

# A CIDADANIA INDÍGENA: AMPLIAÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

**Julianne Holder da C. S. Feijó**

Professora da Universidade Federal Rural do Semi-árido (UFERSA), Campus Mossoró/RN. Vice-Coordenadora do Curso de Direito da UFERSA. Doutoranda pela Universidade de Brasília (UNB). Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Campus Natal/RN. Graduada pela UFRN, Campus Natal. E-mail: Julianne.holder@ufersa.edu.br.

---

**Resumo:** O presente ensaio abordará o desenvolvimento histórico e o processo de reformulação da cidadania burguesa, responsável pela inclusão política, social e econômica dos subalternos, de modo a conciliar a manutenção da hegemonia capitalista com as reivindicações das parcelas tradicionalmente marginalizadas da sociedade. Será demonstrado como, no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988, a partir da redemocratização por ela operada, acabou por dar voz e visibilidade política e social aos povos indígenas, construindo juridicamente uma cidadania indígena antes impensável no contexto de exclusão e negligência jurídica e social ao qual foram submetidos ao longo de cinco séculos. Será revelado, ainda, como o direito indigenista pátrio foi reformulado pela Constituição de 88, a partir de importantes instrumentos por ela estruturados, tais como o reconhecimento da diversidade cultural brasileira, assegurando o direito à reprodução dessa cultura, o deferimento da capacidade civil aos indígenas e o direito de consulta aos povos impactados por empreendimentos econômicos presentes em suas terras. Serão apontadas, ainda, algumas das dificuldades encontradas para a efetivação desses direitos, que passam por um processo de esvaziamento, responsável pelo enfraquecimento progressivo da força normativa da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Cidadania. Povos indígenas. Reprodução cultural. Constituição brasileira de 1988.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** A cidadania moderna e sua gênese – **3** A Constituição de 88 e as minorias étnicas: dificuldades e perspectivas do processo civilizatório nacional – **4** Conclusões – Referências

---

## 1 Introdução

A cidadania moderna, tal como a compreendemos hoje, foi o resultado de um processo lento e belicoso de reivindicações e reações das classes sociais marginalizadas pelo modo de produção capitalista. Destituídas dos meios de se realizar autonomamente, sem participação política no Estado e na riqueza produzida pelo seu trabalho, restava à classe operária e demais classes não proprietárias (os

chamados subalternos)<sup>1</sup> se articularem na defesa de seus interesses comuns, construindo uma identidade coletiva específica, que lograria, ao final de um século, conquistas inimagináveis nos primórdios da revolução industrial.

Dessa forma, a cidadania moderna, cumprindo seu papel de mantenedora da hegemonia capitalista, teve que ser ampliada e democratizada de modo a incluir os subalternos na participação e pertencimento à ordem social vigente, funcionando como verdadeira intermediadora de classes, a forma encontrada pela burguesia capitalista de manter o regime dominante sem o risco de uma instabilidade social provocada pela insatisfação dos subalternos.

Nesse contexto, será abordada nos próximos capítulos a evolução histórica desse processo de inclusão política, social e econômica dos subalternos e como essa tendência, a partir da Constituição brasileira de 1988, acabou por dar voz e visibilidade política e social aos povos indígenas, construindo uma cidadania indígena antes impensável no contexto de exclusão e negligência jurídica e social ao qual foram submetidos por cinco séculos de dominação.

Será, ainda, demonstrado como a Constituição de 88 transformou o direito indigenista pátrio, se utilizando de importantes instrumentos, tais como o reconhecimento de sua diversidade cultural, ao mesmo tempo em que assegurou o direito à reprodução dessa cultura, o deferimento da capacidade civil aos indígenas<sup>2</sup> e o direito de consulta aos povos impactados por empreendimentos econômicos em suas terras. Serão reveladas, por fim, algumas das dificuldades encontradas para a efetivação desses direitos durante essas quase três décadas de Constituição cidadã, e como tais garantias passam por um processo de esvaziamento, que enfraquece diuturnamente a força normativa de nossa Constituição.

## 2 A cidadania moderna e sua gênese

De início é de se observar que a insatisfação social com as desigualdades e privações não é consequência exclusiva da revolução industrial, apesar de ter se intensificado a partir dela. Já na Revolução Francesa se lutava contra os privilégios da nobreza, a miséria que se instalara e a tirania dos reis. Tanto os *sans-culottes* como os *jacobinos* republicanos uniram suas reivindicações comuns criando, de certa forma, uma consciência coletiva, reivindicando melhores condições de vida.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ABREU, Haroldo. *Para além dos direitos* – Cidadania e hegemonia no mundo moderno. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.

<sup>2</sup> Sem negligenciar as diferenças conceituais entre os termos *índios*, *silvícolas*, *aborígenes*, *autóctones*, *gentios*, *incolas* dentre outras formas utilizadas para designar o indígena, utilizaremos todas essas expressões como sinônimas, apenas para fins didáticos.

<sup>3</sup> Movimentos contra-hegemônicos de contestação e negação da ordem predominante se fizeram constantes no desenrolar da história humana. A opressão do homem pelo homem sempre existiu, como também

Passada a Era das Revoluções (francesa, de 1789, e a independência norte-americana, de 1776) e a consagração das liberdades civis e políticas como direitos humanos fundamentais (ditos de primeira dimensão) constitucionalmente assegurados,<sup>4</sup> os temas liberdade, igualdade e fraternidade indicavam uma ideologia idílica e irrealizável frente à miséria e às privações que se abateram sobre a população não proprietária. Principalmente após o início da revolução industrial, no desenrolar do séc. XIX, a liberdade burguesa se desenvolveu em desigualdade, ampliando o abismo social existente. A liberdade efetiva e a participação política somente alcançavam os detentores dos meios de se realizar autonomamente (os capitalistas e proprietários).

A cidadania liberal burguesa em sua gênese era essencialmente desigual e excludente: primeiramente porque as liberdades civis, conquistadas após as revoluções liberais do final do séc. XVIII, consagravam direitos abstratos que efetivamente não eram exercidos pela maioria esmagadora da população. Enquanto a cidadania burguesa assegurava liberdade a todos, igualando juridicamente os indivíduos, na prática somente quem possuía os meios materiais, econômicos e culturais de se realizar autonomamente é que efetivamente atingia essa liberdade.

Somente os detentores do capital, possuidores dos meios de produção, capazes de se apropriar da natureza e dos valores produzidos pelo trabalho de outrem, é que logravam usufruir de uma liberdade efetiva. O tão proclamado livre-arbítrio somente se tornava realizável para aquele que se encontrava inserido na divisão do trabalho (cada vez mais complexa e concorrencial), possuindo algum valor de troca para intercambiar no mercado. Somente satisfazendo suas necessidades e carências autonomamente poderia o indivíduo se dizer livre.

No entanto, aqueles desprovidos de capital, que só possuíam o valor de seu trabalho para ofertar ao mercado como moeda de troca, restavam à mercê da vontade

---

sempre existiram aqueles capazes de contestar a ordem de dominação. Exemplo disso foi a revolta articulada pelo escravo romano Espártaco, no séc. I a.C., e, no caso brasileiro, a resistência promovida pelos quilombos durante os séculos de escravidão. As proporções e conquistas alcançadas é que foram diferentes.

