

Sheila Stolz (org.)

***I Encontro Anual  
de Grupos de Pesquisa  
em Direito da Região Sul  
do Estado do RS***



FURG

Rio Grande  
2007

## CONSTITUIÇÃO E CULTURA: O DIREITO À DIVERSIDADE CULTURAL\*

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO\*\*

### RESUMO

os direitos de cidadania passam por um longo processo de reconhecimento que procura acompanhar a evolução cultural de cada sociedade. nesse sentido, os novos direitos de cidadania enfrentam um forte debate jurídico e jurisdicional com o escopo de obter uma eficácia social, notadamente na forma de políticas públicas inclusivas. o direito à diversidade cultural foi incorporado à constituição brasileira de 1988 e, doravante, trata-se de se conquistar a organização de programas capazes de assegurar a sua efetividade. o judiciário brasileiro poderá contribuir no processo de construção social e jurídica do direito à diversidade cultural.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à diversidade cultural, Constituição Federal de 1988.

### INTRODUÇÃO

Os direitos de cidadania representam uma conquista social, política e jurídica da modernidade. A idéia segundo a qual todos os homens, e mulheres, nascem livres e iguais, continua não somente sendo de grande atualidade, como pressupõe transformações sociais revolucionárias. O mundo globalizado não estaria mais dividido entre países ricos e países pobres. Observa-se claramente que a violação aos Direitos Humanos ocorre indistintamente nas nações de economia consolidada, como nas nações de economia frágil ou em vias de desenvolvimento. O problema da violação dos Direitos Humanos deixa de estar exclusivamente vinculado às condições econômicas das nações globalizadas. Não se pode falar de respeito aos Direitos Humanos nas favelas do Rio de Janeiro, como não se pode falar de

---

\* Trabalho inicialmente apresentado na Jornada Práticas de Justiça e Diversidade Cultural, Mesa-Redonda novidades na Justiça Brasileira: panorama das Ciências Sociais e das Ciências Jurídicas frente às novas legislações; Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 25 de abril de 2007

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, RS, Brasil. Doutor em Direito Público pela Université des Sciences Sociales de Toulouse, França

respeito aos Direitos Humanos nas periferias de todas as grandes metrópoles do mundo.

Nessa perspectiva, o respeito aos Direitos Humanos está diretamente vinculado à problemática da exclusão social. Somente políticas públicas inclusivas podem corrigir as desigualdades de modo a promover a cidadania. O Estado-nação permanece sendo o espaço privilegiado de reivindicação e conquista política dos direitos de cidadania. O direito ao voto, livre, direto e secreto, ainda representa o caminho certo e seguro para a promoção das grandes transformações sociais. Crescimento econômico sem democracia gera concentração de riqueza e exclusão social.

O grande desafio do Mercosul, a exemplo da experiência de inclusão social da União Européia, seria justamente a promoção de programas governamentais de valorização da cidadania, tais como a universalização do acesso aos serviços de saúde, de previdência social, de educação e de moradia. A promoção da cidadania tem um impacto direto na construção de espaço econômico comum no mundo globalizado. O crescimento econômico socialmente sustentável precisa ampliar o mercado de consumidores, o que somente ocorreria com a inclusão social e promoção da cidadania.

O direito ao reconhecimento à diversidade cultural introduz um desafio ainda mais complexo no caminho de conquistas políticas e sociais. Estamos tratando de grupos sociais que reivindicam um modo de vida diferente. Uma realização individual e social que não segue os padrões ditados pela economia de mercado e pela necessidade de crescimento sem limites. Trata-se de comunidades que reivindicam o direito de preservarem suas culturas ligadas ao trabalho na terra, aos vínculos espirituais e uma vida familiar que tem dificuldade em ser reconhecida pela família codificada.

Trata-se do desafio ao reconhecimento jurídico do direito à diversidade cultural, seja no âmbito dos Direitos Humanos, seja ainda no âmbito dos direitos de cidadania. A proteção jurídica do direito à diversidade cultural está promovendo uma profunda transformação da sociedade brasileira, na medida em que as políticas públicas de promoção da cidadania indígena, por exemplo, deve valorizar a sua cultura e o respeito ao modo de vida particular dos índios.

