneas provisões da ONU relativas aos direitos de “segunda geração” no plano internacional, nas décadas de 1950 e 1960. Pouco espaço teria sido dado à

solidariedade na Constituição, sendo dada prioridade à liberdade e à igualdade, articuladas numa construção de matriz kantiana. A liberdade seria estritamente a do indivíduo, tendencialmente em conflito com as liberdades dos outros indivíduos, e a igualdade seria puramente formal. Exigir-se-ia, ademais, tão somente o comportamento externo conforme ao Direito, sendo indiferentes as motivações individuais.

Contra este modelo fundado nos ideais políticos e constitucionais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, Denninger propões uma nova tríade: Segurança, Diversidade, e Solidariedade, que estaria no centro dos debates constitucionais contemporâneos.

A Constituição passaria cada vez mais a ser vista como um registro programático para demandas e objetivos coletivos. A justiça distributiva, em termos aristotélicos, passaria a ganhar corpo sobre a justiça comutativa. Surge um lema aparentemente paradoxo: “direitos iguais à desigualdade”, mas que na verdade evidencia a inadequação da dialética conceitual igualdade/desigualdade para a solução de problemas reais. Tratar-se-ia, sim, de uma dialética entre justiça e injustiça, esta disfarçada de igualdade formal, aquela carecedora de tratamento desigual aos diferentes. E não se tratam de diferenças que se objetiva nivelar, mas antes, da afirmação positiva de diferenças a serem resguardadas, como as referentes a identidades coletivas.

Requer-se-ia assim, para Denninger, mais que a simples remoção de injustiças, sendo necessárias medidas ativas de proteção e promoção de minorias. Conceitos como “pluralismo” e “tolerância” passam gradualmente a ter outros significados.

Deixa-se uma concepção burguesa-liberal de racionalidade da opinião pública pluralista, que buscaria uma síntese do bem comum universal, em prol da possibilidade de coexistência de múltiplas e muitas vezes incompatíveis concepções de bem. A tolerância, para além da mera condescendência do forte que permite a existência do fraco, passa a requerer a cooperação ativa com o “outro”. O substrato ético e jurídico do princípio da Solidariedade permaneceria necessariamente indeterminado. Postula-se uma postura individual mais ativa com relação ao respeito ao “outro” do que a possível numa ordem jurídica kantiana. A esfera do legalmente regulado não é mais suficiente às relações humanas, que demandam, com apelo à solidariedade, as esferas da ética e da moral.

A Solidariedade, distintamente da “Fraternidade”, não encontraria barreiras substantivas ou subjetivas – se refere à humanidade, e não a um grupo identitário. Não requer a mesma filia, o mesmo nível de sentimento destinado aos amigos, companheiros, camaradas – trata-se de um laço racionalizado de responsabilidade. Requer a transcendência da preconceituosa esfera etnocêntrica. Tratar-se-ia de uma mudança no sistema constitucional, tanto da perspectiva institucional, quanto da do cidadão: de um sistema de regras limitador para um sistema de normas dinâmico, teleológico, e dotado de exigências morais. “Segurança” não mais se referiria simplesmente à certeza da liberdade do indivíduo, mas ao contínuo esforço estatal de proteção dos cidadão contra os perigos sociais, técnicos e ambientais – o que não deixaria de trazer riscos às próprias liberdades individuais, como vemos na postura

atual de “guerra contra o crime” - e, mais ainda, na “guerra contra o terror” após o 11 de setembro<sup>22</sup>.

Do ponto de vista constitucional, não seria justificável, para Denninger, uma oposição excludente entre uma concepção universalista de moral voltada ao “outro generalizado” e uma ética particularista aplicada ao “outro concreto”, que seriam necessariamente complementares. Tampouco se trataria de um dualismo hierárquico entre “*right*” e “*good*”. Os critérios éticos de “*good life*” só poderiam ser satisfeitos, a longo prazo, se as relações com outras comunidades e indivíduos puderem se respaldar num sistema internacional universalista de tolerância, reconhecimento e solidariedade.

Habermas questiona se essa versão “expandida e modificada” dos princípios constitucionais proposta por Denninger representa uma verdadeira expansão, ou simplesmente uma nova leitura dos *mesmos* princípios (HABERMAS 2000)

Faltaria na análise de Denninger sobre as origens contratualistas dos princípios jurídicos modernos a idéia de *auto-legislação*, presente desde o início nas concepções de estado constitucional de Kant e Rosseau, a ensejar pressuposição recíprocas das idéias de autonomia pública e autonomia privada. A idéia de dignidade humana como fundamento dos direitos, embora correta, seria insuficiente. No processo de abstração da “dignidade universal” se tenderia a perder de vista o aspecto intersubjetivo da construção dos direitos. Afinal, quando a dignidade de um é violada, também o é a de todos os demais.

---

<sup>22</sup> Cf. PAIXÃO, C. (2004). A reação Norte-Americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no Constitucionalismo Contemporâneo: Um estudo a partir da teoria da diferenciação do Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, UFMG. **Doutorado**.

Para Habermas, portanto, as preocupações de Denninger ainda se movem no quadro normativo da igualdade, liberdade e fraternidade. No tocante à Solidariedade, Habermas busca resgatar o aspecto horizontal das relações entre os indivíduos num modelo discursivo. O sentido performativo da prática constitucional implica num esforço cooperativo de solucionar o problema de fundamentar uma comunidade política com recurso ao direito positivo. Haveria então uma *conexão interna* entre legitimidade e solidariedade, na medida em que a legitimidade de uma ordem secular dependeria da igual satisfação do interesse de todos. A artificialidade da Solidariedade derivada do vínculo jurídico entre os cidadãos se faz necessária desde o início, já que o status do cidadão democrático precisa substituir os laços naturalísticos pré-políticos, numa construção política liberal.

Sobre a nova Diversidade, Habermas sustenta que, da perspectiva da autolegislação democrática dos cidadãos, a garantia de direitos de segunda e terceira gerações não introduz um elemento estranho aos valores originais da Revolução Francesa. O Multiculturalismo explicitaria os objetivos e o conteúdo intersubjetivo neles implicitamente presentes desde o início: os direitos de liberdade e à participação política.

Quanto às garantias requeridas pela noção de “Segurança” – direitos ao trabalho, sociais e procedimentais - , além de necessárias à preservação da autonomia privada dos indivíduos, seriam também condições necessárias para o surgimento da autonomia política. Políticas públicas de materialização de direitos teleologicamente orientadas, contudo, têm como requisito de legitimidade o tratamento igualitário e não-discriminatório, que sempre requer um “igual direito à desigualdade”. Através dos discursos públicos, com a participação dos afetados, a



materialização do direito, como resultado da dialética entre igualdade jurídica e igualdade de fato, pode se dar por normas legítimas. (HABERMAS 2000)

Habermas ressalta que as recentes lutas por reconhecimento no continente Europeu, que tradicionalmente cultivava a ficção da homogeneidade cultural, são diferentes das lutas por distribuição<sup>23</sup>. Nesse cenário, as soluções jurídicas não podem almejar um “todo universal”, mas a coexistência de múltiplas particularidades. Entretanto, para que esse objetivo não implique no sacrifício das liberdades individuais dos membros de minorias dignas de proteção, não se trata de buscar garantias *coletivas* de sobrevivência:

Cultural rights and entitlements (and corresponding policies and regulations) are grounded in the *individual* membership of each citizen in an association of free and equal legal persons who can only preserve their integrity as *socialized* individuals through equal access to identity-constituting social relations and traditions. (HABERMAS 2000: 525)

Restaria ainda o desafio de compreender o papel dos objetivos políticos de solidariedade constitucionalmente promulgados num sistema de normas jurídicas cogentes que, sob a ótica da auto-legislação, precisam ser vistas também como “leis de liberdade”. Contudo, aponta Habermas, a descrição de Denninger do direito constitucional como diferente do restante do ordenamento jurídico, porquanto baseado em decisões de cunho ético-valorativo, é incompatível com o código binário de validade do direito. Os riscos se mostram mais evidentes, sobretudo, quando uma

---

<sup>23</sup> Sobre a relação entre reconhecimento e redistribuição, cf. HONNETH, A. (2001). "Recognition or redistribution? Changing perspectives on the moral order of society." *Theory, Culture & Society* **18**(2-3): 43-55.

Corte constitucional, usurpando o papel do legislador, se arroga no papel de dizer e aplicar coercitivamente os valores sociais que considera preferíveis<sup>24</sup>.

Numa chave interpretativa baseada na idéia de que uma constituição *também* tem o papel de encartar as reflexões coletivas sobre a base normativa da vida em sociedade, Habermas visualiza três categorias nas reflexões de Denninger que seriam compatíveis com uma compreensão deontológica do direito. 1. Objetivos políticos constitucionalmente positivados são guias-mestras para o legislador político. Direitos sociais e culturais podem tomar essa forma, enquanto pressupostos factuais para o uso igualitário das liberdade e do direito à participação, que refletem experiências históricas de injustiça e discriminação. Dos próprios direitos à liberdade e à participação política emergem a obrigação do Estado de dar respostas às violações e injustiças historicamente havidas. 2. A linguagem constitucional pode também expressar a auto-compreensão ético-política de uma comunidade jurídica, endereçada não somente ao legislador, mas a todos os envolvidos na concretização do sistema de direitos e no desdobramento de seus sentidos políticos. 3. As aparentemente pálidas exortações constitucionais ao comprometimento ético individual podem também ser lidas como uma reflexão sobre os limites do direito como *medium*. Afinal, uma cultura política liberal, onde haja espírito público e senso de solidariedade, pode ser encorajada, mas não legalmente imposta. Ela, contudo, se faz necessária para que se desfça o paradoxo do surgimento da legitimidade por meio da legalidade, ou seja, para que as normas possam ser vistas como o produto da compreensão discursiva da sociedade sobre os próprios fundamentos da vida em comum. (HABERMAS 2000)

---

<sup>24</sup> Nesse sentido a crítica de MAUS, I. (2000). "Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"." Novos Estudos 58: 183-202.

A concatenação interna entre democracia e direitos fundamentais requer portanto que políticas de proteção multicultural não retirem dos membros de comunidades específicas sua autonomia, até para que as próprias condições hermenêuticas de reprodução das culturas sejam preservadas. Direitos coletivos que competissem com direitos individuais seriam problemáticos para tal fim, e mesmo desnecessários – o que não impede, mas requer, a existência de *políticas públicas* de resguardo de bens materiais e imateriais coletivos:

Pois a defesa de formas de vida e tradições geradoras de identidade deve servir, em última instância, ao reconhecimento de seus membros; ela não tem de forma alguma o sentido de uma preservação administrativa das espécies. **O ponto de vista ecológico da conservação das espécies não pode ser transportado às culturas.** Normalmente, as tradições culturais e as formas de vida que aí se articulam reproduzem-se ao *convencer* do valor de si mesmas is que as assumem e as internalizam em suas estruturas de personalidade; ou seja, elas **se reproduzem ao motivar os indivíduos a uma apropriação e continuação produtivas de de si mesmas.** O caminho do direito estatal nada pode senão *possibilitar* essa conquista hermenêutica da reprodução cultural de universos vitais. Pois uma garantia de sobrevivência iria justamente privar os integrantes da liberdade de dizer sim ou não, hoje tão necessária à apropriação e manutenção de uma herança cultural. **Sob as condições de uma cultura que se tornou reflexiva, só conseguem se manter as tradições e formas de vida que vinculem seus integrantes, e isso por mais que fiquem expostas à provação crítica por parte deles (...).** (HABERMAS 2002: 250-1, destaquei)

## 2. Feminismo e multiculturalismo – uma relação de tensão?

Susan Okin, em um controverso artigo denominado “*Is multiculturalism bad for women?*”<sup>25</sup> (OKIN 1997), sustenta haver uma relação de tensão, não facilmente

---

<sup>25</sup> Segundo Anne Phillips (2007), Okin posteriormente se arrependeu do título dado ao trabalho.

conciliável, entre o feminismo e o multiculturalismo. Ela se preocupa, especialmente, com as demandas de minorias culturais e religiosas que possam entrar em choque com o princípio da igualdade de gênero endossado - ao menos formalmente, ressalva - nas democracias liberais. Ela acredita que aqueles engajados em lutas políticas progressistas assumiram de formas irrefletida que ambos os movimentos representariam avanços facilmente conciliáveis.

Para Okin um aspecto central, e o mais problemático, do multiculturalismo seria a demanda por direitos coletivos para as minorias culturais, ao argumento de que o mero reconhecimento de direitos individuais seria insuficiente para proteger formas de vida tradicionais. Tanto a postura de não interferência, como defendida por Chandran Kukathas (KUKATHAS 1992), quanto a garantia de direitos coletivos que possam se sobrepôr aos direitos individuais dos membros de uma minoria cultural, violariam, para Okin, o princípio liberal fundamental da liberdade individual.

Okin defende que, em contextos culturais onde há grande disparidade de poder nas relações de gênero, onde os homens estão em posição de impor e articular o significado das crenças práticas culturais do grupo, direitos coletivos seriam potencialmente antifeministas, limitando a capacidade autodeterminação de mulheres e meninas, e negando-lhes a possibilidade de busca uma vida tão digna quanto a propiciada aos membros do sexo masculino. Acredita que os defensores de direitos coletivos para as minorias tendem a tratar tais grupo de forma monolítica, enfatizando as diferenças em relação a outros grupo, em detrimento das divergências internas. Ela defende que políticas voltadas às demandas de minorias culturais devem levar a sério a representação adequada dos seus membros menos poderosos – em especial as mulheres jovens -, não havendo justificativa para que se aceite irrefletidamente que

aqueles que se auto-proclamam líderes – normalmente homens mais velhos – representem os interesses de todos. Ademais, dedicariam pouca atenção à esfera privada, espaço central na opressão de gênero – tanto é que muitas das demandas por direitos coletivos especiais se dariam no âmbito do direito de família, regulando aspectos da vida como casamento, divórcio e controle das relações familiares. Seu impacto seria, portanto, muito maior sobre mulheres e meninas, já que muitas das culturas tradicionais do mundo (ocidentais e orientais, de base religiosa monoteísta ou politeísta) teriam como uma das principais características a busca pelo controle das capacidades sexuais e reprodutivas das mulheres, e em alguns casos a servitude das mulheres se apresentaria como sinônimo de “nossas tradições” . (OKIN 1997)

Ayelet Shachar oferece, para ilustrar uma problemática situação de alocação de autoridade normativa a grupos culturais, o exemplo de Israel, onde não há unificação legislativa das regras de casamento e divórcio, sendo as diversas religiões autorizadas a manter cortes de família. Para o direito de família judeu – baseado numa tradição em que o papel da mulher como guardiã da coletividade é central – o marido ainda pode impedir que a mulher se divorcie, detendo a última palavra quanto ao status da relação. A tentativa de releitura do direito de família tradicional por parte das mulheres, numa perspectiva menos discriminatória, é muitas vezes encarada como um insulto às tradições, especialmente quando a demarcação do papel das mulheres é considerado um dos elementos centrais da identidade coletiva (SHACHAR 2000).

O nexó entre identidade nacional e o corpo feminino é destacado por Katha Pollitt (POLLITT 1999) – seja nas vestes tradicionais, como mães dos filhos da pátria, ou como fiéis (ou corrompidas) esposas no aguardo dos maridos no *front*. Ayelet Shachar adverte que, se em tese o reconhecimento do papel central das mulheres na

reprodução simbólica da coletividade poderia garantir-lhes uma posição de poder em suas comunidades, na prática a deificação do papel feminino como esposa/mãe/preservadora do lar promove o inverso, submetendo-as a um controle intra-grupo especialmente severo. (SHACHAR 2000)

Sendo a grande maioria das culturas patriarcais, Okin acredita contudo que, aqueles que visam proteção por meio de direitos coletivos tendem a ser mais patriarcais que as culturas dominantes que as circundam. No caso das chamadas “defesas culturais”<sup>26</sup>, poucas vezes não se tratam de questões de gênero. Katha Pollitt entende que a condescendência com defesas culturais envolvendo violência contra a mulher demonstram como mesmo as culturas majoritárias são retrógradas nas questões de gênero e de família. Afinal, dificilmente se veria uma defesa cultural em que, por exemplo, um Algeriano se recusasse a pagar os juros de seu cartão de crédito com base em uma proibição religiosa de se obter lucro com dinheiro emprestado.(POLLITT 1999)

Ayelet Shachar também acredita que o multiculturalismo se apresenta problemático para as mulheres quando, buscando políticas de acomodação voltadas à redução de diferenças de poder entre grupos, acaba impondo como custo o reforço das hierarquias internas. Shachar denomina *paradoxo da vulnerabilidade cultural* o fenômeno de aumento dos riscos para os membros vulneráveis de minorias culturais como consequência de políticas bem intencionadas de acomodação cultural. Dessa

---

<sup>26</sup> Trata-se da defesa judicial, normalmente em questões penais, de membros de culturas minoritárias, que busca excluir ou atenuar a reprobabilidade de uma conduta ilegal praticada supostamente em função de aspectos culturais. Muitos dos casos apresentados na literatura norte-americana e inglesa se referem a agressões e homicídios de mulheres praticadas por homens, comumente membros da família que agiram em defesa da “honra”. Cf. PHILLIPS, A. (2007). Multiculturalism without culture. Princeton, Princeton University Press.

forma, embora possam ter ganhos como membros do grupo, as mulheres muitas vezes, como indivíduos, arcariam com altos custos na preservação do *nomos* coletivo. Shachar acredita que o foco multiculturalista demasiado estreito na “identidade”, entendida no singular, seria insuficiente para captar a complexidade dos fenômenos associativos. (SHACHAR 2000)

Se por um lado os defensores de direitos e isenções especiais para minorias culturais, de forma geral, postulam que ao menos um direito individual deve ser resguardado – o *direito de saída*, ou seja, de deixar a comunidade – Okin entende que sua efetividade é de difícil alcance, sendo insuficiente entendê-lo como um mecanismo suficiente de proteção para eventuais dissidentes. As possibilidades reais de saída para as mulheres tendem a ser menores que para os homens, exatamente em função dos condicionamentos e pressões culturais que potencialmente levariam a um desejo de saída – em especial, a menor escolaridade e o controle marital sobre a propriedade. Ademais, esta capacidade reduzida para optar por uma saída efetiva reforçaria a dependência interna das mulheres, que portanto têm reduzido o poder político para reivindicar mudanças internas. (OKIN 2002)

Okin aponta ainda outros fatores subjetivos que contribuem para a ineficácia do direito de saída como mecanismo de proteção. Um deles é o condicionamento cultural à adoção de papéis, muitas vezes tão arraigado que a decisão de saída se torna impensável:

The overall socialization that girls undergo and the expectations placed on them in many cultures also tend to undermine their self-esteem—a necessary quality for persons to plan their own lives and pursue such plans, including, if they wish, choosing a different mode of life from that into which they were born. (OKIN 2002: 219)

Mais ainda, os custos emocionais de se optar pelo exílio, pelo desenraizamento de seus laços de pertencimento, são altos demais para que se considere a saída uma opção minimamente razoável, em muitos casos. Ter que optar entre a total submissão e a completa alienação, sublinha Okin, não pode ser considerado um remédio razoável para a redução dos direitos individuais promovida por certas garantias coletivas.

Especialmente quando inseridas em contextos culturais mais amplos e diversos, a pressão cultural sobre as mulheres muitas vezes adquire um peso diferenciado em relação aos homens. Para Okin, sobre as mulheres e meninas recai de forma especial a expectativa de reprodução, biológica e simbólica, das tradições, havendo menos espaço para negociação com outras matrizes culturais. Ambos os gêneros sofrem com racismo e exclusão por parte das culturas majoritárias. Os homens e meninos experimentam, contudo, maiores possibilidades de circulação e intercâmbio culturais, não lhes sendo exigido com o mesmo rigor a guarda de valores e práticas considerados tradicionais (OKIN 2002).

