

**MEKARON NHYRUNKWA E OS DANOS ESPIRITUAIS DOS KAYAPÓ:
PRECEDENTE PARA A REPARAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL
IMATERIAL INDÍGENA?**

**MEKARON NHYRUNKWA AND THE SPIRITUAL DAMAGES OF THE KAYAPÓ
INDIANS: PRECEDENT FOR THE INDEMNIFICATION IN CASES OF DAMAGES
TO THE INDIGENOUS INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE**

Daniela Saab Nogueira ¹
José Paulo Gutierrez ²

Resumo

Este artigo analisa os reflexos na proteção ao Patrimônio Cultural Imaterial Indígena da indenização avençada entre Kayapós e Gol por danos à Terra Indígena Jarôt-Karina, causados pela queda de um Boeing 737. A Constituição Federal reconhece aos indígenas o direito à autodeterminação, protegendo manifestações culturais, valores e práticas espirituais, consoante a Convenção 169 da OIT. A responsabilização por danos imateriais está expressa no ordenamento interno e em instrumentos jurídicos internacionais pelos quais o Brasil se obrigou. Assim, havendo prejuízos à cosmologia indígena, necessária a reparação compensatória, pois a responsabilização é dever jurídico fundamental, tendo o direito à cultura aplicabilidade imediata.

Palavras-chave: Danos imateriais, Patrimônio cultural imaterial, Indígenas

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the effects in the protection of the Indigenous Intangible Cultural Heritage of the indemnification agreement between Kayapós and Gol for damages caused to the Jarôt-Karina Indigenous Land, provoked by an aircraft accident. Federal Constitution recognizes the self-determination, protecting cultural manifestations, values and spiritual practices, in accordance with OIT 169 Convention. The responsibility for immaterial damages is expressed in Brazilian rules and in international documents accepted by Brazil. Therefore, in case of damages to indigenous cosmology, the compensatory indemnification is needed, because the responsibility is a fundamental duty and the right to the culture has immediately applicability.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Immaterial damages, Intangible cultural heritage, Indians

¹ Bacharel em direito pela Faculdade Estácio de Sá de Campo Grande.

² Doutor em Educação pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. É Professor Adjunto da UFMS no Curso de Direito.

MEKARON NYHRUNKWA E OS DANOS ESPIRITUAIS DOS KAYAPÓ: PRECEDENTE PARA A REPARAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL INDÍGENA?

INTRODUÇÃO

Em 29 de setembro de 2006, a colisão entre o Boeing da Gol 737-800 que fazia o voo 1907 e o jato Legacy 600, tornar-se-ia um dos maiores acidentes aéreos do Brasil, afetando para sempre a vida não só das 154 pessoas a bordo, dentre passageiros e tripulantes, e suas respectivas famílias; mas também de centenas de indígenas *Mebengokre* Kayapó habitantes da Terra Indígena Kapôt-Jarina (IBGE, 2010). Em decorrência da queda daquela aeronave neste local, a área se tornou imprópria para o uso tradicional da comunidade, por razões culturais e espirituais, sendo a partir desse evento considerada sagrada e restrita à circulação, pois se tornou uma casa dos espíritos, um *Mekaron Nhyrunkwa*, cuja interdição tem caráter eterno (FERRAZ, 2017).

Ante a situação de relegação dos direitos indígenas no país, não causou surpresa o fato de que, concluída a operação de resgate dos corpos, que contou com o protagonismo dos índios Kayapó, estes terem recebido apenas um certificado da Aeronáutica em agradecimento aos serviços prestados (FERRAZ, 2017), nada sendo aventado acerca dos prejuízos incalculáveis causados à comunidade.

Porém, em 2010, os Kayapó, encabeçados pelo Cacique Raoni, liderança indígena, começaram a peregrinação em busca da reparação dos danos causados na Terra Indígena. Esta busca culminou no acordo, selado em outubro de 2016 e intermediado pelo Ministério Público Federal (MPF), entre eles e a GOL Linhas Áreas, com reconhecimento e respeito por parte dos representantes da empresa ao direito à autodeterminação dos indígenas da região ao acolher integralmente a proposta feita pelos índios. Verifica-se que o entendimento de que a mensuração dos prejuízos passados e futuros não poderia ser valorado por agentes ou instituições externas. (MPF, 2016).

