

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL  
CONSTITUCIONALISMO E  
DEMOCRACIA: O NOVO  
CONSTITUCIONALISMO LATINO-  
AMERICANO**

**ESTADO E INSTITUIÇÃO**

Organizadores:  
José Ribas Vieira  
Cecília Caballero Lois  
Ranieri Lima Resende

**Estado e instituições: VI  
congresso internacional  
constitucionalismo e  
democracia: o novo  
constitucionalismo latino-  
americano**

1ª edição

---

Santa Catarina

2017



# **VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO**

## **ESTADO E INSTITUIÇÃO**

---

### **Apresentação**

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, na abordagem da relação entre o Estado e suas instituições jurídicas e sociais.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Estado. Instituições. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Ranieri Lima Resende – UFRJ

## **O TRANSCONSTITUCIONALISMO E AS ORDENS LOCAIS INDÍGENAS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

### **THE TRANSCONSTITUCIONALISM AND ORDERS LOCAL INDIGENOUS: CHALLENGES AND PROSPECTS**

**Julianne Holder Da Câmara Silva <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

A proliferação de conflitos envolvendo o interesse de ordens jurídicas diversas no contexto da sociedade globalizada requer uma abertura do constitucionalismo estatal para outras ordens jurídicas, a fim de que haja um intercâmbio e aprendizado entre ambos os envolvidos, uma troca de experiências que auxilie na solução dos conflitos comuns. Esse entrelaçamento entre as ordens jurídicas de níveis múltiplos, chamado por Marcelo Neves de “transconstitucionalismo”, seria uma nova fase do constitucionalismo moderno, uma etapa necessária, diante da ineficácia das ordens constitucionais internas de lidar com problemas envolvendo direitos humanos e fundamentais que ultrapassem a zona de interesse de suas fronteiras territoriais. Em uma sociedade complexa e heterogênea da atualidade, principalmente em um País de formação cultural e étnica bastante diversificada como o Brasil, conflitos sócio-culturais entre as diversas pretensões normativas dos distintos grupos que aqui convivem é algo inegável que precisa ser harmonizado, de modo a permitir o convívio das diferentes pretensões de inclusão jurídica desses grupos, sem haver uma sobreposição de interesses politicamente dominantes sobre outros. E a constituição que pretende regular essa sociedade, para lograr força normativa, necessita articular em seu conteúdo todas essas pretensões de inclusão jurídica, a partir de arranjos que busquem solucionar todos esses conflitos estruturais. Para cumprir esse papel, a constituição precisa incorporar as diversas cosmovisões e percepções de dignidade e significado de direitos fundamentais que se chocam na sociedade complexa o que, necessariamente, implica uma abertura para “culturas diferenciadas” da “cultura dominante”, em um diálogo de aprendizado entre a ordem jurídica nacional e a ordem normativa local indígena. A partir de então, será possível à ordem local brasileira praticar o transconstitucionalismo. Partindo de um diálogo entre os tribunais, juízes e cortes pertencentes às ordens jurídicas de níveis múltiplos, principalmente ordens nacionais de outros países latinos. Trocando, então, experiências e realizando um intercâmbio recíproco em torno de questões e interesses comuns acerca dos direitos humanos e fundamentais dos povos indígenas, afirmando sua legitimidade democrática e força normativa. Dessa forma, o presente artigo propõe a prática do transconstitucionalismo tanto internamente (diálogo de aprendizado entre a ordem jurídica local e as ordens nativas) como externamente (diálogo de aprendizado entre as Cortes e experiências dos diversos países latinos que abrigam em seu território populações indígenas)

---

<sup>1</sup> Professora da UFERSA; Vice-coordenadora do Curso de Direito da UFERSA; Doutoranda pela UNB; Mestre em Direito Constitucional pela UFRN; Graduada em Direito pela UFRN.

único mecanismo capaz de assegurar à constituição a obtenção da legitimidade democrática necessária à realização de sua força normativa, cumprindo seu papel de norma suprema da sociedade civil e política.

**Palavras-chave:** Transconstitucionalismo, Populações indígenas, Força normativa da constituição, Diálogo de aprendizado

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The proliferation of conflicts involving the interests of various legal systems in the context of a globalized society requires openness of state constitutionalism to other legal systems, so that there is an exchange and learning between both involved an exchange of experiences to assist in solving common conflicts. This intertwining between the legal systems of multiple levels, called by Marcelo Neves "transconstitucionalism" would be a new phase of modern constitutionalism, a necessary step before the inefficiency of the internal constitutional orders to deal with issues involving human and fundamental rights beyond the area of interest of its territorial borders. In a complex and heterogeneous society today, especially in a Parent cultural background and ethnic quite diverse as Brazil, socio-cultural conflicts between different normative claims of different groups who live here is something undeniable that need to be harmonized so as to allow the coexistence of the different claims of legal inclusion of these groups, with no overlap of politically dominant interests over others. And the constitution that seeks to regulate the society, to achieve legal force, need to articulate in its content all these claims of legal inclusion, from arrangements that address all these structural conflicts. To fulfill this role, the constitution needs to incorporate the various worldviews and perceptions of dignity and meaning of fundamental rights that clash in a complex society which necessarily implies an openness to "different cultures" of "worships dominant" in a dialog learning between national law and local indigenous normative order. From then on, it will be possible to order local Brazilian practice transconstitucionalism. Starting a dialogue between courts, judges and courts pertaining to the legal orders of multiple levels, particularly national orders from other Latin countries. Swapping then experiences and conducting reciprocal exchanges on issues and common interests on human and fundamental rights of indigenous peoples, affirming their democratic legitimacy and legal force. Thus, this paper proposes the practice of transconstitucionalism both internally (learning dialogue between the local legal system and native orders) and externally (learning dialogue between the courts and experiences of many Latin countries harboring in its territory indigenous populations) only mechanism to ensure the establishment to obtain the necessary democratic legitimacy of the performance of their normative force, fulfilling its role as the supreme rule of civil and political society.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Transconstitucionalism, Indigenous peoples, Normative force of the constitution, Learning dialogue



## 1 INTRODUÇÃO

Diante da aproximação cada vez mais intensa entre pessoas, lugares e culturas no contexto da globalização e sua incessante intensificação de relações e interconexões, possibilitadas pelo avanço tecnológico e na área das comunicações, problemas e questões transterritoriais se tornam evidentes e intransponíveis a partir da limitada esfera de atuação do constitucionalismo estatal.

Problemas envolvendo direitos humanos e direitos fundamentais que escapam à delimitação territorial dos estados nacionais, sendo ponto de interesse entre diversas ordens jurídicas (internacionais, supranacionais, transnacionais, estatais e até locais) indicam a necessidade premente de uma reformulação da antiga concepção do constitucionalismo, limitada a solução de conflitos jurídico/políticos no interior de um Estado nacional, fechado em si mesmo.