<sup>4</sup> O contexto histórico das revoluções liberais do final do séc. XVIII remonta ao movimento contra-hegemônico da burguesia em reação ao antigo regime absolutista monárquico e seu sistema de privilégios. Além da liberdade econômica que proporcionasse o desenvolvimento pleno da economia de mercado, livre da interferência estatal e religiosa, o movimento liberal burguês reivindicava liberdade política em face do Estado, uma proteção contra suas interferências arbitrárias, buscando a limitação do poder através do reconhecimento de liberdades negativas e da separação das funções do Estado, tudo positivado em um documento constitucional. Foi fortemente influenciado pela doutrina contratualista nascida do iluminismo, em que o Poder soberano era detido pelo povo que, entretanto, em razão do bem comum, através de um contrato social, abria mão de exercê-lo diretamente para que seus representantes eleitos o fizessem. Vide: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 108.

de outro, o capitalista, que se apropriava de seu trabalho e do valor por ele produzido, afastando qualquer liberdade pretendida. A satisfação das carências restava comprometida em face das péssimas condições de emprego e salários.

Em segundo lugar, a cidadania liberal burguesa revelava sua característica excludente ao limitar expressamente os direitos políticos à renda auferida, se restringindo aos proprietários dos meios de produção. A participação política na época se dava por critério censitário (voto censitário e critério censitário de elegibilidade),<sup>5</sup> excluindo toda a população não proprietária de opinar e decidir os destinos do Estado.<sup>6</sup> O Estado se consolidava, assim, como expressão de uma classe dominante, única a ditar seu destino, mantenedor dos interesses da classe hegemônica, garantindo o livre sistema de trocas e apropriação privada que gerava desigualdade e exclusão. Não existia, assim, um sentimento geral de pertencimento à ordem social/econômica e ao Estado.

A coligação de tais fatores, apimentada pela pobreza e privações, não demoraria a resultar na insatisfação social dos marginalizados, que passaram a se articular material, cultural e intelectualmente em reação às desigualdades do sistema, desenvolvendo duas fortes formações ideológicas antagônicas:<sup>7</sup> a socialista, que almejava extirpar qualquer forma de apropriação privada, intentando construir uma nova formação Estatal a partir da destruição do Estado liberal burguês; e a democrática, que, sem destruir a ordem vigente, mantendo o Estado Liberal burguês, pretendia democratizá-lo, ampliando a cidadania de modo a incluir nela os subalternos.

Mais cedo ou mais tarde, na grande maioria dos países ocidentais industrializados onde as ideias socialistas não lograram êxito, a proporção tomada pelo movimento operário deu início a um processo de reconhecimento e constitucionalização dos direitos sociais, econômicos e culturais, que, ao lado das liberdades civis e políticas conquistadas com as revoluções liberais do final do séc. XVIII, ganhavam *status* de direitos fundamentais (ditos de segunda dimensão), dando início à democratização da ordem liberal burguesa. As Constituições pioneiras nesse processo de constitucionalização dos direitos sociais, econômicos e culturais foram a mexicana, de 1917, e a alemã (Weimar), de 1919.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícias do direito brasileiro*. Nova Série, n. 6. Brasília: Editora da UNB, segundo semestre, 1998. p. 06.

<sup>6</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais – Dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2012. p. 19-20.

<sup>7</sup> ABREU. *Op. Cit.*, 2008. p. 162.

<sup>8</sup> Os primeiros direitos sociais constitucionalizados neste paradigma constitucional, o Estado Social, foram os trabalhistas e os previdenciários. Apenas mais tarde, já no terceiro paradigma constitucional em andamento (o do Estado Democrático de Direito), foi que o direito do consumidor e o direito ambiental

Entretanto, tais direitos não eram compreendidos como de aplicação imediata, mas como programas a serem cumpridos progressivamente pelos Estados nacionais que os reconheciam,<sup>9</sup> correndo o risco de se esvaziar na dependência de uma providência legislativa. Somente no pós-Segunda Guerra Mundial e com a consolidação do Estado Democrático de Direito, se deu um aprofundamento dos direitos de segunda dimensão, de modo a consagrar a dignidade humana e a justiça social como pilares constitucionais, tudo voltado à proteção da pessoa humana, agora alçada a valor nuclear do sistema jurídico constitucional.<sup>10</sup>

Nascia, assim, no início do séc. XX, uma classe de direitos básicos, sem os quais o indivíduo não obteria a satisfação de suas necessidades mais elementares, que exigia uma ação do Estado, um fazer, um proporcionar. Essa nova classe de direitos acabava, ainda, por promover uma transformação nas instituições públicas, no sistema jurídico e na estrutura do próprio Estado.<sup>11</sup> Estava-se diante de uma materialização do direito, a partir da qual valores morais nele perpassavam, positivando-se. A atividade jurisdicional, inclusive, deixava de ser uma operação mecânica para exigir métodos mais sofisticados de hermenêutica, compatíveis com a materialização do direito.<sup>12</sup>

A separação Estado/sociedade tal qual moldada pelo liberalismo clássico não satisfazia mais as exigências da época, de modo que o Estado teve que assumir uma postura ativa na realização da justiça social, passando a intervir na seara econômica e social, tendência intensificada com o pós-guerra e os esforços de reestruturação socioeconômica das Nações envolvidas no conflito,<sup>13</sup> assim como em virtude da primeira grande reestruturação do capitalismo.<sup>14</sup>

---

lograram *status* constitucional. É de se observar que, quando do reconhecimento constitucional dos direitos culturais, no início do século XX, ainda não se visualizava a proteção das minorias, do reconhecimento da diferença para se atingir a igualdade. Direitos culturais restringiam-se à liberdade de manifestação do pensamento, de crença e religiosa, ainda muito atrelados ao paradigma liberal individualista do Estado de Direito liberal.

<sup>9</sup> Essa falta de aplicabilidade direta que caracterizava os direitos sociais, econômicos e culturais em sua gênese acabou por corroer o princípio democrático da Constituição de Weimar, possibilitando a instauração do regime totalitário na Alemanha, em 1933. No pós-guerra, visando corrigir essa falha, a Lei fundamental alemã de 1949 estabeleceu o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais bem como sua vinculação aos Poderes públicos, tendência que iria influenciar as Constituições dos diversos países ocidentais. Maiores detalhes, vide: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar. *Op. Cit.*, p. 134.

<sup>10</sup> DELGADO. *Op. Cit.*, 2012, p. 24, 74-75.

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget. 1992. p. 16.

<sup>12</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. 1998. *Op. Cit.*, p. 08.

<sup>13</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 110.

<sup>14</sup> A primeira grande reestruturação do capitalismo coincidiu com a terceira revolução industrial, por volta da década de 1940, quando se observou o emprego de novas tecnologias na produção, aliadas ao desenvolvimento da linha de montagem, com produção em série ('fordismo') e o planejamento do trabalho ('taylorismo'), o que multiplicou a produção. Observou-se, ainda, uma complexificação da divisão do trabalho, com o surgimento de novas profissões e novas classes sociais, intermediárias entre capital e

Paulatinamente, o Estado deixava de ser compreendido como expressão da classe dominante e mantenedor da hegemonia capitalista, para ser compreendido como algo exterior, neutro, um sujeito impessoal.<sup>15</sup> Importante destacar que o surgimento dessa nova plêiade de direitos fundamentais, no paradigma do Estado Social, ainda possibilitou uma releitura e ampliação das liberdades clássicas<sup>16</sup> ao incorporar valores sociais e permitir sua extensão sobre as classes não proprietárias a fim de promover uma liberdade com igualdade e participação política, tudo possibilitado pelo Estado provedor.

