

**DIREITOS HUMANOS E O
DIREITO À DIVERSIDADE**

OS ENTRAVES DO ESTADO
MODERNO UNIFORMIZADOR

Lumen Juris | Editora

www.lumenjuris.com.br

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Moraes da Rosa
Cezar Roberto Bitencourt
Diego Araujo Campos
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Noronha de Ávila

Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Fernandes
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
Lúcio Antônio Chamon Junior
Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Manoel Messias Peixinho

Marcellus Polastri Lima
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcos Chut
Nilo Batista
Ricardo Lodi Ribeiro
Rodrigo Klippel
Salvo de Carvalho
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra

Conselheiro benemerito: Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andreyra Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza
Caio de Oliveira Lima

Francisco de Assis M. Tavares
Gisele Cittadino
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Centro – Rua da Assembléia, 36,
salas 201 a 204.
CEP: 20011-000 – Centro – RJ
Tel. (21) 2224-0305

São Paulo (Distribuidor)
Rua Correia Vasques, 48 –
CEP: 04038-010
Vila Clementino – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9981-9353

MURILLO SAPIA GUTIER

**DIREITOS HUMANOS E O
DIREITO À DIVERSIDADE**

OS ENTRAVES DO ESTADO
MODERNO UNIFORMIZADOR

EDITORA LUMEN JURIS

RIO DE JANEIRO

2013

Copyright © 2013 by Murillo Sapia Gutier

Categoria: Direito Especiais

Produção Editorial

Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Yuri Freire dos Santos

Capa: Cristiana Fernandes e Otávio Guerra

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.

não se responsabiliza pela originalidade desta obra.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 10.695, de 1º/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à

Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

DADOS INTERNACIONAIS DE
CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

G984d

Gutier, Murillo Sapia

Direitos humanos e o direito à diversidade: os entraves do Estado Moderno Uniformizador / Murillo Sapia Gutier. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

158 p. ; 21 cm

Bibliografia: 135-145

ISBN 978-85-375-2351-3

1. Direitos humanos. 2. Estado. 3. Pluralismo cultural.
4. Multiculturalismo. I. Título.

CDD 323

*A Nerissa Aveiro Gutier,
Por seu apoio, amor e confiança.*

*Ao Professor Doutor José Luiz Quadros de
Magalhães, por despertar em mim uma nova forma
de pensar, para além do senso comum ideologizado
e por sua imensa paciência e bondade.*

“Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza e temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”.

Boaventura de Souza Santos

Agradecimentos

A Deus, por tudo!

Aos meus queridos pais, Santo e Maria Luzia, por me apoiarem em tudo e, por me ensinarem a buscar um mundo melhor. A vocês tudo devo!

Ao meu caríssimo orientador, Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães, responsável por me fazer enxergar além do direito posto: a ideologia por trás das normas, pela infinita paciência, pelo admirável exemplo de profissionalismo e dedicação e, principalmente, por acreditar em mim. E, sobretudo, por me mostrar novas perspectivas na vida, no direito e, principalmente, na implementação dos direitos humanos. Meu mais sincero, eterno e profundo agradecimento.

Aos meus amigos, em especial àqueles incentivadores dessa tarefa, e por me apoiarem nesta importante caminhada: Rubens Correia Junior, Luis Fernando Alves Silva, Gustavo Silva Calçado, Waldir de Assis Lemos de Oliveira, Danillo Sapia Gutier, Renata Andrade Santos Gutier, Ana Cristina Dornfeld Silva Fideles, pelas trocas, estímulo e por me agraciarem com as suas amizades.

Aos Professores do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas, em especial aos Professores Mário Lúcio Quintão Soares, pelo seu enorme coração e amizade, por acreditar em mim e me instigar a fazer o curso de mestrado na prestigiosa PUC Minas; Bruno Wanderley, Leonardo Isaac Yarochevsky, Marcelo Galuppo, Flávio Bernardes, Lusia Pereira pelo constante incentivo na busca do conhecimento.

Aos meus alunos e colegas da Faculdade Presidente Antonio Carlos de – Unipac de Uberaba, por tantas alegrias em aprender ensinando.

Aos sempre prestativos funcionários do Programa de Pós-Graduação da PUC Minas, Erinalda, Rhaína, Thiago, Thaís e André, Luciana e Fernandinho, por estarem sempre à disposição.

Meu muitíssimo obrigado à bibliotecária da PUC-MG Helenice Rego que, sem sua imprescindível ajuda, não seria possível formatar a contento o presente trabalho.

Por fim, meu muito obrigado aos integrantes da Banca, Professores Doutores Daury Fabríz, Elton Xavier, Mário Lúcio Quintão e José Luiz Quadros de Magalhães, pela deferência, elegância, compreensão e amizade na condução dos trabalhos.

Sumário

Introdução	1
1. O Estado Moderno Homogeneizador	3
1.1. A Modernidade e o Estado	3
1.2. O encobrimento do outro: o processo civilizatório	5
1.3. Anatomia da exclusão estatal: o Estado Moderno como motor ideológico do capitalismo	16
2. A violência da prática uniformizadora e seus meandros	27
2.1. As minorias	27
2.2. A violência e suas formas	28
2.3. A violência para Žižek	31
3. Os Direitos Humanos e seus elementos	45
3.1. Direitos Humanos e sua diversidade semântica	45
3.2. A fundamentalidade dos Direitos Humanos	49
3.3. O Universalismo dos Direitos Humanos	50
3.4. A dignidade humana e seu reconhecimento	56
3.5. As dimensões da Dignidade Humana	63
3.5.1. Dimensão Liberal da Dignidade Humana	64
3.5.2. Dimensão social da Dignidade Humana	66
3.5.3. Dimensão da Solidariedade e Fraternidade	68
3.5.4. A quarta dimensão: o Pluralismo	68
4. A identidade cultural e seu reconhecimento	71
4.1. A formação da identidade	72
4.2. O surgimento da luta pelo reconhecimento	76
4.2.1. A luta pelo reconhecimento em Hegel	77

4.2.2. A Luta pelo Reconhecimento em Taylor: a política da dignidade igual	78
4.2.3. A Luta pelo Reconhecimento em Axel Honneth	82
4.2.4. A Luta pelo Reconhecimento em Nancy Fraser	84
5. O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas	87
5.1. O Estado Nacional Brasileiro	87
5.2. A Constituição Brasileira de 1988 e a constitucionalização dos direitos	89
5.3. A constitucionalização dos direitos e o Direito Indígena	94
5.3.1. Contexto da Constitucionalização	94
5.3.1.1. Irradiação das normas constitucionais	94
5.3.1.2. O ponto inicial da constitucionalização do direito	95
5.3.1.3. Formas de constitucionalização	96
5.3.1.4. O fenômeno no Brasil	100
5.3.2. Constitucionalização das normas de proteção indígena na Constituição Brasileira de 1988	101
5.3.2.1. O reconhecimento constitucional do direito coletivo indígena	109
5.3.2.2. O Reconhecimento do Direito Coletivo ao Território	115
5.3.2.3. O Reconhecimento da Autonomia e Jurisdição Indígena.....	120
5.4. O Modelo diferenciado de consideração da diversidade cultural: a Constituição Boliviana	127
Considerações finais	131
Referências bibliográficas	135

Introdução

A criação do Estado Moderno representou uma significativa mudança no modo de vida de todo o planeta por meio do estabelecimento das premissas do culto à razão e do primado do indivíduo. A Estrutura uniformizadora apresenta uma estrutura *assimilacionista* e homogeneizadora protraí presença etnocultural diversificada no território, excluindo e discriminando seres humanos integrantes de culturas diversas, que não correspondem ao modelo uniforme ditado pelo grupo hegemônico, instaurando um sistema violento à diversidade cultural, que só serve de instrumento para o fomento do capitalismo.

Assim sendo, o presente trabalho busca descrever a estrutura excludente criada com a formação do Estado Moderno e de como isso foi importante para o desenvolvimento do capitalismo e da marginalização das minorias. No capítulo 1, denominado “o Estado Moderno Homogeneizador, abordar-se-á os primórdios de sua formação, o processo civilizatório e de encobrimento praticado pelos ibéricos na execução da colonização dos povos, assim como far-se-á uma relação entre o sistema capitalista com o Estado Moderno.

No segundo capítulo, intitulado “a violência da prática uniformizadora e seus meandros”, aborda conceitualmente quem são as minorias e traça um panorama da violência e suas múltiplas formas, valendo-se, para tanto, do pensamento do filósofo esloveno Slavoj Žižek para enfatizar a violência silenciosa, invisível a que todos sentem como sintoma do modelo uniformizador.

No terceiro capítulo, nomeado de “os direitos humanos e seus elementos”, busca-se discorrer sobre a importância teórica da construção dos direitos humanos e, principalmente, aventar acerca da estrutura, centrada na dignidade humana, que consiste no núcleo

axiológico que irradia efeitos para o ordenamento jurídico, em que se aventará que a dignidade humana apresenta várias dimensões.

No quarto capítulo, rotulado de “a identidade cultural e seu reconhecimento”, busca-se investigar acerca da identidade como fundamento para o desenvolvimento da personalidade do sujeito, sendo considerado inerente à todo e qualquer ser humano, e, por conseguinte, alude à luta pelo reconhecimento e sua importância, trazendo ao debate as contribuições de expoentes da defesa das minorias como Taylor, Honneth e Fraser.

No último capítulo, denominado o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas” ressalta a abertura constitucional com o processo de constitucionalização dos direitos feito pelo constitucionalismo contemporâneo e albergado pela Constituição do Brasil de 1988, em que ressalta o momento atual e os elementos da Magna Carta Brasileira no trato dos povos indígenas presentes em seu território, demonstrando os direitos assegurados pela Lei Maior de modo a promover e proteger a dignidade humana e coletiva desses povos. Por fim, aventa uma breve exposição do modelo constitucional plurinacional adotado na Bolívia, que apresenta uma estrutura não hegemônica, tratando os povos indígenas em relação de coordenação e não de subordinação.

1. O Estado Moderno Homogeneizador

1.1. A Modernidade e o Estado

A modernidade apresenta teve como características marcantes o desenvolvimento científico e técnico, o *econômico*, e baseou-se na concentração dos meios de produção, bem como o *político* que culminou no surgimento do Estado.¹ Segundo Chevalier estas características ressaltaram o *processo de racionalização* da organização da sociedade, que se fundamentou em dois valores: o culto à razão e o primado do indivíduo.²

Na Idade Média, não havia a concepção atual de poder público, uma vez que as relações sociais eram fundadas em vários núcleos de poder como agências, a família, o senhor feudal, o rei do Império e da Igreja e cada um deles, manteve, em comparação com o outro, uma certa independência ou autonomia no que tange ao exercício do poder, uma vez que não havia uma unidade central de poder.³ Visando unificar e centralizar este poder dissolvido em várias partes, a característica primordial do Estado moderno consistiu na sua unificação e, conseqüentemente, a centralização do poder.⁴ Para

1 CHEVALIER, 2009, p. 14.

2 CHEVALIER, 2009, p. 14.

3 CUEVA, 2008, p. 21.

4 CUEVA, 2008, p. 21. Ressalta Morris que “ao aprender sobre o desenvolvimento do sistema de Estado, aprendemos sobre formas mais primitivas de organização política – feudalismo, impérios, cristandade – como também sobre as primeiras alternativas modernas que o Estado destituiu – as cidades-república e as ligas de cidades. Podemos ver em algumas dessas formas de organização política paralelos com as alternativas que podem, no futuro, alterar ou substituir o sistema de Estado. No mínimo, a familiarida-

Morris⁵, “o Estado Moderno é uma forma de organização política com meios de administração e controle altamente centralizados”.

Não se fará digressões históricas acerca das múltiplas acepções de Estado. A maioria da doutrina especializada trata, evolutivamente, dos Estados Antigo, Grego, Romano, Medieval e Estado Moderno. Para os fins do presente trabalho, interessa-nos a concepção moderna de Estado. Dallari⁶ salienta que a paz de Westfália, foi marco histórico que culminou na criação do Estado na acepção moderna, enfatizando que este fato, consubstanciado por dois tratados de paz subscritos pelas cidades de Münster e Osnabrück em 1648, fixou limites territoriais entre os mesmos, tendo em vista as guerras religiosas que marcaram a época, especialmente a dos trinta anos. A par das conjecturas históricas acerca da temática, o ponto nodal da paz de Westfália foi o reconhecimento de áreas geográficas em que se exerce o poder soberano.

No entanto, ressalta Dussel que entre 1492 a 1636 houve a constituição histórica da modernidade, em que, Portugal e Espanha enveredaram o processo expedicionário de colonização, por meio da prática “originária de constituir o Outro como dominado e sob o controle do conquistador, do domínio do *centro* sobre a *periferia*”.⁷ Por meio dessa “experiência”, narra Dussel que a Europa tornou-se o “*centro do mundo* (em sentido planetário)” e culminou no “nascimento da Modernidade e a origem de seu ‘Mito!’”.⁸

de com esta história pode estimular uma abertura mental maior quanto a alternativas não-estatizantes, como também à adaptabilidade dos Estados” (2005, p. 19-20).

5 MORRIS, 2005.

6 DALLARI, 2002. Ressalta Enrique Dussel que entre 1492 a 1636 houve a constituição histórica da modernidade, em que, Portugal e Espanha enveredaram o processo expedicionário de colonização, por meio da prática “originária de constituir o Outro como dominado e sob o controle do conquistador, do domínio do *centro* sobre a *periferia*”. Por meio dessa “experiência”, narra Dussel que a Europa tornou-se o “*centro do mundo* (em sentido planetário)” e culminou no “nascimento da Modernidade e a origem de seu ‘Mito!’” (DUSSEL, 1993, p. 15-16)

7 DUSSEL, 1993, p. 15.

8 DUSSEL, 1993, p. 15. Ressalta o autor que “Fomos [a América Latina] a *primeira* ‘periferia’ da Europa moderna; quer dizer, sofremos globalmente desde nossa origem

O Estado moderno apresenta uma estrutura *assimilacionista* e homogeneizadora e, dado à presença etnocultural diversificada, os últimos anos foram marcados pela modificação do paradigma *uniformizador*, face às reivindicações por reconhecimento das minorias no âmbito estatal.⁹

1.2. O encobrimento do outro: o processo civilizatório

Conforme Laplantine¹⁰, o cerne da antropologia consiste na “descoberta do novo Mundo”. O encobrimento do outro¹¹, ocorrido com a fundação da modernidade, por meio da exploração de espaços desconhecidos e dos habitantes originários fez com que se alterassem as relações de alteridade, criando-se uma dicotomia *periferia vs. Centro* e uma disparidade no reconhecimento de direitos. Laplantine indaga “aqueles que acabaram de serem descobertos pertencem à humanidade?”.

Ressalta Darcy Ribeiro que o processo civilizatório praticado pela *expansão ibérica* criou a primeira civilização universal.¹² O au-

um processo constitutivo de ‘modernização’ (embora naquele tempo não usasse esta palavra) que depois se aplicará à África e Ásia. Embora nosso continente já fosse conhecido – como prova o mapa *mundi* de Enricus Martellus em Roma em 1489 -, só a Espanha, graças à habilidade política do rei Fernando de Aragão e a ousadia de Colombo, tentou formal e publicamente, com os correspondentes direitos outorgados (e em franca competição com Portugal), lançar-se ao Atlântico para chegar à Índia. Este processo não é anedótico ou simplesmente histórico: é, além disso, o processo originário da *constituição da subjetividade moderna*” (1993, p. 16).

9 KYMLICKA, 2006. “A gênese do Estado moderno está no colonialismo e no desenvolvimento industrial, em que foi definido estruturalmente como um poder central especializado e organizado juridicamente de modo a segregar o Direito da Moral e da Religião, delimitado em um território unificado, em que se pautou pela transferência costumeira e fragmentária das origens jurídicas para o Estado, a quem recebeu a incumbência de elaborar leis gerais e abstratas”. (BARBOSA, 2001, p. 19).

10 LAPLANTINE, 2004, p. 25.

11 DUSSEL, 1992.

12 RIBEIRO, 1995, p. 64.

tor compara os impérios árabe e ibérico e suas práticas. No primeiro – por ele chamado de *império despótico salvacionista* – que nunca pretendeu converter ninguém, e bastava-lhes a conquista da área e de praticar a *Jirad*, mantendo o povo conquistado vivo.¹³

Os ibéricos, ao revés, trabalharam de forma diferente. Em um primeiro momento, a prática adotada foi a de expulsar a secular ocupação árabe em seu território, assumindo o inteiro controle do mesmo, por meio de um poder centralizado, extinguindo qualquer tipo de autonomia feudal ou monopólio comercial.¹⁴ Em um segundo prisma, os ibéricos se expandiram pelos oceanos, enveredando-se em *guerras de conquistas*, de saques e evangelização sobre os povos conquistados da África, Ásia e, especialmente as Américas.¹⁵

Estabeleceram, assim, os fundamentos do primeiro sistema econômico mundial, interrompendo o desenvolvimento autônomo das grandes civilizações americanas. Exterminaram, simultaneamente, milhares de povos que antes viviam em prosperidade e alegria, espalhados por toda a terra com suas línguas e com suas culturas originais.¹⁶

No mundo moderno, ibéricos, ingleses e russos são o que Ribeiro denomina de *Nações Germinais*, em que “cada um deles deu origem a uma variante ponderável da humanidade – a latino-americana, a neobritânica e a eslava –, criando gentes tão homogêneas entre si, como diferenciadas de todas as demais”.¹⁷

Ao comentar a diferença entre os eslavos, ingleses e iberos, Ribeiro ressalta que os primeiros se expandiram pelas estepes¹⁸, tun-

13 RIBEIRO, 1995, p. 64.

14 RIBEIRO, 1995, p. 65.

15 RIBEIRO, 1995, p. 65.

16 RIBEIRO, 1995, p. 65.

17 RIBEIRO, 1995, p. 65-66.

18 Conforme Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, consiste em “região relativamente plana, árida e calcária, com essa vegetação, situada na orla de regiões desér-

dras¹⁹ e Alasca, mas, “contidos pelo esclerosamento de sua sociedade arcaica, rigidamente estratificada, refrearam seu elá de conquistar novos mundos”.²⁰ Os segundos se expandiram como uma “*burguesia industrial e negociata*”, posto que cada passo era muito bem calculado e trabalharam outro tipo de colonialismo, a da criação de “pequenas Inglaterra”, por meio da transferência de seu modo de vida para outras localidades, sendo, os ingleses, “desatentos ou indiferentes ao que havia aonde chegaram”.²¹ Diversamente, os iberos:

Os iberos, ao contrário, se lançaram à aventura no além-mar, abrindo novos mundos, atiçados pelo fervor mais fanático, pela violência mais desenfreada, em busca de riquezas a saquear ou de fazer produzir escravaria. Certos de que eram novos cruzados cumprindo uma missão salvacionista de colocar o mundo inteiro sob a regência católico-romana. Desembarcavam sempre desabusados, acesos e atentos aos mundos novos, querendo fluí-los, recriá-los, convertê-los e mesclar racialmente com eles. Multiplicaram-se, em

ticas, como no Sul da antiga U.R.S.S., no Norte da Europa, na Ásia, na África, no Oeste americano e nos pampas sul-americanos”.

- 19 Conforme Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, consiste em “região fitogeográfica ártica e subártica, caracterizada pela vegetação baixa, herbácea e subarbastiva, constituída esp. por gramíneas, ciperáceas e vários subarbustos, além de diversos musgos e líquens que revestem o solo”.
- 20 RIBEIRO, 1995, p. 66.
- 21 RIBEIRO, 1995, p. 66. Neste ponto, ressalta o autor que “negando-se a ver e a entender as vetustas razões e justificações do Vaticano, propõem-se simplesmente conquistar seu naco do bolo americano. Quando menos fosse para lá derramar excedentes da humanidade famélica de seus próprios reinos, dando-lhes novas pátrias por fazer. Alcançaram, também, primeiro pelas mãos de piratas, de corsários, de contrabandistas, quando puderam tomar do ouro que os ilhéus carregavam para o Velho Mundo. Depois, pelo mecanismo de intercâmbio mercantil, se apossaram de parcelas ainda maiores dessas riquezas. Mais tarde, se instalaram em áreas ao norte do continente como colônias de povoamento. Vizinhos das ilhas caribenhas e de suas ricas plantações escravistas de cana, eles eram os pobres e atrasados. Só floresceram, lentamente, aurindo substância do comércio de alimentos e artefatos com os senhores de escravos das ilhas, produzindo as mercadorias dos pobres” (1995, p. 66).

consequência, prodigiosamente, fecundando ventres nativos e criando novos gêneros humanos.²²

Ressalta Ribeiro que a expansão dos descobrimentos pela via ultramarina deveu-se à unificação nacional entre Portugal e Espanha e, igualmente, pela revolução tecnológica na área naval em que, por meio de suas naus armadas, fomentaram um novo alvorecer civilizatório. A libertação dos iberos dos sarracenos, assim como “descansados da exploração judaica, dirimidos dos poderios locais da nobreza feudal, emergia em cada área um Estado Nacional. Foram os primeiros do mundo moderno”.

No tocante ao tratamento dos povos originários²³, àquela época indagava-se se os mesmos eram portadores de igual dignidade humana a dos povos colonizadores. Questionava-se a *natureza humana* dos povos descobertos, aflorando duas ideologias concomitantes: a da *rejeição* e a do *encantamento* pelo estranho.²⁴ O fascínio e a negação dos estranhos são bem retratados pela passagem de Las Casas, no célebre embate com Sepúlveda. Aduziu Las Casas:

Aqueles que pretendem que os índios são bárbaros, responderemos que essas pessoas tem aldeias, vilas, cidades, reis, senhores e uma ordem política que, em alguns reinos, é melhor que a nossa. [...] Esses povos igualavam ou até superavam muitas nações e uma ordem política que, em alguns reinos, é melhor que a nossa. [...] Esses povos igualavam ou até superavam muitas nações do

22 RIBEIRO, 1995, p. 67.

23 Para efeito do presente trabalho adota-se a expressão “povos originários” ao invés de qualquer expressão depreciativa ou estereotipada como “índios”. Entende-se por povos originários as etnias não europeias que habitavam e habitam os territórios “descobertos” no século XIII e XIV e que foram colonizados (encobertos). Não se adota a expressão “índios” uma vez que esta refere-se aos povos oriundos da Índia, que era o propósito das grandes navegações: ir até as índias. No corpo do trabalho o uso da expressão “índios” deve-se ao seu emprego no texto constitucional brasileiro e em algumas referências bibliográficas citadas, apenas e tão somente.

24 LAPLANTINE, 2004, p. 26.

mundo conhecidas como policiadas e razoáveis, e não eram inferiores a nenhuma delas. Assim, igualavam-se aos gregos e os romanos, e até, em alguns de seus costumes, os superavam. Eles superavam também a Inglaterra, a França, e algumas de nossas regiões da Espanha. [...] Pois a maioria dessas nações do mundo, senão todas, foram muito mais pervertidas, irracionais e depravadas, e deram mostra de muito menos prudência e sagacidade em sua forma de se governarem e exercerem as virtudes morais. Nós mesmos fomos piores, no tempo de nossos ancestrais e sobre toda a extensão de nossa Espanha, pela barbárie de nosso modo de vida e pela depravação de nossos costumes.²⁵

De forma estereotipada à época, Sepúlveda expõe o seu pensamento acerca dos povos originários, considerando-os “espíritos lentos”, “preguiçosos”, aduzindo que “são por natureza servos” e que os mesmos devem se adaptar ao modo de vida dos colonizadores e, se houver recusa, defende a ideia de guerra justa dos povos civilizados em face dos bárbaros. Nas palavras de Sepúlveda²⁶:

Aqueles que superam os outros em prudência e razão, mesmo que não sejam superiores em força física, aqueles são, por natureza, os senhores; ao contrário, porém, os preguiçosos, os espíritos lentos, mesmo que tenham as forças físicas para cumprir todas as tarefas necessárias, são por natureza servos. E é justo e útil que sejam servos, e vemos isso sancionado pela própria lei divina. Tais são as nações bárbaras e desumanas, estranhas à vida civil e aos costumes pacíficos. E será sempre justo e conforme o direito natural que essas pessoas estejam submetidas ao império de príncipes e de nações mais cultas e humanas, de modo que, graças à virtude destas e à prudência de suas leis, eles abandonem a barbárie

25 *Apud* LAPLANTINE, 2007, p. 39.

26 *Apud* LAPLANTINE, 2004, p. 26.

e se conformem a uma vida mais humana e ao culto da virtude. E se eles recusarem esse império, pode-se impô-lo pelo meio das armas e essa guerra será justa, bem como o declara o direito natural que os homens honrados, inteligentes, virtuosos e humanos dominem aqueles que não têm essas virtudes.²⁷

Laplantine²⁸ ressalta que as ideologias narradas nas escritas de Las Casas e Sepúlveda estão presentes até hoje, mesmo quatro séculos após o embate, em que a cultura diferente são expostas e tratadas de forma estereotipada, ou seja, havia posições que consideravam os povos originários seres bárbaros, servos por natureza, recebendo tratamento desigual dos povos colonizadores, negando-lhes a dignidade humana.²⁹

O Estado moderno europeu subjugava o diferente, ocultava o outro, negando-lhes igual tratamento. Os povos originários foram colonizados (assimilados) ou mortos, fundando uma forma de pensar tipicamente europeia, de padronização ou exclusão do diferente, essência da modernidade centralista fundada pelo velho continente.

Um argumento muito utilizado na construção dos Estados Modernos, fundados na identidade nacional única e homogênea, em que o panorama sociocultural pluralista dos povos indígenas foi falseada “em nome da integração à comunhão nacional e da unicidade de território”.³⁰ Com os povos indígenas a integração sig-

27 Ressalta MAGALHÃES que, “a despeito dos reconhecidos esforços de Las Casas, a tese de Sepúlveda terminou por prevalecer, fornecendo a fundamentação para a conquista e exploração. A missão civilizatória europeia se propagou pelo mundo e, segundo Wallerstein, assumiu novas roupagens, em grande medida institucionalizadas pelas normas internacionais: a defesa dos Direitos Humanos, e os debates em torno do multiculturalismo, universalismo, direito de ingerência e *Estados Fracassados*, a pretensa superioridade da civilização ocidental (diante do *choque de civilizações*) e a verdade científica do mercado, postulados da eficiência e naturalização das estruturas mercadológicas, em nível nacional e internacional” (2012, p. 105).

28 LAPLANTINE, 2004, p. 26.

29 LAPLANTINE, 2004, p. 26.

30 CUNHA, 2003.

nificou a exclusão, uma vez que os povos originários perderam a sua essência, sendo transformados em *não índio*, em um indivíduo moderno.³¹ Dantas ressalta que:

A integração significa transformar os índios em não índio, em indivíduo moderno; e suas sociedades, em comunidades marginalizadas social e culturalmente plasmadas no todo homogêneo da comunhão nacional. Significa negar a pluralidade cultural que representam as sociedades indígenas e justifica os interesses da determinação conceitual que fundamenta as sociedades modernas: povo único, cultura única, logo, nação única, e, portanto, equivalente base social do Estado moderno.³²

A construção do Estado Moderno foi marcada pela promoção e identificação entre nação e Estado, ou seja, para cada Estado uma nação, o que acarretou no surgimento da noção de nacionalidade. Entretanto, trata-se de uma *realidade abstrata* ou *fictícia*, um vez que sempre houve uma diversidade de povos dentro do território demarcado pelo Estado.³³

A primeira perspectiva do Estado Moderno consistiu em um viéz igualitário uniformizante, por meio da homogeneização cultural. Tal fato deve-se, em parte, ao nacionalismo e a formação da identidade nacional, que apresentaram uma narrativa uniformizadora.³⁴

A formação da identidade nacional parte do pressuposto de que a ideia de “nação” consiste em um mecanismo construído de representação da unidade cultural, social e política de um povo,³⁵ por meio da fixação de um “sentimento” cultural que é comparti-

31 DANTAS, 2003, p. 36.

32 DANTAS, 2003, p. 36.

33 DANTAS, 2003, p. 78.

34 BUNCHRAFT, 2004.

35 BUNCHRAFT, 2004.

lhado pelos membros da nação³⁶, por meio do reconhecimento de um passado comum, retratado por um grupo dominante³⁷ que edificou tradições inventadas³⁸ ou “reapropriadas, mitos fundadores da nação, lendas de tradição oral, versões oficiais da história, no espaço geograficamente delimitado do Estado-nação”.³⁹

A secularização, industrialização, burocracia e a comunicação de massas, assim como mudanças no seio social e político, consistiram em um reduto propício para o surgimento da nação e do nacionalismo, por meio da criação de um sentimento de identidade nacional⁴⁰.

O debate contemporâneo do Estado-Nação Moderno consiste na sua perspectiva assimilacionista e homogeneizadora⁴¹, que “assegura”⁴² um tratamento igualitário descaracterizante das peculiaridades (multi) culturais presentes no seio do território, o que acarreta na *negação* da diferença de grupos minoritários politicamente, o que enseja um tratamento excludente.

O desafio consiste em tracejar linhas argumentativas de modo a propiciar a inclusão de todos os grupos minoritários, com especial nuance para as *minorias culturais*, especialmente no Brasil em que temos o reconhecimento de 140 etnias indígenas, com formas de vidas peculiares.

36 Hobsbawm ressalta que nação, em conceituação contemporânea, significa *Estado ou corpo político* que tem como característica o reconhecimento de um “centro supremo de governo comum”, assim como o “território constituído por esse Estado e seus habitantes, considerados como um todo” (2008, p. 27).

37 BUNCHRAFT, 2004.

38 ANDERSON, 2008.

39 BUNCHRAFT, 2004. Conforme a autora em comento, “os pensadores que integram esta linha de pensamento, socorrendo-se de fatos da história de nações concretas, procederam a um enquadramento histórico do fenômeno do nacionalismo e das condições do aparecimento do Estado-nação que permitiu esclarecer a gênese, a permanência e o alcance da identidade nacional como forma de identidade coletiva típica da modernidade”.

