

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO UNDB
CURSO DE DIREITO

JOÃO VICTOR SOUSA PINTO

“QUEM NÃO TEM CÃO, CAÇA COMO GATO”: A dificuldade de acesso à justiça e o pluralismo jurídico na sociedade.

São Luís

2020

JOÃO VICTOR SOUSA PINTO

“QUEM NÃO TEM CÃO, CAÇA COMO GATO”: A dificuldade de acesso à justiça e o pluralismo jurídico na sociedade.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior UNDB como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Thiago Gomes Viana

São Luís

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário - UNDB / Biblioteca

Pinto, João Victor Sousa

“Quem não tem cão, caça como gato”: a dificuldade de acesso á justiça e o pluralismo jurídico na sociedade. / João Victor Sousa Pinto__ São Luís, 2020.

48 f.

Orientador: Prof. Me. Thiago Gomes Viana

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2020.

1. Crise do direito. 2. Pluralismo jurídico. 3. Conflitos sociais.
4. Direitos humanos. I. Título.

CDU 340:316

“QUEM NÃO TEM CÃO, CAÇA COMO GATO”: A dificuldade de acesso à justiça e o pluralismo jurídico na sociedade.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco UNDB como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito

Aprovado : __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Thiago Gomes Viana (Orientador)

Centro Universitário UNDB

Prof. Esp. Me. Dr. Nome Completo (1º Examinador)

Centro Universitário UNDB

Prof. Esp. Me. Dr. Nome Completo (2º Examinador)

Centro Universitário UNDB

AGRADECIMENTOS

Em um trabalho desse porte dificilmente o mérito é apenas de uma pessoa, pois ela sozinha provavelmente não chegaria tão longe, ao longo de nossa jornada surgem pessoas que contribuem para a formação do pesquisador.

Agradeço a Deus pela força em momentos que pensei não ser capaz de prosseguir.

Agradeço à minha mãe Silvia por sempre ter me motivado e incentivado nesse caminho, por todo o seu esforço pra me fazer chegar até aqui.

Sou imensamente grato a todos os meus amigos, que sempre acreditaram em mim e me inspiraram a ser uma versão cada vez melhor de mim mesmo. Em especial aos meus amigos Olegário, Mateus e Kayky, que me cederam um computador para que eu fizesse esse trabalho.

Agradeço ao meu orientador Prof. Me. Thiago Gomes Viana por aceitar conduzir o meu trabalho de pesquisa.

Agradeço a todos os meus professores do curso de direito pelo excelente nível de ensino que me foi passado ao longo desses anos.

Gostaria de agradecer também à própria instituição CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO UNDB pelo privilégio de ter me formado lá.

RESUMO

A crise do Direito. Já não é novidade alguma que o direito (esse encontrado nas leis) não tem capacidade plena de resguardar e de acompanhar as demandas e interesses sociais. Desta forma, o cidadão, para ter seus direitos e interesses devidamente respeitados e protegidos, busca essa tutela fora da Carta Magna, da Constituição, fora das leis propriamente ditas, encontrando tal amparo em outras formas de direito ou no “*direito achado nas ruas*”, expressão usada inicialmente pelo jus filósofo Roberto Lyra Filho. Essa expressão é só um modo de dizer que há “direito” fora da Constituição, por mais incrível que pareça. Para se visualizar melhor o problema em questão, a título de exemplo, é possível se falar em “direito das favelas”, “direito das prisões” e “direito das tribos”, que são situações em que aparentemente o “braço” do Estado não alcança, razão pela qual as pessoas que fazem parte dessas sociedades buscam formas alternativas de “justiça”, dando origem então, a depender da sociedade, a um novo tipo de “direito”. O trabalho busca enxergar o problema de perspectivas diferentes, de modo que o desenvolvimento do trabalho está construído com a finalidade de demonstrar como a doutrina, jurisprudência, sociedade e o próprio Estado enxergam a matéria, tudo dentro desse contexto de crise do direito. T tamanha crise se dá para provar que o direito não é algo dado, pronto e terminado, pois é algo ainda bruto, que necessita de constantes lapidações para atingir sua melhor forma, ou seja, deve passar por diversas mudanças para acompanhar e atender os conflitos sociais, que a medida que o tempo passa, torna as relações e demandas sociais cada vez mais complexas.

Palavras-chave: crise do direito, pluralismo jurídico, conflitos sociais, direitos humanos.

ABSTRACT

The crisis of law. It is no longer a novelty that the law (the one found in the laws) does not have the full capacity to safeguard and accompany social demands and interests. In this way, citizens, in order to have their rights and interests properly respected and protected, seek this protection outside the Constitution, outside the laws themselves, finding such support in other forms of law or in the “right found on the streets”, an expression initially used by the philosopher Roberto Lyra Filho. This expression is just a way of saying that there is "right" outside the Constitution, as incredible as it may seem. In order to better visualize the problem in question, as an example, it is possible to speak of “law of the favelas”, “law of prisons” and “law of tribes”, which are situations in which apparently the “arm” of the State does not it reaches, which is why people who are part of these societies seek alternative forms of “justice”, giving rise, then, depending on society, to a new type of “right”. The work seeks to see the problem from different perspectives, so that the development of the work is built with the purpose of demonstrating how the doctrine, jurisprudence, society and the State itself see the matter, all within this context of crisis of law. Such a crisis happens to prove that the law is not something given, ready and finished, because it is something still gross, which needs constant polishing to reach its best shape, that is, it must undergo several changes to monitor and attend to social conflicts, that as time passes, social relations and demands become increasingly complex.

Keywords: crisis of law, legal pluralism, social conflicts, human rights.

LISTA DE FIGURAS

Gráfico 1 – “Em sua opinião, esta regra existe entre os presos?”.....	27
Gráfico 2 – “É uma regra recorrente no ambiente carcerário?”.....	27
Gráfico 3 – “Nas delegacias, cadeias ou penitenciárias, o estuprador é sempre mal tratado pelos outros presos?”	29

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – “Em sua opinião, esta regra existe entre os presos?”	26
Tabela 2 – “É uma regra recorrente no ambiente carcerário?”	27
Tabela 3 – “Nas delegacias, cadeias ou penitenciárias, o estuprador é sempre mal tratado pelos outros presos?”	28

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A VISÃO DOUTRINÁRIA E SOCIAL MODERNA DO DIREITO	13
2.1	Contexto histórico do direito	13
2.2	Doutrina moderna	17
3	ESTADO E SOCIEDADE	19
3.1	O Estado em crise	20
4	DAS OUTRAS FORMAS DE DIREITO	24
4.1	Do direito nas favelas	24
4.2	Do direito nas prisões	25
4.3	Do direito nas tribos indígenas	30
4.3.1	A liberdade do índio frente ao Estado	31
4.3.2	Infanticídio indígena e o código penal: deve haver intervenção/punição?	32
4.3.3	O índio aos olhos da Carta Magna e disposições legais	34
4.3.4	O índio e a teoria universalista dos direitos humanos	36
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho que será apresentado, se tem como objetivo apresentar uma análise a respeito dos conceitos doutrinários e jurisprudenciais a respeito das outras formas de direito existentes na nossa sociedade, das outras possibilidades que o direito pode assumir diante dessa crise, o que permite se falar em pluralismo jurídico.

Essas outras formas de direito parecem ser uma resposta à ineficiência do direito positivado em tutelar os direitos da sociedade, que ao longo dos anos vem se tornando cada vez mais complexas, e o direito, se quiser acompanhar essas mudanças, deve se ajustar a elas.

Neste trabalho também se estudará como e porque essa “pluralidade” do direito possui um papel significativo quanto ferramenta de transformação social e como ela pode ser aplicada/utilizada nesse contexto moderno.

A pesquisa busca também uma compreensão (pelo menos em parte) do contexto histórico-social do direito, com o intuito de ter uma concepção atualizada sobre o impacto dessa crise jurídica na sociedade moderna.

Esse tipo de pesquisa se faz relevante por envolver não apenas valores objetivos e formais das leis e do direito, mas também envolve valores sociais, valores humanos, princípios fundamentais do direito. E apesar de não ser uma discussão tão nova, os debates sobre esse problema ainda são bastante vivos.

Como se trata de uma pesquisa que visa demonstrar de forma clara o modo de visão dos sujeitos envolvidos nesse processo de evolução social do direito, é necessário que se faça um estudo psicológico das pessoas que vivem nesses determinados grupos sociais, como favelas, prisões e até mesmo tribos, pois são locais que no plano fático mostram noções do direito que são completamente diferentes das noções básicas que se aprende na vida acadêmica de direito.

A justificativa científica é bem compreensível: no Brasil, há muita necessidade de se estudar esse “direito das ruas”, pois querendo ou não, eles representam de fato os interesses das pessoas que vivem nesse meio, é a forma que essas pessoas encontraram de ter voz. Existem, além do ordenamento positivado, outros “ordenamentos”, podendo serem usados como exemplo o “direito das favelas e comunidades” e o “direito das prisões”. Esse pluralismo jurídico é fruto do não alcance da mão do Estado, pois é muito comum no Brasil que esses lugares sejam regidos por “leis próprias”. Nas favelas, comunidades e prisões não

há que se falar em “eu vou atrás dos meus direitos na justiça” como se é muito costumeiramente dito nos grandes centros urbanos, pois é como se as pessoas desses lugares não tivessem vozes ou como se houvesse uma recusa em ouvir essas vozes.

Essa situação acontece em outros países também, mas especialmente no Brasil tem um aspecto mais característico, basta atentar para os noticiários e jornais, que comumente relatam notícias sobre como funciona a vida nas favelas, com a expressão cada vez mais frequente do termo “tribunal do crime”, onde criminosos dominantes decidem julgar, condenar e executar os indivíduos, “solucionando” os conflitos.

Um outro exemplo que pode ser dado é de como os novos presidiários são tratados dentro da prisão de acordo com seus crimes. Não é muito raro se ter notícias de detentos que, por exemplo, cometeram crime de estupro, serem mortos dentro da cadeia em poucos dias de reclusão. Ou seja, é como se o sujeito tivesse que ser julgado duas vezes, externamente (pelo Estado) e internamente (pelo sistema interno da prisão).