A proliferação de conflitos envolvendo o interesse de ordens jurídicas diversas no contexto da sociedade globalizada requer uma abertura do constitucionalismo estatal para outras ordens jurídicas, a fim de que haja um intercâmbio e aprendizado entre ambos os envolvidos, uma troca de experiências que auxilie na solução dos conflitos comuns.

Esse entrelaçamento entre as ordens jurídicas de níveis múltiplos, chamado por Marcelo Neves (2009) de “transconstitucionalismo”, seria uma nova fase do constitucionalismo moderno, uma etapa necessária, diante da ineficácia das ordens constitucionais internas de lidar com problemas envolvendo direitos humanos e fundamentais que ultrapassem a zona de interesse de suas fronteiras territoriais.

O entrelaçamento entre ordens jurídicas, o aprendizado recíproco e a troca de experiências, seria possibilitado, sobretudo, pela atuação das cortes e tribunais constitucionais através de “pontes de transição” criadas entre elas, um diálogo entre as cortes de níveis múltiplos. Um entrelaçamento entre tribunais pertencentes a ordens jurídicas de diferentes níveis.

Com efeito, a praxe constitucional corresponde a um dos elementos, identificados por Konrad Hesse (1991), necessários à força normativa da constituição, sem a qual uma constituição não lograria obter o status de norma suprema da sociedade que regula, não cumprindo seu papel de formadora e mantenedora da unidade política do estado democrático.

Hesse preleciona que uma constituição, para efetivamente possuir força normativa, necessita realizar as seguintes exigências: Possuir um conteúdo que absorva as demandas da sociedade heterogênea e complexa que regula, estando apta a adaptar-se as alterações nesses



elementos; possuir uma praxe constitucional de interpretação construtiva que mantenha a constituição estável, além da necessidade de realização da vontade constitucional por todos os partícipes da vida constitucional.

Pois bem, manter uma praxe constitucional consentânea com a sociedade complexa e heterogênea da atualidade implica em se deparar constantemente com questões envolvendo direitos humanos e fundamentais que fogem aos limites territoriais do estado nacional. Dessa forma, para uma constituição alcançar sua força normativa, cumprindo de forma ótima sua função dentro da sociedade, necessário se faz que a praxe constitucional, sobretudo da atuação dos tribunais e cortes, se abra para ordens jurídicas além do estado, permitindo o aprendizado e intercâmbio recíproco entre elas, nos termos do Transconstitucionalismo.

Essa necessidade de abertura se torna ainda mais evidente quando nos deparamos com os direitos humanos e fundamentais de povos indígenas, garantidos constitucionalmente por estados nacionais, respaldados em instrumentos de direito internacional e por cortes internacionais, mas que muitas vezes são negligenciados pelos estados respectivos, ou manejados em desacordo com o significado atribuído pela comunidade indígena, não lhes garantindo a dignidade.

Diante deste cenário, o presente ensaio se debruçará sobre o estudo das citadas obras de Marcelo Neves e Konrad Hesse, a fim de demonstrar que somente uma abertura na ordem constitucional brasileira, nos termos do transconstitucionalismo, voltadas ao entrelaçamento com ordens jurídicas de níveis múltiplos, seria capaz de garantir uma praxe constitucional capaz de solucionar da melhor forma possível as questões envolvendo direitos humanos e fundamentais dos povos indígenas.

Somente com o intercâmbio de experiências, entre as ordens jurídicas dos diversos estados acolhedores de comunidades nativas e, principalmente a partir da perspectiva dos povos indígenas envolvidos, seriam capaz de solucionar tais demandas de modo a garantir dignidade aos indígenas, assegurando uma praxe constitucional verdadeiramente democrática, capaz de promover inclusão e participação política de minorias nacionais de projeção internacional, resguardando a força normativa da constituição brasileira, correspondendo às necessidades da sociedade heterogênea que regula.

## **2 TRANSCONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**

Ao nos debruçarmos sobre a citada obra de Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, temos que a ordenação jurídica e a realidade devem ser compreendidas dentro

de um contexto inseparável e diante de condicionantes recíprocas posto que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas sua essência reside na pretensão de eficácia, ou seja, na pretensão de ser concretizada na realidade (1991, Pág. 13-14).

A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em consideração os fatores naturais, técnicos, econômicos e sociais, além do sentimento inerente àquele povo num dado momento histórico. A força condicionante da realidade e a normatividade não podem ser separadas e nem confundidas. São autônomas, tendo a constituição jurídica significado próprio, embora esteja em uma relação de coordenação com a constituição real. Ambas condicionam-se reciprocamente. A constituição ganha força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia (concretização na realidade).

A força dessa constituição e a sua eficácia assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas existentes na vida social e nas tendências dominantes de seu tempo. Por isso Hesse (1991. *Passim*) afirma que a constituição encontra-se em um constante processo de legitimação, dado que necessita acompanhar a evolução dinâmica da sociedade complexa, devendo ser aberta e plástica, de modo a adaptar-se às variações desses elementos.

Temos, então, que para a constituição alcançar a eficácia e a legitimidade pretendidas deve estar em sintonia com a realidade social, incorporando os valores econômicos, tecnológicos, sociais e políticos predominantes na sociedade, bem como o sentimento do povo no determinando momento histórico que regula. Daí porque as reivindicações dos movimentos sociais devem estar nela contempladas, de modo que a realidade da rua seja incorporada à norma, do contrário não teríamos uma constituição capaz de se consolidar como norma suprema da sociedade, já que não representaria grande parte de seus integrantes.

É importante destacar, ainda segundo Hesse (1998. *Passim*), que a constituição não pretende consenso de aceitação generalizada de seu conteúdo, mas o reconhecimento de sua validade, legitimidade e obrigatoriedade como norma suprema. Segundo o autor, dois seriam os pressupostos que permitiriam à constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa: O conteúdo da constituição e a praxe constitucional (HESSE, 1991. Pág. 20).

Quanto ao primeiro pressuposto, o autor assevera que a constituição deve corresponder aos elementos de seu tempo (sociais, políticos, econômicos, culturais, sociais, etc.) inclusive espirituais, mostrando-se capaz de se adaptar às variações desses elementos na medida em que evita as constantes reformas constitucionais, que enfraqueceriam a sua força

normativa. É o que Jürgen Habermas chama de materialização do direito, a incorporação de argumentação moral pela norma objetiva, obtendo, assim, legitimidade, a partir do acoplamento interno entre direito e moral (HABERMAS, 1992. Pág. 15 e 20).

A sociedade hodierna é por demais complexa e heterogênea, apenas uma constituição que busque abraçar todos os aspectos e proponha meios de solucionar a totalidade dos conflitos existentes no seio dessa sociedade obteria consciência coletiva de sua inafastabilidade e legitimidade no seio social. Nada mais natural, portanto, concluir que as reivindicações políticas e culturais dos diversos movimentos sociais são inafastáveis do conteúdo constitucional, sob o risco de abalar decisivamente sua força normativa. Não só conter em seu conteúdo essas reivindicações, como também pretender a sua eficácia, o que se dará através do segundo pressuposto, a praxe constitucional.

