

PROTEÇÃO À IDENTIDADE INDÍGENA E QUILOMBOLA: UMA ANÁLISE À LUZ DO MULTICULTURALISMO E DA ABERTURA CONSTITUCIONAL

Julianne Holder *

Maria dos Remédios Fontes Silva **

RESUMO

Com a superação do Estado de Direito e ascensão do Estado Constitucional, conceitos como pluralismo e flexibilidade propiciaram uma abertura constitucional sem precedentes na história do constitucionalismo, reconciliando o direito com a realidade social, dinamizando-o e plastificando-o através de um processo contínuo de transformação e evolução de modo a acompanhar a dinâmica social. A superação da concepção de sociedade homogênea e do paradigma da assimilação cultural que predominou no constitucionalismo clássico, desnudou a realidade pluralista e heterogênea da sociedade contemporânea, principalmente num País tão vasto e culturalmente diversificado como o Brasil. Evoluiu-se, assim, no mundo o reconhecimento da ligação inexorável entre o direito a diferença e a materialização da dignidade humana de comunidades etnicamente e culturalmente diferenciadas, tais como indígenas, quilombolas e outros povos ditos *tradicionais*. Trabalhamos, então, com a compreensão de que a singularidade cultural dessas comunidades consubstancia verdadeiro direito fundamental delas, compreendendo que os instrumentos internacionais destinados à sua proteção e à manutenção de seu estilo de vida tradicional, compõem o bloco de constitucionalidade brasileira, segundo uma lógica de materialidade constitucional, alçando-se à hierarquia de normas constitucionais, uma das maiores contribuições do Neoconstitucional ao universo jurídico e à hermenêutica constitucional.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Abertura constitucional. Multiculturalismo. Dignidade indígena e quilombola.

* Discente do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da UFRN, bolsista do PRH 36 ANP.

** Doutora em Direitos Humanos pela Université Catholique de LYON – França – França. Pós-Doutorado pela Université Lumière LYON II – France. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

1 INTRODUÇÃO

Passado mais de vinte anos da morte de Chico Mendes, o seringueiro acreano que deu sua vida na defesa dos interesses dos povos da floresta certamente ficaria satisfeito com os rumos que tomaram o processo de redemocratização do País, com o quadro de conscientização do pluralismo cultural brasileiro e do reconhecimento da necessidade de preservar os usos e modos de fazer e de viver das comunidades tradicionais¹. Chico acreditava na forma sustentável e no manejo ambiental responsável com que essas comunidades conduziam suas atividades econômicas, culturais e religiosas, defendendo o estilo de vida tradicional dos povos da floresta, tais como indígenas, seringueiras, babaqueiros, ribeirinhos e quilombolas.

O fato é que o fenômeno da pós-modernidade e do Neoconstitucionalismo propiciaram uma abertura social sem precedentes, rompendo-se decisivamente com a compreensão homogênea da sociedade liberal do constitucionalismo clássico, derrubando o véu do alheamento e revelando uma realidade social pluralista e bastante diversificada. O mundo inteiro admitiu que uma das facetas da dignidade significa o direito a ser diferente e a ser respeitado por isto. Compreendeu, mérito da globalização, a diversidade de culturas que convivem e se auto-influenciam por todo o mundo, permitindo a consolidação do multiculturalismo e da proteção à singularidade étnica e cultural que encerra.

No Brasil o fenômeno se deu de forma intensa. Com a derrocada do regime militar e a pressão das minorias nacionais pela implementação dos valores democráticos, aflorou a consciência nacional da vasta formação étnica e cultural do País, revelando uma riqueza social inigualáveis. Reconheceu-se que estes povos formam o patrimônio cultural brasileiro,

¹ A medida provisória nº 2.186-16/2001 (que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado) estabelece a seguinte definição de comunidade tradicional: “Grupo humano, incluindo os remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas”. Melhor definição é trazida por Diegues e Arruda (*apud* Santilli, 2005. p. 132): “Grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza. Tal noção refere-se tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional, que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos.”

merecendo proteção e respeito à sua identidade diferenciada, pondo um ponto final no vetusto padrão integracionista de assimilação cultural que norteava a legislação da época.

Neste contexto, o presente artigo trata do fenômeno da abertura constitucional propiciado pelo Neoconstitucionalismo e pelo movimento pós-modernista, que conduziu o multiculturalismo e a proteção à singularidade ética e cultural ao status de direito fundamental das populações indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais, enfrentando, ainda, a teoria material da Constituição e sua aplicação aos direitos humanos dessas comunidades que se encontram previstos em instrumentos internacionais, compreendendo-os como parte integrante do bloco de constitucionalidade dos países ratificadores.

2 O FENÔMENO PÓS-MODERNO E A ABERTURA CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo clássico, oficialmente surgido com as Constituições norte-americana, de 1787, e francesa, de 1791, trazia ao mundo o Estado Liberal de Direito, nascido dos movimentos burgueses de ruptura com o antigo regime absolutista e fortemente influenciado pelos ideais iluministas de liberdade, objetividade científica e individualismo. Por se originar em um ambiente de opressão social, o Estado Legislativo de Direito caracterizava-se por uma Constituição cuja função precípua consistia em limitar o poder político, assegurando aos cidadãos liberdades individuais intangíveis e oponíveis ao Estado.

O cenário jurídico desse período marcou-se pela ascensão do juspositivismo, que encontrou em Hans Kelsen, e sua Teoria pura do direito, seu principal expoente, cujas idéias gravitavam ao redor de um direito abstrato, avalorativo, puro, totalmente dissociado de qualquer valor axiológico externo. Era a idade das Constituições *folha de papel*, usando a denominação de Lassalle (BONAVIDES, 2003, p. 95.), cuja legitimidade dependia do formalismo, calcado no normativismo exacerbado, totalmente divorciada da realidade social. Dissociava-se a esfera jurídica da esfera moral, equiparando o direito à lei, que permanecia no centro do ordenamento jurídico, conforme o modelo inglês de Poder Legislativo forte e infalível, considerado como expressão da vontade popular, sendo uma lei válida não por ser justa, mas por ter sido posta por um órgão competente.

O extremismo positivista de compreender o direito como algo matemático e mecânico, causou um abismo tamanho entre o jurídico e a realidade social que acabou por conduzir à falência do Estado de Direito. Com o segundo pós-guerra, a atroz violação aos direitos da pessoa humana praticados pelos regimes nazi-fascistas sob o manto da legalidade, conduziu a uma nova abordagem constitucional, percebendo-se, em fim, a necessidade de conectar o direito aos valores sociais relevantes, conferindo primazia aos direitos do homem, de modo a proteger sua dignidade. Inaugurava-se, assim, o Estado Constitucional de Direito, que não ousava desprezar o direito posto, mas empreender uma leitura moral do direito (BARROSO, 2007, p. 208), relacionando valores positivistas e jusnaturalistas, até então concebidos como antagônicos, fenômeno filosoficamente conhecido como pós-positivismo.