A consagração de direitos atrelados à satisfação das demandas dos subalternos, ou pelo menos que detivessem a promessa de satisfação futura, foi o mecanismo encontrado pela burguesia para manter a hegemonia capitalista, apaziguando as reivindicações dos subalternos. De fato, antes mesmo da segunda guerra mundial, os líderes das importantes potências mundiais já reconheciam o risco social à paz representado pela agitação do movimento operário, conduzindo-os a empregar maiores recursos no abrandamento dos referidos 'riscos'.<sup>17</sup>

Dessa forma, o Estado nacional ganhava cada vez mais espaço na regulação da reprodução econômica e social, intervindo, tributando, regulando, satisfazendo as carências dos subalternos através de políticas públicas, o que era possível somente em razão de uma margem de lucros crescentes, que permitisse a redistribuição dos frutos do trabalho. Assim, e paradoxalmente, a satisfação das necessidades dos subalternos dependia inexoravelmente da mais-valia capitalista.

Conforme dito alhures, foi apenas no segundo pós-guerra, em virtude das atrocidades cometidas pelo regime nazifascista, que a dignidade humana se elevou como valor fundamental da ordem constitucional. Um valor que passou a se irradiar por todo o ordenamento jurídico e revelado através de um catálogo de direitos fundamentais a indicar os princípios básicos e opções políticas da ordem constitucional. Uma constituição agora dotada de força normativa, impondo seus valores por toda a ordem jurídica, pela sociedade civil e pela sociedade política.

O Estado Democrático de Direito, terceiro e atual paradigma constitucional da modernidade, trouxe consigo um novo rol de direitos (os de terceira dimensão),

---

trabalho. Novos ramos de atividade ainda surgiram em decorrência do aumento da produção e da divisão do trabalho, ampliando a oferta de empregos e responsável pelo desenvolvimento do consumo em massa para a produção em massa, com estruturação de barreiras protecionistas a fim de evitar a concorrência de outras potências no mercado interno; dentre outras mudanças que criaram o quadro favorável à incorporação das classes subalternas. Toda essa transformação exigiu uma reestruturação também do Estado e de suas instituições, que deveria regular todos esses setores, tributar o excedente e redistribuí-lo em forma de direitos sociais para os subalternos, ganhando o papel de protetor da reprodução social e regulador da vida econômica. Maiores detalhes, vide: ABREU, Haroldo. *Op. Cit.*, p. 138-148.

<sup>15</sup> ABREU. *Op. Cit.*, 2008. p. 145.

<sup>16</sup> DELGADO. 2012. *Op. Cit.*, 2008. p. 25-26.

<sup>17</sup> ABREU. *Op. Cit.*, 2008. p. 183.

os coletivos e/ou difusos, além de propiciar, a partir de suas novas perspectivas, uma releitura dos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, aprofundando os princípios da dignidade humana e da justiça social que restaram sem plena efetividade durante o Estado Social e sua Constituição programática. Foi exatamente nesse contexto de democratização e ampliação das liberdades, de proteção ao hipossuficiente e reconhecimento das minorias que nasceu a Constituição brasileira de 1988, responsável pela redemocratização brasileira, após um longo regime ditatorial, e transformação profunda no direito indigenista pátrio.

## 2.1 Legitimidade democrática do direito e a força normativa da Constituição

Com a transição vivida pelo Constitucionalismo após as guerras mundiais, e o desenvolvimento do terceiro paradigma constitucional, o Estado Democrático de Direito,<sup>18</sup> algumas mudanças no cenário jurídico e político se fizeram notar como grandes responsáveis pela ampliação e democratização da antiga cidadania burguesa. Dentre elas, o papel da Constituição, que deixa de ser compreendida, quanto aos direitos sociais, como carta de intenções futuras, norma programática.

A separação entre norma e fato construída pelo positivismo jurídico se mostrou inadequada para tratar dos conflitos surgidos no seio de uma sociedade cada vez mais complexa, compartilhada por diversos atores sociais com anseios, necessidades e interesses antagônicos que precisavam ser administrados a fim de que pudessem conviver em harmonia e em igualdade, uma igualdade a partir da diferença, ligados pelo sentimento de pertencimento a uma ordem jurídica que reconhecesse e reproduzisse, dada a consciência geral de infalibilidade, justiça e representatividade dessa ordem.

A Constituição deixa, então, de ser uma mera ‘folha de papel’, tomando emprestada a expressão de Lassale, um documento sem força de interferir na sociedade, que sucumbe às forças de poder dominantes na coletividade. A Constituição jurídica passa a legitimar toda a ação estatal, acoplando política e normatividade, ao passo em que se mantém em constante tensão com os fatores reais de Poder da sociedade (Constituição real), precisando absorvê-los, regulá-los, de modo que os diferentes atores sociais se sintam representados por ela, que o substrato espiritual do povo, naquele momento histórico, seja por ela refletido.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. 1998. *Op. Cit.*, p. 04.

<sup>19</sup> HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 20.

Quanto maior for o sentimento de pertencimento de uma sociedade civil e política para com a sua Constituição, maior será a força normativa dessa Constituição, a crença em sua infalibilidade e na observância e concretização de seus preceitos. É tudo uma questão de legitimidade. Uma norma reconhecida e respeitada pelos seus destinatários, que creem na sua inafastabilidade e nos processos de sua elaboração, terá maior força para ser concretizada do que uma norma que não alcança tal *status* social.

De fato, ao tratar da questão, Konrad Hesse<sup>20</sup> elenca dois grandes pressupostos para a realização ótima dessa força normativa da Constituição: o conteúdo da Constituição, que deverá corresponder aos elementos sociais, culturais, econômicos e políticos de seu tempo, bem como ao substrato espiritual do povo, mostrando-se capaz de adaptar-se às variações desses elementos; e as práticas constitucionais, revelando a importância da interpretação e da estabilidade constitucional para manter o direito em compasso com a evolução social, preservando a vontade da Constituição, salientando a importância da consciência e da vontade do cumprimento das tarefas constitucionalmente impostas para concretizar a força normativa da Constituição.<sup>21</sup>

Assim, as opções contidas no documento constitucional devem refletir as condições econômicas, sociais e culturais de uma determinada sociedade, estando aberta a absorver possíveis mutações desses elementos. A Constituição ainda deve impor tarefas a serem cumprida por todos, um meio de interferir na realidade, coordenando-a, revelando que possui uma força ativa própria. A Constituição Jurídica alcança força normativa na medida em que congrega tais elementos presentes naquela sociedade, pretendendo concretizar suas normas; quanto maior for o sentimento de sua infalibilidade pela sociedade política e pela sociedade civil, mais suas normas serão concretizadas e seus objetivos perseguidos, sendo maior sua força normativa.

Valores morais e opções políticas de uma dada sociedade são adotados e constitucionalizados, tornando-se obrigatórios posto que se tornam direito positivo no Estado Constitucional moderno.<sup>22</sup> A política de um lado e a moral do outro se infiltram na Constituição aproximando o direito da realidade social, conferindo-lhe legitimidade. A Constituição agora revela, através do seu catálogo de direitos fundamentais (valores morais) e de seus princípios fundamentais (opções políticas), as opções de um povo, opções obrigatórias, dada a sua força de norma suprema, coroando o Ordenamento Jurídico.