A atividade hermenêutica apresenta um significado decisivo para a consolidação da força normativa da constituição, pois ela está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido das proposições normativas dentro das condições reais existentes numa determinada situação. As mudanças observadas nas relações fáticas deve acarretar a mudança na interpretação constitucional (interpretação construtiva) sem significar reforma textual.

Neste sentido, Peter Häberle (1997, *Passim*) sustenta que precisa haver uma democratização da interpretação constitucional, pois quem vive a norma também a interpreta, sendo necessário integrar a realidade ao processo hermenêutico, o que somente seria possível com o alargamento do círculo de intérpretes da constituição, tanto maior quanto mais pluralista for a sociedade. Para Häberle a constituição é o espelho da realidade, daí porque não poder deixar de fora do processo hermenêutico os viventes desta realidade. O que extraímos das lições do autor é a necessidade de que a compreensão daqueles que vivem a norma seja incorporada nas decisões da Corte constitucional, que o real significado de uma vida em dignidade para povos etnicamente e culturalmente diferentes não seja eclipsado pela compreensão da sociedade envolvente, ou do próprio interprete, do que seria uma vida digna.

## **2.1 Cooperação entre ordens jurídicas e absorção da perspectiva dos viventes da norma ao processo de tomada de decisões**

Principalmente quanto à questões envolvendo direitos humanos e fundamentais observa-se uma interdependência entre as diversas ordens jurídicas de níveis múltiplos (nacionais, internacionais, transnacionais, supranacionais), problemas comuns que, muitas

vezes, precisam ser enfrentadas por várias dessas ordens, porque as interessa e as afeta da mesma forma. A globalização de ideias e informações e a aproximação entre os diferentes pontos do Planeta também aproxima problemas e questões a serem resolvidos por diversas ordens, o que requer o desenvolvimento de um método capaz de envolver a todas no processo de decisão.

O direito constitucional doméstico não alcança mais a solução de todos os problemas constitucionais que surgem na modernidade, ficou limitado dentro das fronteiras nacionais, enquanto que os problemas envolvendo direitos humanos e fundamentais ganharam projeção transterritorial, passando a envolver diversas ordens de níveis múltiplos, que precisam trabalhar juntas de modo a solucionar essas demandas de modo satisfatório e uniforme.

Um método adequando para lidar com essas questões transterritoriais envolvendo direitos humanos e fundamentais requer uma abertura entre as ordens de níveis múltiplos a fim de criar “pontes” entre elas, que permita o diálogo e o aprendizado recíproco quanto às experiências que as interessam conjuntamente. Pessoas, lugares e culturas não conseguem mais viver isoladas umas das outras, a globalização aproximou os diversos rincões do planeta, por óbvio, então, que também as ordens jurídicas não possam atingir um isolamento em si mesmas, precisam estar em constante contato com outras ordens jurídicas.

Esse diálogo, através das “pontes de transição”, entre as ordens jurídicas, desenvolve-se principalmente a partir dos seus respectivos centros, os juízes, cortes e tribunais (NEVES, 2009. Pág. 117). Aí está a importante ligação existente entre a força normativa da constituição (através da praxe constitucional das cortes) e o transterritorialismo (o diálogo e aproximação entre as diferentes cortes existentes nas ordens jurídicas de níveis múltiplos).

Será através da atuação dos tribunais, a partir do diálogo e aprendizado com as cortes pertencentes às outras ordens jurídicas, que experiências de interesse comum serão partilhadas e absorvidas pelas ordens colaboradoras. A troca de experiências sempre implicará em um crescimento e amadurecimento da corte constitucional e da ordem receptora. Será dessa interconexão e diálogo que soluções satisfatórias serão desenvolvidas quando em questão direitos humanos e fundamentais.

A abertura e o diálogo com outras ordens jurídicas permite à praxe constitucional que ofereça o melhor de sua hermenêutica, pois que se utiliza de todos os meios existentes para se chegar à melhor decisão. E nada melhor que o compartilhamento de experiências, bem como a participação dos viventes da norma, para se construir a solução ideal, através do aprendizado recíproco entre aqueles que partilham interesses comuns.

Com efeito, Häberle, em sua sociedade aberta, defende que os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralistas for a sociedade. Devendo o destinatário da norma ser participante ativo no processo hermenêutico, pois que vive a norma acaba por interpreta-la. Dessa forma, o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática, não sendo a interpretação constitucional um evento exclusivamente estatal.

Para o autor, o juiz constitucional já não interpreta isoladamente, no processo constitucional muitos são os participantes. As formas de participação ampliam-se acentuadamente. Em obra posterior, Häberle (2007, Pág. 02-03) vai tratar do estado constitucional cooperativo, propondo exatamente um entrelaçamento das relações internacionais de modo que o estado constitucional se veja aberto tanto internamente como externamente, em uma crescente cooperação (jurídica e política) com outros estados constitucionais que se amplia e se intensifica, propiciando o desenvolvimento de um “direito internacional cooperativo” (HÄBERLE, 2007, Pág. 07).

Também para o autor, essa fase de cooperação seria um estágio do estado constitucional a ser atingido gradativamente, e necessário frente às mudanças no direito internacional e seus desafios (HÄBERLE, 2007, Pág. 10), implicando, inclusive, no desenvolvimento de um direito comum, reconhecível entre os estados constitucionais (HÄBERLE, 2007, Pág. 62-63), identificando a realização dos direitos fundamentais como um dos objetivos dessa cooperação (HÄBERLE, 2007, Pág. 65). Com a formação da comunidade europeia vislumbrou a intensificação dessa cooperação internacional aduzindo que “a sociedade aberta dos interpretes constitucionais torna-se internacional” (HÄBERLE, 2007, Pág. 63).

Percebe-se que ambos os autores (Neves e Häberle) abordam a mesma questão: a necessidade de o estado constitucional evoluir para um estágio de abertura e entrelaçamento com outros estados constitucionais e ordens transterritoriais, a fim de estabelecer uma cooperação que auxilie na solução de questões comuns a todos, principalmente envolvendo direitos humanos e fundamentais.

Marcelo Neves destaca a preocupação em esclarecer que não existe uma hierarquia entre as ordens jurídicas de níveis múltiplos, um tribunal internacional, por exemplo, não impõe suas decisões aos tribunais nacionais (NEVES, 2009, Pág. 145). O que existe, agora nos termos de Häberle, é uma cooperação entre os diversos sistemas jurídicos, de modo a promover uma abertura dialógica, através da troca de experiências, entre diversas ordens interessadas em uma determinada questão.