Dentre as mudanças de paradigma mais notáveis do Neoconstitucionalismo destaca-se, além deste casamento entre o direito e a ética, a força normativa da Constituição, quando a Carta elevou-se ao status de norma jurídica, e como tal, vinculante e passível de uma interpretação, nos moldes norte-americanos de supremacia constitucional. A Constituição passa ao núcleo do sistema jurídico, mais do que isso, dota-se de superioridade hierárquica, restando à lei buscar nela o seu fundamento de validade. O Estado Constitucional, então, limita a atividade legislativa às premissas constitucionais, completando a travessia para um modelo de Poder Judiciário forte, guardião da Constituição e responsável por dizer seu sentido e alcance².

Com a aproximação entre direito e moral, as aspirações, temores e anseios mais latentes da sociedade foram positivados na Constituição, ganhando um status constitucional privilegiado, se refletindo não só por todo o ordenamento jurídico, impregnando-o de valores constitucionais, mas por todo o seio social, repercutindo, inclusive, nas relações particulares, numa verdadeira *invasão* constitucional. A Constituição está em tudo, é onipresente, invasora, abraça todos os aspectos da esfera jurídica, fenômeno denominado constitucionalização do direito, e absorve toda a complexidade das relações sociais, não se concebendo mais um direito puro, dissociado da realidade fática.

O Estado Constitucional de Direito caracteriza-se, pois, pela conjugação da Constituição real (realidade social e as forças que nela operam) com a Constituição jurídica

² O papel do Judiciário como guardião e interprete da Constituição foi inicialmente invocado no célebre caso *Marbury x Madison*, em 1803, quando o então presidente da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, inspirado nas idéias de Alexander Hamilton, em *O Federalista*, partiu da idéia de que, se cabia ao judiciário a interpretação das normas jurídicas, sendo a Constituição a lei suprema da Nação, competiria também aos juízes interpretá-la, dizendo seu sentido e alcance.

(texto formal emanado da máxima expressão da soberania popular: o Poder Constituinte), cujo conteúdo expande-se de maneira indeterminada, não se restringindo as matérias de limitação do Poder e liberdades individuais. A matéria constitucional se alarga para compreender todos os valores que são relevantes para a sociedade em um determinado momento histórico de sua evolução, tendo em conta que a sociedade possui em si mesma uma força inovadora e fluida, não estando estática no tempo.

A sociedade marca-se pelo constante processo de mutação, desabrochando a consciência de que também o direito deve acompanhar a realidade viva e dinâmica do fenômeno social ou, do contrário, sempre estaria um passo atrás da evolução humana não atingindo sua função de promoção do bem comum. Neste contexto, os ordenamentos jurídicos reformulados no pós-modernismo caracterizam-se por este processo de abertura constitucional, que coloca no epicentro do sistema o valor da dignidade humana, atrativo de novos direitos que vão ampliando o conteúdo constitucional, inchado-o, de tal modo que transcende ao texto escrito.

Assim, o conteúdo da Carta constitucional não se limita ao que está expressamente contido no documento, mas compreende os valores que são relevantes ao ser humano e a manutenção de uma vida digna, que muito embora não estejam sempre escritos no texto formal, compõe o bloco de materialidade constitucional em virtude de sua essencialidade para o ser humano em uma vida digna e solidária. Tal ocorre em virtude da velocidade com que evolui a sociedade, não tendo como um texto constitucional estático e engessado satisfazer as necessidades coletivas, carecendo abrir-se à realidade, flutuar conforme o movimento frenético e irreversível da evolução social.

O fenômeno pós-moderno ainda traz uma importante veia cultural e pluralista, responsável pela compreensão e amadurecimento da idéia de que a sociedade contemporânea é essencialmente plural, diversificada, composta por diferentes segmentos sociais e grupos de interesses. É uma sociedade aberta à diversidade, formada por complexas teias de relações sociais e sujeita às diversas possibilidades que o desenfreado progresso tecnológico e intelectual produz. É uma sociedade de inclusão e de respeito à diferença.

Concluimos, então, conforme os ensinamentos de Konrad Hesse (2001, p.3), que a Constituição não só possui a função de formar e manter a unidade política, organizando o Estado, como também ostenta uma função de integração política, harmonizando as diferentes opiniões, anseios e aspirações da sociedade plural, rompendo definitivamente com a

compreensão homogênea da sociedade liberal. A Constituição pós-moderna é, pois, uma Carta essencialmente cosmopolita, refletindo a sociedade plural que conduz, articulando as diferentes necessidades e aspirações dos variados grupos de interesses que nela coexistem.

Somente equilibrando tais pressões políticas que constantemente se chocam no cenário da sociedade plural é que a Carta encontrará adesão e reconhecimento popular, sem os quais careceria de eficácia social. Cumprindo essas funções de integração e formação da unidade política, a Constituição se converterá não só na ordem jurídica fundamental do Estado, mas também, na ordem jurídica fundamental da sociedade (HESSE, 2001, p. 5), havendo uma perfeita harmonia entre a Constituição formal e a Constituição material³.

A tarefa constitucional de integração política da sociedade plural vislumbrada por Hesse, conecta-se às idéias de José Afonso da Silva em sua obra *Aplicabilidade das normas constitucionais* (2008, p. 65). José Afonso nos ensina que a eficácia das normas jurídicas possui uma dupla dimensão, a eficácia jurídica, quando a norma já nasce aparelhada com todos os atributos para produzir os seus efeitos de imediato, e a eficácia social, o reconhecimento pela sociedade da obrigatoriedade da norma, significando que a norma é cumprida e que, assim, atinge a finalidade a qual se destina.

De fato, diante da compreensão da sociedade plural, somente uma Constituição que consiga captar e harmonizar todos os interesses dos diferentes segmentos sociais que nela coexistem, poderá ser reconhecida por essa coletividade como seu estatuto supremo, ostentando, em fim, eficácia social, sem a qual a eficácia jurídica não lograria êxito.

Daí que esse mister de integração política desempenhado pela Constituição conduz à sua necessária abertura para abarcar tudo o que for fundamental para a concretização da dignidade humana dos diferentes segmentos coexistentes na sociedade que regula, desde a vedação a prática da tortura e a tratamentos cruéis e degradantes, à liberdade de culto religioso, preservação do meio ambiente, proteção ao idoso, à criança e às minorias étnicas nacionais, em fim, uma gama de direitos que pela sua condição elementar elevaram-se ao status constitucional, sob o signo de direitos fundamentais, não só regras impositivas e

³ A Teoria material da constituição teve seu pontapé inicial com o método construtivo de interpretação constitucional utilizado pelos juízes da Suprema Corte norte-americana, desde Marshall até os dias de hoje, consolidando-se com os constitucionalistas da república de Weimar (Alemanha), além das notáveis contribuições da Escola de Zurique (Suíça).

cogentes, mas, sobretudo, princípios constitucionais cuja função integradora é notadamente sentida no campo da hermenêutica constitucional⁴.

O papel do exegeta é extremamente relevante no contexto do pós-positivismo visto que cabe a ele extrair o verdadeiro sentido e alcance da norma constitucional à luz dos valores relevantes à sociedade naquele dado momento histórico, contribuindo como verdadeiro coautor do processo de formação da norma jurídica. Daí que a Constituição de hoje necessita ser extremamente plástica, flexível, de forma a se amoldar aos valores contemporâneos da comunidade que regula, tendo a possibilidade de se renovar e de se reinventar de acordo com a evolução social, sem, contudo, implicar em uma reforma textual que acabaria por enfraquecer a sua força normativa.