Com todo esse cenário crítico, surgem vários questionamentos e problematizações, como por exemplo: no contexto social, é possível se ter o direito como algo concreto, pronto e acabado? Se as leis não atendem às necessidades da sociedade, seria válida então a busca por um direito não propriamente normativo? Até onde a “mão” do Estado alcança essas classes menos favorecidas? Para fins de norte da pesquisa, se levará em consideração a segunda questão como sendo a principal. Como se percebe, devido ao amplo contexto do tema, se torna difícil a tarefa de escolher apenas uma questão-problema e se debruçar sobre ela. A pesquisa tentará abordar (direta ou indiretamente) tais tipos de questões ao longo dos capítulos usando como objeto de estudo alguns problemas/situações característicos de cada meio.

A metodologia que será aplicada será a pesquisa bibliográfica, procurando colher boas obras e autores que possam dar uma boa base para toda a pesquisa. No tocante ao seu objetivo, a pesquisa será descritiva, visto que estudará características de grupos sociais diferentes, analisando suas variáveis, dentro de um mesmo contexto. O trabalho tentará ver o problema de ângulos diferentes, tendo como base a visão social, doutrinária e estatal da matéria.

O primeiro capítulo abordará o problema do ponto de vista doutrinário e social também, fazendo uma breve contextualização histórica do direito, tendo-o como uma obra que nunca acaba e nem se concretiza, pois sempre está se moldando, se reconstruindo.

O segundo capítulo entrará um pouco mais no aspecto social do problema, mostrando outros exemplos de “direito” que surgem na sociedade, como já mencionados anteriormente, o direito nas favelas, nas prisões ou até mesmo tribos indígenas são tipos de lugares que tem “direitos” não positivados pelo Estado, mas que coexistem no plano fático. Nesses lugares, basicamente todos os problemas gerados nesse meio são resolvidos nesse mesmo meio, sem a necessidade de invocar o Estado. Este capítulo será a parte principal da pesquisa, pois é nesse capítulo que se abordará o centro do tema, a pluralidade jurídica do direito propriamente dita, abordando o mesmo fenômeno através de perspectivas diferentes, lugares e situações diferentes, partindo do ponto de vista social.

O terceiro capítulo mostrará, de forma mais sucinta, como o Estado vê e reage diante desse problema, que mecanismos ele tem e usa para tentar controlar a situação. Neste capítulo observar-se-á a situação partindo do ponto de vista da Constituição. Outro ponto de bastante importância é se discutir não apenas a eficácia do Estado em atender os interesses sociais, mas também, entender até onde o Estado deve intervir ou se omitir na vida dos indivíduos de tal sociedade.

Então, neste trabalho, como já explicado anteriormente sobre a visão de cada capítulo, a respeito da temática se pretende ter pelo menos três perspectivas: a doutrinária, a social e a constitucional.

A jurisprudência não tem tido uma tarefa fácil nos últimos anos, pois uniformizar as decisões judiciais com base nas demandas sociais é algo bem delicado, pois tanto o direito quanto a sociedade são “coisas” que não possuem um conceito concreto, pelo simples fato de serem oriundos do homem, que está sempre em evolução.

2. A VISÃO DOUTRINÁRIA E SOCIAL MODERNA DO DIREITO

Abordar o ponto de vista doutrinário sobre qualquer fenômeno social é muito importante para a pesquisa por possibilitar de antemão uma boa carga de conhecimento sobre a matéria, dando rumos mais sólidos para o trabalho como um todo.

Importante lembrar que, apesar de muito importante para qualquer pesquisa, a visão doutrinária por si só não resolve o problema propriamente dito (embora dê ao pesquisador uma grande carga de conhecimento), por isso, se faz necessário abordar o problema partindo de outras perspectivas também.

2. 1 Contexto histórico do direito

O direito alternativo que aqui se fala, já é objeto de estudo há alguns anos, é possível se encontrar diversos debates sobre a matéria em artigos da internet, na doutrina e jurisprudência. Segundo Maximiliano (2002), esse direito alternativo é como se fosse uma adaptação do direito à realidade em que ele se encontra, como pensavam os antigos juristas de Roma, que defendiam que o direito devia se adaptar às necessidades da vida e às exigências da época.

Aqui já se vê uma noção sobre esse direito alternativo que provavelmente será bastante abordada ao longo da pesquisa, que é a ideia de que esse tipo de direito atua como uma adaptação, um improviso legal, em que os indivíduos fazem uso das leis de acordo com as necessidades sociais.

Para Maximiliano (2002) o direito não pode se dá de forma isolada do ambiente em que ele atua, pois deixaria de atender às outras manifestações da vida social e econômica, sendo que esta não corresponde de forma com o que os legisladores formulam em suas normas.

Outro ponto interessante observado aqui é que, como versa o próprio autor, o direito é algo que deve surgir a partir das demandas sociais, para garantir e resguardar os interesses de todas as classes. O direito deve ser de acesso e entendimento fáceis, visto que foi feito para atender a todas as demandas sociais, de modo que não haja dúvidas sobre o seu verdadeiro propósito.

É possível perceber de forma bastante notável então, que o direito, não pode se manter como algo imutável durante toda a eternidade, até porque o meio pelo qual se usa o direito é a linguagem, as palavras, algo que, segundo Bleicher (1980) as palavras, o texto, possui um caráter autônomo quando reproduzido, por isso deixa de ser adequado se referir a apenas ao

seu sentido original, pois o texto deveria fazer um convite à leitura e à uma interpretação plural em vez de conter apenas um sentido fixo. Seguindo dessa forma, a interpretação é um processo aberto e ilimitado.

Tal pensamento ganha reforço aqui com Gadamer (2011) que afirma a importância da hermenêutica nesse aspecto, pois se tal pensamento não fosse verdadeiro, a hermenêutica jurídica não faria parte desse contexto, pois não tentaria compreender textos já dados sendo que é apenas um recurso da práxis jurídica, utilizado para sanar certas deficiências no sistema dogmático. Dessa forma, não teria a menor relação com a tarefa de compreender a tradição, que é a característica da hermenêutica própria das ciências do espírito.

Até esse ponto já nota-se a importância da clareza na escrita ou construção das leis, pois a interpretação do texto normativo, dependendo de como ele for redigido, pode levar a inúmeros entendimentos equivocados, causando uma confusão ou insegurança jurídica.

Com base no que leciona Camargo (2003), se for feita uma regressão até o aparecimento do positivismo jurídico, se perceberá que quando ele surgiu encontrou base na filosofia das luzes e na filosofia positivista, sendo que a primeira dava mais importância ao estudo científico da realidade objetiva, a segunda por sua vez fazia estudo das relações constantes entre os fatos da sociedade, com um método de investigação empirista, essa filosofia fazia negação à qualquer metafísica, se fundamentando em apenas fatos positivos.

Camargo (2003) nos diz que a ideia desse positivismo era buscar na sociedade leis constantes e invariáveis que a explicassem, tal como se explicavam os fenômenos da natureza. Mas essa ideia traz uma noção de um direito usado de forma meramente mecânica, pois essa ideia remete a um direito baseado única e exclusivamente na legislação, sem a intervenção de quaisquer outros valores humanos.

Um olhar, por mais superficial que seja, sobre o contexto sociedade/direito, é capaz de perceber que essa relação está muito longe de ser equilibrada, pois envolve muitas questões humanas, o que boa parte das vezes se torna uma problematização com polos extremamente opostos.

Reynaldo Porchat (1909), na sua obra "*da retroatividade das leis civis*"¹, ele fala sobre **problemas de direito**, entre tantos outros, o autor versa sobre a fragilidade do direito. Nesse ponto, se percebe que a doutrina busca um meio termo no âmbito do direito, pois o

¹ PORCHAT, Reynaldo. Da retroatividade das leis civis. 1909. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61598. Acesso em: 13/03/2020.

direito tido como meramente objetivo e mecânico não traz o direito em sua essência completa, já o direito “solto no ar” sem nada concreto que o faça ser garantido também não ajuda em nada. Como o próprio autor Porchat nos diz: “Menos do que papel é a palavra, porque é sopro”.

Ao papel é que a amizade, o direito, a honra confiam os seus segredos, as suas dívidas, os seus compromissos. No papel é que as ciências, as literaturas, as instituições eternizam as suas obras primas, os seus títulos de estabilidade, os arquivos do seu passado, as garantias do seu porvir. Todo o universo moral, todo o universo político, todo o universo humano assenta, hoje, em trapos de papel. (Reynaldo Porchat, 1909).

Até esse ponto do trabalho já se percebe que há uma longa jornada a ser percorrida pelo homem na busca por uma relação cada vez mais harmoniosa com o direito vigente, visto que, à medida que a sociedade se expande, cresce e evolui, outros problemas surgirão nessa relação, tornando o contexto cada vez mais complexo.

Boa parte de toda essa problematização, como se pode perceber, é que o homem sempre está evoluindo, e o direito, se parar de evoluir junto, pelo menor tempo que seja, já vai encontrar incontáveis fatores que irão dificultar o atendimento do direito às demandas sócias.

Partindo dessa dificuldade que o direito encontra em atender satisfatoriamente às demandas sociais, se chega até Lyra Filho (1982), criador da expressão “*direito achado na rua*” e autor da obra “O que é Direito”, nos ensina que o direito não é algo simplesmente criado, pronto e acabado, pois é bem mais que isso, pois é um modelo de organização da sociedade que vai se adaptando às mudanças dessa sociedade ao longo do seu processo histórico.

O autor Lyra Filho nos faz ver o direito como uma roupa, que deve se ajustar ao “corpo” da sociedade, que é quem de fato faz uso dessa “roupa”, de modo que quando o corpo muda, essa roupa deve ser ajustada ou trocada, pois a antiga não servirá mais.

O “direito achado nas ruas”, segundo o entendimento do próprio autor, é um imprevisto social gerado pela incapacidade do Estado de proteger os interesses de todas as classes sociais de forma igualitária.

Sobre isso, há em sua obra uma interessante passagem, que se dispõe do seguinte modo:

O processo social, a História, é um processo de libertação constante (se não fosse, estávamos, até hoje, parados, numa só estrutura, sem progredir); mas, é claro, há avanços e recuos, quebras do caminho, que não importam, pois o rio acaba voltando ao leito, seguindo em frente e rompendo as represas. Dentro do processo histórico, o aspecto jurídico representa a articulação dos princípios básicos da Justiça Social

atualizada, segundo padrões de reorganização da liberdade que se desenvolvem nas lutas sociais do homem. Quando falamos em Justiça, entretanto, não nos estamos referindo àquela imagem ideológica da Justiça ideal, metafísica, abstrata, vaga, que a classe e grupos dominantes invocam para tentar justificar as normas, os costumes, as leis, os códigos da sua dominação. (LYRA FILHO, 1982).