Assim, o ajuste firmou indenização milionária por danos ambientais, materiais e imateriais a favor do povo Kayapó, com gerência pelo instituto Raoni, sociedade civil de direito privado que representa cerca de 2.300 indígenas da região do baixo Xingu, entre os Estados de Mato Grosso e Pará, a quem incumbe, também, o dever de prestar contas da aplicação dos recursos, comprovando a efetiva utilização em prol da comunidade (MPF, 2016).

A Constituição Federal desde 1988 reconhece aos índios sua organização social, costumes, crenças e tradições (Art. 231), e garante a proteção às manifestações culturais da população indígena (Art. 215). Nessa toada, o Decreto nº 5.051, que promulgou a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, desde 2004 consagra o já constitucionalizado direito à autodeterminação e fixa o reconhecimento e proteção aos valores e práticas espirituais desses povos. Ademais, a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas adotada pela Brasil prevê a reparação aos danos espirituais através de mecanismos eficazes (Art. 11) e o direito de manifestação, prática, desenvolvimento e ensino de suas tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas; bem como de manutenção e proteção de seus lugares religiosos e culturais, com acesso privativo a estes (Art. 12).

No que pese toda essa positivação, os indígenas ainda são vítimas de sucessivas e catastróficas violações de direitos, principalmente ao serem privados de seus territórios tradicionais, resultado da ineficiência por parte do Estado em relação aos procedimentos demarcatórios. Por isso, interrelacionando o patrimônio cultural imaterial, os direitos fundamentais e a Constituição Federal; e perpassando pela temática dos danos imateriais e da responsabilidade civil, esse artigo objetiva refletir o ineditismo da avença entre os Kayapó e a Gol, amparado na indenização aos danos espirituais, como um precedente para reparações a violações ao patrimônio cultural imaterial indígena, decorrentes ou não da omissão estatal.

1. PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A recomendação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular, de 15 de novembro de 1989, define esta como o acervo de criações advindas de uma comunidade cultural com finco na tradição e “que reconhecidamente respondem às expectativas da comunidade enquanto expressão de sua identidade cultural e social”, compreendendo, dentre outras formas, “a língua, a literatura, a música, a dança, os jogos, a mitologia, os rituais, os costumes, o artesanato, a arquitetura” (UNESCO, 1989). Concebida como um conjunto de signos, símbolos, elementos e valores interdependentes pertencentes a um povo, a cultura vincula-se ao acervo de conhecimentos e convicções que consubstanciam experiências e condicionam atitudes e comportamentos frente à sociedade (REALE, 1999), caracterizando-se

como um direito fundamental intimamente ligado ao princípio da autodeterminação (CUCHE, 1999) e ao princípio da dignidade humana.

O Patrimônio Cultural, em consonância com o Art. 216 da Constituição Federal, constitui-se de bens de natureza material e imaterial que reportam à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos sociais. Essa noção amplia a que vigorava com o Decreto-Lei nº 25/1937, que atrelava Patrimônio a bens considerados em si mesmos como móveis ou imóveis, para agregar aqueles que são impalpáveis, porém, igualmente importantes, os bens imateriais, que são “práticas e domínios da vida social que se manifestam em saberes, ofícios e modos de fazer, celebrações, formas de expressão”, bem como nos lugares que abrigam práticas culturais coletivas, como santuários (IPHAN, 2017).

Nesse diapasão, a Convenção da UNESCO para salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 17 de outubro de 2003, estabelece que a manifestação do Patrimônio Cultural Imaterial se dá nos campos das tradições e expressões orais, incluso o idioma; das expressões artísticas; das práticas, rituais e atos festivos; dos conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e das técnicas artesanais tradicionais; entendendo-o como:

as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana (UNESCO, 2013).

