

**AUTONOMIA DA VONTADE NA REALIZAÇÃO DAS TRADIÇÕES INDÍGENAS
EM FACE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE
HUMANA - O CASO DO INFANTICÍDIO INDÍGENA**

**AUTONOMY OF WILL IN THE CONDUCT OF INDIGENOUS TRADITIONS IN
THE FACE CONSTITUTIONALISATION THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY
- THE CASE OF INDIGENOUS INFANTICIDE**

Arno Wolf Júnior¹

Narciso Leandro Xavier Baez

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia da vontade; Dignidade Humana; Tradições indígenas.

KEYWORDS: Freedom of choice; Human Dignity; Indigenous traditions.

RESUMO: Os direitos fundamentais dão margem às mais apaixonadas discussões políticas no Brasil. Faz-se necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista jurídica. O conceito e o reconhecimento da dignidade como direito fundamental mostra a evolução da aplicação do princípio da dignidade humana na ordem jurídica brasileira. Inserido dentre o rol dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, a dignidade humana pode ser considerada como o arcabouço do direito fundamental, resguardando o cumprimento dos direitos individuais. A dignidade não tem como ser criada nem retirada, já que é reconhecida em cada ser humano como algo inerente, embora passível de violação. Deve ser aplicado de forma concreta já que a dignidade humana é um valor preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa. E na aplicação concreta desse importante princípio é necessária que a solução seja a mais justa possível. A diversidade

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2004). Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná- UFPR/ICPC (2007). Especialista em Direito Lato Sensu pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná - FEMPAR (2008). Professor universitário da União de Ensino do Sudoeste do Paraná - UNISEP. Servidor Público Federal.

cultural num mundo globalizado trouxe tensão exacerbada entre os direitos humanos tidos como universais e as particularidades específicas de cada cultura. Percebe-se que práticas culturais são a forma de exteriorização da vontade de seus membros. O confronto entre as tradições indígenas e a autonomia de vontade dos seus membros, com base no estudo de caso do infanticídio indígena traz a base teórica para encontrar os limites das práticas culturais.

ABSTRACT: Fundamental rights give rise to the most passionate political discussions in the country. It is necessary to identify the dignity of the human person as a legal achievement. The concept of dignity and recognition as a fundamental right shows the evolution of the principle of human dignity in the Brazilian legal system. Inserted among the list of fundamental rights constitutionally established, human dignity can be considered as the fundamental framework of the law, protecting the fulfillment of individual rights. Dignity does not have to be created or removed, as it is recognized in every human being as something inherent, although subject to violation. Should be applied in a concrete way since human dignity is a value filled a priori, that is, every human being has dignity only by the fact of being a person already. And in applying this important principle is necessary that the solution be as fair as possible. The cultural diversity in a globalized world has brought heightened tension between human rights considered to be universal and specific features of each culture. It is perceived that cultural practices are shaped manifestation of the will of its members. Also, the combined analysis of human dignity and the autonomy of the will shows an interesting conflict of legal institutes fundamental right. The confrontation between indigenous traditions and the autonomy of the will of its members, based on the case study of the Indian infanticide brings the theoretical basis for finding the limits of cultural practices.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento de que há seres e culturas diferentes faz tornar obrigação da sociedade o respeito à pessoa humana em sua particular forma de existir e o requisito fundamental para essa efetivação é a tolerância aos demais e o respeito à autonomia da vontade.

O presente artigo traz o estudo da dignidade humana buscando focar o especial momento em que vive o constitucionalismo brasileiro, marcado pela normatização de seus

princípios fundamentais, com destaque primordial para o valor da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais servem como limites ao poder do Estado e representou uma concepção útil para justificar a limitação do poder estatal, no sentido de impedir o exercício arbitrário e abusivo deste poder.

Serão ponderados os aspectos históricos da dignidade humana, analisando sua evolução e seu tratamento. O conceito e o reconhecimento da dignidade como direito fundamental mostra a evolução da aplicação do princípio da dignidade humana na ordem jurídica brasileira.

Analisar-se-á a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, quer como comandos valorativos a orientar a interpretação dos princípios da Constituição brasileira, quer como comandos dotados de uma função prática. Neste tópico conclusivo será sustentada a absoluta preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro, enquanto princípio fundamental a prevalecer em relação a todos os demais.

Também, estudar-se-á a dignidade humana buscando a compreensão jurídica de seu significado, sua análise em diversas culturas e o seu confronto com a autonomia da vontade. As práticas culturais, seu estudo e principalmente a atitude de seus membros, muitas vezes com condutas não livres, sem autonomia da vontade, também será objeto de sopesamento. Esse é o enfoque principal do presente artigo. E o ponto crucial será o estudo do infanticídio quando membros da própria tribo indígena aceitam a morte da criança e outros membros não aceitam.