Pela concepção do autor, se percebe que o direito se faz parecer algo criado por elite, para controlar e comandar uma classe mais inferior.

É notável que dessa expressão “direito achado na rua” o autor deseja mostrar o grito dos desfavorecidos, a luta e clamor da sociedade pelos seus direitos que lhes são devidos.

A lei sempre emana do Estado e permanece em uma análise, ligada a classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico. (...) Embora as leis apresentem contradições que não nos permitem rejeitá-las sem exame, como pura expressão dos interesses daquela classe, também não se pode afirmar que toda legislação seja autêntico, legítimo e indiscutível (...). A legislação sempre abrange em maior ou menor grau Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido (LYRA FILHO, 1982).

Como dito antes, o direito não pode ser tido como algo frio e pronto, mas que deve ser visto como um ser, um organismo vivo, pois é a própria sociedade que dá vida a esse organismo e quando ela vai mal ele também vai.

Existe uma relação entre o homem e o direito que vai muito além das normas constitucionais, apesar de parecer um âmbito meramente formal.

A noção sobre desigualdade do direito é bem mais antiga do que se pensa, séculos atrás a doutrina já se debruçava sobre a matéria, tendo grandes nomes como Jean-Jacques Rousseau (1754), que versa exatamente sobre isso em sua obra “*Discurso sobre a origem da desigualdade*”². Para o autor, um dos pontos que se tem ideia do início dessa desigualdade foi quando as sociedades começaram a se estender, pois o homem começou a ter valores e costumes cada vez mais diferentes.

Rousseau também diz que, do ponto de vista natural somos iguais (no que diz respeito a ter acesso aos mesmos recursos naturais, por exemplo), mas no tocante à diferença dos homens entre si, o que mais contribui não é a natureza, mas sim, as instituições criadas pelo próprio homem.

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade* (1754). Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>. Acesso em 14/10/2020.

Ora, se se comparar a diversidade prodigiosa do estado civil com a simplicidade e uniformidade da vida animal e selvagem, em que todos se nutrem dos mesmos alimentos, vivem da mesma maneira e fazem exatamente as mesmas coisas, compreender-se-á quanto a diferença de homem para homem deve ser menor no estado de natureza do que no de sociedade; e quanto a desigualdade natural deve aumentar na espécie humana pela desigualdade de instituição. (Rousseau, 1754).

2. 2 Doutrina moderna

Apesar de o tema parecer novo, a doutrina já se debruça sobre a matéria há um bom tempo, tendo em vista toda a evolução das classes sociais e observando o quão importante é o papel das leis.

É uma temática que ainda é presente no meio doutrinário, levando em consideração a crescente demanda social por um direito que resguarde seus interesses de forma efetiva.

Sousa Júnior (2008) considera os novos movimentos sociais um elemento essencial para transformar um ordenamento jurídico. Segundo ele, uma das coisas que se busca com esse “direito das ruas” é o acesso, tanto à justiça quanto ao próprio direito:

A partir da constatação derivada dos estudos acerca dos chamados novos movimentos sociais, desenvolveu-se a percepção, primeiramente elaborada pela literatura sociológica, de que o conjunto das formas de mobilização e organização das classes populares e das configurações de classes constituídas nesses movimentos instaurava, efetivamente, práticas políticas novas em condições de abrir espaços inéditos e de revelar novos atores na cena política capazes de criar direitos (SOUSA JÚNIOR, 2008).

Miranda (2007) por sua vez, defende que a sustentação do direito não está apenas nas leis, normas, jurisprudências e doutrinas, mas também na própria sociedade, pois é ela que luta, reivindica e deseja a tutela de seus direitos.

Nos dizeres de Ferraz Junior (2012) o direito é concebido como unidade pela dogmática analítica, pois ela enfatiza uma visão unilateral e diferenciada do direito, mas ele faz uma ressalva:

O preço dessa orientação, pago pela dogmática analítica, é um relativo distanciamento da realidade, o que há mais de um século constitui motivo de crítica. Apesar disso, é uma forma de pensar dogmaticamente que persevera, não só por força de uma arraigada tradição, mas também porque cumpre ainda funções sociais de neutralização política e econômica, para as quais ainda não se encontrou um substituto. (FERRAZ JUNIOR, 2012).

Conforme se vê, o direito não pode seguir por caminhos puramente dogmáticos, como um beco sem saída, mas sim deve ter um leque de opções e possibilidades de caminhos para

percorrer pois muitas vezes perdemos um atalho porque não conhecemos totalmente o próprio caminho que estamos seguindo.

Bustamante (2008) reforça esse pensamento:

Acostumados à posição de observadores, no mais das vezes impregnados de preconceitos cientificistas como o postulado da neutralidade axiológica do jurista, os teóricos do Direito durante muito tempo proclamaram uma vitória do positivismo, haja vista a evidente inviabilidade de se construir qualquer conceito normativo de Direito a partir dessa perspectiva. (BUSTAMANTE, 2008).

Pelo o que foi exposto pela doutrina até aqui, a maioria defende o entendimento de que o direito deve ser maleável, se adaptando, se adequando ao plano fática do cotidiano dos cidadãos.

Já para Betti (2007), uma lei, uma norma, antes de ser aplicada a um caso concreto, é necessário se fazer uma análise, uma comparação, para que tal lei seja colocada como um “encaixe” sobre o caso concreto.

A aplicação da lei a uma determinada situação de fato pressupõe uma comparação desta com a espécie (legal) prevista pela norma. Trata-se de verificar se e em que medida a espécie concreta corresponde à espécie legal, na qual se presume que deva estar contida, e de reencontrar os elementos relevantes para o tratamento jurídico: tal operação lógica denomina-se qualificação jurídica (da espécie). (BETTI apud RIEZLER; 2007).

3 ESTADO E SOCIEDADE

É notável que a situação atual do direito não é muito promissora visto que há diversas lacunas no direito vigente no país devido à enorme demanda da sociedade. O Estado não é perfeito, pois é composto por homens que também não são.

Então é necessário que se faça algo e rápido pois a situação é de urgência, caso nada seja feito, estaremos à beira do tempo do Código de Hamurabi³.

Os primeiros sinais de consagração da Lei de talião foram encontrados no Código de Hamurabi, que data de 1700 A.C surgindo no reino da Babilônia. É muito comum se pensar que talião é um nome próprio, mas na verdade não é, pois se trata de um termo que vem do latim *taliones* que significa “idêntico, como tal”, a ideia era de que a lei fosse plenamente justa, fazendo do ato do crime o mesmo ato da pena.

É possível entender de forma mais clara o modo como as leis eram pensadas naquele tempo, observando a lei do talião através do Código de Hamurabi em seus “artigos”:

196° – Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

197° – Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso.

200° – Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes.

202° – Se alguém espancar outro mais elevado que ele, deverá ser espancado em público sessenta vezes, com o chicote de couro de boi.

206° – Se alguém bate outro em uma rixa e lhe faz uma ferida, ele deverá jurar: “Eu não o bati de propósito”, e pagar o médico.

209° – Se alguém atinge uma mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos pelo feto.

210° – Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele⁴.

Pode-se perceber então, que o direito (no seu aspecto punitivo) mudou bastante se for traçado um paralelo de 1700 A.C até os dias atuais. Mas essa perspectiva permite perceber que o direito, dependendo dos interesses sociais e da época, pode sim ser capaz de se moldar para atender as demandas sociais.

Avançando até os dias atuais se pode perceber que esse dilema ainda é bastante vivo como “de que forma o direito pode atender a todos os interesses sociais?”.

O fato é que, independente da tutela do Estado, o homem, sentindo-se na necessidade de proteger seus direitos e interesses sempre vai dar um jeito de encontrar a sua tutela

³ Código de Hamurabi. Disponível em: <<http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>>. Acesso em 20/03/2020.

⁴ Ibid. Código de Hamurabi. Disponível em: <<http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>>. Acesso em 20/03/2020.

desejada, ou pelo menos a mais próxima possível, seja dentro ou fora do ordenamento jurídico vigente.

O Estado se encontra numa situação delicada, pois as demandas sociais são cada vez mais exigentes e complicadas devido ao grau de complexidade das relações sociais, o que requer bastante esforço para algum tipo de harmonia nessa relação Estado/sociedade.

3.1 O Estado em crise

Antes de se falar propriamente da crise no sistema estatal moderno, é muito oportuno falar sobre a nossa Carta Magna, a Constituição Federal de 1988, que é a base de toda a noção sobre direitos e garantias vigentes no Brasil.

Bucci (2019), fala sobre o contexto histórico vivido nessas últimas décadas a respeito da nossa Constituição Federal, analisando suas mudanças e adaptações ao longo desse período.

Segundo Bucci, por mais que a situação pareça ser bastante problemática, durante as últimas décadas houve uma considerável evolução no que tange os cuidados do Estado para com os direitos e garantias constitucionais.

Vale destacar que a Constituição aqui é tida como algo em constante movimento, uma “jornada inacabada”⁵.

Para a pesquisa, nesse último capítulo do trabalho, se aborda um terceiro ponto de vista a respeito da pluralidade jurídica, mas sob uma perspectiva constitucional.

Spengler (2011), aborda brilhantemente o tema, apontando os principais pontos que devem ser observados no estudo da crise do Estado, para a autora, a máquina Estatal é terrivelmente falha em tentar garantir e resguardar os direitos dos cidadãos, fazendo diversos apontamentos bastante pertinentes.

“Portanto, a análise da crise pela qual passa o Poder Judiciário estará centrada em suas duas vertentes principais: a crise de eficiência e a crise de identidade e todos os reflexos a elas correlatos, principalmente o fato de que sua ocorrência está vinculada

⁵ BUCCI. Mana jaula Dallari. Os Trinta Anos da Constituição e as Políticas Públicas: A celebração interrompida. In: BOLONHA, Cardos et al. (Coord.). 30 anos da Constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4656509/mod_resource/content/1/30%20anos%20da%20CF-1988_MARIA%20PAULA%20DALLARI.pdf. Acesso em: 15/11/2020.

a um positivismo jurídico inflexível, o qual traz como consequência o “esmagamento” da justiça e a descrença do cidadão comum⁶”.