<sup>20</sup> HESSE, Konrad. 1991. *Op. Cit.*, p. 20-21.

<sup>21</sup> HESSE, Konrad. 1991. *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 33 e 62.



A presença, no Documento Constitucional, dos valores sociais mais relevantes, bem como a institucionalização de um devido processo legislativo, confere legitimidade ao direito, que emana da vontade popular, uma vontade popular bastante heterogênea devido à grande complexidade da sociedade hodierna. A inclusão, nessa vontade popular, dos interesses e aspirações dos diversos segmentos sociais democratiza o direito, permitindo a ampliação da cidadania, antes excludente, para todas as parcelas sociais, sem distinção. A igualdade passa a ser, com isso, o exercício da diferença: igualdade é ter a liberdade de ser diferente e continuar se respeitando,<sup>23</sup> sem que essa diferença acarrete qualquer perda de direitos.

Assim, no Estado Democrático de Direito, a importância atingida pelo princípio da dignidade humana, propiciando uma releitura dos princípios da igualdade e da liberdade, fruto das reivindicações e manifestações das classes subalternas por participação política e econômica, acabou por configurar o ambiente propício à ampliação e democratização da cidadania, que passou a incorporar as classes sociais antes marginalizadas, conferindo-lhes participação política nos destinos da Nação e maior divisão econômica dos frutos do trabalho, em virtude da intervenção estatal (tributação, políticas públicas, regulação e direitos sociais), crescendo o sentimento de pertencimento à Nação, o que acabou por diluir o sentimento de classe, para formar uma identidade coletiva nacional, ainda mais funcional para a manutenção da hegemonia capitalista.

## 2.2 Inclusão das minorias étnicas e culturais: processo emancipatório e dificuldades

Nesse processo de ampliação e democratização da cidadania, não só a classe operária se viu atendida em suas reivindicações, mas outros segmentos sociais marginalizados e não proprietários se viram diante da oportunidade de sair da invisibilidade política, econômica e social com que foram tratados ao longo da história humana: as minorias étnicas e culturais.

O processo de inclusão das minorias étnicas foi notadamente sentido nos países latino-americanos, cuja forte heterogeneidade de sua formação sociocultural revelou sociedades cosmopolitas bastantes diversificadas, cujo pluralismo social gritava por processos democráticos emancipatórios, capazes de ampliar a cidadania incluindo todos os segmentos sociais que conviviam lado a lado dentro do mesmo território nacional.

<sup>23</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 30, dez. 2003.

No Brasil, especialmente, com sua diversidade de comunidades tradicionais<sup>24</sup> que vivem um estilo de vida peculiar, diferenciadas da comunhão envolvente, cada qual com suas necessidades e aspirações, essa democratização da cidadania somente se tornou possível a partir de uma Constituição transformadora, que rompeu paradigmas arraigados na tradição jurídica pátria, monista e culturalmente opressora, cujo maior desafio hodierno consiste em efetivar os direitos consagrados às minorias nacionais, obstaculizados pelo preconceito renitente do imaginário social.

A falta de efetividade ou concretude desses direitos não se encontra na normatividade, essa existe e é bastante satisfatória. Nossa Constituição assegurou como poucas proteção à diversidade cultural brasileira, elencando uma série de direitos civilizatórios para as minorias étnicas e culturais, garantindo o direito à reprodução cultural e ao mesmo tempo assegurando todos os direitos inerentes a qualquer membro do povo brasileiro, sem distinções, sem preconceitos.

A Constituição apresentou uma sensibilidade ímpar ao tratar dos direitos e interesses das minorias étnicas e culturais, buscando atender suas reivindicações e necessidades reais, evidenciando sua inquestionável legitimidade, harmonizando, em seu interior, as necessidades e aspirações de todas as categorias sociais e econômicas que convivem dentro da sociedade plural e complexa que regula, além de representar o direito positivo devido ao seu caráter normativo.

Se existe falta de efetividade das normas constitucionais de proteção às minorias étnicas e culturais, esta se deve à ausência de uma verdadeira transformação nas instituições públicas e nas práticas da própria sociedade civil. Deparamo-nos, então, com a velha dicotomia entre constituição real e constituição ideal, presente por toda a América 'subdesenvolvida', que revela a imperfeita transição desses Estados Nacionais para um Estado Democrático de Direito. Estamos diante de uma verdadeira Constituição 'nominal', na terminologia de Karl Loewenstein,<sup>25</sup> que acolhe de fato as aspirações de justiça social da comunidade que regula,

<sup>24</sup> 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, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Editora Peirópolis, 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".

<sup>25</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A Revisão Constitucional e a Cidadania: A legitimidade do Poder Constituinte que deu origem a Constituição da república Federativa de 1988 e as Potencialidades do poder Revisional Nela Previsto. *Fórum Administrativo – Direito Público – FADM*, Belo Horizonte, n. 7, ano 1, set. 2001.

muito embora, em virtude da realidade econômica e social, não logra efetividade, tamanho o abismo entre as pretensões almejadas e as condições reais.

A grandeza do texto constitucional não alcança efetividade, não se materializa em plenitude, sobretudo porque muitas das instituições, a começar pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio) e pela regulação do Estatuto do Índio, se prendem ao paradigma anterior, de assimilação e incorporação do indígena com abandono de sua identidade étnica. A distinção entre índios isolados, integrados e em vias de integração, presente no Estatuto do Índio e ainda muito evocada pela jurisprudência pátria e aplicada nas políticas públicas, não desmente nossa teoria. No imaginário da sociedade índio só é índio se andar de tanga e cocar, com tacape na mão e sem acesso a qualquer tipo de tecnologia que lhe facilite a vida.

Da mesma forma, uma legislação tão empenhada em combater o racismo só revela a forte presença do preconceito no bojo da sociedade que, por sua vez, demonstra a intransigência cultural e falta de reconhecimento e respeito para com a diversidade, passando longe de uma ‘sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos’, como pretende nosso preâmbulo constitucional, e do princípio da igualdade substancial.

A Constituição de 88 não conseguiu perpetrar uma transformação na sociedade, a sociedade brasileira ainda não estava preparada para compreender a diversidade cultural, largando a tradição monista de outrora, afinal temos uma marca indelével em nosso histórico como sociedade escravista e de colonizadores (o que significa inexoravelmente opressão de africanos e de aborígenes). A quebra de paradigma foi muito brusca. Somente agora, passadas quase três décadas de sua promulgação, é que os dispositivos constitucionais de proteção à diversidade começam a fazer algum sentido e a alcançar alguma concretude, ainda longe da pretendida.

A ampliação da cidadania indígena, e de outras minorias culturais, se deu através da Constituição de 88, de maneira normativa, pretendendo a norma transformar a realidade social. Daí porque esse processo vem se materializando de maneira tão lenta. A seguir nos debruçaremos sobre esse processo de ampliação da cidadania brasileira, democratizada a partir da Constituição Federal de 88, quando as minorias étnicas e culturais, sobretudo os povos indígenas, lograram visibilidade política, reconhecimento jurídico e participação na reprodução social, galgando, paulatinamente, pertencimento à ordem e satisfação das necessidades básicas (ou, pelo menos, a promessa dessa satisfação futura).

### **3 A Constituição de 88 e as minorias étnicas: dificuldades e perspectivas do processo civilizatório nacional**

É de se observar que a democratização e a ampliação da cidadania no Brasil não se deram da forma tradicional, tal qual ocorrera nos países industrializados,

com burguesia forte e classe operária organizada. Não foi palco de grandes lutas e conquistas operárias.