Para tanto pesquisar-se-á as práticas culturais como forma de exteriorização da vontade de seus membros, numa análise conjunta da dignidade humana com a autonomia da vontade. Por fim, buscar-se-á trazer o confronto entre as tradições indígenas (baseando-se no infanticídio indígena) e a autonomia de vontade dos seus membros, objetivando encontrar quais seriam os limites dessa referida prática cultural.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA.

Discute-se sobre a importância e a prevalência dos princípios constitucionais. Alguns entendem que é a isonomia a principal garantia constitucional, mas há uma forte corrente que

atribui à dignidade humana esse título de importância. Afirma-se que é a dignidade o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional e a veia mestra na guarda dos direitos individuais. A isonomia serviria para gerar o equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que daria a direção a ser considerada primeiramente pelo intérprete. (NUNES, 2009, p. 47)

A maratona das lutas sociais pelas quais os direitos fundamentais percorreram, especificamente a dignidade humana propriamente dita, para que houvesse o efetivo e concreto reconhecimento de seu valor, tanto na sociedade quanto nos textos normativos, seria merecedora do posto mais alto da competição, senão a consagração de um direito tão importante para os demais direitos fundamentais, a ponto de condicionar a todos o seu cumprimento.

E as lutas sociais aqui referidas, dizem respeito a um longo e sacrificante processo de reconhecimento de seu valor, o qual, inclusive, foi de encontro ao próprio Estado, que, quando originalmente concebido, atuava como forma suprema de organização, apresentando-se como poder absoluto, ilimitado. Era imprescindível a imposição de limites.

Acerca deste momento histórico, explica Wilson (2004, p. 66) que a pretensão de institucionalizar um Estado com poderes definidos, limitados e controlados afronta diretamente ao Estado absoluto, no qual a única fonte do direito era a vontade soberana. Não se vinculando nem ao direito anterior que reconhecia como válido, nem ao direito que ele, soberano, criava. Portanto, a vontade do soberano era a fonte e o limite do direito.

Os limites a todos os poderes públicos são os direitos fundamentais. Se na época do constitucionalismo liberal os direitos fundamentais vinculavam o Poder Executivo e o Poder Judiciário, entende-se que agora vinculam também o Poder Legislativo. (LUCAS, 2010, p. 81). Nova visão que se contrapõe ao estado absoluto.

As correntes do poder soberano, ilimitado e absoluto precisavam ser rompidas, e a sociedade já clamava por essa limitação. No entanto, era preciso que a mentalidade fosse mudada em direção ao reconhecimento de que todos os seres humanos são iguais e que, mesmo àqueles que possuíssem o poder de mando e decisão, era preciso respeitar as individualidades de cada pessoa, independentemente de sua condição social, cultural ou econômica.

As concepções da Antiguidade mostram que a quantificação da dignidade humana, ainda não reconhecida expressamente, apresentavam variações a depender da posição social

que o indivíduo ocupava, a tal ponto de considerar determinadas pessoas mais dignas e outras menos dignas, observados estes critérios.

Conjugando dessa ideia, as modernas Constituições impõem-se como ordens moralmente imperativas, sendo o referencial primeiro de justiça a ser buscado por uma dada sociedade. São os valores, princípios e regras que se entendeu serem prevalentes. (PIOVESAN, p. 378).

Vislumbra-se que norma jurídica é de natureza política, podendo ser analisada por disciplinas não dogmáticas de direito como a sociologia ou política jurídica como produto, finalidade ou meio de atividade política. E pelo seu caráter genérico e abstrato, a mera leitura da parte do texto constitucional relativa aos direitos fundamentais não permite aos operadores entender, aplicar e reivindicar os direitos fundamentais contestando decisões das autoridades estatais. (DIMOULIS, 2008, p. 20)

Faz-se necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana, já que em prol da existência de uma única religião, tortura e mais mortes foram praticadas.

A própria Constituição Federal da Alemanha Ocidental do pós-guerra traz que a dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. Explica Rizzatto Nunes que foi a experiência nazista que gerou a consciência de que se devia preservar, a qualquer custo, a dignidade da pessoa humana. E por isso se deve dar não só no âmbito estatal, mas universalmente no concerto das nações. Tanto que, para ficar com o dado exemplar da Constituição alemã, consigne-se que a segunda parte do art. 1º daquela Lei Fundamental dispõe: “O Povo Alemão reconhece, portanto, os direitos invioláveis e inadiáveis da dignidade humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da Justiça do mundo. (NUNES, 2009, p. 49 - 50)

A maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais têm uma longa história. Há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia desenvolvido por volta do ano 2000 a.C, quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e quem diga que se trata de uma idéia enraizada na teologia cristã, expressa no direito da Europa medieval. (DIMOULIS, 2008, p. 44).