Esse diálogo se dará mais facilmente entre ordens que apresentem uma constituição transversal, ou seja, uma constituição que promova o acoplamento estrutural entre política e direito. Mas temos que observar, que o próprio autor do transconstitucionalismo traz a possibilidade de intercâmbio e aprendizado recíproco com ordens que não apresentam uma constituição transversal (NEVES, 2009, Pág. 216), seja porque há uma predominância de um dos sistemas sobre o outro (política/direito) ou porque se trata de ordens arcaicas.

O que nos interessa aqui é a possibilidade de haver um diálogo entre o estado nacional e as ordens nativas locais, bem como entre a ordem nacional e a internacional ou entre ordens nacionais distintas, no tocante às questões de direitos humanos e fundamentais dos povos indígenas, de modo que a sua dignidade seja preservada através de soluções construídas a partir da perspectiva das comunidades nativas e não através da imposição da cosmovisão do estado nacional.

### **3 O TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS NACIONAIS E LOCAIS**

Marcelo Neves, em sua obra intitulada *Trasnconstitucionalismo*, enfrenta a delicada questão do diálogo entre as ordens jurídicas nacionais e as ordens extraestatais de coletividades nativas (NEVES, 2009, Pág. 216), que se encontram à margem do constitucionalismo, não possuindo uma estrutura de organização política/jurídica de estado e, a rigor, não apresentando problemas jurídicos constitucionais de direitos humanos e limitações do poder.

O autor defende que, diante de um confronto entre essas ordens normativas arcaicas e as instituições de ordem jurídico-constitucional de um estado, deve-se praticar um “transconstitucionalismo unilateral de tolerância” e aprendizado (NEVES, 2009, Pág. 216), sendo necessário não excluir o desenvolvimento de institutos alternativos de diálogo construtivo com essas ordens culturalmente “diferentes”, argumentando que a simples outorga unilateral de direitos humanos seria contrário ao transconstitucionalismo e ao próprio conceito de direitos humanos (NEVES, 2009, Pág. 217).

Importa-nos aqui as ordens normativas locais de comunidades indígenas, que se espalham pelos diversos países latino-americanos e constantemente se confrontam com as ordens jurídicas dos estados nacionais que lhes abrigam. De fato, se o estado nacional protege as manifestações culturais e identidade étnica desses grupos, o único caminho para se manter na constitucionalidade será praticando um transconstitucionalismo de tolerância para com as organizações normativas dos povos tradicionais.

Somente admitindo, respeitando e reconhecendo a legitimidade de seu direito costumeiro e hábitos culturais estaria o estado nacional se mantendo dentro da constitucionalidade uma vez que impor unilateralmente o direito “oficial” (estranho ao direito costumeiro da comunidade) significaria contrariar a norma constitucional de proteção e reconhecimento das tradições culturais.

Com efeito, no caso do Brasil, temos uma Constituição que reconhece a diversidade cultural do povo brasileiro, determinando como obrigação do poder público proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (art. 215, §1º). Mais adiante (art. 231), reconhece aos índios sua organização social, cultura, línguas, religião, cresças e tradições, rompendo definitivamente com o vetusto paradigma da aculturação e civilização dos autóctones que vigorou desde a colonização portuguesa (FEIJÓ, 2014- A-2. Pag. 214).

A mudança no paradigma indigenista é clara, a Constituição Federal protege a diversidade cultural brasileira, nosso patrimônio cultural (art. 216), estabelecendo um sistema de proteção à posse da terra tradicionalmente indígena como instrumento para a manutenção de sua identidade cultural. A Constituição assegura ao índio o direito a ser índio e a continuar sendo índio, garantindo os meios necessários à reprodução de seu estilo de vida peculiar.

Não nos debruçaremos aqui acerca do reconhecimento do direito costumeiro dos povos indígenas que muitas vezes se chocam com institutos da ordem jurídica nacional. A reflexão que se segue no próximo capítulo se dará quanto à diversidade de perspectiva e compreensão sobre dignidade e conteúdo de direitos humanos e fundamentais, sobre formas diferentes de vida, que deveriam ser absorvidos pela ordem jurídica nacional a fim de que, em face de decisões judiciais e na estruturação de políticas públicas, a melhor solução seja adotada de modo a garantir a dignidade dos povos indígenas, dignidade sob sua perspectiva, e não sob a perspectiva do “dominante”.

O método do transconstitucionalismo, de promover um diálogo entre ordens normativas diversas, ainda que uma delas não apresente estrutura jurídica constitucional, pode solucionar esse impasse, ao permitir ao estado nacional que se aproxime de uma forma de vida genuinamente diferente da sociedade envolvente, e que precisa ser melhor compreendida e interpretada, devendo ser considerada quando em pauta questões envolvendo os seus próprios interesses.

Ao abordar o significado dos direitos fundamentais, Konrad Hesse (2001, Pág. 84-85) afirma que os mesmos não possuem conteúdo uniforme, mas variável, dependendo de fatores extrajurídicos como a cultura e a história de um povo, podendo um mesmo direito apresentar significados diferentes em constituições diferentes. Indo mais além, Carlos

Frederico Marés (2008, Pág. 83) leva em consideração que não existem direitos humanos universais, mas o direito universal de cada povo de construir o seu referencial de direitos humanos segundo suas tradições, usos e costumes.

De fato, se o catálogo de direitos fundamentais significa os valores que são relevantes para uma determinada sociedade em determinado momento de sua evolução, em outra época, num mesmo Estado, o rol de direitos apresentará significado diverso; da mesma forma que esse catálogo divergirá em seu significado do catálogo de outro Estado Nacional. Isto porque as necessidades sociais refletidas no elenco de direitos positivados na constituição são cambiantes, transformando-se de acordo com as necessidades da época.

A dignidade humana, como valor supremo a se irradiar por todo o Ordenamento Jurídico e a inspirar todo o rol de direitos com fins a garantir a todos um mínimo existencial em uma sociedade livre, justa e solidária, necessita apresentar um alto grau de adaptabilidade, de modo a abarcar as diferenças de contexto presentes na sociedade contemporânea. Sendo a constituição um instrumento de integração política, harmonizando e equilibrando a diversidade de atores sociais, e sendo a dignidade o valor maior desta Carta, deve esta (a dignidade) também funcionar como ferramenta de integração social, uma força de inclusão, alcançando todos aqueles segmentos sociais conviventes em um mesmo Estado Nacional.

Por esta razão é que o significado do que seja a dignidade humana não pode se dar uniformemente, segundo os padrões ocidentais de uma sociedade global capitalista. As diferenças culturais devem ser absorvidas na compreensão do que é uma vida digna. Do contrário estar-se-ia diante de um imperialismo disfarçado, o imperialismo da moral ocidental, sob padrões eurocêntricos e norte-americanos (PIOVERSAN, 2010, Pág. 156). Afinal, até o status de Estado Constitucional é uma expressão cultural e sua imposição forçada é uma forma de dominação.