Com a promulgação da Carta Magna em 1988, emergiu no país um entendimento multiculturalista alinhado com a Convenção nº 169 da OIT e tão essencial para as sociedades indígenas, que possuem intrínseca a questão da identidade étnica e da preservação cultural. A Lei Maior ao pautar-se no direito à autodeterminação e à autonomia cultural e no respeito às instituições, à organização social, aos costumes, às crenças e às tradições indígenas; impôs a força coercitiva necessária (BOBBIO, 2004) para que estes façam cumprir seus direitos culturais, eis que basilares para a caracterização da coletividade. Nesse sentido, o país reforçou a fundamentalidade desses direitos, não só ao consagrá-los no Art. 5º da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, protegendo-os em seu bojo, mas também ao dispô-los ao longo do ordenamento jurídico pátrio e comprometendo-se no plano internacional, com a adoção das já mencionadas legislações.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DANOS IMATERIAIS E RESPONSABILIDADE CIVIL

Em apertada síntese, dano é qualquer lesão injusta a bens e valores tutelados pelo Direito (BITTAR, 2015), podendo ter caráter patrimonial ou extrapatrimonial, a depender da tangibilidade e da monetização do objeto do prejuízo.

Pode-se definir dano extrapatrimonial ou imaterial o que atinge a dignidade, o âmago, o íntimo do indivíduo ou de uma coletividade, com reflexos nas esferas psíquica e espiritual que acarretam deterioração a bens imateriais passível de reparação pecuniária compensatória (CIANCI, 2013). Esse dano implica em violação a direitos da personalidade, com alcance nos direitos fundamentais (LUTZKY, 2012). Nesse sentido, pode ser considerado gênero do qual emanam diversas espécies (SOARES, 2007), como o dano moral, o dano existencial, o dano espiritual e o dano ao projeto de pós-vida.

Para os povos indígenas a terra não é só um recurso natural, é um recurso sociocultural que tem a ver com a vida coletiva e representa o suporte da vida social, estando diretamente ligada ao Patrimônio Cultural Imaterial (AGUILERA URQUIZA e NASCIMENTO, 2013). Com fulcro nesse entendimento, toda privação territorial que resulte em perdas a esse tipo patrimonial, afetando a cosmologia indígena e o modo de interação com o território, importa em danos imateriais que sujeitam à responsabilização quem a eles deu causa, independentemente desta ter sido um desastre aéreo e ambiental, como no caso dos Kayapó, um crime ao meio ambiente ou pela omissão estatal em relação às demarcações, motivos mais comuns.

A responsabilidade civil constitui-se em dever jurídico fundamental (MATTOS, 2012), consistindo na obrigação de reparar o dano causado a outrem. Prospera na doutrina a tese da reparabilidade plena, ou seja, a reparação deve ser integral e abranger toda lesão suportada pela parte adversa, permitindo efetiva compensação pelo constrangimento ou pela perda sofrida (BITTAR, 2015). Em regra, ela é fundada na culpa, competindo ao lesado demonstrá-la por todos os meios de prova a seu dispor para obter a reparação pretendida (BITTAR, 2015), porém, também poderá ocorrer independentemente de culpa nos casos previstos em lei ou decorrentes de risco da atividade, consoante parágrafo único do Art. 927 do Código Civil. No tocante à Administração Pública, a Constituição Federal, em seu Art. 37, § 6º, prevê a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Particularmente em relação aos danos imateriais, a compensação encontra guarida expressa na ordem jurídica nacional. Nessa conjuntura, têm-se o Art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e os Arts. 12 e 927 do Código Civil:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O Art. 11, 2, da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas abrange especificamente a responsabilidade por danos causados ao patrimônio Cultural Imaterial indígena:

2. Os Estados proporcionarão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem o seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação às suas leis, tradições e costumes.

Convém ressaltar que a utilização da expressão dano moral, utilizada na Constituição Federal, “foi admitida e assente porque não se queria mais do que afastar a patrimonialidade. Sociologicamente, é defeituosa por sua estreiteza; mas o conceito jurídico encheu-se de todos os danos não patrimoniais” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 75). o Código Civil preferiu adotar um conceito mais abrangente de dano, ressaltando seu caráter amplo, evitando-se, assim, discussões terminológicas que culminassem em supressões de direitos.

Por fim, tem-se como mecanismos judiciais adequados para buscar a reparação civil por danos imateriais causados ao Patrimônio Cultural Imaterial indígena a Ação indenizatória, na qual os índios, suas comunidades ou organizações são partes legítimas para ingressar em juízo, por força do Art. 232 da Constituição; bem como a Ação Civil Pública disciplinada pela Lei nº 7347 de 24 de julho de 1985, que rege as ações de responsabilidade por danos morais causados em detrimento de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e

paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; e à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; como reza o Art. 1º, incisos III, IV e VII.