Por mais otimista que se possa ser em relação ao Estado, é notável que a sua crise é oriunda de diversos fatores tanto internos quanto externos que culminam num cenário totalmente fora de controle das “mãos” do Estado.

Ainda em Spengler (2011), se entende que há uma grande necessidade de se rever as dificuldades enfrentadas pelo Estado no cumprimento do exercício dos seus poderes e que tal análise não pode ser feita sem levar em consideração sua crise científica e de valores, pois o texto legislativo em sua maioria foge da realidade fática dos cidadãos, o que evidentemente traz consequências sociais negativas.

Uma das principais consequências sociais negativas que se tem é a adoção ou busca de outros ordenamentos, outras leis, outras formas de garantir seus direitos, visto que o Estado se mostra claramente incapaz de atender a toda demanda social.

Ao contrário do que possa parecer, esse cenário de crise do Estado já vem sendo discutido desde o século passado, a falta de respostas eficazes e a continuidade do problema já diz muito sobre o grau de complexidade da situação.

Para Cruet (1908), o direito deve ser visto e usado como ferramenta para solução de conflitos sociais e não como mecanismo de controle das classes, pois se essa premissa não for levada em consideração na construção de suas leis, o Estado estará condenado a viver em crise, visto que se não houver uma relação mínima de harmonia entre a sociedade e as leis impostas, estas serão cobertas de inutilidade. O autor conclui a sua obra com a seguinte afirmativa: “O direito não domina a sociedade, exprime-a”.

Conforme o exposto até aqui, o direito quanto ferramenta de resolução de conflitos deve estar em sincronia com os anseios da sociedade, de modo que ela, por si só já é um “ninho” de problemas e conflitos devido ao crescente grau de complexidade das suas relações, o que demanda do Estado cada vez mais maestria no uso de tal ferramenta.

Esse raciocínio de direito como uma ferramenta de resolução de conflitos é um dos pontos mais destacados pela doutrina, pois tendo essa premissa como ponto de partida para analisar a situação, se observará de forma mais clara os principais problemas envolvidos e quais os meios mais adequados de resolvê-los.

⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. A crise do estado e a crise da jurisdição: (in) Eficiência face à conflituosidade social. 2011. Disponível em: seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/255/205. Acesso em: 19/11/2020.

É importante se destacar também a importância da sociedade nesse processo de construção do direito, servindo como um “termômetro”.

Parola (2007), em sua obra *A ordem injusta*, aborda o tema explicando o quão dificultoso é se chegar a um meio de resolução de conflito que seja realmente capaz de trazer resultados positivos, pois aparentemente o Estado não tem uma estrutura que suporte tamanho nível de exigência social.

“Mesmo concebida como voltada para o benefício comum dos que a compõem, uma sociedade é essencialmente marcada pela identidade e pelo conflito de interesses: a identidade reside em que a cooperação torna possível a seus membros almejar uma qualidade de vida que estaria fora do alcance de esforços apenas individuais; o conflito, por sua vez, está em que os membros da sociedade não são indiferentes à repartição dos benefícios da cooperação social”⁷.

A cada leitura feita sobre o tema se percebe a real profundidade do problema, pois analisar essa situação não requer apenas um estudo sobre o Estado em si, mas também exige uma observação atenta à própria sociedade, que querendo ou não também apresenta problemas internos e externos que também precisam de solução para que se chegue numa relação mais harmônica entre Estado e Sociedade.

Aos poucos se tem a noção de que se trata de uma rede de indivíduos, um grande organismo vivo, visto a existência de uma interligação envolvendo cada indivíduo, ou como se lê nas palavras de Ghirardi (2016), em sua obra “Representações do direito e a crise da modernidade”, o Estado funciona como uma grande “máquina”, em que a sociedade é como um conjunto de engrenagens que são essenciais para o seu perfeito funcionamento.

Segundo o autor, cada indivíduo é importante dentro do “organismo”, fazendo uma metáfora comparando com o corpo humano, destacando que cada um possui sua função dentro de sua própria natureza e a importância disso.

“Além disso, se a metáfora de base é a do corpo, então está implícita, desde o início, a ideia de diferença. O texto de Paulo é bastante claro nesse ponto: “Se todos fossem um só membro, onde estaria o corpo?”. Não podemos ser todo pé, ou mão, ou cabeça, porque isso faria de nós monstros. O que constitui o corpo, e sua beleza, é justamente a coexistência harmônica de partes que têm funções diferentes. O sentido e a dignidade de cada parte derivam de sua contribuição para o todo. Isso estabelece

⁷ Parola, Alexandre Guido Lopes. *A ordem injusta* / Alexandre Guido Lopes Parola.

- Brasília : Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. Disponível em:

http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailObraForm.do?select_action=&co_obra=168781. Acesso em: 21/11/2020.

uma igualdade fundamental de cada um dos membros em relação ao organismo, que é o todo do corpo (todos são membros), mas não uma igualdade absoluta entre cada um deles. Essa igualdade seria, como se viu, não apenas impossível, mas também indesejável⁸”.

Analisar a situação dessa maneira torna todo o raciocínio muito lógico, na medida em que evidencia a necessidade que há de uma colaboração mútua entre sociedade e Estado para que se possa começar dar os primeiros passos rumo a um modelo de Estado com bases mais sólidas.

O pensamento de Cruet (1908), apesar de sua época ser bem distante, ainda é muito válido, pois a ideia de que o Estado e o direito devem ser símbolos da expressão social e não do domínio sobre ela corrobora para o entendimento de que a sociedade deve ser o centro dos interesses na construção das leis.

Com base no que foi exposto até aqui, se percebe que o poder que a sociedade tem nas mãos, aparentemente, é muito maior do que se imagina, de modo que se toda sociedade de fato se empenhasse para resolver os principais problemas recorrentes dentro dela, se enxergaria mais claramente que a sociedade é como um “combustível” para o Estado, visto que sem ela, ele perde seus movimentos.

Assim, cabe apenas terminar esse capítulo comentando que há uma longa e árdua jornada pela frente em busca de uma relação de equilíbrio entre sociedade e Estado, de modo que há de haver muito esforço de ambas as partes para que tal equilíbrio um dia seja alcançado e deixe de ser uma mera utopia.

“Assim, a CF 88 segue como repositório de expectativas sociais não apenas simbólicas, mas orientadoras de uma pauta política de mais longo prazo, que se traduz em produção legislativa adicional, muitas vezes por força de compromissos assumidos no âmbito do Sistema Internacional de Direitos Humanos, de que o Brasil é parte⁹”.

⁸ GHIRARDI, José Garcez. Representações do direito e a crise da modernidade [recurso eletrônico] / José Garcez Ghirardi, Salem Hikmat Nasser. São Paulo : FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/representacoes-do-direito.pdf>. Acesso em 31/11/2020.

⁹ BUCCI. Mana jaula Dallari. Os Trinta Anos da Constituição e as Políticas Públicas: A celebração interrompida. In: BOLONHA, Cardos et al. (Coord.). 30 anos da Constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4656509/mod_resource/content/1/30%20anos%20da%20CF-1988_MARIA%20PAULA%20DALLARI.pdf. Acesso em: 15/11/2020.

4 DAS OUTRAS FORMAS DE DIREITO

4.1 Do direito nas favelas

Possivelmente, dos cenários sociais que serão direta ou indiretamente abordados neste trabalho, o caso das favelas seja um dos mais caóticos, por envolver um número maior de indivíduos em situações que o Estado aparentemente não tem o controle em suas mãos.

Daí já se vislumbra a noção de “direito achado nas ruas”, expressão do autor Lyra Filho (1982), já comentada anteriormente.

Nas favelas brasileiras, há um sentimento contínuo que é uma mistura de dor, medo, tristeza e insegurança, pois a cada ano, o número de mortes nas favelas cresce e em meio a tudo isso, a principal vítima é a própria comunidade, que não tem nada a ver com a briga entre traficantes ou as guerras que acontecem diariamente entre a polícia e os bandidos, de modo que para a comunidade, a violência é tão grande que já não se pode confiar nem na própria polícia como antigamente, pois nessas guerras, que só resultam em mortes, a dignidade humana escorre pelo esgoto¹⁰.

Aqui se põe em dúvida a verdadeira existência da proteção ou amparo da Constituição, no que se refere à dignidade da pessoa humana, visto que a situação cresce sem controle e os indivíduos lesados injustamente aparentemente não terão nenhum retorno por parte do Estado, são como números frios.

Pela experiência pessoal que já tive por ter morado em uma favela, todos os moradores, velhos ou novos, tem a consciência de “quem é que manda” na favela, assim como também tem a noção de que nas ruas as leis existentes são as impostas pelos chefes do tráfico. Isso não tem escrito em lugar algum, mas todos os moradores de uma favela sabem as consequências de não obedecer a esse outro “ordenamento”, pois ao contrário do Estado, a punição ou pena para quem faz algo que vai contra os “princípios” da favela vem de maneira bastante rápida e direta.

¹⁰ RODRIGUES, Léo. Repórter da Agência Brasil - Rio de Janeiro. Pesquisa com mais de 6 mil moradores de favelas. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/pesquisa-com-mais-de-6-mil-moradores-de-favelas-revela-medo-da-policia-militar>. Acesso em: 10/08/2020.

4.2 Do direito nas prisões

Não se pode excluir desse rol de ambientes onde a mão do Estado aparente não chegar ou não ser capaz de chegar às prisões, pois uma considerável parcela da população brasileira se encontra nelas.

No Brasil, o número da população carcerária cresce de modo exponencial, a ponto de classificar o Brasil como o país com a terceira maior população carcerária do mundo¹¹.

Essa temática na verdade é um poço de problemas, pois há várias irregularidades que afrontam tudo que se conhece ou faz relação com a questão da dignidade humana. Mas a pesquisa foca especificamente na questão da incapacidade do Estado de ter efetivamente o controle interno das prisões e dos detentos.

Não é nada raro ou fora do comum se ver em jornais o seguinte tipo de notícia: “detento é encontrado morto dentro da cela”, ou ainda: “ele foi vítima do tribunal do crime” (situação que acontece tanto dentro quanto fora das prisões). Tais tipos de notícias são a ratificação da incapacidade por parte do Estado, de ter o controle das prisões, o que torna esses ambientes cenários de completas barbáries.