Os direitos humanos assegurados em documentos internacionais, expressam a vontade dos países e organizações signatárias de proteger determinados valores que considerem relevantes, mas temos que ter em mente que ao se incorporarem ao ordenamento jurídico doméstico, esses direitos ganham formatação específica, uma releitura conforme o ordenamento jurídico receptor. Sendo, pois, impossível uma uniformidade de conteúdo e significado dos direitos fundamentais em âmbito global.

Se por um lado os direitos humanos, ao serem domesticados no ordenamento jurídico nacional, sofrem essa adaptação à realidade jurídica/política/cultural do país, por outro, essa realidade é composta por diferentes cosmovisões e compreensão do que seria dignidade, de qual seria o significado dos direitos fundamentais, devendo, estes, permitir a inclusão de todas



essas diferentes pretensões de vida digna. Aí está a grande importância da capacidade de aprendizado do sistema jurídico. Quanto maior essa capacidade cognitiva mais inclusivo e, por tanto, mais democrático, será o ordenamento jurídico.

Com efeito, Marcelo Neves (pág. 252-253) propõe a definição dos direitos humanos como “*expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial)...*” e de “*acesso universal ao direito enquanto subsistema social*”. De fato, a função primeira dos direitos humanos é garantir inclusão de qualquer ser humano, com essa inclusão termos vida digna.

Para que haja inclusão não só direitos de defesa ou de mínimo existencial devem ser garantidos, toda uma compreensão de forma de vida e percepção cultural devem estar contidas na proteção. Isto porque, grupos de indivíduos que vivem um estilo de vida peculiar, diferente do estilo dominante, possuem a expectativa de proteção jurídica de sua forma singular de vida ou de cultura. Existe, então, uma expectativa de inclusão dos culturalmente “diferentes”, inclusão esta promovida pelo direito, e que pretende assegurar a igualdade de oportunidades de acesso aos direitos.

Pois bem, essa expectativa somente será satisfeita se houver uma absorção, pelo sistema jurídico que se pretende inclusivo, dos valores relevantes para os “culturalmente diferentes”. Sem essa incorporação da cosmovisão e percepção de dignidade dos diferentes grupos sociais pelo sistema jurídico (em decisões judiciais e políticas públicas), ele jamais cumprirá sua função democrática de inclusão que permita a convivência entre diferentes em uma sociedade complexa e heterogênea.

É aí onde se encaixa a importância do transconstitucionalismo como método capaz de propiciar essa absorção de valores diversos pela ordem jurídica.

O transconstitucionalismo propõe uma abertura entre as ordens jurídicas de níveis múltiplos de forma que, através de “pontes de transição” entre as cortes e tribunais desses diversos sistemas jurídicos, seja possível um diálogo entre eles, de modo que troquem experiências acerca de questões de afetação comum, sobretudo envolvendo direitos humanos.

Conforme já mencionado, não se trata de hierarquia ou imposição de uma ordem forte sobre uma ordem fraca. O que se propõe é a abertura capaz de enxergar na experiência do outro uma inspiração para a solução dos próprios problemas, estes que, de uma forma geral, se mostram presentes em diversas ordens, dado que questões de direitos humanos dificilmente restam isolados nas fronteiras domésticas.

Voltando à temática dos povos indígenas, temos diversos países latino-americanos riquíssimos em experiências e vivências relacionadas à luta por reconhecimento e direitos dos

povos indígenas. Cada um em contextos específicos, de uma forma ou de outra, acabou por reconhecer e assegurar direitos aos diversos povos e etnias que convivem em seus territórios nacionais. Uns de maneira mais contida, outros se declarando nações pluriétnicas e bilíngues. Cada um com seu histórico de lutas e formação da identidade desse movimento social.

O fato é que temos uma oportunidade ímpar de trocar experiências e informações, transmitindo nosso conhecimento e absorvendo o alheio, de forma que a causa indígena comece a ser tratada conjuntamente, em colaboração com os diversos estados nacionais que lidam com a questão e, sobretudo, com a participação dos povos indígenas.

Mais do que um transconstitucionalismo de tolerância, deve-se praticar um transconstitucionalismo de aprendizado, ainda que uma das ordens não esteja estruturada em um estado de direito constitucional. Ainda que uma das ordens não apresente uma constituição transversal moderna. Pois o transconstitucionalismo implica no aprendizado, essa é a razão para o diálogo ente cortes e sistemas jurídicos. Um aprendizado para uma solução concreta. E se o sistema jurídico, para atuar em sua plenitude e ser verdadeiramente democrático, precisar beber da experiência de grupos não organizados política e juridicamente nos moldes do estado de direito constitucional, então será isso que ele irá fazer.

Para ser democrático, o sistema jurídico precisa, sobretudo, ser inclusivo. E ser inclusivo quando em pauta os interesses dos povos indígenas significa dar atenção às suas demandas específicas e reivindicações, nos termos reivindicados, e não nos termos genéricos e pré-fabricados por alguma teoria que pretenda a uniformização da concepção de direitos humanos.

#### **4 A (FRACA) FORÇA NORMATIVA DA (NADA TRANSVERSAL) CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Conforme vimos alhures, uma constituição transversal realiza um acoplamento estrutural entre política e direito, ao mesmo tempo em que propicia a desdiferenciação entre esses dois sistemas de forma que um não prevaleça sobre o outro, em um frágil e perfeito equilíbrio. Assim, temos que, em uma constituição verdadeiramente transversal, os interesses dominantes no jogo político não irão prevalecer sobre os direitos dos povos indígenas, pois esse equilíbrio entre política e direito proporcionaria uma aplicação igualitária do direito, sem a influência de interesses politicamente dominantes.

No entanto, fazendo um recorte do histórico brasileiro de reivindicações dos povos indígenas, tanto na adoção de políticas públicas específicas quanto nas decisões dos tribunais,

os interesses econômicos e politicamente dominantes sempre pareceram prevalecer, revelando que a constituição brasileira não logra estabelecer esse acoplamento estrutural e ao mesmo tempo desdiferenciador entre política e direito, não ostentando o “equilíbrio tencionado” ideal para se intitular de transversal.

A extensa lista de empreendimentos econômicos, muitas vezes relacionados ao desenvolvimento de políticas públicas oficiais do Governo<sup>1</sup>, se impõem sobre os interesses, reivindicações e até mesmo sobre direitos constitucionais dos povos indígenas, indicam o acerto dessa afirmação.

Hoje, o complexo hidrelétrico de Belo Monte (bem como as usinas de São Luiz do Tapajós, São Manoel e Teles Pires) se desenvolve com o respaldo do Supremo Tribunal Federal (FEIJÓ, 2014. Pág. 67), em clara desconsideração dos direitos constitucionais consagrados aos indígenas bem como das normas internacionais ratificadas e incorporadas pelo Brasil. No passado, as hidrelétricas de Balbina e Tucuruí causaram uma grande devastação nas terras indígenas impactadas, empreendimentos promovidos à total revelia das comunidades.