40 BUNCHRAFT, 2004; GELLNER, 1998.

41 KYMLICKA, 2007; MAGALHÃES, 2011.

42 Ao se falar em assegurar, afirma-se que constitui institucionalmente com meios de manutenção do sistema, com instituições especialmente criadas para tanto, como Leis, Juízes, Polícia, de modo que o funcionamento do sistema esteja garantido.

Interessante observar que, conforme Hall⁴³ há um processo de formação e transformação da identidade nacional, em que “a nação não é apenas uma entidade política, mas algo que produz sentidos: um sistema de representação cultural”.⁴⁴ A configuração representativa de Nação não é formada apenas pelo *vínculo legal da cidadania, mas pela ideia simbólica de uma cultura nacional*. Tal característica, segundo Hall, sustenta o sentimento de lealdade e identidade nacional.⁴⁵

O modelo de Estado Nação apresenta como a aspiração moderna em um número considerável de países no globo terrestre, em que, conforme Kymlicka, consiste em um modelo de Estado em cujo governo é exercido pelo grupo dominante, que se vale de sua força político-econômica para *promover* a unificação de sua identidade, língua, história, cultura, literatura, mitos, religião, dentre outros,⁴⁶ e que apresenta suas afinidades-identidades como expressão uniformizadora da nacionalidade de um território.

En la mayor parte de los países occidentales, esta aspiración (o ilusión) de la homogeneidad nacional debió ser edificada de forma activa por el Estado a través de un conjunto de políticas de “construcción nacional” que privilegiaba la identidad nacional deseada a expensas de cualquier otra, además de emplear políticas públicas que promovieran y consolidaran una lengua nacional común, la historia y la mitología nacionales, los héroes y los símbolos nacionales, una literatura nacional, un sistema educativo nacional, medios de

43 HALL, 2006.

44 BUNCHAFT, 2004, p. 14; HALL, 2006, p. 48-49.

45 BUNCHAFT, 2004, p. 14; HALL, 2006, p. 48-49. Ressalta Bunchaft que “A formação de uma cultura nacional contribuiu para criar padrões de alfabetização universais, generalizou uma única língua vernacular como o meio dominante de comunicação em toda a nação, criou uma cultura homogênea e manteve instituições culturais nacionais, como por exemplo um sistema de educação nacional” (2004, p. 14).

46 KYMLICKA, 2007, p. 76.

comunicación nacionales, un ejército común y, en algunos casos, una única religión.⁴⁷

Conforme Magalhães, o Estado moderno apresenta como característica fundamental a *uniformização e normalização de condutas e essa homogeneização* é que garante a efetividade do poder estatal e a formação da identidade nacional é considerada uma necessidade, de modo que os inúmeros grupos presentes no território sejam marcados por uma identidade centralizada, sobrepondo sobre as preexistentes.⁴⁸

Esta modernidade uniformizadora decorre de duplo movimento interno nestes novos estados que podem ser representados com clareza na expulsão dos mais diferentes (por exemplo, os mouros e judeus da península ibérica) simbolizada pela queda de Granada em 1492 e a uniformização dos menos diferentes pela construção de uma nova identidade nacional (espanhóis e portugueses, por exemplo), por meio de um projeto narcisista de afirmação de superioridade sobre o outro (o estrangeiro inferior, selvagem, bárbaro ou infiel que cria o dispositivo “nós X eles”) e da uniformização de valores por meio da religião obrigatória que se reflete no direito moderno com a uniformização do direito de família e do direito de propriedade que permite e sustenta o desenvolvimento do capitalismo como base da economia moderna (com a criação de uma moeda nacional, um banco nacional, um exército nacional e uma polícia nacional essencial ao capitalismo).⁴⁹

Digno de nota que a característica padronizadora e hegemônica norteia todo o direito moderno, de modo que também o di-

47 KYMLICKA, 2007, p. 76.

48 MAGALHÃES, 2012, p. 18.

49 MAGALHÃES, 2012, p. 18.

reito internacional, de raízes europeias, estabelece a superioridade de países do velho continente em detrimento dos demais, que são subjugados jurídica e politicamente, conforme se depreende da análise de documentos históricos como o Tratado de Versalhes e a Carta das Nações Unidas.⁵⁰

A construção do Estado Moderno foi marcada pela promoção e identificação entre nação e Estado, ou seja, para cada Estado uma nação, o que acarretou no surgimento da noção de nacionalidade. Entretanto, trata-se de uma *realidade abstrata* ou *fictícia*, uma vez que sempre houve uma diversidade de povos dentro do território demarcado pelo Estado.⁵¹

Nunca é demais ressaltar que o nexos entre o direito moderno e o direito à diversidade consiste em que, fundado em correntes naturalistas e positivistas, e baseada em padrões culturais centralizadores de grupos dominantes, o Estado Moderno *desconsidera a diversidade social existente* e, não raro, chega ao ponto de negá-la.⁵²

A formação brasileira do Estado moderno, organizado nos moldes do Estado Nacional Europeu igualmente foi sentida pelos povos indígenas, uma vez que houve a ampliação das fronteiras agrícolas e houve a exacerbação da busca por riquezas naturais no interior do vasto território brasileiro, sendo que por meio desta *política do desbravamento*, “os governos trataram os povos indígenas contatados como obstáculos ao desenvolvimento e suas terras, vidas e sociedades foram violadas”.⁵³

Contemporaneamente, para o resguardo dos direitos fundamentais, uma parcela da doutrina entende que *é imprescindível que haja a presença do Estado*, estruturado de modo que o poder

50 MAGALHÃES, 2012, p. 18. Ressalta o autor que a previsão do Conselho de Tutela e o Conselho de Segurança são traços marcantes dessa posição internacional hegemônica de uns países (os componentes permanentes do Conselho de Segurança) em face dos demais países integrantes da ONU.

51 DANTAS, 2003, p. 78.

52 MAGALHÃES, 2012. BORGES DA SILVA, 2007.

53 CUNHA, 2003; DANTAS, 2003.

seja exercido sobre uma base territorial⁵⁴, dotado de instituições permanentes para tanto, como Administração Pública, Poder Judiciário, Polícia, bem como dotado de um aparato prestador de educação e propaganda política⁵⁵.

O Estado, na acepção moderna, é “condição básica para justificar a existência de direitos fundamentais”.⁵⁶ Canotilho salienta que o “Estado de direito é um *Estado de direitos fundamentais*”.⁵⁷ Para ele, o coração do Estado, adjetivado de Direito, é a previsão de um sistema de direitos fundamentais. Salienta Ingo Wolfgang Sarlet que há “intima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito”.⁵⁸

1.3. Anatomia da exclusão estatal: o Estado Moderno como motor ideológico do capitalismo

Outra faceta relevante consiste na consideração da relação entre Estado e Capitalismo, uma vez que, na acepção de Marx, o Estado é concebido como instrumento de dominação da classe hegemônica que detém os meios de produção, e o Estado, nesta perspectiva, dominado politicamente, é trabalhado como um aparelho de coerção e repressão, em que os operadores da força de trabalho se sujeitam a um processo de exploração da “mais-valia”.⁵⁹

54 Território entendido como “extensão ou base geográfica do Estado, sobre a qual ele exerce a sua soberania e que compreende todo o solo ocupado pela nação, inclusive ilhas que lhe pertencem, rios, lagos, mares interiores, águas adjacentes, golfos, baías, portos e tb. a faixa do mar exterior que lhe banha as costas e que constitui suas águas territoriais, além do espaço aéreo correspondente ao próprio território” (cf. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa).

55 DIMOULIS e MARTINS, 2007, p. 25.

56 DIMOULIS e MARTINS, idem, ibidem.

57 CANOTILHO, 1999, p. 53.

58 SARLET, 2009, p. 58.

59 CHEVALLIER, 1999, p. 314.

Enquanto organização política, apresenta a função primordial de garantir e preservar a afirmação da identidade coletiva do grupo detentor do poder, trabalhado simbolicamente como proteção da sociedade e salvaguarda da ordem⁶⁰, em que apresenta-se, ideologicamente e coercitivamente, como ente assecuratório da coesão da sociedade homogeneizada, em que “é através do político que um grupo social afirma sua existência e assegura sua manutenção”.⁶¹ Sobre tal perspectiva, ressalta Chevallier que:

O Estado detém o *poder de coerção*, a partir do instante em que cabe a ele elaborar as normas que se impõe a seus cidadãos e de velar pela aplicação delas através do estabelecimento de um sistema de sanções organizadas. Esse poder de coerção se caracteriza pela vinculação indissolúvel da norma jurídica e da força material: a norma jurídica apoia-se sobre a força material, que garante a execução de suas prescrições; a força material se apaga por detrás da norma jurídica que garante a justiça de sua utilização.⁶²

Diversos fatores foram marcantes para o surgimento do e consolidação do capitalismo, tais como acontecimentos históricos, científicos, religiosos, políticos, culturais. Observa-se que inicialmente será apresentado o modelo de produção feudal, que deu início ao modelo de produção moderno. O capitalismo, enquanto sistema econômico é um instrumento e um meio do poder. Foucault no seu livro *Microfísica do Poder*, ressalta que:

O poder [...] não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detém exclusivamente e aqueles que não o possuem e a de que são submetidos. O poder deve ser examinado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado

60 CHEVALLIER, 1999, p. 314.

61 CHEVALLIER, 1999, p. 314.

62 CHEVALLIER, 1999, p. 314.

aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado com uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas, os indivíduos não só circulam, mas estão, sempre, em condições de o exercer e de sofrer a sua ação: nunca são o alvo inerte ou consentido do poder: são sempre centros de transmissão.⁶³

O capitalismo, enquanto meio de poder, é exercido por aqueles que são os detentores do capital, os quais o exercem diante de toda a sociedade de um modo geral, inclusive em campos até então antagônico ao econômico, como no político e social. Em concepção oposta a de Foucault, Bobbio enfatiza que poder político é aquele que se recorre à força⁶⁴ em última instância, porque detém o monopólio do poder.

A dimensão econômica do poder⁶⁵ vale-se do uso de bens necessários, em uma situação de escassez, de modo a induzir os que não os possuem a adotar uma conduta, consistente principalmente na execução de um trabalho útil. Ao se ter a posse dos meios de produção, nasce o poder econômico, uma vez aqueles que os possuem que detém uma fonte considerável de poder em detrimento daqueles não os tem, culminando na aptidão de determinar o âmbito de atuação do comportamento alheio.⁶⁶

63 FOUCAULT, 1981, p. 142.

64 Descreve BOBBIO (1995, p. 83) que definir o poder político como o poder cujo meio específico é a força serve para fazer entender porque é que ele sempre foi considerado como o sumo poder, isto é, o poder cuja posse distingue em toda sociedade o grupo dominante. O poder coativo é aquele que todo grupo social necessita para defender-se dos ataques externos ou para impedir a própria desagregação interna. Nas relações entre os membros de um mesmo grupo social, não obstante o estado de subordinação que a expropriação dos meios de produção cria nos expropriados, não obstante a adesão passiva aos valores transmitidos por parte dos destinatários das mensagens emitidas pela classe dominante, apenas o emprego da força física serve para impedir a insubordinação e para domar toda forma de desobediência. Nas relações entre os grupos sociais, não obstante a pressão que pode exercer a ameaça ou a desistir de um comportamento tido como nocivo ou ofensivo, o instrumento decisivo para impor a própria vontade é o uso da força, isto é, a guerra.

65 Ou poder econômico.

66 BOBBIO, 1995, p. 82.

Bobbio ressalta que o poder ideológico é aquele que se vale da posse de certas formas de saber, doutrinas, conhecimentos, às vezes apenas informações, ou de códigos de conduta, para exercer uma influência sobre o comportamento alheio e induzir os membros do grupo a realizar ou não uma ação,⁶⁷ enfatizando que as três formas de poder – político, econômico e ideológico – apresentam, como característica comum, a colaboração para a instituição e manutenção da desigualdade social, “divididas em fortes e fracos com base no poder político, em ricos e pobres com base no poder econômico, em sábios e ignorantes, com base no poder ideológico”.⁶⁸

Um projeto que não se aplicaria à concepção marxista de poder, consiste na funcionalidade econômica do poder, no ponto de vista de que o poder tem o papel de manter relações de produção e visa reproduzir uma dominação de classe que o desenvolvimento e uma modalidade própria da apropriação das forças produtivas tornaram possível.⁶⁹ Assim, o poder político teria encontrado na economia sua razão de ser histórica, visto que encontraria no procedimento de troca, na economia da circulação dos bens, o seu modelo formal.

Na perspectiva de Foucault,⁷⁰ este analisou o poder sobre duas óticas, primeiro o esquema contrato-opressão, retratado pelo sistema jurídico e o esquema dominação-repressão ou guerra-repressão, de modo que o antagonismo referente não é entre legítimo-ilegítimo, como no precedente, mas entre luta e submissão. Assim sendo, nestas perspectivas sobre o poder, pode-se concluir que o capitalismo como modo de produção emprega a força através das duas óticas acima mencionadas, de acordo com seus interesses e necessidades.⁷¹

Retomando a questão do surgimento do capitalismo, destaca-se que o feudalismo na Europa ocidental pode ser definido com

67 BOBBIO, 1995, p. 83.

68 BOBBIO, 1995, p. 83. Griboggi, 2009.

69 GRIBOGGI, 2009, p. 45

70 FOUCAULT, 2002, p. 177. Griboggi, 2009, p. 45

71 GRIBOGGI, 2009, p. 45

um sistema econômico em que a servidão representou a relação de produção dominante e no qual a produção se organiza dentro e a volta da propriedade manorial.⁷²

O desenvolvimento das forças produtivas favoreceu o surgimento do Estado moderno, sendo que o modelo de produção capitalista, por necessitar de um Estado centralizador e homogêneo, que garantisse as trocas comerciais, deu força ao surgimento do Estado Moderno ocidental, que passou a ser monopolizador e o único legitimado a oferecer o Direito, nas vestes da prestação jurisdicional.⁷³

Griboggi, embasada no pensamento de Perroux, ressalta dentre estes motivos, o comércio internacional⁷⁴, as descobertas técnicas e as aplicações econômicas que marcaram a segunda metade do século XVIII.⁷⁵ Neste sentido, é possível apontar que as crenças religiosas, confessionais, as tradições, os costumes e as

72 GRIBOGGI, (2009, p. 45) enfatiza que *Manor* significa uma unidade territorial inglesa e consiste numa terra de lord que detém senhoria sobre os tenentes alodiais que os servem contra a obrigação de os proteger. Sistema de produção para o uso (SWEEZY, et al., 1978, p. 23).

73 GRIBOGGI, 2009, p. 45.

74 Perroux (*apud* Griboggi, 2009, p. 46), descreve que “as circunstâncias que prepararam o advento do capitalismo surgiram a partir do século XII, tais como as cruzadas que provocaram um acúmulo de capital mobiliário, que enriqueceu as Repúblicas Italianas e os Países Baixos, financiando as empresas e as regiões distantes, cobrindo os empréstimos dos príncipes. Os que operam com dinheiro, tais como os lombardos, os judeus e os estabelecimentos religiosos põem a render em comandita, em sociedades comerciais ou em empréstimos, à grande aventura. Do século XII ao XIV as Repúblicas Italianas passaram a oferecer tipos de capitalismo comercial e financeiro. O autor também menciona que os principais artesões do desenvolvimento das economias nacionais ou da economia mundial são as firmas dominantes, as economias nacionais dominantes, por meio das quais se realiza a exploração do homem pelo homem. O capitalismo no século XIV esteve ligado às descobertas marítimas, ao afluxo de metais preciosos, a Reforma, a desmaterialização e a mobilização dos capitais na forma de depósito em Bancos, títulos de Bolsas, ações de grande companhias, passando, então, a história do capitalismo se ligar à história de nações preponderantes e de grandes economias alternativamente dominantes. No séc. XVIII, a economia capitalista inglesa passou a ser dominante, após impulso da Revolução, sob ação do comércio externo, das inovações técnicas e econômicas, que introduziram a máquina, os motores e os processos modernos”.

75 GRIBOGGI, 2009, p. 46.

práticas dos judeus e protestantes influíram no aparecimento das instituições e das atividades do capitalismo.⁷⁶

A fé dos puritanos e dos calvinistas contribuiu para a formação dos centros comerciais, financeiros e industriais do capitalismo nascente, embasado na crença da predestinação, na convicção de que o êxito material é sinal do favor de Deus, a seriedade nos costumes e na prática dos negócios.⁷⁷ E que os judeus participaram amplamente do acúmulo dos capitais no final da Idade Média, dentre outros fatos, pela proibição canônica do empréstimo a juros.

No capitalismo das grandes nações, o artesão que fornecia a quase totalidade do trabalho e do capital em sua unidade passou a cercar-se de grande número de assalariados e, para financiar a expansão de seu negócio, teve de recorrer aos prestamistas e também à dependência dos artesões aos grandes colaboradores, que passaram a fornecer matéria-prima para aqueles que tinham dificuldades de conseguir, assegurando também mercado e consumo (processo chamado *verlag system*)⁷⁸ na medida em que se subordinaram ao grande comerciante, passando a perceber remuneração fixada num contrato.

Tal fato se deu pelo aumento progressivo da influência da unidade dominante ou por dificuldades que oprimiram a unidade dominada e assim a empresa capitalista ganhou importância, de modo que as grandes firmas da indústria, do comércio, dos transportes, do banco estenderam sua rede de influência e de ações sobre as firmas pequenas, as explorações artesanais e camponeses.⁷⁹ Durante os últimos anos do séc. XIX e início do século XX, as bases estratégicas de economia nas nações mais evoluídas pertenceram a empresas capitalistas. E a reunião dos capitais e sua distribuição são obras de empresas bancárias ou financeiras. Segundo Perroux, citado por Griboggi:⁸⁰

76 GRIBOGGI, 2009, p. 46.

77 GRIBOGGI, 2009, p. 46.

78 GRIBOGGI, 2009, p. 46.

79 FORGIONI, 2008.

80 *Apud* GRIBOGGI, 2009, p. 47.

[...] o sistema capitalista funciona em benefício das massas”, o autor explica que o movimento geral do sistema é favorável ao conjunto da população. E isto não acontece devido a acidentes históricos, o que se deve por tríplice razão: o capitalismo é feito para produção de massa, visa o ganho monetário líquido na medida em que se afirmam os direitos e os poderes do trabalhador assalariado, nos que pretende a não ser mediante a manutenção ou a extensão da produção global, sendo ele também um forte desenvolvimento do poder político de uma nação. O autor, mesmo sabendo que sua opinião é consensual, descreve que “a lógica do egoísmo de classe, do ganho puro, da dominação pura não são pensáveis até o fim. Há forças íntimas ao próprio sistema capitalista que lhe interditam esses efeitos cumulativos da exploração que ocupam lugar tão amplo na propaganda marxista.

A lógica do capitalismo é a do maior ganho monetário realizado principalmente por meio do uso constante da inovação e que lógica do capitalismo não é a mesma da política.⁸¹ Toda a sociedade capitalista funciona graças a setores sociais que não são impregnados nem animados do espírito de ganho e da busca do maior ganho. A política deve se preocupar com as liberdades, com a moral, deve manter a coletividade coesa e não pode renunciar a qualquer domínio de seus exercícios, o que não ocorre com o capitalismo, uma vez que “[...] a prosperidade, condições da dignidade, depende, para os homens do século XX, de um capitalismo que proceda bem”.⁸²

Para ilustrar, observa-se quanto à formação do capitalismo, que historicamente a ligação do Estado ao capitalismo deu-se juntamente com os movimentos sociais pós Revolução Industrial. Wood⁸³ explica que o capitalismo iniciou-se com o capitalismo agrário da Inglaterra, o qual já no século XVI apresentava desenvolvimento diferenciado, o que tornava os poderes autônomos

81 GRIBOGGI, 2009, p. 47.

82 GRIBOGGI, 2009, p. 47.

83 WOOD, 2000, p. 13.

cada vez mais concentrados no Estado, no qual a agricultura representava a base material da emergente economia, em que a classe dominante se caracterizou por dois aspectos: primeiro pela aliança com a monarquia centralizadora e segundo pela alta concentração da terra, em que o que faltava à classe proprietária em poder econômico para a extração do excedente era compensado pelo crescente poderio econômico. Fatores que levaram à concentração da propriedade da terra produtiva em grandes porções, não por camponeses proprietários, mas por arrendatários.⁸⁴

A relativa fraqueza dos poderes extra econômicos dos senhores de terras fez com que dependessem cada vez menos de sua habilidade de espremer mais renda dos arrendatários; por meios coercitivos diretos do que da produtividade desses mesmos arrendatários, estes por sua vez sofriam pressão dos senhores de terras e dos imperativos do mercado que exigiam o aumento da produtividade.⁸⁵

Com efeito, muitos agricultores se tornaram dependentes do mercado, que requeria a intensificação da exploração para o aumento da produtividade, com a exploração do trabalho dos outros, ou a auto exploração do agricultor e de sua família. Esse padrão foi reproduzido nas colônias.⁸⁶

Assim, o surgimento da propriedade capitalista iniciado com a agricultura inglesa no séc. XVI fez com que proprietários e arrendatários se preocupassem com o aumento da produtividade da terra visando ao lucro. Assim, nascia o capitalismo⁸⁷, com a maximização do valor de troca por meio da redução de custos e pelo aumento da produtividade, por intermédio da especialização,

84 WOOD, 2000, p. 13.

85 GRIBOGGI, 2009, p. 47.

86 WOOD, 2000, p. 18-19.

87 A autora considera as lições do capitalismo agrário descrevendo que ele não é consequência natural da natureza humana, mas um resultado tardio e localizado de condições históricas específicas, em que a universalização do capitalismo é resultado de suas próprias leis históricas internas de movimentos, os quais exigiram vastas transformações sociais. Conclui que não há como escapar da exploração enquanto os imperativos do mercado regularem a economia e governarem a reprodução social (WOOD, 2000, p. 28).

acumulação e inovação, que criou uma massa de expropriados, concretizando-se na Inglaterra o capitalismo agrário.⁸⁸

É relevante a afirmação de Wood⁸⁹ porque considera que o capitalismo não é consequência natural da natureza humana, mas um resultado tardio e localizado de condições históricas específicas, em que a *universalização do capitalismo* é resultado de suas próprias leis históricas internas de movimentos, que exigiram vastas transformações sociais e ainda conclui que não há como escapar da exploração enquanto os imperativos do mercado regularem a economia e governarem a reprodução social.⁹⁰

O florescimento do capitalismo criou possibilidades para a formação de uma nova classe social, proprietária que monopolizou os meios de produção. Estes novos agentes edificadores da chamada sociedade burguesa forjaram seus direitos com uma plena participação no controle das novas formas de organização do poder, atinente a um amplo processo de racionalização ético-filosófico e técnico-produtivo que contextualizou a modernidade capitalista e burguesa junto com uma cultura liberal individualista.⁹¹ Essa filosofia foi caracterizada como Liberalismo e surgiu com as condições materiais emergentes e as novas relações sociais (desenvolvimento do comércio, favorecimento de uma classe média individualista e produtiva).⁹²

O *liberalismo* tornou-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de *liberdade total* que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso, dentre outros.⁹³

De todas as expressões valorativas, a que mais direta e comumente encontra-se integrada ao liberalismo, é o individualismo.⁹⁴

88 WOOD, 2000, p. 17.

89 WOOD, 2000, p. 17.

90 GRIBOGGI, 2009, p. 48.

91 Vide WALLERSTEIN, 2007.

92 WOOD, 2000, p. 17.

93 GRIBOGGI, 2009, p. 48.

94 GRIBOGGI, 2009, p. 48.

Este é o aspecto nuclear da moderna ideologia liberal como expressão da moralidade social burguesa, que prioriza o homem como centro autônomo de decisões econômicas, políticas e racionais.

Dentre os pressupostos do capitalismo pode-se mencionar a propriedade privada dos meios de produção, para cuja ativação é necessária a presença do trabalho assalariado formalmente livre, o sistema de mercado, baseado na iniciativa e na empresa privada, não necessariamente pessoal e os processos de racionalização dos meios e métodos diretos e indiretos para a valorização do capital e a exploração das oportunidades de mercado para efeito de lucro.⁹⁵

Em crítica ao Direito, Mialle desenvolveu trabalho de relevo sobre o capitalismo, considerando que este se consolidou como modelo de desenvolvimento econômico e social do séc. XVII e XVIII, o que foi possível, dentre outros motivos, em razão da crise do feudalismo, da criação da burguesia e do proletariado. Observa-se que este último correspondeu aos servos advindos das glebas, que chegaram às cidades, despojados de dignidade, aos quais restava apenas sua força do trabalho⁹⁶.

O autor ainda descreve o modelo de produção capitalista como o processo de valorização de um capital por meio de uma força de trabalho comprada num mercado como mercadoria, explica que: “a compra da força de trabalho toma a forma de um salário, que é suposto representar o equivalente do dispêndio desta força de trabalho”, destacando ser oculto o fundamento do capitalismo, ou seja, a mais valia.⁹⁷

No que tange em específico ao surgimento do Estado moderno tem-se que a instauração do modelo de produção capitalista, iniciado na Inglaterra, pode se propagar pelos continentes e vem comandando um grande número de Estados e sociedades.⁹⁸ O Estado Moderno caracterizou-se como um Estado capitalis-

95 FORGIONI, 2008.

96 MIALLE, 1994, p. 117 e 118.

97 MIALLE, 1994, p. 118.

98 GRIBOGGI, 2009, p. 49.

ta baseado no grande desenvolvimento das forças produtivas, na divisão técnica e social do trabalho, na produção para o mercado nacional e internacional e na exploração do trabalho assalariado pelos proprietários dos meios de produção.⁹⁹

Todavia, esse modelo de produção passa por problemas gerados por diversos fatores, principalmente por sua incapacidade de resolução de conflitos sociais que ocasiona pela concentração de riqueza e concentração de propriedade privada nas mãos de poucos. Observa-se que diante desta realidade a sociedade não comporta mais o lucro incessante e o capital nas mãos de um grupo hegemônico e a falta de um sistema eficiente de (re)distribuição de riquezas, dentre outros fatores, culminando na exclusão daqueles não que integram o grupo detentor dos meios de produção e propriedade.¹⁰⁰

Outra questão a ser observada como problema a ser solucionado pelo capitalismo refere-se aos efeitos da globalização do capital, que vem atravessando fronteiras e trazendo impactos não mais locais, mas sim, globais.

Uma vez configurados os primórdios da sociedade moderna europeia no contexto da economia capitalista, da hegemonia social burguesa e dos fundamentos ideológico-filosóficos liberal-individualistas, ver-se-á que tipo de estrutura político-institucional reproduziu e assegurou a especificidade desses novos interesses. Trata-se da moderna organização estatal de poder, revestida pelo monopólio da força soberana, da centralização, da secularização e da burocracia administrativa.¹⁰¹

Por fim, destaca-se que o capitalismo influenciou o mundo, trazendo grandes desigualdades sociais, contudo, o mito do monismo jurídico fundado pelo Estado moderno nada mais representou do que uma construção ideológica, visando impor uma pretensa e ilusória unicidade normativa que, ao longo desses últimos quatro séculos da história ocidental, tenta sufocar a pluralidade existente no plano fático.¹⁰²

99 GRIBOGGI, 2009, p. 50.

100 GRIBOGGI, 2009, p. 50.

101 GRIBOGGI, 2009, p. 48.

102 BORGES DA SILVA, 2007, p. 87.

2. A violência da prática uniformizadora e seus meandros

Abordar-se-á no presente capítulo as diversas nuances da violência sofrida pelos grupos minoritários, valendo-se, para tanto, das considerações teóricas de Žižek, contextualizando com os propósitos inclusivos da Constituição Brasileira de 1988, que tem por objetivos fundamentais a premissa de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), um conceito importante para demonstrar a linha de raciocínio consiste no de *minorias*.

2.1. As minorias

A delimitação teórica das minorias é relevante para demonstrar a situação de inferiorização a tracejada pelo Estado Moderno em face de determinados grupos, mormente os povos originários. Minorias, conforme Pagliarini é o “grupo social politicamente fragilizado e posto em posição subalterna”.¹⁰³

Imperioso salientar que *minorias* não se relacionam com o aspecto quantitativo populacional de um grupo – quantidade de pessoas –, mas sim ao *status* político no espectro de reconhecimento dos direitos no âmbito estatal se comparados com outro grupo, seja

103 PAGLIARINI, 2012, p. 254.

em virtude de razões ligadas à nacionalidade, ou de índole étnica, religiosa, política, racial, sexual ou econômica.¹⁰⁴

2.2. A violência e suas formas

Etimologicamente, violência significa “ação ou efeito de empregar força física ou intimidação moral contra”¹⁰⁵ alguém ou, ainda, o “constrangimento físico ou moral exercido sobre alguém, no sentido de submetê-lo à vontade alheia”.¹⁰⁶ Como ressaltado, o sistema capitalista necessita das práticas uniformizadoras, a que se pode chamar de *homogeneização* e, quem segue o tipo descrito é considerado normal, mas que este tipo de prática do único agir possível é fonte de violência do sistema para com a essência diversificada da humanidade. Jurandir Freire Costa ressalta que:

Por este termo entendemos toda imposição de enunciados sobre o real que leva a criança a adotar como referencial exclusivo de sua orientação no mundo a interpretação fornecida pelo detentor de saber. O indivíduo cronifica a posição de dependência e perde ou amputa a capacidade de criar seu próprio elenco de significados. O mundo representado sofre restrição, fruto da privação sinalética. O funcionamento mental do sujeito, simbolicamente violentado na infância, torna-se inibido, paralisado ou distorcido, em maior ou menor extensão, conforme a natureza e intensidade da violência.¹⁰⁷

104 Ressalta Pagliarini que “segundo pesquisas governamentais, mulheres e descendentes de indígenas e de africanos, no Brasil, formam a maioria de nossa população, e não a minoria. Entretanto, ambas as categorias são vítimas de discriminações que violam o princípio constitucional da igualdade” (2012, p. 255).

