

Costumes Tradicionais em Conflito com Direitos da Pessoa Humana

Daniel Antonio de Aquino Neto^{1*}

Roger Almeida^{2**}

Sumário: 1 Introdução. 2 O problema da antinomia axiológica de princípio. 3 A proteção cultural na Constituição Federal Brasileira de 1988. 4 Dos direitos fundamentais e da natureza da Carta Magna. 5 O conflito entre normas constitucionais. 6 Os costumes indígenas e o ordenamento jurídico pátrio. 7 Um estudo de caso – o problema do infanticídio indígena. 8 Conclusão. Referências.

Resumo: O artigo é um ensaio sobre o conflito entre costumes tradicionais e antinomias axiológicas de princípio em Direito Constitucional Ambiental. Ele parte de uma abordagem genérica sobre princípios sob a ótica da teoria jurídica e da Constituição Federal brasileira de 1988. Entra no delicado problema do relativismo cultural, analisando como caso concreto o infanticídio indígena, concluindo pela primazia da dignidade da pessoa humana sobre o costume.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Ambiental. Antinomias. Princípios. Costumes Tradicionais. Dignidade da Pessoa Humana.

1 Introdução

Como lecionado nas aulas de Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito, o costume é a primeira forma de regulação da sociedade, derivando dos hábitos selecionados e depurados por gerações diversas, bem como fontes religiosas ou por vezes meramente construídas.

1 * Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) nas disciplinas de Teoria Geral do Direito, Direito Empresarial e Direito do Consumidor. Bacharel em Ciências Jurídicas (UFAM). Especialista em Direito Empresarial (UniFMU). Mestrando em Direito Ambiental pela UEA.

2 ** Magistrado estadual de primeira entrância (comarca de Itamaraty), ex-Delegado de Polícia. Bacharel em Ciências Jurídicas pela UniNilton Lins. Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

O advento do Positivismo Jurídico *enquanto fato*³ é algo relativamente recente. Podemos datá-lo com razoável precisão a partir da Revolução Francesa (1789-1799) que subordinou as províncias gaulesas ao controle central de Paris, o que foi consolidado no governo napoleônico (1799-1815) mediante a criação dos departamentos e os códigos aplicáveis⁴ a todo país independentemente dos costumes locais.

O exemplo francês foi copiado pelo restante da Europa, e mesmo em países de Direito Consuetudinário o Positivismo Jurídico se fez sentir. No século XX, seu triunfo parecia completo. Contudo, na virada do milênio, novas tendências se fazem cada vez mais presentes, particularmente as derivadas do Pluralismo Jurídico. O costume tenta levantar a cabeça em meio ao Leviatã estatal.

Conseguirá? Ainda é cedo para dizer. Inúmeros conflitos necessitam ser resolvidos antes desta pergunta ser respondida. Há diversos aspectos que devem ser esclarecidos sobre como conciliar costumes locais com ordenamentos jurídicos nacionais em meio a um mundo globalizado. Este artigo tentará mostrar a visão dos autores sobre o problema. Ele não pretende de maneira alguma apontar com precisão o caminho a ser seguido. O interesse é mais suscitar o questionamento e demonstrar que não há caminhos fáceis ou simples.

2 O problema da antinomia axiológica de princípio

Podemos utilizar aqui a definição de antinomia contida no Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa⁵:

Definição genérica: “na tradição cética ou em doutrinas

3 Nader explica que, para o Positivismo Jurídico, *só existe uma ordem jurídica: a comandada pelo Estado e que é soberana* (Introdução ao Estudo do Direito, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 371). Enquanto *teoria*, o Positivismo Jurídico é um produto do século XIX, mas enquanto *fato histórico*, seus antecedentes são localizados no século XVIII.

4 Embora seja comum referir-se apenas ao Código Civil de 1804, houve na verdade outros três códigos “napoleônicos”: O Código Processual Civil de 1807; o Código Comercial de 1808; o Código Penal e de Instrução Criminal de 1810.