Autores como Will Kymlicka defendem a garantia de direitos coletivos a minorias culturais, desde que as comunidades que os detenham sejam internamente liberais, ou seja, respeitem os direitos individuais de seus membros. Para Okin, contudo, embora o requisito de Kymlicka seja fundamental, poucas culturas se qualificariam para tanto de acordo com tais critérios liberais, especialmente quanto às desigualdades de gênero. Ademais, tais critérios seriam difíceis de se aferir na esfera privada, espaço fundamental que restaria negligenciado.



Para Okin, portanto, a idéia de direitos coletivos especiais para minorias culturais traria mais problemas que soluções numa ótica feminista. Ela chega a afirmar que, no caso das culturas mais patriarcais, as mulheres e meninas poderiam ser beneficiadas se as culturas em que nasceram fossem encorajadas a mudar para acomodar a igualdade de gênero, ou mesmo fossem extintas, e seus membros absorvidos pela cultura circundante.

Para Abdullahi An-Na'Im (AN-NA'IM 1999), é necessário abordar as diversas desigualdades a partir de um quadro abrangente de direitos humanos, em que a luta pela eliminação das desigualdades de gênero não encoraje outras formas de discriminação. E para que se atinja de forma sustentável uma maior igualdade de gênero no interior das culturas minoritárias, é necessário que o argumento de gênero se insira na dinâmica interna de reivindicações mais amplas das comunidades. Saskia Sassen também reforça a importância estratégica de dar atenção às demandas articuladas em termos de “*group rights*”, para além das questões de gênero. (SASSEN 1999)

Katha Pollitt entende que no âmbito acadêmico é mais fácil uma aliança entre feminismo e multiculturalismo, em face de inimigos comuns. Contudo, na esfera política mais ampla, a aliança seria mais difícil, já que o feminismo se colocaria em oposição a praticamente qualquer cultura existente e, especialmente, contra a demanda relativista por direitos coletivos para culturas minoritárias (POLLITT 1999). Já Kymlicka defende que tanto o feminismo quanto o multiculturalismo lutam contra a inadequação da concepção liberal tradicional de direitos individuais, sendo um erro portanto opor os dois movimentos. Ademais, ambos propõem explicações semelhantes quanto à cegueira liberal às diferenças, e soluções baseadas na concessão

de direitos especiais às mulheres e minorias, não disponíveis aos demais, superando-se portanto a concepção de que a igualdade requereria tratamento idêntico a todos (KYMLICKA 1999)

Pollitt acredita que, por força de uma “culpa dos brancos liberais”, haveria um “terceiro-mundismo” na literatura multiculturalista que levaria a uma visão reducionista das culturas. Ou seja, haveria uma condescendência com culturas de países menos desenvolvidos, visível no caso das chamadas “defesas culturais”, o que não se aplicaria a culturas mais familiares – como a italiana ou russa, embora o índice de problemas, inclusive envolvendo relações de gênero, não seja desconsiderável em seu âmbito. Enquanto estas são facilmente vistas como culturas em permanente mutação e que envolvem choques internos de interesses, aquelas seriam ingenuamente encaradas como estáveis, pré-modernas e homogêneas. (POLLITT 1999)

Bonnie Honig (HONIG 1999) adverte para o risco de as feministas, ao adotarem um discurso anti-multiculturalismo, engrossarem as crescentes fileiras conservadoras da xenofobia. Ela acredita, ainda, que a leitura de Okin sobre o papel do cultura é reducionista, o que a faz aceitar explicações duvidosas sobre a retirada de autonomia individual por força de imperativos culturais. No mesmo sentido, Homi Babha acredita que o foco de Okin nas defesas culturais a faz produzir caracterizações monolíticas das culturas (BABHA 1999).

Honig lembra ainda que, quanto a práticas simbólicas, como o uso do véu islâmico, há divergências internas às próprias minorias culturais, havendo feministas muçulmanas que, por exemplo, defendem o uso do véu como um mecanismo de empoderamento cultural. Azizah Al-Hibri questiona o porquê de o uso do véu ser

visto como opressivo, enquanto o uso de minissaias pôde ser visto no ocidente como um gesto libertador (AL-HIBRI 1999).

William Talbott defende que a compreensão empática - capacidade de se colocar no lugar do outro - é um elemento fundamental do raciocínio moral, necessário à evolução moral das sociedades no sentido do reconhecimento de direitos universais. Para o autor, o processo ainda em curso de inclusão das mulheres em termos de direitos fundamentais, para além de ser numericamente o mais importante, implica num salto qualitativo, capaz de expandir as possibilidades de inclusão (TALBOTT 2005).

Tomando o desenvolvimento dos direitos das mulheres como microcosmo do desenvolvimento dos Direitos Humanos, Talbott vê no processo de superação do patriarcado uma possibilidade de ganho evolutivo para toda a sociedade, já que o sentimento de empatia - fundamental para o desenvolvimento moral - tradicionalmente foi (e ainda é) tratado, depreciativamente, como "coisa de mulher":

The opportunity to participate in child rearing is part of an even more important change that equality for women makes possible: an increase in the possibilities for empathic understanding. (...). In patriarchal cultures, empathic understanding is often depreciated as "womanly." (...) when the young Shawnee warrior Tecumseh objected to the torture of prisoners, he was accused of being a coward, one of the worst insults that could be leveled at a Shawnee warrior. What did Red Horse, who leveled the charge, actually say to Tecumseh? As Eckert reconstructs it, Red Horse called Tecumseh a "woman" (1992, 258-259). Sad to say, a man from almost any culture would immediately recognize that using woman as an epithet means "coward." Tecumseh's "womanliness" represents an important possibility for both men and women: to combine courage with empathic understanding. (TALBOTT 2005: 105)

### 3. Mutilação Genital Feminina e a experiência da ONG Tostan

O caso da Mutilação Genital Feminina (MGF) nos oferece um paralelo relevante para a discussão do infanticídio indígena no Brasil. Um dos exemplos padrão na discussão da relação entre Direitos Humanos e multiculturalismo, a MGF frequentemente é citada como caso típico de prática tradicional violadora de direitos. Além de gerar inúmeros debates na literatura, o caso da MGF nos permite observar criticamente os mecanismos empregados em seu enfrentamento.<sup>27</sup>

Gerry Mackie (MACKIE 1996) observou que, com a modernização, a prática da MGF se expandiu, chegando a afetar 100 milhões de mulheres em dezenas de países africanos, especialmente no nordeste islâmico. Não se trata portanto de uma prática ligada diretamente ao islamismo, que não é referida no Alcorão e sequer é encontrada na maioria dos países islâmicos. Contudo, a prática teria sido exacerbada pela interseção com os códigos islâmicos de honra familiar, castidade, pureza, fidelidade e reclusão.

Mackie aborda a MGF como uma convenção tácita auto-promovida (*self-enforcing*), baseada em crenças também auto-promovidas – ou seja: a crença não pode ser revista pois o custo individual de se testar a revisão é demasiado alto, e mesmo aqueles que dela discordam tendem a continuar a prática. A mudança desse tipo de

---

<sup>27</sup> A possibilidade de transformação da MGF em uma prática ritual meramente simbólica é explorada por GALEOTTI, A. E. (2007). "Relativism, universalism, and applied ethics: the case of female circumcision." *Constellations* 14(1): 91-111.

convenção requer, portanto, uma tomada coletiva de decisão que elimine ou atenuie o risco individual a ser assumido ao se abandonar um costume auto-promovido. Foi o que aconteceu, de acordo com MACKIE, com a prática de se atar os pés das meninas (*footbinding*) na China imperial.

MACKIE relata que, a despeito da proibição oficial a partir do séc. XVII, a prática de *footbinding*, surgida na dinastia Sung (960-1279), persistiu até o início do séc. XX. Estima-se que, em 1835, a prática afetava entre 50% e 80% das mulheres chinesas, dependendo da região. Com o surgimento de associações de combate ao *footbinding*, a partir de 1874, buscou-se o abandono coletivo da prática, por meio do compromisso das famílias em não aceitarem casamentos com mulheres de pés atados – revertendo, portanto, seu sentido, já que exatamente o que a perpetuava era o valor dos pés atados no “mercado” de casamento. A estratégia de *collective pledges* surtiu rápidos efeitos, acabando em poucas décadas com uma prática quase milenar. (MACKIE 1996).

O trabalho contra a prática de *footbinding* envolveu, segundo MACKIE, TRÊS aspectos: primeiro, uma campanha pedagógica sobre a ausência da prática em outras regiões do mundo; segundo, a discussão das vantagens dos pés naturais e os problemas advindos do *footbinding*; e finalmente, a formação de associações em que seus membros se comprometiam a não atar os pés das filhas e a não permitir que seus filhos se casassem com mulheres de pés-atados. Ele sugere - em 1996, vale lembrar - , que o mesmo esquema poderia ter sucesso com a MGF, ressaltando que o aspecto informativo é necessário, mas não suficiente, dado à hipótese de convenção auto-promovida, sendo necessário um momento de compromisso coletivo coordenado.

Mackie, referindo-se à pesquisa de Raquiya Abdalla, relata como mesmo entre estudantes universitários a prática de MGF se auto-promovia, a despeito da discordância dos praticantes:

Abdalla's (1982) survey in 1980 of 70 Somali female and 40 male university students revealed that 60 percent of the women and 58 percent of the men believed that FGM should be abolished, although 66 percent of women and 50 percent of men planned to mutilate their daughters. Thus a majority (acting collectively) would abolish the practice, while a majority (acting individually) would inflict it on their daughters. This is a sure sign of being trapped in an inferior convention. As Abdalla (1982:94-95) puts it, "No one dares to be the first to abandon it." (MACKIE 1996: 1014)

Diane Gillespie e Molly Melching analisam como o trabalho da ONG Tostan, voltado para a capacitação de mulheres camponesas africanas, por meio da modificação participativa de seu currículo pedagógico foi se transformando em um mecanismo de eficácia sem precedentes na eliminação da prática da MGF (GILLESPIE e MELCHING 2010).

Com uma abordagem baseada na pedagogia de Paulo Freire (FREIRE 1987), a Tostan ampliou, com a participação das mulheres, que tinham menos acesso às escolas que os homens, o currículo de alfabetização e saúde básica aplicado na década de 1980, passando a incluir, a partir de 1995, módulos sobre Direitos Humanos e democracia. As equipes interculturais perceberam que estes temas geravam significativo impacto na discussão de problemas de saúde da mulher (seriam “temas geradores”, nos termos de Freire, surgidos da práxis cotidiana).

Segundo GILLESPIE e MELCHING As práticas pedagógicas empregadas pela Tostan foram planejadas em oposição ao modelo educativo autoritário francês, dominante nas ex-colônias. Chamados “facilitadores”, os professores pertencem

normalmente à mesma etnia dos alunos (“participantes”). Vivem e compartilham dos recursos do vilarejo, sendo vários ex-participantes, que recebem treinamento específico voltado à desconstrução dos estereótipos educacionais hierárquicos.

As equipes buscaram empoderar as participantes para que expressassem as leituras de suas situações de vida, numa abordagem pedagógica de aproximação, narrativas e interdependência, inspirada na pedagogia feminista em voga nos anos 1980. Tratava-se de promover o engajamento ativo das mulheres na discussão do futuro de suas comunidades. Com o gradual surgimento dos temas de Direitos Humanos e democracia – termo ouvido muito também nas rádios, mídia popular nos vilarejos<sup>28</sup> -, abriu-se cada vez mais a possibilidade de as mulheres articularem nos foros públicos sua voz. A discussão de direitos das mulheres gerou, contudo, resistência por parte de alguns homens – e, quanto aos direitos das crianças, em algumas famílias – o que levou ao reexame das estratégias de abordagem num sentido temático e de participantes mais abrangente. O envolvimento dos homens deu força ao processo de abandono de práticas nocivas, e percebeu-se a necessidade de um espaço de discussão para os homens, adultos e jovens, acerca de seus novos papéis nas relações sociais modificadas a partir das noções geradas de democracia e Direitos Humanos.

Segundo as autoras, a participação dos homens nos workshops fortaleceu o processo de empatia, já que estes puderam discutir a multiplicidade de papéis assumidos nas relações de poder e opressão. Como vítimas de discriminação – enquanto minoria étnica – puderam exercitar o colocar-se no lugar do outro, como as

---

<sup>28</sup> A relação entre as rádios e a mudança dos costumes nestes vilarejos africanos é bem retratada no filme “Mooladé”, do diretor senegalês Ousmane Sembene. SEMBENE, O. (2004). Mooladé. Senegal/França.

mulheres, percebendo a opressão de gênero por eles exercida e as frustrações vivenciadas, o que trazia à discussão a complexidade dos papéis sociais.

Uma etapa digna de nota nos trabalhos da Tostan relatado por GILLESPIE e MELCHING foi o desvelamento de práticas democráticas já presentes nas comunidades. Por exemplo, em muitas delas era costume dos chefes ouvirem a opinião de todos os membros e buscarem a construção de consenso. Se em muitas as reuniões públicas eram restritas aos homens, a consulta privada às mulheres constituía também um elemento indispensável na formação das decisões políticas<sup>29</sup>. Ao mesmo tempo, relações de poder problemáticas se tornaram visíveis e passaram a ser desnaturalizadas da perspectiva das participantes a partir da ampliação de horizontes promovida pelos cursos.

A percepção de que os desafios enfrentados pelas comunidades encontram paralelos em outras lutas ao redor do mundo gerou ainda nos participantes, segundo GILLESPIE e MELCHING, a idéia de não-isolamento, já que passaram a se sentir interlocutores de um dialogo muito mais amplo, o que lhes deu mais entusiasmo para perseguir o aprimoramento da vida nos vilarejos.

A partir do nexos entre o estudo de direitos humanos, participação, saúde e higiene emergiu a mobilização social pelo fim da prática de MGF. O movimento mais significativo se deu quando, em 1997, a partir do estudo do novo currículo, em uma das vilas 35 mães decidiram por fim à prática da MGF, para espanto e revolta de muitas comunidades vizinhas.

---

<sup>29</sup> SEGATO (2006) também se refere à prática de consulta privada às mulheres em comunidades ameríndias, alertando contudo para a deterioração do costume por força do acirramento da assimetria das relações de gênero pós-colonização.



Gerry Mackie, que à época estudava o tema da MGF (MACKIE 1996) , entrou em contato com a Tostan e explicou o nexos entre a atividade da ONG e o processo de abandono da prática de *footbinding* na China, contribuindo para que as equipes percebessem a importância das declarações coletivas no abandono de práticas nocivas. A difusão do abandono coletivo da MGF para outras comunidades contou ainda com o trabalho de lingüistas africanos para a tradução e refinamento do vocabulário de direitos humanos para que fizessem sentido em outros grupos étnicos. Em todas as comunidades participantes buscava-se a expressão do próprios membros sobre suas concepções de direitos humanos, nos exercícios de elaboração de aspirações para o futuro dos vilarejos, o que permitia a articulação com temas e concepções mais gerais de Direitos Humanos. A abertura de um espaço entre o que “é” e o que “pode ser” permitiu que a discussão empreendida pelos participantes se movesse de perspectivas concretas – como os problemas de saúde das crianças – passando por discussões intermediárias – meios imediatos de solução - chegando a uma perspectiva geral e abstrata dos problemas morais – como universalidade do direito à saúde:

As a dimension of discursive practice, then, **human rights served not as a set of disembodied abstractions imposed from without but as ideas and practices that were connected to thinking about local circumstances.** The availability of a larger discourse community, however, emboldened community members to share their new understandings with friends, family members, and neighbors. Learning about human rights and democratic processes **reinforced the importance of a cohesive community, an underlying African value,** and helped participants recognize that they have the right to engage meaningfully in private and public dialogues as they make decisions about their future. (GILLESPIE e MELCHING 2010: 17, destaquei)

Para SHELL-DUNCAN (SHELL-DUNCAN 2008), a abordagem de práticas inaceitáveis como o a MGF a partir da ótica dos Direitos Humanos oferece caminhos promissores, mas também riscos a serem enfrentados. Inicialmente encarada pelos organismos internacionais como um problema de saúde, a MGF foi alvo de campanhas educativas sobre os riscos e efeitos colaterais – assumindo-se que, em face desse conhecimento, a prática seria abandonada. Contudo, estas campanhas foram inefetivas na promoção de mudanças comportamentais em larga escala. SHELL-DUNCAN argumenta que, nas comunidades praticantes da MGF, as pessoas muitas vezes têm consciência dos riscos físicos, mas acreditam que eles devem ser assumidos face à importância cultural da prática.

Contudo, com a alteração geral do enfoque da violência contra a mulher no cenário internacional a partir da década de 1990<sup>30</sup> – de uma questão privada e doméstica para objeto dos direitos humanos – também a MGF passou a ser abordada sob o novo enfoque. Esta alteração geral decorre ainda do reconhecimento, há muito buscado pelos ativistas de Direitos Humanos, de que tais violações podem decorrer da ação de agentes privados, e não somente do poder dos estados. Ademais, compreendida a MGF como violência contra a mulher, nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW – 1981), caberia aos estados “*modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of [gender inequality]*”. (SHELL-DUNCAN 2008: 228)

---

<sup>30</sup> Um marco importante seria a Conferência de Direitos Humanos em Viena em 1993, onde se classificou a MGF como uma forma de violência contra a mulher. Ademais, a própria categoria da violência contra a mulher passou a ser considerada objeto do direito internacional humanitário (SHELL-DUNCAN 2008: 227)

Uma abordagem focada nos Direitos Humanos não implica, necessariamente, o emprego de mecanismos jurisdicionais e sanções legais por parte dos Estados. Como bem mostra o trabalho da Tostan, estratégias educativas podem ser ferramentas eficazes na efetivação de Direitos Humanos. Especial cautela é necessária quando se pretende enfrentar práticas tradicionais com medidas legislativas, como alerta SHELL-DUNCAN:

With legislative actions aimed at ending FGC taking increasing prominence, we need to remind ourselves again that this is a social issue that reaches beyond its political ramifications. As such, viewing protection from FGC as a right to be enforced, granted, recognized, and implemented by the state must not de-emphasize or delegitimize approaches recognizing the cultural significance of FGC and the potentially multiple and cascading social effects of ending the practice. (SHELL-DUNCAN 2008: 229)

Contra a confiança excessiva na legislação, a autora questiona sua efetividade, já que um risco sempre presente é o de que as práticas sejam ocultadas, ao invés de eliminadas ou reduzidas, e que sejam transformadas em símbolo de resistência cultural. Podem, além disso, inviabilizar estratégias pedagógicas mais elaboradas. Levando-se a sério iniciativas participativas como a da Tostan, é possível afastar o estigma simplista da agenda dos Direitos Humanos como “ocidental”, normalmente associado a uma leitura estática do movimento de luta por direitos, que desconsidera sua evolução histórica e a flexibilização cada vez maior de seu rol.

A estratégia da Tostan tem ainda o mérito, segundo Shell-Duncan, de afastar das mulheres uma imagem simplista de vítimas sem poder – um risco da agenda internacional de combate à violência contra a mulher - , pois atua justamente no empoderamento das mulheres para atuarem na promoção de melhorias em suas comunidades.

Para SHELL-DUNCAN, portanto, embora seja problemático negar às mulheres africanas a autonomia sobre o próprio corpo concedida às ocidentais – como no caso de cirurgias cosméticas - existem situações graves em que adotar uma estratégia de não-interferências seria tão anti-ética quanto uma abordagem de imperialismo cultural.