Estando entre os países de industrialização tardia, sem desenvolver uma consciência coletiva forte dentro da classe operária, sem grande acúmulo econômico que permitisse a redistribuição, o País foi assombrado pelos seus fantasmas particulares, necessitando reformular a cidadania dentro de um processo inclusivo que atendesse às minorias nacionais, tais como população rural e reforma agrária, quilombolas, seringueiros, indígenas, dentre outros.

No palco das lutas sociais e articulações políticas que se desenrolavam no cenário do nascedouro da atual Constituição brasileira, destacou-se a Aliança dos Povos da Floresta,<sup>26</sup> formada por ambientalistas, seringueiros, lideranças indígenas e outras comunidades tradicionais, cuja finalidade era chamar a atenção para a proteção da Floresta Amazônica, ameaçada pela presença de grandes empreendimentos econômicos, tais como madeireiros, minerários e agropecuários, bem como pela expansão da malha rodoviária do País.

O movimento dos povos da floresta teve grande participação no processo de transição da ditadura militar para o regime democrático, consolidado com a Constituição de 88, uma vez que articulou a inclusão de relevantes direitos na Constituição que nascia, logrando proteção jurídica e garantia de direitos em prol das comunidades tradicionais e na reprodução de seu estilo de vida, cultura e tradições. Pela primeira vez na história constitucional do País, comunidades indígenas e quilombolas viam assegurados em um documento constitucional seu direito à identidade cultural, dentre outros direitos civilizatórios.

### **3.1 Cidadania ampliada e redemocratizada na Constituição Federal de 88**

Imersa em valores socioambientais e multiculturais, inovou a Carta de 1988 ao conceder proteção às manifestações culturais dos afro-brasileiros, 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

<sup>26</sup> 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 sustentável.

os seus territórios,<sup>27</sup> 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 intentava preservar a diversidade cultural do País, reconhecendo que o Brasil é uma nação multicultural e pluriétnica, formada por uma riquíssima variedade de populações tradicionais que merecem ter seu modo de vida secular e sua cultura singular preservados, uma vez que contribuíram, e ainda contribuem, para a formação da identidade do povo brasileiro, consubstanciando nosso patrimônio cultural.

O pluralismo é uma realidade brasileira, a diversidade de grupos sociais, econômicos, étnicos e ideológicos que aqui convivem conduziu o legislador constituinte à opção por uma democracia pluralista, opção clara desde o seu preâmbulo, que, apesar de desprovido de força normativa, possui uma incontestável função hermenêutica integradora do texto constitucional, revelando seus valores mais contundentes.<sup>28</sup>

A opção por uma democracia pluralista significa acolher uma sociedade conflituosa, concedendo-lhe a satisfação das múltiplas necessidades e antagonismos que encerra, dedicando-se, a Ordem constitucional, à construção do equilíbrio entre esses interesses diversos. Cada demanda, oriunda dos variados grupos integrantes da sociedade brasileira, deverá ser atendida, dentro de suas especificidades e no interior do sistema de valores constitucionais, a fim de que a Constituição logre obter legitimidade, concretizando o princípio democrático, materializando a dignidade humana para todos.

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”.

<sup>27</sup> Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

<sup>28</sup> O papel do preâmbulo como instrumento de interpretação constitucional já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal por diversas vezes, tanto em sede da ADI nº 2.649, relatora Min. Cármen Lúcia, julgamento em 08.05.2008, na ADI por omissão nº 2076, relator Min. Carlos Vellozo, julgamento de 08.08.2002, como em decisão monocrática do Min. Celso de Mello, no Mandado de Segurança nº 24645-MC, de 08.09.2003.

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 fizeram as constituições de diversos países latinos, entretanto, tal escolha resta clara e evidente em uma análise sistemática e holística da Constituição Federal, 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 *sociedade 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.

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.

Interessante observar que o desenvolvimento do paradigma socioambiental coaduna-se com a compreensão atual de desenvolvimento sustentável, que vêm se consolidando no cenário internacional desde 1989, com a publicação, pela ONU, do relatório Brundtland, intitulado 'Nosso futuro comum'. Segundo esta concepção, para que se atinja verdadeiramente a sustentabilidade, deve o desenvolvimento se estribar sobre o tripé: desenvolvimento econômico, proteção ambiental e equidade social. Somente compatibilizando os três elementos, é que se alcançaria efetivamente a sustentabilidade.

Dessa forma, o socioambientalismo acaba por aprofundar o conceito de desenvolvimento sustentável, já que percebe a intensa correlação existente entre o meio ambiente natural e os grupos humanos que habitam determinados espaços

em contextos culturais específicos, como indígenas, seringueiros e quilombolas. Comunidades que possuem uma relação tão íntima com o meio ambiente no qual se desenvolveram historicamente que colaboram na sustentabilidade do espaço natural, que por sua vez permite a reprodução dessa cultura humana. Sendo indissociável o fator humano do ambiental (socioambientalismo), resta claro que não se poderia falar em desenvolvimento sustentável sem proteção de culturas humanas tradicionais.

Assim, dentro do contexto de preservação da singularidade cultural indígena e de outras comunidade 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 ideia de preservação da dignidade humana dessas comunidades.

A consolidação, a nível internacional, do desenvolvimento sustentável, incorporado pelo Ordenamento Constitucional brasileiro, necessariamente conduziria à absorção, pela nossa Constituição, de valores socioambientais de reconhecimento e proteção das culturas tradicionais brasileiras, em um processo emancipatório e civilizatório que se iniciou a partir da Constituição de 88, rompendo o paradigma social monista que predominou no Brasil desde o período colonial, mas que está longe de se solidificar, principalmente em virtude da histórica exclusão social com que a diversidade cultural foi marcada na sociedade brasileira.

A seguir nos debruçaremos mais detidamente acerca da construção da cidadania indígena a partir da Constituição de 88.

### 3.2 A construção da cidadania indígena

Desde a chegada dos colonizadores portugueses e, a partir de então, por todo o período que se segue, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, percebe-se que a aculturação do indígena fez-se uma constante no ordenamento jurídico brasileiro. De início com a finalidade de catequizar para ‘salvar a alma do bom selvagem’ (a dominação religiosa), em seguida objetivando a ‘civilização’ dos indígenas, dado o seu estado de ‘primitividade’, e conseqüente integração ao modo de vida ‘civilizado’ (a dominação cultural).

De uma forma ou de outra, a política oficial do Governo brasileiro sempre se dedicou à integração do indígena à comunidade envolvente, com a conseqüente perda das características tradicionais dos aborígenes. Em razão desse fato, considerava-se o indígena uma condição transitória, fadada à extinção.<sup>29</sup> Acreditava-se

<sup>29</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito envergonhado – o direito e os índios no Brasil. *Revista IIDH*, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, v. 15, p. 158, 1990.

sinceramente que o índio desejaria e necessitaria se integrar, que seria seu objetivo abandonar a vida ‘primitiva’ que levava.

Não era permitido ao índio continuar sendo índio, ele deveria ser ‘civilizado’ e, alcançando essa civilização, perderia sua condição de índio e todas as prerrogativas que essa qualidade poderia propiciar. Ou o indivíduo era um cidadão brasileiro, exercendo seus direitos políticos e liberdades, e não era índio; ou ele era um índio, sem cidadania (sem exercício de direitos políticos, sem plena capacidade civil, sem reconhecimento da identidade cultural e sem liberdades), de modo que para atingi-la necessitava abandonar sua condição de índio.