5 <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=antinomia&styp=k&x=14&y=12>.

influenciadas pelo ceticismo, tal como o kantismo, contradição entre duas proposições filosóficas igualmente críveis, lógicas ou coerentes, mas que chegam a conclusões diametralmente opostas, demonstrando os limites cognitivos ou as contradições inerentes ao intelecto humano.”

Definição específica: “contradição real ou aparente entre leis, ou entre disposições de uma mesma lei, o que dificulta sua interpretação.”

Para FERRAZ, antinomia é

a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado⁶.

O termo “axiológico”, por sua vez, “*constitui ou diz respeito a um valor*”⁷. Assim sendo, podemos definir antinomia axiológica como a contradição normativa resultante da colidência dos valores intrínsecos de normas antinômicas. Não se trata de uma *contraditio in terminis*, vez que, a rigor, sob o prisma da interpretação gramatical, tais normas não colidem. A contradição está contida nos princípios que regem tais normas. No dizer de Norberto Bobbio, não seria uma antinomia própria, mas sim uma *antinomia imprópria*⁸, mais exatamente uma *antinomia de princípio*, que *não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis*⁹. Note-se que ao usar a palavra norma, Bobbio não se refere apenas ao texto legal, mas a quaisquer comandos originados do ordenamento jurídico (como no caso da norma individual e concreta, contida na decisão judicial, em contraposição à norma geral e abstrata, que é a lei)¹⁰.

6 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 211.

7 Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=axiol%F3gico&styp=K>>.

8 BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico. 10 ed. Brasília: UnB 1982, p. 90.

9 Ibid., p. 90.

10 Ibid., p. 90

Karl English assim conceitua as contradições valorativas: “Designo por esta expressão aquelas contradições no seio da ordem jurídica que resultam de o legislador – embora isso o não leve a cair directamente em contradições normativas¹¹- se não manter fiel a uma valoração por ele próprio realizada”¹².

Princípios, por sua vez, podemos conceituar como as premissas valorativas norteadores de uma conduta, seja ela no plano da ação, seja no plano do pensamento.

Acresça-se ainda que para antinomias valorativas de cunho principiológico, é difícil (quicá incabível) a aplicação da solução clássica, ou seja, a de afastar uma das normas (seja pelo critério hierárquico, da especialidade ou cronológico). Aprendemos com Ronald Dworkin¹³ que normas são válidas ou não válidas, sendo que a aplicação de uma exclui a outra antinômica. Já com princípios a coisa é diferente. *A priori*, princípios não se excluem. Eles e suas múltiplas interpretações, ainda que contraditórias, podem conviver mediante um sistema de sobreposição, acomodação e mitigação. English também segue linha semelhante ao dizer que em antinomias valorativas, não cabe suprimir a contradição, mas sim aceitá-las: *Diferentemente das verdadeiras contradições normativas, que de forma alguma podemos deixar subsistir, as contradições valorativas têm em geral que ser aceitas*¹⁴.

A respeito das antinomias principiológicas, o mesmo English as conceitua assim: “Por contradições entre princípios entendo aquelas desarmonias que surgem numa ordem jurídica pelo facto, de constituição desta, tomarem parte diferentes idéias fundamentais entre as quais se pode estabelecer um conflito”¹⁵.

11 Como já assinalado por nós algumas linhas antes.

12 ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico, 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1988, p. 315.

13 DWORKIN, Ronald. A Matter of Principle, Cambridge: Harvard University Press, 1985, p.106.

14 ENGLISH, op. cit., p. 316.

15 Ibid., p. 318.

3 A proteção cultural na Constituição Federal Brasileira de 1988

A carta magna pátria assim define o patrimônio cultural:

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;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A ideia de cultura ganha no texto legal a acepção mais ampla possível. Note-se que não se trata apenas de cultura no sentido clássico¹⁶, mas sim no sentido antropológico da palavra¹⁷.

Evidentemente, tal patrimônio cultural é fonte de direitos culturais, os quais serão de pleno exercício, conforme preceitua o artigo 215 da Constituição Federal: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

Tal direito de pleno exercício é a todos garantido, conforme o § 1º: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.”