## 1 – O RECONHECIMENTO DO DIREITO? DIVERSIDADE CULTURAL

É sempre bom retomar o significado da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Para os juristas, a

Declaração traz consigo uma dupla mensagem. Primeiramente, introduz a idéia de reconhecimento jurídico dos direitos inerentes à pessoa humana. Nesse sentido, todas as pessoas nascem senhores de direitos (e de obrigações), independentemente do Estado, representado por um território, em que vivem. A universalidade dos direitos humanos introduz, para o jurista, uma exigência de uniformidade das normas jurídicas, de modo a que se possa identificar um conjunto de regras básicas incluídas em todas as ordens jurídicas do direito comparado.

Uma segunda mensagem da Declaração de 1789 estaria na possibilidade ou mesmo da necessidade de reivindicação do respeito aos Direitos humanos no seio de cada Estado-nação. A idéia de cidadania representa para o jurista o surgimento de um direito subjetivo que permite, a cada cidadão, exigir do poder público o respeito a seus direitos. Inicialmente, tratava-se de impor limites a atuação dos governantes, que tenderiam a abusar do poder político. A conquista do sufrágio universal amplia consideravelmente o rol de direitos de cidadania a serem reivindicados perante o poder público.

Ora, observa-se dois momentos distintos no processo histórico de reconhecimento social e jurídico dos direitos humanos. Primeiramente, o reconhecimento das Declarações de Direitos que no século XXI, situa-se no espaço jurídico do Direito Internacional Público, em que os Estados que participam da Organização das Nações Unidas (ONU) procuram identificar e promover a universalização dos direitos inerentes à pessoa humana. O segundo momento estaria no espaço de reivindicação do respeito aos direitos reconhecidos pela comunidade internacional, através dos instrumentos jurídicos à disposição da cidadania. Assim sendo, para os juristas, se compreende a distância, muitas vezes intolerável, entre os direitos reconhecidos e os direitos assegurados. O reconhecimento jurídico não implica de imediato a sua efetividade.

De fato, “os direitos humanos correspondem a certo estado da sociedade. Antes de serem inscritos numa constituição ou num texto jurídico, anunciam-se sob a forma de movimentos sociais, de tensões históricas, de tendência insensível das mentalidades evoluindo para outra maneira de sentir e pensar.” (Mbaya, 1997, p. 20) A universalidade dos Direitos humanos encontra um primeiro obstáculo concreto para a sua efetividade que seria a aceitação pelo aparelho estatal, dos direitos recentemente reconhecidos pela norma jurídica internacional.

Assim sendo, o reconhecimento do direito à diversidade cultural implica, necessariamente, numa mudança das políticas públicas direcionadas às populações indígenas. A Constituição brasileira de 1988 sofreu uma forte pressão popular e dos movimentos sociais

organizados. O resultado foi a incorporação constitucional de novos direitos tais como a proteção do meio ambiente e o direito à diversidade cultural. Os artigos 225 e 231 tratam, respectivamente, da proteção do meio ambiente e do reconhecimento à diversidade cultural dos povos indígenas. O artigo 231 afirma que "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." Esse artigo acompanha a evolução do direito internacional que no final dos anos oitenta sentia a necessidade de alterar a orientação para a assimilação constante até então nas normas internacionais desde 1957.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou em 7 de junho de 1989 a Convenção n. 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais, definindo em seu primeiro artigo que:

Convenção 169 da OIT

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

Interessante observar que somente em 2004 o Brasil concluiu o processo de ratificação da Convenção 169 da OIT através do Decreto presidencial n. 5.051, de 19 de abril. Contudo, o debate sobre o reconhecimento à diversidade cultural continua intenso posto que em junho de 2006 o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas que em conformidade com o seu Estatuto aguarda aprovação pela Assembléia

Geral da ONU.