A Constituição aberta é, pois, uma constituição rígida, dotada de supremacia hierárquica, força normativa e mecanismos fortes de controle de constitucionalidade, no entanto, é uma Carta extremamente maleável, que se flexiona conforma a progressiva evolução das necessidades sociais, absorvendo os valores que lhe são relevantes⁵ visto que o pilar de sua sustentação ergue-se a partir da dignidade da pessoa humana, valor que se renova à cada momento, não encontrando definição precisa e acabada.

2.1 A ascensão do multiculturalismo ao status da fundamentalidade

Neste contexto de Neoconstitucionalismo e sociedade plural se desenvolveu a idéia de multiculturalismo, consistindo no reconhecimento da diversidade de culturas no mundo que coexistem e se auto influenciam, sob a ótica de uma comunidade internacional globalizada. No dizer de Boa Ventura de Souza Santos (2003. p. 33) “o termo ‘multiculturalismo’ generalizou-se como modo de designar diferenças culturais em um contexto transnacional e global”. Esse reconhecimento do pluriculturalismo mundial conecta-

⁴ A travessia do constitucionalismo clássico ao Neoconstitucionalismo encerra três grandes mudanças de paradigmas jurídicos: A força normativa da Constituição com a absorção dos valores sociais em seu conteúdo que acabou por se expandir (fenômeno da abertura constitucional), e uma nova espécie de hermenêutica jurídica, a constitucional, dotada de princípios e regras próprias, voltada para uma filtragem constitucional do direito. Tais fenômenos cristalizaram o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, a fragmentarização do direito constitucional em diversos nichos jurídicos e na construção de uma teoria material da constituição.

⁵ A Carta dos Estados Unidos da América se mantém quase a mesma desde a sua promulgação, em 1787, com algumas poucas emendas. É o melhor exemplo de Constituição rígida e simultaneamente plástica, dotando o intérprete de grande função reveladora da norma. Através da técnica hermenêutica construtiva, os norte-americanos constroem o sentido das normas constitucionais de acordo com o momento histórico de sua evolução, dotando a Carta Maior de grande capacidade adaptativa.

se à proteção das minorias étnicas e ao seu direito fundamental de ser diferente, conferindo-lhes condições para que possam perpetuar seu estilo de vida tradicional, seus usos e costumes, falar suas respectivas línguas e praticar a sua própria religião, consagrando o seu direito à diferença e à singularidade étnica e cultural, indissociável da preservação de sua dignidade humana.

Dessa forma, os diversos povos que vivem em seus costumes próprios, reproduzindo suas tradições milenares, se auto reconhecendo como segmento diferenciado da sociedade envolvente, merecem o direito à preservação de sua singularidade sociocultural⁶, posto que sem ela, perderiam sua identidade enquanto povo, fator indissociável da preservação de sua dignidade humana. Neste aspecto particular, por volta da década de oitenta, em reconhecimento dos direitos das minorias étnicas à diferença, paulatinamente os países latino-americanos passaram a se auto intitular sociedades pluriculturais e multiétnicas, inserindo em seus textos constitucionais direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural dos povos indígenas que congregam.

Um a um, os países latinos reconheceram que possuem uma variada formação étnica e cultural em decorrência dos inúmeros grupos indígenas que vivem, convivem e sobrevivem em seu território, resistindo bravamente contra o processo assimilacionista que teve início cinco séculos atrás. Dessa forma, as constituições pós-modernas dos países americanos acabaram por romper com o modelo integracionista que vigorava até então, reconhecendo o índio não como uma categoria fadada a extinção e a gradativa incorporação ao modo de vida *civilizado*, mas como um setor da sociedade que está aqui para ficar e que deseja preservar sua singularidade sociocultural, merecendo todos os direitos conferidos às demais parcelas da sociedade, sem necessariamente perder sua identidade histórica.

A superação do paradigma da sociedade homogênea pela sociedade plural pós-moderna acarretou uma profunda mudança de tratamento jurídico às minorias étnicas, principalmente aos povos indígenas, rompendo-se definitivamente com o modelo assimilacionista e traduzindo o direito à continuidade física e cultural como um triunfo do multiculturalismo, destinado a garantir a dignidade humana das minorias étnicas, inexoravelmente ligada à preservação de sua singularidade cultural. Assim, o

⁶ Ao contrário do que possa parecer o indígena ou o quilombola, por exemplo, não vão perder esta qualidade se vierem a conviver com outras formas culturais. Eventuais transformações oriundas do coexistir entre diferentes povos é o que caracteriza a reprodução cultural, sem que, com isso, o grupo perca sua identidade, pois nenhuma cultura se mantém estática no tempo, todas se transformam em decorrência do contato com outras civilizações.

multiculturalismo se incorpora às constituições pós-modernas, se elevando ao status de direito fundamental posto que inarredável da preservação da dignidade humana dos povos indígenas e das demais comunidades que desenvolveram historicamente um estilo de vida tradicional, arrimado em usos e costumes próprios.

Neste viés, ganha especial realce a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – Convenção sobre povos indígenas e tribais em países independentes - que trata, dentre outros assuntos, da preservação da integridade étnica, cultural e religiosa dos índios, dos direitos originários sobre as terras que ocupam e sobre os recursos naturais nelas existentes, garantindo a igualdade de direitos entre indígenas e não-indígenas, sobretudo no que tange a efetividade dos direitos humanos. A Convenção 169 destaca-se no cenário internacional por sua inspiração multiétnica e pluricultural, reconhecendo o valor fundamental do direito à preservação da singularidade étnica e cultural dos povos indígenas, superando decisivamente a antiga Convenção 107 da OIT que adotava o vetusto paradigma assimilacionista.

2.2 A proteção à singularidade cultural na Constituição Federal de 1988

A ascensão do multiculturalismo no Brasil remonta ao período de redemocratização política vivenciado pelo País no final da década de 80, marco inaugural do Neoconstitucionalismo brasileiro (BARROSO, 2007, p. 206) e seus valores de sociedade plural. A derrocada do regime militar, o movimento das *diretas já*, a eleição de Tancredo Neves para a presidência da república e a instauração da Constituinte em 1987⁷, gerou um forte clamor social por valores democráticos e proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, tão aviltados pela ditadura militar. Este panorama acabou por dar voz às parcelas marginalizadas da sociedade, que viam a possibilidade de lutar por seus interesses, exigindo condições de igualdade e de dignidade.

No palco das lutas sociais e articulações políticas que se desenrolavam no cenário do nascedouro da nova Carta constitucional, destacou-se a Aliança dos Povos da Floresta, formada por ambientalistas, comunidades tradicionais e lideranças indígenas cuja finalidade era chamar a atenção para a proteção da Floresta Amazônica, ameaçada pela presença de

⁷ A Assembléia Nacional Constituinte fora instaurada em 1º de fevereiro de 1987, tendo sido convocada pela Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985.

grandes empreendimentos econômicos, tais como madeireiros, minerários e agropecuários, bem como pela expansão da malha rodoviária do País. Desta aliança emergiu a significativa liderança de Chico Mendes, seringueiro acreano, que defendia a manutenção do estilo de vida tradicional dos povos da floresta, por meio de reservas extrativistas calcadas na utilização sustentável dos recursos naturais. A Aliança dos Povos da Floresta ganhou especial atenção internacional por estar conectada às novas propostas ambientais abordadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) acerca de um novel modelo de desenvolvimento: o sustentável⁸.