¹⁶ Forma ou etapa evolutiva das tradições e valores intelectuais, morais, espirituais (de um lugar ou período específico); civilização, segundo HOUAISS.

¹⁷ Conjunto de padrões de comportamento, crenças, conhecimentos costumes, etc., que distinguem um grupo social, pelo mesmo autor. Numa definição mais especializada e sucinta: “We use the word culture in these two senses: to mean a whole way of life--the common meanings; to mean the arts and learning--the special processes of discovery and creative effort (WILLIAMS, *Moving From High Culture to Ordinary Culture*, 1958).

4 Dos Direitos Fundamentais e da natureza da Carta Magna

Ainda que muito se discorde da perspectiva geracional dos direitos (e os próprios autores também têm suas ressalvas) utilizaremos a mesma na falta de substituto melhor.

As constituições modernas começam por garantir os chamados direitos humanos de primeira geração, particularmente os direitos de liberdade e igualdade perante a lei, caracterizando-se por serem “liberdades negativas”, ou seja, ausência de coação e opressão, significando redução dos poderes estatais. Esta tônica é presenciada na *Bill of Writs* de 1689 e na Constituição da Filadélfia de 1787. Tais cartas, contendo apenas declarações de direitos fundamentais, bem como a estrutura básica do estado e de seu funcionamento, são chamadas comumente de constituições sintéticas. Este foi o modelo de carta magna pelo qual se lutou durante grande parte do século XIX, particularmente no período chamado de “Era das Revoluções”¹⁸.

O passo seguinte seria a busca pela efetivação dos direitos de segunda geração, também chamados de direitos socioeconômicos, os quais marcariam as constituições programáticas, a começar pelas cartas mexicana de 1917 e alemã de 1919.

A carta brasileira se insere já na fase dos direitos de terceira geração, ou seja, os difusos e coletivos¹⁹, sendo de cunho programático ao extremo (até excessivamente prolixa, como demonstra o folclórico artigo 242, § 2º²⁰). Ocorre que cartas assim estão sempre sujeitas a uma colisão entre os diversos princípios que as regem. Evidentemente, quando mais abrangente a constituição, mais regras ela contém, o que por sua vez amplia

18 Nome do livro do historiador Eric Hobsbawm, abordando os acontecimentos ocidentais entre 1789 e 1848, ou seja, da Revolução Francesa até a Primavera dos Povos.

19 Mais uma vez não se ignora as objeções a tais termos. O problema é que dentro da sistemática conceitual das ciências humanas, muitas vezes uma classificação imprecisa é melhor do que nenhuma. O melhor exemplo disso é a dicotomia “direito público/privado”, tão vetusta e atacada, porém ainda em uso porque ninguém criou um substituto melhor.

20 “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

as possibilidades de antinomias. Isto é puro bom senso. O que resta saber, contudo, é como lidar com tais conflitos quando eles surgem.

5 O conflito entre normas constitucionais

O problema está entre os mais delicados do Direito Constitucional. A ele são propostas diversas soluções. Vejamos duas delas:

Separar o que é constituição em sentido puramente formal daquilo que é constituição em sentido material. A primeira, embora conste do texto constitucional, é norma de cunho mais casuísta e menos perene, tendo lá sido inserida mais por circunstâncias da elaboração da carta, não tendo de maneira alguma a mesma essencialidade da constituição em sentido material, a qual deve ter a primazia;

Separar o que são princípios constitucionais de regras constitucionais. Os primeiros seriam mandamentos de otimização que comportariam diferentes graus de cumprimento (caráter não conclusivo, no entender de Herbert Hart²¹), enquanto as segundas seriam normas de comandos peremptórios. Embora tal distinção remonte a Robert Alexy²², ela também guarda semelhança com a idéia de Dworkin já aqui exposta.

