

MULTICULTURALISMO E DIREITO NO PAÍS DAS MINORIAS INVISÍVEIS: FUNDAMENTOS E PROPOSIÇÕES PARA UMA NOVA LEITURA DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

MULTICULTURALISM AND LAW IN THE COUNTRY OF INVISIBLE MINORITIES: FOUNDATIONS AND PROPOSITIONS FOR A NEW CONSTITUTIONAL IDENTITY

Deo Campos Dutra¹

Recebido em: 10/08/2017

Aceito em: 28/12/2017

deo_campos@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho apresenta como hipótese principal a necessidade de que o texto constitucional brasileiro seja interpretado adotando como um dos alicerces de sua identidade constitucional o respeito a identidade cultural, uma das formas da efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo. Para isso, esta pesquisa se apoia nos fundamentos de autonomia individual e igualdade desenvolvidos pelo denominado o multiculturalismo liberal para, em um estudo analítico/prescritivo envolvendo teoria política e direito, desenvolver dois objetivos principais. Em seu primeiro momento, pretende-se realizar a análise do papel e dos desafios da constituição dentro das sociedades contemporâneas marcadas pela diversidade cultural. Num segundo momento, procuramos reconhecer dentro da identidade constitucional brasileira, o lugar e a importância do exercício livre e autônomo da cultura particular de cada indivíduo e seu respectivo grupo.

Palavras-chave: Teoria Constitucional. Multiculturalismo liberal. Identidade Constitucional.

Abstract: The main hypothesis of this paper is the importance of an interpretation of the Brazilian constitutional text which adopt as one of her foundations the respect for cultural autonomy, one of the forms of the realization of the fundamental rights of the individual. For this, this research relies on the foundations of autonomy and equality developed by the so-called liberal multiculturalism, in a study that involves political theory and law to develop two main objectives. First, it intends to carry out the analysis of the role and the challenges of the constitution within the contemporary societies marked by the cultural diversity. In a second moment, we seek to recognize within the Brazilian constitutional identity the place and importance of the free and autonomous exercise of the particular culture of the individual.

Keywords: Constitutional Theory. Multiculturalism. Constitutional Identity.

1. INTRODUÇÃO

As alterações constitucionais realizadas na América Latina nos últimos anos demonstram a potencialidade revolucionária que a inclusão da diversidade cultural e que o respeito a esta diversidade possui quando inseridas dentro do debate constitucional dos países onde a pluralidade étnica é uma realidade.

As fundações históricas do constitucionalismo latino americano, por sua vez, nos auxiliam a entender melhor a formulação dos arcabouços jurídicos excludentes que marcaram o continente e que podem ser observados também no Brasil (GARGARELLA, 2003, p.308). Ao mesmo tempo, o momento de transformação passado pelos estados do continente levou a profundas mudanças na maneira de entender a acomodação cultural desses países (FAJARDO, p.139).

¹ Faculdade Doctum – Juiz de Fora – Minas Gerais - Brasil

O empoderamento das minorias culturais, a criação de espaços territoriais com autonomia jurídica e a constituição de direitos diferenciados pelos textos legais feitas durante este processo (FAJARDO, p.141), coadunam com a perspectiva pensada pelo “multiculturalismo² liberal”³ de origem canadense e, malgrado as posições divergentes, mostram uma possível aproximação teórica das fundações e inspirações que produziram o movimento constitucional recente na América Latina com a perspectiva constituída notadamente por filósofos como Will Kymlicka (VIEIRA; DYNIEWICZ, 2014, p.18).

Acompanharmos a nova elaboração do constitucionalismo na América Latina nos auxilia a perceber que a formulação histórica de uma realidade social é posteriormente edificada através das mais diversas formas normativas, inclusive a principal dela, a Constituição Federal dos Estados da região (GARGARELLA, 2013, p.7).

Ao contrário do enorme contingente de refugiados que ocupam o debate político na Europa, temos na América Latina um corpo de minorias históricas altamente prejudicadas por anos de exploração e genocídio. A situação na América do Sul, em que tange suas minorias, possui uma gravidade distinta. Trata-se de uma exclusão histórica - econômica e política - de um enorme contingente de indivíduos que, pelas mais diversas razões, tiveram justamente sua etnicidade como fundamento para a retirada de sua cidadania (WILLIAMSON, 2012, p.246).

Ao adentrarem num limbo social, as minorias étnicas latino americanas, notadamente indígenas, mas também negros quilombolas, sofreram uma série de abusos em seus direitos mais fundamentais e no exercício de sua autonomia individual na medida em que fica estabelecido um padrão cultural altamente assimilacionista e excludente, reduzindo assim a autonomia desses povos. Em apertada síntese: elas se tornaram invisíveis. A gravidade da situação exige, necessariamente, respostas mais incisivas para um possível reequilíbrio.

A história brasileira está inserida neste contexto, mas possui, obviamente suas peculiaridades. Com isso, seus desafios e as respostas que pretendemos oferecer também o serão. Afinal, ao contrário do restante do continente, o genocídio perpetrado contra as nações indígenas e com os quilombos foi muito mais eficaz, resultando numa realidade em que esses povos ocupam um espaço ínfimo dentro da sociedade brasileira. Tornarem-se invisíveis.