Na compreensão de William Talbott (TALBOTT 2005), os módulos de aprendizado promovidos pela Tostan aportam uma visão de Direitos Humanos “epistemicamente modesta”<sup>31</sup>, já que buscam empoderar as mulheres para que elaborem e exerçam seu próprio juízo sobre como melhorar a vida das comunidades, ao invés de simplesmente impor uma compreensão fechada sobre o que significam tais direitos.

---

<sup>31</sup> nos termos do autor, “*Epistemic modesty must be distinguished from moral wishy-washiness. I express my epistemic modesty when I insist that my moral beliefs are fallible and express my belief that I myself have moral blindspots. Moral wishy-washiness is the view that my moral claims only apply to those who agree with me or that all moral beliefs are equally valid.*” TALBOTT, W. J. (2005). Which rights should be universal? New York ; Oxford, Oxford University Press, p. 76

### ***CAPÍTULO III – RECONSTRUINDO O DEBATE SOBRE O INFANTICÍDIO INDÍGENA NO BRASIL***

#### **1. A identidade aberta do sujeito constitucional - negação, metáfora e metonímia na reconstrução do multiculturalismo no Brasil**

A natureza aberta da identidade do sujeito constitucional, nos termos propostos por Michel Rosenfeld (ROSENFELD 2003), é um dos referenciais das análises aqui empreendidas. Sendo algo distinto da identidade nacional, mas guardando com ela e outras identidades parciais uma relação de tensão constitutiva, a identidade constitucional, especialmente em contextos pluralistas e multiculturais, se mantém necessariamente como um espaço vazio, um hiato, um *não-lugar*.

As ferramentas analíticas e interpretativas propostas por Michel Rosenfeld, reapropriadas da psicanálise lacaniana – negação, metáfora e metonímia (ROSENFELD 2010) – podem aqui nos ajudar na desconstrução dos argumentos correntes no discurso público e a compreender a reconstrução de nossa própria identidade constitucional, bem como a traçar uma leitura constitucionalmente adequada dos problemas a que nos propomos enfrentar.

A construção da Constituição no tocante ao multiculturalismo e, mais especificamente, à questão indígena, envolve um processo de **negação** de tradições pré-constitucionais problemáticas - como no caso da concepção integracionista. O próprio arcabouço normativo existente sobre o tema precisa ser relido à luz do novo paradigma constitucional, e uma história de séculos precisa ser redirecionada tendo em vista a contra-tradição estabelecida constitucionalmente. Esta contra-tradição, que

passa a requerer o abandono do assimilacionismo, se coloca inicialmente carente de definição de seu conteúdo, em um processo em que os elementos tradicionais pré-constitucionais buscam reentrar no discurso constitucional, tendo contudo que enfrentar o teste de compatibilidade com a nova ordem.

Os eixos metafórico e metonímico nos auxiliam a situar o atual debate sobre práticas tradicionais violadoras de direitos fundamentais. No **eixo metafórico** verificamos os argumentos tendentes a realçar as similitudes entre os índios e o restante da população. Tanto os discursos religiosos, quanto os que pugnam pela universalidade abrangente dos direitos humanos se valem de metáforas para destacar aspectos comuns a toda a humanidade – como vida, sofrimento, e autonomia. Nesse processo, se tomado por si só, há um nivelamento entre concepções éticas, (referentes a valores) morais (referentes à justiça) e jurídicas (referente aos direitos) que leva a uma problemática concepção axiológica hierarquizante, onde os problemas de conflito podem tomar a forma de uma disputa de formas de vida e suas respectivas concepções de bem *tout court*.

Já no **eixo metonímico**, compreendem-se, grosso modo, os discursos contextualizantes e relativistas, que realçam as diferenças específicas das aldeias, no tocante à sua visão geral de mundo, concepção sobre a vida, a humanidade, o sofrimento. Tomado de forma isolada, aqui também há a tendência a desconsiderar a diferença entre a a autocompreensão ética e a possibilidade de adoção por parte dos envolvidos de qualquer perspectiva dialógica que transcenda contextos concretos, o que envolve uma redução axiológica das possibilidades normativas diversas a valores sociais incomensuráveis.

Os problemas se verificam, portanto, onde o discurso se dá de forma unidimensional, baseado em apenas um desses eixos, ignorando assim aspectos essenciais. Entendemos que, no tratamento da questão, em suas diversas dimensões, a articulação argumentativa deverá envolver ambos os eixos. Isto porque, em se tratando de direitos fundamentais que envolvem diferenças, a tensão entre igualdade e alteridade se coloca como central. O que nos torna iguais, numa tendência universal, e o que nos diferencia, a requerer contextualização, são pólos de uma tensão que não podem ser sacrificados, sob pena de sacrifício dos próprios direitos que se busca resguardar. O direito fundamental à igualdade, enquanto direito à diferença – e ao orgulho de pertencimento a uma identidade digna de estima – requer intrinsecamente a articulação dessa tensão entre opostos.

Pela via metafórica, podemos realizar um exercício de nos colocarmos no lugar do outro, de forma a entender o sofrimento por que podem passar crianças e adultos dissidentes face a práticas tradicionais como a do infanticídio. O eixo metonímico, contudo, requererá a contextualização da situação de vida peculiar dos indivíduos e comunidades envolvidas, de forma que o tratamento da questão precisará respeitar diversas especificidades, apontando para políticas públicas diferenciadas em relação a outros grupos sociais. A autonomia coletiva, mesmo que relativa, precisa aqui ser levada em consideração, bem como as diferenças de cosmovisões.

O argumento central apresentado pela JOCUM e pela ATINI é o de que “*O ser humano vale porque vale. Ele vale porque ele existe. Ele não vale porque ele é índio ou porque ele é brasileiro. A vida tem mais valor do que a cultura*”. Maira Barreto argumenta não haver discussão jurídica relevante sobre o tema, pois naturaliza uma hierarquia entre direitos que, por si só, daria conta do susposto conflito

enfrentado: "*Quando há colisão entre direitos fundamentais, o que no Direito está muito claro, prevalece o direito à vida e à integridade física. Juridicamente isso já está resolvido, está muito claro*". Partindo dessa relação hierárquica entre direitos universais e práticas culturais, a autora critica então a posição, que atribui ao relativismo cultural, de que os direitos humanos comportariam interpretações diferentes dentro de tradições culturais, étnicas e religiosas distintas (BARRETO 2006). Em sua leitura, portanto, a universalidade dos direitos previstos nos instrumentos internacionais não comportaria abertura interpretativa às especificidades locais. A mesma leitura, em linhas gerais, é feita por Ana Keila Pinezi, para quem há uma relação hierárquica entre os direitos universais e aqueles reconhecidos localmente em função de contextos particulares. (PINEZI e SUZUKI, 2008)

A posição defendida pelo Deputado Henrique Afonso, assumindo um discurso marcado pelos argumentos religiosos, também pugna por uma forma de universalismo abrangente, em que "*desenvolver a cultura é um dos dons que o Criador deu aos seres humanos. Entretanto, no que tange aos aspectos sombrios de cultura, como por exemplo a tentativa das tribos de eliminar as meninas, a fé cristã busca transformá-los a fim de que a dignidade e o direito à vida plena triunfe*".

Em todas essas posições argumentativas nota-se a prevalência do discurso metafórico, em que as especificidades culturais devem ser desconsideradas, em prol de características tidas como comuns a todos os seres humanos. Seja na forma religiosa – “todos são filhos de Deus”, ou secular – “o homem tem valor intrínseco”, pugna-se por uma articulação de argumentos que buscam expurgar a relevância de eventuais diferenças. Nessa linha, o “direito” constitucional à diferença é tido como



inferior a outros, como à vida, sendo eventuais conflitos solúveis com recurso a uma estrutura escalonada de normas.

Percebe-se a ontologização e insularização do sentido dos direitos fundamentais – ou seja, seu significado é tido como um dado não sujeito à problematização, e isolado do sentido dos demais princípios constitucionais. Desconsidera-se portanto a estrutura complexa de nosso ordenamento principiológico, em que todos os direitos fundamentais mantêm uma relação de tensão que lhes conforma mutuamente os sentidos (CARVALHO NETTO E SCOTTI 2011).

Como visto, em linhas gerais o relativismo cultural caracteriza-se como a corrente argumentativa que tem como ponto central a alegação de que as concepções de bem e de justiça decorrem exclusivamente dos significados culturais de determinada comunidade, não havendo a possibilidade de uma avaliação normativa externa que redunde na aplicação de outro padrão cultural.

No extremo oposto à leitura hierarquizante dos direitos, temos, no espectro do relativismo cultural, a compreensão de que a relação entre normas distintas seria de contradição. Para o Presidente da FUNAI, estaríamos diante de

uma série de situações contraditórias, porque às vezes os direitos humanos em jogo são contraditórios. A própria legislação revela isso, não só o Direito Internacional como também o Direito brasileiro, a nossa Constituição. Ou seja, assim como existe o direito de todos à vida, existe também o direito à diferença entre culturas, povos, civilizações.

Apostando nesta contradição, a posição defendida pelo relator da PEC 303 vai ao extremo de excluir os indígenas do âmbito de proteção das normas constitucionais relativas a direitos fundamentais. Em sua leitura do art. 231 da Constituição, como vimos, o relator entende terem as comunidades indígenas total autonomia para

determinar o comportamento interno de seus membros, inclusive com o estabelecimento de sanções cruéis e pena de morte.

Marianna Holanda, em sua dissertação de mestrado, como visto, entende que a noção de direitos individuais é típica da “perspectiva liberal” adotada na Constituição brasileira, o que não teria espaço na cosmovisão ameríndia. Acredita portanto não ser possível, a partir da lógica ocidental, emitir legitimamente juízos a respeito das práticas tradicionais indígenas, como a do infanticídio.

Estes discursos ocorrem integralmente no eixo metonímico: as diferenças seriam tão profundas que se sobreporiam a qualquer traço comum à humanidade, de forma que a aplicação da categoria de direitos humanos restaria inviabilizada como um todo.

O relativismo político, por sua vez, representa um avanço, em termos de proteção aos direitos humanos, em relação ao relativismo cultural, ao estender a proteção de alguns direitos fundamentais às comunidades indígenas. Entende que a autonomia política das comunidades deve ser resguardada, de forma que os rumos internos da vida coletiva devem ser fruto de processos de decisão também internos.

O reconhecimento da autonomia como um direito humano, ainda que num viés puramente coletivo, articula de forma mais complexa que nos discursos anteriores os eixos metafórico e metonímico. As diferenças das comunidades indígenas são matizadas com uma necessidade tida como comum a toda a humanidade: a auto-determinação, entendida na forma do direito.

Contudo, como ressalta Amy Gutmann, em sua concepção de universalismo deliberativo (GUTMANN 1993), bem como Habermas, ao defender a capacidade

explicativa de um paradigma procedimental do Estado de Direito (HABERMAS 2002), a autonomia política requer mais que a simples existência de procedimentos formais de decisão desprovidos de qualquer conteúdo substantivo. Isto porque a própria participação equânime em procedimentos públicos de deliberação requerem a autonomia privada – no sentido do reconhecimento de direitos subjetivos de liberdade e igualdade dos indivíduos – para que esta mesma deliberação opere com base em um uso público da razão não coercitivo. Apenas no uso público da razão os cidadãos podem determinar que diferenças fazem diferença para fins jurídicos e políticos, e para tanto precisam ter resguardada sua autonomia também na esfera privada.

Dessa forma, independente da terminologia utilizada para classificar tal tipo de garantias, em última análise a proteção dos membros de uma comunidade política contra possíveis coações intra-grupo requerem a proteção da autonomia individual em suas liberdades fundamentais que permitem a participação em condições de igualdade – como liberdade de expressão, de crença, e de escolha de projetos de vida que lhes sejam autênticos.

É nesse sentido que acreditamos que a posição defendida por Rita Segato, no sentido de se garantir o curso do pluralismo histórico (político) acaba por requerer também o conceito de direitos individuais no sentido aqui defendido. Muito embora a autora afirme tratar-se da predominância de direitos coletivos, a demanda que articula pela existência de mecanismos públicos de supervisão e mediação que garantam a liberdade dos processos de deliberação, especialmente para coibir abusos por parte dos mais poderosos no interior das comunidades, evidenciam a necessidade de proteções na forma de direitos individuais que não estejam simplesmente à disposição a uma eventual maioria.

A noção de impulso ético articulada por Segato, como a insatisfação crítica mobilizadora das transformações históricas dos direitos, aponta ainda para uma espécie de universalidade ética, embora de conteúdo variável. Ao tratar do anseio ético de *desnaturalização das regras costumeiras*, aproxima-se da noção de luta por reconhecimento, nos termos articulados por Axel Honneth. Como exploramos alhures (SCOTTI 2007), Honneth atualiza a teoria do reconhecimento do jovem Hegel com amparo na psicologia social de G.H. Mead, o que lhe permitiu demonstrar como o atrito interno aos sujeitos entre seus desejos e as possibilidades limitadas por uma determinada comunidade se transplanta para uma forma de luta social que apela a uma comunidade imaginada futura de reconhecimento ampliado, movimentando permanentemente o desenvolvimento moral das sociedades (HONNETH 2003). Se há, portanto, conteúdos variáveis nas compreensões morais das diversas sociedades, há também um apelo universalizante por reconhecimento inscrito no processo de individualização e socialização dos sujeitos.

Se entendemos que o pluralismo implica que cada povo deva ter direito à sua história, é importante lembrar a advertência feita por Jeremy Waldron quanto à artificialidade da noção de pureza cultural, e o quanto ela pode impedir o próprio curso histórico:

To *preserve* a culture is often to take a favored "snapshot" version of it, and insist that this version must persist at all costs, in its defined purity, irrespective of the surrounding social, economic, and political circumstances. But the *stasis* envisaged by such preservation is seldom itself a feature of the society in question, or if it is, it is itself a circumstantial feature. A society may have remained static for centuries precisely because it did not come into contact with the influences from which now people are proposing to protect it. If stasis is not an inherent feature, it may be important to consider, as part of *that very culture*, the ability it has to adapt to changes in circumstances. To preserve or protect it, or some favored version of it, artificially, in the face of that change, is precisely to

cripple the mechanisms of adaptation and compromise (from warfare to commerce to amalgamation) with which all societies confront the outside world. It is to preserve part of the culture, but not what many would regard as its most fascinating feature: its ability to generate *a history*. (WALDRON 1992: 788)

## **2. O direito na modernidade tardia – reconhecimento, disputa cultural, abertura e sensibilidade ao contexto**

As reflexões que se seguem têm por objetivo rearticular a discussão sobre o caráter emancipatório dos direitos fundamentais, numa hermenêutica sensível aos contextos, evidenciando um giro na compreensão dos direitos operado no século XX que merece revisita para que possamos compreender a natureza complexa dos princípios envolvidos no debate de nosso tema.

A desconfiança com o Direito marcou, ao menos desde o firmamento do liberalismo, uma postura dos movimentos sociais em face das (im)possibilidades emancipatórias das instituições públicas. A leitura marxista clássica enfocou o posicionamento do direito como elemento da superestrutura, mero epifenômeno decorrente das infra-estruturas econômicas efetivamente determinantes do sistema social. Dessa perspectiva, a única possibilidade plausível de análise do direito seria a que o observasse, externamente, como reflexo do sistema burguês de dominação.

A esfera que estamos abandonando, no interior de cujas fronteiras o poder de compra e venda da força de trabalho acontece, é na verdade o próprio Éden dos direitos inalienáveis do homem. Lá somente governam a Liberdade, a Igualdade, a Propriedade e Bentham. Liberdade, pois tanto o vendedor quanto o comprador de um bem, digamos de uma força de trabalho, são constrangidos apenas por seu próprio livre arbítrio. Eles firmam contrato um com o outro como agentes livres, e seu acordo é a forma pela qual ambos dão expressão verbal à sua vontade comum. Igualdade, porque cada um mantém relação com o outro como um simples proprietário de mercadorias, e trocam equivalências. Propriedade, porque cada qual

dispõe apenas daquilo que lhe pertence. E Bentham, porque cada um cuida de si. A única força que os une e os coloca em relação um com o outro é o egoísmo, o lucro e os interesses particulares de cada um. (MARX 2003: 176)

Stuart Hall se vale de uma releitura do materialismo histórico a partir de revisões como as promovidas por Althusser (HALL 2003), bem como pela abordagem da filosofia da linguagem de Bakhtin (BAKHTIN 1999), de forma a analisar a ideologia<sup>32</sup> e sua relação com a luta de classes com a complexidade necessária ao pensamento contemporâneo.

A partir dessas revisões e críticas podemos compreender hoje como aquela perspectiva de análise se vale, em última instância, de uma leitura ontologizante da cultura e da própria linguagem. Afinal, o direito moderno nada mais é que um ordenamento de normas que, em última análise, se inscrevem em textos, portanto em expressões lingüísticas, com a peculiaridade da orientação deontológica, ou seja, voltada ao “dever ser”, não simplesmente à descrição de estados de coisas (domínio fático) ou do que é socialmente preferível (axiologia).

Uma leitura histórica que vincule, numa relação de correspondência necessária, os princípios jurídico-políticos de igualdade e liberdade à classe social que primeiramente os enunciou na modernidade certamente estará fadada a considerá-los como expressão lógica de seus interesses. Afinal, tais princípios enunciaram, de

---

<sup>32</sup> Hall faz um lingüístico ou “discursivo” do termo: “*Por ideologia eu compreendo os referenciais mentais - linguagens, conceitos, categorias, conjunto de imagens do pensamento e sistemas de representação - que as diferentes classes e grupos sociais empregam para dar sentido, definir, decifrar e tornar inteligível a forma como a sociedade funciona*”. HALL, S. (2003). O problema da ideologia - o marxismo sem garantias. Da diáspora: identidades e mediações culturais. S. Hall. Belo Horizonte, Editora UFMG, p. 267

início, as bases do liberalismo iluminista<sup>33</sup>, doutrina vitoriosa no movimento burguês de ruptura com o Antigo Regime.

É claro que tal observação não se restringe ao paradigma oitocentista em que o Estado de Direito não se vinculava necessariamente a qualquer idéia de Democracia.<sup>34</sup> Não faltaram no século XX exemplos negativos que desautorizavam qualquer otimismo quanto à possibilidade de o Estado e suas instituições jurídicas desempenharem qualquer papel emancipador<sup>35</sup>. No caso brasileiro, salvo curto intervalo, a relação direta entre estado, direito e opressão só pôde começar a ceder ao final do século, com o marco simbólico da Constituição de 1988. Historicamente, portanto, não é injustificada a adoção de uma perspectiva puramente externa em relação ao Direito por parte dos movimentos que lutam pelos interesses daqueles que sempre foram objeto de exploração e violência (trabalhadores, negros, mulheres, homossexuais, indígenas etc – a lista é, cada vez mais, virtualmente e constitucionalmente infinita.

A partir de *estudos culturais*<sup>36</sup> como os desenvolvidos por Hall acreditamos ser possível incrementar as possibilidades de releitura do sistema jurídico enquanto expressão cultural, portanto sujeito a revisões e análises semelhantes às empregadas a outros elementos da “cultura”. Vejamos a estratégia de ressignificação cultural,

---

<sup>33</sup> Cf. GAY, Peter (1969). The enlightenment : An interpretation: the science of freedom. New York, W W Norton.

<sup>34</sup> Sobre a relação entre direito e democracia nos paradigmas Liberal, Social e Democrático de Direito, cf. CARVALHO NETTO, Menelick de (2000). "Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito." Revista de Direito Comparado 3.

<sup>35</sup> O título do artigo já é bastante revelador da tradicional desconfiança do pensamento de esquerda quanto ao direito: SANTOS, B. d. S. (2003). "Poderá o direito ser emancipatório?" Revista Crítica de Ciências Sociais 65: 3-76.