O problema é que no caso proposto, ambas as regras são principiológicas e materialmente constitucionais. Neste caso há necessidade de um terceiro mecanismo. Trata-se justamente da balização dos princípios em conflito (direitos individuais e culturais). Aqui Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco explicam que

... diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, em vez de se sentir obrigado a escolher

21 HART, Herbert, *O Conceito de Direito*. 2. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994. passim.

22 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. passim.

este ou aquele princípio, com exclusão de outras que, *prima facie*, repete igualmente utilizáveis como norma de decisão, o intérprete fará uma ponderação entre os “standards” concorrentes – obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão – optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça²³.

Todavia esta ponderação encontrará uma exceção? Os mesmos autores deixam claro que “apenas a dignidade da pessoa humana como valor-fonte dos demais valores, valor fundante da experiência ética ou, se preferirmos, princípio e fim de toda ordem pública”²⁴ não admitiria mitigações contemporizadoras.

Isto deve deixar claro de uma vez por todas **que havendo conflito entre direitos culturais e direitos individuais ligados à dignidade da pessoa humana, os primeiros sempre deverão recuar em prol dos segundos. O corolário derivado deste raciocínio é que não é possível proteger todas as pessoas e todas as culturas ao mesmo tempo e na mesma intensidade.**

6 Os costumes indígenas e o ordenamento jurídico pátrio

Como já visto, a proteção aos costumes indígenas é garantida pela CF/88. No âmbito infraconstitucional, a regulamentação de tal proteção incorre em uma aparente restrição, como vemos, por exemplo, no artigo 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 6.001/73:

Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos e negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

23 MENDES, Gilma; COELHO, Inocêncio e BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva. 2007. p. 29.

24 MENDES, op. cit., p. 29.

Examinando o Direito Internacional, também podemos apontar como exemplo de tais restrições o art. 7º, 1-2, da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que deixa claro que a preservação dos usos e costumes indígenas limita-se aos casos em que não conflitem com o ordenamento jurídico estatal. Havendo colisão, prevalece a norma positivada. No mesmo diapasão a Convenção 169, que determina que os povos indígenas e tribais “deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional e nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.

Note-se que embora a linha mestra seja a mesma, há uma diferença ao mesmo tempo sutil e essencial entre as duas convenções: a primeira fala em conflito entre costumes indígenas e ordenamento jurídico em geral; a segunda menciona explicitamente **direitos fundamentais**.

Isto significa um claro entendimento de que a proteção cultural tem limites. Como já dito neste artigo, **havendo conflito entre direitos culturais e direitos individuais, os primeiros sempre deverão recuar em prol dos segundos**.

Contudo muitos defendem que dentro da ótica do pluralismo jurídico, o mesmo estado-nação pode e deve contemplar múltiplos ordenamentos. Isto implicaria também em reconhecer os direitos indígenas como soberanos, embora os defensores de tal teoria ainda não tenham conseguido explicar se tal soberania seria de cunho real ou pessoal. No primeiro caso, os usos e costumes dos índios valeriam em suas terras, enquanto que no segundo, acompanhariam o indígena aonde quer que fosse.

Muitos são os problemas práticos disto, todavia. Tendo em vista que se adota hodiernamente um conceito cultural de indígena, como fica a situação legal de um indígena que

abandona seus costumes tribais e “acultura-se”? Caso este indígena tenha descendentes com não indígenas que queiram seguir os costumes tribais paternos, qual será o *status* legal de seus filhos? Os relativistas e pluralistas precisam responder a estas questões antes de tentar fazer valer seus pontos de vista, pois foi justamente em função de tais problemas (entre outros) que surgiu o direito positivado nacional. Vale aqui a regra: É a teoria nova que deve provar seus méritos contra a teoria velha e não o oposto.