105 Conforme Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.

106 SWENSSON JR., 2012, p. 421.

107 COSTA, 2003, p. 97.

A dominação estrutural da intersubjetividade a que propõe o *jogo capitalista*, para Bourdieu¹⁰⁸, retrata a *violência simbólica*, uma vez que os aparatos estruturais e estruturantes criados – dentre eles o Estado Moderno e suas instituições – apresentam a função instrumental de garantir a imposição da dominação – ou sua legitimação – que visam efetivar a posição hegemônica de determinado grupo (as maiorias) em face das minorias (classe subalterna, dominada, inferiorizada), fazendo com que o poder estatal e a estrutura de mercado propicie a “domesticação dos dominados”, conforme exposto por Weber.

Não pretendemos apresentar uma análise pormenorizada ou um diagnóstico de todas as situações possíveis, o que foge ao propósito do presente trabalho, mas sim traçar algumas breves considerações sobre como a violência do sistema moderno está contido no nosso quotidiano e, busca-se, ao menos em tentativa, uma denúncia ao sistema e à efetivação dos direitos fundamentais das minorias, por meio da explanação das diversas faces a que os grupos minoritários estão sujeitos.

Acredita-se que o ganho teórico da análise de Žižek consiste em vislumbrar uma visão para além da violência observável, ou seja, pensar a violência desde a sua complexidade, isto é, desde as relações não observáveis, mas que culminam no funcionamento do sistema opressivo e explorador vivido cotidianamente.¹⁰⁹

O que Žižek pretende é fazer uma análise da violência e do que a gera a partir de outra perspectiva, tanto dando um passo para trás quanto a mirando marginalmente. Nas palavras do autor:

Minha premissa subjacente é que existe algo inerentemente mistificador em uma confrontação com esta [a violência]: o dominante horror pelos atos violentos

108 BOURDIEU, 2000.

109 O presente tópico se baseia exclusivamente na obra de Slavoj Žižek, intitulado. **Violência: seis notas à margem**. Lisboa: Relógio D'água Editores, 2009 e todas as expressões em aspas ou ideias se baseiam nesta obra.

e a empatia com as vítimas inexoravelmente funciona como uma armadilha que nos impede de pensar.¹¹⁰

Outro ponto fundamental retratado por Žižek consiste na “onda” de violências físicas diretas, como assassinatos em massa, terror e, principalmente, a violência ideológica retratada – causada e fomentada – pelo sistema capitalista, culminando nos sintomas *racismo, incitação, discriminação sexual* entre outras. A partir desta estratégia, Žižek distingue três tipos de violência:

a) A *subjetiva*, que é mais visível, feita por agentes claramente identificáveis, sendo “vista como uma perturbação do ‘normal’, do estado pacífico das coisas”.

b) A *objetiva*, também chamada de sistêmica, definida “precisamente como a violência inerente a este ‘normal’ estado das coisas”, que é composto pelas “geralmente catastróficas conseqüências do funcionamento de nosso sistema econômico e político”.

c) A *simbólica*, a “mais fundamental forma de violência [...] que pertence à linguagem¹¹¹ como tal, por sua imposição de um certo universo de significado”, desenvolto em suas diversas formas de manifestação, principalmente na política de divisão de classes.

110 ŽIŽEK, 2009.

111 Ressalta MAGALHÃES que “o Estado moderno homogeneizou a linguagem, os valores, o direito, por meio de imposição do vitorioso militarmente. A linguagem é, neste Estado moderno, um instrumento de dominação. Poucos se apoderam da língua, da gramática e dos sentidos que são utilizados como instrumento de subordinação e exclusão. O idioma pertence a todos nós e não, a um grupo no poder. A linguagem, é claro, contém todas as formas de violência geradas pelas estruturas sociais e econômicas. Logo, o diálogo a ser construído entre culturas e pessoas deve ser despido de consensos prévios, construídos por esses meios hegemônicos. Tudo deve ser discutido levando-se em consideração a necessidade de descolonização dos espaços, linguagens, símbolos e relações sociais, pessoais e econômicas. O diálogo precisa ser construído a partir de posições não hegemônicas, e isto não é só um discurso mas também uma postura (2012, p. 56).

2.3. A violência para Žižek

Na perspectiva de Žižek, a violência simbólica é formada pela linguagem, ao passo que a violência sistêmica ou objetiva, é retratada pelas condições econômicas e políticas, ao qual a realidade posta é mostrada como “normal”, como algo naturalizado. Na última perspectiva, a da violência subjetiva, é considerada aquela em que se observa quotidianamente, sendo perceptível aos olhos de todos.¹¹² Ainda na introdução, o autor explica que pretende fazer “uma análise crítica da presente constelação global”, frente à qual “não oferece nenhuma solução clara, nenhum ‘conselho’ prático sobre o que fazer”, de modo que recusa qualquer engajamento, em prol de distanciar-se das aparentes urgências na tentativa de apreender o que gera a violência. Ressalta Toscano Junior, que:

[...] violentamente simbólica a ascendência do masculino sobre o feminino em boa parte das religiões, através do discurso da mulher como “submissa” ao homem; foi simbólica a violência exercida pelo invasor europeu contra os povos nativos das américas, no processo de submissão da cultura local e imposição da modernidade, sob a alegação de que os nativos eram aculturados ou primitivos e precisariam de “ajuda”; e a prática atual dos Estados Centrais, em especial os Estados Unidos, de trazer a “liberdade” aos outros povos, escondendo as reais intenções de usurpação e dominação estratégica do petróleo ou de territórios

112 Explica TOSCANO JUNIOR (2012), que “usualmente, nós a percebemos apenas como uma quebra do padrão “normal” de ordem ou de tranquilidade, através de uma conduta que viole ou ameace a vida ou o patrimônio de alguém, de uma comunidade ou até mesmo de um Estado, através de uma agressão materializada por um ato que também pode partir de uma pessoa, de um grupo e até de exércitos. Essa qualidade de “anormalidade” da violência a torna tão facilmente perceptível. A ela se dá o nome de violência subjetiva, em contraposição à violência objetiva (Slavoj Žižek), cuja existência não é em geral percebida, porém nem por isso deixa de condicionar a prática de atos que chamamos comumente de violência”.

geograficamente importantes. Essa violência é instrumental e estratégica, pois tem o fim de anestésiar e domesticar os que a ela são submetidos.¹¹³

Trabalha Žižek com a ideia de que o liberalismo sustentado pela violência sistêmica culturaliza ou naturaliza a política e, como isso a exploração é mascarada sob a forma de diferenças culturais. Diferenças observadas principalmente como fenômenos individuais, uma vez que com a política de fim da história cunhada por Fukuyama, a autonomia e a liberdade individual se mantêm acima da solidariedade coletiva.¹¹⁴

O sistema liberal, para Žižek, exerce uma violência e é intolerante quando os indivíduos de outras culturas não são dadas a liberdade de escolha, ou seja, se reconhece a liberdade de escolha, de ir e vir na estrutura liberal, mas, na realidade, consiste em um consentimento de opressão e exploração, por negar, às culturas, o direito à autodeterminação.¹¹⁵

Elucida que não existe uma liberdade de ação realmente livre no mundo capitalista liberal, face a violência sistêmica existente e, uma das formas de utilização desta violência consiste na utilização do discurso dos direitos humanos universais¹¹⁶ como forma de legitimação da dominação hegemônica. Ressalta que a violência é um macro conceito constituído por múltiplas relações, sendo que nem todas são observáveis ou mensuráveis, mas que são irredutíveis frente à razão instrumental.¹¹⁷

No primeiro ensaio, intitulado “SOS Violência”, Žižek condena as campanhas que pedem o fim da violência ao mostrar que elas reduzem-na somente à violência subjetiva, “que é apenas a mais visível das três”, mas que a tarefa, ao contrário, é mostrar “a complexa in-

113 TOSCANO JUNIOR, 2012.

114 ŽIŽEK, 2009.

115 ŽIŽEK, 2009.

116 ŽIŽEK, 2009.

117 ŽIŽEK, 2009.

teração dos três modos de violência, subjetivo, objetivo e simbólico”. O autor ressalta que a violência objetiva necessita ser compreendida historicamente, pois esta ganha uma nova forma no capitalismo e, a partir da análise de Marx, demonstra para o fato de a violência do capitalismo “não ser mais atribuível a indivíduos concretos e suas ‘más’ intenções”, ao contrário, esta é “‘objetiva’, sistêmica, anônima”.

Vivemos em uma cegueira deliberada historicamente frente à violência sistêmica, e é perceptível nas discussões sobre a prática de “crimes”, que são adjetivados¹¹⁸, que são imputáveis facilmente a alguém ou a uma “ideologia totalitária” ou contrária ao sistema posto, sendo que, frente “os milhões que morreram como resultado da globalização capitalista, desde a tragédia do México no século XVI até o holocausto no Congo Belga há um século, a responsabilidade é largamente negada”.¹¹⁹

Ou seja, os genocídios praticados em nome da implementação do modelo capitalista de produção é estrategicamente negado ou encoberto, e “tudo isto parece apenas ter ocorrido como o resultado de um processo ‘objetivo’, que não foi planejado e executado por ninguém e para o qual não existe um ‘Manifesto Capitalista’”.¹²⁰

A partir desta observação, Žižek analisará a curiosa figura do ‘*comunista liberal*’,¹²¹ que acredita que “mercado e responsabilidade social não são opostos” e que “podem ser reunidos com benefício mútuo” ao passo que os comunistas liberais são pragmáticos e querem resolver os problemas concreto, e, para tal, “engajar pessoas, governos e negócios em uma empresa comum”, sendo que o verdadeiro objetivo dos comunistas liberais é mudar o mundo, e dizem que para “realmente ajudar pessoas, você deve ter os meios para fazer isto, e como a experiência do fracasso sombrio de todas

118 O autor fala em *crimes comunistas*.

119 ŽIŽEK, 2009.

120 ŽIŽEK, 2009.

121 Comunista por haver uma pretensa preocupação com o *interesses tidos como coletivos*. Liberal por valer-se do sistema capitalista liberal como *modus vivendi*, o que é um paradoxo, ou uma contradição em seus próprios termos.

as abordagens estatais e coletivistas centralizadas ensinam, a iniciativa privada é uma via eficiente”.¹²²

Exemplos de comunistas liberais são George Soros e Bill Gates - que questiona “para que serve ter computadores, se pessoas não tem o que comer e estão morrendo de disenteria?”, que dedicam metade de seu tempo para especular no mundo financeiro e a outra metade em atividades filantrópicas, “quando doa sua riqueza acumulada para o bem público, o capitalista nega a si mesmo como mera personificação do capital e sua circulação reprodutiva: sua vida adquire significado”.¹²³

Contudo, para Žižek a “caridade é a máscara humanitária que esconde a face da exploração econômica”, o que “hoje o comunista liberal dá com uma mão é o que primeiro tirou com a outra”. De modo que contemporaneamente, aduz que a figura exemplar do mal não é aquele que polui o ambiente ou vive em um mundo violento e com os laços sociais destruídos, mas sim o que, “enquanto totalmente engajado criando as condições para a devastação e poluição universal, [...] vive em condomínios fechados, come alimentos orgânicos, passa as férias junto à natureza etc.”.¹²⁴

Assim, o autor conclui este primeiro ensaio dizendo que enquanto o comunista liberal combate a violência subjetiva, ele cria e alimenta, concomitantemente, a violência estrutural que explode sobre a forma de violência subjetiva. Por isso não devemos ter ilusões, “o comunista liberal é o inimigo de cada luta progressista atual”, pois “precisamente por querer resolver todo o mau funcionamento secundário do sistema global, os comunistas liberais são a encarnação direta do que é errado no sistema como tal”.¹²⁵

O segundo ensaio, “Temais teu vizinho como a ti mesmo”, tem como temas centrais a figura do vizinho, isto é, do “outro”. A violência simbólica, como retratado, é também entendida como

122 ŽIŽEK, 2009.

123 ŽIŽEK, 2009.

124 ŽIŽEK, 2009.

125 ŽIŽEK, 2009.

violência da linguagem e apresenta o medo como fator estruturante.¹²⁶ Žižek explica a política contemporânea como uma “bio política pós política”: “pós política é a política que pretende abandonar as velhas lutas ideológicas em prol de uma gerência e administração especializadas”, “enquanto bio política designa a regulação da segurança e do bem-estar das vidas humanas como primeiro objetivo”.

Há uma pretensão de formação de um paradigma de despolitização, por meio da mobilização das pessoas através do medo. Deste modo, o propósito de *tolerância com* “o outro”, enquanto proposta dos liberais, é oposta a um medo incessante de ser importunado, ou seja, tolera-se o outro desde que não haja assédio por parte do mesmo, de modo que não se intrometa com a sua presença.¹²⁷

A tolerância vislumbrada para com o outro é contrastada com a *rejeição dos direitos dos grupos minoritários*, em que, se implementados os seus direitos fundamentais, podem colocar em permanente ameaça de assédio ao modo de vida conquistado pelo grupo hegemônico.¹²⁸ Interessante aventar algumas ponderações formuladas por Žižek, que questiona: “Pode haver um contraste maior do que aquele entre o respeito pela vulnerabilidade do outro e a redução do outro à mera vida nua regulada pelo conhecimento administrativo?” A esta indagação, responde:

O que estes dois polos partilham é precisamente a subjacente recusa de uma causa maior, a noção de que o objetivo último de nossas vidas é a vida mesma. É por isso que não existe contradição entre o respeito pelo Outro vulnerável e a prontidão para justificar a tortura, a expressão extrema do tratamento de indivíduos como *Homini Sacer*.¹²⁹

126 “A violência simbólica, termo elaborado por Pierre Bourdieu, caracteriza-se pela fabricação, através do discurso, de falsas crenças que induzem o indivíduo a acreditar, a consentir e a se comportar de acordo com os padrões desejados pelo *Establishment*” (TOSCANO JUNIOR, 2012).

127 ŽIŽEK, 2009.

128 ŽIŽEK, 2009.

129 ŽIŽEK, 2009.

A partir da análise das justificações da tortura e da percepção paradoxal de que “as mesmas pessoas que cometem atos terríveis de violência contra seus inimigos podem mostrar uma tenra humanidade e um cuidado gentil para com os membros de seu próprio grupo”, Žižek apontará para a incapacidade das éticas universalistas – como os Direitos Humanos – em lidar com aqueles que não se incorporam a elas. Ressalta Žižek que:

[...] o que a atitude cristã de incluir a todos envolve é a completa exclusão dos que não aceitam a inclusão na comunidade cristã. Em outras religiões ‘particularistas’ existe um lugar para os outros; eles são tolerados, ainda que vistos com desdém. O mote cristão ‘todos os homens são irmãos’, contudo, também significa que aqueles que não aceitam a irmandade não são homens.¹³⁰

O caráter problemático vai além de que toda noção de universalidade é composta por nossos valores particulares – a dos valores ocidentais, mas como perceberam Freud e Lacan, a categoria de vizinho (o outro) é incompatível com a de universalidade, “o que resiste à universalidade é a dimensão propriamente inumana do Vizinho”.¹³¹ Utilizando Freud, Žižek define o Vizinho como:

[...] uma coisa, um intruso traumático, alguém cujo modo de vida diferente nos perturba, que desequilibra a harmonia de nosso modo de vida, quando chega muito perto, este pode ocasionar uma reação agressiva que objetiva livrar-se do intruso perturbador.¹³²

Doravante, o filósofo esloveno irá criticar a tese de que a linguagem é um meio de coexistência pacífica contraposta à violência, para defender a tese lacaniana de que o “espaço de discurso ‘realmente

130 ŽIŽEK, 2009.

131 ŽIŽEK, 2009.

132 ŽIŽEK, 2009.

existente' tem sua fundamentação última em uma violenta imposição" (de um Significante-Mestre que é, *stricto sensu*, irracional), e que é a linguagem o primeiro e grande divisor que faz com que "nós e nossos vizinhos (possamos) 'viver em mundos diferentes' ainda quando vivemos na mesma rua" e assim, sendo o "ser" humano um "ser" sócio simbólico, a violência exercida na linguagem é eficiente.¹³³

O autor exemplifica com o fato de que o racismo perpetrado por séculos no sul dos EUA, mas também em tantos outros lugares, fez com que os negros fossem inferiores, e não simplesmente inferiorizados, isto é, sendo o ser dos negros (e dos brancos etc.) um ser sócio simbólico, este distanciamento de apresentar a inferiorização como um julgamento da maioria branca esconde a verdadeira dimensão do racismo: "quando eles são tratados pelos brancos como inferiores, isto os torna realmente inferiores no nível de sua identidade sócio-simbólica".¹³⁴ O autor conclui:

Isto nos faz retornar ao ponto de partida deste capítulo, o abismo do Vizinho. Embora possa parecer que existe uma contradição entre o modo como o discurso constitui o verdadeiro âmago da identidade do sujeito e a noção de que este âmago é um insondável abismo para além do 'muro da linguagem', existe uma solução simples para este aparente paradoxo: o 'muro da linguagem' que sempre me separa do abismo do outro sujeito é, simultaneamente, o que abre e sustenta este abismo – o verdadeiro obstáculo que me separa do Além é o que cria sua miragem.¹³⁵

No terceiro ensaio, Žižek começa a analisar as *explosões de violência (subjetiva)*, em especial os motins de outono de 2005, onde jovens queimaram carros durante vários dias nos subúrbios da França, assim como o terrorismo islâmico e a irrupção de vio-

133 ŽIŽEK, 2009.

134 ŽIŽEK, 2009.

135 ŽIŽEK, 2009.

lência que devastou New Orleans após a passagem do furacão Katrina, também em 2005. O que chama a atenção de Žižek no motim francês é a falta de um programa ou reivindicação clara, além de uma total falta de utopia, o que os diferencia radicalmente dos movimentos ocorridos em maio de 1968.

Com os motins os jovens franceses destacaram a existência de um problema que permanecia invisível, embora não tivessem uma lista de reivindicações para resolvê-lo: o fato de que *nem todos eram abarcados pelo “universalismo francês”* (ressalte-se que os jovens não pediam reconhecimento para um determinado grupo étnico ou religioso, mas simplesmente o reconhecimento da condição de nacional francês, posto que, ao serem chamados de “escória” pelo então ministro do interior, Sarkozy, ocorreu o não reconhecimento como franceses.¹³⁶

A violência, tal como no terrorismo, consistiu na admissão de impotência, mas ao contrário do terrorismo, não vem acompanhado de um significado absoluto gerado pela religião. Ao lidar com o “terrorismo fundamentalista”, Žižek mostra que esta não é uma boa definição para os homens-bomba islâmicos, uma vez que o fundamentalismo caracteriza-se por uma *indiferença devida à certeza de superioridade*, ao passo que os terroristas islâmicos mostram necessidade de lutar contra sua própria tentação.¹³⁷

Pela leitura do autor, estes se medem por nossos padrões e medidas (ocidentais) e, secretamente, sentem-se inferiores, sendo movidos sobretudo por ressentimento, gerando um círculo vicioso no qual o que almejam é a destruição do gozo do outro, antes que uma realização de seus próprios interesses:

[...] uma pessoa má não é um egoísta, ‘pensando apenas sobre seus próprios interesses’. O verdadeiro egoísta está demasiado ocupado cuidando de seu próprio bem e não tem tempo para causar infortúnios aos outros. O vício

136 ŽIŽEK, 2009.

137 ŽIŽEK, 2009.

primário de uma pessoa má é precisamente que ela preocupa-se mais com os outros do que consigo mesma.¹³⁸

Em seguida, o filósofo esloveno analisa as más interpretações feitas acerca da violência em New Orleans e aponta para o subjacente racismo que permeou a todas elas, enfatizando – como no caso francês – a aparição de cenas comumente associadas às guerras civis do terceiro mundo no centro dos países ricos. Conclui este ensaio mostrando como uma época que começou com a queda do muro de Berlim se caracteriza, agora, por uma fortificação das fronteiras que dividem os países ricos dos pobres: *“a divisa fundamental é uma entre aqueles que estão inclusos na esfera de (relativa) prosperidade econômica e aqueles que dela estão excluídos”*.¹³⁹

O quarto ensaio, “Antinomias da razão tolerante”, aborda discussões sobre um cartum publicado em um jornal dinamarquês de pequena circulação e que rendeu uma crise junto à comunidade muçulmana, assim como o conflito Israel-Palestina, mostrando como ambos os casos servem para mostrar os limites da “razão tolerante”, onde as duas partes argumentam bem e são convincentes, mas mesmo assim não há qualquer possibilidade de mediação ou reconciliação entre elas.

Israel tem contra si o fato explícito de ter a origem de seu Estado num “crime fundador”, que foi a expulsão das pessoas que ali viviam, mas – indaga – que Estado não tem uma origem ilegítima? O que faz de Israel um caso problemático é que, ao mesmo tempo em que seu crime fundador ocorreu demasiado tarde, dois séculos depois da maioria, os israelenses aparecem como herdeiros de uma terra legítima¹⁴⁰, e dada a eles como parte de uma dívida histórica.¹⁴¹

138 ŽIŽEK, 2009.

139 ŽIŽEK, 2009.

140 Na qual de fato viviam, embora em muito menor número do que os palestinos (ŽIŽEK, 2009).

141 Dívida da Europa, e não dos árabes que tiveram que sair de suas casas. (ŽIŽEK, 2009).

Ainda que simpático à causa palestina, Žižek não poupa críticas também ao negacionismo (do holocausto) que cada vez mais faz parte desta discussão e critica a postura dos três envolvidos (EUA, Israel, os árabes) de fazer-se de vítimas. Ressalta o fato paradoxal de os palestinos, vistos como fundamentalistas pré-modernos, basearem-se em um discurso republicano, enquanto Israel, representante da “modernidade ocidental liberal”¹⁴², assenta-se em um discurso identitário étnico e religioso.¹⁴³

Na última parte do ensaio, o autor traça uma clara defesa do ateísmo, que ele diz ser “talvez nossa única chance para a paz”, uma vez que as religiões, usualmente vistas como portadoras de mensagens nobres e conciliadoras, mas que na verdade instigam seu contrário, aparecendo como a principal fonte da violência.

Para fazer atos que seriam traumáticos para a maioria das pessoas, o executante precisa estar convencido de sua causa sagrada, de ter acesso à vontade divina e ser seu mero instrumento, “enquanto ateus não admitem tais objetivos e recusam todas as formas de sacrifício sagrado”. Destarte, conclui:

Fundamentalistas fazem (o que percebem como) boas ações para cumprir a vontade de Deus e merecer salvação, ateus fazem-nas simplesmente porque esta é a coisa certa a fazer. Não é esta a nossa mais elementar experiência da moralidade? Quando faço uma boa ação, não a faço para ganhar o favor de Deus, a faço porque não poderia fazer outra coisa – se não fizesse isto, não seria capaz de me olhar no espelho. A ação moral é por definição seu próprio prêmio.¹⁴⁴

Em “a tolerância como categoria ideológica” é o quinto ensaio do livro, cujo tema é a culturalização da política, fenômeno

142 E país com o maior número de descrentes do mundo.

143 ŽIŽEK, 2009.

144 ŽIŽEK, 2009.

pelo qual muitos problemas que poderiam ser pensados como de exploração, desigualdade ou injustiça são entendidos unicamente como problemas de intolerância, sendo que na verdade são problemas estruturais criados e fomentados pelo sistema capitalista. Conforme elucida Magalhães:

Importante lembrar que as infiltrações da “diversidade” no sistema moderno uniformizador vêm ganhando espaços recentemente. Vamos chamar este momento da terceira modernidade (a democratização e a crise), que aponta para o final do ciclo que chamamos de modernidade. Neste momento, a modernidade (o aparato moderno) incorpora uma maior visibilidade da diferença como simples direito à diferença como direito individual. Isto significa dizer que o indivíduo diferente, aquele que foge ao padrão de “normalidade” é aceito e tolerado com tal: diferente. Ora, se o direito moderno passa a reconhecer o direito do diferente significa dizer que este mesmo direito moderno (e Estado moderno) foi obrigado a tolerar este diferente, mas, continua ditando padrões ideais. Diferente de quê? Esta é a pergunta. Quanto ao direito à diferença como direito coletivo, este será um desafio de difícil solução. A equação liberal neste sentido é uma armadilha. É muito mais fácil para o estado uniformizador (inclusive de gostos e comportamentos essenciais ao capitalismo) aceitar uma diversidade individual. Ora, o individualmente diverso deve seguir a uniformização da vida comunitária agora em nível global da sociedade de ultraconsumo: o sistema econômico é capaz, inclusive, de criar uma ilusão de diversidade ao permitir às pessoas consumir produtos de cores e marcas diferentes (até mesmo artificialmente personalizadas) e escolherem partidos políticos e candidatos variados que defendem todos quase a mesma coisa.¹⁴⁵

145 MAGALHÃES, 2012, p. 118.

No contexto da tolerância, Žižek denuncia que as diferenças políticas são neutralizadas como diferenças culturais em que propõe que, frente à culturalização da política, a solução é a politização da cultura e com isto passa a questionar as categorias de individual e coletivo, mostrando que, como já perceberam Descartes e Kant, é o indivíduo que participa do universal, enquanto o coletivo, “cultura”, está contido no particular.

A “real universalidade aparece (atualiza a si mesma) como a experiência da negatividade, da inadequação – para si mesmo, da identidade particular”, sendo que a universalidade surge quando o indivíduo não se identifica com sua cultura particular, como a própria possibilidade de questioná-la. A partir desta análise, o autor aponta para o fato de que o próprio capitalismo é, efetivamente, universal, não estando enraizado em uma cultura específica, funciona tanto com valores asiáticos quanto com quaisquer outros, mas os destrói em seus conteúdos particulares.¹⁴⁶

Desse modo, em oposição às críticas de eurocentrismo – que diz que aquilo que experienciamos como universal é, na verdade, valores europeus particulares, ou seja, trata-se de fato do capitalismo como uma máquina neutra de relações sociais, em combate com todas as demais formas particulares.¹⁴⁷

Por fim, Žižek analisa como a sociedade funciona tanto por suas regras explícitas quanto pelas suas implícitas, que sustentam as primeiras e opõe-se à leitura que vê nos atuais conflitos um choque entre civilizações, ou ainda entre civilização ocidental contra barbarismo antiocidental, e parafraseia Walter Benjamin, “cada choque de civilizações é na verdade um choque de subjacente barbarismo”.¹⁴⁸

O último ensaio, denominado “Violência divina”, é praticamente uma análise do texto *Crítica da Violência*, de Walter Benjamin, que diferencia a violência divina da violência mítica: “violên-

146 ŽIŽEK, 2009.

147 ŽIŽEK, 2009.

148 ŽIŽEK, 2009.

cia mítica é um meio para estabelecer o governo da Lei (a ordem social legal)”, ao passo que a violência divina não é um meio, “é apenas um sinal da injustiça do mundo” que não necessariamente possui um significado.¹⁴⁹

Não existe um critério objetivo para diferenciá-las, “o mesmo ato que, para um observador externo, é meramente uma irrupção de violência pode ser divina para aqueles que estão engajados nesta”. Não se pode, porém, confundir a violência divina com uma “loucura sagrada”, um ato motivado por uma certeza religiosa ou uma convicção em uma ordem superior, bem como tampouco como uma pura violência, uma explosão anárquica, nem ainda com a violência que gera uma ordem legal, fundadora da soberania estatal.

Por fim, no epílogo, o filósofo esloveno caracteriza as políticas emancipatórias como essencialmente ativas, criadoras, contra as irrupções de violência que geralmente são reativas, “uma reação contra um intruso perturbador” e pontualiza as três lições¹⁵⁰:

1. [...] punir a violência diretamente, condená-la como “má”, é uma operação ideológica *par excellence*, uma mistificação que colabora para tornar invisíveis as formas fundamentais de violência social.
2. [...] é difícil ser realmente violento, executar um ato que disturbe violentamente os parâmetros básicos da vida social.
3. [...] violência não é uma propriedade direta de alguns atos, mas é distribuída entre atos e seus contextos, entre atividade e inatividade. O mesmo ato pode ser considerado violento ou não violento, dependendo de seu contexto; algumas vezes um sorriso polido pode ser mais violento que uma brutal irrupção.¹⁵¹

149 ŽIŽEK, 2009.

150 ŽIŽEK, 2009.

151 ŽIŽEK, 2009.

O autor defende uma recusa à pseudoatividade, ao engajamento: “se queremos dizer com violência um levante radical das relações sociais básicas, então, por mais louco e insípido que isto possa soar, o problema com monstros históricos que massacraram milhões foi que eles não foram violentos o suficiente. Algumas vezes não fazer nada é a coisa mais violenta a fazer”, posto que perpetua a situação de dominação existente, construído historicamente com a consolidação do sistema capitalista.

O pensamento de Žižek oferece uma análise crítica do modo de pensar global que estamos atualmente imersos, que prega, ideologicamente a necessidade do pensamento único do consenso liberal, descrevendo as faces da violência criadas pelo sistema e por suas ideologias. O presente tópico buscou trazer algumas nuances acerca da violência e suas formas. Como bem sintetiza Toscano Junior:

É preciso, portanto, o desvelamento, a percepção da violência que se manifesta de maneira sub-reptícia. Um olhar com alteridade, partindo de lá, além das nossas fronteiras individualistas, que somente uma viagem ao encontro do outro pode permitir. E quem sabe, conhecendo o outro, possamos nos conhecer melhor. Uma passagem do Pequeno Príncipe ilustra o que deve inspirar essa caminhada: “Só se vê bem com o coração. O essencial é invisível aos olhos”.¹⁵²

152 TOSCANO JUNIOR, 2012.

3. Os Direitos Humanos e seus elementos

A noção básica de direitos humanos é a ideia da promoção e proteção da dignidade inerente à pessoa humana, isto é, os direitos humanos têm a intenção de defender essa dignidade. Uma segunda ideia refere-se ao estabelecimento de limites ao poder, os direitos humanos, sendo um dos limites tradicionais do poder absoluto dos Estados.¹⁵³

3.1. Direitos Humanos e sua diversidade semântica

A enunciação “*direitos humanos*” é de alta indagação nos meios jurídicos e uma das questões que se coloca é a da terminologia. É comum o uso de uma pluralidade de acepções como “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”.¹⁵⁴

Conforme Dimoulis e Martins, a Constituição Federal Brasileira utiliza as seguintes expressões: *direitos sociais e individuais* (Preâmbulo); *direitos e deveres individuais e coletivos* (Capítulo I do Título II); *direitos humanos* (art. 4º, II; art. 5º, § 3º; art. 7º do ADCT); *direitos e liberdades fundamentais* (art. 5º, XLI); *direitos e liberdades constitucionais* (art. 5º, LXXI); *direitos civis* (art. 12, §

153 ISA, 2012.

154 TAVARES, 2009.

4º, II, b); *direitos fundamentais da pessoa humana* (art. 17, *caput*); *direitos da pessoa humana* (art. 34, VII, b); *direitos e garantias individuais* (art. 60, § 4º, IV); *direitos* (art. 136, § 1º, I); *direito público subjetivo* (art. 208, § 1º).