A Convenção 169 da OIT ao mesmo que considera que identidade indígena ou tribal deve ser o critério fundamental para determinar os grupos sociais aos quais se aplica a Convenção, esclarece em seguida que a utilização do termo "povos" pela Convenção não teria o mesmo sentido que se lhe atribui o direito internacional. O objetivo é o de afastar qualquer dúvida em relação aos conceitos de soberania dos Estados ou ainda da autodeterminação dos povos.

Isso quer dizer que a autodeterminação ou o direito de os povos de disporem de si mesmos, como dia o Pacto Internacional de Direito Econômico, Sociais e Culturais de 1966, tem um duplo entendimento. Quando dito a partir das organizações internacionais estatais, significa o povo do Estado, considerado, apesar das diferenças, como um só. Quando dito a partir do próprio povo, autopoliticamente falando, diz respeito à vontade coletiva de um grupo socialmente organizado. (Marés de Souza Filho, 1998, p. 80)

O direito à diversidade cultural procura lançar um novo olhar sobre a identidade nacional que pressupõe a formação do Estado-nação na modernidade. Como a própria Convenção 169 da OIT anuncia trata-se de promover uma mudança nas políticas governamentais em relação aos grupos sociais que manifestam uma identidade cultural diferente e particularizada em relação à identidade nacional. O que se procura de fato é superar as políticas de assimilação cultural que no passado não muito distante institucionalizaram a violência no Brasil, na América latina e no resto do mundo.

A questão é tão profunda que decorridos quase vinte anos da aprovação da Constituição brasileira de 1988 a legislação infra-constitucional sobre os índios ainda não mudou. Continua em vigência o Estatuto do Índio, Lei 6.001 de 1973, que tem como proposta a idéia de tutela dos povos indígenas até que eles possam ser integrados a sociedade nacional. A política de tutela promovida pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) não corresponde mais às necessidades dos grupos indígenas que na sua grande maioria mantém proximidade, muitas vezes indesejável, com o restante da sociedade brasileira.

O regime de tutela imposto reduz a capacidade dos índios de se assumirem como sujeitos de direitos. A contradição é tão flagrante que a própria Constituição, no seu artigo 232 procura minimizar através do reconhecimento de que "os índios, suas comunidade e organizações são parte legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do

processo.” Desse modo, os índios e suas comunidades adquirem definitivamente a possibilidade de reivindicar seus direitos perante o Poder Judiciário. Porém, diante da sua situação particular de relativamente capazes prevista na Lei 6.001/73, deverão atuar tutelados pela FUNAI. O projeto de lei em discussão no Congresso Nacional brasileiro desde o início da década de noventa sobre o novo Estatuto dos Povos Indígenas lhes asseguraria o pleno exercício dos direitos civis e políticos, encerrando o regime de tutela vigente desde 1973. Pode-se afirmar seguramente que a

A Constituição brasileira aprovada em 1988 claramente segue o paradigma do multiculturalismo, ao reconhecer direitos territoriais e culturais aos povos indígenas, quilombolas e a outras populações tradicionais e ao romper com o modelo assimilacionista e homogeneizador. Ganham força as noções constitucionais de titularidade coletiva de direitos, de uso e posse compartilhados de recursos naturais e territórios e de respeito às diferenças culturais. (Santilli, 2005, p. 81/2)

Importante perceber que o reconhecimento do direito à diversidade cultural implica na revisão dos instrumentos jurídicos de proteção dos índios, seja no contexto do exercício dos direitos coletivos, seja no contexto do exercício dos direitos civis e políticos.

## 2 – A PROTEÇÃO JURÍDICA DO DIREITO? DIVERSIDADE CULTURAL

A principal reivindicação dos povos indígenas continua sendo a demarcação de suas terras. O artigo 231 da Constituição brasileira de 1988 reconhece os direitos originários sobre as terras indígenas com a seguinte definição:

Art. 231, § 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para duas 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.

Devemos destacar duas consequências jurídicas do reconhecimento constitucional dos direitos originários. Primeiramente, o § 4º do artigo 231 determina que são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis os direitos indígenas. Desse modo, o § 6º do mesmo artigo 231 afirma que “são nulos e extintos, não produzindo efeitos

jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras” ocupadas pelos povos indígenas.