Outra objeção dos jus-relativistas é a de que a legislação infraconstitucional não pode limitar garantias da carta magna. O próprio Norberto Bobbio deixa clara a regra de que a interpretação restritiva deve se guardar para normas que impõem obrigações, sendo as normas garantidoras de direitos interpretadas da maneira mais extensiva possível²⁵. **Entretanto o próprio Bobbio explicita que este critério possui um problema prático de aplicação, pois a norma que é criadora de bônus para um grupo, pode ser criadora de ônus para outro grupo²⁶. O caso em questão adequa-se perfeitamente a isto.**

7 Um estudo de caso – o problema do infanticídio indígena.

O uso do infanticídio como método de seleção natural e controle de natalidade é um costume que já foi bem mais difundido. Podemos encontrá-lo historicamente entre diversos povos antigos, como os gregos, cartagineses e bárbaros germânicos. A morte de neonatos também se justificava por crença (sacrifícios humanos, como faziam os fenícios) ou superstição (morte de gêmeos, por exemplo). O recuo de tal costume se deu com a ascensão das religiões abraâmicas²⁷, **bem**

25 Em verdade tal ensinamento é do Direito Romano: *Odiosa restringenda, favorabilia amplianda* (restringa-se o odioso, amplie-se o favorável).

26 BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 99.

27 Judaísmo, Cristianismo e Islamismo.

como (não sejamos politicamente corretos) a expansão do imperialismo ocidental. Entretanto ainda continua a ser praticado por diversos povos, entre os quais os indígenas brasileiros.

Reproduzimos a seguir matéria veiculada pela Folha de São Paulo na edição de 06 abr. 2008²⁸:

Infanticídio põe em xeque respeito à tradição indígena
ANA PAULA BONI
da Folha de São Paulo

Mayutá, índio de quase dois anos de idade, deveria estar morto por conta da tradição de sua etnia kamaiurá. Na lei de sua tribo, gêmeos devem ser mortos ao nascer porque são sinônimo de maldição. Paltu Kamaiurá, 37, enviou seu pai, pajé, às pressas para a casa da família de sua mulher, Yakuiap, ao saber que ela havia dado à luz a gêmeos. Mas um deles já tinha sido morto pela família da mãe.

Paltu enfrentou discriminação da tribo, para a qual a criança amaldiçoaria a aldeia. Relutou, porém, em sair do parque do Xingu (MT), onde vive sua etnia e outras 13, muitas das quais praticam o infanticídio.

No ano passado, ele soube do trabalho da ONG Atini, que combate a prática, por meio de sua irmã Kamiru, que desenterrou o menino Amalé, condenado a morrer por ser filho de mãe solteira. Kamiru teve contato com a entidade em Brasília, ao buscar tratamento médico para o filho adotivo.

Paltu pediu ajuda à ONG para conscientizar os índios de sua aldeia. A entidade foi criada há cerca de dois anos pelos lingüistas Márcia e Edson Suzuki, que em 2001 adotaram Hakani, 12. Devido à desnutrição em decorrência de hipotireoidismo congênito, que seus pais acreditavam ser uma maldição, Hakani, da etnia suruarrá, deveria morrer. Foi salva pelo irmão.

É Hakani que dá nome ao documentário dirigido pelo diretor e produtor norte-americano David L.

28 BONI, Ana Paula. Infanticídio põe em xeque respeito à tradição indígena. Folha de São Paulo, São Paulo, 06 abr. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u389427.shtml-45k>>. Acesso em: 12 jun. 2008.

Cunningham, que está em fase de finalização e deve ser lançado neste mês no Brasil e nos Estados Unidos. Rodado em fevereiro em Porto Velho (RO) com o apoio da Atini, o vídeo mostra a história de Hakani e depoimentos contra o infanticídio, na voz de índios.

Ainda praticado por cerca de 20 etnias entre as mais de 200 do país, esse princípio tribal leva à morte não apenas gêmeos, mas também filhos de mães solteiras, crianças com problema mental ou físico, ou doença não identificada pela tribo.

Projeto de lei.

O documentário aborda projeto de lei que trata de “combate às práticas tradicionais que atentem contra a vida”, que tramita na Câmara desde maio passado. A Lei Muwaji, como é chamada em homenagem à índia que enfrentou a tribo para salvar sua filha com paralisia cerebral --caso que inspirou a criação da Atini--, estabelece que “qualquer pessoa” que saiba de casos de uma criança em situação de risco e não informe às autoridades responderá por crime de omissão de socorro. A pena vai de um a seis meses de detenção ou multa.