Essa constatação, é evidente, não interdita a real necessidade de continuarmos a pensarmos neles. Muito pelo contrário. Ela enfatiza a urgência de se racionalizar e trabalhar a realidade desse

² Segundo Lochak, a palavra multiculturalismo aponta sobretudo uma realidade : o pluralismo das sociedades contemporâneas, caracterizado pela existência, em seu seio, de grupos muito diversos. Esses grupos, por sua vez, reivindicam a conservação de sua identidade e reclamam uma maior visibilidade e representação no espaço público. Para a autora, ‘multiculturalismo é um termo genérico que agasalha todas as formas de diversidade, especialmente, porém não exclusivamente as etnoculturais’. Para detalhes, ver : LOCHAK, Danièle. *Le Droit et les Paradoxes de l’universalité*. Paris : PUF, 2010. p.133

³ O termo multiculturalismo liberal, por sua vez, é compreendido na esteira dos trabalhos desenvolvidos pelo filósofo canadense, Will Kymlicka. Como grande novidade, sua reflexão acrescenta a defesa do diversidade étnica e da autonomia do indivíduo em exercer sua cultura pelo liberalismo, perspectiva pouco abordada até então. Segundo o autor, ‘Liberal values require both individual freedom of choice and a secure cultural context from which individuals can make their choices (...) It is the existence of a cultural community viewed as a context of choice that is a primary good, and a legitimate concern of liberals. Para detalhes, ver : KYMLICKA, Will. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford : Oxford University Press, 2010. p. 169

grupo de minorias nacionais brasileiras⁴. Ela reafirma a necessidade de um conjunto de propostas mais contundentes pelo fato de que o prejuízo dessas minorias é um fato historicamente reiterado, especialmente em dias de “pausa democrática”.

Instados por essas questões preambulares, pretendemos desenvolver, nas duas partes principais deste artigo, alternativas para a acomodação das minorias nacionais no Brasil. Essas alternativas, é importante salientar, estão coadunadas com as bases teóricas desenvolvidas pelo multiculturalismo liberal e que, aqui, nos servem de alicerce teórico-normativo. Assim, temos como expectativa oferecer as minorias nacionais opções jurídicas que as permitam exercer de forma plena sua autonomia pessoal através de seu direito a cultura.⁵

Essa conjunção de objetivos não é tarefa fácil. Nosso intuito aqui não é reivindicar uma série de novas normativas ou alterações constitucionais. Isso não significa, obviamente, que propostas neste sentido não venham a colaborar de forma positiva e muitas vezes decisiva com o projeto da aplicação da proteção jurídico das minorias culturais no Brasil. Mas o intuito aqui é outro.

A intenção é oferecer um olhar que é jurídico, mas pensa através e em conjunto com a teoria política. O grande desafio deste trabalho é criar um arcabouço que possa influenciar numa nova leitura das normativas já existentes. Buscamos como fonte teórica um olhar sobre as minorias culturais que é exterior ao Direito, mas que, acreditamos, tem plenas condições de ser incorporado por ele justamente por ser fundamentado nos direitos fundamentais.

Para isso, assumimos desde já que adotamos uma perspectiva metodológica que é claramente interdisciplinar,⁶ na interseção entre o direito e a teoria política normativa. Em determinadas ocasiões, adotamos um processo de descrição que altera momentos que são analíticos e prescritivos/normativos (CHAMPEIL-DESPLATS, 2013, p.12)

Acreditamos que esse trabalho de construção de uma estrutura teórica que possa influenciar numa nova leitura dos textos que hoje são interpretados de maneiras que consideramos extremamente assimilativas, restritivas e desprovidas de preocupação com a importância da cultura como instrumento de efetivação dos direitos mais fundamentais dos homens.

⁴ Como minorias nacionais, entendemos, na esteira do Direito Internacional, “Um grupo numericamente inferior ao resto da população do Estado, numa posição não-dominante, onde os membros possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas que os diferem do resto da população e demonstram, mesmo que somente implicitamente, um sentido de solidariedade com o intuito de preservar sua cultura, tradição, religião e língua” Para detalhes, ver: CAPORTONI, Francesco. Study on The Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities. New York: United Nations, 1979. p.96 Este conceito também é o adotado atualmente pela ONU. Ver: Minority Rights: International Standards and Guidance for implementation. New York/Geneva: United Nations, 2010. P.2

⁵ Na esteira de Champeil-Desplats, podemos entender o direito a cultura como aquele que congloba o direito a identidade cultural somado ao direito a participação cultural. Para mais detalhes, ver: CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Los derechos culturales como derechos fundamentales. In: Revista Electronica Iberoamericana, Vol 4, Número 1, 2010. p.6