Percebe-se claro tal objetivo a partir de uma análise da legislação histórica brasileira, o que passaremos a analisar e, em sequência, demonstraremos como esse quadro foi revertido a partir da Constituição de 1988, que ampliou e democratizou o conceito de cidadania de modo a incluir as aspirações e reivindicações de minorias étnicas nacionais, lançando sua proteção sobre a reprodução física e cultural delas, além de assegurar plenos direitos civis aos indígenas nacionais, ampliando os participantes da reprodução política e social brasileira. Por fim, identificaremos algumas das principais dificuldades na concretização de referidos direitos, o que acaba por enfraquecer a força normativa da nossa Constituição, especialmente pela práxis constitucional praticada.

### 3.2.1 Legislação histórica

A legislação indigenista portuguesa do séc. XVI determinava bom tratamento aos aborígenes que se submetessem à catequização e guerra aos demais. Leis de 1548 e de 1655 vedavam o cativeiro indígena, salvo os tomados em ‘guerras justas’ e os que se opusessem à evangelização. A Carta Régia de 09.03.1718 considerava as nações indígenas fora do alcance da Jurisdição da Coroa Portuguesa, declarando os índios livres, não sendo possível obrigá-los a deixar suas terras ou seus costumes.<sup>30</sup>

Durante a administração do Marquês de Pombal, primeiro ministro Português, durante o reinado de D. José I, foi editada a Lei de 06.06.1755, reconhecendo o direito dos índios sobre suas terras, um direito hereditário, ao mesmo tempo em que determinava que os silvícolas deixassem de ser ‘bárbaros’, adotassem nomes portugueses e abandonassem a língua local em favor do português, tornando-se legítimos cidadãos portugueses!<sup>31</sup>

<sup>30</sup> SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 24-25.

<sup>31</sup> SANTOS FILHO. *Op. Cit.*, 2006. p. 26.



Cartas Régias de 1808 (maio, novembro e dezembro) declaravam guerra aos índios *Botocudos* do Paraná, então província paulista, aos índios Bugres de São Paulo e aos *Botocudos* do vale do Rio Doce, Minas Gerais, que não se submetessem às Leis reais, permitindo aos milicianos que os aprisionassem para fins de servidão (por 15, 15 e 10 anos, respectivamente), podendo o cativo se estender até a sua pacificação. As referidas Cartas Régias explicavam que não se tratava da escravização dos gentios (!), mas de educá-los à convivência da sociedade ‘doce e pacífica’.<sup>32</sup>

O fim da escravidão indígena, fruto das guerras de 1808, veio através da Lei de 27 de outubro de 1831, que, no entanto, declarou a orfandade dos índios cativos, que deveriam ser entregues a um juiz de órfãos que lhes forneceria educação e sustento, até que viessem a ter um trabalho remunerado.<sup>33</sup>

Mais tarde, um Decreto de 03 de junho de 1833 encarregou os juízes de órfãos da administração dos bens dos silvícolas libertos do cativo proveniente das guerras de 1808. Esses dois Atos (Lei de 1831 e Decreto de 1833) conduziram à equivocada interpretação de que todos os índios do País seriam incapazes de gerir o seu patrimônio e a sua vida, necessitando da assistência estatal para tanto, inaugurando a malfadada tutela orfanológica. Observe que a Lei de 1831 e o Decreto de 1833 se destinavam unicamente aos gentios liberados da servidão iniciada nas guerras de 1808, não contemplando os silvícolas que viviam em liberdade. Entretanto, os juristas da época acharam por bem enquadrar todo e qualquer índio sob a tutela orfanológica.<sup>34</sup>

A Constituição do Império (1824) de início nada previu acerca dos índios, tendo, posteriormente, um Ato Adicional (1832) introduzido a competência do Governo quanto à catequização e civilização dos ameríndios (art. 11, §5º, Lei 16 de 12 de agosto de 1832).

O Decreto nº 8.072/1910, responsável pela criação do SPI (Serviço de Proteção ao Índio),<sup>35</sup> altera profundamente a política indigenista do País; deixando de lado as preocupações religiosas, substituiu a catequese por uma política integracionista, fundada na crença evolucionista da humanidade, segundo a qual a condição de índio seria algo ‘primitivo’, fadado à civilização, estágio mais ‘avançado’ da evolução humana.

<sup>32</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 56.

<sup>33</sup> SOUZA FILHO. *Op. Cit.*, 1990, p. 155.

<sup>34</sup> SOUZA FILHO. *Op. Cit.*, 2008, p. 94.

<sup>35</sup> O SPI fora inicialmente designado Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, transformou-se simplesmente em SPI em 1918, era ligado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, tendo sua direção conferida ao Marechal Cândido Mariano Rondon.

Acreditava-se sinceramente que a ‘civilização’ era o melhor para o índio e por ele desejada (civilização no sentido de integração à vida ‘civilizada’, e não no sentido de cidadania). Então toda a legislação brasileira a partir deste momento, até o período anterior à Constituição Federal de 1988, voltava-se à gradativa incorporação do indígena à civilização, o que fatalmente conduziria ao desaparecimento dos aborígenes do País. É o que a doutrina convencionou chamar de paradigma da assimilação cultural, ou paradigma assimilacionista, ou integracionista.<sup>36</sup> A ideia era tornar o índio um autêntico cidadão brasileiro.

Neste particular, a criação do SPI baseava-se na política de integração dos povos indígenas à cultura nacional, na expectativa de suplantar as culturas indígenas ‘primitivas’. Observe que a dizimação da cultura indígena era, então, uma política oficial do Governo! Entretanto, e contraditoriamente, o diploma (Decreto nº 8.072/1910) previa a demarcação das Terras Indígenas (TI) (art. 11) e o respeito às terras, à organização interna, hábitos e instituições das tribos (art. 2º, §2º e §4º).

O Código Civil de 1916 (art. 6º, IV e parágrafo único) preconizando à incapacidade civil relativa do indígena,<sup>37</sup> enquanto não integrados à civilização, criou o regime tutelar, a ser disciplinado em lei especial. Essa regulação se deu através do Decreto nº 5.484, de 27.06.1928, que dentre outras coisas previu a necessária representação dos índios pelo Estado (na figura do SPI) a fim de validar os atos por eles praticados, sob pena de nulidade. A incapacidade cessaria à medida que os aborígenes fossem se integrando à civilização (art. 5º e 7º).<sup>38</sup>

A Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a tratar dos direitos indígenas, assegurando-lhes a posse de suas terras<sup>39</sup> e atribuindo à União a competência para legislar acerca da incorporação do silvícola à comunhão nacional.<sup>40</sup> A Constituição de 1946 retoma o dispositivo, retirado na CF de 1937, que defere à União a competência para legislar sobre a incorporação do silvícola à comunhão nacional (art. 5º, XV, ‘r’), dispositivo este mantido na Constituição de 1967 (art. 8º, XVII, ‘o’) e na Emenda nº 1 de 1969. Claro então que a incorporação do indígena à cultura dominante tratava-se de política oficial do Governo brasileiro, assegurada em instrumento constitucional.

<sup>36</sup> SOUZA FILHO. *Op. Cit.*, 1990, p. 161.