Em relação à origem e evolução dos direitos fundamentais, Baez (2007, p. 128) afirma que seu surgimento se deu com a necessidade da limitação do poder do Estado, uma

vez que havia muita interferência na vida privada de cada indivíduo. Essa foi uma aspiração do liberalismo. Exigia-se a não interferência na vida privada dos cidadãos, impondo limites ao poder público.

Assim, para definir dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas no transcorrer da história e se extrai dessa experiência histórica o fato de que a dignidade nasce com o indivíduo. O ser humano é digno porque é. Então, a dignidade nasce com a pessoa. É inata. Inerente à sua essência. É a visão Kantiana.

Para Alexy (2003, p.73), essa discussão sobre direitos fundamentais só é superável se houver um critério que permita diferenciar entre aquelas que são normas de direitos fundamentais e aquelas que não o são.

Na evolução da história, também se discute sobre a possibilidade do indivíduo agir contra a própria dignidade. Como se trata de uma razão jurídica adquirida no decurso da história e nesta tanto a ciência como a filosofia e a ética também se sustentam numa evolução da própria razão humana, a resposta é não. Embora a Constituição Federal estipule, inclusive, aquilo que entende como um mínimo de garantia para que a pessoa possa gozar de uma vida digna, o fato é que muitas pessoas vivem abaixo desse mínimo. (NUNES, 2009, p. 52)

O ato de conceituar determinado instituto nem sempre é uma tarefa fácil e muitas vezes paira sobre campo perigoso, em que a delimitação estática e fixa pode importar na restrição ou omissão de outras significações igualmente importantes. Assim, a análise ampliada do direito, aquela vista sob diversos aspectos, é o melhor caminho para uma descrição mais aproximada de seu real conceito.

Inserido dentre o rol dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, a dignidade humana pode ser considerada como o arcabouço do direito fundamental, resguardando o cumprimento dos direitos individuais.

Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, constituído pela razão jurídica.

A eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares fundamenta-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Esse é o principal e decisivo argumento de justificação desenvolvido na jurisprudência e na dogmática constitucionais alemãs – argumento com ampla aceitação, também, sob a vigência de outros ordenamentos jurídicos. (STEINMETZ, 2004, p. 104)

A função é apontar o conteúdo semântico de dignidade, sem permitir que façam dele um conceito relativo, variável segundo se duvide do sentido de bem e mal ou de acordo com o momento histórico. (NUNES, 2009, p. 48)

Ao se falar no valor da dignidade humana deve-se buscar o estudo da história, em épocas anteriores ao próprio cristianismo, não esquecendo que são valores consagrados tanto no ocidente como no oriente, tendo presença em diversas civilizações.

Os direitos fundamentais no Brasil e seu desenvolvimento histórico-constitucional, iniciou-se na Constituição do Império, proclamando os direitos fundamentais. Após, a Constituição Republicana de 1891 retoma os direitos fundamentais especificados na Constituição de 1824. Semelhante àquela especificada na Constituição de 1891, pode ser encontrada nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967/1969. O art. 5º, da CF traz um extenso rol de direitos individuais, de garantias clássicas. Ao lado destes, prescreve também direitos coletivos e deveres individuais e coletivos. (DIMOULIS, 2008, p. 37)

Sarlet (2009, p. 20-21) explica que em relação à dimensão ontológica, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano. Isso significa que é uma qualidade integrante e irrenunciável, devendo ser protegida e respeitada. Sarlet defende que a dignidade não tem como ser criada nem retirada, já que é reconhecida em cada ser humano como algo inerente, embora passível de violação. Assim, uma pessoa pode até estar com sua dignidade violada, suspensa, mas jamais terá ela retirada pois é um bem inerente à condição humana.