<sup>36</sup> Sobre a relação de Hall com os Estudos Culturais, cf. p. ex. GROSSBERG, L. (1996). History, politics and postmodernism - Stuart Hall and cultural studies. Stuart Hall - Critical dialogues in cultural studies. D. Morley and K.-H. Chen. London and New York, Routledge: 151-173.

utilizada por movimentos sociais e analisada por Hall, como no caso do termo “negro”:

a palavra em si [negro] não possui uma conotação de classe específica, embora sua história seja longa e nem tão facilmente desmontável. Enquanto os movimentos sociais organizam lutas em torno de um programa específico, os significados que parecem ter sido fixados para sempre começam a perder suas ancoragens. Em suma, **o significado do conceito mudou como resultado da luta em torno das cadeias de conotação e das práticas sociais que possibilitaram o racismo através da construção negativa dos ‘negros’. Ao invadir o âmago da definição negativa, o movimento negro tentou ‘roubar o fogo’ do próprio termo.** Porque ‘negro’ antes significava tudo que devia ser menos respeitado, agora pode ser afirmado como ‘lindo’, a base de nossa identidade social positiva, que requer e engendra respeito entre nós. “Negro”, portanto, existe ideologicamente somente em relação à contestação em torno dessas cadeias de significado e às forças sociais envolvidas nessa contestação (HALL 2003: 194-5, destaquei).

Essa estratégia de luta ideológica como ressignificação cultural constitui, já há algum tempo, um elemento central da evolução do Direito numa perspectiva emancipatória, como veremos. A não correspondência necessária entre gênese histórica e sentido dos signos culturais e sua possibilidade de ressignificação marcam os princípios jurídicos como os de Igualdade e Liberdade, ao menos desde o início da modernidade, e cada vez mais no paradigma principiológico pós-positivista em que, apesar dos problemas, nos encontramos.

É verdade que, por um lado, os escritos de Hall apontam uma certa desconfiança com o direito moderno, especialmente naquilo em que ele é associado à tradição “liberal” e iluminista. De certa forma, estranho seria se fosse diferente. Afinal é correto afirmar que o liberalismo político, ao menos em suas primeiras versões iluministas, serviu de base para uma concepção universalista totalizante,



homogeneizante e de imperialismo cultural, especialmente em face da suposta neutralidade ética do Estado de Direito:

A cidadania universal e a neutralidade cultural do estado são as duas bases do universalismo liberal ocidental. É claro que os direitos de cidadania nunca foram universalmente aplicados - nem aos afro-americanos pelas mãos dos Pais Fundadores dos EUA nem aos sujeitos coloniais pelo governo imperial. Esse vazio entre ideal e prática, entre igualdade formal e igualdade concreta, entre liberdade negativa e positiva, tem assombrado a concepção liberal de cidadania desde o início.

“O universalismo pós-iluminista, liberal, racional e humanista da cultura ocidental parece não menos significante historicamente, mas se torna menos universal a cada momento. Muitas grandes idéias - liberdade, igualdade, autonomia, democracia - foram aperfeiçoadas na tradição liberal. Entretanto, é evidente que o liberalismo hoje não é "a cultura além das culturas", mas a cultura que prevaleceu. (HALL 2003) p. 77

Como se depreende das passagens citadas, tal análise não leva Hall a simplesmente descartar, numa perspectiva pós-moderna puramente desconstrutiva, os avanços do direito moderno. Entretanto, a pretensão universalista passa a ser relida, especialmente face aos desafios do multiculturalismo. Citando Laclau<sup>37</sup>: “*O universal emerge do particular, não como um princípio que o subjaz e explica, mas como um horizonte incompleto que sutura uma identidade particular deslocada*”.

E continua Hall, referindo-se à identidade incompleta de Laclau:

Por que incompleta? Porque ela não pode - como ocorre na concepção liberal- ser preenchida por um conteúdo específico e imutável. Será redefinida sempre que uma identidade particular, ao considerar seus outros e sua própria insuficiência radical, expandir o horizonte dentro do qual as demandas de todos precisarem e puderem ser negociadas. Laclau está correto ao insistir que seu conteúdo não pode ser conhecido antecipadamente - neste sentido, o universal é um signo vazio, "um significante sempre em recuo". É esse o horizonte que deve orientar cada diferença particular, para que se evite o risco de cair na diferença absoluta (o que, naturalmente, é a antítese da sociedade multicultural)’. (HALL 2003: 86)

---

<sup>37</sup>

LACLAU, E. *Emancipations*. London: Verso, 1996, *apud* Ibid. p. 86

Hall traz uma noção que, no constitucionalismo contemporâneo, podemos remeter à idéia de *identidade aberta do sujeito constitucional*, como desenvolvida por Michel Rosenfeld<sup>38</sup>, ou seja: a incompletude e a permanente abertura são inerentes ao projeto constitucional moderno. Essa seria, segundo Menelick de Carvalho Netto<sup>39</sup>, a função do parágrafo 2º do art. 5º<sup>40</sup> de nossa Constituição: permitir a abertura permanente para o reconhecimento de novos direitos, tanto nas dimensões de justificação (discursos legislativos) quanto de aplicação do direito (por parte do Executivo e do Judiciário), a partir das lutas por reconhecimento empreendidas por aqueles cujos direitos foram até então “invisíveis”; lutas que são (ou ao menos têm grande potencial de ser) embates interpretativos sobre a correta interpretação dos princípios fundamentais de nossa Constituição.

Para além de filosófica e juridicamente sustentável (necessária, defendemos), essa perspectiva interpretativa é também politicamente valiosa do ponto de vista estratégico, num viés emancipatório. Percebe-se em Hall a importância de tal estratégia em torno de conceitos disputados ao longo do espectro ideológico, como “democracia”:

“Ora, é perfeitamente correto afirmar que **o conceito de "democracia" não possui um significado totalmente fixo**, que pode ser atribuído exclusivamente ao discurso das formas burguesas de representação política. "Democracia" no discurso do "Ocidente Livre" não carrega o mesmo significado que possui quando nos

---

<sup>38</sup> ROSENFELD, Michel (2003). A identidade do sujeito constitucional. Belo Horizonte, Mandamentos.

<sup>39</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de (2005). "Uma reflexão constitucional acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei." Veredas do Direito 2: 14.

<sup>40</sup> “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

referimos à luta "popular-democrática" ou ao aprofundamento do conteúdo democrático da vida política. **Não podemos permitir que o termo seja inteiramente expropriado como discurso de direita. Em vez disso, precisamos desenvolver uma contestação estratégica em torno do próprio conceito**". (HALL 2003: 287, destaquei)

Dissemos que a estratégia de ressignificação não é propriamente novidade na interpretação jurídica ligada a lutas por reconhecimento de direitos. Um exemplo não propriamente recente, mas extremamente significativo até hoje, a que podemos recorrer é o caso *Brown v. Board of Education*<sup>41</sup>. De sua análise várias reflexões podem e têm sido feitas, em especial nos campos do Direito Constitucional e da Teoria do Direito. Até hoje é objeto de disputa entre conservadores e progressistas, sobre seu caráter supostamente "ativista"<sup>42</sup>.

Trata-se de um marco tanto da luta do movimento negro - e de uma virada no interior do próprio movimento, que temia dar um passo excessivamente grande e por em risco as conquistas já alcançadas - contra a segregação racial nos EUA quanto da virada interpretativa dos direitos fundamentais para uma perspectiva principiológica e humanista<sup>43</sup>, vale lembrar, no interior do sistema jurídico que inventou o constitucionalismo moderno<sup>44</sup>. Além do mais, representa uma reviravolta na

---

<sup>41</sup> (1954). *Brown v. Board of Education of Topeka*. United States Reports, Supreme Court of the United States. **347**: 483.

<sup>42</sup> Sobre "ativismo", "interpretativismo" "originalismo" e etc., cf. a introdução "The moral reading and the majoritarian premise" em DWORKIN, R. (1996). Freedom's law : the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

<sup>43</sup> Uma interessante representação da estratégia argumentativa adotada pela NAACP, bem como do papel do advogado Thurgood Marshall, futuro primeiro juiz negro da Suprema Corte dos EUA, representado por Sidney Poitier, se vê no filme "Separados, mas iguais" STEVENS JR., G. (1991). *Separate but equal*. EUA.

<sup>44</sup> Para uma análise histórica do constitucionalismo e do conceito de constituição, cf. FIORAVANTI, M. (2001). Constitución. De la antigüedad a nuestros días. Madrid, Editorial Trotta.

compreensão do princípio da igualdade, que passa a requerer algo que nos é caro na presente reflexão: o direito às condições de possibilidade para a auto-estima, para uma autocompreensão de todos enquanto sujeitos merecedores de igual respeito e consideração por parte de sua comunidade política, o que transcende a mera equiparação de condições materiais de sobrevivência e desenvolvimento pessoal.

A decisão que pôs fim à segregação racial nas escolas públicas norte-americanas promoveu uma completa releitura das exigências do princípio constitucional da igualdade. Para tanto mostrou-se fundamental o afastamento da idéia de “intenção” ou “sentido” originário dos termos utilizados pelos *framers* da Constituição de 1787. Para que se pudesse dar curso a uma leitura principiológica das exigências constitucionais, de forma a reconhecer a injustiça inerente a um sistema segregacionista, o engessamento do sentido normativo da Constituição precisava ser afastado pela idéia de “*living constitution*”.

Dentro da lógica interpretativa em vigor à época a Suprema Corte chegou a requerer às partes que apresentassem argumentos específicos em torno das circunstâncias da adoção da 14ª emenda<sup>45</sup>:

Reargument was largely devoted to the **circumstances surrounding the adoption of the Fourteenth Amendment in 1868**. It covered exhaustively consideration of the Amendment in Congress, ratification by the states, then-existing practices in racial segregation, and the views of proponents and opponents of the Amendment. This discussion and our own investigation convince us that, **although these sources cast some light, it is not enough to resolve the problem with which we are faced**. At best, they are

---

<sup>45</sup> Relevante para a discussão é o texto da seção 1 da emenda 14: “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”. (grifei)

inconclusive. The most avid proponents of the post-War Amendments undoubtedly intended them to remove all legal distinctions among "all persons born or naturalized in the United States." Their opponents, just as certainly, were antagonistic to both the letter and the spirit of the Amendments and wished them to have the most limited effect. What others in Congress and the state legislatures had in mind cannot be determined with any degree of certainty.<sup>46</sup>

O recurso à história legislativa, aos anais dos debates constituintes, às discussões da época da fundação se mostrou pouco revelador de elementos suficientes para a definição da questão da segregação. Mais das vezes o que se revelava era o óbvio – o racismo inerente à sociedade norte-americana do século XVIII, cuja Constituição liberal conviveu pacificamente, por várias décadas, com o instituto da escravidão. Mesmo a história das emendas aprovadas após o fim da Guerra Civil, voltadas principalmente à abolição da escravatura e ao fim das desigualdades baseadas em raça, parecia inconclusiva quanto à segregação racial.

Nessa perspectiva “textualista”<sup>47</sup> e “originalista” permanecia então sem resposta a questão que a Suprema Corte se colocava: *Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other "tangible" factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities?*

---

<sup>46</sup> (1954). *Brown v. Board of Education of Topeka*. United States Reports, Supreme Court of the United States. **347**: 483.

<sup>47</sup> Uma defesa conservadora – e anacrônica, a nosso ver – desse tipo de “textualismo” é feita pelo atual juiz da Suprema Corte dos EUA Antonin Scalia. Cf. SCALIA, A. and A. G. (ed) (1997). A matter of interpretation : federal courts and the law : an essay. Princeton, N.J., Princeton University Press.

Ao final a resposta dada pela corte a essa questão foi positiva, pondo fim à doutrina “separados mas iguais” estabelecida no precedente *Plessy v. Ferguson*<sup>48</sup> em 1896. Eis o argumento central da decisão:

To separate them [the children] from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a **feeling of inferiority as to their status in the community** that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone.(...) Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as **denoting the inferiority of the negro group**. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system. Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of *Plessy v. Ferguson*, this finding is amply supported by modern authority. Any language[p495] in *Plessy v. Ferguson* contrary to this finding is rejected. **We conclude that, in the field of public education, the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal.**<sup>49</sup>

Como vemos, o que estava em jogo não era o sentido da cláusula de igualdade perante a lei tal como originalmente enunciada e compreendida em 1896. Buscou-se ressignificar o princípio à luz de uma compreensão plausível à época da decisão. A definição e o alcance de “igualdade” não eram mais monopólio de uma geração passada. Parafraseando Stuart Hall, *o conceito de “igualdade” não é propriedade exclusiva de qualquer grupo social específico ou discurso isolado.*

Uma cadeia ideológica particular se torna um local de luta não apenas quando as pessoas tentam deslocá-la, rompê-la ou contestá-la, suplantando-a por um conjunto inteiramente novo de termos, mas também quando interrompem o campo ideológico e tentam

---

<sup>48</sup> (1896). *Plessy v. Ferguson*. United States Reports, Supreme Court of the United States. **163**: 537.

<sup>49</sup> (1954). *Brown v. Board of Education of Topeka*. United States Reports, Supreme Court of the United States. **347**: 483., grifei.

transformar seus significados pela modificação ou rearticulação de suas associações, passando, por exemplo, do negativo para o positivo. Frequentemente, a luta ideológica consiste na tentativa de obter um novo conjunto de significados para um termo ou categoria já existente, de desarticulá-lo de seu lugar na estrutura significativa. (HALL 2003: 193-4)

A luta promovida pelo movimento negro, por meio da NAACP<sup>50</sup>, não foi pela substituição dos princípios “liberais” enunciados na então quase bicentenária constituição, mas pela ressignificação de seus termos, pela busca de seu sentido “verdadeiro”. Assumiram o lugar de intérpretes legítimos dos princípios constitucionais, a demonstrar a profundidade na autocompreensão de todo ser humano que o princípio da igualdade atinge.

Negar esse papel seria aceitar que forças conservadores tivessem o condão de congelar a seu gosto a linguagem das normas sociais mais fundamentais, tal como, na descrição marxista de Bakhtin, pretendem as classes dominantes em relação aos signos ideológicos:

classes sociais diferentes servem-se de uma só e mesma língua. Conseqüentemente, *em todo signo ideológico confrontam-se índices de valor contraditórios*. O signo se torna a arena onde se desenvolve a luta de classes... Na verdade, é este entrecruzamento dos índices de valor que torna o signo vivo e móvel, capaz de evoluir. O signo, se subtraído às tensões da luta social, se posto à margem da luta de classes, irá infalivelmente debilitar-se, degenerar-se-á em alegoria e tornar-se-á objeto de estudo dos filólogos (...) A classe dominante tende a conferir ao signo ideológico um caráter eterno e acima das diferenças de classe, a fim de abafar ou de ocultar a luta dos índices sociais de valor que aí se trava, a fim de tornar o signo monovalente. Na realidade, todo signo ideológico vivo tem, como Jano, duas faces. Toda crítica viva pode tornar-se elogio, toda verdade viva não pode deixar de parecer para alguns a maior das mentiras. (BAKHTIN 1999: 46-7)

---

<sup>50</sup> *National Association for the Advancement of Colored People*, entidade que representou legalmente os autores da ação.

Na luta cultural foi importante para o movimento negro “roubar o fogo” de termos que os identificavam pejorativamente (como *black*), invertendo-lhes o sentido e transformando-os em bandeiras de valorização da identidade (HALL 2003). Na luta especificamente jurídica – também cultural – coube ao movimento “roubar o fogo” do princípio constitucional da igualdade, e trazer à luz o único sentido que então poderia ser legítimo. Resignificar um princípio até então puramente formalista, legitimador de uma odiosa doutrina segregacionista, transformando-o numa exigência substantiva de igual respeito e consideração, cujo fogo será sempre disputado.

É nesse sentido que também compreendemos a leitura de Rita Segato no sentido de que a lei, uma vez promulgada, assume o papel de arena de contendas e interlocuções onde se disputa sua legitimidade e seu capital simbólico. Trata-se, portanto, de uma *luta simbólica para inscrever uma posição na lei* (SEGATO 2006).

O potencial aqui articulado não se restringe, é claro, ao problema do reconhecimento de direitos a um grupo étnico específico. Mais que isso, nos permite abordar o sistema jurídico de uma perspectiva aberta às contingências permanentemente enfrentadas em qualquer processo de luta por reconhecimento. Nas questões indígenas, em especial diante dos problemas aqui tratados, é importante perceber que a determinação em texto normativo sobre a realização de determinadas políticas públicas não deixa de significar também indeterminação, o que, como percebemos, é da estrutura do próprio direito. É nesse sentido que o protagonismo dos envolvidos terá sempre papel fundamental na concretização das políticas, e seu próprio direcionamento depende dos embates interpretativos que aí se articulem.



### 3. Pluralismo Jurídico – pluralidade de ordens jurídicas ou uma ordem jurídica plural?

A discussão sobre direitos individuais e coletivos tende a suscitar, no campo das teorias jurídicas, reflexões em torno do pluralismo das formas de vida em termos de *pluralismo jurídico*. Se as observações sociológicas e antropológicas há muito constatarem a existência social de uma diversidade de ordens normativas, o *pluralismo jurídico*, em suas variadas formas, reivindica o status propriamente *jurídico* de tais ordens, seja no plano infra-estatal (o direito de comunidades ou de campos sociais específico), no interior do próprio ordenamento estatal (multiplicidade de fontes e critérios) ou no plano supra-estatal (nas relações internacionais) (BARBER 2006).

Nos anos 70 e 80 do século XX, especialmente, as teorias do pluralismo jurídico assumiram uma postura de combate ao *centralismo jurídico*, normalmente associado a práticas estatais autoritárias, opressoras e excludentes (WOODMAN 1998). A grande batalha no campo da reflexão jurídica se travava contra o *positivismo jurídico*, identificado com o *legalismo* e com o *monismo*, por ser essa a corrente teórica dominante tanto nas academias como na prática profissional pública e privada. No Brasil o grande expoente dessa dogmática foi, e ainda é, Hans Kelsen, cuja *teoria pura do direito*<sup>51</sup> foi assimilada – muitas vezes sem grande rigor teórico – tornando-se o pano-de-fundo do senso comum jurídico brasileiro.

---

<sup>51</sup> Em especial KELSEN, H. (1998). Teoria pura do direito. São Paulo, Martins Fontes.

Com a chamada *crise do positivismo*, que podemos remontar à *implosão* da teoria pura do direito com o *giro decisionista* empreendido pelo próprio Kelsen nos anos 60, a sustentabilidade do positivismo como teoria do direito tem se tornado cada vez mais frágil (PAULSON 1990). A complexidade aportada ao direito pelas rupturas paradigmáticas no campo constitucional, especialmente com a ascensão da compreensão de Estado Democrático de Direito no bojo da redemocratização de países periféricos e da crise do paradigma do *estado-social*, trouxe novos desafios à reflexão jurídica, a exigir uma compreensão cada vez mais *principiológica* das normas, algo impensável nos moldes do positivismo kelseniano.

As principais concepções de pluralismo jurídico comprometidas com as reivindicações de direitos de minorias e com a emancipação social colocam-se como alternativas à compreensão tradicional do direito, de matriz essencialmente positivista, opondo-se especialmente à identificação “monista” entre direito e estado (SANTOS 1988). “Des-pensar” o direito moderno, para Boaventura de Sousa Santos, requer antes de tudo a separação entre direito e estado (SANTOS 2000). Partindo dessa disjunção, Santos propõe uma concepção pluralista dos direitos, entendidos como *ordens jurídicas* diferenciadas e em tensão, valendo-se de um conceito de direito essencialmente funcionalista.<sup>52</sup> Mesmo versões alternativas do conceito de pluralismo jurídico, como a concepção sistêmico-comunicativa de Gunther Teubner (TEUBNER 1997), além de apresentarem problemas operacionais para a análise sociológica<sup>53</sup>, se apresentam insuficientes para lidar com a complexidade da

---

<sup>52</sup> “o direito é um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força”. SANTOS 2000, p. 290.