<sup>37</sup> Frise-se que desde o início Clóvis Beviláqua, mentor do CC de 1916, fora veementemente contra ao regime tutelar instituído pelo diploma, uma vez tratar-se de instituto do direito de família, em nada compatível com a situação indígena, um universo jurídico aparte, que deveria ser regulado em legislação específica (SOUZA FILHO. *Op. Cit.*, 2008, p. 98).

<sup>38</sup> Inclusive, o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967, que instituiu a FUNAI, estabelece a competência da Fundação para exercer os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio.

<sup>39</sup> Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

<sup>40</sup> Art. 5º - Compete privativamente à União: (...) XIX - legislar sobre: (...) m - incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que esse quadro se modificou, representando um marco decisivo para o direito indigenista do País, operando uma transformação sem precedentes no tratamento constitucional ao índio brasileiro.

A novel Carta constitucional rompe definitivamente com o paradigma da assimilação cultural e civilização dos indígenas, estruturando um capítulo de proteção à diversidade cultural brasileira, valorizando os diversos grupos étnicos responsáveis pela construção do patrimônio cultural brasileiro. A partir de 88 as preocupações do Estado não objetivam mais a civilização e engajamento dos silvícolas à comunhão envolvente, mas sim a proteção de sua identidade cultural.

A Constituição de 88 foi a primeira Carta brasileira a dedicar um capítulo<sup>41</sup> à regulação dos direitos e interesses indígenas, estruturando normas de proteção à sua singularidade cultural, reconhecendo sua organização social, seus costumes, religião, línguas, crenças e tradições, assegurando-lhes o direito à reprodução física e cultural. Trocando em miúdos, a CF de 88 garantiu ao índio o direito a ser índio e a continuar reproduzindo seu modo de vida particular, tal como sempre fez, vivendo seus costumes e tradições sem o fantasma da aculturação forçada.<sup>42</sup>

A proteção constitucional das minorias étnicas brasileiras vai mais além do que o simples reconhecimento da identidade cultural singular, garantindo aos membros de tais grupos sociais os mesmos direitos, deveres e oportunidades conferidas a qualquer cidadão brasileiro, dado que são integrantes do ‘povo brasileiro’, destinatários do rol de direitos e garantias fundamentais do ser humano, assegurados pelo Estado Brasileiro a qualquer de seus membros, sem que o gozo desses direitos implique qualquer perda de identidade cultural ou prerrogativas inerentes à sua condição jurídica especial.<sup>43</sup>

Percebe-se, então, que o maior direito assegurado pela Carta aos silvícolas foi o direito a ser índio, reproduzindo sua cultura e tradições seculares, perpetuando<sup>44</sup> seu estilo de vida tradicional sem que isso acarrete qualquer prejuízo ao gozo

<sup>41</sup> Capítulo VIII, art. 231-232, dentro do título VIII ‘da ordem social’.

<sup>42</sup> SOUZA FILHO. *Op. Cit.*, 2008, p. 107.

<sup>43</sup> Neste particular, reza a Declaração da ONU sobre Povos Indígenas, de 2007, assinada pelo Brasil: “Artigo 2º Os povos e as pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e pessoas e têm o direito a não ser objeto de nenhuma discriminação no exercício de seus direitos fundado, em particular, em sua origem ou identidade indígena”. Da mesma forma, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), incorporada ao nosso Ordenamento Jurídico através do Decreto nº 5.052/2004, em seu artigo 3º: “1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção”.

<sup>44</sup> Aqui abro um parêntese para esclarecer que a perpetuidade cultural não significa uma intangibilidade ou um *apartheid* cultural, a convivência, mistura e influência de culturas diversas sempre foi um fato

de direitos enquanto membro do povo brasileiro.<sup>45</sup> A CF de 88 ainda consagrou a plena capacidade civil do indígena e, conseqüentemente, possibilitou sua participação e pertencimento à reprodução social. O índio ganha, assim, cidadania.

Entretanto, como vimos, essa ampliação e democratização da cidadania indígena se deram de maneira normativa. A Constituição absorveu as demandas de seu tempo, tutelando os interesses dos povos indígenas. De fato, dentre os pressupostos colocados por Konrad Hesse para uma ótima concretização da norma constitucional, está o conteúdo da Constituição, que deveria refletir os valores econômicos, políticos, culturais e sociais de seu tempo e de seu povo. Cumprindo, nesse aspecto, o primeiro pressuposto de Hesse. No entanto, o segundo pressuposto, a práxis constitucional, não se encontra satisfeito em plenitude.

Todos aqueles que vivem a Constituição devem cativar e perpetuar a vontade de Constituição, cumprindo seus preceitos, inclusive os responsáveis pela Constituição, como a sociedade política e os intérpretes judiciais. Não satisfeito esse pressuposto, a Constituição se veria enfraquecida em sua força normativa, não logrando uma ótima concretização.

De fato, percebe-se que a Constituição de 88 deu continuidade ao processo de ampliação e democratização da cidadania moderna, iniciada no século passado, agregando ao processo de reprodução social as necessidades e reivindicações de uma parcela marginalizada da sociedade brasileira.

A reprodução física e cultural de grupos etnicamente diferenciados passa a ser reconhecida como direito fundamental dessas comunidades, um direito inarredável da materialização de sua dignidade humana, o que, por si só, já democratiza o conceito de cidadania. Indo mais além, a nossa Constituição funciona como verdadeira intermediadora da conflitiva reprodução de nossa sociedade plural ao reconhecer direitos civis plenos aos indígenas, sem que seu exercício dependa da negação de sua identidade cultural. Agora o índio tem cidadania e continua a ser índio, numa ampliação inclusiva da cidadania moderna tal qual desenhada na ordem constitucional brasileira.

Entretanto, a Constituição apenas propiciou essa ampliação e democratização da cidadania indígena de forma normativa, em seu conteúdo, não atingindo a práxis constitucional. O tratamento do índio brasileiro pelo Estado, sob a falsa roupagem da cidadania, perpetua práticas paternalistas e clientelistas históricas,

---

histórico, responsável pela reprodução cultural e pelo enriquecimento humano. A proteção constitucional à identidade cultural indígena não almeja a estagnação e o engessamento de culturas milenares como se fossem um museu vivo, mas apenas livrar da interferência ruínosa com que o Estado brasileiro atuou sobre esses grupos forçando um choque cultural e uma dominação vertical. Liberta-se enfim, o índio deixando que ele escolha o seu caminho.

<sup>45</sup> SANTOS FILHO. *Op. Cit.*, 2006, p. 47.

causando uma desestruturação cultural, desvirtuamento da finalidade constitucional e cristalizando o preconceito renitente para com a questão indígena por parte da sociedade civil. Os Tribunais, salvo algumas exceções, consolidam tal comportamento, fazendo da Constituição letra morta, inviabilizando o processo emancipatório através da cidadania, corroendo a força normativa de nossa Constituição.

Um bom exemplo disso é o caso da hidrelétrica de Belo Monte, em Altamira, no Estado do Pará, que, seguindo o histórico da construção de outros complexos hidrelétricos brasileiros, tais como Tapajós, Tucuruí e Balbina, realizados à total revelia dos povos indígenas impactados, em desacordo com as normas constitucionais de proteção às terras indígenas,<sup>46</sup> deixa um rastro de destruição irreparável para os diversos grupos indígenas atingidos.