Antes que se pense em adotar qualquer tipo de política pública para se controlar a situação, é necessário que se faça um estudo profundo sobre a matéria, um estudo de dentro para fora, uma avaliação tanto institucional e estrutural quanto humana. É necessário, para se ter uma real noção da profundidade desse problema, se ver o homem de dentro para fora, uma avaliação psicológica.

As pessoas que se encontram nesses locais, pelo menos em sua grande maioria, seguem um contexto social muito semelhante e estar atento a isso pode fazer muita diferença no estudo da pesquisa, segundo Skinner (2003), que ensina que se for possível observar cuidadosamente o comportamento humano, de um modo objetivo e compreendê-lo pelo o que é, então será possível se ter noções mais sensatas da real profundidade do problema.

Skinner tenta enxergar o problema partindo de dentro do próprio homem, analisando suas crenças, valores, costumes e estilo de vida, pois, segundo o autor, os indivíduos que acabam por chegar a esses locais, em sua grande maioria, de forma subjetiva, possuem perspectivas de vida semelhantes, se identificando entre eles mesmos.

¹¹CAULYT, Fernando. “Brasil, terceira maior população carcerária, aprisiona cada vez mais”. 2018. Disponível: https://www.geledes.org.br/brasil-terceira-maior-populacao-carceraria-aprisiona-cada-vez-mais-2/?gclid=EAIaIQobChMI1cScr_bN4gIVB0OGCh3_fwNrEAAAYASAAEgKKDPD_BwE. Acesso em: 03/05/2020.

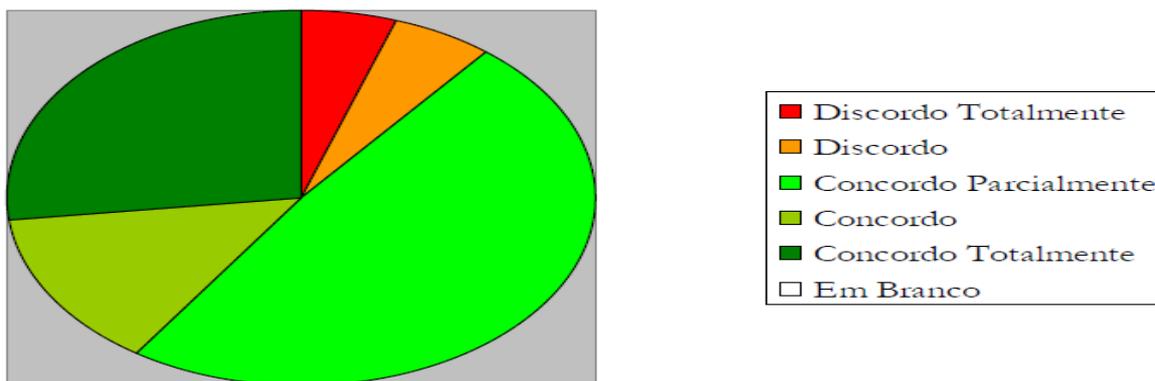
Para que seja mais fácil de visualizar a situação, trago a entrevista feita ao juiz Marques Junior (2007), que em sua obra “Quem entra com estupro é estupro: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere”, faz uma excelente e crítica abordagem sobre essa mesma matéria. Uma das partes principais da obra é uma em que é feita uma entrevista sobre o fato de que quem entra na prisão com estupro é estupro, tal entrevista acabou revelando que todas essas autoridades que atuam nesse cenário sabiam desse “hábito” e que praticamente nada faziam a respeito disso. O autor ainda elaborou uma série de tabelas e gráficos sobre o tema de acordo com as respostas de outros juízes e promotores, analisemos algumas:

Tabela 1 - Em sua opinião, esta regra existe para os presos?

	Freqüência	Porcentagem
Discordo totalmente	2	5,4
Discordo	2	5,4
Concordo parcialmente	18	48,6
Concordo	5	13,5
Concordo totalmente	10	27,0
Em branco		
Total	37	100

Fonte: Marques Junior (2007, p.105). “Quem entra com estupro é estupro: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere”. disponível em: <http://docplayer.com.br/9806276-Quem-entra-com-estupro-e-estuprado-avaliacoes-e-representacoes-de-juizes-e-promotores-frente-a-violencia-no-carcere.html>. Acesso em: 19/07/2020.

Gráfico 1 - Em sua opinião, esta regra existe entre os presos?



Fonte: Marques Junior (2007, p.106). “Quem entra com estupro é estupro: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere”. disponível em: <http://docplayer.com.br/9806276-Quem-entra-com-estupro-e-estuprado-avaliacoes-e-representacoes-de-juizes-e-promotores-frente-a-violencia-no-carcere.html>. Acesso em: 19/07/2020.

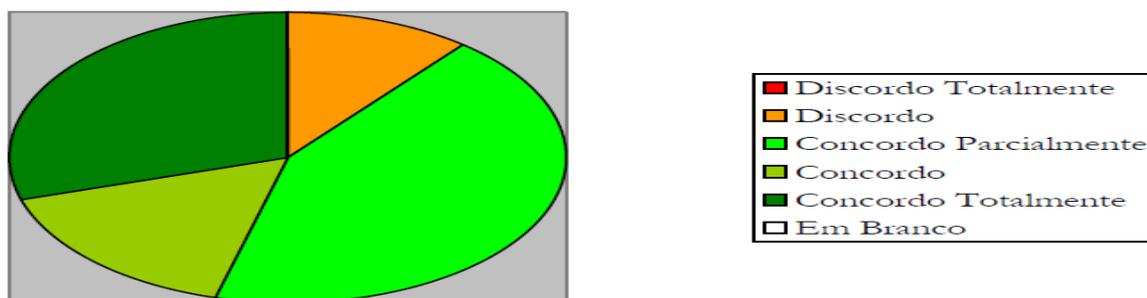
Essa primeira questão já abre caminho para inúmeros debates e levando em consideração a porcentagem das respostas dadas, se percebe o nível de importância e urgência de tal situação.

Tabela 2 - É uma regra recorrente no ambiente carcerário?

	Frequência	Porcentagem
Discordo totalmente	0	0
Discordo	4	10,8
Concordo parcialmente	16	43,2
Concordo	6	16,2
Concordo totalmente	11	29,7
Em branco	0	0
Total	37	100

Fonte: Marques Junior (2007, p.107). “Quem entra com estupro é estupro: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere”. Disponível em: <http://docplayer.com.br/9806276-Quem-entra-com-estupro-e-estuprado-avaliacoes-e-representacoes-de-juizes-e-promotores-frente-a-violencia-no-carcere.html>. Acesso em: 19/07/2020.

Gráfico 2 - É uma regra recorrente no ambiente carcerário?



Fonte: Marques Junior (2007, p.107). “Quem entra com estupro é estuprado: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere”. Disponível em: <http://docplayer.com.br/9806276-Quem-entra-com-estupro-e-estuprado-avaliacoes-e-representacoes-de-juizes-e-promotores-frente-a-violencia-no-carcere.html>. Acesso em: 19/07/2020.

Já a segunda questão e suas respostas mostram que tal fenômeno realmente existe no plano fático, ou seja, não é apenas uma ideia ou teoria, visto que não houve nenhuma resposta que dissesse “discordo totalmente”.

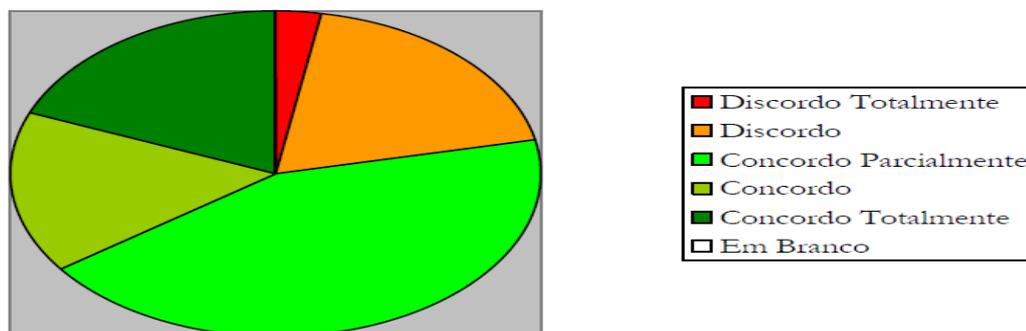
Olhar essas estatísticas já traz uma boa noção de como realmente funciona o cenário carcerário brasileiro, onde é nítida a consciência de juízes e magistrados sobre a existência de uma espécie de “constituição” interna entre os presos, que julga os indivíduos conforme seu crime. Esse “julgamento” acompanhará o indivíduo durante toda a sua passagem pela instituição carcerária.

Tabela 3 - Nas delegacias, cadeias ou penitenciárias, o estuprador é sempre mal tratado pelos outros presos?

	Frequência	Porcentagem
Discordo totalmente	1	2,7
Discordo	7	18,9
Concordo parcialmente	16	43,2
Concordo	6	16,2
Concordo totalmente	7	18,9
Em branco	0	0
Total	37	100

Fonte: Marques Junior (2007, p.112). “Quem entra com estupro é estuprado: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere”. Disponível em: <http://docplayer.com.br/9806276-Quem-entra-com-estupro-e-estuprado-avaliacoes-e-representacoes-de-juizes-e-promotores-frente-a-violencia-no-carcere.html>. Acesso em: 19/07/2020.

Gráfico 3 - Nas delegacias, cadeias ou penitenciárias, o estupro é sempre mal tratado pelos outros presos?



Fonte: Marques Junior (2007, p.112). “Quem entra com estupro é estupro: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere”. Disponível em: <http://dooplayer.com.br/9806276-Quem-entra-com-estupro-e-estupro-avaliacoes-e-representacoes-de-juizes-e-promotores-frente-a-violencia-no-carcere.html>. Acesso em: 19/07/2020.

A terceira questão vai um pouco mais a fundo perguntando especificamente sobre o trato que os condenados por estupro recebem no ambiente carcerário. Segundo o autor, o indivíduo recém-chegado já recebe uma “sobrepêna” que lhe é imposta automaticamente.

Nucci (2014) critica duramente esse tipo de problema, pois fere uma série de princípios penais e constitucionais no que se refere à dignidade da pessoa humana, “não haverá penas cuja aflição gerada, física ou moral, ultrapasse os limites constitucionais da dignidade humana”.