<sup>53</sup> Cf. TAMANAHA, B. Z. (2000). "A non-essentialist version of legal pluralism." Journal of Law and

argumentação jurídica contemporânea de forma apta a preservar o caráter normativo do direito.

A Constituição da República de 1988, inserida no marco do constitucionalismo democrático e principiológico, tornou obsoleta em nosso contexto, acreditamos, a clássica dicotomia entre *pluralismo* e *monismo* jurídicos. Para além da inserção textual de dispositivos que reconhecem explicitamente a força jurídica de ordens normativas não-estatais, como as dos povos indígenas, as suas exigências interpretativas gerais fazem com que o próprio direito “oficial” não possa mais ser concebido como “estatal”. No Estado Democrático de Direito o Estado deve ser compreendido como instituição de posição central na esfera pública, para a qual se dirige o fluxo comunicativo reivindicador de políticas públicas, mas jamais se confundindo com esta (HABERMAS 1997). Dessa forma, passa a ser uma exigência democrática que os cidadãos da sociedade, atuando individual e coletivamente como atores na esfera pública, possam compreender a si próprios como fonte de legitimidade das normas jurídicas e como autores destas, especialmente na reivindicação por posições interpretativas que reflitam o sentido sempre mutável dos princípios constitucionais. A hermenêutica jurídica contemporânea deve ser capaz de perceber com maior sofisticação os diversos níveis de funcionamento do direito, de tal forma que o problema da “escala”<sup>54</sup>, como colocado por Boaventura, adquiere complexidade no interior do próprio ordenamento jurídico “oficial”. A distinção entre

---

*Society* 27(2): 296-321.

<sup>54</sup> “o que distingue estas formas de direito é o tamanho da escala com que regulam a ação social. O direito local é uma legalidade de grande escala; o direito nacional estatal é uma legalidade de média escala; o direito mundial é uma legalidade de pequena escala” SANTOS, B. d. S. (2000). A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo, Cortez, p. 207.

*discursos de justificação e de aplicação*<sup>55</sup>, como proposta por Klaus Günther, fornece à hermenêutica um instrumental capaz de operar em “grande escala” – o que para a concepção de aplicação do direito de Dworkin é uma exigência da integridade (DWORKIN 1986).

Até mesmo na tentativa de uma abordagem que busque lidar com o chamado pluralismo jurídico, chama a atenção como o modelo constitucional alemão tem se difundido pelo Brasil e pela América Latina. É surpreendente vê-lo sendo utilizado em questões multiculturais, por se tratar de um modelo cujas origens e pressupostos são profundamente avessos à própria idéia de multiculturalismo, pois etnocêntrico - a própria noção de "valor" jurídico nele se confunde com os valores compartilhados por um "povo", entendido em termos étnicos. Nesse ponto, as reflexões de Michel Rosenfeld são cruciais, ao contrastar o modelo alemão, o francês e o americano, dentre outros. Destaca-se no modelo constitucional alemão justamente a prevalência do *ethos* sobre o *demos*, entendendo-se a "nação" como precedente ao Estado (ROSENFELD 2010).

O estranhamento se agudiza ao depararmos com a tese da pesquisadora colombiana Esther Sánchez Botero (SÁNCHEZ BOTERO 2006), em que ela analisa a jurisprudência da corte suprema daquele país no tocante à proteção das crianças e adolescentes indígenas. Face à pluralidade de cosmovisões e valores envolvidos, a saída da corte é: promover um "balanceamento" de valores (ou ponderação de bens), de forma a sopesar qual deve prevalecer. No campo do direito constitucional já é bem

---

<sup>55</sup> Cf. GÜNTHER, K. (1993). The sense of appropriateness : application discourses in morality and law. Albany, State University of New York Press.

conhecido esse problemático método. Ele pressupõe uma hierarquia de valores; pressupõe, logo, um espaço axiológico comum, onde as noções de "bem" sejam razoavelmente compartilhadas. Ora, é exatamente esse o problema em conflitos multiculturais. Como então tentar promover justiça, em espaços onde os valores são díspares, com base em valores "preferíveis"? Essa via só pode desembocar em soluções elas próprias axiológicas - na "escolha" de certos valores em detrimento de outros. O que perdemos, portanto, é justamente a possibilidade de transcender uma determinada concepção de bem, abdicando da tentativa de uma - ainda que parcial - "fusão de horizontes" que busque referência a noções de justiça potencialmente compartilháveis entre comunidades valorativas distintas.

#### **4. Para além das propostas legislativas: exigências constitucionais para o tratamento do problema**

A trajetória argumentativa até aqui percorrida nos permite traçar algumas conclusões a respeito das alternativas propostas para o enfrentamento do problema posto em debate. Defendemos portanto que a abertura constitucional pluralista promove, ao mesmo tempo, a conexão interna entre os direitos fundamentais e a reflexividade ética das formas de vida. Se por um lado os direitos fundamentais podem ser vistos como *limites* a práticas tradicionais, operam ao mesmo tempo como *condição de possibilidade* para a existência e preservação destas mesmas formas de vida, num contexto globalizante que tende a nivelar e assimilar alteridades, e como elemento capaz de fomentar democraticamente a eticidade reflexiva.

Dessa forma, o Estado tem o dever de atuar no sentido de promoção e resguardo dos direitos individuais no interior das aldeias, especialmente no caso das mulheres (enquanto possíveis dissidentes em posição de vulnerabilidade) e das crianças. Isso, necessariamente configurará, em alguma medida, uma intervenção, que deverá ser pautada pelo diálogo e pela disseminação horizontalizada de informações. Como bem lembra Bettina Shell-Duncan, se é preciso evitar medidas que retirem autonomia dos indivíduos membros de minorias e que levem a um política de “tolerância-zero”, a omissão face a situações que demandam medidas protetivas contudo é tão anti-ética quanto uma postura imperialista (SHELL-DUNCAN 2008). A omissão estatal deixa um vazio quanto a políticas públicas laicas, abrindo espaço para intervenções potencialmente proselitistas. A via dialógica não elimina, contudo, o dever de apoio àqueles que reivindiquem, em situações extremas, proteções específicas contra pressões intragrupos.<sup>56</sup>

A autonomia política coletiva, mesmo que relativa, precisa ser assegurada, como corolário das exigências normativas internacionais e constitucionais. Tanto a representatividade consultiva em decisões administrativas e legislativas, quanto o fomento de foros deliberativos internos, contudo, não excluem – pelo contrario, requerem – mecanismos de garantia da autonomia individual, condição recíproca de possibilidade da plena autonomia pública.

A rejeição da proposta inicial do PL 1057 foi um passo importante na busca por um tratamento adequado do problema, que possa fazer jus tanto à proteção dos direitos fundamentais individuais quanto ao respeito às diferenças culturais

---

<sup>56</sup> Como os direitos “realistas” de saída, nos termos de Okin. Cf. OKIN, S. M. (2002). "Mistresses of Their Own Destiny": Group Rights, Gender, and Realistic Rights of Exit." *Ethics* **112**(2): 205.

constitucionalmente resguardadas. A via criminalizadora proposta no PL original, ainda que não atinja diretamente os membros da comunidade, tenderia a inviabilizar a tarefa daqueles que, em condições já normalmente precárias, trabalham com os indígenas. O *backlash* europeu quanto ao multiculturalismo nos dá um vivo exemplo de como políticas e leis intolerantes podem aumentar a marginalização social das minorias – negando-lhes, portanto, justamente o direito às condições de possibilidade de auto-estima. Além disso, podem promover o efeito oposto ao almejado – ao menos publicamente: a transformação, por parte dos membros mais conservadores de grupos minoritários, de práticas opressoras em símbolo de identidade cultural.

A discussão internacional aponta para a ineficiência de mecanismos coercitivos e criminalizadores, sugerindo a adoção de mecanismos que promovam a busca interna de soluções por meio do diálogo e da deliberação. No estado em que se encontra até o fechamento desta tese, o PL 1057, na forma do substitutivo aprovado na Comissão de Direitos Humanos e minorias da Câmara dos Deputados, abre possibilidades de regulamentação que insiram as atividades de diálogo pedagógico previstas no espaço de competência já presente em nosso ordenamento para a promoção de educação nas comunidades indígenas por parte do Estado<sup>57</sup>. O trabalho laico e horizontalizado da ONG Tostan, no caso da mutilação genital feminina, nos fornece um referencial positivo que combina efetividade na promoção dos Direitos Humanos com respeito às diferenças e especificidades locais. Seu uso produtivo da pedagogia de Paulo Freire num contexto tão diverso, ademais, pode ser um lembrete para repensarmos problemas que nos são próximos.

---

<sup>57</sup> O dever de assistência educacional, se depurado da perspectiva assimilacionista, permanece em nosso ordenamento nos termos do Estatuto do Índio BRASIL (1973). Lei nº 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.





## **Referências Bibliográficas**

AL-HIBRI, A. Y. (1999). Is western patriarchal feminism good for third world / minority women? Is multiculturalism bad for women? S. M. OKIN. Princeton, New Jersey, Princeton University Press: 41-46.

AN-NA'IM, A. (1999). Promises we should all keep in common cause. Is multiculturalism bad for women? S. M. OKIN. Princeton, New Jersey, Princeton University Press: 59-64.

AZEVEDO, D. A. d. (2007). A justiça e as cores: a adequação constitucional das políticas públicas afirmativas voltadas para negros e indígenas no ensino superior a partir da teoria discursiva do direito. Faculdade de Direito. Brasília, UnB. **Mestrado**: 357.

BABHA, H. K. (1999). Liberalism's sacred cow. Is multiculturalism bad for women? S. M. OKIN. Princeton, New Jersey, Princeton University Press: 79-84.

BAKHTIN, M. M. (1999). Marxismo e filosofia da linguagem: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. São Paulo, Hucitec.

BARBER, N. W. (2006). "Legal Pluralism and the European Union." European Law Journal **12**(3): 306-329.

BARRETO, M. d. P. (2006). Universalidade dos direitos humanos e da personalidade *versus* relativismo cultural. XV Congresso Nacional do CONPEDI. Manaus, Boiteux.

BARRETO, M. d. P. (2007). "Os direitos humanos e a liberdade cultural." Antropos **1**(1): 75-88.

BRASIL (1940). Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL (1973). Lei nº 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL (2004). Decreto Nº 5.051, de 19 de Abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (2005). Esclarecimento sobre denúncia de retirada não autorizada de crianças de aldeia indígena. Comissão da Amazônia, Integração Nacional e Desenvolvimento Regional. Brasília, Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (2007). Debate sobre o infanticídio em áreas indígenas. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Brasília, Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (2009). Discussão sobre questões relativas a abrigo e a atendimento de diversos problemas indígenas. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Brasília, Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação.

CARDOSO DE OLIVEIRA, R. (2001). A questão étnica: qual a possibilidade de uma ética global? As dimensões culturais da transformação global: uma abordagem antropológica. L. ARIZPE. Brasília, UNESCO: 51-71.

CARVALHO NETTO, M. d. and G. SCOTTI (2011). Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte, Fórum.

DENNINGER, E. (2000). "'Security, diversity, solidarity' instead of 'freedom, equality, fraternity'." Constellations 7(4): 507-521.

DWORKIN, R. (1986). Law's empire. Cambridge, Mass., Belknap Press.

DWORKIN, R. (1996). Freedom's law : the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

DWORKIN, R. (2006). Is democracy possible here? : principles for a new political debate. Princeton, N.J., Princeton University Press.

FEITOSA, S. F. (2010). Pluralismo moral e direito à vida: apontamentos bioéticos sobre a prática do infanticídio em comunidades indígenas no Brasil. Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde. Brasília, UnB. **Mestrado**: 123.

FEITOSA, S. F., V. GARRAFA, et al. (2010). "Bioethics, culture and infanticide in Brazilian indigenous communities: the Zuruahá case." Cad. Saúde Pública 26(5): 853-878.

FERNANDES, L. (2007). Jovens roubam e agridem doméstica e afirmam que a confundiram com prostituta. O Globo. Rio de Janeiro.

FIORAVANTI, M. (2001). Constitución. De la antigüedad a nuestros días. Madrid, Editorial Trotta.

FREIRE, P. (1987). Pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro, Paz e Terra.

GALEOTTI, A. E. (2007). "Relativism, universalism, and applied ethics: the case of female circumcision." Constellations **14**(1): 91-111.

GILLESPIE, D. and M. MELCHING (2010). "The transformative power of democracy and human rights in nonformal education: the case of Tostan." Adult Education Quarterly **XX**(X): 1-22.

GROSSBERG, L. (1996). History, politics and postmodernism - Stuart Hall and cultural studies. Stuart Hall - Critical dialogues in cultural studies. D. Morley and K.-H. Chen. London and New York, Routledge: 151-173.

GÜNTHER, K. (1993). The sense of appropriateness : application discourses in morality and law. Albany, State University of New York Press.

GUTMANN, A. (1993). "The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics." Philosophy and Public Affairs **22**(3): 171-206.

HABERMAS, J. (1997). Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.

HABERMAS, J. (2000). "Remarks on Erhard Denninger's triad of diversity, security and solidarity." Constellations **7**(4): 522-528.

HABERMAS, J. (2002). A inclusão do outro - estudos de teoria política. São Paulo, Edições Loyola.

HABERMAS, J. (2004). Verdade e justificação: ensaios filosóficos. São Paulo, Edições Loyola.

HALL, S. (2003). O problema da ideologia - o marxismo sem garantias. Da diáspora: identidades e mediações culturais. S. Hall. Belo Horizonte, Editora UFMG: 265-293.

HALL, S. (2003). A questão multicultural. Da diáspora: identidades e mediações culturais. S. Hall. Belo Horizonte, Editora UFMG: 51-100.

HALL, S. (2003). Significação, representação, ideologia: Althusser e os debates pós-estruturalistas. Da diáspora: identidades e mediações culturais. S. Hall. Belo Horizonte, Editora UFMG: 160-198.

HOLANDA, M. A. F. (2008). Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do *infanticídio* indígena. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Brasília, UnB. **Mestrado**: 157.

HONIG, B. (1999). "My culture made me do it". Is multiculturalism bad for women? S. M. OKIN. Princeton, New Jersey, Princeton University Press: 35-40.

HONNETH, A. (2001). "Recognition or redistribution? Changing perspectives on the moral order of society." Theory, Culture & Society **18**(2-3): 43-55.

HONNETH, A. (2003). Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo, Editora 34.

JONES, P. (1999). "Human rights, group rights, and peoples' rights." Human Rights Quarterly **21**(1): 80-107.

KELSEN, H. (1998). Teoria pura do direito. São Paulo, Martins Fontes.

KUKATHAS, C. (1992). "Are there any cultural rights?" Political Theory **20**(1): 105-139.

KYMLICKA, W. (1995). Multicultural citizenship : a liberal theory of minority rights. Oxford; New York, Clarendon Press; Oxford University Press.

KYMLICKA, W. (1999). Liberal complacencies. Is multiculturalism bad for women? S. M. OKIN. Princeton, New Jersey, Princeton University Press: 31-34.

KYMLICKA, W. (2007). Multicultural odysseys : navigating the new international politics of diversity. Oxford ; New York, Oxford University Press.

LACERDA, R. F. (2007). Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. Faculdade de Direito. Brasília, UnB. **Mestrado**: 447.

LOBEL, O. (2007). "The paradox of extralegal activism: critical legal consciousness and transformative politics." Harvard Law Review **120**(4): 937-988.

MACKIE, G. (1996). "Ending Footbinding and Infibulation: a convention account." American Sociological Review **61**: 999-1017.

MALDOS, P. (2007). "Brasil: Índio Galdino, dez anos depois." Retrieved 20/9/2011, from <http://www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=PT&cod=27155>.

MARX, K. (2003). Capital. New York, International Publishers.

MAUS, I. (2000). "Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"." Novos Estudos **58**: 183-202.

MEAD, G. H. (1934). Mind, self & society from the standpoint of a social behaviorist. Chicago, Ill., The University of Chicago press.

OKIN, S. M. (1997). "Is multiculturalism bad for women?" Boston Review.

OKIN, S. M. (2002). "'Mistresses of Their Own Destiny': Group Rights, Gender, and Realistic Rights of Exit." Ethics **112**(2): 205.

PAIXÃO, C. (2004). A reação Norte-Americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no Constitucionalismo Contemporâneo: Um estudo a partir da teoria da diferenciação do Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, UFMG. **Doutorado**.

PAULSON, S. (1990). "Kelsen on legal interpretation." Legal Studies: 136-152.

PHILLIPS, A. (2007). Multiculturalism without culture. Princeton, Princeton University Press.

PINEZI, A. K. M. and M. SUZUKI (2008). "Infanticídio e direito de viver: um debate sobre infanticídio Suruwahá, recentes mudanças culturais e direitos humanos." 26a. Reunião Brasileira de Antropologia.

POLLITT, K. (1999). Whose culture? Is multiculturalism bad for women? S. M. OKIN. Princeton, New Jersey, Princeton University Press.

RAWLS, J. (2000). O liberalismo político. São Paulo, Ática.

RAZ, J. (1999). How perfect should one be? And whose culture is? Is multiculturalism bad for women? S. M. OKIN. Princeton, New Jersey, Princeton University Press: 95-99.

ROSENFELD, M. (2010). The identity of the constitutional subject: Selfhood, citizenship, culture, and community. London and New York, Routledge.

SÁNCHEZ BOTERO, E. (2006). Entre el juez Salomón y el dios Sira : decisiones interculturales e interés superior del niño. Bogotá, Gente Nueva Editores.

SANTOS, B. d. S. (1988). O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris.

SANTOS, B. d. S. (2000). A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo, Cortez.

SANTOS, B. d. S. (2003). "Poderá o direito ser emancipatório?" Revista Crítica de Ciências Sociais **65**: 3-76.

SASSEN, S. (1999). Culture beyond gender. Is multiculturalism bad for women? S. M. OKIN. Princeton, New Jersey, Princeton University Press: 76-78.

SCALIA, A. and A. G. (ed) (1997). A matter of interpretation : federal courts and the law : an essay. Princeton, N.J., Princeton University Press.

SCOTTI, G. (2007). "Direito e eticidade: o universalismo dos direitos fundamentais como garantia necessária à reflexividade ética." Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI: 5781-5795.

SCOTTI, G. (2008). A afirmação da justiça como a tese da única decisão correta: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno. Programa de Pós-Graduação em Direito. Brasília, Universidade de Brasília (UnB). **Mestrado**: 115.

SEGATO, R. L. (2006). "Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais." Mana **12**(1): 207-236.

SEGATO, R. L. (2007). Que cada povo trame os fios da sua história: em defesa de um estado restituidor e garantista da deliberação no foro étnico. Audiência pública da Comissão de Direitos Humanos. Brasília: 12.

SEGATO, R. L. (2008). "Que cada pueblo teja los hilos de su historia: El pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores." Retrieved 28/11/2010, from [www.cimi.org.br/](http://www.cimi.org.br/).

SEGATO, R. L. (2010). Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial. La Cuestión Descolonial (no prelo - manuscrito gentilmente cedido pela autora). A. b. y. J. M. a. N. Quijano. Lima, Universidad Ricardo Palma - Cátedra América Latina y la Colonialidad del Poder.

SEMBENE, O. (2004). Moolaadé. Senegal/França.