A teoria dos direitos fundamentais como limites ao poder do Estado está associada ao constitucionalismo, destacando três pontos: a concepção liberal clássica, o Estado com poderes limitados é o Estado Liberal de Direito e a limitações dos poderes do Estado é garantida por meio de mecanismos constitucionais, cujos principais são os direitos fundamentais e a separação dos poderes. (STEINMETZ, 2004, p. 65- 69)

Estudando-se os direitos fundamentais, deve-se constatar a presença de três elementos essenciais, quais sejam: o estado, para que possa efetivamente controlar determinado território e impor suas decisões por meio da Administração Pública, dos tribunais, da polícia, das forças armadas e também dos aparelhos de educação e propaganda política. O Indivíduo e o Texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos, sendo desempenhado pela Constituição no sentido formal. (DIMOULIS, p. 25-26)

Além da supremacia da lei para basear a legalidade, há também a característica da norma ser geral e abstrata e a igualdade de todos perante a lei. Isso para garantir a imparcialidade do Estado ante os cidadãos, assegurar a certeza e a previsibilidade do direito e impedir a criação ou a concessão de privilégios. (STEINMETZ, 2004, p.75)

Nessa linha de raciocínio, há o documento jurídico chamado Constituição, que busca fundamentar o poder soberano e limitar o legislador, com o principal objetivo de garantir a liberdade individual em face de todos os poderes estatais. São contemplados como princípios fundamentais os arts. 1º ao 4º da Constituição, não somente porque foram os mesmos rotulados como tais pela Carta, mas sim porque foi atingida a necessária e desejada segurança em sua tratativa puramente dogmática, a tipologia usualmente referida pela doutrina nesse tema é ainda movediça. Dentro das classificações aventadas em que variaram bastante os enfoques e as terminologias de cada autor, atendida a importante e indiscutível prevalência da dignidade do ser humano. (PIOVESAN, 2003, p. 395)

A busca de uma resposta adequada à indagação do que seriam direitos fundamentais exige uma análise de diferente estudiosos, já que não há uma unanimidade sobre o tema. Segundo ensinamento de Carl Schmitt, os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente, direitos do homem individual livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. (SCHAFER, 2001, p. 26)

Para Alexy, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais é uma teoria dogmática que investiga estruturas, tais como a dos conceitos dos direitos fundamentais, da influência dos direitos fundamentais no sistema jurídico e da fundamentação dos direitos fundamentais, a partir de uma teoria integrativa. (SHAFER, 2001, p. 29)

A positivação dos direitos sociais e o estudo das gerações dos direitos fundamentais, afirmando que sua história é marcada por uma gradação, tendo surgido em primeiro lugar os direitos clássicos individuais e políticos, em seguida os direitos sociais e, por último, os novos direitos coletivos como os de solidariedade e de desenvolvimento, havendo também direitos de quarta geração relacionados ao cosmopolitismo e a democracia universal. Essa visão é predominante na doutrina brasileira dos últimos anos e encontrou aceitação em decisões do Supremo Tribunal Federal. Os direitos fundamentais, então, são considerados como direitos subjetivos, ou seja, posições jurídicas ocupadas pelo indivíduo de fazer valer sua pretensão frente ao Estado. Internacionalizou-se os direitos fundamentais, principalmente após a

Segunda Guerra Mundial que são designados, em âmbito internacional, com o termo “direitos humanos”. (DIMOULIS, 2008, p. 34 - 40)

Clássica distinção das gerações faz Paulo Bonavides, o qual distingue a primeira geração, como direitos da liberdade e tendo por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado. Também, os Direitos fundamentais de segunda geração, sendo os direitos sociais, culturais e econômicos, em que o Estado assuma uma indiscutível função promocional. O da terceira geração, como direitos da solidariedade humana e o da quarta geração, com a globalização política, constituindo bases na ordem jurídica da coletividade. (SHAFER, 2001, p. 32-33)

A partir da teoria dos princípios, Alexy fundamenta a tese do caráter principal dos direitos fundamentais. Consequência disso é que para referir-se à dimensão objetiva dos direitos fundamentais já não é necessário o uso dos conceitos como sistema dos valores, ordem objetiva dos valores e normas objetivas de valores. Agora, fala-se em direitos fundamentais como princípios objetivos ou normas objetivas de princípio, ou, ainda, no caráter objetivo dos direitos fundamentais como princípios. Assim, a estrutura dos direitos frente ao Estado ficaria desta forma estabelecida direito a ações negativas direitos de defesa e direito a ações positivas. (STEINMETZ, 2004, p. 109)

2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana é elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. É um princípio constitucional fundamental autônomo. Projeta-se sobre o conjunto das normas constitucionais e infraconstitucionais, estabelecendo conexões sistemáticas e veicula normas de obrigação e normas de proibição em âmbitos concretos específicos. São normas autônomas dotada de eficácia, incide direta e indiretamente sobre casos concretos. (STEINMETZ, 2004, p. 112-113)

O Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, deve abster-se de ofender esses direitos e também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania. (NUNES, 2009, p. 56)

Na teoria moral de Kant, o homem é um ser racional. Como ser racional, não é coisa, objeto ou meio; é um fim em si. Em todas as suas ações, tanto, ele tem sempre de ser

considerado simultaneamente como fim. Como fim em si mesmo, o homem não pode dispor ou fazer uso nem de si mesmo nem dos outros como meios. Muito interessante é a passagem no texto de Kant a qual diferencia preço de dignidade: dizendo que quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

As normas de direitos fundamentais específicas do princípio da dignidade da pessoa humana, paralelamente à sua dimensão jurídico-objetiva, não apenas podem, mas de fato têm sido extraídos direitos subjetivos (e fundamentais) com vistas à sua proteção.