O avanço das obras em Belo Monte desconsidera todas as regras estabelecidas pela Constituição Federal para a exploração de recursos hidrelétricos em terras indígenas,<sup>47</sup> a começar pela falta de consulta às comunidades indígenas impactadas (art. 231, §3º). O Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região bem que tentou impedir o prosseguimento da obra por inconstitucionalidade,<sup>48</sup> entretanto, foi o próprio Supremo Tribunal quem reconheceu a legitimidade do empreendimento, permitindo o seu prosseguimento. Constata-se que, ao final, o grande poder econômico prevaleceu frente as reivindicações das minorias.

E quanto ao direito de consulta das comunidades indígenas atingidas por empreendimentos hidrelétricos? Ele continua previsto na Constituição... Uma constante e acesa lembrança da ineficácia constitucional.<sup>49</sup>

## 4 Conclusões

Vimos que a manutenção da cidadania liberal burguesa, tal qual sua formação originária, gerou uma instabilidade social dentro do modo de produção

<sup>46</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.

<sup>47</sup> A Constituição, em seus artigos 176, §1º, e 231, §3º, exige, para a exploração de potenciais hidrelétricos, minerais e energéticos em terras indígenas, a edição de lei específica para regular a matéria, bem como realização de consulta aos povos impactados, autorização do Congresso Nacional e participação dos índios no resultado da lavra. É de se observar que essa legislação especial ainda não existe, inviabilizando qualquer desses empreendimentos em terras índias.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</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.

capitalista que acabou por conduzir à sua necessária remodelagem de modo a incluir as aspirações e reivindicações das classes não proprietárias. Assim, segmentos sociais marginalizados, os subalternos, passam a obter, paulatinamente, expressão política, adquirindo participação na vida política da Nação e na repartição dos frutos do trabalho, em um processo de ampliação e democratização da cidadania que permitiu a manutenção da hegemonia capitalista enquanto atendia as reivindicações sociais.

No Brasil, essa ampliação da cidadania se deu através da Constituição Federal de 88, sobretudo no que tange às minorias étnicas culturais, especialmente os povos indígenas, objeto do presente trabalho. Rompendo com uma tradição constitucional de dominação intransigente e repressão cultural, a Carta de 88 abandonou o vetusto paradigma da assimilação cultural, que acabava por negar qualquer direito de cidadania aos povos indígenas, concedendo-lhes não só participação política, tal qual qualquer outro membro do povo brasileiro, como também permitiu que continuassem a ser índios, reproduzindo sua cultura, tradições, religião e línguas.

A partir da Constituição Federal de 1988 os índios passaram a ter garantido seu direito fundamental à reprodução física e cultural, perpetuando suas tradições, costumes e religiosidade, sem que isso acarretasse qualquer perda de direitos no cenário político e social do País. O índio agora pode continuar sendo índio ao mesmo tempo em que é um cidadão brasileiro, ostentando todas as prerrogativas de qualquer das duas condições. Não precisa mais negar suas tradições culturais, 'integrando-se' a fim de que usufrua de todas as prerrogativas conferidas a qualquer membro do povo brasileiro.

Dentre os instrumentos constitucionais dedicados a promover essa ampliação da cidadania indígena, temos em destaque o reconhecimento de sua plena capacidade civil, bem como o direito de consulta quando grandes empreendimentos venham a se instalar em suas terras. O grande entrave à concretização desses direitos se encontra tanto no imaginário social, que ainda não compreende o índio, e sua diversidade cultural, como um igual, enxergando-o através da lente do preconceito, intensificado através do comportamento estatal, estigmatizando a figura do indígena, assim como pelo Poder Judiciário, que, na maioria das vezes, dando azo a grandes interesses econômicos, nega os verdadeiros direitos de cidadania indígena, esvaziando o conteúdo constitucional e, por óbvio, sua força normativa.

---

#### **The indigenous citizenship: expansion and democratization in the Brazilian Constitution of 1988**

**Abstract:** In this paper we will discuss the historical development and the reform process of the bourgeois citizenship, responsible for the political inclusion, social and economic of the subalterns, in order to reconcile the maintenance of capitalist hegemony with the demands of traditionally

marginalized portions of the society. We demonstrate how in Brazil the 1988 Federal Constitution gave voice and political and social visibility to indigenous peoples, building an indigenous citizenship before unthinkable into the context of exclusion and legal neglect and social which they were submitted over five centuries. We will reveal, though, as indigenous rights were redesigned by the new structuring the Constitution, thru important instruments , such as the to recognition of cultural diversity at the same time as ensuring the right to reproduce this culture, recognition of legal capacity to indigenous peoples and the right to consultation to people impacted by economic enterprise in their lands, pointing out some of the difficulties encountered in the realization of these rights that go through a process of emptying, responsible for a progressive weakening of the Constitution normative force.

**Keywords:** Citizenship. Indigenous people. Cultural reproduction. Brazil's 1988 Constitution.

**Contents:** **1** Introduction – **2** A citizenship modern and its genesis – **3** The Constitution of 88 and ethnic minorities: difficulties and perspectives of the process of national civilization – **4** Conclusions – References

---

## Referências

ABREU, Haroldo. *Para além dos direitos* – Cidadania e hegemonia no mundo moderno. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.

ALÁEZ CORRAL, Benito. *Nacionalidade, Cidadania e Democracia: A quem pertence a Constituição?* Madrid: Tribunal Constitucional – Centro de estudos políticos e constitucionais, 2006.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: Vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícias do direito brasileiro*, Brasília: Editora da UNB, nova série, n. 6, segundo semestre, 1998.

\_\_\_\_\_. A Revisão Constitucional e a Cidadania: A legitimidade do Poder Constituinte que deu origem a Constituição da república Federativa de 1988 e as Potencialidades do poder Revisional Nela Previsto. *Fórum Administrativo – Direito Público – FADM*, Belo Horizonte, ano 1, n. 7, set. 2001.

\_\_\_\_\_. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003.

\_\_\_\_\_. Crise e Desafios à Constituição – Reflexões sobre a relação entre Constituição, povo e estado a partir da discussão de uma Constituição para a Europa. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 120, 2004. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2010/07/2512/>>. Acesso em: 21 set. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais* – Dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2012.



FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. A capacidade civil indígena. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 8, n. 28, p. 209-228. A-1, jul./set. 2014.

\_\_\_\_\_. O direito indigenista no Brasil: Transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988. *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC de Minas Gerais*, v. 17, n. 34, p. 274-304. A-2, 2014.

\_\_\_\_\_. Empreendimentos energéticos em terras indígenas: Uma análise constitucional à luz do multiculturalismo. In: *ARGUMENTUM – Revista de Direito* Marília/SP: UNIMAR, n. 15, p. 47-72. A.3, 2014.

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

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

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

\_\_\_\_\_. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial, 2001, p. 63-115.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT*. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/?q=o-que-e](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=o-que-e)>. Acesso em: 27 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *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.

\_\_\_\_\_. *A polêmica da Usina de Belo Monte*. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/index.asp>>. Acesso em: 02 jul. 2015.

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

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

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.



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

\_\_\_\_\_. O direito envergonhado – o direito e os índios no Brasil. *Revista IIDH*, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, v. 15, p. 158, 1990.

Recebido em: 12.10.2015

Pareceres: 11.11.2015 e 27.01.2016

Aprovado em: 12.07.2016

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. A cidadania indígena: ampliação e democratização na Constituição brasileira de 1988. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 177-201, jan./jun. 2016.

---