Shachar, A. (2000). "On Citizenship and Multicultural Vulnerability." Political Theory **28**(1): 64.

SHELL-DUNCAN, B. (2008). "From Health to Human Rights: Female Genital Cutting and the Politics of Intervention." American Anthropologist **110**(2): 225-236.

SINGER, P. (1993). Practical ethics. Cambridge, UK, Cambridge University Press.

STEVENS JR., G. (1991). Separate but equal. EUA.

TALBOTT, W. J. (2005). Which rights should be universal? New York ; Oxford, Oxford University Press.

TAMANAH, B. Z. (2000). "A non-essentialist version of legal pluralism." Journal of Law and Society **27**(2): 296-321.

TAMIR, Y. (1999). Siding with the underdogs. Is multiculturalism bad for women? S. M. OKIN. Princeton, New Jersey, Princeton University Press: 47-52.

TEUBNER, G. (1997). Global law without a state. Aldershot, England, Dartmouth.

WALDRON, J. (1992). "Minority cultures and the cosmopolitan alternative." University of Michigan Journal of Law Reform 25(3&4): 751-793.

WOODMAN, G. R. (1998). "Ideological combat and social observation: recent debate about legal pluralism." Journal of Legal Pluralism 42: 39.

### ***Bibliografia adicional consultada***

ALEXY, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 5, p. 139-151.

ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXY, R. (2000) On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 294-304.

ALEXY, R. (2006). Discourse Theory and Fundamental Rights. In: MENÉNDEZ, Agustín J.; ERIKSEN, Erik O. *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer.

BENHABIB, S., J. Waldron, et al. (2006). Another cosmopolitanism. Oxford ; New York, Oxford University Press.

BERLIN, I. *Liberty: Incorporating four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

CARDOSO DE OLIVEIRA, R. (2000). "Ação indigenista, eticidade e o diálogo interétnico." Estudos Avançados 14(40): 213-230.

CARVALHO NETTO, M. D. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, maio 1999.

CHUEIRI, V. K. (2004). Before the law: Philosophy and Literature (the Experience of that Which one cannot Experience). *Graduate Faculty of Political and Social Science*, New York, New School University, Ph.D.: 262.

DWORKIN, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

DWORKIN, R. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

DWORKIN, R. (1992). The Concept of Unenumerated Rights. *University of Chicago Law Review*, 59, p. 381-432.

DWORKIN, R. (1996). Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. *Philosophy & Public Affairs*, v. 25, n. 2, p. 87-139.

DWORKIN, R. (1998). The Partnership Conception of Democracy. *California Law Review*, 86, p. 453-458.

DWORKIN, R. (2002). Taking Rights Seriously in Beijing. *The New York Review of Books*, v. 49, n. 14.

DWORKIN, R. (2006). Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy. In: DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.

DWORKIN, R. (2006). Moral Pluralism. In: DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.

DWORKIN, R. (2006). Originalism and Fidelity. In: DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.

DWORKIN, R.; HABERMAS, J. *et al.* (1999). ¿Impera el derecho sobre la política?. *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*, v. 1, n. 1.  
FERRARA, F. (1963). *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Arménio Amado.

GADAMER, H. G. (1997). *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes.

GREGG, B. (2003). *Thick moralities, thin politics: social integration across communities of belief*. Durham, Duke University Press.

GÜNTHER, K. (1995). Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, n. 17/18, p. 271-302.

HABERLE, P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, J. (1987). A pretensão de universalidade da hermenêutica. In: HABERMAS, J. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre: L&PM.

HABERMAS, J. (2003). "On law and disagreement. Some comments on "interpretative pluralism"." *Ratio Juris* 16(2): 187-194.



HABERMAS, J. (2005). "Equal treatment of cultures and the limits of postmodern liberalism." Journal of Political Philosophy 13(1): 1-28.

HASSOUN, N. and U. Kriegel (2008). Consciousness and the Moral Permissibility of Infanticide. Journal of Applied Philosophy, Blackwell Publishing Limited. 25: 45-55.

JUNQUEIRA, R. D. (2009). "Valores universais ou valores tradicionais? Universalismo versus relativismo: um falso problema." Série Anis IX(71).

KOHLBERG, L. (1958). The Development of Modes of Moral Thinking and Choice in the Years 10 to 16. *Department of Psychology*. Chicago, University of Chicago. Ph.D.: 491.

KUHN, T. S. (1996). *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva.

LUHMANN, N. (1996). La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi.

MARRAMAO, G. (2007). Passato e futuro dei diritti umani – Dall'“ordine posthobbesiano” al cosmopolitismo della differenza. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte.

MCMAHAN, J. (2007). "Infanticide." Utilitas 19(02): 131-159.

MOUFFE, C. (1994). Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 2, p. 87-108, jul./dez.

MOUFFE, C. Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?. *Social Research*, v. 66, n. 3, p. 745-758, 1999.

NEVES, M. (2009). Transconstitucionalismo. São Paulo, Martins Fontes.

OKIN, S. M. (1998). "Feminism and multiculturalism: Some tensions." Ethics 108(4): 661.

RAZ, J. (1998). Multiculturalism. Ratio Juris, Blackwell Publishing Limited. 11: 193.

ROSENFELD, M. (1998). Just interpretations: law between ethics and politics. Berkeley, University of California Press.

ROSENFELD, M. and A. ARATO (1998). Habermas on law and democracy : critical exchanges. Berkeley, University of California Press.

ROSENFELD, M. (2000). Comprehensive pluralism is neither an overlapping consensus nor a modus vivendi: a reply to Professors Arato, Avineri, and Michelman. *Cardozo Law Review* v, 21, 1971-1997.

SANTOS, B. d. S., Ed. (2003). Reconhecer para libertar - os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.

SEGATO, R. L. (2010). "Leaving behind cultural relativism to endorse historical pluralism." *Cad. Saúde Pública* 26(5): 853-878.

SHACHAR, A. (1998). "Group Identity and Women's Rights in Family Law: The Perils of Multicultural Accommodation." *Journal of Political Philosophy* 6(3): 285-305.

SIMONIAN, L. (2001). As mulheres e o infanticídio entre os Amundawa e Urueu-Wau-Wau, Rondônia. Mulheres da Amazônia Brasileira: entre o trabalho e a cultura. Belém/PA, NAEA/UFPA.

SUNDER, M. (2001). "Cultural dissent. (attempts to broaden terms of a community's cultural membership)." *Stanford Law Review* 54(3): 495(473).

TAYLOR, C., A. GUTMANN, et al. (1994). Multiculturalism : examining the politics of recognition. Princeton, N.J., Princeton University Press.

WALDRON, J. (1999). "How to argue for a universal claim". *Columbia Human Rights Law Review* 30:305.

WALDRON, J. (2000). "What is cosmopolitan?" *The Journal of Political Philosophy* 8:2

WALDRON, J. (2002). "One Law for All? The Logic of Cultural Accommodation." *Wash. & Lee Law Review* 3.

WITTGENSTEIN, L. (2000). *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural.

**PROJETO DE LEI Nº \_\_\_\_ 2007**

**(Do Sr. Henrique Afonso)**

*Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais.*

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**Art. 1º.** Reafirma-se o respeito e o fomento a práticas tradicionais indígenas e de outras sociedades ditas não tradicionais, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos humanos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal e internacionalmente reconhecidos.

**Art. 2º.** Para fins desta lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como

- I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores;
- II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla;
- III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais;
- IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero;
- V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão;
- VI. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo;
- VII. homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;
- VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo;
- IX. homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto

- X. de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição;
- XI. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas;
- XII. Maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança.
- XIII. Todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional.

**Art. 3º.** Qualquer pessoa que tenha conhecimento de casos em que haja suspeita ou confirmação de gravidez considerada de risco (tais como os itens mencionados no artigo 2º), de crianças correndo risco de morte, seja por envenenamento, soterramento, desnutrição, maus-tratos ou qualquer outra forma, serão obrigatoriamente comunicados, preferencialmente por escrito, por outras formas (rádio, fax, telex, telégrafo, correio eletrônico, entre outras) ou pessoalmente, à FUNASA, à FUNAI, ao Conselho Tutelar da respectiva localidade ou, na falta deste, à autoridade judiciária e policial, sem prejuízo de outras providências legais.

**Art. 4º.** É dever de todos que tenham conhecimento das situações de risco, em função de tradições nocivas, notificar imediatamente as autoridades acima mencionadas, sob pena de responsabilização por crime de omissão de socorro, em conformidade com a lei penal vigente, a qual estabelece, em caso de descumprimento:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

**Art. 5º.** As autoridades descritas no art. 3º respondem, igualmente, por crime de omissão de socorro, quando não adotem, de maneira imediata, as medidas cabíveis.

**Art. 6º.** Constatada a disposição dos genitores ou do grupo em persistirem na prática tradicional nociva, é dever das autoridades judiciais competentes promover a retirada provisória da criança e/ou dos seus genitores do convívio do respectivo grupo e determinar a sua colocação em abrigos mantidos por entidades governamentais e não governamentais, devidamente registradas nos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente. É, outrossim, dever das mesmas autoridades gestionar, no sentido de demovê-los, sempre por meio do

diálogo, da persistência nas citadas práticas, até o esgotamento de todas as possibilidades ao seu alcance.

**Parágrafo único.** Frustradas as gestões acima, deverá a criança ser encaminhada às autoridades judiciárias competentes para fins de inclusão no programa de adoção, como medida de preservar seu direito fundamental à vida e à integridade físico-psíquica.

**Art. 7º.** Serão adotadas medidas para a erradicação das práticas tradicionais nocivas, sempre por meio da educação e do diálogo em direitos humanos, tanto em meio às sociedades em que existem tais práticas, como entre os agentes públicos e profissionais que atuam nestas sociedades. Os órgãos governamentais competentes poderão contar com o apoio da sociedade civil neste intuito.

**Art. 8º.** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

## JUSTIFICAÇÃO

A presente proposição visa cumprir o disposto no Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulga a Convenção sobre os direitos da criança, a qual, além de reconhecer o direito à vida como inerente a toda criança (art. 6º), afirma a prevalência do direito à saúde da criança no conflito com as práticas tradicionais e a obrigação de que os Estados-partes repudiem tais práticas, ao dispor, em seu artigo 24, nº 3, o seguinte:

*“Os Estados-partes adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança”.*

Também visa cumprir recomendação da Assembléia Geral das Nações Unidas para o combate a práticas tradicionais nocivas, como estabelecido na Resolução A/RES/56/128, de 2002, a qual faz um chamamento a todos os Estados para que:

***“Formulem, aprovem e apliquem leis, políticas, planos e programas nacionais que proíbam as práticas tradicionais ou consuetudinárias que afetem a saúde da mulher e da menina, incluída a mutilação genital feminina, e processem quem as perpetrem”.***

Cabe pontuar que a menção à mutilação genital feminina é meramente exemplificativa, como uma das práticas tradicionais nocivas que têm sido combatidas, pelo fato de afetar a saúde da mulher e da menina. Não há, entretanto, registros desta prática consuetudinária no Brasil.

A Resolução A/S-27/19, também da Assembléia Geral da ONU, chamada de “Um mundo para as crianças”, estabelece como primeiro princípio:

***Colocar as crianças em primeiro lugar. Em todas as medidas relativas à infância será dada prioridade aos melhores interesses da criança.***

Destaca-se que a expressão “melhor interesse da criança”, presente na legislação nacional e internacional é, hoje, um princípio em nosso ordenamento jurídico e, mesmo sendo passível de relativização no caso concreto, existe um norte a seguir, um mínimo que deve ser respeitado na aplicação do mesmo: os direitos fundamentais da criança.

E como estratégia para proteger as crianças de todas as formas de maus-tratos, abandono, exploração e violência, dispõe a Resolução A/S-27/19, no ítem 44:

***“Dar fim às práticas tradicionais e comuns prejudiciais, tais como o matrimônio forçado e com pouca idade e a mutilação genital feminina, que transgridam os direitos das crianças e das mulheres”.***

Urge destacar que todas as crianças encontram-se sob a proteção da própria Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 227, garante o direito à vida e à saúde a todas as crianças. A mesma proteção é garantida pelo

Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, em seu art. 7º, estabelece que a criança tem direito a proteção à vida e à saúde.

Também o Código Civil determina, em seu art. 1º, que toda pessoa (incluindo, obviamente, as crianças) é capaz de direitos e deveres na ordem civil e, em seu art. 2º, que o começo da personalidade civil se dá com o nascimento com vida (deixando claro que os neonatos já são titulares de personalidade civil).

Demonstra-se, portanto, que os diplomas legais acima referidos garantem o direito à vida como o direito por excelência. Desta maneira, o Estado brasileiro deve atuar no sentido de amparar todas as crianças, independentemente de suas origens, gênero, etnia ou idade, como sujeitos de direitos humanos que são. Obviamente, as tradições são reconhecidas, mas não estão legitimadas a justificar violações a direitos humanos, como dispõe o art. 8, nº 2, do Decreto 5.051/2004, o qual promulga a Convenção 169 da OIT.

Desta maneira, não se pode admitir uma interpretação desvinculada de todo o ordenamento jurídico do art. 231 da Constituição, o qual reconhece os costumes e tradições aos indígenas. É necessário que este artigo seja interpretado à luz de todos os demais artigos mencionados acima, bem como o art. 5º sobre os direitos fundamentais da Constituição, o qual norteia todo o ordenamento jurídico nacional.

É importante destacar um trecho do estudo intitulado “Assegurar os direitos das crianças indígenas”, realizado pelo Instituto de Pesquisas Innocenti, da UNICEF, que diz o seguinte:

*“Por outro lado, as reivindicações de grupo que pretendem conservar práticas tradicionais que pelos demais são consideradas prejudiciais para a dignidade, a saúde e o desenvolvimento do menino ou da menina (este seria o caso, por exemplo, da mutilação genital feminina, do matrimônio não consensual ou de castigos desumanos ou degradantes infligidos sob pretexto de comportamentos anti-sociais) transgridem os direitos do indivíduo e, portanto, a comunidade não pode legitimá-los como se se tratasse de um de seus direitos. Um dos princípios-chave que tem vigência*

***no direito internacional estabelece que o indivíduo deve receber o mais alto nível possível de proteção e que, no caso de crianças, “o interesse superior da criança” (artigo 3º da Convenção sobre os direitos da criança) não pode ser desatendido ou violado para salvaguardar o interesse superior do grupo”.***

É importante destacar que a cultura é dinâmica e não imutável. A cultura não é o bem maior a ser tutelado, mas sim o ser humano, no intento de lhe propiciar o bem-estar e minimizar seu sofrimento. Os direitos humanos perdem, completamente, o seu sentido de existir, se o ser humano for retirado do

centro do discurso e da práxis. Portanto, a tolerância (no sentido de aceitação, reconhecimento da legitimidade) em relação à diversidade cultural deve ser norteadada pelo respeito aos direitos humanos.

Desta forma, entende-se que práticas tradicionais nocivas, as quais se encontram presentes em diversos grupos sociais e étnicos do nosso país, não podem ser ignoradas por esta casa e, portanto, merecem enfrentamento, por mais delicadas que sejam.

Sabe-se que, por razões culturais, existe a prática de homicídio de recém-nascidos, o abuso sexual de crianças (tanto por parte de seus genitores, quanto por parte de estranhos), a desnutrição intencional, entre outras violações a direitos humanos fundamentais. Destaca-se que tais práticas não se circunscrevem a sociedades indígenas, mas também a outras sociedades ditas não tradicionais.

Há que ressaltar, também, o sofrimento por parte dos genitores que, muitas vezes, não desejam perpetrar tais práticas, mas acabam obrigados a se submeterem a decisões do grupo, tendo, assim, seus próprios direitos humanos violados (como, por exemplo, sua integridade psíquica).

Quando a família ou o grupo não deseja rejeitar a criança, mas sim buscar alternativas, a atuação do governo deve guiar-se pelo princípio fundamental de respeito à vida e à dignidade humana, os quais permeiam todo o ordenamento jurídico brasileiro e dar a assistência necessária para que a família ou o grupo possam continuar com a criança.

Porém, se um grupo, depois de conhecer os meios de evitar as práticas tradicionais nocivas, não demonstrar vontade de proteger suas crianças,



entende-se que a criança deveria ser encaminhada, provisoriamente, a instituições de apoio, governamentais ou não, na tentativa de ainda conseguir a aceitação da família ou do grupo. Se esta tentativa for frustrada, então a alternativa da adoção poderia ser adequada, pois garante o direito à vida que a criança possui. É imprescindível destacar que este processo todo deve ser realizado, em todos os momentos, com base no diálogo.

Preocupada com a postura dos órgãos governamentais de não interferir em práticas tradicionais que se choquem com os direitos humanos fundamentais, postura esta embasada no relativismo radical e demonstradamente contrária ao ordenamento jurídico brasileiro e à legislação internacional, a organização não-governamental ATINI – Voz pela Vida, que defende o direito humano universal e inato à vida, reconhecido a todas as crianças, empenha-se no enfrentamento e debate sobre as práticas tradicionais que colidem com os direitos humanos fundamentais.

De acordo com pesquisas realizadas pela ATINI, existem poucos dados oficiais a respeito do coeficiente de mortalidade infantil em razão de práticas tradicionais. Segundo dados da FUNASA, entre a etnia Yanomami, o número de homicídios elevou o coeficiente de mortalidade infantil de 39,56 para 121, no ano de 2003. Ao todo, foram 68 crianças vítimas de homicídio, naquele ano.<sup>1</sup> No ano seguinte, 2004, foram 98 as crianças vítimas de homicídio (erroneamente divulgado como infanticídio).<sup>2</sup>

Também foi divulgado pela mídia um caso de gravidez de uma criança de 9 anos, da etnia Apurinã, com suspeita de que haja sido por estupro.<sup>3</sup>

Fica clara a urgência de providências que este assunto demanda, visto que inúmeras crianças, as quais devem ter seus direitos e interesses postos em primeiro lugar, têm sido vítimas silenciosas de práticas tradicionais nocivas e sem que haja providências suficientes para cessar estas violações à sua dignidade e a seus direitos fundamentais mais básicos, dos quais elas são indiscutivelmente titulares.

Objetivando tornar realidade os propósitos da ATINI – Voz pela Vida, manifestados nesta justificação, venho assumir a tarefa de apresentar esta proposta de Projeto de Lei.

---

<sup>1</sup> COMISSÃO PRÓ-YANOMAMI. Yanomami na Imprensa. **Conselho Yanomami se reúne para aprovar Plano Distrital de Saúde.** Fonte: Brasil Norte, 26 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia&id=3382>>, acesso em 02.01.2006.

<sup>2</sup> COMISSÃO PRÓ-YANOMAMI. Yanomami na Imprensa. **Parabólicas.** Fonte: Folha de Boa Vista, 11 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia&id=3977>>, acesso em 20.03.2006.

<sup>3</sup> Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI949683-EI306,00.html>

Dada a importância do tema conto com o apoio dos nobres parlamentares para a  
provação do presente Projeto de Lei.

Sala das Sessões, maio de 2007.

Deputado HENRIQUE AFONSO  
(PT/AC)

**COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS**

**PROJETO DE LEI N. 1.057, DE 2007**

Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais.

Autor: Deputado Henrique Afonso  
Relator: Deputada Janete Rocha Pietá

## I – RELATÓRIO

Trata-se de proposição com o objetivo de combater práticas de comunidades indígenas e outras sociedades não tradicionais que sejam nocivas à proteção dos direitos fundamentais de crianças.

Alega o nobre Autor que “a presente proposição visa cumprir o disposto no Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual, além de reconhecer o direito à vida como inerente a toda criança (art. 6º), afirma a prevalência do direito da criança à saúde, em caso de conflito com as práticas tradicionais, e a obrigação de que os Estados-partes repudiem tais práticas”.