La délimitation des terres des indiens est un simple acte administratif qui ne fait que déclarer les limites des terres indiennes par une description formelle de la propriété qui reste toujours à l'Union fédérale. Aucun titre de propriété ne peut être opposé aux droits originaires des indiens à la possession de leur territoire. (Lobato; Beckhause, 2002, p. 872)

Um importante exemplo das consequências jurídicas dos direitos originários às suas terras foi a homologação presidencial das terras indígenas *Raposa Serra do Sol* no Estado de Roraima em 2005. Esse ato de homologação foi precedido por um amplo debate jurisdicional perante o Supremo Tribunal Federal sobre a sua conformidade à Constituição. A forte discussão jurídica enfrentou diretamente as duas problemáticas inerentes ao processo de demarcação das terras indígenas. Por um lado, a questão da defesa da soberania nacional, pelo fato de sua enorme extensão territorial (cerca de 1.747.464 hectares), bem como por envolver terras de fronteira; e por outro lado, a declaração de nulidade dos títulos de posse e mesmo de propriedade dos fazendeiros da região. A demarcação das terras indígenas *Raposa Serra do Sol* representou concretamente o deslocamento de dois vilarejos e o encerramento da produção de arroz que estava se expandindo para o interior da reserva indígena.

A segunda consequência jurídica importante a ser destacada seria o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, previsto do § 3º do artigo 231 da Constituição federal de 1988. Para além das questões políticas que envolvem a mineração em terras indígenas, que atualmente encontra-se igualmente em discussão com o projeto de lei sobre o novo Estatuto dos Povos Indígenas, o usufruto exclusivo de suas riquezas implica na aceitação da propriedade coletiva de bens por parte das sociedades indígenas.

Com efeito, um dos pontos controvertidos do novo regime de exploração mineral nas terras indígenas introduz a obrigatoriedade para as empresas mineradoras de pagamento às sociedades indígenas de uma porcentagem no seu faturamento, que na primeira versão do projeto de lei seria da ordem de 2% do faturamento bruto resultante da comercialização do mineral extraído. Com fim do regime de tutela dos povos indígenas como ficaria a administração desses recursos financeiros? Por outro lado, em que medida a exploração mineral das terras indígenas associada ao ingresso de significativos recursos financeiros não estaria a comprometer a identidade cultural e as

tradições dos povos indígenas? O projeto de lei em discussão com o objetivo de preservar as características da identidade cultural dos povos indígenas procuraria limitar a exploração mineral a uma parcela do território indígena. Contudo, pergunta-se qual seria o limite adequado? A quem caberia determinar esse limite? A própria lei, de forma genérica, ou ao órgão governamental de licenciamento da atividade mineradora, acompanhada de um profundo Estudo de Impacto Ambiental que levaria em consideração os estudos antropológicos e as condições de integração da sociedade indígena em questão?

São muitas as dúvidas que se encontram abertas e cada vez que se procura aprofundar sobre as questões jurídicas que envolvem o direito à diversidade cultural, as soluções propostas pelo direito codificado ficam cada vez mais distantes da realidade social e econômica das populações indígenas.

A legislação sobre direito autoral e de imagem é bem representativa quando não admite o registro e a defesa dos direitos de propriedade intelectual de produção coletiva. Ora, a música e a arte indígena são de propriedade de toda a comunidade e admitir que apenas um membro da comunidade obtenha o registro e o direito de exploração do seu trabalho seria um contra senso para um grupo social que valoriza significativamente o espaço coletivo.

Assim seria importante notar que a FUNAI procurou regular a proteção de seu patrimônio material e imaterial relacionados à imagem, criações artísticas e culturais, através da Portaria 177, de 16 de fevereiro de 2006, definindo o direito autorais e de imagem nos seguintes termos:

Portaria FUNAI n. 177, de 16 de fevereiro de 2006.