Ainda atividades de exploração e lavra de petróleo e gás também se desenvolvem no entorno das terras tradicionais, bem como a extração minerária (RICARDO; ROLLA, 2005) e a expansão da fronteira agrícola<sup>2</sup>.

No passado, a expansão da malha viária do País e projetos de integração nacional dividiram ao meio terras indígenas isoladas<sup>3</sup>. A isso se somaram a retirada forçada de gentios de suas terras, causando demasiada devastação e sofrimento aos povos indígenas brasileiros, que paulatinamente passaram a se organizar com forte identidade coletiva de movimento social, com propósitos e objetivos específicos.

Das reivindicações históricas, muitas foram normativamente atendidas pela Constituição de 1988 que incluiu em seu rol de direitos alguns dos interesses mais reivindicados pelo movimento indígena do País (posse das terras tradicionais, usufruto exclusivo dos recursos naturais, cidadania indígena, educação bilíngue, processo de consulta,

---

<sup>1</sup> Antenor Vaz informa que em 2012, dos 114 empreendimentos propostos pelo PAC (Programa de aceleração do Crescimento) com pedido de licenciamento ambiental em diferentes estágios, 42 afetam regiões com presença de índios isolados ou de recente contato. Se tratam, principalmente de projetos hidrelétricos, rodoviários e ferroviários. (2013. Pág. 20)

<sup>2</sup> Foi o que aconteceu aos *Guaraní-Kaiowá*, na década de 60, ao sul do estado do Mato Grosso. Maiores informações, vide: SOUZA FILHO. 2008. Pág. 44.

<sup>3</sup> Foi o que aconteceu aos chamados “índios Gigantes”, ou *Panará*, ocupantes do norte do Estado do Mato Grosso que, na década de 70, viu sua população quase dizimada em consequência da construção da BR-163, Cuiabá-Santaém. Maiores detalhes: SANTOS, 2003, Pág. 89.

etc.). Revelando a satisfação do primeiro requisito (o conteúdo constitucional), indicado por Hesse, para a formação de sua força normativa.

Entretanto, quanto ao segundo requisito necessário à força normativa da constituição, a praxe constitucional, observamos no Brasil uma predominância dos interesses econômicos e políticos dominantes sobre os direitos dos povos autóctones, que acabam sucumbindo àqueles, revelando sua função meramente ilustrativa, uma formalidade presente textualmente na Constituição Brasileira, mas que não é posta em prática, mascarando a negação de direitos de cidadania à seres humanos que vivem às margens da dignidade.

#### **4.1 E os direitos dos povos indígenas sucumbem aos interesses políticos e econômicos dominantes ....**

Desde a década de 70 debate-se a viabilidade da construção do complexo hidrelétrico de Belo Monte, no Rio Xingu, Estado do Pará, a causa ganhou notoriedade internacional em 1989 quando lideranças indígenas se reuniram no I Encontro dos Povos indígenas do Xingu, em Altamira, no Pará, para protestar contra o empreendimento. Os indígenas temiam que se repetisse em Belo Monte o mesmo quadro social e ambiental desastroso evidenciado na construção das hidrelétricas de Tucuruí e Balbina, empreendimentos realizados à total revelia das comunidades índias afetadas.

Em 2008, no mesmo local, fora realizado o II Encontro dos Povos indígenas do Xingu, com os mesmos propósitos. Nesse meio tempo, lideranças indígenas denunciaram no cenário internacional o descaso com que o Estado brasileiro vem tratando a questão indígena no País, fazendo letra morta dos dispositivos constitucionais destinados à proteção da reprodução física e cultural das minorias nacionais.

A mídia alardeia diuturnamente notícias quanto a problemática de Belo Monte, revelando que copiosamente os interesses sociais e ambientais de minorias nacionais, teoricamente protegidas, em um Estado teoricamente democrático, sucumbem à força esmagadora dos interesses econômicos, tudo avalizado pelo Estado brasileiro, pela Suprema Corte do País e pelo Órgão indigenista que, oficialmente, deveria zelar pelos interesses dos índios, mas age de encontro às suas reivindicações e clamores.

Todos os conflitos a cerca da hidrelétrica de Belo Monte gravitam em torno da não observância de direitos constitucionalmente assegurados aos indígenas, principalmente quanto à falta de regulação da matéria e a não observância do direito de consulta às comunidades impactadas, direito que visa promover a dignidade dos povos indígenas e a concretização do

princípio democrático. Entretanto, o complexo hidrelétrico de Belo Monte avança em sua conclusão, afrontando todos os direitos constitucionais<sup>4</sup> deferidos às comunidades indígenas e com o total respaldo de nossa Corte Suprema e do Órgão indigenista.

Poderíamos até supor estar inviabilizado tal direito consultivo em face da omissão do nosso Parlamento em regular a questão, no entanto, quanto ao processo de consulta, o Ordenamento brasileiro apresenta sim a regulação específica: A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), – Convenção sobre povos indígenas e tribais em países independentes, firmada em Genebra, 1989, que dentre outras coisas disciplina o direito de consulta às comunidades indígenas ante a possibilidade de qualquer fato que possa lhes afetar diretamente, desde medidas legislativas até a presença de empreendimentos econômicos em suas terras.

Tendo sido devidamente ratificada (Decreto Legislativo 143/2002) e incorporada ao nosso ordenamento jurídico (Decreto 5.051 de 2004) com status de Lei ordinária, a Convenção 169 da OIT deve ser chamada a incidir sempre que empreendimentos econômicos possam afetar comunidades indígenas, devendo ser realizado o processo consultivo previamente e em cumprimento de todos os termos postos pela referida norma.

Com efeito, nenhum empreendimento econômico poderiam estar ocorrendo em terras indígenas ante a ausência da legislação específica, entretanto, o Estado brasileiro sistematicamente vem desconsiderando essa exigência constitucional. Títulos minerários são concedidos em terras indígenas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) (FEIJÓ, 2010. Pág. 167-168), o complexo hidrelétrico de Belo Monte avança olvidando os direitos constitucionais dos indígenas, descumprindo os compromissos socioambientais assumidos quando do início das obras. Também as hidrelétricas de Tapajós, Teles Pires e São Manoel se desenvolvem sem observar o direito de consulta às comunidades íncolas impactadas. No passado as hidrelétricas de Tucuruí e Balbina foram concluídas em total prejuízo das comunidades índias do entorno<sup>5</sup>.