Entretanto, Tavares ressalta que algumas expressões comumente utilizadas não apresentam o mesmo conteúdo, o que demonstra a necessidade de demarcação acerca dos possíveis significados das expressões acima delineadas, justamente para fugir da indeterminação conceitual.¹⁵⁵

Pinilla¹⁵⁶ ressalta que no plano fático fala-se em *liberdades individuais*, no prisma normativo, é utilizada a expressão *direitos fundamentais* e no ponto de vista valorativo é assente o uso da expressão *direitos humanos*.¹⁵⁷ Borowski¹⁵⁸ enfatiza que os *direitos humanos* são direitos morais e tem validade em função de sua correção material, sendo que a sua positivação, institucionalização ou efetividade não influem na sua validade.

A característica primordial dos direitos humanos consiste na sua fundamentalidade, ou seja, a “*propriedad que alude a la protección y la satisfacción de intereses y necesidades fundamentales*”.¹⁵⁹ A essência dos direitos humanos – que consiste na satisfação das necessidade fundamentais – justificam a validade universal dos direitos humanos, atribuindo-se igualmente a todos os seres humanos, abstratamente. Ramos preleciona que, na sua acepção fi-

155 [...] *la propia ambigüedad terminológica a la hora de buscar su denominación más adecuada (derechos del hombre, derechos innatos, derechos fundamentales, libertades públicas, derechos fundamentales de la persona humana) contribuye, en muy amplia medida, a acrecentar la referida indeterminación* (PINILLA, 1994, p. 30).

156 PINILLA, 1994.

157 Nas palavras de PINILLA, “*no parece, en efecto, que pueda existir un criterio unánime entre los teóricos a ja hora de decidirse por una u otra expresión*, porém, esclarece que *en general, nos parece aceptable la idea de Enrique P. Haba [...] en el sentido de distinguir el campo de la facticidad (libertades individuales), el de la normatividad (derechos fundamentales) y el del valor (derechos humanos)*” No mesmo sentido: TAIAR, 2009.

158 BOROWSKI, 2003.

159 BOROWSKI, 2003, p. 31.

nalística, os direitos humanos “são aqueles essenciais para o desenvolvimento *digno* da pessoa humana”¹⁶⁰

Ao se falar em *direitos do homem*, tem-se em consideração as relações com repercussão jurídica traçadas por todos os humanos enquanto seres sociais sendo inerentes à pessoa humana pelo simples fato de existir.¹⁶¹ Ressalta Mendes¹⁶² que são direitos de base jusnaturalista¹⁶³, de índole filosófica e que não pressupõe a positivação na ordem jurídica. Elucida Gonçalves que:

[...] com o processo de dessacralização do mundo e com a conseqüente positivação do direito, como conquista do Estado de Direito, o recurso a uma fundamentação jusnaturalista do direito se encontra de portas fechadas. Por isso mesmo, bem posta é a afirmação de Marcelo Neves, segundo o qual os “direitos humanos” são uma invenção da Modernidade.¹⁶⁴

Aragão¹⁶⁵ ressalta que os *direitos naturais* são integrados por princípios dos direitos naturais, que tem em perspectiva a natureza humana, suas necessidades, funções e aspirações. Taiar¹⁶⁶ enfatiza que é “espécie diferente do direito positivo, que é o direito tal como se manifesta no costume, nas leis, nas decisões judiciárias”. Luño ensina que no pensamento jusnaturalista os direitos humanos são um acréscimo dos direitos naturais e os juspositivistas

160 RAMOS, 2012, p. 30

161 ARAGÃO, 2001.

162 MENDES, 2012.

163 Ressalta Gonçalves que “os direitos naturais são atados a uma expressão ética de valores coletivos particulares” ao passo que “os direitos humanos se diferem por se relacionarem com um discurso de pretensão normativa de universalidade, abrangendo, desse modo, qualquer pessoa numa perspectiva extraestatal (internacional), mas sem pressupor uma homogeneidade de valores e interesses” (2012, p. 308).

164 GONÇALVES, 2012, p. 308.

165 ARAGÃO, 2001.

166 TAIAR, 2009.

defendem que não há uma implicação entre os termos, mas sim uma “autêntica ruptura”.¹⁶⁷

Há que se enfatizar, na lição de Luño, que há uma concepção de direitos humanos que vislumbra-os como a conjunção de direitos morais e direitos civis, entendendo-se o primeiro como aqueles direitos que correspondem ao homem pelo mero fato de existir e os segundos que igualmente correspondem ao homem, mas pelo fato de ser membro da sociedade.¹⁶⁸

Dentro da pluralidade conceitual, fala-se corriqueiramente em *derechos inatos ou originarios*, que são considerados direitos inerentes àqueles que “nascem com o ser humano e não necessitam de nenhuma outra condição para sua existência”¹⁶⁹ e são contrários aos *derechos adquiridos* ou *derivados*, que demandam a positividade no ordenamento jurídico.¹⁷⁰

Uma das possíveis acepções similares a direitos humanos consiste na expressão *derechos individuales*, que apresenta uma relação mais restrita ao conceito de direitos naturais. Luño¹⁷¹ aduz que tal noção de direitos possui identificação com o processo de reconhecimento de liberdades conexas com a autonomia dos in-

167 Ensina Martínez que “De ‘derecho natural’, y em sentido subjetivo, habla la Redacción de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware y de ‘derecho naturales’, con los adjetivos inalienables y sagrados, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el Preámbulo y en el artículo segundo, coexistiendo esa terminología con la de ‘derechos del hombre’, que e utiliza en el Preámbulo, y ‘derechos del hombre y ciudadano’ que se utiliza en el artículo doce. Esta será la terminología del uisnaturalismo racionalista de Locke, y la de la Ilustración en autores como Condorcet en su *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del Espíritu humano*, y antes en *Las Cartas de un burgués de New Haven*, y en sus *Ideas sobre despotismo*, o, como el propio Robespierre, en su propuesta de un Preámbulo para una Declaración de Derechos que hizo en la sesión de la Convención de 24 de abril de 1793. Será también la de la *Enciclopedia* en vocés como ‘Derecho Natural o Derecho de la Naturaleza’, ‘Libertad Natual’, ‘Poder legislativo, ejecutivo y judicial’, entre otras” (1991, p. 23).

168 LUÑO, 2010, p. 32.

169 TAIAR, 2009.

170 Segundo ARAGÃO (2001) e TAIAR (2009) não é uma expressão muito utilizada atualmente.

171 LUÑO, 2010, p. 37.

divíduos. Hodiernamente, a nomenclatura em comento é consensual com a primeira dimensão dos direitos humanos, retratando os direitos de cunho liberal, como propriedade, liberdade e vida, segurança jurídica e igualdade perante a lei, retratando-se a direitos *de cunho negativo em face do Estado*.¹⁷² Para a ideologia liberal, o indivíduo é um fim em si mesmo, sendo a sociedade e o direito são meios colocados a serviço dos indivíduos, de modo que possibilite a estes a defesa de seus interesses.¹⁷³

Importante salientar que grande parte da literatura jurídica entende que *direitos fundamentais* são direitos humanos positivados nas Constituições no plano interno de cada Estado¹⁷⁴ ao passo que os direitos humanos são denominados direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, bem como as aspirações mínimas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa.¹⁷⁵

3.2. A fundamentalidade dos Direitos Humanos

Os direitos humanos, por versar sobre a promoção e proteção da satisfação de interesses e necessidades fundamentais, conforme ressaltado no tópico anterior, são construídos de acordo com a histórica e a cultura, de modo que, não nasceram “todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.¹⁷⁶ Conforme Heintze, há mais de 250

172 DANTAS, 2012, p. 148. O autor em comento ressalta que “do ponto de vista da relação triática entre titular, objeto e sujeito destinatário, os direitos individuais são direitos – liberdades, direitos a prestações em sentido amplo, posições de competências e até prerrogativas – cuja satisfação ou afetação se concretiza na esfera de atuação da pessoa como indivíduo”.

173 LUÑO, 2010, p. 37.

174 LUÑO, 2010, p. 33. Explica o renomado autor espanhol que “frente a estas caracterizaciones de los derechos fundamentales que coinciden en situarlos en el plano de la estricta positividad, no ha faltado quien postulara su naturaleza ambivalente. De este modo se los considera como la resultante de las exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación normativa en el derecho positivo”.

175 LUÑO, 2007, p. 44.

176 BOBBIO, 1992, p. 5.

anos se iniciou a edificação conceitual de direito humano, apontando o iluminismo como projeto produtor de um sistema de valores reivindicados hoje como de validade universal, uma vez que o epicentro de sua promoção e proteção está a vida e a dignidade, ou seja, são os direitos humanos condição mínima para que as pessoas possam construir sua vida com dignidade, liberdade e igualdade.¹⁷⁷

3.3. O Universalismo dos Direitos Humanos

O marco fundador da internacionalização dos Direitos Humanos¹⁷⁸ foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, posto que é assente, ao menos majoritariamente, que a declaração em comento representou um marco na fixação de uma ordem normativa universal de internacionalização dos direitos humanos a partir da anuência dos Estados signatários do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O aporte jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos retratados na Declaração de 1948 consistiu na representação, em um documento internacional, da síntese dos valores ocidentais das democracias liberais, por meio de um processo de união das tradições culturas e religiosas dos países europeus e dos Estados Unidos.¹⁷⁹ Houve uma descrição – e associação – dos direitos humanos com os direitos humanos de primeira dimensão anteriormente retratados, uma vez que declarou como *humanos*, e dignos de universalização para todos os povos, os direitos civis e políticos, em que os Estados signatários deveriam garantir aos seus *nacionais* para a implementação da cidadania.¹⁸⁰

177 HEINTZE, 2009, p. 22.

178 Não se desconhece a controvérsia da história dos direitos humanos. Para fins do presente item, adotar-se-á a como marco fundador do Direito Internacional *dos Direitos Humanos* (DIDH) a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948.

179 BARATTO, 2009.

180 Ressalta BARATTO (2009, p. 36) que “Entretanto, a origem destes direitos pode ser buscada na história da consolidação do Estado de direito na Europa ocidental e na

O século XVIII, com a culminação das revoluções democráticas nos Estados Unidos e na Europa é considerado o modelo ideológico que embasa a *Declaração Universal*, posto que, estabeleceram limitações ao âmbito de atuação estatal, afirmando que o indivíduo, portador de direitos inatos, possui uma dignidade que não pode ser desrespeitado por ninguém e, compete ao Estado reconhecer a essencialidade desses direitos e resguardá-los, dado que à época o Estado era a principal fonte de ameaças aos direitos individuais.¹⁸¹

Historicamente, as Declarações, de Independência Norte-Americana de 1776 e suas emendas de 1791¹⁸², assim como a dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França, enunciaram vários direitos inalienáveis, incluindo-se, neste leque, o direito de abolição ou alteração do governo pelo povo, caso verificasse a violação de direitos naturais individuais. Some-se a isso a inspiração da tradição de tolerância religiosa e, inspirados pelos exemplos sedimentados nos Estados Unidos da América e na França, houve a fixação das bases para a incorporação de declarações de direitos na Constituição dos Estados.

Nesta senda de ideias, o iluminismo consolidou uma concepção moderna de direitos, estendida, por consequência, aos direitos humanos,¹⁸³ de modo que o iluminismo configurou um terreno fértil para a construção de um novo modelo de proteção jurídica para os indivíduos, afirmando a presença de uma humanidade que transcende à intolerância religiosa.¹⁸⁴

América do Norte. Embora conceitos como penas progressivas e justiça possam ser encontrados no código de Hamurabi, uma defesa do ecossistema pode ser encontrada nas religiões hindu e budista; assim como o confucionismo promete a educação de massas, a visão privilegiada para a definição dos direitos humanos é, certamente, ocidental e tem suas origens no período iluminista”.

181 A respeito vide: MAGALHÃES, 2006 e 2008; COMPARATO, 2004; PIOVESAN, 2012; CUNHA JUNIOR, 2008; SOARES, 2008; NOVELINO, 2012; WEISS, 2006; BARATTO, 2009;

182 Comumente conhecidas como o *Bill of Rights* (BARATTO, 2009, p. 37).

183 Ishay, 2004, p. 7

184 BARATTO, 2009.

Ao se estabelecer um sistema de direitos como garantias individuais plasmados na igualdade de todos os homens, bem como a ideia de que existia uma natureza humana comum, consolidou um ideal da burguesia de aspiração por liberdade e equidade, isto é, a “ideia de direitos está conectada diretamente com conceitos como liberdade, equidade e individualidade. Ser possuidor de direitos humanos é ter reconhecida a sua dignidade inerente enquanto indivíduo da espécie humana”.¹⁸⁵

Com o alargamento do sistema capitalista, o ideário de igualdade e liberdade são conceitos fundamentais para a sustentação do sistema, e dessa junção de ideias – liberdade e igualdade – traçou uma plataforma de direitos de cidadania, assegurando a todos, o gozo de liberdades públicas, em limitação dos poderes estatais.¹⁸⁶

O reconhecimento da dignidade atinge um patamar liberal e individualista¹⁸⁷, em que os indivíduos estão respaldados por um sustentáculo de direitos delineados por uma ordem jurídica ao qual todos os indivíduos se submetem em condição de igualdade de oportunidades. Importante ressaltar que o imaginário jurídico de dignidade inerente ao ser humano, de consideração igual de todos os sujeitos de direitos, ainda que por equiparação, a fruição de liberdades públicas, são ideários do projeto ocidental de direitos humanos, que foram expandidos para todo o mundo por meio da Declaração Universal de 1948.

185 BARATTO, 2009.

186 BARATTO, 2009. Conhecido, contemporaneamente, como a primeira dimensão dos direitos humanos, conforme tratado a seguir.

187 Historicamente, os debates acerca da promulgação da carta de 1948 foi alvo de intensas disputas políticas. Apesar de não ter existido vetos a ela, apenas 48 países votaram e a aprovaram e houve 13 abstenções, sendo que uma delas foi a da União Soviética, que considerou a declaração um reflexo da ideologia liberal. Outra abstenção foi a da África do Sul, que politicamente estava sob o regime do *Apartheid*, que não queria se comprometer com um documento internacional que explicitamente vedava qualquer tipo de discriminação. Ressalta Baratto, que “este tipo de uso estratégico da soberania estatal frente às normas internacionais de direitos humanos é constantemente apresentado como exemplo das dificuldades reais da afirmação da universalidade dos direitos humanos” (BARATTO, 2009).

Os direitos humanos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos também sofreram influência das lutas e reivindicações cunhadas pelos movimentos socialistas do século XIX¹⁸⁸ e o capitalismo desenvolvido na Europa colaborou para que se desenvolvesse a estrutura universalista dos direitos humanos e de sua linguagem individual liberal e, ao na mesma senda, por meio de conceitos abertos e indeterminados, permitiu uma abertura para que a linguagem retratada em 1948 fosse modificada nas décadas subsequentes.¹⁸⁹

A experiência vivenciada pela 2ª guerra mundial mostrou que os Estados Nacionais poderiam negar o reconhecimento da cidadania aos indivíduos e a minorias coletivas sob seu território, com a banalização e desconsideração daqueles que não se amoldassem à política homogeneizante delineada pelo soberano.¹⁹⁰

A pretensão universalizante dos direitos humanos retratados na Declaração Universal dos Direitos Humanos visou estabelecer aos Estados nacionais “a tarefa de implementar, fiscalizar e assegurar os direitos definidos na Declaração, mas agora pressionados, ao menos, moralmente, por organizações internacionais”.¹⁹¹ A internacionalização dos direitos humanos buscou fixar aos Estados signatários a necessidade de promover e proteger a dignidade humana, que consiste no núcleo axiológico essencial dos direitos fundamentais.¹⁹²

Importante ressaltar que até a Declaração Universal de 1948, havia poucas e esparsas normas da Organização Internacional do Trabalho para a proteção dos direitos humanos ligados ao trabalho e a implementação e reconhecimento de direitos humanos eram incumbência exclusiva dos Estados Nacionais no prisma interno.¹⁹³

188 ISHAY, 2004, p. 125.

189 BARATTO, 2009.

190 Em alusão a AGAMBEN, 2004. Para um estudo das práticas nazistas vide ARENDT, 2000.

191 BARATTO, 2009.

192 BINEMBOJM, 2008.

193 COMPARATO, 2004. RAMOS, 2012; PIOVESAN, 2012.

A universalização dos direitos humanos apresentou a característica de considerar todos os indivíduos, independentemente do pertencimento a culturas ou etnias, como sujeitos de direitos, ou seja, houve uma consideração em abstrato, independente dos laços culturais ou étnicos específicos, posto que a buscou-se um tratamento unitário a todos, por meio da consideração de dignidade humana a todos inerente.¹⁹⁴

No imaginário da construção universal dos direitos humanos, acreditou-se que minorias coletivas estariam protegidas e muitos acreditavam que o resguardo dos direitos individualmente seria suficiente para garantir o bem-estar também das minorias coletivas.¹⁹⁵

O sistema internacional moderno, retratado em sua maioria por tratados internacionais, tendo por base a Declaração Universal dos Direitos Humanos, trabalha um conceito de universalidade que considera a humanidade como una e fonte de legitimidade de direitos mínimos pertencentes a todos os indivíduos¹⁹⁶. Segundo a autora, este nascente padrão internacional dos direitos humanos baseou-se em 5 (cinco) pressupostos éticos e filosóficos, todos compatíveis com uma forte visão de universalidade ontológica (moral) dos direitos humanos. Baratto¹⁹⁷ ressalta que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, fundado em 1948, trabalha com a seguintes vertentes:

(a) É concebido como uma necessidade de tutela dos cidadãos (num espírito individualista) em face dos excessos do poder estatal.¹⁹⁸

(b) Por considerar que todos são portadores de igual dignidade, esta proteção deve ser oferecida pelo direito internacional dos direitos humanos a todos os

194 SARLET, 2009.

195 KYMLICKA, 1995, p. 15.

196 ZECHENTER *apud* BARATTO, 2009.

197 BARATTO, 2009.

198 Vide SARLET, 2009; RAMOS, 2012; PIOVESAN, 2012.

indivíduos do planeta que dela precisem, uma vez que todos são reconhecidos como “indivíduos singulares” e sujeitos de direitos.

(c) Todos os seres humanos devem ter as condições para gozarem de uma vida digna;

(d) Apresentando uma estrutura moderna, tal qual como delineada pelo Estado Moderno, reconhece o Direito Internacional dos Direitos Humanos como sendo universais, fundamentais e inalienáveis, de modo que não podem ser afastados por nenhuma tradição cultural e/ou religiosa.

(e) E por fim, embora os direitos humanos sejam o reflexo de um conjunto particular de valores, o relativismo de sua origem moderna não pode servir como barreira para impedir que qualquer indivíduo possa defender-se das ameaças aos seus direitos mais básicos, principalmente aquelas promovidas pelo Estado e outras organizações coletivas que normatizam a vida dos indivíduos.¹⁹⁹

O Sistema Moderno de Proteção dos Direitos Humanos buscou delinear o “caráter universal multifacetado dos direitos humanos” e “a percepção de que eles deveriam ser impostos aos Estados e às culturas que infligissem aos indivíduos ameaças à dignidade contrárias ao padrão internacional dos direitos humanos”.²⁰⁰

Ao estabelecer o constituinte que a dignidade humana, significa que o ordenamento jurídico brasileiro deve restringir a atuação estatal, de modo que os parâmetros determinados sejam efetivamente implementados. Conforme Luño²⁰¹, a dignidade humana apresenta duas dimensões constitutivas, sendo uma negativa e outra positiva, em que a primeira significa que a pessoa

199 BARATTO, 2009.

200 BARATTO, 2009.

201 LUÑO, 2007; LUÑO 2010.

não pode ser objeto de ofensas ou humilhações, ao passo que a segunda perspectiva afirma que toda pessoa tem o direito ao pleno desenvolvimento de cada pessoa, de modo que deve haver o reconhecimento da sua total autodisponibilidade, vedando-se interferências ou impedimentos externos da personalidade.

Quanto à primeira dimensão descrita por Luño, Miranda enfatiza que a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, no sentido de proteger a sua autodeterminação em face do Estado, entes públicos ou privados e às outras pessoas.²⁰²

3.4. A dignidade humana e seu reconhecimento

O constitucionalismo contemporâneo, com forte viés ideológico moldado no pós-guerra, consagra os direitos fundamentais como dimensão substancial da democracia e que hodiernamente a Constituição não é apenas o “estatuto jurídico do político”, mas, visa resguardar – proteger e promover – os direitos fundamentais que tem como núcleo axiológico a dignidade humana.²⁰³

A a dignidade da pessoa humana foi erigida como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e, dentre os objetivos fundamentais enunciados a necessidade de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). O grande desafio consiste em delimitar o conteúdo jurídico da dignidade humana e relacioná-los com os objetivos prescritos na Magna Carta Brasileira, de modo que se *erija o direito à diversidade*.

Um dos grandes problemas de enunciação da dignidade humana consiste no déficit de reflexão crítica e na baixa densidade

202 MIRANDA, 2000.

203 Vide FIGUEROA, 2009. GUASTINI, 2009. MOREIRA, 2009, BARROSO, 2012. SARMENTO, 2008. SARLET, 2004 e 2009. FENSTERSEIFER, 2008.

jurídica tendo em vista “o uso indiscriminado do princípio para tudo abranger e justificar”.²⁰⁴ A noção de pessoa como sujeito de direito evoluiu a partir da filosofia de Kant, no liberalismo, assim como no pensamento político rousseauiano, para afirmar institutos jurídicos hoje consagrados como *capacidade, autonomia da vontade* e de responsabilidade.²⁰⁵

Explica Barreto que “a ideia de que a pessoa possui dignidade que lhe é própria deita suas raízes na história da filosofia Ocidental”,²⁰⁶ em que Aristóteles, Santo Agostinho, Boécio, Alcuino e Santo Tomás, por meio de seus textos, “agregaram-se valores à ideia de pessoa, que terminaram por objetivar a ideia de dignidade humana”.²⁰⁷

A doutrina cristã foi a responsável pelo surgimento da noção de dignidade humana no mundo ocidental. Apesar de alguns de seus elementos terem sido formulados na Escola Estoicista, é no cristianismo que o conceito de pessoa, como ser dotado de dignidade, encontra suas raízes. Através de sua vinculação à ideia de criação e da ação Divina, a concepção Cristã é desenvolvida no sentido de que, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, os homens possuem uma igualdade essencial. Esse é considerado, por muitos, como o fundamento da dignidade humana.²⁰⁸

Com a mudança de paradigma do fundamento do direito natural – de Direito divino para racional, baseado na experiência e na razão humanas, a concepção de dignidade do homem passou por um processo de racionalização e laicização, sem que, todavia, houvesse o abandono da ideia de que todos os seres humanos são

204 BARRETO, 2010, p. 57.

205 BARRETO, 2010, p. 58.

206 BARRETO, 2010, p. 58.

207 BARRETO, 2010, p. 58.

208 NOVELINO, 2006, p. 46.

iguais em dignidade.²⁰⁹ O iluminismo foi um dos responsáveis por formular esta concepção ao substituir a religião pelo homem, em que este foi colocado no centro de tudo.²¹⁰

A formulação da concepção moderna de dignidade humana é atribuída a Kant, pois conferiu um suporte filosófico fundamental para a concepção humanista e universalista, uma vez que desenvolve a ideia de que todos os seres humanos são dignos de respeito, em situação isonômica, sendo que o traço distintivo do homem, como ser racional, está no fato de existir como um fim em si mesmo e, por esta razão, não pode ser usado como meio, o que por si só enseja a limitação de usos arbitrários desta ou daquela vontade.²¹¹

A fórmula de se tomar sempre o ser humano como um fim em si mesmo está diretamente vinculada à ideia de autonomia, de liberdade, de racionalidade e de autoterminação inerentes à condição humana. A proteção ética e jurídica do ser humano contra qualquer “objetificação” da sua existência e o respeito à sua condição de sujeito nas relações sociais e intersubjetivas são manifestações da concepção da dignidade humana.²¹²

Ressalta a doutrina constitucionalista e internacional-humanista²¹³ que a importância e delimitação da dignidade humana como dotada de conteúdo jurídico nasceu após a Segunda Guerra Mundial. Deveras, os efeitos das barbaridades praticadas, o envolvimento de milhões de pessoas e, principalmente, a banalização do mal²¹⁴ e da vida humana fizeram com que se criassem mecanismos de proteção dos seres humanos, culminando no *sistema internacio-*

209 SARLET, 2009, p. 32.

210 NOVELINO, 2006, p. 46.

211 KANT, 1995, p. 68.

212 FENSTERSEIFER, 2008, p. 31.

213 GUERRA, 2011. PIOVESAN, 2012. COMPARATO, 2004.

214 Expressão consagrada por Hannah Arendt.

*nal de proteção e promoção da dignidade humana, denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos.*²¹⁵

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida se um efetivo sistema de proteção internacional dos direitos humanos já existisse, o que motivou o surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945.²¹⁶

Guerra²¹⁷ ressalta alguns fragmentos da banalização do mal em que a questão da doutrina racista hitlerista enfatizou a *pureza ariana* que serviu como fundamentação para perseguição, encarceramento, tratamentos degradantes e aviltantes, bem como execuções de milhões de pessoas de origem judia, eslava e outros grupos tidos como *inferiores* pelo exército nazista, culminando no extermínio em massa.²¹⁸

Por ser considerado um atributo inerente a todo e qualquer ser humano, independentemente de raça, origem, cor, sexo, dentre outros critérios, a dignidade humana não é, a princípio, categoria jurídica. A sua previsão normativa no texto constitucional e no plano internacional norteia que o Estado deve promover e proteger a dignidade de todos os indivíduos.²¹⁹

A Constituição do Brasil de 1988, no seu artigo 1º, inciso III, reconhece a dignidade como fundamento da República Federativa do Brasil, ou seja, como “ponto de partida e fonte de

215 PIOVESAN, 2012. GUERRA, 2011.

216 GUERRA, 2011, p. 73.

217 GUERRA, 2011, p. 74.

218 Sobre o extermínio praticado pelos nazistas na Segunda Guerra, pelos Sérvios na antiga Iugoslávia e em Ruanda, vide SEMELIN, 2009.

219 SARLET, 2009. FENSTERSEIFER, 2008

legitimação de todo o sistema jurídico pátrio”.²²⁰ O Constitucionalismo decorrente do pós-guerra mudou o paradigma do Estado, que deixou de ser “Legislativo”, para ser considerado “Estado Constitucional”.²²¹ Esta nova realidade Constitucional, adversa ao modelo totalitário, aproximou *Direito e moral*.

No modelo contemporâneo de democracia, tracejado por Constituições rígidas, para a configuração de validade formal e substancial das decisões políticas, especialmente as leis devem guardar coerência substancial com os direitos fundamentais e princípio da igualdade.²²² O Estado constitucional democrático, conforme Canotilho,²²³ é mais que Estado de Direito, uma vez que se assenta na legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de formação das leis. Outra vertente consiste na “legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político”.²²⁴

A democracia e os direitos fundamentais são os “fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito”.²²⁵ Ainda, explica Binembojm:

Assim, toda a discussão sobre o que é, para que serve e qual a origem da autoridade do Estado e do direito converge, na atualidade, para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática.

A partir do que se convencionou chamar de *virada kantiana*, dá-se uma reaproximação entre ética e direito, com o ressurgimento da razão prática, da fundamentação moral dos direitos fundamentais e do debate sobre a teoria da justiça fundado no imperativo categórico,

220 FENSTERSEIFER, 2008, p. 32.

221 OLIVEIRA, 2008, p. 17.

222 FERRAJOLI, 2003, p. 230.

223 CANOTILHO, 2002, p. 100.

224 CANOTILHO, 2002, p. 100.

225 BINEMBOJM, 2008, p. 49.

que deixa de ser simplesmente ético para se apresentar também como um imperativo categórico jurídico. A ideia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais. À *centralidade moral* da dignidade do homem, no plano dos valores, corresponde a *centralidade jurídica* dos direitos fundamentais, no plano do sistema normativo.²²⁶

Como aduz Ferrajoli, os direitos fundamentais expressam a dimensão substancial da democracia. Estas considerações são extremamente importantes para a contextualização dos direitos fundamentais, posto que “há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de interdependência ou reciprocidade”,²²⁷ ou seja, há “íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito”.²²⁸ Os direitos fundamentais são, neste diapasão, “*conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático”.²²⁹ Elucida Soares:

A concepção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito caracteriza-se por dupla qualificação de tais direitos. Os direitos fundamentais são concebidos como direitos subjetivos de liberdade pertinentes ao titular perante o Estado e, simultaneamente, como normas objetivas de princípios – *objektive Grundsatznormen* – e decisões axiológicas – *wertentscheidungen* – que possuem validade para todos os âmbitos jurídicos.²³⁰

226 BINEMBOJM, 2008, p. 49-50. O tema Constituição e Democracia suscita vários debates e controvérsias. O que nos interessará, para fins do presente trabalho, é a relação entre Estado Constitucional Democrático e a posição dos direitos fundamentais.