Diante desses lamentáveis resultados e estatísticas, é notável que a dignidade da pessoa humana é violada à luz de todos, em que é possível considerar tamanho problema como uma coisa normal, como um costume.

Uma das outras questões que surgem é: a quem esses presos vão reclamar? Situação ainda sem grandes respostas nessa matéria e enquanto isso esse fenômeno só cresce.

Goffman (2010) chama as prisões de instituições totais, essas instituições são totais porque nela ocorre uma série de fatos como barreiras e muros institucionais, mortificação do eu, morte civil, desfiguração pessoal, obrigações institucionais impostas. Como pode se ver, o indivíduo quando entra numa instituição total como essa, passa a viver em um ordenamento paralelo, que muitas vezes o fazem perceber o mundo de outra maneira.

Como já dito algumas vezes, a possibilidade de um indivíduo sair desse tipo de instituição total sem nenhum tipo de seqüela é praticamente nula.

Para Goffman (2010), o indivíduo quando chega nessas instituições, adquire uma nova “roupagem social”, ou seja, ele nunca mais será visto da mesma forma pela sociedade, pois ele receberá marcas em todos os sentidos, marcas sociais, por sofrer o preconceito de ser ou de ter sido um presidiário; marcas legais, pois em sua documentação constará informações que falam sobre o seu passado em instituições carcerárias e principalmente marcas emocionais e psicológicas, pois o indivíduo preso vivencia todos os dias o alto nível de crueldade e violência dentro das prisões.

4.3 Do direito nas tribos indígenas

Como se é sabido, o Brasil é conhecido pela sua mistura de raças e etnias, o índio é um dos símbolos mais característicos da cultura brasileira, pelo seu grande contexto histórico.

No Brasil há inúmeras tribos indígenas, onde a maioria possui regras, crenças e valores próprios, mas para que a pesquisa não fique muito ampla e aberta, se observará o infanticídio praticado nas tribos indígenas, o que essa conduta diz sobre o seu comportamento e que consequências essa conduta pode trazer.

Na discussão em cena, entram em questão os direitos fundamentais, em especial o da vida, pois o infanticídio indígena consiste basicamente em sacrificar as crianças que nascem com irmãos gêmeos, onde um ou os dois são mortos, quer seja simplesmente por isso ou por qualquer outra imperfeição notada na criança logo assim que ela nasce¹².

É importante destacar que, embora seja um assunto já bem discutido no mundo jurídico, é uma discussão que está longe de ser pacífica ou pacificada, pois não envolve apenas o mundo jurídico com suas leis e normas, o tema em estudo reflete e analisa o confronto de uma série de valores, crenças e princípios com as leis do Estado, de modo que sempre haverá quem defenda um lado e quem defenda o outro, havendo então, divergências entre juristas e doutrinadores.

Estamos diante de um embate muito cauteloso, pois outro ponto importante do trabalho é analisar o poder e os limites desse poder do Estado de intervir nesses caso, caso de fato seja legítima tal intervenção, há de se vigiar o Estado para que não haja abuso de poder, pois a outra parte dos jurista afirma ser desnecessária essa atuação do Estado, pois as tribos

¹² LESSA, Daniele. Infância e adolescência dos índios - O infanticídio como parte da tradição cultural. 2010. <https://www.povosindigenas.org.br/pt/Not%C3%ADcias?id=96553> acesso em 13/11/2020.

possuem suas próprias “leis” as quais são o suficiente para garantir o bem-estar social da tribo.

4.3.1 A liberdade do índio frente ao Estado

Outro ponto também importante a se analisar nessa discussão é a liberdade do índio na visão do Estado, como e até onde o Estado pode agir/intervir, uma tarefa árdua para os juristas.

A dificuldade já começa pela própria definição da palavra “liberdade”, o que de fato significa liberdade? Será que para o índio e para o Estado essa palavra tem o mesmo significado?

Paulo Rangel (2015, p. 4) nos diz que a Constituição, ao usar a palavra *liberdade* (na redação do artigo 5º, por exemplo), não especificou o tipo de liberdade. Desse modo, o intérprete não está autorizado a restringir o alcance do dispositivo legal constitucional, em outras palavras, onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir. Desse modo, pode-se entender que o uso da expressão *liberdade* não se refere apenas à liberdade de locomoção, mas a toda e qualquer tipo de liberdade prevista no ordenamento.

Oswaldo Chiriboga, (2006, p. 55-56) em seu artigo “**O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano**” defende todas as formas de liberdade do índio, seja ela artística, política, cultura, religiosa ou qualquer outra, de forma que o homem civilizado não tem o direito de querer ou tentar impor seus costumes aos índios, pois o índio é o que é exatamente pelas coisas que faz, pelos costumes que tem, de modo que se isso for tirado deles, eles não serão mais índios, pois perderão a sua identidade.

O choque de princípios é um ponto importante nessa relação Índio e Estado, pois princípios, como diz Badaró (2015, p. 33), são uma proposição constitutiva de ponto de partida de um sistema, ou seja, como fazer um índio se inserir no nosso sistema se eles, desde o início de suas vidas, já seguem regras e princípios de um outro sistema? O estado se considera um sistema superior? É legítimo esse pensamento? Como fazer um índio entender toda essa problemática? Essas são questões polêmicas dentro desse tema, que talvez possam ser resolvidas no prosseguir desse trabalho.

Amartya Sen (2010, p. 27-33) nos ensina que é primordial a liberdade em todos os grupos de pessoas, independentes da raça, cor ou religião que seguem e que expandir as

liberdades não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas vontades, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo. Amartya também diz que todas as liberdades (civil, social e política, por exemplo) são elementos constitutivos da liberdade humana e que a negação a qualquer uma dela seria considerada, em si, uma deficiência. Segundo o autor, o êxito de uma sociedade deve ser avaliado primordialmente segundo as liberdades substantivas que os membros dessa sociedade desfrutam.

Percebe-se que a doutrina, em sua maioria, adota um posicionamento de defesa das liberdades culturais desses povos, independente de cor, raça, etnia ou religião.

4.3.2 Infanticídio indígena e o código penal: deve haver intervenção/punição?

Em nosso país e em muitos outros, muitas tribos indígenas possuem o hábito, o costume de sacrificar as crianças que não nascem perfeitas. Tal conduta é cercada de diversos motivos ou fundamentos. Os índios são pessoas extremamente ligadas a seus deuses e entidades, e sobre tudo, fazem o máximo pelo bem-estar coletivo, mesmo que tenha que se submeter a situações extremas.

Para o índio, uma criança que nasce com alguma deformidade, doença ou algo considerado fora dos padrões normais da tribo, como gêmeos ou trigêmeos, por exemplo, essa criança é considerada um mau sinal, ou espécie de possível praga ou maldição para a tribo e que por isso, devem ser sacrificadas.

Tal conduta sem dúvida nenhuma seria considerada crime aos olhos da lei, pois de fato há o cerceamento do direito à vida. Tipificado pelo artigo 121 do Código Penal¹³.

Mas quanto a isso, Oswaldo Chiriboga (2006, p. 61-62) nos diz que não há necessidade de intervenção do Estado no sentido penal, pois os povos indígenas já possuem uma boa noção de justiça.

Como já foi dito antes, as tribos indígenas já possuem suas próprias leis de modo que não há necessidade da adoção de um sistema de normas exterior, segundo Chiriboga (2006), no “direito indígena” já se subentende e se presume uma série de normas que regulam a vida de cada tribo, e através das suas próprias normas eles resolvem seus problemas e conflitos, com base em suas crenças, valores e costumes.

¹³ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 09/09/2020.

Guaragni (2009, p.4) também pensa nessa mesma linha de raciocínio, e nos ensina:

O índio não é portador de desenvolvimento mental incompleto por pertencer à outra cultura. Ao contrário: como qualquer pessoa mentalmente madura e sã, carrega consigo uma tábua de valores, a partir da qual compreende o certo e o errado e, após, determina suas ações acorde com o que compreende como certo. O que varia não é a capacidade cognitivo-volitiva de apegar-se a um universo de valores culturais, sintetizados mediante normas. O que muda é a própria tábua de valores.

Chiriboga (2006) defende que a não observação aos direitos dos índios acarreta uma série de violações a esses direitos e caso o índio viesse a ser julgado o autor cita como exemplo o artigo 8º da CADH (Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁴), que estabelece que todo índio deve ser ouvido por um tribunal competente e não observar isso seria como impor ao indígena um julgamento em um tribunal diferente do seu juiz natural.

Colaborando com esse pensamento, Renato Brasileiro (2012, p. 27) nos diz que no processo penal brasileiro, o réu tem o direito de escolher o seu defensor, o que seria uma espécie de desdobramento do princípio da ampla defesa.

E se um índio, por acaso, matar um turista? Aury Lopes (2012, p. 62) nos ensina que no Brasil vige o princípio da territorialidade, ou seja, se um crime acontecer em território nacional, as leis do Brasil serão aplicadas ao caso. Entretanto, o autor frisa que também vale lembrar os tratados e convenções dos quais o Brasil faz parte ou pactua, pois esses tratados e convenções podem influenciar e mudar essa linha de raciocínio nesses casos.

Nucci (2014) também ratifica esse pensamento, pois o índio, que foi criado dentro de outra cultura, completamente alheio à noção de ordenamento, Constituição ou Estado, deve ter seu julgamento justo.

Pelo o que já foi visto, pelas contribuições dos autores e pelo princípio penal que diz que o direito penal só deve agir em *última ratio*, ou seja, quando não houver mais outros caminhos/soluções, desse modo, não se faz necessária a atuação do código penal dentro dos costumes indígenas, pois para esses casos há o Estatuto do índio (Lei 6.001/73¹⁵) que regula os atos que envolvem os índios.

¹⁴ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 10/10/2020.

¹⁵ Estatuto do índio. Lei nº 6.001. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.001%2C%20DE%2019,sobre%20o%20Estatuto%20do%20C3%8Dndio.&text=Art.,e%20harmoniosamente%2C%20C3%A0%20co munh%C3%A3o%20nacional. Acesso em: 10/10/2020.

4.3.3 O índio aos olhos da Carta Magna e disposições legais

Mesmo tendo costumes, tradições e crenças oriundas de um sistema diferente do Estado, os índios também, há muito tempo, fazem suas reivindicações, seja pelo reconhecimento da sua etnia/crença a nível constitucional, seja por uma legislação específica para eles.