Ademais, a dignidade da pessoa, além da dimensão individual, tem uma dimensão social. Há casos em que a lesão da dignidade de uma ou mais pessoas se projeta também sobre a dignidade ou sobre o sentimento de dignidade das demais pessoas integrantes da comunidade humana.

E por fim, o pilar da distinção entre o ser humano e um objeto está na reação. O objeto pode ser levado de um lado para outro sem ter reação. Já um ser humano, dotado que é de consciência e de capacidade de decisão, terá reação sempre que tentarem o reduzir a mero instrumento do arbítrio de terceiros. Assim, como defendido por Kant, a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir sendo um bem inato.

Cita-se a definição de dignidade da pessoa humana de Sarlet, porque nela está presente uma nota relevante para a fundamentação constitucional da vinculação dos particulares a direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana, além deveres ao Estado, imputa também deveres à comunidade. Para o autor, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Isso representa um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. Busca-se garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (STEINMETZ, 2004, p. 115-117)

Os operadores do direito devem aplicar o princípio fundamental estampado no Texto Constitucional, que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação e criação de normas jurídicas.

Deve ser aplicado de forma concreta já que a dignidade humana é um valor preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa. (NUNES, 2009, p. 55)

Na teoria constitucional, os princípios traduzem tema de maior importância, por encerrarem poderoso instrumento de eficácia dos preceitos inseridos em uma Carta Política. Cita-se as relevantes contribuições a essa evolução do conceito de princípios construída por Ronald Dworkin, para quem os princípios podem impor obrigação legal da mesma forma que aquelas estabelecidas pelas regras jurídicas. Princípio é um modelo que deve ser observado, não porque favorece ou assume uma situação econômica, política ou social que se considere desejável, mas porque é uma exigência da justiça. Na hipótese de haver um conflito entre normas, uma delas deve ser afastada, pois não pode haver duas normas válidas regulando a mesma situação. (SHAFER, 2001, p. 38-39)

Mas, surgindo colisão de dignidades, o princípio da proporcionalidade serve para solucionar o conflito. No exame do caso concreto verificar-se-á algum direito ou princípio está em conflito com o da dignidade e este dirigirá o caminho para a solução, uma vez que a prevalência se dá pela dignidade. A proporcionalidade aí comparece para auxiliar a resolução, mas sempre guiada pela luz da dignidade. (NUNES, 2009, p. 59)

Uma última questão diz respeito ao tratamento de colisões de direitos que envolvem titulares de direitos fundamentais, garantidos no texto constitucional, e titulares de direitos fundamentais garantidos em tratados internacionais. O constituinte reconhece os direitos decorrentes de tratados internacionais independentemente da forma de ratificação, isto é, independentemente do valor jurídico do tratado. Os direitos humanos constitucionalmente reconhecidos não perdem sua validade se colidirem com direitos fundamentais diretamente garantidos pela Constituições. Colisões concretas deverão ser resolvidas aplicando-se regras da dogmática dos direitos fundamentais

O sopesamento defendido por Alexy (2008, p. 93), é uma saída para a solução de casos concretos. Se dois princípios colidem um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

A decisão sobre qual norma deve ser afastada decorre da adoção, pelo sistema, de instrumentos de resolução de conflitos aparentes de normas. Quando dois princípios jurídicos

entram em colisão irreversível, um deles obrigatoriamente tem que ceder diante do outro, o que, porém, não significa que haja a necessidade de ser declarada a invalidade de um dos princípios, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso. (SHAFER, 2001, 38-39)

3. A AUTONOMIA DA VONTADE E A DISCRICIONARIEDADE NAS PRÁTICAS CULTURAIS

O Brasil é composto de uma realidade marcada por uma ampla diversidade cultural sendo necessário entender como tem sido a forma de se tratar esse tema. A discussão constituinte acabou por influenciar fortemente o texto da Constituição.