227 BINEMBOJM, 2008, p. 50.

228 SARLET, 2009, p. 58.

229 SARLET, 2009, p. 59.

230 SOARES, 2001, p. 305.

Ao se conjugar direitos fundamentais e democracia, em uma relação de reciprocidade, surge o *Estado democrático de direito*, “estruturado como conjunto de instituições jurídico políticas erigidas *sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana*”.²³¹ Ainda, ensina Binembojm, com fundamento em Daniel Sarmento, que “o Estado e o direito tem a dignidade humana situada no seu *epicentro axiológico*, razão última de sua própria existência”.²³²

Assim sendo, a perspectiva atual do Estado é fundada no princípio da Constitucionalidade, em que a Magna Carta é a norma suprema do ordenamento, vinculando o legislador e as manifestações estatais aos preceitos constitucionais, “estabelecendo o princípio da reserva da constituição e revigorando a força normativa da constituição”.²³³ Ademais, como já ressaltado, a sistematização dos direitos fundamentais alçou os mesmos à *dimensão substancial* do texto constitucional. Ressalta Sarlet que:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²³⁴

231 BINEMBOJM, 2008, p. 50-51.

232 BINEMBOJM, 2008, p. 51. FENSTERSEIFER, 2008, p. 32.

233 SOARES, 2001, p. 304.

234 SARLET, 2004, p. 60.

De fato, há uma relação de dependência recíproca entre dignidade humana e direitos fundamentais, uma vez que o surgimento dos direitos fundamentais tem como pretensão o reconhecimento de uma dimensão da dignidade. A liberdade, igualdade, solidariedade, reconhecimento apresentam como núcleos axiológicos a dignidade humana, sendo estes valores considerados dimensões da dignidade humana.²³⁵

[...] quando aqui se fala em dimensões da dignidade da pessoa humana, está-se a referir – num primeiro momento – a complexidade da própria pessoa humana e do meio no qual desenvolve sua personalidade.²³⁶

A dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana e por ser o núcleo de fundamentação dos direitos humanos – posto que só existem para promover e proteger a dignidade humana – é reconhecida, contemporaneamente, a irrenunciabilidade e inalienabilidade da dignidade, posto ser “elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”.²³⁷

3.5. As dimensões da Dignidade Humana

A dignidade humana foi erigida como núcleo fundamental dos Direitos Humanos, de modo que estes Direitos existem para proteger e promover a dignidade de todos os seres humanos. Como as necessidades humanas são variadas, abordar-se-á no presente item as dimensões da dignidade retratadas historicamente nas lutas por reconhecimento dos direitos fundamentais.

235 SARLET, 2009.

236 SARLET, 2009, p. 16.

237 SARLET, 2009, p. 20.

3.5.1. Dimensão Liberal da Dignidade Humana

A reivindicação por Direitos Humanos que culminaram na Revolução Francesa foram chamados direitos de primeira dimensão²³⁸, os direitos civis e políticos (liberdade de religião, liberdade de expressão, direito de voto, a liberdade de abuso, etc.). Com a finalidade de proteger os indivíduos do despotismo historicamente ocorrido no exercício do poder, concebeu-se o paradigma liberal de Estado, fortemente influenciado pelo iluminismo.²³⁹ No que tange às esferas *pública* e *privada* do Direito, no século XVIII, há a diferenciação entre as relações econômicas e políticas, entre sociedade civil e Estado.²⁴⁰ A dicotomia entre estes ramos do Direito é nitidamente dividida, separando Direito e Moral, Estado e Sociedade, Política e Economia. A disciplina das relações privadas, ou seja as relações intersubjetivas da sociedade civil, é feita pelo Direito Privado, ao passo que o regimento das relações Estatais é feita pelo Direito Público.²⁴¹

O pensar liberal do século XVIII influenciou o Constitucionalismo da época, culminando na edificação de um Estado abstencionista, isto é, cuidou-se de impedir ingerências estatais na esfera individual de liberdade e demarcou, conforme Sarlet, “uma zona de não-intervenção do Estado e uma autonomia individual em face de seu poder”.²⁴²

Assim sendo, a matriz liberal consagrou direitos fundamentais de cunho negativo (*status negativus*), permeados por direitos de oposição ou resistência contra o Estado.²⁴³ Neste mo-

238 Não se desconhece que alguns autores aludem acerca do caráter geracional dos direitos. Adota-se, para efeito do presente trabalho, a nomenclatura “dimensão”, uma vez que as demais dimensões agregam às anteriores ao passo que se falar em geração de direitos, há a ideia de que uma geração substitui a outra, o que não é o caso.

239 SARMENTO, 2006, p. 7.

240 FACCHINI NETO, 2003, p. 16.

241 FACCHINI NETO, 2003, p. 17.

242 SARLET, 2009, p. 46.

243 SARLET, 2009, p. 47.

delo, o núcleo moral do liberalismo consistiu na “afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza do ser humano – liberdade, dignidade, vida – que subordina tudo o mais à sua implementação”.²⁴⁴ Dimoulis e Martins salientam que os direitos individuais, que permeiam este modelo são também conhecidos como *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais.²⁴⁵ Sob o prisma *geracional ou dimensional*, que divide os direitos fundamentais em eras, o modelo liberal consagrou o que a doutrina chama de *direitos fundamentais de primeira dimensão*.²⁴⁶

No que concerne ao “núcleo político-jurídico”, consagrou direitos políticos, salientando, conforme Streck e Morais²⁴⁷, o consentimento individual como origem dos Poderes estatais e da autoridade política e a representação do povo por meio do poder legislativo, a quem competia tomar as decisões. No que tange ao constitucionalismo, elaborou-se um documento formal escrito limitador e divisor do poder político, prevendo um sistema de freios e contrapesos entre os poderes, bem como consagrou direitos fundamentais para o indivíduo.²⁴⁸

Especificamente quanto à seara privada, o Direito torna-se disciplinado pelo Estado, por meio de codificação, uma vez que previsto e sistematizado pelo legislador, o que antes era relegado aos costumes, ensinamentos doutrinários ou ao direito canônico, no que concerne ao casamento, família, filiação e sucessões.²⁴⁹ Outro viés que se verifica é que o Direito Privado se impregnou da ideologia burguesa dominante à época, de modo que refletiu os desejos desta classe socioeconômica, de modo que regularam a sociedade civil sob os valores do liberalismo, delineados pela pro-

244 STRECK e MORAIS, 2010, p. 58.

245 DIMOULIS e MARTINS, 2007, p. 67, 117 e 118.

246 BONAVIDES, 2002, p. 516.

247 STRECK e MORAIS, 2010, p. 59.

248 STRECK e MORAIS, 2010, p. 59.

249 FACCHINI NETO, 2003, p. 17.

priedade, como valor primordial e a “liberdade contratual como instituto auxiliar para facilitar as transferências e a criação de riqueza”.²⁵⁰ O primado da *segurança jurídica* fez com que o direito privado se sobrepusesse sobre o público e a técnica legislativa era representada normativamente por regra jurídica, “contendo *fattispecie* completa (preceito e consequência jurídica)”, de modo que princípios expressos e cláusulas gerais eram rarefeitos e “parcimoniosos os conceitos indeterminados”.²⁵¹

3.5.2. *Dimensão social da Dignidade Humana*

A história mostrou que não basta garantir formalmente a liberdade e a igualdade aos indivíduos se estes não dispõem de um mínimo existencial. A industrialização dos meios de produção acarretaram graves problemas sociais, de modo que a mera previsão de liberdade e igualdade não eram suficientes para que os indivíduos fossem, de fato, livres e iguais.²⁵² O Estado Social de Direito ou *Welfare State* consagrou direitos de *status* positivo, ou seja, direitos a prestações por parte do Estado, de modo que os indivíduos possam “exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida”.²⁵³

Com a intenção de melhoria da vida dos indivíduos, inclusive quanto ao exercício do *status negativus*, isto é, para o exercício da liberdade, consagrado no Estado Liberal, mister que o cidadão tenha um mínimo pressuposto para tanto. O objetivo dos chamados “direitos sociais” consiste na “melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social”.²⁵⁴ Desta forma, a também denominada segunda di-

250 FACCHINI NETO, 2003, p. 18.

251 FACCHINI NETO, 2003, p. 21.

252 SARLET, 2009, p. 47.

253 DIMOULIS e MARTINS, 2007, p. 67.

254 DIMOULIS e MARTINS, 2007, p. 67.

menção de direitos fundamentais²⁵⁵ não mais foi marcada por direitos de liberdade, mas sim, por direitos de igualdade, no sentido de que o Estado assegurasse a igualdade de oportunidade e de acesso. Enfatiza Sarlet que “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim, de liberdade por intermédio do Estado”.²⁵⁶

No que tange ao direito privado, o denominado mundo da segurança que caracterizou a era das codificações e constituições liberais,²⁵⁷ que culminou na preponderância do direito privado sobre o público, com o advento do paradigma social²⁵⁸, houve inversão da relação²⁵⁹, uma vez que o intervencionismo estatal regulou as condutas dos indivíduos e dos grupos, de modo a propiciar a igualdade substancial, o que culminou na redução da liberdade econômica.²⁶⁰ Mesmo no âmbito público houve delimitação do âmbito de atuação aos poderes executivo e legislativo, por meio da sujeição de ambos à “legalidade constitucional”, que nos dizeres de Facchini Neto, “essa nova concepção tem um preciso sentido, qual seja, a da sujeição ao ordenamento jurídico de todos os poderes, públicos e privados e na sua limitação e funcionalização à tutela dos direitos fundamentais”.²⁶¹

A concretização de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e da solidariedade social caracterizou a limitação do âmbito de atuação dos particulares. A autonomia da vontade é relativizada pela consagração da ética da solidariedade e da tutela da dignidade da pessoa humana.²⁶²

255 BONAVIDES, 2002, p. 521.

256 SARLET, 2009, p. 47.

257 FACCHINI NETO, 2003, p. 21.

258 SARMENTO, 2006.

259 Ou seja, com o Estado Social houve a preponderância da esfera Pública sobre a Privada.

260 FACCHINI NETO, 2003, p. 22.

261 FACCHINI NETO, 2003, p. 22.

262 FACCHINI NETO, 2003, p. 23.

3.5.3. Dimensão da Solidariedade e Fraternidade

Obtempera Sarlet²⁶³, “as diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e imutável”. A terceira dimensão dos direitos fundamentais compreende, em um novo marco teórico, os direitos inerentes a todos, independentemente da condição social ou mesmo a nacionalidade do indivíduo. Não seriam nem direitos individuais nem direitos sociais ou coletivos e, sim, direitos conferidos a todos, ao que Sarlet chama de *direitos de fraternidade ou de solidariedade*.

Trata-se, conforme Bonavides²⁶⁴, de direitos que tem como primeiro destinatário o gênero humano, “num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Trata-se, em uma primeira perspectiva, da compreensão atual dos direitos difusos ou de titularidade difusa.²⁶⁵ Sarlet aduz como sendo consensualmente direitos de terceira dimensão o direito à paz, direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à autodeterminação dos povos e o direito de comunicação.²⁶⁶ Para Heintze, ao se consagrar a autodeterminação dos povos como sendo a terceira dimensão, consagra-se direitos coletivos dos povos.²⁶⁷

3.5.4. A quarta dimensão: o Pluralismo

Alguns autores falam em uma quarta ou até quinta dimensão de direitos fundamentais.²⁶⁸ Nesse sentido, há quem inclua o direito

263 SARLET, 2009, p. 53.

264 BONAVIDES, 2002, p. 523.

265 SARLET, 2009, p. 48.

266 SARLET, 2009, p. 48. O ponto de consenso na doutrina consiste na formação das três dimensões de direitos fundamentais retro citadas.

267 HEINTZE, 2009, p. 42.

268 BONAVIDES, 2002; Sarlet, 2009.

ao acesso à internet como direito de quarta geração e o direito de não ser clonado (garantia contra manipulações genéticas) como direito de quinta geração. Entretanto, essa não é uma designação unânime. Importante salientar que “boa parte destes direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana”.²⁶⁹

Na literatura jurídica brasileira, Bonavides aduz uma quarta categoria de direitos fundamentais, em que se coloca favorável ao reconhecimento desta dimensão, uma vez que, tendo em perspectiva a globalização, de modo que institucionalizou universalmente os direitos fundamentais, vislumbra o constitucionalista em apreço que esta perspectiva de direitos humanos é integrada pelo direito à democracia direta, direito à informação e ao direito ao pluralismo.²⁷⁰ Ressalte-se que Sarlet enfatiza que o reconhecimento dessas vertentes apresenta um ganho qualitativo no reconhecimento dos direitos em face das dimensões anteriores, “já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade”.²⁷¹

A dimensão cultural – pluralista – da dignidade humana parte da premissa de que os seres humanos são intersubjetivamente dialógicos e, considerando as afirmações de direitos humanos travados nos conflitos sociais em vista das múltiplas e plurais formas de vida existentes no planeta, a dignidade, por esta visão, não pode ser compreendida puramente sob o prisma biológico, ou seja, não em uma “biologização da dignidade”²⁷², mas sim como “conteúdo construído historicamente, tendo o seu conteúdo modelado e ampliado constantemente à luz de novos valores culturais e necessidades existenciais do ser humano que demarcam cada avanço civilizatório”.²⁷³

269 SARLET, 2009, p. 50.

270 BONAVIDES, 2002.

271 SARLET, 2009, p. 51.

272 SARLET, 2009, p. 23.

273 FENSTERSEIFER, 2008, p. 33.

Como será desenvolvido no próximo capítulo, a dignidade humana apresenta como dimensão imprescindível a cultura, uma vez que esta integra a identidade do sujeito – individual e coletiva – e, como o propósito do Estado Constitucional Brasileiro é o de promover e proteger a dignidade humana, esta é uma dimensão imprescindível para a abertura da tutela dos direitos fundamentais e para a construção de uma sociedade ou sociedades brasileiras livres, justas e solidárias.

4. A identidade cultural e seu reconhecimento

Historicamente, como a fundação da modernidade, houve a polarização entre civilizados e primitivos, acarretando uma situação de inferiorização institucionalizada e sedimentada pelo direito, negando a identidade de inúmeras etnias. Hodiernamente fala-se em reivindicação de direitos, sob o prisma da igualdade material, para grupos até então em posição de inferioridade, seja no plano social, cultural ou político. Conforme Magalhães²⁷⁴, “uma das causas centrais da violência na contemporaneidade é a negação da diferença. O não reconhecimento do outro como pessoa”.

A noção de minoria desenvolvida no presente trabalho é consentânea com a condição do que é juridicamente inferior a outro, ou seja, adotar-se-á, para fins da presente dissertação, a denominação de *minoría* como sendo um grupo que sob o prisma da proteção jurídica estatal, ocupa uma posição de inferiorização jurídica, social e cultural ante ao grupo dominante e, tendo em vista esta situação fática de subordinação, nos anos 60 e 70 eclodiram movimentos sociais de grupos *excluídos* que, formados por negros, mulheres, *gays* e lésbicas, jovens minorias culturais e étnicas, que passaram a reivindicar o reconhecimento de sua situação subalterna em prol de um verdadeiro descobrimento de sua identidade, que historicamente permaneceu *encoberta*.

A grande importância dos movimentos sociais acima descritos consistiu em despertar a necessidade de se pensar a *identidade* como

274 MAGALHÃES, 2012.

um elemento importante na formação da ação coletiva.²⁷⁵ Os movimentos sociais²⁷⁶, no prisma sociológico, buscou proteger a formação de identidades coletivas. A compreensão dos conflitos atuais, no prisma político, passa pela análise da *política do reconhecimento*.

4.1. A formação da identidade

Estudos psicológicos ressaltam que o processo de produção do sujeito, de modo que se apresente ao mundo e se reconheça como um ser único, recebe a denominação de *identidade*,²⁷⁷ que tem o condão de explicar o sentimento pessoal e a presença de uma realidade individual – o *eu* – que nos torna sujeitos únicos diante das outras realidades individuais.

Várias correntes da Psicologia (e a Psicanálise, inclusive) nos ensinam que o reconhecimento do eu se dá no momento em que aprendemos a nos diferenciar do outro. Eu passo a ser alguém quando descubro o outro, e a falta de tal reconhecimento não me permitiria saber quem sou, pois não teria elementos de comparação que permitissem ao meu eu destacar-se dos outros eus. Dessa forma, podemos dizer que a identidade, o igual a si mesmo, depende da sua diferenciação em relação ao outro.²⁷⁸

O ponto fundamental de contribuição da psicanálise está na descoberta do inconsciente e, que este possui um funcionamento próprio²⁷⁹, condicionante da conduta do ser. Conforme Pereira, a psi-

275 NEVES, 2005, p. 2.

276 NEVES, 2005.

277 BOCK; FURTADO e TEIXEIRA, 2008, p. 208.

278 BOCK; FURTADO e TEIXEIRA, 2008, p. 208.

279 Derrida, citado por Pereira (2005), ressalta: “Não são, repito, as teses freudianas que contam mais a meu ver, mas antes a maneira como Freud nos ajudou a pôr em questão um grande número de coisas referentes à lei, ao direito, à religião, à

canálise *resgata* o sujeito com toda sua singularidade, subjetivismo e dar a ele um lugar de sujeito único, posto que a atividade psíquica de qualquer pessoa é formada pelo consciente e pelo inconsciente.²⁸⁰

O sentimento de identidade parte do pressuposto, na psicanálise, da elaboração e reconhecimento de processos de identificações parciais, que são formadas desde o início do desenvolvimento da pessoa, que vão sendo *incorporados paulatinamente* ao sujeito, pelo que Zimerman denomina de *introjeção*, ao qual são inseridos os valores dos pais e da sociedade a que a pessoa está inserida.

Para ele, um *ente* ou *entidade* é o nascimento das sucessivas experiências da criança com os pais, em que se estabelece a crença de que é vista como um *objeto de amor* de fato existente. A transformação de *entidade para identidade* dá-se com “*instalação da confiança básica, a qual permite uma progressiva dessimbriotização, seguida de uma constância objetal*”²⁸¹ e de *coesão do self*.²⁸²

A par da descoberta do inconsciente, Freud descreve a noção de *pré-consciente*, em que funciona como uma “peneira”, que seleciona aquilo que pode ou não passa para o consciente.

autoridade patriarcal, etc. Graças ao impulso do pontapé inicial freudiano, pode-se por exemplo relançar a questão da responsabilidade, em lugar de um sujeito consciente de si mesmo, respondendo soberanamente por si mesmo perante a lei, pode-se utilizar a ideia de um *sujeito* dividido, diferenciado, que não seja reduzido a uma intencionalidade consciente e egológica”.

280 PEREIRA, 2005.

281 Constância objetal, ressalta Zimerman, “expressão bastante utilizada por Margareth Mahler na descrição de sucessivas etapas e subetapas do desenvolvimento de uma criança. A *constância objetal* seria a *quarta etapa*, que surge entre ois e três anos e se caracteriza pelo fato de, durante esse período, a criança aprender a expressar-se verbalmente e a começar a desenvolver a noção do tempo, conferindo-lhe uma crescente capacidade de tolerar a demora da gratificação e superar a separação. Fundamentalmente, a *constância objetal* consiste em obter que o estabelecimento de representações mentais do *self* da criança fiquem distintamente separadas das representações dos objetos, pois estes, por estarem introjetados de forma estável e serem de suficiente confiabilidade constante, permitem que a presença real da mãe não seja mais tão imperativa”. (ZIMERMAN, 2001, p. 84).

282 ZIMERMAN, 2001, p. 203.

Visto por um outro vértice, pode-se dizer que o pré-consciente é o que possibilita, no neurótico, certo processamento da fantasia, de acordo com a instauração do sujeito dentro do marco da realidade da cultura na qual está inserido. Isto estabelece, segundo Lacan, através da aquisição da ordem simbólica.²⁸³

A ordem simbólica, para Zimerman, é que possibilita o estabelecimento de uma “*distância ótima*” entre o desejo (representado no inconsciente) e os objetos primitivos, em que se desloca o desejo do inconsciente para “outros objetos mais admissíveis para sua gratificação e aceitação dos valores culturais”.²⁸⁴

O sentimento de identidade, para Zimerman, é inerente o contínuo questionamento do sujeito quanto a quem realmente ele é, como se auto representa no seio social, quais os papéis e os lugares por ele ocupados nos grupos e na formação dos vínculos sociais, e “o que e quem ele quer vir a ser e de como ele sente visto pelos demais”.²⁸⁵

Lacan trabalha três ordens de realidade do sujeito: o real, imaginário e simbólico. A ordem simbólica condiciona todas as demais é também denominada de ordem linguística e preexiste ao sujeito individual, “continuamente tecido pelas interações dos sujeitos ou, mais precisamente, pelas interações de significantes de que os sujeitos individuais são as sedes e os intérpretes”.²⁸⁶ Interessante observar, que como ponto fundamental para a constituição da psique humana, a ordem simbólica só existe coletivamente e intersubjetivamente e, em grande parte, é parte do inconsciente do sujeito individual.²⁸⁷

A ordem imaginária para Lacan é considerada a fase pré-simbólica²⁸⁸ e, fundamentalmente, é o momento em que a criança

283 ZIMERMAN, 2001, p. 329.

284 ZIMERMAN, 2001, p. 329.

285 ZIMERMAN, 2001, p. 203-204.

286 HOTTOIS, 2002, p. 287.

287 HOTTOIS, 2002, p. 155.

288 Ocorrida por volta de um ano de idade.

adquire identidade e unidade a partir da identificação de si mesma. Importante ressaltar que nesta fase é necessária a presença de um terceiro termo, que se coloca entre a mãe e a criança: o Pai, a Lei, o significativo, a cultura, a sociedade, os outros.²⁸⁹ E é desse contato com os “terceiros” é que a criança recebe uma identidade efetiva, torna-se um sujeito, um sujeito entre outros.²⁹⁰

A descrição destes pontos integrantes do conjunto psíquico humano é extremamente relevante para realçar a cultura como dimensão da dignidade humana, posto que é elemento indissociável da formação da identidade e da própria existência do sujeito em sociedade.²⁹¹

Em se considerando “o Direito é uma eficaz técnica de organização social e, portanto, uma sofisticada técnica de controle das pulsões”,²⁹² e, ao se falar em domínio das pulsões, o Estado, por meio da Lei, usa o Direito para tanto, por meio dos *interditos e proibições*.²⁹³ Conforme os estudos psicanalíticos propostos por Freud a *lei-do-incesto* é a lei primordial norteadora da cultura, pois possibilita a ligação entre o “estado instintal” para um “estado de aculturação que acontece todos os dias com cada criança, em qualquer sociedade humana”.²⁹⁴ Como forma de moldar o nosso existir em civilização, o Direito exerce um papel simbólico de controlar as pulsões instintivas e manifestações de gozo.

289 “Para consolidar sua formulação sobre o Complexo de Édipo, Freud busca algumas noções acerca do sistema do totemismo, reconstituindo o mito das origens da família com base em algumas teorias antropológicas sobre tribos aborígenes australianas. O autor escreve, então, o livro *Totem e Tabu* (1913), no qual tece de modo verosímil uma história da evolução do totemismo à família tradicional, pois, para ele, esse sistema seria a base da organização social de todas as culturas.” (ARREGUY; MORENA-TORRES; CAMPOREZ, 2012.)

290 HOTTOIS, 2002, p. 289.

291 Ou em sociedades, posto que não existe uma sociedade, mas sociedades, como aventado por Gellner, na sua obra *antropologia e política* (1997).

292 PEREIRA, 2005, p. 41.

293 PEREIRA, 2005, p. 41.

294 PEREIRA, 2005, p. 41.

Ao se vislumbrar uma neutralidade cultural do Estado, incorre o mesmo em configura um impedimento para a promoção e proteção de uma cultura em particular, isto significa que a neutralidade pode ensejar a prevalência de uma cultura dominante exerça posição hegemônica em face das minorias.²⁹⁵ O respeito ao direito das minorias passa pela *proteção e promoção da dignidade* humana, de modo que não é possível sustentar a *exclusão ou assimilação cultural* de um grupo em face dos valores de outro grupo.

O livre desenvolvimento da identidade, como variação da garantia do livre desenvolvimento da personalidade, passa pela *consideração de que a liberdade* cultural enseja, igualmente, posturas por parte do estado – retratado por ações afirmativas – de modo a corrigir distorções historicamente herdadas, assegurando o respeito às identidades culturais dos povos indígenas – e não apenas deles, mas de toda e qualquer diversidade – como corolário lógico da proteção e promoção da dignidade humana.

Há muito o que se aprofundar nos estudos sobre o inconsciente, não resta dúvidas quanto a isso mas, por ora, estas considerações são suficientes para elucidar a importância da cultura no processo de formação da identidade e como norte para a existência digna dos povos culturalmente diversos da sociedade capitalista moderna.

4.2. O surgimento da luta pelo reconhecimento

Conforme o Dicionário Houaiss, reconhecer significa “identificar, distinguir (algo ou alguém, por certos caracteres, ou que se conheceu anteriormente)”. Se o Estado Brasileiro apresenta como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º), que tem por fundamento a *promoção e proteção* da dignidade humana (art. 1º, III), deve-se indagar qual a posição do Estado e suas instituições frente a diversidade cultural presente em seu território.²⁹⁶

295 MALDONADO, 2006, p. 49.

296 MALDONADO, 2006, p. 271.

Maldonado ressalta a necessidade de imparcialidade do Estado quanto à coexistência cultural no seu âmago, de modo que não é dado impor nenhuma cultura em face de seus cidadãos. Parte do pressuposto de que *deve reconhecer e acomodar todas as culturas que o habitam*.²⁹⁷

4.2.1. A luta pelo reconhecimento em Hegel

Ao comentar sobre Hegel, em sua célebre obra *Fenomenologia do Espírito*, Hottois²⁹⁸ ressalta a dialética do senhor e do escravo, em que a consciência individual tem como característica a autoafirmação e a ambição, no que tange a se afirmar em face de outras consciências individuais, em caso de conflito para afirmar a superioridade e exercer a dominação. Este conflito entre as consciências individuais ambiciosas e em busca da defesa da própria identidade, leva ao surgimento da *luta pelo reconhecimento*.

Interessante ponto ressaltado por Hottois consiste na colocação de que o embate chega ao fim apenas com a *morte* ou a *submissão* de um dos protagonistas. A ocorrência da *submissão* dá-se com o *medo da morte*, não sendo necessariamente a demonstração de uma inferioridade *objetiva* daquele que se submete. Esta é a forma que, para ele, se estabelece a relação de *subordinação e de poder*, em que o “escravo reconhece o senhor”.²⁹⁹

A superioridade deste [o senhor] assenta fundamentalmente no medo que ele inspira no outro, obrigado a trabalhar par o seu senhor, ele próprio livre de gozar a existência. Mas esta situação é dialéctica, pois contém os

297 MALDONADO, 2006, p. 271. Segundo o autor em comento “la separación entre cultura y Estado es una idea espuria que esconde el privilegio de una cultura, generalmente la de la mayoría, sobre otras. La política de la ‘indiferencia benigna’ del Estado frente a la cultura es solamente una forma de oscurecer la protección y promoción de las tradiciones de la mayoría a través de las instituciones y prácticas estatales”.

298 HOTTOIS, 2002, p. 155.

299 HOTTOIS, 2002, p. 155.

elementos da sua própria revolta. Com efeito, o senhor, levando uma vida de prazer, e não esbarrando nunca na dura realidade, vai tornar-se cada vez mais dependente dos prazeres e serviços prestados pelo escravo.³⁰⁰

Alude Mattos³⁰¹ que o papel central do reconhecimento social para a sociabilidade humana se deve a Hegel, uma vez que foi o primeiro expositor conhecido que cunhou as primeiras acerca da luta pelo reconhecimento. O projeto da modernidade ao fixar a liberdade e a igualdade como direitos fundamentais da vida social, o pressuposto fundamental para a *luta pelo reconhecimento* consiste precisamente em uma etapa do processo de formação da identidade pessoal.³⁰²

4.2.2. A Luta pelo Reconhecimento em Taylor: a política da dignidade igual

A contribuição de Taylor³⁰³ para o debate acerca do *reconhecimento* das identidades culturais se deve que o mesmo elucidada que o reconhecimento e a política da diferença exige a admissão da identidade própria de um grupo, posto que é precisamente a singularidade que confere uma identidade incomum é ignorada pelo Estado Moderno, que prega a assimilação com base na identidade oficial do grupo politicamente dominante.

Taylor ressalta ser a construção da identidade um elemento intersubjetivo primordial do ser humano, enfatizando que os meios de dominação opressivos em face dos grupos minoritários refletem negativamente na autoestima dos integrantes dos grupos³⁰⁴, o que, pensamos nós, acarreta na inferiorização desses grupos frente ao hegemônico.

300 HOTTOIS, 2002, p. 155.

301 MATTOS, 2006, p. 19.

302 BUNCHAFT, 2009, p. 373.

303 TAYLOR, 2000. BUNCHAFT, 2009. LIMA, 2009. MATTOS, 2006.

304 TAYLOR, 2000, p. 246.

De fato, ressalta o autor em apreço que a intersubjetividade é pressuposto fundamental para a formação da identidade, sendo, por oportuno, um elemento intrínseco da condição humana, que não pode ser desprovida do diálogo com os demais indivíduos, sendo que, para o desenvolvimento da identidade individual e coletiva, é imperioso o reconhecimento das formas dialógicas próprias de cada cultura, de modo que o não reconhecimento ou a sua deformação, são considerados como forma de opressão e fomento de desigualdades.³⁰⁵

Taylor demonstra que a *depreciação sistemática* de grupos minoritários tem o condão de interiorizar o âmago da identidade, afetando, profundamente a autoestima e, ressaltando a dialética do senhor e do escravo, destaca que a autodepreciação³⁰⁶ é um dos instrumentos mais fortes de opressão.³⁰⁷

A tese é de que nossa identidade é moldada pelo reconhecimento ou por sua ausência, frequentemente pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas podem sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou sociedades ao redor deles lhes desenvolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível.³⁰⁸

Ressalta Taylor que as mudanças ocorridas que tornaram inevitável a preocupação com a identidade e o reconhecimento, sendo a primeira o colapso das hierarquias sociais baseadas na honra, uma vez que, no antigo regime (*ancien régime*), a honra estava umbilicalmente ligada com tratamentos desiguais, posto

305 TAYLOR, 2000. BUNCHAFT, 2009. LIMA, 2009. MATTOS, 2006.

306 Ressalta Taylor o caso dos negros, que “a sociedade branca projetou por gerações uma imagem depreciativa a cuja adoção alguns negros se mostrariam incapazes de resistir. Nesse modo de ver as coisas, sua autodepreciação vem a ser um dos mais fortes instrumentos de sua opressão” (2000, p. 242).