CONCLUSÃO

Sem pretensão de esgotar o assunto, principalmente no que tange a danos e responsabilidade civil, este artigo propôs-se a buscar uma reflexão acerca da proteção conferida ao Patrimônio Cultural Imaterial indígena, tendo por base o inédito acordo firmado entre os índios *Mebengokre* Kayapó e a empresa GOL Linhas Aéreas.

Com base no exposto, e ciente de que os povos indígenas constituem uma das parcelas mais vulneráveis da sociedade, sujeitos a toda gama de violações de direitos que interferem negativamente na sua cosmologia, intimamente relacionada à simbiose que possuem com a terra, é oportuno concluir que o caso em tela deve ser considerado um precedente para futuras avenças extrajudiciais ou decisões judiciais cujo objeto seja a reparação compensatória a danos imateriais que atinjam o Patrimônio Cultural Imaterial indígena, mesmo que por ação ou omissão estatal, uma vez que o país, por intermédio de diversos instrumentos jurídicos, obrigou-se, tanto no âmbito interno como na seara internacional, a efetivar e proteger o direito à cultura, exigindo este direito fundamental uma ação positiva do Estado (SILVA, 2001) e possuindo aplicabilidade imediata.

REFERÊNCIAS

AGUILERA URQUIZA, Antonio H.; NASCIMENTO, Adir Casaro. Povos indígenas e as questões da territorialidade. In: AGUILERA URQUIZA, Antonio H. (Org.). **Culturas e história dos povos indígenas em mato Grosso do Sul**. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2013. 334 p. Parte I.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, NORBERTO. **A era dos direitos**. Nova Ed. – 7ª reimpressão. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em <<https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2017.

_____. Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> Acesso em 06 mar. 2017.

_____. Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 30 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm> Acesso em 06 mar. 2017.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 06 mar. 2017.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**. IBGE, 2010. Disponível em <<http://censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em 07 mar. 2017.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. **O que é Patrimônio Imaterial?** Brasília: IPHAN, [201-]. Disponível em <<http://portal.iphan.gov.br/bcrE/pages/conPatrimonioE.jsf>>. Acesso em 07 mar. 2017.

CUCHE, Denis. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Trad. Viviane Ribeiro. Bauru: EDUSC, 1999. 256 p. Disponível em <<http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/CUCHeDAnocaodeculturanasCienciasSociaisCopia.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

FERRAZ, LUCAS. **Gol pagará R\$4 milhões de indenização a índios por danos espirituais**. Brasil: BRST, nov. 2017. Disponível em <http://www.huffpostbrasil.com/2017/02/07/gol-pagara-r-4-milhoes-de-indenizacao-a-indios-por-dano-espirit_a_21708961/?ncid=fcbklnkbrhpmg000000004>. Acesso em 06 mar. 2017.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MATTOS, Paula Frassinetti. **Responsabilidade civil: dever jurídico fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Índios Kayapó receberão indenização por danos causados após queda de avião da Gol em 2006**. Cuiabá: MPF, 2016. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/noticias-mt/indios-kayapo-receberao-indenizacao-por-danos-causados-apos-queda-de-aviao-da-gol-em-2006>>. Acesso em 06 mar. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: UNIC, 2008. Disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em 07 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Convenção para a salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial**. Tradução feita pelo Ministério das Relações Exteriores. Brasília, 2006. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540por.pdf>>. Acesso em 08 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Recomendação sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular**. Paris, 1989. Disponível em <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Recomendacao%20Paris%201989.pdf>>. Acesso em 07 mar. 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

REALE, MIGUEL. **Paradigmas da cultura contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1996. 143 p.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. 250 p.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Dano existencial: uma leitura da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais sob a ótica da proteção humana**. Porto Alegre: PUCRS, 2007. 227 p. Originalmente apresentada como dissertação de Mestrado em Direito, PUCRS, 2007. Disponível em <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/2337>>. Acesso em 06 mar. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Jurisprudência X Precedente**. 2015. Disponível em

<<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/jurisprudencia-x-precedente>>.
Acesso em 07 mar. 2017.