Essa evolução contrapõe-se à validade do princípio do relacionamento binário entre o Estado e o indivíduo que governa a concepção tradicional dos direitos fundamentais, ainda mais sob o enfoque da autonomia da vontade. As mudanças são múltiplas, destacando a ampliação dos titulares de direitos, permitindo uma titularidade universal e a necessidade de oferecer efetividade aos direitos humanos em âmbito internacional. (DIMOULIS, 2008, p. 40-41)

Mostra-se importante, assim, em relação a algumas práticas culturais, destacar a questão do consentimento e como ele influencia e confirma a autonomia da vontade do membro inserido na cultura. A toda evidência, o consentimento deve ser apreendido segundo as condições nas quais é manifestado, para refletir uma manifestação realmente livre da vontade. Pode nesse estudo trazer lição de Rodotá que revela a figura do ‘contratante vulnerável’, caracterizado justamente pela ausência de liberdade substancial no momento da determinação da vontade.

Para ilustrar a questão da análise de conflitos de direitos fundamentais a luz de culturas diferentes, traz-se a questão do indígena. Para verificar a incidência ou não de erro de proibição ou de inexigibilidade de conduta diversa a realização de perícia antropológica pode ser indispensável, pois só um profissional habilitado será capaz de aferir se os atos praticados se relacionam ou não com a tradição decorrente da cultura à qual pertence o índio, bem como até que ponto o mesmo tinha consciência da tal ilicitude perpetrada. E se pode ir mais longe: verificar se a conduta pertence a cultura e se a conduta foi deliberadamente praticada com

autonomia de vontade. Esse é o ponto a ser analisado. (SARMENTO e SARLET, 2011, p. 952).

A colisão de direitos fundamentais muitas vezes são entre valores, mas em outras os conflitos são entre mesmos valores mas em culturas diferentes. Por sua vez, deve-se buscar, com fundamento direto na dignidade da pessoa humana, a proteção da dignidade contra novas ofensas e ameaças pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional. (SARLET, 2009, p. 104). E essa evolução do estudo do sujeito relacionado com a cultura resultou na eliminação de interesses individuais, já que o Estado, ainda que separado da nação, mantém base no seio comunitário, sendo que sem identidade cultural a nação não existiria. (MALISKA e SUZIN, 2011, p. 188-189).

A forma que a sociedade brasileira vê a vida é diferente da forma que a cultura indígena (também situada no mesmo país) entende a vida. O confronto, assim, é ainda mais complexo. Deve-se analisar, entender e sopesar a autonomia da vontade dos membros dessa tribo. Verificar se realmente estão consentindo com a prática cultural.

Na análise da autonomia da vontade e da dignidade humana, a doutrina aponta para o estudo da dimensão ontológica, salientando que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, seria irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualificaria o ser humano. Ocorre que, quando dois princípios jurídicos entram em colisão irreversível, um deles obrigatoriamente tem que ceder diante do outro, o que, porém, não significa que haja a necessidade de ser declarada a invalidade de um dos princípios, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso. (SHAFER, 2001, p. 38-39)

Com o entendimento de que a dignidade está no centro de todas as culturas, o isolamento não permitia a análise pelos demais. A globalização ensejou intensa convivência entre as culturas e, em consequência, o exame recíproco e a percepção das diferenças.

É indubitável a dificuldade de conceituar universalmente a dignidade humana, já que os critérios mudam conforme o local e a época e, mesmo que se aceitasse uma ideia comum de dignidade, haveria conflitos, concluindo que um dos papéis centrais do Direito e da Filosofia do Direito é o de assegurar, por intermédio de uma adequada construção e compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, a superação de qualquer visão unilateral e a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares. (SARLET, 2009, p. 39).

É verdade que o chamado princípio da proporcionalidade, que serve de instrumento para a resolução do eventual conflito entre princípios constitucionais, para a doutrina, está ligado ao princípio da igualdade, tendo como base primordial a dignidade da pessoa humana. Canotilho, quando fala do método de controle do princípio da igualdade, apresenta o princípio da proporcionalidade como elemento mediante o qual se articula a isonomia, para garantir a aplicação do princípio da igualdade. (NUNES, 2009, p. 57)

A prevalência do princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, não só como critérios definidos de interpretação da Carta, no que se constituem em parâmetro para aferimento de inconstitucionalidades. Ressalta-se, nesse passo, que, fundamentais que são os princípios ali elencados, espraiam-se por toda a Constituição. (PIOVESAN, 2003, p. 394)

E por fim, o pilar da distinção entre o ser humano e um objeto está na reação. Como defendido por Kant, a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir sendo um bem inato.

Desse modo, pode-se afirmar que, na eventualidade da lide, sempre que o magistrado encontrar alguma dificuldade para analisar o caso concreto na verificação de algum tipo de abuso deve pautar que as partes devem guiar suas ações das formas mais adequadas e justas possíveis.