A proposta é polêmica entre índios e não-índios. Há quem argumente que o infanticídio é parte da cultura indígena. Outros afirmam que o direito à vida, previsto no artigo 5º da Constituição, está acima de qualquer questão.

“Nós vivemos sob uma ordem legal e a lei diz que o direito à vida é mais importante que a cultura”, afirma Maíra Barreto, doutoranda em direitos humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha), cuja tese é sobre infanticídio indígena.

Para ela, conselheira da Atini, há incoerência no fato de o Brasil ser signatário de convenções internacionais que condenam tradições prejudiciais à saúde da criança e não cumpri-las no caso dos índios.

Em 2004, o governo brasileiro promulgou, por meio de decreto presidencial, a Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que determina que os povos indígenas e tribais “deverão ter o direito

de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.

Antes disso, em 1990, o Brasil já havia promulgado a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, que reconhece “que toda criança tem o direito inerente à vida” e que os signatários devem adotar “todas as medidas eficazes e adequadas” para abolir práticas prejudiciais à saúde da criança.

O antropólogo Ricardo Verdum, do Inesc (Instituto de Estudos Socioeconômicos), acha o projeto de lei uma intromissão no livre-arbítrio dos índios. “Querer impor uma lei é agressivo, é uma violência.”

O antropólogo Bruce Albert, da CCPY (Comissão Pró-Yanomami), diz que, para os yanomamis, “só as crianças às quais se podia dar a chance de crescer com saúde eram criadas”.

O missionário Saulo Ferreira Feitosa, secretário-adjunto do Cimi (Comissão Indigenista Missionária), vê no debate conflito entre a ética universal e a moral de uma comunidade. “Ninguém é a favor do infanticídio. Agora, enquanto prática cultural e moralmente aceita, não pode ser combatida de maneira intervencionista.”

Para Márcia Suzuki, presidente da Atini, o debate originado a partir do projeto traz à tona a questão da saúde pública desses povos.

A matéria, além de expor a gravidade da situação, também apresenta o ponto de vista relativista na opinião de alguns estudiosos. Em verdade, trata-se da recepção midiática a uma discussão que não é recente no âmbito acadêmico, onde também se digladiam visões:

Para a antropóloga Elisabeth JELIN, existe *uma tensão inevitável entre o princípio da igualdade e o direito à diferença*²⁹. Como consequência, STAVENHAGEN explica que “Os direitos grupais ou coletivos deverão ser considerados como direitos

29 STEVENHAGEN, Rodolfo. The ethnic question. Conflicts, development and human rights. Tóquio: United Nations University, 1990, apud JELINS, Cidadania e Alteridade, p. 22.

humanos à medida que seu reconhecimento e exercício promovam por sua vez os direitos individuais de seus membros”³⁰. Neste jaez, além da tensão entre igualdade e diferença, a autora acrescenta a tensão entre o universalismo e o pluralismo³¹.

Por outro lado, a Procuradora da República, Deborah DUPRAT assim expõe³²:

Fala-se que alguns grupos indígenas praticam infanticídio, dentre eles os yanomami. Mais uma vez, a questão nuclear é a definição de vida.

A mulher yanomami, quando sente que é chegada a hora do parto, vai sozinha para local ermo na floresta, fica de cócoras, e a criança cai no chão. Nessa hora, ela decide se a pega ao colo ou se a deixa ali. Se a coloca nos braços, dá-se, nesse momento, o nascimento. Se a abandona, não houve, na concepção do grupo, infanticídio, pela singela razão de que a vida não se iniciou.

São visões que, goste-se ou não, não podem ser descartadas, sob pena de, em afronta à Constituição e a outros tantos documentos internacionais, se negar qualquer valor às asserções de verdade do outro.

O que temos é um claro caso de oposição entre direitos culturais e direitos fundamentais da pessoa humana, no qual sobressai o mais valioso de todos: O direito à vida, protegido pela Declaração de Direitos da Organização das Nações Unidas, bem como pela lei máxima do país em seu artigo 5º, *caput*: “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 (...)”