Compete-nos o pronunciamento quanto ao mérito da proposta.

É o relatório.

## II - VOTO DO RELATOR

O projeto de lei que ora se examina pretende reafirmar o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas e de outras sociedades não tradicionais, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos humanos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal e internacionalmente reconhecidos.

Ocorre que o projeto em questão põe em evidência o forte dilema que envolve o tema do infanticídio indígena, tanto entre os povos indígenas, quanto no meio acadêmico, que conta com duas correntes antropológicas distintas. Por um lado, argumenta-se que não há valores universais que orientam a humanidade mas, sim, valores inerentes a cada cultura, que define seus próprios padrões de bem e mal e os utiliza para julgar o comportamento dos indivíduos desse grupo social. Neste caso, há uma contraposição a qualquer processo de mudança por se considerar que as presentes normas culturais são perfeitas em si.

Por outro lado, o argumento utilizado é que o homem compartilha alguns valores, independente de sua cultura, e que o intercâmbio de idéias e valores entre as culturas não é etnocida. Ao contrário, é enriquecedor e permite ao grupo social refletir sobre seus problemas e encontrar soluções internas distintas das adotadas até então. Defende-se que o diálogo, praticado com base no respeito mútuo, é construtivo e pode transmitir conhecimento aplicável em diferentes contextos culturais.

Na verdade, há que se considerar não só o avanço da teoria antropológica, como também as conquistas mais recentes das populações indígenas do mundo todo. Não podemos ignorar o grande passo dado pelo Brasil na conquista de uma política indigenista moderna e inclusiva. Esse passo importante foi a promulgação da Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais que, através do Decreto nº 5.051, artigo 8º, nº 2, assinado pelo Presidente da República, em 19 de abril de 2004, dispõe o seguinte:

*“Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos humanos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.”*

No bojo da discussão teórica e legal que envolve o tema, cabe ponderar os diferentes posicionamentos defendidos em documentos encaminhados a esta relatoria e em Audiência Pública realizada nesta Casa, com a finalidade de discutir o projeto de lei que ora apreciamos. A principal dificuldade parece ser a tentativa de coibir práticas consideradas nocivas, por meio da obrigatoriedade imposta a qualquer cidadão de notificar às autoridades responsáveis sempre que tiver conhecimento de situações de risco em função de tradições nocivas, sob pena de responsabilização por crime de omissão de socorro, em conformidade com a lei penal vigente.

Outro ponto controverso é o uso do termo “nocivas” para denominar algumas práticas tradicionais dos povos indígenas, o que atribui, mesmo que implicitamente, a pecha de cruéis a esses povos e, por via de consequência, deixa de considerar sua pluralidade cultural, colocando-os à margem da sociedade.

Em função de tratar-se de questão polêmica entre os próprios povos indígenas, a cautela é aconselhada, como argumenta a Funai, “sob pena de expor os povos indígenas que mantêm essa prática a um julgamento prematuro por parte da sociedade não indígena, especialmente aqueles segmentos que buscam pretextos para marginalizar cada vez mais esses povos”.

É importante reconhecer que há, de fato, entidades filantrópicas formadas por indígenas e não indígenas que têm trabalhado ativamente no combate às práticas tradicionais. Por outro lado, lideranças indígenas como Valéria Payê, do Fórum em Defesa dos Direitos Indígenas-FDDI, em sua apresentação na referida Audiência Pública, resgatou a experiência do seu grupo indígena que aboliu práticas tradicionais de sacrifício de crianças há cerca de 30 anos. Ela ressaltou que isso ocorreu após um processo interno de discussão liderado pelas mulheres indígenas. Insistiu que não há a

necessidade de interferência brutal de fora, mas sim a apropriação da discussão pelas comunidades indígenas, respeitando o tempo de cada uma. De igual teor é a Moção aprovada na II Conferência Nacional de Política para as Mulheres.

Assim, são necessárias, sim, iniciativas de caráter conscientizador. Garantir o direito à vida das crianças, mulheres e famílias indígenas deve ser consequência da criação e implantação de políticas públicas. Paralelamente à valorização do direito à vida, tais iniciativas devem privilegiar o protagonismo da mulher indígena. Ademais, serão um princípio balizador fundamental os conceitos preconizados no art. 231 da Constituição Federal, que determina a proteção e respeito aos bens materiais e culturais dos indígenas:

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

No que tange à criminalização daqueles que tiverem conhecimento da ocorrência das práticas tradicionais (arts. 3º a 5º do projeto), trata-se de equívoco, no nosso entender, pois o desenvolvimento de trabalhos junto aos povos indígenas ficaria inviabilizado frente à obrigação legal de delação imposta a esses trabalhadores. Essa situação, por si só, dificultaria o diálogo previsto no art. 6º do projeto.

Por isso, entendemos que devem ser criados um Conselho Nacional de Direitos Indígenas (CNDI) e um Conselho Tutelar Indígena. Tais órgãos teriam as atribuições de tratar, respectivamente, da discussão de questões culturais próprias dos grupos indígenas, elaborando campanhas de conscientização destinadas a promover mudanças entre esses grupos, e a promoção de medidas voltadas para o bem-estar das crianças e adolescentes indígenas. E também recomendamos a instituição do Fundo Social Nacional dos Direitos Indígenas. Nesse sentido, estaremos encaminhando a Indicação de criação desses órgãos através dos mecanismos adequados.

Também importante ressaltar que a proposição em tela tem como foco principal assegurar o exercício dos direitos à vida e à saúde de crianças indígenas, e nisso é de inegável relevância e merece prosperar. Entretanto, de acordo com os argumentos apresentados, faz-se necessário aperfeiçoá-la, adotando uma redação calcada na Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas, como também adequá-la à técnica legislativa.

Diante do exposto, somos pela aprovação do Projeto de Lei nº 1.057, de 2007, de autoria do nobre Deputado Henrique Afonso, na forma do substitutivo anexo.

Sala da Comissão, em 1º de junho de 2011.

Deputada Janete Rocha Pietá  
Relatora

## COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS

### SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI N. 1.057, DE 2007

Acrescenta o art. 54-A à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescente-se o art. 54-A à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973:

“Art.54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Parágrafo único. Cabe aos órgãos responsáveis pela política indigenista oferecerem oportunidades adequadas aos povos indígenas de adquirir conhecimentos sobre a sociedade em seu conjunto quando forem verificadas, mediante estudos antropológicos, as seguintes práticas:

- I – infanticídio;
- II - atentado violento ao pudor ou estupro;
- III - maus tratos;
- IV - agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores.”

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em 1º de junho de 2011.

Deputada Janete Rocha Pietá  
Relatora

**PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº, DE 2008**  
**(Do Sr. Pompeo de Mattos e outros)**

Altera o *caput* do art. 231 da  
Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O *caput* do art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios, **respeitada a inviolabilidade do direito à vida nos termos do art. 5º desta Constituição**, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

.....” (NR).

Art. 2º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

**Justificação**

Sendo a inviolabilidade do direito à vida garantia constitucional fundamental assegurada a todo brasileiro, sem distinção de qualquer natureza, parece-nos apropriado e plenamente justificável reforçar a necessidade de sua aplicação entre os índios, sobretudo ante o risco da prática de infanticídio de ordem étnico-cultural, seja em caso de aborto seja em caso de homicídios de recém-nascidos.

Fazer respeitar o direito à vida humana entre os indígenas não constitui desrespeito ou afronta a sua cultura, mas, pelo contrário, configura respeito a

sua particularidade cultural no âmbito da sociedade brasileira, a qual, por meio da Carta Constitucional de 1988, considera inviolável o direito à vida de todos os brasileiros, inclusive os indígenas, e estrangeiros.

O direito à vida é assegurado também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948, da qual o Brasil é signatário. Nesse documento, o mais traduzido do mundo, registram-se os princípios básicos do humanitarismo mundial, dentre os quais figura inalienável o direito à vida.

Consideramos que a atual redação do *caput* do art. 231 da Constituição Federal, por não reforçar a aplicabilidade do disposto no art. 5º relativamente à inviolabilidade do direito à vida, dá margem ao entendimento de que práticas de homicídio em contexto étnico-cultural específico, tais como o infanticídio, são aceitas por nosso ordenamento constitucional, razão pela qual apresentamos a presente Proposta de Emenda à Constituição com vistas a sua alteração.

Pelo exposto, dada a relevância da matéria, esperamos contar com o apoio dos nobres pares para a mais célere aprovação da presente Proposta de Emenda à Constituição.

Sala das Sessões, em 11 de novembro de 2008.

**POMPEO DE MATTOS**

**DEPUTADO FEDERAL**

**Presidente da CDHM**

**PDT - RS**



**COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA**

**PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 303, DE 2008**

Altera o *caput* do art. 231, da  
Constituição Federal.

**Autor:** Deputado Pompeo de Mattos

**Relator:** Deputado Regis de Oliveira

**Sumário.** 01. Alteração do art. 231 da Constituição Federal. Possibilidade. Inclusão da cláusula de inviolabilidade do direito à vida. Limites de alteração. Imutabilidade das cláusulas pétreas. Limitações do poder constituinte derivado. O art. 231 como garantidor dos costumes, língua, crenças e tradições dos índios. Promoção gradativa da integração do silvícola na sociedade brasileira. O infanticídio como parte da cultura e da vida indígenas. Estudo sobre a antropologia da cultura indígena. A aprovação da PEC 303/08 envolve agressão à comunidade. Da compatibilidade com o princípio da soberania nacional. Compatibilidade do infanticídio com o direito à vida. Os efeitos da esfera penal. Conclusão.

**I – Relatório**

A proposta de emenda à Constituição nº. 303/2008, de autoria do nobre deputado Pompeo de Mattos, **pretende alterar o *caput* do art. 231, da Constituição Federal, que reconhece aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições.**

**Texto atual:**

*Artigo 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (grifei)*

A presente proposta altera a redação do citado dispositivo, estabelecendo que tais direitos têm que respeitar a inviolabilidade do direito à vida, nos termos do *caput* do art. 5º, da Constituição Federal.

*Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifei)*

O deputado Pompeo de Mattos visa com tal iniciativa impedir a prática de infanticídio de ordem étnico-cultural.

Texto sugerido:

*Artigo 231 - São reconhecidos aos índios, respeitadas a inviolabilidade do direito à vida nos termos do art. 5º desta Constituição, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (grifei)*

O autor do projeto esclarece que a atual redação do *caput* do art. 231, da Constituição Federal, por não reforçar a aplicabilidade do disposto no *caput* do art. 5º, referente à inviolabilidade do direito à vida, dá margem ao entendimento equivocado de que a prática desses ilícitos é aceita pelo ordenamento jurídico vigente.

É o relatório.

## II – Voto do Relator

Conforme determina o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art. 32, IV, b, c/c art. 202), cumpre que esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania se pronuncie acerca da **admissibilidade das propostas de emenda à Constituição**.

*Art. 32 – São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade:*

*IV – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania:*

*b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição; (grifei)*

**Art. 202** – *A proposta de emenda à Constituição será despachada pelo Presidente da Câmara à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que se pronunciará sobre sua admissibilidade, no prazo de cinco sessões, devolvendo-a à Mesa com o respectivo parecer. (grifei)*

A proposição foi **legitimamente apresentada**, tendo sido confirmadas, pela Secretaria-Geral da Mesa, **188 (cento e oitenta e oito) assinaturas**, número este superior ao mínimo exigido constitucionalmente.

De outra parte, **não há óbice circunstancial que impeça a regular tramitação da proposição**. O País encontra-se em plena normalidade político institucional, não estando em vigor intervenção federal, estado de defesa, ou estado de sítio.

### **Da Imutabilidade das Cláusulas Pétreas**

Entretanto, apesar de louvável a intenção do brilhante deputado Pompeo de Mattos de coibir a prática do crime de infanticídio pelos silvícolas, entendo que **esta proposta é inconstitucional, porque afronta cláusula pétrea**, prevista no inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição Federal, na medida em que **restringe direitos e garantias assegurados aos índios**.

As cláusulas pétreas são normas constitucionais que **impedem, de forma absoluta, a revogação ou modificação de determinados artigos, que tratam de matérias de fundamental importância**.

O presente projeto **viola direito essencial assegurado aos índios de viverem de acordo com seus costumes, crenças e tradições, sem sofrer interferência da cultura dos outros povos, consagrado no art. 231, da Constituição Federal**.

É importante esclarecer que a tese que aqui se adota **se refere aos índios que não tiveram ou que tiveram pouco contato com a chamada civilização, ou seja, aqueles que se mantêm, ainda, em estado primitivo**.

O inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Magna Carta, determina que **não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais**.

*Artigo 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*

*§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

#### *IV - os direitos e garantias individuais. (grifei)*

De acordo com o sistema jurídico adotado pela Constituição Federal, **as denominadas cláusulas pétreas podem ser alteradas somente pelo poder constituinte originário.**

#### **Das Limitações do Poder Constituinte Derivado**

Os poderes “constituídos” da República são os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. **Se eles são constituídos, significa dizer que alguma entidade os constituiu, portanto, existe um poder maior que constituiu os poderes constituídos. É esse o poder constituinte.**

O poder constituinte é aquele capaz de editar uma Constituição, dar forma ao Estado e constituir os Poderes. **O titular desse poder é o povo.**

Este poder é exercido por **um órgão colegiado (assembleia constituinte) ou um grupo de pessoas que se invista desse poder (é o caso das constituições outorgadas).**

Quando o constituinte originário exercita o poder de editar uma nova Constituição, **ele tem consciência de que, ao passar dos anos, haverá necessidade de modificações nessa constituição.**

Diante dessa situação, **o constituinte originário estabelece quando, por quem e de que maneira poderão ser feitas essas modificações.**

Esse poder de modificar a Constituição Federal é um **poder constituinte derivado**, que será exercido pelo Congresso Nacional, por meio de reforma constitucional ou emendas constitucionais, **sendo chamado também de poder constituinte reformador.**

O poder constituinte originário tem **três características: inicialidade, autonomia e incondicionalidade.**

O poder constituinte originário é inicial, porque não se fundamenta em nenhum outro; **é autônomo, visto que não se submete a limitações de natureza material**; e é incondicional, visto que delibera da forma que lhe aprouver, não estando submetido a condicionamentos formais.

Embora seja autônomo, **o poder constituinte originário está, no entanto, limitado ao direito natural (limites transcendentais).** Assim, a autonomia do poder constituinte ordinário não significa que ele seja ilimitado.

Os positivistas chamam essa categoria de **poder soberano**, pois o **poder constituinte originário não se submete a nenhum limite do direito positivo**.

O **poder constituinte reformador** também tem três características: é derivado, porque decorre do poder inicial; **é subordinado, visto ser sujeito a limitações de natureza material, chamadas de “cláusulas pétreas”**; e é condicionado, na medida em que se submete a condicionamentos formais.

Quando o constituinte originário estabeleceu que o exercente do poder reformador seria o Congresso Nacional e que a **maneira dessa reforma seria por meio de proposta de emenda à Constituição, ele estabeleceu limites à reforma constitucional**. Se houver violação aos limites previamente estabelecidos a proposta será considerada inconstitucional.

**Os limites ao poder reformador podem ser procedimentais, circunstanciais, temporais ou materiais.**

**As limitações materiais explícitas estão expressamente dispostas no § 4º, do art. 60 (cláusulas pétreas).**

O § 4º, do art. 60, da Magna Carta, dispõe que:

***Artigo 60** - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*

***§ 4º** - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

*I - a forma federativa de Estado;*

*II - o voto direto, secreto, universal e periódico;*

*III - a separação dos Poderes;*

***IV - os direitos e garantias individuais. (grifei)***

Ressalte-se que a **vedação atinge a pretensão de modificar qualquer “elemento conceitual” desses temas**.

**Sobre as limitações de reforma constitucional, o professor José Afonso da Silva<sup>1</sup>, assim se manifestou:**

*“É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado’, ‘fica abolido o voto direto...’, ‘passa a vigorar a concentração de Poderes’, ou ainda*

---

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 8ª edição, 1992, página 584.

*'fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o habeas corpus, o mandado de segurança...'. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, 'tenda' (emendas tendentes, diz o texto, para sua abolição". (grifei)*

No caso em tela, **não é necessário que a proposta suprima expressamente o direito dos silvícolas de viverem de acordo com seus costumes, crenças e tradições para ser invalidada.**

Com efeito, **basta a simples restrição desses direitos, com a imposição aos índios de regras de condutas estabelecidas em nosso ordenamento jurídico, para que a emenda seja considerada inconstitucional.**

Concluí-se, portanto, que o poder constituinte reformador ou derivado **não pode suprimir os direitos e garantias individuais, tanto os relacionados no art. 5º como os previstos em outros artigos da Magna Carta, por intermédio de proposta de emenda à Constituição, pois tais prerrogativas são consideradas cláusula pétrea.**

## **Do Direito à Preservação da Cultura Indígena**

Indiscutivelmente, **a possibilidade de os índios viverem de acordo com seus costumes, crenças e tradições, sem a interferência da cultura de outros povos, é um direito fundamental assegurado pelo art. 231, da Magna Carta.**

*Art. 231 – São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.*

É importante esclarecer que os direitos e garantias expressos no art. 5º, da Constituição Federal, **não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que previstos no texto constitucional.**

Isto significa que além dos direitos individuais relacionados no art. 5º, **existem outros distribuídos no texto da Constituição, com o mesmo status.**

Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (Adin nº 939-7/DF) **ao considerar cláusula pétrea, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária),** entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, pois,

*"admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados". (grifei)*

Desta forma, **a prerrogativa de os índios viverem de acordo com seus costumes, crenças e tradições,** apesar de não estar relacionada expressamente no art. 5º, **recebe o mesmo tratamento de direito e garantia individual, porque decorre do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal.**

Conseqüentemente, **sendo considerado um direito e uma garantia individual passa a ser classificado como cláusula pétrea, não podendo ser revogado ou modificado pelo poder constituinte reformador.**

Em outras palavras, **esse direito fundamental não pode ser suprimido ou limitado por intermédio de proposta de emenda à Constituição, que é um instrumento do poder constituinte derivado. Tal alteração depende de uma nova constituinte, isto é, da iniciativa do poder constituinte originário.**

## **Da Mudança de Filosofia**

O Estatuto do Índio, Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, de maneira equivocada, adotou posição ideológica ultrapassada, **que preconiza a integração gradativa do silvícola à sociedade.** Como se o ideal e correto fosse os índios deixarem seu estado primitivo e passarem a viver de acordo com a cultura dos povos chamados civilizados.

Somente para ilustrar, reproduzo, a seguir, algumas normas do Estatuto do índio, **instituídas equivocadamente com o objetivo de promover a integração gradativa do silvícola à sociedade:**

*Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:*

*VI - respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes; (grifei)*

*VIII - utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento;*

*Art. 50. A educação do índio será orientada para a integração na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional, bem como do aproveitamento das suas aptidões individuais.*

De maneira inovadora, a Constituição de 1988 reconhece a pluralidade étnica e cultural do país. **Assegura aos índios o direito à alteridade, ou seja, o direito de serem diferentes e tratados como tais; direito esse reforçado pela Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 19.04.2004.**

A nova postura adotada pelo constituinte **é denominada pela doutrina como ações afirmativas.**

Isto significa que a Magna Carta, disciplinando o princípio da igualdade, **resolveu tutelar os direitos de determinados grupos, que, por algumas circunstâncias, se encontravam em uma situação de inferioridade na sociedade.**

Sobre o tema, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>2</sup> lecionam:

---

<sup>2</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional* / Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. – 10ª. Ed. ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, pág. 134.