307 TAYLOR, 2000. BUNCHAFT, 2009.

308 TAYLOR, 2000, p. 241.

que “para que alguns tenham honra nesse sentido, é essencial que nem todos tenham”.³⁰⁹

Em oposição à ideia de honra está a noção de dignidade, ho-
diernamente utilizada em um sentido universalista e igualitário,
em que todos os seres humanos são titulares, sendo, para Taylor,
“o conceito de dignidade o único compatível com uma sociedade
democrática”.³¹⁰ A emergência do Estado liberal que concedeu di-
reitos universais iguais a todos.³¹¹

A democracia introduziu uma política de reconheci-
mento igual que assumiu várias formas ao longo dos
anos e que agora voltou na forma de exigências de igual
status de culturas e gêneros.³¹²

Outro ponto de modificação ressaltado por Taylor consiste
na intensificação da compreensão de identidade individual³¹³ sur-
gida no final do século XVIII, a que ele designa de *ideal de auten-
ticidade*, que consiste na preocupação moderna com a identidade
e o reconhecimento.³¹⁴ O ponto fundamental está em que, não
apenas os indivíduos são dotados de uma natureza única, uma
identidade autêntica, mas também os povos cuja cultura apresen-
tam um viés original e autorrealizável³¹⁵ em face da sociedade li-
beral capitalista moderna.

309 TAYLOR, 2000, p. 242.

310 TAYLOR, 2000, p. 242.

311 BUNCHAFT, 2009, p. 376. Ressalta a autora que “nas sociedades pré-democrá-
ticas, o conceito de dignidade estabelece-se como garantia do universalismo e do
igualitarismo, refletindo uma política universalista baseada na igualdade de direitos,
substituindo o conceito de honra que, anteriormente, legitimava todo um sistema de
hierarquias sociais e desigualdades”.

312 TAYLOR, 2000, p. 242.

313 “Uma identidade individualizada que é particularmente minha” (BUNCHAFT,
2009, p. 376).

314 TAYLOR, 2000, p. 242. BUNCHAFT, 2009, p. 376.

315 TAYLOR, 1997, p. 127.

A política da diferença de Taylor enfatiza como pressuposto a admiração e o respeito pelo igual valor das culturas tradicionais, posto que a condição humana é essencialmente dialógica e, para tanto, deve se contrapor ao liberalismo universalista, que é indiferente à diversidade cultural e negligencia o ideal de autenticidade.³¹⁶

A política da dignidade igual enfatiza que todos são igualmente dignos de respeito, independentemente das especificidades culturais, ou seja, a igualdade está em respeitar a todos por sua condição humana. A política da diferença se baseia, para Taylor, no ideal de autenticidade, posto que cada pessoa possui uma identidade singular, se fundamentando na capacidade de esculpir e definir uma identidade individual e cultural própria, o que deve ser reconhecido.³¹⁷

Ao se negar as especificidades culturais de cada pessoa ou povo culturalmente diverso, nos moldes tratados pelo direito moderno, há a promoção e manutenção de um modo de pensar hegemônico, excluindo os demais, acarretando, por conseguinte, em uma realidade discriminatória.

Na defesa da minoria francófona do Quebec, no Canadá, Taylor ressalta que deve ser estabelecidas normas para a manutenção e sobrevivência esta cultura naquele país, formulando uma proposta em que vá além do mero liberalismo individualista, sensível às identidades culturais originais, de modo que deve haver políticas públicas para o auto sustento da identidade cultural para as presentes e futuras gerações, mesmo que, para isso, tenha que se restringir direitos individuais.³¹⁸

316 BUNCHAFT, 2009, p. 377.

317 TAYLOR, 2000, p. 242-4. BUNCHAFT, 2009, p. 377.

318 TAYLOR, 2000. BUNCHAFT, 2009, p. 378.

4.2.3. A Luta pelo Reconhecimento em Axel Honneth

Em celebre obra intitulada *Luta pelo Reconhecimento*³¹⁹, Honneth salienta o debate sobre temas altamente relevantes para a elucidação do conteúdo jurídico da diversidade, ao abordar o multiculturalismo e à redistribuição. Conforme Marcos Nobre:

[...] o tipo de luta social que Honneth privilegia em sua teoria do reconhecimento não é marcado em primeira linha por objetivos de auto conservação ou aumento de poder – uma concepção de conflito predominante tanto na filosofia política moderna como na tradição sociológica, a qual elimina ou tende a eliminar o momento normativo de toda luta social. Antes, interessam-lhe aqueles conflitos que se originam de uma experiência de desrespeito social, de um ataque à identidade pessoal ou coletiva, capaz de suscitar uma ação que busque restaurar relações de reconhecimento mútuo ou justamente desenvolvê-las num nível evolutivo superior. Por isso, para Honneth, é possível ver nas diversas lutas por reconhecimento uma força moral que impulsiona desenvolvimentos sociais.³²⁰

Honneth demonstra que “os modelos explicativos hegemônicos apresentam tais lutas como disputas em torno de interesses particulares, cujo sucesso se mantém vinculado à capacidade de agregar um número significativo de atores sociais e ampliar seu poder de barganha política.

Para Honneth, a integração social deveria assumir a forma de um processo no qual os atores (grupos minoritários) reivindicam o reconhecimento de suas identidades a fim de que todos os grupos e indivíduos possam participar igualmente da organização

319 HONNETH, 2003.

320 NOBRE, 2003, p. 18.

do espaço social. Assim, os conflitos sociais seriam concebidos em referência a demandas morais individuais que podem ser socializadas e, como consequência teórica, a própria proposição da luta de classes, que tem orientado a teoria social crítica desde sua fundação, poderia ser entendida a partir da noção de que este é um conflito moral passível de ser atualizado a partir da fórmula das lutas sociais pelo reconhecimento de identidades.³²¹

Assim como Taylor, Honneth também defende que no diálogo intersubjetivo é que se define a identidade, mas o mesmo vislumbra três formas diferentes de interação social, sendo a primeira a *autoconfiança*, que é extraída nas relações afetivas com os entes familiares. A segunda é o *auto respeito*, que decorre das contribuições próprias e singulares da comunidade a que o sujeito pertence e a terceira, consiste na *autoestima*, que consiste no reconhecimento da comunidade a que o sujeito pertence de sua contribuição pessoal.³²²

Interessante observar que as três dimensões para Honneth podem acarretar sofrimento e exclusão e fomentar a *luta pelo reconhecimento*, refletindo na formação dos movimentos sociais.³²³

Os indivíduos alcançam a primeira forma de reconhecimento nas relações íntimas de amor e amizade, que lhes permite a confiança em si próprios. Para desenvolver a autoconfiança, as crianças necessitam ser nutridas emocionalmente, por meio de relações emocionais fortes, de forma a superar a unidade simbiótica entre mãe e filho. A segunda forma de reconhecimento ocorre na esfera dos direitos universais concedidos aos membros da sociedade, por meio dos quais os indivíduos alcançaram o auto-respeito, o que se reflete diretamente em relações legais que reconhecem os cidadãos como igualmente dignos de direitos, tanto

321 HONNETH, 2003.

322 HONNETH, 2003. BUNCHAFT, 2009.

323 BUNCHAFT, 2009, p. 378.

os relativos à esfera individual, como os que permitem acesso aos processos políticos. Pela terceira forma de reconhecimento, o indivíduo alcança a dimensão da auto-estima, sendo reconhecido por habilidades particulares que contribuem positivamente para projetos compartilhados pela comunidade.³²⁴

A evolução da sociedade, para Honneth, é retratada pelo impulso da luta pelo reconhecimento acarretado pelos conflitos sociais e, o autor lança a tese de que toda má distribuição pode ser resolvida por uma política de reconhecimento própria, em que se baseia na ideia de que se deve conceber padrões distributivos existentes como resultado da luta pelo reconhecimento.³²⁵

4.2.4. A Luta pelo Reconhecimento em Nancy Fraser

Assumindo como defensora do feminismo, Fraser ressalta que o não-reconhecimento conduz a uma subordinação institucionalizada e não a uma deformação da identidade, subordinação esta que reflete na incapacidade de igual participação na vida social, barrando o tratamento igualitário.

Uma questão suscitada por Fraser consiste na afirmação de que as lutas por reconhecimento das identidades culturais apresentam a tendência de serem negligentes com as injustiças econômicas, ou seja, demandas materiais, notadamente em tempos em que as desigualdades sociais assolam os países centrais.³²⁶ Pontua o mutualismo entre as teorias voltadas para a injustiça social com as teorias que tem como viés as injustiças culturais, sendo necessário romper com a dicotomia teórica quanto ao trato das injustiças: ambas as teorias são necessárias.

324 BUNCHAFT, 2009, 379.

325 BUNCHAFT, 2009, 380.

326 FRASER, 2001. BUNCHAFT, 2009, 385.

A igualdade e a diferença são dimensões consideradas aparentemente inconciliáveis, por serem pressupostos contraditórios e, no que tange ao tratamento igualitário, ressalta a que este é um pressuposto da redistribuição ao passo que para o reconhecimento, o pressuposto é reconhecer a singularidade de cada indivíduo, por meio da valorização de suas diferenças.³²⁷ Afastando-se dos modelos de Honneth e Taylor – a do reconhecimento identitário – a autora ressalta a conjunção de uma política econômica socialista, de modo a reduzir as diferenças sociais, assim como a adoção de uma política cultural desconstrutivista, para a desconstrução das identidades e não sua afirmação.

No que tange às identidades culturais, enfatiza que a proposta de Taylor acarreta na reificação³²⁸ das identidades de grupo, formando laços rígidos, ignorando o inevitável processo de transformação dos padrões culturais.³²⁹

O cerne normativo de minha concepção é a noção de paridade de participação. De acordo com essa norma, a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros da sociedade interagir uns com os outros como companheiros. Para a participação paritária ser possível, eu alego, ao menos duas condições devem ser satisfeitas. Primeiro, a distribuição de recursos materiais deve ser de tal forma que assegure aos participantes independência e voz... A segunda condição requer que padrões institucionalizados de valores culturais expressem igual respeito para com todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social.³³⁰

327 FRASER, 2001, p. 254. BUNCHAFT, 2009, p. 385.

328 Segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, reificação é “qualquer processo em que uma realidade social ou subjetiva de natureza dinâmica e criativa passa a apresentar determinadas características – fixidez, automatismo, passividade – de um objeto inorgânico, perdendo sua autonomia e autoconsciência”.

329 FRASER, 2001.

330 FRASER, 2001, p. 29.

Um ponto relevante nas colocações de Fraser consiste na afirmação de que Taylor ignora questões de justiça distributiva, uma vez que os imperativos econômicos criam seus próprios estereótipos estigmatizantes, como forma de legitimar a exclusão econômica de determinados grupos.³³¹ Afirma que a lógica autônoma do mercado da economia capitalista acarreta injustiças distributivas, independentemente de padrões culturais.

331 BUNCHRAFT, 2009, p. 388.

5. O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas

O reconhecimento dos direitos fundamentais dos povos indígenas é disciplinado pelo texto constitucional brasileiro de 1988 e apresenta algumas peculiaridades importantes para a proteção da diversidade cultural dos povos originários, de modo a promover e proteger a dignidade dos mesmos.

5.1. O Estado Nacional Brasileiro

Como ressaltado, o Estado Moderno é fruto do colonialismo e do desenvolvimento industrial. Foi formulado com base em um poder central altamente especializado, com organização jurídica que separa o direito da moral e da religião, sobre um território único, além de transferir a gênese do Direito dos costumes do grupo social para o Estado, por meio da edição das leis.³³²

Este Estado possui como elementos indissociáveis³³³ o poder – traduzido na soberania/jurisdição – a politicidade – traduzida na finalidade de proteger o bem comum – a existência de um povo e a territorialidade.³³⁴

Baseada na concepção evolucionista - que concebe o movimento histórico como um percurso linear que parte da condição do estado da natureza tido como barbárie até o estágio mais avançado

332 BARBOSA, 2001, p. 19.

333 DALLARI, 2002, p. 118.

334 Como espaço geográfico delimitado.

representado pela sociedade civilizada - a história passou a ser definida e identificada como única em que o processo civilizatório progressivo encontrava seu ápice nas sociedades da Europa ocidental.

Na construção dos Estados nacionais baseados na identidade nacional única e homogênea, a realidade sociocultural plural dos povos indígenas foi mascarada em nome da integração à comunhão nacional e da unicidade de território.³³⁵

Como enfatizado no primeiro capítulo, a organização brasileira em Estado nacional foi prejudicial aos povos indígenas, uma vez que adotou-se a política de ampliação de fronteiras agrícolas e houve incessante busca por riquezas no interior do território brasileiro, os governos trataram os povos indígenas contatados como obstáculos ao desenvolvimento e suas terras, vidas e sociedades foram violadas.³³⁶

Com o advento da República no Brasil, restou consolidada a noção de Estado nacional sob um espaço geográfico de jurisdição. “Essa característica especial marcou a definição da nacionalidade, ancorada na territorialidade”.³³⁷ Na construção do Estado moderno, a homogeneidade propugnada promoveu a identificação entre nação e Estado, vale dizer, para cada Estado, uma nação. Daí falar-se em nacionalidade.

O Estado nacional e a fixação de seus limites territoriais foram construídos com a desconsideração dos povos indígenas, negligenciando o aproveitamento do conhecimento tradicional oriundo da riqueza de suas culturas como elementos formadores da nacionalidade brasileira. O direito português, e posteriormente o direito brasileiro, não observaram as instituições dos aborígenes.

335 DANTAS, 2003, p. 36. “A integração significa transformar os índios em não índio, em indivíduo moderno; e suas sociedades, em comunidades marginalizadas social e culturalmente plasmadas no todo homogêneo da comunhão nacional. Significa negar a pluralidade cultural que representam as sociedades indígenas e justifica os interesses da determinação conceitual que fundamenta as sociedades modernas: povo único, cultura única, logo, nação única, e, portanto, equivalente base social do Estado moderno”

336 SOUZA FILHO, 2003, p. 76.

337 DANTAS, 2003, p. 68.

5.2. A Constituição Brasileira de 1988 e a constitucionalização dos direitos

Salientou-se que o pós-guerra ensejou a releitura do Direito, que culminou na mudança dos padrões constitucionais, reaproximando Direito e Moral. Segundo Sarmento, o constitucionalismo contemporâneo teve origem no pós-guerra, isto é, percebeu-se que as maiorias políticas são capazes de perpetrar e tornar-se cúmplices com a barbárie, tal qual como ocorrido nas práticas nazistas, de modo que “levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador”.³³⁸

Importa salientar que a origem da expressão *neoconstitucionalismo* é realçado pela doutrina como o estágio evolutivo hodierno do constitucionalismo. Alguns autores salientam trata-se do *constitucionalismo contemporâneo*³³⁹, que assume uma nova roupagem, acarretando mudanças estruturais na esfera normativa. Acerca do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, sintetiza Luis Roberto Barroso³⁴⁰ que:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças

338 SARMENTO, 2009, p. 14.

339 BARROSO, 2009.

340 BARROSO, 2007, p. 216.

que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

O constitucionalismo contemporâneo, os *princípios jurídicos* são valorizados, contendo força normativa e aplicabilidade plena na solução dos casos, notadamente os casos difíceis. Vale-se de *métodos abertos para a solução dos casos*, como a ponderação e teorias da argumentação jurídica como método de solução para os casos. Há a *constitucionalização dos direitos*, pela previsão de pontos centrais dos diversos ramos do direito na Magna Carta ou pela irradiação dos seus efeitos para os diversos ramos, uma vez que é a norma suprema do ordenamento e o ordenamento infraconstitucional deve guardar consonância.

Outro aspecto importante consiste na aproximação entre Direito e moral, que são estudados como objetos compartilhados, o que culmina na abertura filosófica nos embates jurídicos.³⁴¹ Guastini³⁴² elucida, de modo pormenorizado, as condições para a constitucionalização do ordenamento: 1) Previsão de uma Constituição Rígida; 2) Garantia jurisdicional da Constituição; 3) Força vinculante da Constituição; 4) Sobreinterpretação da Constituição; 5) Aplicação direta da Constituição; 6) Interpretação das leis conforme a Constituição; 7) Questões políticas sendo discutidas no âmbito judicial.

Quanto ao primeiro ponto – a da Previsão de uma Constituição Rígida – a questão primaz acerca da análise de um ordenamento constitucionalizado consiste na verificação da existência de uma Carta Constitucional escrita, dotada de mecanismos rígidos quanto ao poder de reforma, de modo que seja protegida quando confrontada com a legislação ordinária.³⁴³ Em outras palavras, a rigidez

341 SARMENTO, 2009, p. 9-10.

342 GUASTINI, 2007, p. 271-293.

343 FIGUEROA, 2009, p. 458.

constitucional significa a blindagem normativa se defrontada com as leis ordinárias, de modo que não pode haver derrogação, modificação ou ab-rogação, a não ser se houver procedimento especial para tanto.³⁴⁴ Outro fator que decorre da adoção de uma Constituição Rígida consiste na previsão escalonada do ordenamento jurídico, isto é, a previsão de níveis hierárquicos entre as normas, de modo que a Constituição seja galgada ao patamar superior.³⁴⁵

No que tange à *Garantia jurisdicional da Constituição*, A par do caráter declaratório de direitos fundamentais, um ordenamento constitucionalizado deve prever um *sistema de garantias*. A Magna Carta deve ser dotada de mecanismos de controle de conformidade constitucional das leis.³⁴⁶

A *força vinculante da Constituição*, no Estado Constitucionalizado a Magna Carta é considerada como “verdadeira norma jurídica e não como simples declaração programática”.³⁴⁷ Riccardo Guastini salienta que o “primeiro aspecto do processo de constitucionalização consiste na compreensão de que a Constituição é um conjunto de normas vinculantes”.³⁴⁸ As normas constitucionais, sem exceção, independentemente do conteúdo ou estrutura, são dotadas de aplicabilidade e obrigam seus destinatários, não sendo simples programas política ou relação de recomendações aos poderes³⁴⁹ e aos particulares.

Quanto à *Sobreinterpretação da Constituição*, os interpretes, sejam quais forem (juízes, órgãos estatais ou juristas), não podem valer-se da interpretação literal da Constituição, mas sim devem valer-se da interpretação extensiva da mesma, uma vez que a magna carta é finita, não abarcando todos os aspectos da vida política e

344 GUASTINI, 2007, p. 273.

345 GUASTINI, 2007, p. 273.

346 GUASTINI, 2007, p 274; FIGUEROA, 2009, p. 458.

347 FIGUEROA, 2009, p. 459.

348 GUASTINI, 2007, p. 275.

349 CARBONELL, 2009, p. 203.

social, mas sim uma parte dela.³⁵⁰ Riccardo Guastini considera que a Constituição não pode ser passível de lacunas, de modo que se houver “falhas normativas”, deve-se valer da sobreinterpretação do texto maior, de modo a evitar lacunas, construindo normas implícitas para suprir as omissões.³⁵¹ Ainda, aponta Guastini³⁵² que:

A sobre-interpretação da Constituição apresenta dois aspectos: (i) a recusa da interpretação literal e do conexo argumento *a contrario senso*, que geralmente trazem à lume lacunas (embora o argumento *a contrario senso* também possa ser usado para preenchê-las); e (ii) a construção de normas implícitas, idôneas para completar lacunas enquanto não sejam evitáveis.

A sobre-interpretação permite extrair do texto constitucional normas idôneas para disciplinar qualquer aspecto da vida social e política. Quando a Constituição é sobre-interpretada não restam espaços vazios de – ou seja, “livres” do – Direito Constitucional: toda decisão legislativa é pré-disciplinada (talvez também minuciosamente disciplinada) por uma ou outra norma constitucional. Não existem leis que possam escapar do controle de legitimidade constitucional.

A quinta condição acerca da constitucionalização do direito para Guastini reside no reconhecimento da de que a Constituição é norma regente de todas as relações jurídicas, inclusive as privadas, não sendo apenas dirigido às autoridades públicas e ao Estado.³⁵³ Todas as relações sociais são abarcadas pela Constituição.³⁵⁴

Para Guastini, com relação à *Interpretação das leis conforme a Constituição*, trata-se de método de interpretação da lei e não

350 CARBONELL, 2009, p. 204; GUASTINI, 2007, p. 276.

351 GUASTINI, 2007, p. 276.

352 GUASTINI, 2007, p. 276.

353 CARBONELL, 2009, p. 205.

354 FIGUEROA, 2009, p. 459.

da Constituição.³⁵⁵ Uma perspectiva interessante é a de não tratar apenas do binômio *constitucionalidade* ou *inconstitucionalidade* das normas, sendo possível o uso de sentenças intermediárias, interpretativas ou manipulativas, que podem ser redutoras, aditivas ou substantivas.³⁵⁶

Quanto ao último ponto, tendo em vista o patente cunho moral e político dos princípios constitucionais, a Constituição disciplina as relações políticas, uma vez que a regência das relações de poder do Estado é minuciosamente tratada na Carta Maior.³⁵⁷ Outro aspecto relevante consiste, no caso brasileiro, ao que a doutrina processualista enuncia de *princípio da universalidade de jurisdição*, esculpido no artigo 5º XXXV que diz que “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a Direito”. A chamada *judicialização da política*, consiste, portanto, na apreciação, pelo Poder Judiciário, do cumprimento dos direitos e deveres constitucionais por via do direito de ação.

Uma parcela da doutrina diz ser o deslocamento do poder, que antes estava nas mãos do Executivo e Legislativo, para o Judiciário. O ponto central das chamadas “*political questions*” consiste na disciplina jurídico-política no texto maior, bem como a incumbência atribuída ao Poder Judiciário, em “examinar a argumentação política que está subjacente às normas jurídicas”.³⁵⁸

355 CARBONELL, 2009, p. 205.

356 GUASTINI, 2007; FIGUEROA, 2009, p. 459.

357 FIGUEROA, 2009, p. 459. Para um estudo mais aprofundado. Cf. CAMBI, 2009.

358 FIGUEROA, 2009, p. 459.

5.3. A constitucionalização dos direitos e o Direito Indígena

Como ressaltado, a Constituição Brasileira de 1988 abarcou em seu texto inúmeras relações sociais, operando a elevação para o âmbito da Magna Carta assuntos que até então eram relegados à legislação infraconstitucional ou simplesmente silenciadas no ordenamento jurídico. Assim sendo, abordar-se-á a constitucionalização dos direitos e o trato jurídico constitucional do direito fundamental à diversidade cultural de que são titulares os povos indígenas.

5.3.1. Contexto da Constitucionalização

Far-se-á no presente item a contextualização do movimento de inserção de relações sociais no âmbito jurídico constitucional, tratando dos primórdios ocorridos na Europa, que influenciou sobremaneira a forma de normatização contemporânea do constitucionalismo, inclusive o brasileiro.

5.3.1.1. Irradiação das normas constitucionais

Salientou-se acima a relação entre constitucionalismo, democracia e direitos fundamentais, bem como as características do momento atual do constitucionalismo, que prevê a Constituição como norma, disciplinada rigidamente, dotada de força normativa, vinculante a todos. Há a previsão da garantia jurisdicional da Constituição, e o reconhecimento de sobreinterpretação da mesma, com a previsão de interpretação extensiva e admissão de princípios implícitos. Outrossim, sendo o epicentro do ordenamento, suas normas são dotadas de aplicação direta, influenciando, por conseguinte, as relações políticas e privadas, assim como a leitura das leis, que devem ser interpretadas conforme a Constituição.³⁵⁹

359 GUASTINI, 2007.

A ideia de supremacia das normas constitucionais faz com que todo o ordenamento infraconstitucional guarde compatibilidade com a norma maior. Ao se falar em constitucionalização do direito, Virgílio Afonso da Silva salienta que “a idéia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito.”³⁶⁰

Barroso³⁶¹ enfatiza que o ponto inicial da constitucionalização do direito deu-se na Alemanha, quando da interpretação do caso *Lüth*. O Tribunal Constitucional Alemão “assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores”. José Carlos Vieira de Andrade, ao falar da re-subjetivação das dimensões objetivas, a eficácia irradiante das normas constitucionais, configurou o “alargamento das dimensões objetivas dos direitos fundamentais, isto é, da sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários”.³⁶²

Se o sistema consagra direitos e valores, toda a sociedade deve tomar proveito dos seus efeitos, condicionando toda a interpretação dos ramos do Direito, seja público ou privado, vinculando os poderes estatais.³⁶³

5.3.1.2. O ponto inicial da constitucionalização do direito

Apesar de ser um caso julgado no que tange a uma relação jurídica civil, o caso *Lüth*,³⁶⁴ como ressaltado, foi o marco inicial para a análise da constitucionalização do direito. No caso concreto³⁶⁵, um cineasta fez um filme e um jornalista passou propagou uma grande

360 SILVA, 2005, p. 39.

361 BARROSO, 2009, p. 354.

362 VIEIRA DE ANDRADE, 2001, p. 149.

363 BARROSO, 2009, p. 355.

364 DIMOULIS e MARTINS, 2007, p. 263-278.

365 STEINMETZ, 2004, P. 105; SARMENTO, 2006, p. 141.

campanha de boicote, dizendo que o cineasta era nazista. Entretanto, o filme em si nada falava acerca do nazismo, consistindo em uma comédia romântica. O boicote era em razão do cineasta e seu pretenso passado e não quanto ao filme. A represália surtiu efeito e o filme fracassou, resultando em prejuízo ao cineasta que investiu na produção. Em razão disso, o cineasta ingressou com um pedido de indenização, com base em uma norma do Código Civil Alemão, a qual previa todo aquele que causa dano ao outrem tem o dever de indenizar.

O cineasta logrou êxito nas instancias originárias, mas a corte constitucional reverteu o julgamento, uma vez que entendeu que as normas do ordenamento devem ser interpretadas à luz dos valores propostos pelos direitos fundamentais. Assim, em que pese o dispositivo do Código Civil Alemão determinando a indenização, este deveria ser interpretado de acordo com o direito fundamental de liberdade de expressão.

Essa decisão é um dos casos mais influentes do direito constitucional. A partir dela, surgiu toda a edificação da Constituição como conjunto de valores e da eficácia irradiante dos direitos fundamentais.³⁶⁶ A partir de então, surgiu na doutrina a discussão acerca da eficácia das normas de direitos fundamentais.³⁶⁷

5.3.1.3. Formas de constitucionalização

Virgílio Afonso da Silva aduz que a constitucionalização do direito pode ocorrer por formas diversas e pode ser “levada a cabo por diversos atores.”³⁶⁸ Cita a posição de Gunnar Folke Schuppert

366 VIEIRA DE ANDRADE, 2001; SARLET, 2009.

367 SILVA, 2005, p. 42. Na tradução de Virgílio Afonso da Silva, assim se pronunciou o Tribunal Constitucional Alemão: “A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos”.

368 SILVA, 2005, p. 38.

e Cristian Bumke, para quem a constitucionalização pode ocorrer por cinco formas:

(1) Reforma legislativa; (2) desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias; (3) mudança de paradigma nos demais ramos do direito; (4) irradiação do direito constitucional – efeitos nas relações privadas e deveres de proteção; (5) irradiação do direito constitucional – constitucionalização do direito por meio da jurisdição ordinária.³⁶⁹

Silva explica que nem todos os pontos enaltecidos por Schuppert e Bumke interessam para a cenário brasileiro, enfatizando, como importante para o nosso contexto os seguintes pontos.³⁷⁰ *Reforma legislativa*, por meio do qual opera-se reformas na legislação de modo a adaptá-la à Carta Maior, mas que este é um processo lento, que depende de uma série de fatores, como a mentalidade da sociedade ou a recusa em reconhecer a mudança de paradigma por parte do Judiciário.³⁷¹

Outro ponto salientado consiste na *irradiação do direito constitucional* aos demais ramos do direito, que nada mais é do que a “solidificação da submissão desses ramos aos ditames constitucionais”.³⁷² A consagração de um sistema de valores no âmbito do Tribunal Constitucional Alemão, por meio de reiteradas decisões, conferiu solidificação da supremacia das normas constitucionais frente às de direito privado.³⁷³

No que tange aos atores do processo de constitucionalização do ordenamento, identifica-se: (a) o legislador, que tem a missão de moldar o ordenamento infraconstitucional aos ditames constitucionais; (b) o judiciário, por meio da aplicação, interpretação e contro-

369 SILVA, 2005, p. 39.

370 SILVA, 2005, p. 39.

371 SILVA, 2005, p. 41.

372 SILVA, 2005, p. 41.

373 SILVA, 2005, p. 42-43.

le dos atos que abarquem direitos fundamentais;³⁷⁴ (c) a doutrina, com a construção de teorias que podem variar, conforme o ramo do direito. Acerca deste ultimo aspecto, salienta Silva³⁷⁵:

No âmbito da doutrina jurídica há um embate que tende a não existir para os outros atores da constitucionalização do direito, que é a luta pela preservação da autonomia de cada disciplina. Nesse sentido, mesmo que a tradição civilista não fosse uma tradição consolidada há tanto tempo, ainda assim poderia haver a tendência refratária mencionada [ao processo de constitucionalização do direito], já que uma constitucionalização do direito civil pode não somente implicar uma mudança de paradigma, uma mudança de racionalidade, mas também uma submissão metodológica do direito civil ao direito constitucional. Este é o centro do embate, não um mero problema de tradição *versus* não tradição.