4. A AUTONOMIA DA VONTADE E A DISCRICIONARIEDADE NAS PRÁTICAS CULTURAIS

Há a necessidade de proteção à diversidade cultural como forma de respeito à dignidade da pessoa humana e também à autonomia da vontade dos membros de determinada cultura. A dificuldade é adequar o respeito à diversidade quando esta diversidade, por sua formação cultural própria, conflita com valores tidos por universais, como a vida. Mister se faz neste momento trazer o exemplo do infanticídio indígena.

Na teoria constitucional, os princípios traduzem tema de maior importância, por encerrarem poderoso instrumento de eficácia dos preceitos inseridos em uma Carta Política. Uma das mais relevantes contribuições a essa evolução do conceito de princípios constitucionais pode ser encontrada no sistema construído por Ronald Dworkin, para quem os

princípios, por estarem incorporados ao conceito de direito, podem impor obrigação legal da mesma forma que aquelas estabelecidas pelas regras jurídicas. Princípio é um modelo que deve ser observado, não porque favorece ou assume uma situação econômica, política ou social que se considere desejável, senão porque é uma exigência da justiça, da equidade ou alguma dimensão da moralidade. (SHAFER, 2001, p. 36)

Verifica-se a dimensão básica da dignidade, na qual traz bens jurídicos necessários a impedir a coisificação do indivíduo e é encontrado em todo ser humano, independente de lugar, cultura e de religião sendo um conjunto de direitos inerentes a uma vida minimamente digna. (SARLET, 2009, p. 30).

No aspecto intercultural da dignidade, a cultura não pode aniquilar características que digam respeito à essência do homem, isso porque a prioridade nesse conflito é do indivíduo e de sua autonomia.

Maliska e Suzin (2011, p. 245), em seu artigo, bem explica, que o objetivo é buscar uma uniformização temperada, com princípios de tolerância que aceitem as diferenças mas sem negar o que é requisito fundamental para a condição humana universal, independente da época, do povo ou da cultura. Esse requisito fundamental para a condição humana está ligado à dimensão básica da dignidade humana.

No conflito deve se ter em mente um esforço de construção, buscar identificar qual o modelo previsto para que aquele caso concreto pudesse estar adequado, pudesse fazer justiça às partes e verificar se o caso concreto nele se enquadra, para daí extrair as consequências jurídicas exigidas. (NUNES, 2009, p. 64)

Ademais, é incontestável que uma sociedade que possui uma variedade de práticas culturais terá diversas formas de comportamento. A globalização, com o intercâmbio facilitado de pessoas, fez com que em um mesmo país convivessem pessoas de diversas origens étnicas, religiões, culturas, pensamentos e prioridades de vida. Essa heterogeneidade é crescente e conviver com o diferente passa a ser cada vez mais rotineiro.

A colisão de princípios resolve-se por um critério de “precedência condicionada”, dependente exclusivamente do peso, da importância, maior ou menor de cada um dos princípios em cotejo. Ainda relacionando-se ao conflito de princípios, encareceu Alexy, unicamente por critérios de proporcionalidade, ponderação entre um e outro, é que se atinge a adequada aplicação da norma. (PIOVESAN, 2003, p. 383 a 384)

Aos operadores do Direito resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, doando máxima efetividade aos princípios constitucionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade humana – porque fonte e sentido de toda experiência jurídica. (PIOVESAN, 2003, p. 398)

A tendência, e o que se espera, é que os princípios possam coexistir uns com os outros. Essa é a defesa de Alexy em seu livro sobre a teoria dos direitos fundamentais, com a essência defendida do sopesamento. Não se deverá jamais aceitar uma violação da dignidade mesmo em função de outra dignidade. Verifica-se que não há como deixar a existência de uma larga margem de liberdade por parte dos órgãos estatais a quem incumbe a missão de promover e efetivar condições de vida digna para todos. (SARLET, 2009, p. 141).

A este processo de sopesamento, assim mencionado como a avaliação do valor de cada princípio, tratando-se de um método que não analisa as circunstâncias de forma abstrata ou genérica, mas, sim, individualiza as peculiaridades de cada um. Analisando o conflito das tradições indígenas, muitas vezes arcaicas e da autonomia de vontade de seus membros.

Como as culturas são divergentes entre si, ao se fazer escolhas autônomas de valores a serem seguidos, indubitavelmente acaba se contrariando os valores de outra cultura. São escolhas. O que se deve garantir aos integrantes é essa possibilidade de escolha, sua autonomia de vontade. Não se pode proibir que se retirem da comunidade nem obstruir a liberdade de poderem construir sua história particular a partir de novos conceitos culturais. Ninguém pode ser aprisionado por sua cultura.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade que dá o parâmetro para a solução do conflito dos princípios. É ela a luz de todo o ordenamento. Tanto no conflito em abstrato de princípios como no caso real, concreto, é a dignidade que a busca a solução. Coloca-se a dignidade da pessoa humana como o valor supremo a ser respeitado.