Dessa forma, índios e seringueiros ganharam espaço e força política no processo de redemocratização brasileira, conduzindo à ascensão do multiculturalismo à categoria de direitos fundamentais das comunidades tradicionais, uma vez que a garantia à preservação de sua dignidade, além de fortemente atrelada à preservação ambiental, conecta-se inexoravelmente à manutenção de sua singularidade étnica e cultural.

Assim, inovando na tradição constitucional brasileira, a Carta Política de 1988 rompeu com o paradigma assimilacionista que, nas décadas anteriores, inclusive permeando as disposições do Estatuto do Índio⁹, estruturava o complexo de normas dedicado à proteção do indígena e que visava à gradativa superação de seu modo de vida *primitivo e obsoleto*, que estaria fadado ao desaparecimento, pelo modo de vida *civilizado* ao qual o silvícola necessariamente *iria, e desejaria*, se inserir.

A atual Constituição Federal (CF), com clara inspiração multicultural e pluriétnica, não só reconheceu aos índios o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam¹⁰, assegurando-lhes o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes, como estruturou um sólido sistema de reconhecimento e proteção à sua singularidade étnica de forma a assegurar a reprodução física e cultural de suas comunidades (art. 231), garantindo-lhes o direito de manter sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições.

⁸ O desenvolvimento sustentável foi abordado pela primeira vez em 1987, no Relatório das Nações Unidas intitulado *nosso futuro comum*, ou *Relatório Brundtland*, e destacava três componentes fundamentais ao novo modelo de desenvolvimento (o sustentável): proteção ambiental, crescimento econômico e equidade social.

⁹ Lei .6.001 de 1973. Observe que alguns dos dispositivos do Estatuto do Índio não foram recepcionados pela atual Carta da República, uma vez que se prendem ao paradigma integracionista de assimilação cultural, claramente ultrapassado não só pela nova Constituição brasileira, que protege a perpetuidade cultural dos silvícolas, quilombolas e demais populações formadoras do patrimônio cultural brasileiro, como também pela realidade internacional hodierna e pelos padrões pós-modernos de pluralismo.

¹⁰ A expressão *Direitos originários sobre as terras que habitam* liga-se ao reconhecimento, pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, da ocupação imemorial da terra pelos autóctones, que remontam à colonização do País, quando em 1º de abril de 1680 o Alvará Régio os outorgou tal legitimidade. De lá para cá, a tendência nacional em todas as Constituições, foi a manutenção do reconhecimento de que o direito da posse indígena sobre suas terras é congênito, restando o Alvará de 1680 ainda em vigor, posto que nunca fora revogado.

A garantia sobre as terras que tradicionalmente habitam emerge como o ponto central dos direitos constitucionais assegurados aos índios, justamente por está relacionado com a própria sobrevivência física e cultural do grupo tribal, posto que um povo indígena sem o seu território estará arriscado a perder sua identidade e referências culturais, perdida estas referências, deixa de ser um povo (SOUZA FILHO, 2008, p. 119), despontando, assim, a questão da terra, como uma necessidade fundamental do índio, sem a qual estaríamos diante de um verdadeiro etnocídio.

É da terra que a comunidade tribal retira seu sustento, é na terra que as tradições imemoriais se perfazem na figura de seus antepassados e no resgate histórico da tribo, pois o índio se sente profundamente vinculado à terra em que nasceu e se criou, onde os seus antepassados habitaram e encontram-se sepultados. A terra que importa ao índio é a que liga-se a ele por laços históricos e tradicionais, não é qualquer território que reproduz a cultura de um povo indígena, mas a sua terra, sua *mãe terra*.

Comunidade indígena é aquela que se auto identifica como segmento distinto da sociedade nacional, em virtude da consciência de sua singularidade étnica e continuidade histórico-cultural, com origem e descendência pré-colombiana. O índio, por sua vez, é aquele que se considera pertencente a esta comunidade, e é por ela reconhecido como seu membro. Por tanto, pelo critério da auto-identificação, é o sentimento de pertinência a uma dada comunidade que faz do índio um índio. É índio quem se sente índio, quem dá continuidade a identidade étnica através da reprodução físico-cultural.

No entanto, para que essa continuidade histórica indígena perdure no tempo, é indispensável a conservação de suas origens, a manutenção do vínculo espiritual com seus ancestrais, e isto, na tradição da maioria dos povos indígenas, está atrelado a terra ocupada por sua tribo há tempos imemoriais. Não é por outro motivo que a doutrina caracteriza uma etnia pelas características comuns de língua falada, religião, tradição, cultura, ascendência histórica e mesmo território ocupado por um grupo humano, que se auto identifica como fatia singular da sociedade nacional.

Para as religiões tradicionais africanas, ensina Gilberto Gil (TRIGUEIRO, 2008, p. 54-55), dentre as quais ganha especial destaque o candomblé, o meio ambiente não constitui um espaço neutro, mas corresponde ao palco em que as manifestações do sagrado se expressam, para elas as divindades se revelam através dos fenômenos naturais, numa verdadeira sacralização da natureza. Assim tal qual ocorre com as comunidades indígenas,

também os quilombolas estruturam toda a sua organização social, cultural e religiosa com base numa perfeita interação com os recursos naturais¹¹.

Nos explica Gil que, com o tráfico negreiro, as populações de escravos acabaram transportando da África para o Brasil os símbolos de sua religiosidade e cultura, adaptando-os, entretanto, ao novo universo geográfico e antropológico sem perder a sua característica precípua de conectar o divino ao natural, reinventando-se e recriando seus rituais e liturgias de modo a se adaptar à nova realidade física, sempre se utilizando dos recursos naturais para expressar sua religiosidade. Com efeito, do mesmo modo como concluímos pela necessária vinculação entre a preservação cultural e ambiental e a dignidade indígena, forçoso é reconhecer, também para os quilombolas, que a sua dignidade encontra-se inexoravelmente ligada à preservação de sua singularidade cultural, inseparável da preservação ambiental.

Dentro deste contexto, totalmente imersa em valores socioambientais e multiculturais, inovou a Carta de 1988 ao conceder proteção às manifestações culturais dos afro-descendentes, incumbindo o Poder Público de proteger tais referências culturais, tendo em vista que constituem patrimônio cultural brasileiro (arts. 215, §1º, e 216). A Constituição ainda atribuiu aos remanescentes das comunidades quilombolas o direito de propriedade sobre os seus territórios¹², conferindo, de forma inédita no Ordenamento Jurídico do País, proteção aos descendentes dos antigos escravos, deixados à margem das iniciativas governamentais desde a abolição da escravatura em 1888, quando os quilombos passaram da proibição a uma realidade simplesmente desconsiderada.