Artigo 2º. Direitos autorais dos povos indígenas são os direitos morais e patrimoniais sobre as manifestações, reproduções e criações estéticas, artísticas, literárias e científicas; e sobre as interpretações, grafismos e fonogramas de caráter coletivo ou individual, material e imaterial indígenas.

§ 1º. O autor da obra, no caso de direito individual indígena, ou a coletividade, no caso de direito coletivo, detêm a titularidade do direito autoral e decidem sobre a utilização de sua obra, de protege-la contra abusos de terceiros, e de ser sempre reconhecido como criador.

§ 2º. Os direitos patrimoniais sobre as criações artísticas referem-se ao uso econômico das mesmas, podendo ser cedidos ou autorizados gratuitamente, ou mediante remuneração, ou outras condicionantes, de acordo com a Lei N. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

§ 3º. Os direitos morais sobre as criações artísticas são inalienáveis, irrenunciáveis e subsistem independentemente dos direitos patrimoniais.

Artigo 3º. As criações indígenas poderão ser utilizadas, mediante anuência dos titulares do direito autoral, para difusão cultural e outras atividades, inclusive as de fins comerciais verificados:

I. – o respeito à vontade dos titulares do direito quanto à autorização, veto, ou limites para a utilização de suas obras;

II. – as justas contrapartidas pelo uso de obra indígena, especialmente aquelas desenvolvidas com finalidades comerciais;

III. – a celebração de contrato civil entre o titular ou representante dos titulares do direito autoral coletivo e os demais interessados.

§ Único. No caso da produção criativa individual, o contrato deverá ser celebrado com o titular da obra nos termos da Lei N. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Nessa perspectiva, abre-se o caminho na legislação brasileira para o reconhecimento individual e coletivo dos índios e suas comunidades do direito exclusivo de usarem e usufruírem de suas obras e criações, ainda que sejam o resultado de suas tradições e independentemente de sua origem no tempo. Em resumo, a utilização de quaisquer obras e criações indígenas deve ser precedida de autorização que se materializa através de um contrato onde esteja previsto a contrapartida pactuada diretamente com os índios.

#### Conclusão

O mundo globalizado tem suscitado questões efetivamente complexas para serem reguladas pelo direito. O reconhecimento do direito à diversidade cultural deve servir como um princípio norteador para soluções jurídicas inovadoras. Contudo, somente através da atuação positiva do poder público, definindo políticas públicas se poderá avançar em direção da efetividade dos direitos das minorias que, por assim dizer, perturbam a segurança jurídica do direito codificado.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAUNER, Maria Claudia; LOBATO, Anderson Cavalcante. "Implicações Jurídicas do Acesso e Uso do Patrimônio Genético de Populações Amazônicas." In: *Genoma Humano; Aspectos Éticos, Jurídicos e Científicos da Pesquisa no Contexto Amazônico*. Organizado por Maria Celeste Emerick e outros. Bel: Projeto Ghente, 2005.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os direitos dos índios*. São Paulo, Brasiliense, 1987.

COSTA, Emília. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Unesp, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. "Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 111, 1991.

LOBATO, Anderson Cavalcante. "Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. Estudos Jurídicos. Unisinos. n. 86, p. 5-24, 1999.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante; BECKHAUSEN, Marcelo. "Constitution et culture:

le droit des indiens”. *L’identité de la personne humaine*; étude de droit français et de droit comparé. Sous la Direction de Jacqueline Pousson-Petit. Bruxelles : Bruylant, p. 861-874, 2002.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. “Os Direitos humanos na Constituição brasileira: os desafios da efetividade”. In: *Direitos Humanos e Violência*; desafios da Ciência e da Prática. Coordenadores: Günther Maluschke; Júlia Bucher-Maluschke; Klaus Hermanns. Fundação Konrad-Adenauer: Fortaleza. p. 19-32, 2004.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

MBAYA, Richard Etienne. “Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas”. *Estudos Avançados*. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados. n. 30, p. 17-41, 1997

RIBEIRO, Gustavo Lins. *Cultura e Política no mundo contemporâneo*. Brasília: UnB, 2000.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e Novos Direitos*; proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.