Outro ponto de vista enaltecido pela doutrina consiste na constitucionalização do direito segundo Louis Favoreu³⁷⁶, mais consentâneo com a realidade brasileira. Para este autor francês há três tipos de constitucionalização. O primeiro deles consiste na chamada *constitucionalização-juridicização*, que consiste na juridicização da Magna Carta.³⁷⁷ Outro enfoque é o da *elevação da Constituição*, ou seja, o que antes era tema relegado ao plano infraconstitucional, passou a ser tratado no âmbito da Lei Maior, havendo “um movimento ascendente de repartição material”.³⁷⁸

Estes dois primeiros aspectos são mais consentâneos ao ordenamento francês.³⁷⁹ O mais importante é o terceiro aspecto,

374 SILVA, 2005, p. 44.

375 *Apud* SILVA, 2005, p. 45.

376 SILVA, 2005; BARROSO, 2009; BINEMBOJM, 2008.

377 SILVA, 2005, p. 48.

378 SILVA, 2005, p. 47.

379 SILVA, 2005, p. 47.

a que Favoreu chama de *constitucionalização-transformação*, que consiste na marca universalizante da constitucionalização, fenômeno este que abrangeu vários países³⁸⁰, que consiste na previsão constitucional de direitos e liberdades, infiltrando nos diversos campos do direito, operando-se, tendo em vista a supremacia da constituição, a transformação dos ramos do direito.³⁸¹

De fato, ao se reconhecer a força normativa da constituição, ou seja, a constituição é o ápice do ordenamento e suas normas são dotadas de força cogente, irradiará efeitos para todo o ordenamento. Outrossim, antes, as constituições tratavam de direitos individuais e políticos, normatizados sinteticamente. Hodiernamente, salienta Binembojm³⁸²:

Já no constitucionalismo contemporâneo, que se edifica a partir do advento do Estado Social, e que tem como marcos iniciais as Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, as leis fundamentais passas a imiscuir-se em novas áreas, não só instituindo direitos de caráter prestacional, que reclamam atuações positivas dos poderes públicos e não mais meras abstenções, como também disciplinando assuntos sobre os quais elas antes silenciavam, como ordem econômica, relações familiares, cultura, etc. Neste contexto, as constituições deixam de ser vistas apenas como leis básicas do Estado, circunscritas à temática do direito público, convertendo-se em estatuto fundamental do Estado e da sociedade. O novo papel das Constituições alimenta a crise da vetusta dicotomia direito público versus direito privado, na medida em que implica na submissão de todos os campos da ordem jurídica aos ditames e valores do documento magno.

380 *Apud* SILVA, 2005, p. 48.

381 SILVA, 2005, p. 48.

382 BINEMBOJM, 2008, p. 63.

Binembojm³⁸³ explica que a constitucionalização não se trata de disciplinar, na seara constitucional, pontos que antes eram objeto da legislação ordinária. Significa na leitura (interpretação e aplicação) infraconstitucional à luz do texto constitucional, “que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica”. Este fenômeno, realçado por Binembojm como sendo concepção *neconstitucionalista*, implica na releitura dos conceitos e disciplinas, a partir da perspectiva constitucional, operando-se a devida filtragem constitucional do direito.³⁸⁴

Barroso aduz que a constitucionalização do Direito consiste no “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa por todo o sistema jurídico”.³⁸⁵ Ainda, salienta que “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”,³⁸⁶ que vincula os poderes tradicionalmente constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como os particulares, nas suas relações interprivadas.

5.3.1.4. O fenômeno no Brasil

A Constituição do Brasil de 1988, a par de simbolizar a transição de um regime autoritário para a consagração do Estado Democrático de Direito, previu no seu corpo inúmeras normas heterogêneas, ao que Eduardo Ribeiro Moreira chama de “a invasão da Constituição”.³⁸⁷ O texto final da Carta de Outubro³⁸⁸

383 BINEMBOJM, 2008, p. 65.

384 BINEMBOJM, 2008, p. 65.

385 BARROSO, 2007, p. 217-218.

386 BARROSO, 2007, p. 218.

387 MOREIRA, 2008.

388 BULOS, 2009.

conferiu trato constitucional para todos os ramos do Direito, em maior ou menor medida.³⁸⁹

A par da supremacia formal das normas no seio constitucional, a supremacia material não ocorreu imediatamente. Apenas nos últimos cinco ou dez anos que a superioridade axiológica da Magna Carta efetivamente passou a produzir, ainda que potencialmente, os seus efeitos, por meio da abertura jurídica do sistema e pela força normativa dos seus princípios reitores.³⁹⁰

5.3.2. Constitucionalização das normas de proteção indígena na Constituição Brasileira de 1988

Com a constitucionalização do direito, parte dos constitucionalistas ressaltam que houve a invasão da constituição em várias esferas das relações sociais, irradiando para o todo o ordenamento jurídico os valores transcendentais do texto constitucional. O que se pretende abordar no próximo item é o teor das normas constitucionais no trato indígena, posto que a Magna Carta reservou um capítulo importante para a proteção e promoção das culturas originárias no território brasileiro.³⁹¹

A Constituição Federal de 1988 garantiu a todos o pleno exercício dos direitos culturais, o acesso às fontes da cultura nacional, apoio e incentivo à valorização e a difusão das manifestações culturais, dentre elas as manifestações culturais indígenas (art. 215, §1º).³⁹² Igualmente, ao reconhecer os valores culturais referentes à

389 BARROSO, 2009, p. 360.

390 BARROSO, 2009, p. 362.

391 BARROSO, 2009, p. 368. TEPEDINO, 2009, p. 4.

392 Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto,

identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216) e ao reconhecer a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas (art. 231), houve o reconhecimento, ao menos formal, da diversidade cultural e étnica do povo brasileiro. Segundo o texto constitucional:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, «ad referendum» do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

A partir de 1988, o patrimônio cultural é garantido como direito de todos ao pleno exercício de seus direitos culturais, sendo constituído – como bens culturais – bens de natureza material e imaterial, que se referem à identidade, forma de agir, bem como à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, evidenciando que a Constituição do Brasil considerou objetivamente os bens passíveis de proteção jurídica, independentemente de posterior declaração do Poder Público, “o que significa que já não há dúvida de que o direito que paira sobre estes bens não é estatal, mas público coletivo, do povo”.³⁹³ Desta forma, o Estado Brasileiro reconheceu a diversidade

393 SOUZA FILHO, 1998.

étnica ou etnodiversidade, fundada na diversidade social brasileira, como princípio constitucional da pluralidade de povos.

Assim, a base constitucional de Estado pluralista, que tem na etnodiversidade o desenho do mosaico social brasileiro, pode configurar-se enquanto princípio constitucional da pluralidade de povos – ainda que a Constituição não tenha declarado claramente – cujas culturas, ideologias, interesses e projetos, são diferenciados da cultura nacional dominante e devem ser respeitados em todas as suas manifestações, além da criação de espaços públicos de efetividade, ou seja, condições institucionalizadas de real participação no processo político.³⁹⁴

O Estado Brasileiro, por meio de sua Constituição, reconhece no interior de suas fronteiras politicamente delimitadas, a existência de povos que não seguem seu direito positivo, muito menos a realidade nacional uniformizada pelo Estado Moderno. Outrossim, a Constituição Brasileira permite os povos indígenas vivam segundo seu direito consuetudinário, resguardando a preservação de suas tradições e garantindo sua própria sobrevivência. Por isso, Silva fala que a garantia da posse indígena na CF/88 é uma garantia para o futuro.³⁹⁵

É a partir de 1988 que o Estado Constitucional Brasileiro avoca sua característica multicultural e pluriétnica, apesar de não ter expressamente utilizado tais expressões em seu texto, de modo que a unicidade de povo da teoria do Estado moderno cedeu à realidade plural. Santos elucida que:

A cultura tornou-se, assim, um conceito estratégico central para a definição de identidades e de alteridades no mundo contemporâneo, um recurso para a afirma-

394 DANTAS, 2003, p. 49-50.

395 SILVA, 2008.

ção da diferença e da exigência do seu reconhecimento e um campo de lutas e de contradições.³⁹⁶

A interpretação a ser dada ao multiculturalismo não visa designar as diferenças transnacionais e globais, mas sim, como destacam Santos e Nunes, afirmar “a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades modernas”,³⁹⁷ isto é, esta dimensão multicultural visa reconhecer a existência de um pluralismo cultural presente dentro de um mesmo Estado nacional, de modo a romper com o dogma do povo único da modernidade.

Em outros termos, trata-se do multiculturalismo emancipatório³⁹⁸ baseado “no reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da coexistência ou construção de uma vida em comum além de diferenças de vários tipos.”³⁹⁹ A existência de povos indígenas com modos de vida diferenciados dos modos de vida ocidental, mesmo após cinco séculos de política integracionista, colocou em cheque a ficção jurídica do Estado e território únicos delineados pela Revolução Francesa. O povo homogêneo da teoria cedeu ao povo heterogêneo da prática.⁴⁰⁰

Ao longo da história, os povos indígenas representaram uma série de obstáculos à sociedade e ao Estado ocidentais. Ora os ameaçavam pelas práticas sociais reprováveis pela filosofia cristã; ora os prejudicavam porque obstáculo aos processos e projetos econômicos desenvolvimentistas ao reivindicarem seu direito à vida e à liberdade; ora os assombravam com sua reivindicação

396 SANTOS, 2003, p. 28.

397 SANTOS e NUNES, 2003, p. 26.

398 SANTOS e NUNES, 2003, p. 26.

399 SANTOS e NUNES, 2003, p. 33.

400 SANTOS e NUNES, 2003, p. 26.

que sempre se mostrou coletiva frente à unicidade e a homogeneidade do Estado e do seu direito moderno.⁴⁰¹

Com o reconhecimento aos povos indígenas do direito de viverem segundo suas tradições, conferiu-se o direito à alteridade, uma vez que os povos originários podem decidir sobre seu modo de viver e relacionar em sua sociedade e não é dado ao Estado impor-lhes diverso modo de utilização ou produção conforme a visão civilizada capitalista, ou os conceitos de qualidade de vida ocidentais.⁴⁰²

A especificidade dos povos indígenas, portanto, permite falar-se em multiculturalismo, todavia não se limita a ele. A existência dos povos indígenas com seu especial modo de viver, se organizar socialmente e se relacionar com a terra sob um determinando território, uma língua, uma comunhão de vida e consciência social demonstra que essa diversidade cultural assume as faces de uma nacionalidade indígena. Isso porque, na verdade o que vai definir uma coletividade como nação será a ideia de pertença nacional que solidifica uma comunidade de destino político.⁴⁰³

Logo, a aproximação entre Estado e nação ditada pela modernidade não está mais presente no Estado multicultural da contemporaneidade. Nação, agora, significa a sociedade que tem em comum o passado, as lutas políticas, o espaço, as perspectivas ou projetos futuros, pois faz com que existam coesão e identificação sentimental do ser com o lugar e com a história, construindo-a.⁴⁰⁴

Muito embora os debates ocorridos na Assembleia Nacional Constituinte tenham rechaçado do texto constitucional os termos *povos* ou *nações* para referenciar os povos indígenas, como indicavam algumas propostas apresentadas aos legisladores, a evidência de que as

401 CUNHA, 2003.

402 CUNHA, 2003.

403 CUNHA, 2003.

404 DANTAS, 2003, p. 78.

sociedades indígenas configuram autênticas nações, minoritárias, inseridas no âmbito do Estado brasileiro – por enquanto, sem o determinismo histórico de se transformarem em Estados autônomos.⁴⁰⁵

No Estado construído pela modernidade, foi o território, e não os povos que se encontravam sobre ele, que construiu o conceito de nacionalidade, ou seja, pertencimento a uma nação era fixado pelo território e não pela comunhão de vida e consciência social. A ocupação territorial brasileira é exemplo disso, uma vez que o avanço das fronteiras fazia-se com a opressão e morte de diversos povos indígenas em nome de uma integridade territorial. O emprego da expressão “nação indígena” sempre foi evitado pelo legislador constituinte visto que baseado na premissa de que a nação é o elemento humano que se confunde com o próprio Estado.⁴⁰⁶

O conceito de nação de Mancini pode bem aplicar-se ao texto constitucional, entendendo-a como ‘a reunião em sociedade de homens, na qual a unidade de território, de origem, de costumes, de língua e a comunhão de vida a consciência sociais’. A língua é um fator significativo na formação de uma nação, de uma comunidade nacional. Por isso José Afonso da Silva ajuíza que ‘se pode falar em nações indígenas, na medida em que a comunidade linguística as identifica.’ Daí decorre a identificação da nação indígena como uma etnia que é: ‘uma entidade caracterizada por uma mesma língua, uma mesma tradição cultural e histórica, ocupando um dado território, tendo a mesma religião e sobretudo a consciência de pertencer a uma comunidade. A etnia é, destarte, não somente uma comunidade linguística

405 DANTAS, 2003, p. 33.

406 CUNHA, 2003. Conforme Cunha, “No entanto, esse conceito está há muito tempo afastado seja porque existem nações sem Estado, como no caso dos judeus antes da fundação do Estado de Israel, seja porque existem Estados sem nação, como no caso do Vaticano”.

e cultural, dentro de uma homogeneidade do território geográfico, porém sobretudo a consciência desta homogeneidade cultural. Assim sendo, pode-se falar corretamente de nações indígenas, como minorias legalmente amparadas pela Constituição Federal.⁴⁰⁷

Ao reconhecer seu território composto por uma multiculturalidade, pluriétnica e plurinacionalidade, o Estado brasileiro modifica a estrutura imposta pela modernidade. A realidade plural passa a ser verificada no plano jurídico e permite uma releitura dos direitos dos povos indígenas. Por isso, o próximo ponto a ser tratado falará do surgimento dos direitos coletivos como a primeira vertente de sustentação deste novo Estado da contemporaneidade.

Desses direitos coletivos percebe-se o renascimento dos povos indígenas para o direito e permite não só reconhecer-lhes uma série de direitos como também falar-se na existência de verdadeiros territórios indígenas e não mais terras indígenas.⁴⁰⁸ O reconhecimento constitucional das organizações indígenas e a possibilidade dos povos originários viverem segundo seus usos, costumes e tradições abriram espaço para a concretização de uma verdadeira autonomia e jurisdição indígenas dentro do território brasileiro.

A preservação ambiental, do mesmo modo, se mostra um desafio ao Estado global e recupera as entidades locais ao se verificar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser buscado no modo diverso de vida dessas localidades.

Por conseguinte, para o Estado se manter é necessário que assumam postulados que abarquem a realidade por tantos séculos reprimida. “A realidade deve informar o modelo, senão, a moldura será pequena, assim como em seu desenho moderno, o foi”.⁴⁰⁹

407 FERREIRA, 1995, p. 444-445.

408 CUNHA, 2003.

409 DANTAS, 1.999, p. 62.

5.3.2.1. O reconhecimento constitucional do direito coletivo indígena

O Estado na modernidade foi construído a partir dos postulados de liberdade, igualdade, segurança e propriedade e toda a construção do Direito moderno se baseou nos postulados individualistas, ou seja, fala-se de direitos e deveres individuais, propriedade individual, responsabilidade individual, vontade e autonomia desta vontade individual.⁴¹⁰

Quando os Estados nacionais escreveram suas constituições garantindo direitos, inaugurando um novo sistema jurídico com algumas dicotomias como o público e o privado, o sujeito e o objeto de direito, e pilares como a propriedade privada, a segurança jurídica dos contratos livremente estabelecidos e o caráter técnico-jurídico das soluções de conflitos de direitos. Estes primados serviam a quem tinha propriedade e mantinha contrato, especialmente como contratante; aos povos diferenciados, aos que viviam em comunidades, este sistema não servia.⁴¹¹

Nesse sistema, as instâncias reconhecidas apresentavam dois polos, representadas pelo Estado e pelo cidadão e a este se instituía o *status* de sujeito de direito individual e todas as reivindicações coletivas eram assumidas e traduzidas na expressão do Estado, sendo a coletividade, então, representada pelo Estado.

Assim, todas as reivindicações indígenas deveriam ser tomadas como lutas a serem tuteladas apenas sob o prisma individual e “isto transformava os direitos essencialmente coletivos dos povos em direitos individuais.”⁴¹² Qualquer outra reivindicação tomada

410 SOUZA FILHO, 2002, p. 26.

411 SOUZA FILHO, 2003, p. 78-79.

412 SOUZA FILHO, 2003, p. 73.

coletivamente que não fosse assumida pelo próprio Estado não era reconhecida por ele e sequer pelo direito por ele elaborado.

No início do século XIX não se aceitava nenhuma instância ou pessoa que servisse de intermediário entre o cidadão e o Estado, sob a alegação que qualquer direito é individual e, portanto, não poderia haver reivindicação de grupos.⁴¹³

Assim, a existência de coletividades que lutassem por direitos frente ao próprio Estado (e não representadas por ele) não era admitida pelo direito e invisível para o Estado e, conseqüentemente, havia a exclusão de toda e qualquer pretensão que não veiculasse reivindicações individuais ou patrimoniais. O Direito Civil bem retrata esta ideia: um direito para os povos civilizados, que disciplina aspectos da vida moderna, como contratos, propriedade, herança, casamento e, quem não se enquadrar, fica à margem do direito.⁴¹⁴

Assim sendo, o direito individual mostrou-se completamente incapaz de satisfazer as reivindicações de reconhecimento coletivo de direitos e, rompendo com esta realidade de histórica e juridicamente excludente. Nesse contexto, surgiu a Constituição Federal de 1988. Com efeito, a Carta Política de 1988 é um marco histórico na tradição constitucional brasileira, já que se apresenta revolucionária no campo da proteção dos direitos sociais:

Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita a sua

413 SOUZA FILHO, 2002a, p. 27-28. Conforme BARBOSA (2001, p. 19), “O Estado nessas sociedades modernas tem tendência a monopolizar o Direito através de uma ideologia que apresenta sua uniformidade como Bem soberano e privilegia os indivíduos aos grupos, como sujeitos de direito. Os países da Europa ocidental e as Américas são bons exemplos”.

414 “A criação dos Estados nacionais latino-americanos, seguindo o modelo europeu, se deu com a redação de uma Constituição que estabelecia um rol de direitos e garantias individuais. Isto significou o esquecimento de seus índios e a omissão de qualquer direito que não fosse a possibilidade de aquisição patrimonial individual.” (SOUZA FILHO, 2003, p. 79).

violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente <atribuídos> ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos problemas sociais, fundamentos destes direitos e das expectativas por eles legitimadas.⁴¹⁵

No texto constitucional de 1988 houve o reconhecimento jurídico do pluralismo da sociedade brasileira representada pela sua multiplicidade cultural, social e étnica, conferindo-se, em seara inédita, capítulo especialmente dedicado às questões indígenas, à proteção do patrimônio cultural e ambiental, por intermédio de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

E é justamente no reconhecimento desta sociedade brasileira como coletividade passível de ser sujeito de direitos e garantias fundamentais que surgem os chamados direitos coletivos. Esses direitos coletivos irrompem com a tradição do direito de base individualista.⁴¹⁶

Esta característica os afasta <os direitos coletivos> do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito! Ou dito de maneira que parece ainda mais confusa para o pensamento individualista, é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos têm dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos os outros.⁴¹⁷

415 SANTOS, 2003.

416 “O Estado nacional, e seu direito individualista, negou a todos estes agrupamentos humanos <as sociedades tradicionais, entre elas as sociedades indígenas> qualquer direito coletivo, fazendo valer apenas os seus direitos individuais, cristalizados na propriedade.” (SOUZA FILHO, 2003).

417 SOUZA FILHO, 2002a, p. 21.

Os direitos coletivos assumem sua faceta e peculiaridade justamente na relação antagônica aos direitos individuais, uma vez que o sujeito deste direito é coletivo, ou seja, não apresenta titularidade individualizada e os bens não são valoráveis economicamente, nem tampouco podem ser apropriados a um patrimônio individual.⁴¹⁸

Outra característica desses direitos coletivos, que vem inclusive a romper com o Estado concebido pela modernidade, está no fato de que eles não decorrem de uma abstração, mas sim da realidade por tantos séculos reprimida, não sendo tal direito decorrente de uma relação jurídica, mas sim pelo fato de pertencer a uma etnia indígena.⁴¹⁹

Reconhecido o direito coletivo a partir da Constituição de 1988, iniciou-se o primeiro passo para a compreensão das reivindicações dos indígenas. O Estado e seus povos indígenas definiram como se comunicar e esta comunicação se deu por meio da compreensão de que sua luta não era para uma proteção individual, mas sim coletiva, uma vez que, ao contrário da estrutura individual do sujeito de direito da modernidade, os povos indígenas sempre desempenharam um modo de vida coletivo, em que o direito da comunidade é mais importante que o direito individual.⁴²⁰

A sua relação especial com a comunidade, faz com que o povo indígena seja diferenciado da sociedade ocidental. O sujeito indígena é um “sujeito diferenciado”.⁴²¹

418 SOUZA FILHO, 2002, p. 26.

419 SOUZA FILHO, 2003, p. 94.

420 “Na vida primitiva, a falta de consciência da personalidade individual; os vários laços que estabelecem forte coesão social; coesão inclusive de natureza mágica, totêmica; fatores vários, enfim, fazem com que cada membro se confunda com o grupo a que pertence. Não é concebível um homem isolado na própria individualidade. O indígena é sempre indistacável do seu grupo. Há círculos concêntricos de coletividades que se superpõem – a família, a aldeia, o clã, a tribo, o totem, - cada uma delas apresentando-se qual massa uniforme, em que se dissolvem as pessoas. Sente-o também o indivíduo, com respeito a si próprio, ligando-se à comunidade e aderindo à consciência social”. *Apud* CUNHA, 2003.

421 CUNHA, 2003.

O sujeito indígena diferenciado constitui-se, portanto, em dois aspectos fundamentais: em primeiro lugar a pessoa em relação, contextualizada em sua cultura, inseparável do contexto social em que foi construída e que, por suas características, vinculação e dependência social, diferencia -se do indivíduo moderno; em segundo, o sujeito coletivo maior, a sociedade na qual a pessoa é parte indissociável, na qual concreta os ideais de vida comunitária tendo em vista a sobrevivência física e cultural, ambas relacionadas.⁴²²

O “sujeito indígena diferenciado, coletivo e contextualizado, prevalece, nessa nova ordem jurídica, ao sujeito abstratamente homogêneo, individual e descontextualizado da velha ordem jurídica”.⁴²³

Até 1988 os direitos indígenas eram ignorados, não só porque o Estado nacional considerava os povos originários como realidades provisórias cujo desejo era se integrarem à comunhão nacional, mas também porque o Estado, que se declarava homogêneo e individual, não compreendia a reivindicação indígena que sempre se mostrou plural e coletiva.⁴²⁴

Na Constituição da República, restou reconhecida a existência dos direitos coletivos e se avançou na proteção da questão indígena. Toda a reivindicação dos povos indígenas pressupõe compreender que não reclamam um direito individual, ou seja, de cada índio ter sua terra nos moldes da propriedade privada. A luta dos povos indígenas é para o reconhecimento dos direitos de toda a coletividade.

No marco do texto constitucional brasileiro, pode-se afirmar que os direitos coletivos indígenas assumem duplo aspecto: o primeiro, se refere ao direito que é comum a toda humanidade, diz respeito ao direito à sócio-diversidade⁴²⁵, ou seja, o direito de que exista

422 DANTAS, 1999.

423 CUNHA, 2003.

424 CUNHA, 2003.

425 CUNHA, 2003.

uma pluralidade de povos, tendo estreita ligação com o direito à biodiversidade: garantia de existência de uma diversidade de povos e de espécies naturais; o segundo, se refere ao direito pertencente a um povo determinado, isto é, são titulares apenas os membros de um determinado povo, sendo inalienáveis, imprescritíveis e intransferíveis e dividem-se em ao menos três categorias: direitos territoriais, culturais e de organização social própria.⁴²⁶

Aos indígenas é reconhecida sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições como direito coletivo a ser exercido por todos, sendo-lhes garantido o direito à sociodiversidade – como direito a ser diferente –, bem como o direito à territorialidade e à preservação de sua cultura.⁴²⁷ Importante ressaltar que, como direito coletivo indígena previsto na Constituição da República, tem-se o direito da comunidade indígena de opinar sobre o aproveitamento dos recursos naturais em seus territórios.⁴²⁸

Esse princípio da consulta permite o fortalecimento dos povos indígenas na medida em que provoca a manifestação dessa coletividade quanto ao seu destino comum. No Brasil, a participação direta dos povos originários nos procedimentos demarcatórios de suas terras - conhecidos como “autodemarkação” - bem demonstrou a série de

426 SOUZA FILHO, 2002b.

427 SOUZA FILHO, 1998. CUNHA, 2003.

428 Na mesma linha defendida pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho: Artigo 7ª - 1. Os povos interessados deverão ter o direito de decidir suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que este afete a suas vidas, crenças, instituições e bem estar espiritual e às terras que ocupam e utilizam de alguma maneira, e de controlar, na medida do possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Ademais, esses povos deverão participar na formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. [...] 3. Os governos deverão velar para que, sempre que seja possível, se efetuem estudos, em cooperação com os povos interessados, a fim de avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento previstas possam ter sobre esses povos. Os resultados destes estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas. 4. Os governos deverão tomar medidas, em cooperação com os povos interessados, para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que habitam”.

benefícios que a articulação social de um povo sobre seus direitos produz em seu sistema organizacional e reafirma sua questão étnica.⁴²⁹

No plano processual, é conferida legitimidade processual aos povos originários para atuarem como entes coletivos: “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses” (Art. 232).

O que está garantido ao índio é a defesa em juízo dos direitos coletivos, isto é, daqueles que não integram o seu patrimônio individual, mas o chamado patrimônio indígena. Quer dizer, este dispositivo constitucional é uma expressa autorização para o indivíduo índio, em nome próprio, postular direito coletivo, alheio, da comunidade, sociedade ou povo a que pertença. Não fica somente aí a norma, acrescenta a legitimidade para as comunidades e às organizações dos povos originários.⁴³⁰

5.3.2.2. O Reconhecimento do Direito Coletivo ao Território

No que tange aos direitos coletivos territoriais⁴³¹, o reconhecimento dos direitos indígenas às suas terras implica em reconhecer-lhes mais que seu espaço geográfico de identificação, também a área necessária à preservação e reprodução de seu meio ambiente físico e cultural.

A terra indígena é um direito coletivo dos povos indígenas. Isto significa que não se concebe o reconhecimento das terras indígenas segundo os moldes ocidentais de

429 CUNHA, 2003.

430 SOUZA FILHO, 1998.

431 A Declaração de San José resultante de uma reunião internacional da UNESCO na América Latina, em dezembro de 1981, em San José, Costa Rica, já reconhecia a essencialidade da terra indígena para a sobrevivência dos povos indígenas: “Para os povos indígenas a terra não é apenas um objeto de posse e de produção. Constitui a base de sua existência nos aspectos físico e espiritual, enquanto entidade autônoma. O espaço territorial é o fundamento e a razão de sua relação com o universo e a sustentação de sua cosmovisão” (CUNHA, 2003).

apropriação. Não se trata de propriedade privada, nem apresenta suas características. O direito que recai sobre a terra indígena não é absoluto no sentido de permitir que sua utilização se desvirtue de sua função, qual seja, servir à reprodução física e cultural dos povos indígenas. Não é tampouco passível de disposição, seja porque a Constituição da República prescreve que é inalienável, indisponível e imprescritível (art. 231, § 4º), seja porque a ligação dos povos indígenas com a terra não permite que se desvinculem dela. Homem e terra, para os índios, constituem um todo único.⁴³²

Interessante a observação de Souza Filho acerca da ocultação opressiva do direito ao território a que sempre sofreram os povos indígenas.

O nome “território” nunca foi usado; ao contrário, foi intencionalmente negado. É claro que há uma não muito sutil diferença entre chamar de “terra” e “território”: “terra” é o nome jurídico que se dá à propriedade individual, seja pública ou privada; ‘território’ é o nome jurídico que se dá a um espaço jurisdicional. Assim, o território é um espaço coletivo que pertence a um povo.⁴³³

A terra indígena, por conseguinte, não deve ser tratada na condição de mercadoria apropriável individualmente por meio de um título e transmitida a partir de critérios econômicos:

Sendo um ‘direito coletivo’, a titularidade da terra indígena não é individualizada. Assim, todos os membros de uma comunidade indígena são sujeitos do mesmo direito sobre a terra que lhes pertence histórica e constitucionalmente; todos têm disponibilidade da

432 CUNHA, 2003.

433 SOUZA FILHO, 2003, p. 101-102.

terra mas ao mesmo tempo ninguém pode dela dispor individualmente.⁴³⁴

No estado pluriétnico engendrado pela Constituição da República, as terras indígenas passaram a ser garantidas não só na proteção do espaço físico, mas também no espaço metafísico de identidade, produção e reprodução de sua cultura, enquanto ambiente essencial de uma coletividade única. A Carta Política de 1.988, assim:

Tratou exaustivamente e em caráter paradigmático do território cultural necessário ao exercício desses direitos pelas populações indígenas, emprestando-lhe significado especial, divorciado da pauta patrimonial, porquanto espaço essencial à existência de uma coletividade singular (art. 231, *caput* e § 1º). Por essa razão, o texto constitucional assegura a inviolabilidade desse território de forma quase absoluta, admitindo alguma relativização apenas na hipótese de ‘relevante interesse público da União’, a ser definido em lei complementar (art. 231, § 6º), exigindo-se autorização do Congresso Nacional e aquiescência da comunidade afetada (art. 231, §3º).⁴³⁵

A partir do texto constitucional é possível conceber duas acepções de território: 1) território como espaço geográfico físico de sustentabilidade de uma coletividade. 2) conceito jurídico de território que o liga à definição do poder, vale dizer, de uma jurisdição. Ambos imprimem a noção de sobrevivência de um povo, uma vez que, é no território – espaço físico – que se apresenta o meio ambiente que provê os alimentos do povo e garante seu bem-estar, e é no território – jurisdição – que se garante, por intermédio de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, a manutenção

434 NEVES, 2003, p. 131.

435 PEREIRA *apud* CUNHA, 2003.

da cultura singular de cada coletividade que tanto a identifica como povo como a difere de outros povos.⁴³⁶

A Constituição da República garantiu aos povos indígenas tanto a primeira concepção, quanto a segunda. A primeira, porque lhes reconheceu o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, como base para sua reprodução física; a segunda, porquanto lhes garantiu sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, ou seja, consoante o seu direito, como base para sua reprodução cultural (art. 231, *caput*, §§ 1º e 2º):

Usos, costumes e tradições, querem dizer, na prática, direito.”[...] “É vedado, portanto, o exercício do direito brasileiro de propriedade dentro das terras indígenas, mas, ao contrario, são cogentes as normas de direito consuetudinário indígena. Dentro deste raciocínio estamos falando de território, embora sem soberania e com pouca autonomia.⁴³⁷

O Estado brasileiro reconheceu as terras indígenas como territórios ao respeitar sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, ou seja, ao respeitar seu direito consuetudinário (CF, art. 231, *caput*); ao reconhecer o direito às terras indígenas como originário e congênito anterior ao próprio Estado (CF, art. 231, *caput*); ao reconhecer as terras indígenas como espaço para a perpetuação de sua cultura (CF, art. 231, §1º); ao determinar a posse permanente indígena sobre suas terras (CF, art. 231, §2º) e garantir a inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade das suas terras (CF, art. 231, § 4º).