A nova dogmática constitucional visa preservar a diversidade cultural do País, reconhecendo que o Brasil é uma nação multicultural e pluriétnica, formada por uma riquíssima variedade de populações tradicionais¹³ que merecem ter seu modo de vida secular e

¹¹ Relata Gilberto Gil (*op. cit.*, p. 56) que, em face da urbanização desordenada e predatória que destruiu a vegetação citadina, os terreiros de candomblé, em virtude da tradição do próprio culto, intensificaram sua postura preservacionista, erguendo-se como verdadeiros *focos de preservação ecológica*.

¹² Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

¹³ A medida provisória nº 2.186-16/2001 (que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado) estabelece a seguinte definição de comunidade tradicional: “Grupo humano, incluindo os remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas”. Melhor definição é trazida por Diegues e Arruda (*apud* Santilli, 2005. p. 132): “Grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza. Tal noção refere-se tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional, que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos.”

sua cultura singular preservados uma vez que contribuíram, e ainda contribuem, para a formação da identidade do povo brasileiro, consubstanciando nosso patrimônio cultural.

Assim, a CF dedicou todo um capítulo (art. 215 e 216) à proteção das “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, considerando “patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial”, “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” determinando ao Poder Público a “defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro” e a “valorização da diversidade étnica e regional”, devendo a lei dispor “sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”.

Assim, quilombolas, indígenas, seringueiros, babaqueiros, caiçaras, pescadores artesanais, ribeirinhos, castanheiros e toda uma sorte de populações que vivem um estilo de vida tradicional ganham espaço na tutela constitucional à diversidade cultural. Percebe-se, em verdade, que em nenhum dispositivo consta expressamente a opção constitucional pelo multiculturalismo, como fez a maioria das constituições dos demais países latinos, entretanto, tal escolha resta clara e evidente em uma análise sistemática e holística da Carta Magna, que reconhece a importante participação de diferentes grupos étnicos e sociais no processo de formação da identidade cultural do povo brasileiro.

Tais comunidades apresentam um modo de vida original e diferenciado da *societate envolvente*, estruturado em uma íntima relação com o meio ambiente em que vivem, repassando ao longo de gerações conhecimentos acerca de práticas e usos dos recursos naturais contidos no *habitat* em que estão inseridos e que, por esta relação de dependência com o meio ambiente, desenvolveram formas sustentáveis de exploração dos recursos naturais além de contribuir para a sua preservação e ampliação, ganhando especial atenção na seara internacional como verdadeiros *guardiões da biodiversidade do planeta*.

A interação entre as comunidades tradicionais e o meio natural representa mais do que o simples extrativismo sustentável. É com base no meio ambiente e, principalmente, na territorialidade que as tradições se perfazem na figura dos seus antepassados, na história comum àquela gente, dos símbolos de resistência de sua cultura e na construção dos mitos, das crenças e da religiosidade.

Surge, então, uma consciência de que a questão social encontra-se de tal forma imbricada na questão ambiental, que não se poderia conceber uma preservação da

sociodiversidade sem se pensar na proteção à biodiversidade, nascendo, no cenário internacional, e com forte influência nacional, um novo paradigma ambiental: o socioambientalismo, que vai defender não só a proteção à biodiversidade (diversidade de espécies, genética e de ecossistemas), mas, sobretudo, chamar a atenção para a preservação cultural indissociável daquela. Assim, dentro do contexto de preservação da singularidade cultural indígena e de outras comunidades tradicionais, faz-se mister, também, a preservação ambiental uma vez que os recursos naturais acham-se intimamente ligados ao seu modo de vida singular, restando indissociável da idéia de preservação da dignidade humana dessas comunidades.

3 DIREITOS CULTURAIS À LUZ DA TEORIA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO

Já vimos que a preservação da singularidade cultural indígena e quilombola, bem como de outras comunidades tradicionais, consubstancia um direito fundamental correlacionado às garantias constitucionais de isonomia e direito a diferença. Vimos também que, para a reprodução física e cultural dessas comunidades tradicionais, indispensável se faz a preservação ambiental posto que os recursos naturais do *habitat* no qual estão inseridos contribuem para a fixação dos símbolos e valores de sua cultura, tradições, religiosidade e modos de fazer e viver.

No entanto, se o direito à isonomia, à liberdade de crença e religiosa e de não discriminação integram o elenco constitucional dos direitos fundamentais inscritos no artigo 5º, o direito à identidade cultural e a opção pluralista da nossa Carta não constam expressamente no texto normativo capital, o que poderia conduzir um intérprete desavisado a concluir pela não fundamentalidade do direito indígena e quilombola à continuidade étnico-cultural. Tais direitos, pois, devem ser compreendidos à luz da teoria material da constituição que outorga a uma norma o status da constitucionalidade não pela inscrição textual na Carta, mas pelo conteúdo notadamente ligado à dignidade humana.

Com efeito, outra característica marcante do Neoconstitucionalismo reside na colocação do princípio da dignidade humana no epicentro da ordem constitucional, o qual, em virtude de seu caráter aberto, indeterminado e atrativo, acabou por proliferar um vasto rol de

novos direitos que se elevaram o status da fundamentalidade (CASTRO, 2005, p. 20). Assim, os mais variados valores relacionados a dignidade humana ganharam o *plus* da fundamentalidade, traduzindo-se em conteúdo constitucional estando ou não expressamente previsto na Norma Maior, passando, então, a compor o bloco de materialidade constitucional.

Assim, a teoria material da constituição significa o alargamento do conteúdo da Carta fundamental que passou a absorver ilimitadamente os valores e tendências de sua época, correspondendo, assim, às necessidades mais relevantes dos diversos segmentos componentes da comunidade política que representa.

Nos deparamos, então, com um sistema constitucional dilatado, expandido, composto por um bloco material de constitucionalidade no qual se insere a constituição formal. Dessa forma o conteúdo constitucional vai se alargando, absorvendo como uma esponja os valores relevantes para a sociedade em cada etapa de seu desenvolvimento, cabendo ao hermenauta redimensionar esse conteúdo ao sabor da evolução social. Tal fenômeno corresponde ao método construtivo de interpretação constitucional empregado pela Suprema Corte norte-americana, consistente na renovação do conteúdo constitucional sem reforma textual.

3.1 O Brasil e a cláusula de abertura: A Convenção 169 da OIT como parte do bloco de materialidade constitucional

O alargamento material da Constituição ganha especial realce no contexto dos interesses indígenas e quilombolas uma vez que importantes direitos destinados à tutela de sua dignidade provem de instrumentos internacionais. São direitos que, na maioria das vezes não estão expressamente escritos na Constituição muito embora, em face das chamadas cláusulas de abertura e do caráter amplíssimo do princípio da dignidade humana, componham o bloco de materialidade constitucional dos países signatários do respectivo instrumento.

Com efeito, o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal brasileira explicita que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Busca a norma constitucional possibilitar a complementação do rol de direitos fundamentais previstos em seu texto normativo, reconhecendo que o catálogo de direitos fundamentais ali previsto não é

taxativo nem exaustivo, merecendo ser ampliado pelas normas futuras que tragam conteúdo de direitos fundamentais, privilegiando, assim, o primado da dignidade humana.