Hoje, no nosso ordenamento há dispositivos e outros ainda a serem aprovados que tratam sobre a situação do índio no Brasil, como por exemplo, o artigo 231 da nossa Carta Magna que versa: “São direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Observa-se que já existe certa preocupação mínima com o índio na nossa Constituição.

Também já convenções que tratam do tema, sendo uma das mais conhecidas a CADH (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), que defende (ou pelo menos luta para defender) todos os direitos inerentes aos índios, conforme a Constituição prevê.

Chiriboga (2006, p. 60) também fala sobre o CADH e da sua imensurável importância na conservação da cultura e estilo de vida indígenas assim como seus direitos propriamente ditos. O autor defende que os índios precisam sim de uma proteção constitucional, sem que seus costumes, crenças, valores e princípios sejam prejudicados, pois não faria sentido eles perderem sua identidade cultural para terem certos direitos atendidos, pois se eles perderem sua identidade, já perderão tudo.

Outra convenção também muito importante foi a Convenção 169 da OIT que propiciou garantias específicas para esses grupos indígenas, como o direito de manter seu modo de vida, sua autodeterminação e o direito de manter e fortalecer sua identidade¹⁶.

O Estado se viu diante de vários conflitos e reivindicações envolvendo o tema, o que futuramente levou à criação do Estatuto do índio (Lei 6.001/73).

Esse estatuto trata sobre os direitos do índio, uma tentativa do Estado de harmonizar sua relação com esses povos, no artigo 6º, por exemplo, está disposto que serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos realizados nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios e que, o direito comum só seria aplicado caso os índios optassem por ele.

¹⁶ SANTOS, Natália de França. O INFANTICÍDIO INDÍGENA NO BRASIL: O UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS EM FACE DO RELATIVISMO CULTURAL. 2011. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf. Acesso em: 10/09/2020.

Até esse ponto já se vê bons frutos das reivindicações dos índios por condições de igual em relação ao homem “civilizado”, sobre isso, Natália de França Santos¹⁷, em seu artigo “O infanticídio indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural” lembra que foi uma grande contribuição em âmbito internacional, a permissão da diferenciação trazida pela Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965 que em seu art. 1º, inciso 4º, está disposto:

Medidas especiais tomadas com o objetivo precípua de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos.¹⁸

Como se nota até esse momento da pesquisa, a Constituição tenta não se inserir muito nas relações indígenas, respeitando todos os seus aspectos na medida do possível (legalmente falando), e que apesar de não ser muito grande e detalhado, esse estatuto já é um grande passo para a harmonização do Estado com os povos indígenas e uma garantia constitucional que visa a conservação da cultura indígena.

Ainda da leitura de Chiriboga (2006), se entende que o índio e todas as suas características únicas pertencem a um tipo de patrimônio cultural e mudar isso seria como interferir no próprio direito do índio de ser um:

“Desse modo, podemos concluir que o direito à identidade cultural, basicamente consiste no direito de todo grupo étnico-cultural e seus membros a pertencer a uma determinada cultura e ser reconhecido como diferente, conservar sua própria cultura e patrimônio cultural tangível ou intangível e a não ser forçado a pertencer a uma cultura diferente ou a ser assimilado, involuntariamente, por ela”.

¹⁷ Ibid. SANTOS, Natália de França. O INFANTICÍDIO INDÍGENA NO BRASIL: O UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS EM FACE DO RELATIVISMO CULTURAL. 2011. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf. Acesso em: 10/09/2020.

¹⁸ BRASIL. Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: www.mre.gov.br/dai/racial.htm. Acesso em: 10/09/2020.

4.3.4 O índio e a teoria universalista dos direitos humanos

Quando se trata desse tema dos índios, muitos autores citam essa teoria universalista dos direitos humanos, ou a universalidade dos direitos humanos, que é uma forma de tentar ver os direitos humanos de uma forma global, acessível a todos. Muitos autores também fazem referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁹ aprovada pela ONU em 1948, essa declaração logo em seu artigo 1º versa: “Todos as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

“...A humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana”. (COMPARATO, Fábio Konder, 2004, p. 55).

Eni Rodrigues de Paula (2013, p.11) em seu artigo “O infanticídio indígena e a universalidade dos direitos humanos²⁰” nos diz que a universalidade dos direitos humanos se justifica pela existência de uma dignidade comum a todos os seres humanos, em razão somente de sua condição humana, motivada pelo respeito a todos os direitos indispensáveis para a garantia de uma vida digna. Essa dignidade é um valor próprio que identifica e torna o ser humano titular de direitos que devem ser respeitados por seus semelhantes e também pelo Estado.

Conforme o entendimento da doutrina, o que realmente acontece quando se estuda a prática de infanticídio indígena é um grande choque cultural, visto que para o homem civilizado e o Estado a conduta de atentar contra a vida de alguém é vista como um dos piores crimes da humanidade, enquanto que para o índio, esse comportamento é completamente comum, faz parte da sua cultura e tem todos os seus porquês de acontecer enraizados pelas suas tradições, que são passadas de geração para geração.

Já para Fachin (2009, p. 74), a Conferência de Viena contribuiu muito para superar o tradicional dilema universalismo e relativismo, pois abordou questões sobre os direitos

¹⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm. Acesso em: 10/09/2020.

²⁰ PAULA, Eni Rodrigues de. O INFANTICÍDIO INDÍGENA E A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. 2013. Disponível em: <https://silo.tips/download/o-infanticidio-indigena-e-a-universalidade-dos-direitos-humanos-eni-rodrigues-de>. Acesso em: 10/09/2020.

humanos de forma mais direta, tratando do seu caráter universal, trazendo conceitos mais novos para a discussão dessa temática.

Ainda em Fachin, se entende que a tendência é que se valorize cada vez mais os aspectos humanos nos tratados internacionais, devendo ter mais prioridade que questões políticas e econômicas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de todo o trabalho, foi possível perceber que o homem possui uma ligação com o direito que vai além dos textos normativos, uma relação recíproca, pois o homem usa o direito através da linguagem e como todos nós sabemos, quando o homem fala pela linguagem, a linguagem fala pelo homem.

Todo esse “arrodeio” serviu para mostrar que o homem, sentindo-se na necessidade de proteger seus direitos e interesses sempre vai procurar um meio de garantir a sua tutela, ou pelo menos a mais próxima possível, seja dentro ou fora do ordenamento com o qual ele já está acostumado.

Ao longo da pesquisa percebeu-se que já não é mais novidade alguma que o direito (esse encontrado nas leis) não tem plena capacidade de resguardar e de acompanhar perfeitamente as demandas e interesses sociais. Desta forma, o cidadão, para ter seus direitos e interesses devidamente respeitados e protegidos, busca essa tutela fora da Carta Magna, da Constituição, fora das leis propriamente ditas, encontrando tal amparo em espécies de “direito alternativo”.

Em meio a tudo isso, as classes menos favorecidas se sentem cada vez mais sem voz, pois o acesso à justiça, por algum “motivo”, é mais difícil e complicado para elas. O pior é que tamanha situação só tende a piorar se nada for feito, pois a sociedade anda em constante evolução e suas relações ficam cada vez mais complexas ao longo dos anos. Com isso surgem alguns questionamentos, como por exemplo: no contexto social, é possível se ter o direito como algo concreto, pronto e acabado? Se as leis não atendem às necessidades da sociedade, seria válida então a busca por um direito não propriamente normativo? Qual a visão social sobre o direito atualmente diante do difícil acesso à justiça? Até onde a “mão” do Estado alcança essas classes menos favorecidas?

Como dito no título do trabalho: “quem não tem cão, caça como gato”, ou seja, quando o indivíduo não tem as condições mínimas necessárias, ele, se quiser manter seus interesses terá que procurar alguma maneira de suprir tal necessidade, “caçando como gato”, como vem fazendo o homem há centenas de anos.

Uma pergunta que também sempre fica pairando no ar é: se o Estado, que deveria ser o garantidor e protetor dos direitos, não cumpre esse papel, a quem essas classes irão clamar? O essas pessoas desamparadas precisam fazer para terem o mínimo de proteção dos seus

direitos? A resposta, apesar de parecer bem óbvia, infelizmente está bem longe da nossa realidade, pois obviamente há uma carência muito grande de medidas políticas que tornem essa relação direito/sociedade mais tranquila.

Cabe ressaltar, no entanto, que nem tudo são pessimismo e negatividade, pois ao longo da pesquisa, notou-se que sim, nas últimas décadas houve sim uma preocupação maior com o cuidado humano, com a dignidade humana, com os tratados trazendo cada vez mais direitos e garantias constitucionais.

No tocante à situação das favelas, o cenário realmente é triste, há falta de tudo, principalmente de dignidade humana, pois pessoas são submetidas a várias situações que mostram o quão delicada é a situação. A violência e criminalidade fazem parte da rotina das pessoas que moram nessas comunidades. A falta de oportunidades acaba por enfraquecer o indivíduo mentalmente, que aos poucos, vai enxergando na vida criminosa a sua verdadeira oportunidade de melhorar de vida (aqui não está se defendendo o estilo de vida no crime, essa situação foi usada apenas para elucidação).

Embora se tenha todo esse cenário caótico nas favelas, vale ressaltar que muita coisa mudou, muita coisa melhorou nas últimas décadas, hoje há uma atenção maior por parte do governo, que adotou medidas que tornaram a vida mais digna nas favelas e comunidades. Hoje já existe uma assistência social, com programas governamentais que proporcionam mais oportunidades tanto de estudo quanto de trabalho.

O “direito achado nas ruas” sempre vai ser uma reação das classes desfavorecidas à falta de amparo por parte do Estado, como um improviso legal, um “grito dos sem voz”, procurando a garantia dos seus direitos de outra forma, em outras “leis”.

No cenário carcerário a situação infelizmente é bastante cruel, como se observou ao longo da pesquisa, as prisões brasileiras possuem um ordenamento interno, onde o indivíduo recém chegado será julgado (novamente) pela sua conduta criminosa e tal julgamento lhe acompanhará durante toda a sua passagem pela instituição carcerária.

A crise do direito no que tange as prisões fica ainda mais evidente com a observação que foi feita ao longo da pesquisa em relação a uma entrevista a juízes sobre o tratamento de indivíduos presos por estupro, em que em determinadas perguntas que foram feitas sobre o tema, boa parte das respostas dadas pelos juízes deixavam bem claro que há sim essa espécie de “ordenamento” dentro das prisões e que pouca coisa poderia ser feita a respeito.