O Estado Brasileiro, ao adotar tais comportamentos – além de enfraquecer a força normativa de nossa Constituição (HESSE, 1991, Pág. 21), negligenciando direitos fundamentais que ele deveria promover, faltando com o seu papel democrático de Estado

---

<sup>4</sup> Os requisitos postos pela Constituição, além da legislação específica e da consulta às comunidades envolvidas, temos a participação dos índios no resultado da lavra, autorização do Congresso Nacional e exploração operada por empresa brasileira ou constituída sob as leis brasileiras, com cede e administração no País. Consultar os artigos 231, §3º, e art. 176, §1º. Mais detalhes vide: FEIJÓ, 2014 – A-1, Pág. 65.

<sup>5</sup> Instituto Socioambiental. **A dívida de Belo Monte**. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/placar\\_geral\\_integrado\\_belo\\_monte.pdf](http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/placar_geral_integrado_belo_monte.pdf)>. Acesso em 17 maio 2015.

provedor, fazendo letra morta de dispositivos constitucionais – ainda descumpra os compromissos internacionais que assumiu perante outras Nações soberanas, sofrendo, inclusive, retaliações nesse sentido<sup>6 78</sup>.

Saliente-se, por fim, que também a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos dos Povos Indígenas assevera a necessidade de realizar um processo consultivo às comunidades indígenas antes da realização de qualquer empreendimento econômico em suas terras ou a adoção de medidas legislativas. O instrumento ainda ressalta o direito à autodeterminação dos povos indígenas e sua liberdade e independência na tomada de decisões acerca de seus modos de viver e se desenvolver.

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 ONU 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/OIT.

Dessa forma, a consulta surge como uma medida a garantir que as decisões que possam afetar os povos indígenas não sejam mais tomadas à sua revelia, como historicamente ocorreu, não só no Brasil, mas em todos os Países americanos, que negligenciaram seus indígenas por séculos. Daí a nota da fundamentalidade que constitui o direito de consulta:

---

<sup>6</sup> Em setembro de 2010, a ONU emitiu um relatório chamando à atenção do Brasil pelo desrespeito aos direitos humanos dos povos indígenas e, sobretudo, pela inobservância do direito de consulta dos povos afetados pelo Complexo hidrelétrico de Belo Monte, no Rio Xingu, Estado do Pará. Maiores informações, vide: FEIJÓ, 2014. A-1. Pág. 67.

<sup>7</sup> Em abril de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), outorgou a medida cautelar nº 382/10 em favor das comunidades indígenas brasileiras afetadas pelo empreendimento de Belo Monte, determinando que o Governo brasileiro suspendesse imediatamente o processo de licenciamento ambiental do complexo hidrelétrico em virtude de seu potencial prejuízo às comunidades que habitam o entorno da bacia do Rio Xingu. Medida essa obviamente ignorada pelo Governo brasileiro. Maiores informações, vide: VAZ, Antenor. **Povos indígenas isolados e de recente contato no Brasil – Políticas, Direitos e Problemáticas**. Brasília: 2013. Disponível em: <[http://wrm.org.uy/pt/files/2013/09/Povos\\_Indigenas\\_Isolados\\_e\\_de\\_Recente\\_Contato\\_no\\_Brasil.pdf](http://wrm.org.uy/pt/files/2013/09/Povos_Indigenas_Isolados_e_de_Recente_Contato_no_Brasil.pdf)>. Acesso em: 17 março 2016.

<sup>8</sup> Da mesma maneira O Brasil fora denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos por descumprimento de direitos fundamentais dos povos *Yanomamis*, em Roraima, tanto pela ausência de políticas públicas e desrespeito à vida, liberdade e integridade desses índios, quando da abertura da BR 210, nos idos do regime Militar, como pela chacina de Haximu, promovida por garimpeiros contra os índios Yanomamis, ao total descaço do Governo brasileiro. A denúncia ocasionou um verdadeiro ‘puxão de orelha’ pela Comissão Interamericana ao Estado brasileiro e uma série de recomendações que ainda quedam sem cumprimento. Vide: PIOVERSAN, 2010. Pág. 322-323.

Incluir os indígenas nas decisões que lhes afetem, permitindo-lhes participação política e voz na tomada de decisões, cumprindo o princípio democrático, único caminho para lhes assegurar uma vida em dignidade.

Por outro lado, percebemos que um duplo problema de entrelaçamento entre ordens normativas diversas surge em relação ao direito de consulta dos povos indígenas. De um lado temos os direitos humanos assegurados internacionalmente (Convenção 169 da OIT, Declaração da ONU sobre os povos indígenas e Eco-92) e descumpridos pelo ordenamento jurídico doméstico de um dos países signatários. Por outro, os direitos fundamentais assegurados pela constituição do estado nacional às comunidades autóctones e a compreensão dessas comunidades locais sobre o significado de uma vida em dignidade.

A falta de observância, pelo Estado brasileiro, do direito de consulta às comunidades aborígenes afetadas por empreendimentos econômicos em suas terras indica um grave problema de falta de participação política por parte das comunidades nativas, indicando uma falha incontornável e comprometedora da força normativa de nossa Constituição, revelando, ainda, a fraqueza de sua democracia. Agindo dessa maneira a ordem nacional brasileira ainda se fecha às ordens jurídicas que enfrentam as mesmas questões (estados nacionais, ONU, OIT) negando o diálogo e o aprendizado entre ordens de níveis múltiplo, negando o transconstitucionalismo.

Se faz necessário que o diálogo de aprendizado seja praticado pelo sistema jurídico brasileiro quando em face dos interesses de comunidades nativas, que devem ser trazidos ao processo de tomada das decisões que lhes afetem. Do contrário não teremos verdadeiramente uma democracia nem pluralismo jurídico, mas apenas uma imposição da ordem do “culturalmente dominante” sobre o mais fraco, em nada compatível com a sistemática de reconhecimento de direitos humanos e fundamentais.

Deve haver um entrelaçamento entre as ordens estatais latinas e as locais indígenas, de modo que as estatais absorvam as pretensões normativas de inclusão das locais, sob sua perspectiva diferenciada, e solucione as controvérsias relativas a direitos humanos e fundamentais com base naquela compreensão. Nesse aspecto, a abertura para outras ordens estatais de países latinos poderia ser de grande utilidade pela experiência partilhada.

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 (FEIJÓ, 2014-A-1. Pág 54). A Colômbia é o País que possui a mais vasta jurisprudência relacionada a efetivação da cláusula geral de consulta prevista no Convenção 169/OIT, principalmente

quanto a necessidade de sua observância na ceara legislativa<sup>9</sup>. 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 (FEIJÓ, 2016. Pág. 29).

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 legitimidade junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Na Bolívia, além da legitimidade da representação exige-se, ainda, a ratificação do acordo firmado pela respectiva comunidade, de forma a assegurar que o conteúdo da decisão tomada corresponde realmente aos interesses do grupo (FEIJÓ, 2016. Pág. 29). Outro fato interessante referente à Bolívia foi a adoção, em 2007, da Declaração da ONU sobre os povos indígenas, documento não vinculante, como lei, em sua integralidade.