Ante os diferentes casos concretos de interpretação e aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa, nas quais se investiga se houve violação do princípio, verifica-se que há casos em que é evidente a violação da dignidade da pessoa e em outros a

não-violção. O problema são os casos limítrofes em que há dúvidas sobre a violação ou não dá dignidade da pessoa.

Muitas vezes o confronto concreto não diz respeito apenas a dois direitos fundamentais em choque dentro de uma cultura. Mas a uma situação ainda mais complexa de solução: dois direitos fundamentais em conflito e entre culturas diferentes.

Mesmo assim, não há como desconsiderar a circunstância de que, justamente pelo fato de serem os direitos fundamentais, ao menos em regra, exigências e concretizações em maior ou menor grau de dignidade da pessoa, a expressiva maioria dos autores e especialmente das decisões judiciais acaba por referir a dignidade da pessoa não como fundamento isolado, mas vinculado a determinada norma de direito fundamental. (LUCAS, 2010, p. 102-103)

Entretanto a dificuldade está em fazer o sopesamento a luz das visões culturais divergentes. Olhar com os olhos do outro. Buscar a análise pelo diálogo intercultural, aproximando igualdades e diferenças. Deve-se reconhecer o direito de todo indivíduo de levantar-se contra os valores culturais experimentados e propor novas alternativas, sobretudo nos casos em que há dano à vida, à dignidade e à subsistência.

Uma sociedade livre, justa e solidária é uma sociedade na qual os direitos fundamentais são dotados de eficácia jurídica e tendentes à efetividade, tanto no plano das relações entre estado e indivíduo como entre os próprios indivíduos. O importante é que a solução seja mais justa possível e atinja o menos possível a dignidade daquele que tiver de perder a disputa.

O ser humano, dotado que é de consciência e de capacidade de decisão, terá reação sempre que tentarem o reduzir a mero instrumento do arbítrio de terceiros. É o caso em tela, conforme explicado, as crianças, ao serem enterradas, choram. Alguns pais, lutam. Outros, suicidam-se. Mas sempre há reação.

Para os índios estudados, um ser só é pessoa quando é recebido pela sociedade. Sob esse ponto de vista, não haveria desumanidade em enterrar crianças que não foram aceitas. A antropologia analisa o caso concreto dessa forma. Entretanto, na análise da dimensão básica da dignidade, na qual traz bens jurídicos necessários a impedir a coisificação do indivíduo e é encontrado em todo ser humano, a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir sendo um bem inato.

Dessa forma, ao nascer, a criança indígena já possui dignidade humana, independente de instrumento normativo, de aceitação da sociedade ou de qualquer concessão posterior. Tem dignidade pura e simplesmente por existir.

Sob o enfoque da dimensão cultural da dignidade humana, deve-se respeitar a diversidade de tradições morais que variam de época e de lugar, mas sempre protegendo o nível básico da dignidade humana (inerentes aos indivíduos desde os primórdios da humanidade).

Também, o direito à vida é fato incontroverso em todas as declarações de direitos humanos, devendo ser reconhecido a todo ser humano esse valor supremo, o mais elementar de todos os direitos: o direito de existir.

Os fatores da natureza humana universal devem guiar a análise das tradições divergentes entre as culturais existentes. A tolerância constitui uma condição fundamental para a convivência livre e tranquila. Respeitar o diferente e abrir o diálogo multicultural é imprescindível no atual mundo globalizado.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1998.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos Humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais – novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier, CASSEL, Douglas. (orgs). **A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais- Desafios do Século XXI**. Joaçaba: Ed UNOESC, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOCHENEK, Antonio César. **Diálogo entre culturas: direito a ter direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 36 ed.

São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção manuais de legislação).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** Coimbra: Almedina, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/** tradução Jefferson Luiz Camargo; 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese.** Editora Perspectiva: 1995.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença.** Unijuí: Unijuí, 2010.

MALISKA, Marcos Augusto. SUZIN, Jederson. **O direito à diversidade das comunidades indígenas. multiculturalismo, direito à vida e infanticídio.** Direitos Fundamentais e justiça, ano 5, n.º 19, jul/set 2011, p. 165-181.

MORIKAWA, Márcia Mieko. **Diálogo entre culturas: a ‘estranha ideia dos direitos humanos – o caso do Japão**

NOVAES, Regina Reyes. LIMA, Robert Kant de. **Antropologia e direitos humanos.** Niterói: Ed UFF, 2001.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHAFFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais: proteção e restrições.** Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.