O artigo 5º, §2º, evidencia o caráter aberto da nossa Carta constitucional, possibilitando uma ampliação ilimitada das garantias fundamentais outorgadas ao povo brasileiro, reconhecendo, inclusive, a legitimidade do direito internacional como instrumento apto a operar esse alargamento, mantendo uma porta constantemente aberta entre o direito doméstico e o internacional no que tange aos direitos fundamentais.

Daí que concluímos, não sem reconhecer a celeuma que envolve a matéria, pelo status de norma constitucional daqueles tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil que versam sobre matéria de direitos humanos^{14 15}. O texto constitucional é claro e cristalino “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, possibilitando o alargamento de seu catálogo fundamental a partir de normas internacionais atinentes aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Construímos este raciocínio para chegarmos ao seguinte ponto: Conforme já fartamente analisado nos capítulos anteriores, o direito à diferença e a proteção à singularidade cultural de índios, quilombolas e outras comunidades tradicionais é condição *cine qua non* da realização da dignidade humana em favos desses grupos, uma conquista do multiculturalismo e das concepções de sociedade aberta e pluralismo alcançadas na pós-modernidade.

Dessa forma, insta reconhecer que os instrumentos internacionais destinados à tutela da identidade étnica e cultural dessas comunidades, desde que ratificados pelo País, elevam-se ao status de normas constitucionais ainda que não estejam expressamente escritos em seu texto, em virtude do seu conteúdo de direito fundamental, compondo o nosso bloco de materialidade constitucional. Concluir de outra forma seria desprestigiar o citado dispositivo constitucional e a conquista que o mesmo representa, esvaziando o sentido da norma

¹⁴ Adotam esta tese, muito embora minoritariamente, alguns Ministros do Supremo Tribunal, tais como Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Grece e Eros Grau. Prevalece hoje na Suprema Corte o entendimento capitaneado pelo Min. Gilmar Mendes segundo o qual os tratados internacionais de direitos humanos possuem status supralegal, estando, pois, abaixo da Carta constitucional.

¹⁵ Quanto ao §3º do art. 5º que assinala que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados segundo o quorum qualificado previsto para as emendas constitucionais serão à elas equiparados, cumpre observar que tal disposição gira em torno da positivação de tais normas internacionais no texto formal da Constituição, muito embora já componham seu bloco material desde que ratificados pelo Brasil. Neste sentido, *vide* Flávia Pioversan, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

constitucional além de menoscabar o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Inegável, portanto, o caráter constitucional da Convenção 169 da OIT haja vista seu conteúdo voltar-se à tutela da singularidade étnica e cultural de índios e outras comunidades tribais, condição inafastável de sua dignidade humana, conforme já demonstrado. Daí que se destaca a necessidade de nossa Corte Suprema reformular sua jurisprudência de modo a seguir a tendência mundial de abertura e considerar a Convenção 169, assim como outros tratados de direitos humanos, como parte de bloco de materialidade constitucional, deixando nossa Carta seguir o seu ritmo, tal como fora idealizada: uma Constituição aberta e pluralista.

3.2 Singularidade cultural, autodeterminação e dignidade humana na Convenção 169 da OIT

Dentre as principais garantias previstas na Convenção 169 da OIT em favor dos índios e comunidades tribais destaca-se o dever de realizar uma consulta prévia antes da tomada de qualquer decisão que possa lhes afetar diretamente, seja uma medida legislativa ou executiva, seja a realização de um empreendimento econômico em suas terras^{16 17}. O referido instrumento consagra, ainda, o direito dos povos interessados de serem consultados através de suas instituições representativas e através de um procedimento apropriado (artigo 6, item 1, *a*).

A Consulta consubstancia um instrumento de intermediação política entre os Estados independentes e as comunidades indígenas e tribais neles existentes, representando uma importante ferramenta de efetivação dos seus direitos fundamentais, garantindo o direito da comunidade de se autodeterminar, escolhendo o seu destino, resguardando a posse plena dos autóctones sobre suas terras e sobre a exploração exclusiva dos recursos naturais existentes, bem como satisfaz o direito à preservação de sua cultura, crenças e tradições a partir do

¹⁶ Artigo 6º: 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; (...).

¹⁷ Também o artigo 32 da Declaração da ONU sobre povos indígenas consagra o direito de consulta antes da tomada de qualquer decisão que possa afetar comunidades índias. A referida Declaração foi fruto dos esforços do grupo de trabalho da ONU acerca da situação das populações indígenas de todo o mundo, criado em 1982 sob os cuidados de José Martínez Cobo, e cujo objetivo gravita em torno do desenvolvimento de ações internacionais para a proteção desses grupos vulneráveis.

momento que propicia aos indígenas a escolha de querer, ou não, que seu modo de vida seja devassado e misturado ao *modus vivendi civilizado*. Portanto, é evidente a condição de direito fundamental atribuída à consulta prévia.

Esse foi o raciocínio que norteou a Conferência das Nações Unidas para o Meio-Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, e que deu origem à Agenda 21 da ONU¹⁸ cujo item 26.3 prevê a necessidade dos Governos e Organizações intergovernamentais reconhecerem que as terras das comunidades indígenas devem ser protegidas contra atividades ambientalmente insalubres ou consideradas inadequadas social e culturalmente pela comunidade indígena, consagrando o direito dos grupos tribais em se autodeterminar, escolhendo suas prioridades, em perfeita sintonia com o estabelecido no artigo 7, item 1, da Convenção 169/OIT¹⁹.

Neste particular, o Tribunal Constitucional colombiano se manifestou por diversas vezes pela inconstitucionalidade do Decreto que versa sobre o procedimento de consulta que, contudo, não realizou previamente uma consulta sobre o seu próprio conteúdo. A Colômbia é o País que possui a mais vasta jurisprudência relacionada a efetivação da clausula geral de consulta prevista no Convenção 169/OIT, principalmente quanto a necessidade de sua observância na ceara legislativa²⁰. Dentre as maiores conquistas das comunidades tradicionais obtidas junto a Corte Constitucional do país estão a interpretação da Convenção 169 como parte do bloco de constitucionalidade, segundo uma lógica da materialidade constitucional, e o reconhecimento de que o direito de consulta consubstancia um direito fundamental das comunidades indígenas e tribais.

Já no Equador, as comunidades indígenas consideram tão lesiva a legislação interna, também promulgada sem observar o devido processo de consulta, que se negam, inclusive a participar de processo consultivo por ela regulado, estando, atualmente, questionando a sua

¹⁸ Em 1992, representantes de 170 países reuniram-se no Rio de Janeiro, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como “Rio 92”, cuja finalidade era discutir a crise ambiental e a sobrevivência da humanidade no Planeta. Dessa conferencia resultou a Agenda 21, documento internacional de compromissos ambientais e recomendações para um novo modelo de desenvolvimento (o desenvolvimento sustentável), enfatizando a importância da educação ambiental como estratégia de sobrevivência da humanidade.

¹⁹ *In verbis*: artigo 7º, 1 - Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. (...).