Isto significa que o respeito aos costumes nativos não é de maneira alguma um direito absoluto (aliás, não há direitos absolutos). Havendo colidência entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e costume, como é o caso do sacrifício infantil, este deverá ser deixado de lado.

30 Ibid., p. 23.

31 Ibid., p. 24.

32 DUPRAT, Deborah. O Direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade in Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais, p. 18 e 19.

8 Conclusão

Paulo Affonso Leme Machado, a respeito da proteção à cultura na carta magna pátria, explica: “O patrimônio cultural representa o trabalho, a criatividade, a espiritualidade e as crenças, o cotidiano e o extraordinário de gerações anteriores, diante do qual a geração presente terá que emitir um juízo de valor, dizendo o que querará conservar, modificar ou até demolir”³³.

A parte final do parágrafo é reveladora: Costumes podem ser conservados, modificados ou extintos. A ideia de que costumes sempre são estáticos é incorreta.

O texto também fala em juízo de valor. Dentro do viés relativista, a ideia de valor pode nada significar, mas na verdade existe. Pode-se muitas vezes ter dificuldades em precisá-la, mas isto não implica em sua inexistência³⁴.

Não é possível tratar do problema das antinomias valorativas se não houver parâmetro de valor, o qual deve ser aferido com base nos princípios essenciais à dignidade humana.

A abstenção de avaliar simplesmente implica em jogar fora toda a ideia de certo e errado (as quais, ainda que muitas vezes tenham imprecisões, não significa que sejam inexistentes). Com isso perde o Direito. Com isso perdemos todos nós.

Traditional habits in conflict with human being rights

Abstract: The article is an essay about the conflict between traditional habits and antinomies of principle in Constitutional Environmental

³³ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 918.

³⁴ Um modismo corrente é alegar a falta de precisão de um conceito para invalidar a existência real do objeto conceituado. Isto é teoria da linguagem mal aplicada. A delimitação de um conceito é útil, porém não necessita ser exata para fornecer uma medida. Façamos uma analogia simples: Até hoje não foram delimitadas consensualmente as fronteiras entre Brasil e Paraguai, mas ninguém em sã consciência usaria esta falta de precisão para dizer que as fronteiras de ambos os países não existem.

Law. It gets a general approach about principles under a legal theoretical view and from the Brazilian Federal Constitution of 1988. It also tackle the delicate problem of cultural relativism, analyzing as case the indigenous infanticide, concluding for the supremacy of human being's dignity over the habit.

Keywords: Constitutional Law. Environmental Law. Antinomies. Principles. Traditional Habits. Dignity of Human Being.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/jb/pml.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

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

_____. *Lei 6.001, de 19/12/1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L6001.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB. 1982.

BONI, Ana Paula. *Infanticídio põe em xeque respeito à tradição indígena*. Folha de São Paulo, São Paulo. Publicação: 06 abr. 2008. Disponível em: <[http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u389427.shtml - 45k](http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u389427.shtml-45k)>. Acesso em: 12 jun. 2008.

DUPRAT, Deborah, O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. *Pareceres Jurídicos. Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais*. Manaus: PPGSCA – UFAM/ Fundação Ford/ PPGDA – UEA, 2007.

DWORKIN, RONALD. *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press. 1985.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*:

- Técnica, Decisão, Dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- HART, Herbert, *O Conceito de Direito*. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HOUAISS, Antonio, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>>. Acesso em: 11 jun. 2008.
- JELINS, Elisabeth. Cidadania e Alteridade. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, n. 24, 1996.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007;
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio e BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NADER, Paulo, *Introdução ao Estudo do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Convenção 107. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/normas.php>>. Acesso em: 15 jul. 2008.
- _____, Convenção 169. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/normas.php>>. Acesso em: 15 jul. 2008.
- WILLIAMS, Raymond, *Moving from High Culture to Ordinary Culture*. EUA: N. McKenzie, *Convictions*, 1958. Washington State University. Disponível em: <http://www.wsu.edu/gened/learn-modules/top_culture/culture-definitions/raymond-williams.html>. Acesso em: 29 nov. 2009.