Quanto à mineração e à lavra de petróleo e gás (ainda não reguladas pelo Brasil apesar da necessidade urgente), diversos foram os países latinos que se lançaram na empreitada, sendo extenso o histórico de desastres e confrontos entre indígenas e patroleiras/mineradoras o que conduziu tais estados nacionais à construção de interessantes sistemas de exploração eco-sustentáveis quando essas atividades sejam desenvolvidas em terras indígenas e outras áreas de vulnerabilidade socioambiental.

Da mesma forma, o bilinguismo e o pluralismo cultural se desenvolveram de forma mais acentuada em alguns países latinos do que em outros, indicando uma melhor proteção aos interesses das comunidades nativas naqueles, visto que tal direito ganhara reconhecimento acompanhado de um processo de debates e reflexões voltados à afirmação cultural, autonomia e autodeterminação desses povos.

Todos esses são apenas pequenos exemplos de como a causa indígena se encontra presente nas discursões e reflexões de diversos países latino-americanos, não correspondendo a um problema originariamente brasileiro. A questão indígena liga-se inexoravelmente aos direitos humanos e fundamentais, não estando, pois, confinada aos limites territoriais dos estados nacionais. Se fechar à ordem doméstica significa abordar a questão de maneira

---

<sup>9</sup> 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](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=node/20)>. Acesso em: 27 jun. 2015.



medíocre e insuficiente, não possibilitando o desenvolvimento e a afirmação de uma democracia verdadeira e pluralista o que, por sua vez, compromete a força normativa da constituição nacional.

Uma abertura entre os sistemas jurídicos de níveis múltiplos e, sobretudo, uma abertura de aprendizado para com a percepção dos povos indígenas e sua compreensão de vida digna, se faz necessária, além de ser a melhor estratégia para solucionar a questão, a fim de que os diversos estados que dividem essa causa construam, com base no aprendizado e troca de experiências, soluções verdadeiramente consentâneas com os interesses dessa minoria étnica.

## **5 CONCLUSÕES**

Em uma sociedade complexa e heterogênea da atualidade, principalmente em um País de formação cultural e étnica bastante diversificada como o Brasil, conflitos sócio-culturais entre as diversas pretensões normativas dos distintos grupos que aqui convivem é algo inegável que precisa ser harmonizado, de modo a permitir o convívio das diferentes pretensões de inclusão jurídica desses grupos diferenciados, sem haver uma sobreposição de interesses politicamente dominantes sobre outros.

Então, o conflito se torna algo inerente à sociedade complexa. O conflito se torna estrutural dentro do estado constitucional. E a constituição que pretende regular essa sociedade, para lograr força normativa, necessita articular em seu conteúdo todas essas pretensões de inclusão jurídica, a partir de arranjos que busquem solucionar todos esses conflitos estruturais.

Para cumprir esse papel, a constituição precisa incorporar as diversas cosmovisões e percepções de dignidade e significado de direitos fundamentais que se chocam na sociedade complexa o que, necessariamente, implica uma abertura para “culturas diferenciadas” da “cultua dominante”, em um diálogo de aprendizado entre a ordem jurídica nacional e a ordem normativa local indígena.

Esse diálogo necessariamente deve se refletir na praxe constitucional, não só em decisões dos tribunais, mas na tomada de decisões e estruturação de políticas destinadas aos povos indígenas. Somente assim a constituição obterá a legitimidade democrática necessária à realização de sua força normativa, cumprindo seu papel de norma suprema da sociedade civil e política, acoplando e desdiferenciando harmoniosamente política e direito, tornando-se, enfim, uma constituição transversal.

A partir de então, será possível à ordem local brasileira praticar o transconstitucionalismo. Partindo de um diálogo entre os tribunais, juízes e cortes pertencentes às ordens jurídicas de níveis múltiplos, principalmente ordens nacionais de outros países latinos. Trocando, então, experiências e realizando um intercâmbio recíproco em torno de questões e interesses comuns acerca dos direitos humanos e fundamentais dos povos indígenas, afirmando sua legitimidade democrática e força normativa.

## REFERÊNCIAS

BÔAS, Hariessa Cristina Villas. **Mineração em terras indígenas: A procura de um marco legal!**. Rio de Janeiro: Editores Roberto C. Villas Boas e Arsênio Gonzáles Martinez, 2005.

EVANGELISTA, Carlos Augusto Valle Evangelista. **Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988**. Dissertação de mestrado apresentada como requisito para a obtenção do grau de mestre em história social. Programa de Pós-graduação em História Social, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, da Universidade Federal do Rio de Janeiro Rio de Janeiro: UFRJ/IFICS, 2004.

FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. Exploração de petróleo em terras indígenas: À procura de um marco legal. In: **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v.5, n.9, jul./dez. 2010. Pág. 157-178.

\_\_\_\_\_. Empreendimentos energéticos em terras indígenas: Uma análise constitucional à luz do multiculturalismo. In: **ARGUMENTUM - Revista de Direito** n. 15. UNIMAR. Marília/SP Pág. 47-72. São Paulo: 2014. A-1

\_\_\_\_\_. **O direito de consulta aos povos indígenas à luz da teoria geral dos direitos fundamentais**. Revista Direito Público – IDP. Porto Alegre, 2016. Vol. 13, nº 70. Pág. 09-33

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: A contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. **Estado Constitucional cooperativo**. Tradução de MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget. 1992.

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

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. Significado de los derechos fundamentales. In: **Manual de derecho constitucional**. 2ª Ed. Madrid: Marcial, 2001.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL **A dívida de Belo Monte**. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/placar\\_geral\\_integrado\\_belo\\_monte.pdf](http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/placar_geral_integrado_belo_monte.pdf)>. Acesso em 17 maio 2015.

\_\_\_\_\_. 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](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=node/20)>. Acesso em: 27 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Almanaque socioambiental: Parque indígena do Xingu – 50 anos**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

RICARDO, Fany; ROLLA, Alicia (Org). **Mineração em Terras Indígenas na Amazônia brasileira**. Instituto Socioambiental: São Paulo, 2005.

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

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

SEGATO, Rita Laura. **Que cada povo teça os fios da sua história: O pluralismo jurídico em diálogo didático com os legisladores**. *In: Revista de Direito da Universidade de Brasília*. Brasília, 2014. Pág. 65-92.

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

VAZ, Antenor. **Povos indígenas isolados e de recente contato no Brasil – Políticas, Direitos e Problemáticas**. Brasília: 2013. Disponível em: <[http://wrm.org.uy/pt/files/2013/09/Povos\\_Indigenas\\_Isolados\\_e\\_de\\_Recente\\_Contato\\_no\\_Brasil.pdf](http://wrm.org.uy/pt/files/2013/09/Povos_Indigenas_Isolados_e_de_Recente_Contato_no_Brasil.pdf)>. Acesso, em: 30 agosto 2016.