²⁰ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Consulta prévia sobre medidas legislativas na Colômbia. In: **Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT**. Disponível em: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=node/20. Acesso em: 10 ago. 2010.

legitimidade junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)²¹. Neste sentido, ensina Carlos Frederico Marés e Kerlay Lisane (2010, *passim*) que recorrer à CIDH é uma opção válida às comunidades indígenas que se vejam afetadas pela mineração ilegal em suas terras, mas que não contam com uma iniciativa estatal eficaz, ou se quer existente, de combate ao problema.

Quanto a exigência de que a consulta se dê mediante a participação das instituições representativas dos povos envolvidos, percebe-se a nítida inspiração multicultural e pluriétnica da Convenção, indicando sua sintonia com as mais modernas correntes de preservação e reprodução de culturas e tradições etnicamente diferenciadas, reconhecendo não só a autonomia desses povos, o seu direito de autodeterminação, como também significa o reconhecimento jurídico da representação dessas comunidades segundo os seus costumes e tradições.

Caciques, Xamãs, Conselhos de anciãos, associações, não importa, terão legitimidade aquelas instituições representativas reconhecidas pela Tribo, com poder para falar em nome da comunidade que representa e tomar decisões. Na Bolívia, além da legitimidade da representação exige-se, ainda, a ratificação, pela comunidade, do acordo firmado pelos seus representantes, de forma a assegurar que o conteúdo da decisão tomada corresponde realmente aos interesses do grupo.

Importante salientar que a FUNAI (Fundação Nacional do Índio) não possui essa prerrogativa, pois que se trata de instituição integrante da estrutura indireta da administração pública, não possuindo legitimidade para intervir no processo de consulta em nome de qualquer comunidade indígena, a não ser a fim de elaborar parecer ou facilitar a aproximação entre o Governo e os índios.

Outrossim, conforme o abalizado entendimento do Tribunal Regional Federal da primeira região, em caso de exploração minerária, energética ou do aproveitamento dos recursos hídricos em terras indígenas o único competente para a realização da consulta prévia é o Congresso Nacional, haja vista que a Constituição lhe deferiu esta atribuição (artigos 49,

²¹ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem por objetivo promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, alcançando todos os Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto São José da Costa Rica) e Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), tendo legitimidade para encaminhar reclamações contra os casos de violação aos direitos humanos qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos.

XVI, e 231, §3º), não sendo, sequer, possível a sua delegação²². Além do mais a consulta prévia consubstancia um dever da Casa Legislativa, e não uma mera faculdade, vez que, além de está determinada na CF, também integra o leque de direitos fundamentais desses povos.

O Instituto Socioambiental (ISA)²³ ainda alerta que se na decisão final não estiverem refletidas as opiniões debatidas nas reuniões, estas não poderão ser consideradas como um processo de consulta, vez que não cumpriu sua finalidade institucional. Neste aspecto, narra o ISA que a legislação boliviana é a única empenhada em tornar o processo de consulta um verdadeiro instrumento de negociação, condicionando seu produto final ao consenso dos envolvidos no processo consultivo, diferentemente do que faz seus vizinhos latinos que entendem que a palavra final consiste em ato unilateral do Governo, reduzindo o direito fundamental dos índios à consulta em uma mera formalidade a ser cumprida.

Pelo exposto, notamos o evidente elemento fundamental que marca a Convenção 169 da OIT, claramente direcionada para a proteção dos interesses mais relevantes das comunidades indígenas e tribais, aqui compreendidos os quilombolas, merecendo, pois, ser reconhecida como integrante do bloco de materialidade constitucional tal como fez a Corte Constitucional colombiana.

Com efeito, apesar de integrada ao ordenamento jurídico brasileiro, o instrumento vem sendo desconsiderado, nenhuma legislação atinente aos índios ou quilombos passou pelo procedimento de consulta, muito menos os empreendimentos econômicos, tais como hidrelétricos, madeireiros, minerários e petrolíferos que cada vez mais se embrenham ao longo dos territórios tradicionais, saltando aos olhos o grande descaso para com os direitos fundamentais dos povos indígenas e tribais.

²² Conferir a jurisprudência da Corte: (...) *A questão jurídica controvertida nesse tópico diz respeito se o Congresso Nacional pode delegar a oitiva das comunidades indígenas afetadas. A Constituição não oferece uma resposta conclusiva. É preciso examinar-se a questão em conformidade com os princípios que regem a defesa das comunidades indígenas. A primeira constatação que se tem da mera leitura do § 3º do art. 231 das CF/88 é a obrigatoriedade da consulta às comunidades indígenas afetadas. A hipótese não é de faculdade do Congresso Nacional. O constituinte ordenou que sejam “ouvidas as comunidades afetadas para que participem da definição dos projetos que afetarão suas terras e seu modus vivendi”. A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto de construção. Não há se falar em consulta à FUNAI a qual poderá emitir parecer sobre o projeto, mas não substitui a vontade dos indígenas. Portanto, a consulta é intuito personae. Essa problemática não está sendo discutida neste agravo, mas sua abordagem esclarece a intenção do legislador no tema do aproveitamento dos recursos naturais em terra indígena. Assim como a comunidade indígena não pode ser substituída por outrem na consulta, o Congresso Nacional também não pode delegar o ato. É o Congresso Nacional quem consulta, porque é ele que tem o poder de outorgar a obra. Quem tem o poder tem a responsabilidade pelos seus atos. (...). TRF 1ª Região AG 2006.01.00.017736-8/PA, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, DJ p.147 de 05/02/2007.*

²³ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT.** Disponível em: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa. Acesso em: 10 ago. 2010.

O governo brasileiro e as empresas não só desrespeitam o dever de consultar as comunidades impactadas, nos moldes da Convenção 169/OIT, como excluem as comunidades das estratégias de manejo ambiental, prevenção e reparação de áreas degradadas, restando as populações indígenas e tribais marginalizadas, sofrendo os impactos dos empreendimentos econômicos em suas terras, sem, contudo, se beneficiar dos planos de regeneração da área.

No Espírito Santo, a comunidade quilombola do Sapê do Norte viu seus córregos serem drenados, suas plantações serem inutilizadas além de ter seus habitantes impedidos de acessar as matas locais, de onde tiram seu sustento físico e alimento espiritual, em decorrência da construção do gasoduto Cacimbas-Catu²⁴, Construído pela Petrobras sem a devida consulta às comunidades impactadas.

A usina de Belo Monte²⁵ é outro (mau) exemplo. Inicialmente denominada hidrelétrica de *Kararaô* que, só pelo nome, um grito de guerra na língua *Kaiapó*, já correspondia a uma agressão às comunidade índias afetadas. Os conflitos envolvendo a usina se arrastam por duas décadas, os índios e populações locais já se pronunciaram por diversas vezes contrários ao empreendimento, mas o Governo Federal desconsidera sua posição e insiste em tentar justificar a obra com o argumento da estratégica posição da região para o desenvolvimento da matriz energética brasileira.