[...] a cultura constitucional clássica não podia aceitar a introdução, nas constituições, do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas a um território e à aplica-

436 SOUZA FILHO, 1998, p. 120.

437 SOUZA FILHO, 1998, p. 123.

ção neste território de seu Direito próprio, porque entendia que seria um Estado dentro do Estado.⁴³⁸

Todavia, a especial maneira dos povos indígenas regerem suas relações sociais sobre o território que vivem sempre desafiou essa ocultação. Com efeito, os povos indígenas tratam suas terras como território, uma vez que:

O território não é apenas o resultado da superposição de um conjunto de sistemas naturais e um conjunto de sistemas de coisas criadas pelo homem. O território é o chão e mais a população, isto é, uma identidade, o fato e o sentimento de pertencer àquilo que nos pertence. O território é a base do trabalho, da residência, das trocas materiais e espirituais e da vida, sobre os quais ele influi. Quando se fala em território deve-se, pois, de logo, entender que se está falando em território usado, utilizado por uma dada população.⁴³⁹

Esta definição está traduzida, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal, nas terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários, visto que compreendem o espaço “por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Assim, ao tratar das terras indígenas, a Constituição da República não garantiu aos povos originários a terra como propriedade tipicamente civilista, mas sim território como espaço de vida de um povo que se organiza a partir de seus usos, costumes e tradições de maneira diversa da sociedade ocidental.

438 SOUZA FILHO, 1998, p. 68.

439 CUNHA, 2003.

5.3.2.3. O Reconhecimento da Autonomia e Jurisdição Indígena

Autonomia indígena consiste no direito à organização social e à jurisdição indígena sobre os territórios por eles habitados, por meio do exercício da autodeterminação de seu povo, de modo que há uma inter-relação entre os conceitos, uma vez que, apesar de distintos, visam afirmar que a garantia da jurisdição indígena implica em compreender a organização social dos povos originários.

O direito pretendido pelos povos indígenas é voltado para o reconhecimento e respeito às suas identidades, ao seu modo de vida da forma como sua cultura define. Os povos indígenas possuem organizações sociais, econômicas e culturais próprias. Essa diversidade social só é possível a partir da proteção ao seu território, a garantia de sua sustentabilidade por meio da manutenção de seus recursos naturais e o direito a viverem conforme seus próprios usos, costumes e tradições.⁴⁴⁰

Cunha ressalta que Beviláqua desenvolveu um importante estudo sobre os institutos e costumes jurídicos indígenas dos “ameríndios” na época da Conquista. Referido autor inicia seu estudo destacando que os europeus não respeitaram as instituições indígenas aqui encontradas, as quais, mesmo assim, acabaram interferindo no modo como se desenvolveu o direito no Brasil, ainda que implicitamente.⁴⁴¹

O estudo foi sistematizado de acordo com a divisão geral do direito ocidental em direito internacional público, direito público interno e direito privado. As normas de direito internacional público dos povos indígenas brasileiros, destacadas pelo autor, estabeleciam-se entre as tribos ou entre determinadas tribos e os povos europeus. O estado de guerra era normal entre os diversos povos indígenas e eram constantemente formadas alianças ofensivas e defensivas para declarações de guerra e tratados de paz.

440 CUNHA, 2003.

441 CUNHA, 2003, p. 121.

Todavia, era a hospitalidade o mais notável instituto de direito internacional público dos povos originários, uma vez que sua natural curiosidade e respeito com os europeus permitiam um pleno contato e acomodação dos brancos.⁴⁴²

No plano do direito público interno, Beviláqua destaca que o governo e a organização social indígena variavam conforme o povo que era identificado. De modo geral, os povos indígenas não tinham regras muito firmes e constantes de governo e administração. O território não conhecia limites perpétuos e respeitava as características ambientais, rios e montanhas como divisores de suas fronteiras.⁴⁴³

O direito aplicado pelos povos indígenas não era escrito, nem por isso, porém, deixava de ser observado. Uma especial maneira de conduzir a economia, por exemplo, era por meio de mitos:

Um índio perseguia uma veada que era seguida do filhinho que amamentava; depois de havê-la ferido, o índio podendo agarrar o filho da veada, escondeu-se por traz de uma árvore e fê-lo gritar; atraída pelos gritos de agonia do filhinho, chegou-se a poucos passos de distância do índio e ele a flechou; ela caiu; quando o índio satisfeito foi apanhar sua presa, reconheceu que havia sido vítima de uma ilusão de *Anhangá*; a veada a quem o índio havia perseguido, não era uma veada, era a sua própria mãe, que jazia morta no chão, varada por uma flecha e toda dilacerada pelos espinhos.

[...]

Com estas e outras crenças espalhadas e facilmente impostas à ingenuidade dos silvícolas, a coletividade ia regulamentando o exercício da caça em benefício de todos. Podemos traduzir esse conto da veada em um artigo de lei, do modo seguinte: É proibido matar ani-

442 CUNHA, 2003, p. 121.

443 CUNHA, 2003, p. 122.

mais de caça durante o período em que amamentam os filhos (atualizado ortograficamente).⁴⁴⁴

Como na lenda acima destacada, os princípios norteadores das sociedades indígenas continham, inclusive, elevados preceitos éticos e ambientais. As relações sociais disciplinadas pelo direito privado eram bem variáveis entre os povos indígenas. Havia sociedade monogâmicas, isogâmicas, ora patriarcadas, ora matriarcadas.

Embora as culturas indígenas tenham se modificado ao longo desses cinco séculos de contato, ainda permanecem suas características culturais que os diferem como povos autóctones. A negação da propriedade privada da terra e do processo de acumulação ocidental, por exemplo, é de tempos remotos:

Os índios sabiam domesticar alguns pássaros e mesmo quadrúpedes, mas não sabiam aproveitar o animal como auxiliar de suas indústrias, nem possuíam rebanhos de onde auferissem meios de sustento. Sua fazenda e seu celeiro era a floresta. (atualizado ortograficamente)⁴⁴⁵

As relações de família, propriedade, sucessão, casamento e crime são, numa sociedade indígena, nitidamente reconhecidas por toda a comunidade, de tal forma que se estabelece um sistema jurídico complexo, com normas e sanções. A variedade de sanções corresponde à importância da transgressão, e a legitimidade da norma e da sanção não é questionada, pois não deriva de um poder acima da comunidade, mas da própria comunidade que a estabelece no processo social e consoante com as necessidades do grupo.⁴⁴⁶

Las Casas apresentou uma série de princípios para defender a justiça dos povos originários, em que a jurisdição seria um direito natural que cada povo possui como também é direito natural de

444 Apud, CUNHA, 2003, p. 122.

445 Apud CUNHA, 2003, p. 123.

446 CUNHA, 2003.

cada povo a sua liberdade.⁴⁴⁷ Com esses princípios em específico, Las Casas defendeu o direito dos povos indígenas seguirem seu próprio direito, como também fundamentou que todos os povos, fiéis ou infiéis à religião cristã, são livres e não reconhecem fora de si nenhum outro povo superior. Por isso, a colonização europeia não detinha legitimidade para expulsar os povos originários de suas terras, tampouco retirar-lhes o direito de viver segundo sua organização social.

As ideias de Las Casas de liberdade e do direito à própria jurisdição como princípios naturais e universais podem parecer, à primeira vista, os mesmos defendidos pelo Estado liberal. No entanto, diferem na origem, Las Casas atribuiu estes princípios ao próprio povo, enquanto o Estado liberal o outorgou à lei do Estado.⁴⁴⁸ “Uma das diferenças fundamentais entre o Direito indígena e o Direito do Estado é que o primeiro tem como pressuposto proteger os interesses coletivos, ao passo que o segundo protege os interesses individuais e a propriedade privada”.⁴⁴⁹

Daí decorre outra diferença fundamental, o Direito de cada nação indígena é “estável”, porque nascido de uma prática de consenso social, não conhece instância de modificação formal, modifica-se na própria prática; o Direito estatal, tendo o legislativo como instância formal de modificação, está em constante alteração.⁴⁵⁰

Os povos indígenas vivem realidades diferentes da sociedade nacional circundante, apesar de estarem englobados no espaço geográfico-político do Estado brasileiro. Na teoria do Estado moderno, contudo, essa realidade deveria ser reprimida. Com o crescente reconhecimento por parte dos sociólogos do direito de que todas as sociedades possuem sistemas jurídicos plurais, “a existên-

447 CASAS, 1992, p. 19.

448 CUNHA, 2003.

449 CUNHA, 2003.

450 CUNHA, 2003.

cia de diversas fontes de normas jurídicas e arenas institucionais deixou de ser uma forma de marcar a diferença e alcançou o *status* de universalidade”.⁴⁵¹

A Constituição Federal de 1988, entretanto, rompe com essa lógica e garante os direitos dos povos originários à observância das normas internas de sua cultura dentro de suas terras ao lhes reconhecer aos povos originários sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231, primeira parte). Dessa forma, “além do reconhecimento da diversidade preceituado no Art. 231, integrado ao Art. 216 inciso II, o ponto marcante que compõe o dispositivo, está configurado na vinculação dos índios à organização social de seu povo”.⁴⁵² E, por organização social, entenda-se:

[...] não uma pessoa jurídica nos moldes do direito público ou privado, mas todo o complexo de representações simbólicas relacionadas à atividade social de um povo. [...]

[...] O complexo de unidades sociais que compõem a organização social inclui as relações políticas de poder, a religião, o direito, o território, as regras de parentesco, enfim, todo o aparato conceitual que determina as práticas sociais. Assim, ao reconhecer os índios, no plural, e suas correlativas organizações sociais, a Constituição está reconhecendo todo o conjunto de representações coletivas e práticas sociais delas decorrentes.⁴⁵³

O alcance das normas jurídicas de uma sociedade indígena depende da fixação de um territorial e da presença de uma coletividade especificamente determinada que viva consoante com suas próprias regras e reconhecer a jurisdição indígena em seus territórios não implica violar a soberania do Estado – até porque a própria Constituição Federal, que é Magna Carta do Estado as-

451 RANDERIA, 2003.

452 DANTAS, 2003, p. 52.

453 DANTAS, 1.999, p. 45-46.

sim o reconhece –uma vez que não provoca uma superposição de jurisdições, nem tampouco a criação de um Estado independente do Estado brasileiro, mesmo porque esta não é uma reivindicação dos povos originários brasileiros.⁴⁵⁴

No que tange ao direito à autodeterminação⁴⁵⁵ é assunto delicado no âmbito internacional. Refere-se ao direito de um povo dominado por alguma potência estrangeira de declarar sua independência política. Este direito é exercido apenas uma vez e se traduz na formação de um Estado.

O direito à autodeterminação não pode ser invocado contra os Estados soberanos e independentes que cumprem as normas e princípios fixados pela ONU e não podem servir de pretexto para a secessão nem tampouco para pôr em perigo a integridade territorial dos Estados.⁴⁵⁶ Como acentua Souza Filho, isso não significa que os povos indígenas não tenham direito à autodeterminação visto que:

Todo povo tem direito à autodeterminação e em tendo o direito, podem querer ou não ser um Estado independente. Disso se trata a autodeterminação. Então, os povos indígenas da América exercem o seu direito de autodeterminação, dizendo que querem continuar sendo integrados à um Estado nacional.⁴⁵⁷

454 SOUZA FILHO acentua: “[...] se um povo indígena criasse um novo Estado, o conceito de Estado continuaria o mesmo, só que em número maior e com territórios menores. Esta proposta não tem nenhum sentido porque não é, nem nunca foi, reivindicação dos povos indígenas americanos criar em algumas centenas de pequenos e novos Estados, mas rever alguns conceitos que possibilitem a sua jurisdição concomitantemente com o império do Estado, criando uma jurisdição plural”. (SOUZA FILHO, 1998, p.193).

455 O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotados pela Assembleia Geral da ONU em 1.966 têm a mesma redação quanto ao reconhecimento do direito à autodeterminação: “Parte I. Artigo 1º. 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.”

456 CUNHA, 2003, p. 130.

457 *Apud* CUNHA, 2003, p. 131.

A questão do reconhecimento das terras indígenas foi o eixo central da luta indígena frente ao Estado nacional. A tônica atual, no entanto, muda um pouco o enfoque. Se antes a questão principal era o território indígena, hoje passou a ser a autogestão indígena a discussão para o século XXI.

Devemos aceitar que o atendimento das reivindicações indígenas será um início, e não um final. Essas reivindicações, fundadas em direitos aborígenes ou em tratados, começam com a terra; mas não terminam aí. Elas abrangem os recursos renováveis e não-renováveis, educação, saúde e serviços sociais, ordem pública e, acima de tudo, a forma e a composição futuras das instituições políticas. As propostas que estão sendo feitas pelos índios são, em maioria, de longo alcance. Elas não devem, todavia, ser vistas como uma ameaça às instituições existentes, mas como uma oportunidade para afirmar nosso compromisso com os direitos humanos das minorias indígenas.⁴⁵⁸

O reconhecimento do direito dos povos originários à sua própria organização social, seus usos, costumes, religiões, línguas e crenças veio abrir caminho para se falar em uma nova postura do Estado frente à pluralidade cultural e étnica existente, bem como o respeito e necessidade de garantir a efetiva existência e prática de relações sociais em moldes diversos daquele estabelecido pelo direito do Estado. A demarcação das terras indígenas já é uma realidade, embora ainda não completamente efetivada, porém os direitos indígenas não se resumem a ela.

O direito coletivo territorial, o reconhecimento da plurinacionalidade indígena do Estado brasileiro, o respeito à organização social e jurisdição indígena e o direito desse povo se reger de acordo com sua autodeterminação demonstram que a próxima reivindicação indígena já tem nome: é a luta pela gestão de seus territórios.⁴⁵⁹

458 *Apud* CUNHA, 2003, p. 131.

459 CUNHA, 2003.

5.4. O Modelo diferenciado de consideração da diversidade cultural: a Constituição Boliviana

A Bolívia, segundo Magalhães, é composta por 36 povos originários, sendo historicamente dominada e colocada à margem do poder e, em 2008, em um processo histórico-social, acarretou na promulgação da Constituição, em que contemplou o direito e a promoção da diversidade de povos e culturas ali presentes.⁴⁶⁰

Historicamente, tal qual como nos demais países da América Latina, formou-se um estado nação naquele país, em que a homogeneização e exclusão social foram amplamente praticados, assim como a previsão dos meios de reprodução sistemática do sistema econômico capitalista, como modos de vida, propriedade, e regime jurídico-político. Segundo Magalhães, houve uma crise de correspondência entre a diversidade cultural auto-organizada dos povos indígenas e do modelo de Estado adotado naquele país.⁴⁶¹

Esta *crise de correspondência* se desdobra nos paradoxos de uma sociedade multicultural: (i) a oposição entre a diversidade da população e o governo oriundo de um modelo único e (ii) as múltiplas matrizes culturais, em contraste com a rigidez e uniformização das instituições públicas estatais. Deste modo, o desafio do Estado Plurinacional boliviano consiste em harmonizar a diversidade cultural em um contexto de organização estatal instituído – existem povos originários, como o quéchua, que desconhecem a forma estatal de organização social.

460 MAGALHÃES, 2012, p. 105.

461 MAGALHÃES, 2012, p. 105. Em uma perspectiva semelhante, a Constituição do Equador.

Com os movimentos sociais e a promulgação da Constituição Plurinacional de 2008, houve a inclusão dos povos originários na tomada das decisões, sendo que a Magna Carta consagrou 80 artigos dos 411 que a compõe, estabelecendo, segundo Magalhães:

A equivalência da justiça indígena à justiça institucionalizada; a garantia de representação dos povos originários no parlamento; a reorganização territorial do país, o que garante autonomia às frações territoriais (departamental, regional, municipal e indígena), cada uma delas podendo organizar suas eleições e administrar os recursos econômicos; e o reconhecimento dos direitos de família e propriedade de cada povo originário, são alguns dos pontos essenciais do novo projeto constitucional.⁴⁶²

Ao considerar a diversidade étnica presente em seu território e a consagração de autonomia, justiça própria, representatividade singular no parlamento, autonomia territorial-administrativo-econômico houve um ganho de inclusão considerável, ainda mais se considerar o reconhecimento do direito de propriedade dos povos originários, que é um dos pontos mais difíceis de serem rompidos na sociedade capitalista, tamanho é o arraigamento ideológico da estrutura moderna de propriedade.

A exaltação de um modelo “plurijurídico” promove e protege a identidade cultural de cada povo, rompendo com a prática hegemônico-uniformizadora-excludente do sistema moderno, tão em voga no direito internacional, comunitário e na organização estatal⁴⁶³ de parcela significativa do planeta.

[...] a novidade do Estado plurinacional é a existência de um sistema plurijurídico marcado pela diversidade

462 MAGALHÃES, 2012.

463 MAGALHÃES, 2012, p. 105.

de direitos de família e de propriedade e da autonomia para resolver as controvérsias sobre estes temas em seus espaços territoriais pela sua própria justiça. Esta diversidade de sistemas jurídicos, de formas de organização econômica resulta de uma nova perspectiva democrática (a democracia consensual e uma justiça consensual – já vistos) e reforça a possibilidade de construção de espaços de convivências e diálogos de diversas formas de ver, sentir, compreender o mundo, de diversas epistemologias. Isto é riquíssimo para se repensar um direito mundial para além da modernidade europeia hegemônica e uniformizadora que influencia na construção do direito moderno e, logo, do direito internacional.⁴⁶⁴

A previsão de um constitucionalismo plurinacional faz nascer uma nova epistemologia e igualmente, faz com que inúmeros conflitos sociais criados pelo sistema moderno deixe de existir⁴⁶⁵, uma vez que, por *dialógico*, propicia a “abertura comunicativa e deliberativa permanente para alcançar o melhor entendimento com o outro, o diferente”⁴⁶⁶.

Deve ser *concretizante*, pois se compromete com a busca de soluções específicas e ao mesmo tempo consistentes para situações individuais e complexas (comunitárias); tal fato requer do intérprete constitucional uma abordagem interdisciplinar e intercultural. E, por fim, o constitucionalismo em sua vertente plurinacional não dispensa uma postura *garantista*, porque trabalha diretamente para a construção de sentidos e significados para o rol de direitos fundamentais.⁴⁶⁷

464 MAGALHÃES, 2012, p. 106.

465 Ao menos num primeiro momento.

466 MAGALHÃES, 2012.

467 MAGALHÃES, 2012.

Ressalta Magalhães, que “à medida que o Estado Plurinacional se desenvolve, novas formas de lidar com diferenças culturais emergem”, e há o reconhecimento de que as culturas são incompletas, propiciando a abertura e inclusão tendo em vista o mútuo reconhecimento.⁴⁶⁸

468 MAGALHÃES, 2012.

Considerações finais

O estranho sempre se mostrou excêntrico aos olhos de uma sociedade homogeneizada culturalmente, mormente pela tônica do mercado. O estrangeiro, entendido como aquele não pertence ou que se considera como não pertencente a uma região, classe ou meio ou, ainda, o forasteiro, ádvena ou estranho. O fato de nada sabermos sobre algo, alguém, grupo, etnia, ou, pura e simplesmente, forma de expressão de vida, enseja o desvendamento do enigma ou a exclusão do diferente por não pertencer ao padrão uniformizado da sociedade moderna.

A anatomia do direito à diversidade consiste em não quebrar o princípio de igualdade, na perspectiva da exclusão ou restrição jurídica, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas. Em outras palavras, o que se busca no Estado Brasileiro, que quer ser democrático é a promoção e proteção da dignidade humana, compreendida a diversidade identitária, posto que somos todos singulares na nossa individualidade e, no que tange às etnias, há uma identidade coletiva que faz com que os povos culturalmente diversos do modelo ocidental capitalista merece o reconhecimento jurídico.

Em um país que convive com resíduos ditatoriais, que quer incluir, mas que exclui, que quer promover e proteger a dignidade humana, mas que a ignora, que quer proteger a diferença, mas que é indiferente às lutas por reconhecimentos é preciso romper com o estabelecimento de declarações de direitos meramente simbólicos e com a violência estrutural

Žižek nos auxiliou a definir a princípio duas formas de violência – *subjetiva* e *objetiva* –, as quais se constituem a partir dos padrões de normalidade e naturalização da opressão na sociedade

por um modelo socioeconômico neoliberal desigual e excessivo. A *violência subjetiva*, a sofrida diretamente por alguém, como humilhações e constrangimentos é apenas uma das faces de uma violência maior, a sistemática e a simbólica, a que Žižek chama de *violência objetiva*, por meio da manutenção das formas silenciosas de exploração da sociedade pelos meios de produção e controle do poder, que fomentam a tolerância com a situação hegemônica instaurada, “das coisas como elas são” e sustentam um estado sistêmico e perpetuado de violência capitalista.

Ao se negar as especificidades culturais de cada pessoa ou povo culturalmente diverso, nos moldes tratados pelo direito moderno, há a promoção e manutenção de um modo de pensar hegemônico, excluindo os demais, acarretando, por conseguinte, em uma realidade discriminatória e uma violência para com os povos diversos.

Os conflitos sociais e a conseqüente luta pelo reconhecimento impulsiona a evolução da sociedade que, no paradigma constitucional brasileiro, busca ser livre, justa e solidária, abolindo toda e qualquer forma de discriminação e, o grande desafio é, como incluir sem excluir, como respeitar a dignidade de cada um e lançar luzes contra a discriminação, opressão e indiferença da modernidade. o reconhecimento não pode ser tratado como uma cortesia, mas como uma necessidade, de modo que não é possível desconsiderar a identidade sem oprimir e inferiorizar os grupos minoritários.

Quando se fala em nada fazer estatal, quer significar que consiste em uma *dimensão negativa*, em que veda-se ao Estado interferir no âmbito de atuação de vida dos povos indígenas, resguardando a sua autonomia, território e jurisdição singulares. Entretanto, ao se falar em povos aculturados ou que vivam em uma zona mista entre sua cultura e o modo de vida moderno, mister se falar em *dimensão positiva dos direitos humanos*, ou seja, assegurar para que os direitos sociais previstos a todo e qualquer nacional brasileiro seja extensível incondicionalmente aos integrante ou povo indígena que queria ser incluído no *modus vivendi* moderno, pois estar-se-á incluindo. O que não pode haver, em hipótese alguma, é a exclusão ou não reconhecimento da sua condição *sine qua non* de sujeitos de direito.

Até 1988 os direitos indígenas estavam prejudicados não só porque o Estado nacional considerava os povos originários como realidades provisórias cujo desejo era se integrarem à comunhão nacional, mas também porque o Estado, que se declarava homogêneo e individual, não compreendia a reivindicação indígena que sempre se mostrou plural e coletiva.

Os povos indígenas possuem organização social, econômica e cultural próprios. Essa diversidade social só é possível a partir da proteção ao seu território, a garantia de sua sustentabilidade por meio da manutenção de seus recursos naturais e o direito a viverem conforme seus próprios usos, costumes e tradições.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Fernando Barcellos. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado**. Tradução: Patrice Charles. Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARREGUY, Marília Etienne; TORRES, Marina Morena; CAMPOREZ, Giulia Aguiar. Violência simbólica e fracasso escolar: reflexões psicanalíticas na educação. **Revista Aleph**, volume 10, número 17, 2012, Disponível em: <<http://www.revistaaleph.com/violencia-simbolica-e-fracasso-escolar-reflexoes-psicanaliticcas-na-educacao/>>. Acesso em 20 dez. de 2012.
- BARATTO, Marcia. **Diálogo intercultural e direitos humanos: possibilidades e limites**. 2009. 189f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais.
- BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BELFORT, Lucia Fernanda Inácio. **A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica**. 2006. 166f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Programa de Pós-graduação em Direito.
- BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- BOCK, Ana Mercedes Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. **Psicologias**: uma introdução ao estudo da psicologia. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- BUNCHAFT, Maria Eugênia. A filosofia política do reconhecimento. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Reconstruindo a ideia de nação: do nacionalismo ao patriotismo constitucional**. 2004. 167f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Programa de Pós-graduação em Direito.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CASAS, Bartolomé de las. Princípios para defender a justiça dos índios. In: Souza Filho, Carlos Frederico Marés de. (Org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 1992. p. 16.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CHEVALLIER, Jacques. In Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. Direção André-Jean Arnaud *et ali*. Tradução de Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COSTA, Jurandir Freire. **Violência e psicanálise**. Rio de Janeiro: Graal, 2003.
- CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

- CUEVA, Mario de la. **La Idea de Estado**. México; Fondo de Cultura Económica, 1994.
- CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodvm, 2009.
- CUNHA, Andreia. **Território e povos indígenas**. 2003. 165f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas e Sociais.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **O direito diferenciado**: pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil. 2003. 210f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-graduação em Direito.
- DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **O sujeito diferenciado**: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro. 1999. 145f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-graduação em Direito.
- DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização. do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FERNANDES, Luis. As armadilhas da globalização. In: CAR- RION, Raul K. M.; VIZENTINI, Paulo G. F. (Org.). **Globali- zação, neoliberalismo, privatizações**: quem decide este jogo?. 2. ed. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1998.

- FERRAJOLI, Luigi. Sobre La definición de “democracia”. In **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, número 19 (octubre 2003), páginas 228-240. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-la-definicin-de-democracia-una-discusin-con-michelangelo-bovero-0/>>, acesso em: 12 Out. de 2012.
- FERREIRA, Luis Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995. v.7.
- FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução: Roberto machado. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002.
- FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da Justiça na era Pós-socialista”. In SOUZA, Jessé (org.) **Democracia Hoje: Novos desafios para a Teoria Democrática Contemporânea**. Brasília: ed. UNB, 2001.
- GELLNER, Ernest. **Antropologia e política**. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 1997.
- GRIBOGGI, Angela Maria. **A Consolidação do pluralismo jurídico no Séc. XXI**: análise a partir do esgotamento das bases monista, positivista, liberal e individualista do Estado moderno. 2009. 203f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas e Sociais.
- GUASTINI, Riccardo. A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro, DP&A, 2006.
- HEINTZE, Hans-Joachim. Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Coordenador: Sven Peterke; André de Carvalho Ramos [et. al.] – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.
- HOBBSAWM, Eric J. **Nações e nacionalismo desde 1780**: programa, mito e realidade. 5. ed. Tradução de Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- HONNETH, Axel. **Luta pelo reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.
- HOTTOIS, Gilbert. **História da filosofia**: da renascença à pós-modernidade. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- KYMLICKA, Will. **Las odiseas multiculturales**: las nuevas políticas internacionales de la diversidad. Barcelona: Paidós, 2007.
- LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. Tradução Marie-Ègnes Chauvel. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- LIMA, Livia Ribeiro. **Quilombos e políticas de reconhecimento**: o caso do Campinho da Independência. 2009. 173 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, São Paulo.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 2010.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2007.

- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Curso de direito constitucional: direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. v.3.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. v.2.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.
- MALDONADO, Daniel Bonilla. **La constitución multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2006.
- MELO, Verônica Vaz de. **Direitos humanos: a proteção do direito à diversidade cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1994.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORRIS, Christopher. **Um ensaio sobre o Estado moderno**. São Paulo: Landy, 2005.
- NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra -hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2012.
- ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Verbete Minorias. In; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário Brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PINILLA, Ignacio Ara. **Las transformaciones de los derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 1994.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RANDERIA, Shalini. Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da existência**. 2a São Paulo: Cortez, 2000. v.1.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. v.3.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SEMELIN, Jacques. **Purificar e destruir: usos políticos dos massacres e genocídios**. São Paulo: Difel, 2009.
- SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Leonildes Ribeiro da. **O discurso moderno sobre tolerância, diversidade e educação: os documentos da UNESCO e a crítica de Marcuse**. 2011. 165f. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais.
- SILVA, Letícia Borges da Silva. **Multiculturalismo e biodiversidade: um desafio ao direito vigente**. 2007 116f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-graduação em Direito.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

- SOARES, Mario Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOARES, Mario Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Introdução ao direito socioambiental. In: LIMA, André. (Org) **O Direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002a. p. 26.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza; HOFFMANN, Maria Barroso (Org.). **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2002b.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Direitos coletivos e sociedades multiculturais. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TAIAR, Rogério. **Direito internacional dos direitos humanos**: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. 2009. 356f.

- Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Ciência Política.
- TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.
- TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997.
- TOSCANO JUNIOR, Rosinaldo. **Violência e criminalidade**: o essencial é invisível aos olhos. Disponível em: <<http://www.rosivaldotoscano.com/2012/03/violencia-e-criminalidade-o-essencial-e.html>>, Acesso em: 20 dez. 2012.
- WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.
- WEISS, Carlos. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- WOOD, Ellen Meiksins. As origens agrárias do capitalismo. In **Crítica Marxista**, volume 10, São Paulo: Boitempo, 2000.
- ZIMERMAN, David. **Vocabulário contemporâneo de psicanálise**. São Paulo: Art Med, 2001.
- ŽIŽEK, Slavoj. **Violência: seis notas à margem**. Lisboa: Relógio D'água, 2009.