A maioria da doutrina critica duramente esse tipo de situação, pois o indivíduo que passa por uma instituição carcerária sofre diversos transtornos sociais, emocionais e psicológicos devido ao intenso ambiente de violência e crueldade que se observa nas prisões.

A questão da “sobrepêna” é um dos pontos mais criticados pelos juristas, pois é inconcebível que um indivíduo, independente do seu crime cometido, pague por ele duas vezes ou mais, situação que só colabora para o crescimento do crime, pois um indivíduo que passa por essas “condições de vida” e sai da prisão (isto é, se não morrer antes), dificilmente terá uma mente sã apta para a vida em sociedade novamente devido ao grau de violência sofrido durante o cumprimento da sua pena. A consequência disso é a reincidência no mundo do crime.

O Estado tem a difícil tarefa de tentar equilibrar essa situação, tentando não abusar do seu poder punitivo, mas também tentando não ser muito omissivo, porque querendo ou não o Estado precisa impor a sua autoridade perante esse problema para que a Constituição Federal não vire um Código de Hamurabi.

No tocante ao índio, é uma tarefa muito difícil analisar sob a visão da Carta Magna a conduta de infanticídio praticada por eles, pois faz parte dos seus costumes e crenças. Entretanto, não se vê uma gigantesca necessidade de impor ao índio um sistema de normas criado pelo Estado, porque o índio nem sabe o que é Estado propriamente, eles já possuem “suas leis” e por incrível que pareça, eles são mais do que capazes de regular a vida da sua tribo por suas próprias leis. Além disso, o índio no seu ambiente normal, nem conhece os males do século XXI, raramente em uma tribo um índio vai saber o que é desigualdade, pois eles não medem esforços para garantirem o bem-estar da tribo.

Contudo, há de se fazer uma ressalva, não se pode simplesmente dizer que o mais correto seria não interferir, pois os infanticídios ainda estarão ocorrendo nas tribos, matando dezenas de crianças todos os anos, ou seja, uma tribo poderá exterminar a sua própria linhagem sanguínea a longo prazo.

O infanticídio cometido tanto nas tribos indígenas brasileiras quanto nas outras tribos mundo a fora sempre proporcionou debates e discussões polêmicas a respeito do tema e está longe de se ter um posicionamento pacífico. Isso acontece por haver nessa situação um confronto de valores muito grande: de um lado, o homem civilizado que quer colocar tudo ao alcance das suas leis, já do outro lado, existe o homem que não quis se inserir nesse avanço

tecnológico se mantendo conservado aos seus costumes, crenças e valores, passados século a século pelos seus ascendentes.

Um dos pontos altos dessas discussões foi tentar entender se seria correto/legítimo o Estado (as leis) interferir nessas práticas culturais de infanticídio, que na visão da legalidade configura como um ato criminoso e que vai contra aos direitos fundamentais (em específico o da vida), protegidos constitucionalmente.

O tema em questão mostrou o quão difundida e diversificada é a cultura humana, e que tentar colocá-las em harmonia com as leis significa ver essas culturas com o mesmo olhar, o que parece ser um “trabalho de Hércules” para os juristas e doutrinadores contemporâneos. Outra tarefa difícil nessa discussão foi tentar definir o limite de atuação e intervenção do Estado nessas culturas.

Então, seria de muito bom senso, uma espécie de medida política, em forma de campanhas de conscientização, mas não de forma repressiva, incisiva nem nada do tipo, mas sim, uma abordagem calma, tranquila e bem estruturada, para que o próprio índio se faça entender de que aquelas atitudes de sacrificar crianças podem acabar com toda a sua linhagem sanguínea, pois conforme várias entrevistas e documentários as mães das crianças mortas, sofrem muito, entrando até em depressão por muito tempo após a morte da criança. Essa seria uma boa forma de se tentar parar ou pelo menos diminuir ao longo dos anos a incidência desses atos de infanticídio nas tribos indígenas.

Tudo isso, logicamente, vai trazendo consequências e mudanças ao conceito do que se entende por Direito, pois são basicamente essas revoluções e transformações sociais que moldam a estrutura básica do Direito.

Percebeu-se ao longo da pesquisa que o Estado precisa de uma organização muito maior, que vai além dos seus próprios limites internos, pois há também a necessidade de se organizar melhor a estrutura da sociedade como um todo, para que talvez assim, o Estado tenha uma capacidade plena de resguardar e de acompanhar as demandas e interesses sociais. Para que o Estado tenha um alcance maior dos seus “braços” e consiga de alguma maneira atender melhor as exigências sociais.

Então, dessa forma, se percebe que o homem que vive em sociedade, sempre estará incluindo em algum tipo de “ordenamento”, seja ele positivado ao não, sempre haverá algum tipo de lei a ser respeitada e cumprida, de forma direta ou indireta, cabendo ao homem escolher o melhor meio possível de se viver harmoniosamente dentro dessas leis.

Contudo, mesmo quando o homem se sentir completamente desamparado pelo seu Estado, ele vai seguir sua vida tendo como base das suas atitudes uma “constituição interna”, chamada sobrevivência.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Editora revistas dos Tribunais, 2015.

BETTI, Emilio. Interpretação das leis e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do Direito e Decisão Racional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica do direitos humanos. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Melina Girardi. Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. 4. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2012.

GOFFMAN, Erving. **As características das instituições totais**, IN manicômios, prisões e conventos. São Paulo, Perspectiva, 2010.

JÚNIOR, José Geraldo de Sousa. Direito como Liberdade: o direito achado na rua experiências populares emancipatórias de criação do direito. Tese Brasília: UnB, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, vol 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LOPES JR. Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2012.

LYRA FILHO, R. O que é Direito. 11ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MIRANDA, Adriana Andrade. Movimentos Sociais, AIDS e Cidadania: O Direito à Saúde no Brasil a partir das lutas sociais. Tese Brasília: UnB, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. São Paul: Atlas, 2015.

SEN, Amartya Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

BUCCI. Mana jaula Dallari. Os Trinta Anos da Constituição e as Políticas Públicas: A celebração interrompida. In: BOLONHA, Cardos et al. (Coord.). 30 anos da Constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4656509/mod_resource/content/1/30%20anos%20da%20CF-1988_MARIA%20PAULA%20DALLARI.pdf. Acesso em: 15/11/2020.

CAULYT, Fernando. “Brasil, terceira maior população carcerária, aprisiona cada vez mais”. 2018. Disponível em:

<https://www.geledes.org.br/brasil-terceira-maior-populacao-carceraria-aprisiona-cada-vez-mais->

[2/?gclid=EAIaIQobChMI1cScr_bN4gIVB0OGCh3_fwNrEAAYASAAEgKKDPD_BwE](https://www.geledes.org.br/brasil-terceira-maior-populacao-carceraria-aprisiona-cada-vez-mais-2/?gclid=EAIaIQobChMI1cScr_bN4gIVB0OGCh3_fwNrEAAYASAAEgKKDPD_BwE).

Acesso em 03/05/2020.

CRUET, Juan. A vida do Direito e a inutilidade das leis. 1908. Disponível em:

http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61587. Acesso em: 14/10/2020.

GHIRARDI, José Garcez. Representações do direito e a crise da modernidade [recurso eletrônico] / José Garcez Ghirardi, Salem Hikmat Nasser. São Paulo : FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/representacoes-do-direito.pdf>. Acesso em 31/11/2020.

GUARAGNI, Fábio André. A “herança maldita” do tratamento jurídico penal dos silvícolas não adaptados. Paraná: FESMP. 2009. Disponível em: <http://www.fesmp.com.br/upload/arquivos/11616395.pdf>. Acesso em: 15/09/2020.

LESSA, Daniele. Infância e adolescência dos índios - O infanticídio como parte da tradição cultural. 2010. Disponível em:

<https://www.povosindigenas.org.br/pt/Not%C3%ADcias?id=96553>. Acesso em: 13/11/2020.

MARQUES JUNIOR, Gessé. “Quem entra com estupro é estupro”: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere. Piracicaba, 2007. Disponível em: <http://docplayer.com.br/9806276-Quem-entra-com-estupro-e-estupro-do->

avaliacoes-e-representacoes-de-juizes-e-promotores-frente-a-violencia-no-carcere.html.

Acesso em: 19/07/2020.

PAROLA, Alexandre Guido Lopes. A ordem injusta. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. Disponível em:

http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=168781. Acesso em: 21/11/2020.

PAULA, Eni Rodrigues de. O INFANTICÍDIO INDÍGENA E A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. 2013. Disponível em:

<https://silo.tips/download/o-infanticidio-indigena-e-a-universalidade-dos-direitos-humanos-eni-rodrigues-de>. Acesso em: 10/09/2020.

PORCHAT, Reynaldo. Da retroatividade das leis civis. São Paulo: Duprat & Comp, 1909. Disponível em:

http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61598. Acesso em 13/03/2020.

RODRIGUES, Léo. Repórter da Agência Brasil - Rio de Janeiro. Pesquisa com mais de 6 mil moradores de favelas. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/pesquisa-com-mais-de-6-mil-moradores-de-favelas-revela-medo-da-policia-militar>.

Acesso em: 10/08/2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem da desigualdade (1754). Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Fonte digital: www.jahr.org. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>. Acesso em 14/10/2020.

SANTOS, Natália de França. O infanticídio indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. 2011. Disponível em:

http://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf.

Acesso em: 10/09/2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. A crise do estado e a crise da jurisdição: (in)

Eficiência face à conflituosidade social. 2011. Disponível em:

seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/255/205. Acesso em: 19/11/2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 04/03/2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 09/09/2020.

BRASIL. Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: www.mre.gov.br/dai/racial.htm. Acesso em: 10/09/2020.

Código de Hamurabi. Disponível em:
<http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>. Acesso em 20/03/2020.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 10/10/2020.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em:
www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm. Acesso em: 10/09/2020.

Estatuto do índio. Lei nº 6.001. 1973. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.001%2C%20DE%2019,sobre%20o%20Estatuto%20do%20%C3%8Dndio.&text=Art.,e%20harm oniosamente%2C%20%C3%A0%20comunh%C3%A3o%20nacional. Acesso em:
10/10/2020.