Em protesto pela construção da hidrelétrica, realizou-se em 1989, em Altamira no Pará, o I encontro dos Povos indígenas do Xingu, ou simplesmente encontro de Altamira, resultado da articulação de lideranças indígenas, movimentos ambientais e sociais contrários aos inúmeros empreendimentos econômicos realizados na Amazônia sem a devida participação dos indígenas e populações locais. O encontro de Altamira acabou por ganhar grande repercussão internacional, tornando-se um importante marco para o movimento socioambientalista. Em 2008, realizou-se o II encontro dos povos indígenas do Xingu, também em Altamira, no Pará, evento marcado pela agressão indígena a um engenheiro da Eletrobrás.

A questão da hidrelétrica de Belo Monte chegou à ONU que, em setembro de 2010, emitiu um relatório chamando à atenção do País pelo desrespeito aos direitos humanos dos povos indígenas e, sobretudo, pela inobservância do direito de consulta dos povos indígenas

²⁴ O gasoduto Cacimbas-Catu integra o projeto GASENE da Petrobrás que interliga as regiões Sudeste e Nordeste do País.

²⁵ Belo Monte consiste na primeira de cinco usinas do complexo hidrelétrico a ser realizado na Bacia do Rio Xingu, integrando o Projeto governamental de Aceleração do Crescimento – PAC.

afetados pelo Complexo hidrelétrico do Xingu. A observância do procedimento de consulta e o reconhecimento do direito de autodeterminação dessas comunidades poderiam evitar os violentos confrontos que norteiam certos empreendimentos econômicos engendrados em terras indígenas, quilombolas e noutros territórios tradicionais.

Felizmente, o projeto de Lei nº 1610/96, da relatoria do Deputado Eduardo Valverde, destinado à regulação da mineração em terras indígenas, e que se auto-aplica à exploração de petróleo, surge como um primeiro passo, tímido mais salutar, para a mudança deste quadro. Recentemente o projeto alterou suas disposições para não só incluir o procedimento de consulta as tribos afetadas pela mineração, como também dotar de vinculação e obrigatoriedade a decisão tomada pela comunidade índia quanto a admissão, ou não, do empreendimento minerário em suas terras.

O Brasil precisa efetivar as obrigações que assume no cenário internacional, e mais do que interpretar a Convenção como parte de seu bloco de constitucionalidade precisa reconhecer as garantias nela encartadas como direitos fundamentais dos índios e demais comunidades tradicionais, tirando do papel a tutela à identidade cultural desses povos, marginalizados por séculos de exclusão social e tentativas frustradas de assimilação cultural, heroicamente combatidas e dribladas num protesto silencioso em defesa de sua identidade e auto-afirmação cultural.

4 CONCLUSÕES

No contexto pós-modernista de ruptura com os antigos padrões do liberalismo clássico, o multiculturalismo surge como uma superação da vetusta imagem de sociedade homogênea vigente até então, acabando por desnudar uma realidade social hodierna bastante diversificada, notadamente marcada pelo pluralismo cultural e composta por diferentes segmentos sociais e grupos de interesses cuja dignidade conecta-se à reprodução de seus modos de fazer e de viver.

Desenvolve-se paulatinamente a preocupação mundial com a preservação dessas culturas tradicionais, possibilitando que à doutrina dos direitos fundamentais se anexe o direito a diferença, permitindo que tais comunidades perpetuem o seu estilo de vida singular e

sejam respeitadas por isso, sem que a sua condição peculiar acarrete a perda de direitos. Assim, o multiculturalismo e a proteção à singularidade étnica e cultural que encerra elevaram-se ao status de direito fundamental das comunidades tradicionais posto que indissociável da materialização de sua dignidade.

Seguindo o compasso do processo evolutivo internacional, a Carta constitucional de 1988 lançou uma sólida proteção à diversidade cultural brasileira admitindo que compomos uma sociedade multicultural e pluralista cujo rico patrimônio histórico-cultural merece ser perpetuado. Dessa maneira, índios, quilombolas, seringueiros e outras comunidades tradicionais encontram na Carta Maior uma tutela sem precedentes na história brasileira, acerca da conservação de sua formação cultural secular, entretanto, as disposições constitucionais não se fazem suficientes para efetivamente resguardar seus interesses, tornando-se necessário valer-se de alguns instrumentos internacionais voltados para a proteção dos direitos mais elementares dessas comunidades.

Deste modo, diante do quadro da abertura constitucional propiciada pelo Neoconstitucionalismo e pelo fenômeno pós-moderno, mister se faz reconhecer os mecanismos internacionais de proteção à dignidade indígena, quilombola e de outros povos, como parte integrante do bloco de materialidade constitucional, elevando tais instrumentos à hierarquia constitucional, com a aplicabilidade imediata típica dos direitos fundamentais. Tal medida se justifica não só pela abertura contida no artigo 5º, §2º, da CF, mas, sobretudo, por ser a preservação da identidade étnica e cultural dessas comunidades um direito fundamental inarredável da concretização de sua dignidade humana, e cuja qual uma Constituição notadamente pluralista não pode olvidar.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Pesquisa de Projeto de Lei**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/581963.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais** – Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMANDUCI, Paolo. **Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análisis Metateórico**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAREZO FILHO, Paulo. O multiculturalismo nos limites da universalização dos direitos humanos e a emergência de um projeto de solidariedade. In: **Direitos Culturais**. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/23/17>>. Acesso em: 03 out. 2010.

HESSE, Konrad et al. **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. de Antonio López Pina. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT**. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa>. Acesso em: 10 ago. 2010.

_____. **Especial Belo Monte** – A polêmica da usina de Belo Monte. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/index.asp>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

MAIA, Márcio Barbosa. A sociedade aberta dos Intérpretes da Dignidade Indígena: o Pluralismo Jurídico Antropológico e a proteção Constitucional do índio. In: **Revista Justiça: Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal, Distrito Federal**, ano 1. n. 3, junho 2009. Disponível em: <http://www.df.trf1.gov.br/revista_eletronica_justica/junho/artigo_Marcio1.html>. Acesso em: 30 set. 2010.

MATHIAS, Fernando; YAMADA, Erika. **Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas**. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PIOVERSAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 26 set. 2010.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. Índios, Convenção nº 169 da OIT e o meio ambiente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1074, 10 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?ID=8499>>. Acesso em: 25 jan. 2009.

SILVA, Américo Luís Martins da. Populações indígenas ou tradicionais. In: **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. III.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Julianne Holder da Câmara. A casuística latino-americana de exploração de petróleo em terras indígenas: o desafio da concretização dos direitos humanos em prol das comunidades impactadas. **Revista Direito E-nergia**, Natal, ano II, n. 2. p. 1-20, jan./jun.

2010. Disponível em: <<http://www.ccsa.ufrn.br/ojs/index.php/DireitoE-nergia/article/viewFile/33/69>>. Acesso em: 12 ago. 2010.

_____. **Aspectos jurídicos acerca da exploração e produção de petróleo e gás natural em terras indígenas**. 2009, 96 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; ARBOS, Kerlay Lizane. **Mineração em Terras indígenas, Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**.

Disponível em:

<<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewFile/30/24>>.

Acesso em: 10 ago. 2010.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGÃO. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/default.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

TRIGUEIRO, André (Coord.). **Meio ambiente no século 21**: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento. 5. ed. Campinas: Armazém do Ipê, 2008.