*“Enfocando-o a partir de uma realidade histórica da marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas ou discriminação positiva.” (grifei)*

Entre as ações afirmativas previstas na Constituição Federal, destaca-se a **obrigação de o Estado proteger a posse e cultura indígena, estabelecida no art. 231.**

É importante esclarecer que **as ações afirmativas decorrem dos chamados direitos fundamentais de segunda geração.**

Modernamente, a doutrina classifica os direitos fundamentais em: primeira, segunda e terceira gerações, de acordo com a **ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.**

Conforme, ainda, os ensinamentos de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

*Os direitos fundamentais de **segunda geração** costumam ser denominados direitos positivos, pois reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais. Também são chamados “direito de crença”, pois trazem a esperança de uma participação ativa do Estado. Constituem os direitos fundamentais de segunda geração os direitos sociais, os econômicos e **os culturais**, quer em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva. (grifei)*

O poder constituinte originário demonstrou claramente a sua **intenção de tutelar a cultura indígena, bem como a vontade de impedir a interferência nas tradições dos silvícolas.**

Efetivamente, no *caput*, do art. 13, da Constituição Federal, estabelece que **a língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.**

Entretanto, no § 2º, do art. 210, da Magna Carta, **determina que o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.**

## **Do Infanticídio como Cultura Indígena**

O art. 123, do Código Penal, define o infanticídio como a conduta de **“matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”**.

Chama-se **infanticídio indígena a prática**, de alguns povos no Brasil (o que não quer dizer que inexista em outras localidades), **de matar crianças, principalmente em idade mais nova, por razões culturais: gemelaridade, defeitos físicos congênitos, mãe solteira ou adúltera, sinais de que estão amaldiçoadas, etc.**

O infanticídio é comum em determinadas espécies animais. É uma forma de selecionar os mais aptos. Quando têm gêmeos, os saguis matam um dos filhotes. Chimpanzés e gorilas abandonam as crias defeituosas.

Também era uma prática recorrente em civilizações de séculos atrás. Em Esparta, cidade-estado da Grécia antiga, que primava pela organização militar de sua sociedade, **o infanticídio servia para eliminar aqueles meninos que não renderiam bons soldados**. Um dos seus mais brilhantes generais, Leônidas entrou para a história por ter liderado a resistência heroica dos Trezentos de Esparta no desfiladeiro de Termópilas, diante do Exército persa, em 480 a.C. Segundo o historiador Heródoto, Leônidas teria sido salvo do sacrifício, apesar de ter um pequeno defeito em um dos dedos da mão, porque o sacerdote encarregado da triagem pressentiu o grande futuro que o bebê teria.

Ao longo da história, **o infanticídio foi praticado pelos mais variados motivos, geralmente sociais e culturais**.

O conceituado antropólogo Ronaldo Lidório<sup>3</sup>, em magnífico trabalho intitulado **“Uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil”**, mencionando diversos autores, demonstra que **o infanticídio dos indígenas brasileiros não é um fato isolado e nem mesmo reside em um passado distante**.

*“Meyer Fortes expõe a prática do infanticídio entre os Gauleses, nos primeiros séculos, como forma de regular o equilíbrio numérico entre os clãs e compara tal prática com os Tallensi de Gana, África, em nossos dias.*

*Na China, é elevado o índice de aborto de meninas, fato também encontrado no norte da Índia e tribos minoritárias da Indonésia. Entre os Konkombas de Gana a prática do infanticídio está ligada à sobrevivência.*

*Em anos de seca, em que o acesso à alimentação é limitado, as crianças mais fracas e especialmente as doentes (sobretudo as deficientes) podem não ser alimentadas devidamente, gerando desnutrição e morte.*

---

3 Publicado no site da Editora Ultimato, [www.ultimato.com.br](http://www.ultimato.com.br)

*Cardoso de Oliveira nos fala sobre o antigo costume Tapirapé, no Brasil indígena, de matar a quarta criança, regulando assim o número máximo de três filhos por casal.*

*Joan Bamberger nos relata sobre o uso de uma planta da família das simarubáceas (Simaroubaceae) como anticoncepcional ou abortivo pelas mulheres Caiapó e Jon Christopher Crocker relata sobre o infanticídio praticado pelos Bororos a partir de sonhos ou impressões de mau agouro antes do parto.*

*Com base no Censo Demográfico de 2000, pesquisadores do IBGE constataram que para cada mil crianças indígenas nascidas vivas, 51,4 morreram antes de completar um ano de vida, enquanto no mesmo período, a população não-indígena apresentou taxa de mortalidade de 22,9 crianças por cada mil. Há poucas pesquisas objetivas sobre o assunto”.*

Consoante demonstra excelente pesquisa, intitulada “Infanticídio Indígena: Tradição ou Crime?”, formulada com base no depoimento de renomados antropólogos<sup>4</sup>, **o infanticídio é comum entre os indígenas brasileiros, considerado uma questão cultural.**

Os motivos que levam ao infanticídio dependem da tradição de cada tribo, **sendo os mais comuns: recém-nascidos portadores de deficiências físicas e mentais, gêmeos, filhos de mães solteiras e o sexo (quando nasce uma menina).**

Entre os Yanomami seria a **promoção do equilíbrio entre os sexos. Entre os Suruwahá, a deficiência física. Entre os Kaiabi, o nascimento de gêmeos (sendo que a primeira criança é preservada).**

Historicamente, **esse fato é de origem cultural e para ele há sempre uma explicação.** Os índios que nascem com deficiência, por exemplo, por muitas tribos são considerados incapazes de ter autonomia quando adultos, o que é fator determinante para a comunidade; já os gêmeos são vistos como maldição e as mães quando solteiras não podem criar uma criança sem o pai.

No Brasil existem cerca de **200 tribos de etnias diferentes e, em pelo menos 20 delas, ainda é praticado o ato que leva a criança à morte**, logo após seu nascimento, ou então ainda pequena.

O missionário Saulo Ferreira Feitosa, secretário da Comissão Indigenista Missionária (CIMI) **procura uma justificativa para a compreensão do infanticídio indígena:**

*“Para os índios, a coletividade é essencial, eles não possuem a ideia do individualismo que nós temos”.*

---

<sup>4</sup> Pesquisa intitulada “Infanticídio Indígena: Tradição ou Crime?”, publicada no dia 20 de junho de 2008, no Jornal Folha de São Paulo, no site: <http://ambienteacreato.blogspot.com/2008/06/infanticidio-indigena-tradio-ou-crime.html>.

Saulo esclarece que, em contato com algumas tribos, a CIMI conseguiu impedir a morte de diversas crianças, **o que nem sempre foi benéfico para a pessoa que sobreviveu.**

*“Quando salva, a criança pode ser anulada pela sociedade indígena, se ela nascer com uma característica considerada negativa, **poderá ser ignorada e não fazer parte da tribo como o restante**”.*  
(grifei)

Mais adiante o missionário Saulo Ferreira Feitosa arremata:

*“Ninguém é a favor do infanticídio. **Agora, enquanto prática cultural e moralmente aceita, não pode ser combatida de maneira intervencionista.**”*

O antropólogo Mércio Pereira Gomes, que foi presidente da Fundação Nacional do Índio – Funai - nos quatro primeiros anos do governo do Presidente Lula, **explica que o índio só considera um ser como pessoa quando ele é recebido pela sociedade.**

*“Quando se pratica infanticídio, **do ponto de vista cultural** - não do biológico -, ainda não se está considerando um ser como completo. A antropologia analisa desse modo. Sob essa lógica cultural, não é uma desumanidade.”* (grifei)

Para a antropóloga Carmen Junqueira, professora de antropologia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC):

*“As pessoas deveriam prestar atenção nas crianças brasileiras que morrem de fome e de necessidade todos os dias. **Temos que cuidar da nossa população e deixar que os índios se cuidem como sempre aconteceu. Sempre viveram bem**”.* (grifei)

Segundo o dicionário Aurélio, **o conceito antropológico de cultura é:**

*“o conjunto complexo dos códigos e padrões que regulam a ação humana individual e coletiva, tal como se desenvolvem em uma sociedade ou grupo específico, e que se manifestam em praticamente todos os aspectos da vida: modos de sobrevivência, normas de comportamento, crenças, instituições, valores espirituais, criações materiais, etc.”.*

Com fundamento nos dados aqui apresentados e na definição acima descrita, **concluí-se que a prática do infanticídio faz parte da cultura dos silvícolas brasileiros, por se tratar de uma norma de comportamento, relacionada à sobrevivência do grupo, fundada nas suas crenças e tradições.**

**A cultura é o fator que distingue os índios dos integrantes da chamada sociedade civilizada, nos termos do inciso I, do art. 3º, da Lei nº. 6001/1973 – Estatuto do Índio.**

*Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:*

*I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico **cuja características culturais o distinguem da sociedade nacional;***

É importante deixar claro que, com a posição aqui adotada, não se defende em momento algum a prática do infanticídio, **mas sim a não interferência nos costumes, crenças e tradições dos índios, notadamente, daqueles que vivem de forma primitiva.**

De igual forma, **aqui não se discute se o direito à preservação da cultura dos índios é mais importante que a inviolabilidade do direito à vida.**

Na visão de Walter Claudius Rothenburg<sup>5</sup>:

*“O que ocorre é que, sob certas circunstâncias um direito precede ao outro. Em outras situações, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. É isto o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os direitos têm diferentes pesos e prevalece o direito com maior peso”. (grifei)*

A essa idéia de **integração de várias categorias de princípios que atuam de forma integrada, sem hierarquia, dá-se o nome de teoria do paralelismo principiológico.**

Além disso, de acordo com a tese aqui defendida, entendo que os índios, em decorrência do direito garantido no *caput* do art. 231, da Constituição Federal (de não sofrer nenhum tipo de interferência na sua cultura) **podem estabelecer, livremente e sem restrição, as punições que**

---

5 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre. Sérgio A. Fabris, Editor, 1999.

**serão aplicadas aos membros da tribo, que venham a transgredir as normas de condutas definidas por aquela comunidade.**

Nesta medida, sem querer polemizar ou radicalizar a teoria sustentada neste relatório, **acredito que o artigo 57, do Estatuto do Índio, que proíbe a aplicação, pelos grupos tribais, de punição de caráter cruel, infamante ou pena de morte aos membros da tribo, é inconstitucional, porque interfere nos costumes dos silvícolas.**

*Artigo 57 - Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte. (grifei)*

Coerente com a linha de raciocínio desenvolvida neste trabalho, entendo que **os índios que se encontram em estado primitivo, com fundamento no direito de criar a sua organização social, podem estabelecer qualquer tipo de sanção aos membros do grupo, mesmo que essa medida contrarie o nosso ordenamento jurídico – inviolabilidade do direito à vida, desde que tal punição esteja relacionada à cultura e aos costumes da tribo.**

Aliás, um dos maiores antropólogos ainda vivos e que esteve no Brasil e fez pesquisa sobre os indígenas, Claude Lévy-Strauss em um de seus magníficos livros “Tristes Trópicos, ed. Companhia das Letras, 7<sup>a</sup>. reimpressão, 2007, anotava características dos Nambiquaras como as relações sexuais e homossexuais. “As relações homossexuais são permitidas apenas entre adolescentes que se incluem na categoria de primos cruzados, ou seja, na qual um está em geral destinado a se casar com a irmã do outro, para quem, por conseguinte, o irmão serve provisoriamente de substituto” (“Tristes trópicos”, mencionado, pág. 296). Prossegue, afirmando que “não é raro ver dois ou três homens, casados e pais de família, passeando à noite carinhosamente abraçados” (idem, ibidem).

Observe-se, pois, que a homossexualidade não era estranha aos índios brasileiro.

Em notável análise sobre os costumes e a cultura dos nossos índios, anotou Lévy-Strauss que o relacionamento fora do casamento era comum e “*a sociedade mostrava-se extremamente desfavorável aos sentimentos que consideramos naturais; assim, sentia profunda repulsa pela procriação. O aborto e o infanticídio eram praticados de forma quase normal, a tal ponto que a perpetuação do grupo dava-se por adoção, bem mais que por geração*” (Ob. cit., pág. 170).

O profundo autor que vem de completar cem anos, esclarece os motivos pelos quais tais práticas, que hoje se repudia na sociedade dita civilizada e moderna, deviam-se ao fato de o deficiente onerar a tribo, uma vez que teriam que deixar alguém, são, para cuidar daquele. Como os indígenas

vivem da caça e da pesca, ainda feitas, no mais das vezes, de forma artesanal, o cuidado com terceiro significa perda de alimentação para a tribo, com graves conseqüências na subsistência do grupo.

Ademais, por motivos religiosos o segundo gêmeo, que nasce na seqüência do primeiro é causa de problemas futuros para a comunidade. Má sorte. Mau agouro. Inconformidade com os deuses. Dificuldades futuras. Tudo a embasar a crença de que o segundo filho, gêmeo, poderá ser causa de maldição para o grupo.

Como duvidar e como ingressarmos com valores estranhos em sociedade que ainda não está plenamente adaptada aos costumes dos *civilizados*? Como queremos impor nossas convicções, nossos valores e nossa cultura a outro povo? Somos todos brasileiros? Não será o Brasil um apanhado de culturas diversas? Não é isso que faz a beleza da cultura brasileira e de seu povo? Não criticamos os Estados Unidos por quererem impor seu *sistema democrático e sua cultura* a povos de cultura totalmente diferente? Estariam aqueles desviados de seus rumos? Há uma só cultura? Há uma só sorte de valores que podemos impingir a todos?

Assim não creio. O mundo é povoado de convicções, valores, diversidades físicas, intelectuais, religiosas, etc. Tudo é compatível com tudo. Nada é avesso à permeabilidade de culturas diversas. Rousseau já afirmava que o homem tende à perfectibilidade, num constante processo de transformação. Isso se deve dar pela lei da natureza ou por processo forçado de integração?

## **Dos Prejuízos à Comunidade Indígena**

Na visão da antropologia, **os índios precisam de sua própria independência**. Durante anos, os índios foram obrigados a se integrarem à nossa cultura.

Agora, essa ideologia mudou, prevalecendo o entendimento do respeito às tradições, crenças e cultura dos silvícolas, porque **vivemos em uma época em que os valores da nossa civilização também são questionáveis**.

**A tese que defendo é a da não intervenção na cultura dos índios, com base nas graves conseqüências da política de integração anteriormente adotada, que dizimou tribos e reduziu drasticamente a população indígena.**

De acordo, ainda, com o trabalho elaborado pelo antropólogo Ronaldo Lidório<sup>6</sup>:

---

6 Publicado no site da Editora Ultimato, [www.ultimato.com.br](http://www.ultimato.com.br)

*“Calcula-se que havia 1,5 milhão<sup>11</sup> de indígenas no Brasil do século 16, os quais, irreparavelmente, somam hoje não mais de 350 mil. Infelizmente, essa realidade etnofágica vai muito além das estatísticas e das palavras, pois é composta por faces, vidas, histórias e culturas milenares, as quais têm sofrido ao longo dos séculos a devassa dos conquistadores, a forte imposição econômica e perdas sociais tremendas. Permita-me redefinir os termos dessa afirmação em uma impressão coletiva. Os conquistadores não são os outros. Somos nós. (grifei)*

*A sociedade indígena ainda vive hoje sob o perigo de extinção. Não necessariamente extinção populacional, mas igualmente severa, **quando se perde língua, história, cultura e direito de ser diferente e pensar diferente convivendo em um território igual**”. (grifei)*

Segundo Lévi Strauss:

*“a perda linguística é um **dos sinais de declínio de identidade étnica e decadência de uma nação**. Ao observarmos esse sinal, percebemos quão desolador é o cenário”. (grifei)*

Michael Kraus afirma que:

*“27% das línguas sul-americanas não são mais aprendidas pelas crianças. Isso significa que um número cada vez maior de crianças indígenas perde seu poder de comunicação a cada dia”.*

Aryon Rodrigues estima que:

*“na época da conquista, eram faladas 1.273 línguas, ou seja, **perdemos 85% de nossa diversidade linguística em 500 anos**”*

A perda linguística está associada a **perdas culturais complexas, como a transmissão do conhecimento, formas artísticas, tradições orais, perspectivas ontológicas e cosmológicas.**

Diante da gravidade do quadro descrito, **sou totalmente contra a postura intervencionista, que impõe aos índios regras de conduta de nosso ordenamento jurídico.**



## Da Compatibilidade com o Princípio da Soberania Nacional

De outra parte, é necessário consignar que a tese aqui defendida – da necessidade de preservar os costumes e cultura dos índios, mesmo que alguns comportamentos deles contrariem o nosso ordenamento jurídico - **não fere o princípio da soberania nacional, consagrado nos artigos 1º e 4º, da Constituição Federal.**

De acordo com os ensinamentos de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>7</sup>:

*“A soberania, pedra de toque de toda a organização nacional, indica, de um lado, a **supremacia do Estado brasileiro em relação a toda a ordem interna e, de outro lado, a sua independência no plano internacional, indicando-se, desse modo, sua não-subordinação a países ou organismos estrangeiros.**”*

Conforme leciona José Afonso da Silva<sup>8</sup>:

*“Soberania significa poder político supremo e independente, como observa Marcello Caetano: **supremo, porque não está limitado por nenhum outro na ordem interna, independente, porque, na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremo dos outros povos**”.*  
(grifei)

O princípio da soberania não é violado, porque os índios, de um lado, **não constituem uma nação independente, na acepção jurídica do termo, e, de outro, suas normas de condutas, decorrentes do direito de organização social, não podem ser consideradas um ordenamento autônomo ao sistema jurídico vigente.**

## Dos Efeitos na Esfera Penal

---

<sup>7</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional* / Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. – 10ª. Ed. ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, pág. 101.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 8ª edição, 1992, página 584 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 8ª edição, 1992, página 95.

Ademais, a alteração que se propõe não produziria nenhum resultado prático, pois o art. 26, do Código Penal, **considera inimputável o índio que não está integrado à sociedade civilizada**, isto é, não está sujeito à imposição de pena, porque não tem capacidade de entender o caráter ilícito da sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento.

Em outras palavras, mesmo com a aprovação desta proposta (inserção no art. 231 da inviolabilidade do direito à vida) **os índios que vivem em estado primitivo não responderiam pela prática do crime de infanticídio, porque, conforme o sistema adotado pelo Código Penal, eles não têm aptidão de compreender que aquele comportamento é ilícito, porque agem de acordo com sua cultura e tradição.**

Para os silvícolas já aculturados e integrados à sociedade, a alteração legislativa é desnecessária, **pois já são responsáveis penalmente por seus atos.**

## **Da Conclusão**

Em síntese, **sou contra a imposição de regras de conduta, que contrariam o modo de vida dos índios, comprometendo a sua identidade étnica.**

Na realidade, **luto pela preservação dos grupos sociais indígenas, principalmente, daqueles que possuem homogeneidade cultural e linguística, compartilhando história e origens comuns.**

Finalmente, **sei que nenhuma cultura é estática ou isolada da sociedade humana.**

Nesta medida, **admito a possibilidade de os índios adotarem outra postura com relação ao infanticídio, mas de forma voluntária, fruto do diálogo, sem coerção.**

Neste sentido, a proposta apresentada pelo antropólogo Ronaldo Lidório:

*“Que o Estado brasileiro deve tratar o infanticídio indígena de forma ativa, informando e dialogando com as sociedades indígenas em nosso país a respeito das alternativas para solução desse conflito interno, que isente a morte das crianças”. (grifei)*

À luz de todo o exposto, o voto é no sentido **da inadmissibilidade da proposta de emenda à Constituição nº. 303/2008,**

**porque viola cláusula pétrea**, prevista no inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição Federal.

Sala da Comissão, em 10 de fevereiro de 2009

**Deputado Regis de Oliveira**  
**Relator**