⁶ Para mais detalhes, ver : KLEIN, Julie Thompson, A taxonomy of interdisciplinarity, In: Robert Frodeman, Julie Thompson Klein, Carl Mitcham, The Oxford Handbook of Interdisciplinarity, Oxford, Oxford University Press, 2012. p.21

Não podemos negar que o texto constitucional brasileiro, com sua notória característica prolixa (analítica) (BONAVIDES,2002, p.73; BARROSO,2010,p.81)⁷ normatiza não só a cultura, bem como minorias culturais como os índios. No sentido estrito, portanto, a normativa brasileira traduz em proteção jurídica os direitos das minorias nacionais⁸. Para Bonavides, por exemplo, é justamente a constitucionalização dos direitos dos chamados grupos intermediários como família, igreja, escola e as minorias nacionais, entre outros, que “concorreram para aumentar consideravelmente o texto das Constituições e fazê-las, por consequência, mais larga do que consentia a tradição anterior” (BONAVIDES, 2002, p.74).

Entretanto, acreditamos, essa tradução não é efetivada de forma plena no mundo jurídico com a simples materialização jurídica da boa intenção do legislador. É necessário ir além. Nossos objetivos neste texto são, portanto, essencialmente dois.

O primeiro deles é oferecer concepções que, acreditamos, contribuem para a formalização jurídica do fato de que vivemos numa sociedade multicultural. Neste momento pretendemos, sobretudo, apresentar os fundamentos teóricos que irão alicerçar nossa reflexão posterior e seus desdobramentos jurídicos, discutindo o papel da constituição federal em relação a diversidade cultural. O segundo, por sua vez, passa primordialmente pela formalização de uma nova leitura do texto constitucional em busca de uma identidade fundamentalmente vinculada aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a inclusão das minorias culturais através do exercício livre de suas culturas.

Em suma, pretendemos aqui demonstrar que é possível ressignificarmos a maneira pela qual o texto constitucional brasileiro estabelece uma interlocução com os direitos das minorias culturais de nosso país. Para isso, pretendemos oferecer uma nova proposição de identidade da constituição brasileira, a cultural, que poderá permitir a guinada multicultural e inclusiva que defendemos.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA REALIDADE DA DIVERSIDADE CULTURAL

Entre as diversas características das Constituições elencadas por seus estudiosos talvez uma das mais estudadas seja aquela que procura conhecer qual seriam as suas funções. Como sabemos, consideramos importante o estudo das funções da constituição justamente porque elas cumprem determinados papéis em seus contextos históricos e sociais (SARLET, MARINONI, MITIDIEIRO, 2012, p.72).

Mesmo que não tenhamos como afirmar que essas funções possam ser exercidas em toda sua completude e complexidade, é possível identificar um grupo de atribuições que são constantemente elencadas como comuns aos textos constitucionais dispersos pelo mundo ocidental.

⁷ Ela também é designada como longa pr J.J.Canotilho. Voir: CANOTILHO, J.J, Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra : Almedina, 2003, p. 216

⁸ Sobre a proteção da cultura no ordenamento positivo constitucional brasileiro, ver: Art. 215, CF Sobre a proteção dos índios, ver: Art. 231, CF.

Para a proteção da comunidades “quilombolas”, ver: Art. 68, ADCTs. e Decreto Federal nº4887

De uma maneira geral, podemos afirmar, e de forma concomitante a Scheider, que as funções da Constituição podem ser entendidas em três dimensões. A primeira dimensão é a democrática, onde observamos a formação da unidade política. A segunda dimensão é a liberal, onde identificamos a coordenação e a limitação do poder estatal e a última dimensão é a social, responsável pela configuração das condições de vida (SCHNEIDER, 1991, p.39). Essas funções, relata Bercovici, são interligadas e condicionam-se mutuamente. A constituição, portanto, só poderia ser compreendida na sua totalidade, completa o professor brasileiro (BERCOVICI, 2004, p.10).

Autores como Klaus Stern, Otto Depenheuer e Gomes Canotilho também procuraram elencar um conjunto de funções aos textos constitucionais. Esses autores identificaram as mais diversas funções para a Constituição, como a limitação jurídica e o controle do poder; a ordem e ordenação; a organização e estruturação do poder; a legitimidade e legitimação da ordem jurídico-constitucional; a estabilidade; a garantia e afirmação da identidade política; o reconhecimento e garantia da liberdade e dos direitos fundamentais; a imposição de programas e tarefas estatais, entre outros (SARLET, MARINONI, MITIDIEIRO, 2012, p.72).

Para Konrad Hesse, uma das funções mais importantes da Constituição é o estabelecimento dos fundamentos da ordem da comunidade. Em que pese a necessidade do texto constitucional estar sempre incompleto na medida em que “a vida, que ela (a Constituição), intenta regular, é vida histórica e, enquanto tal, submetida a mudanças históricas (...) se a constituição quer ensejar a resolução de múltiplas situações críticas historicamente mutantes, seu conteúdo terá de permanecer, necessariamente, aberto ao tempo”. Por outro lado, a constituição não deve deixar indeterminado os fundamentos da ordem da comunidade (2009, p.89). Para Hesse, esses fundamentos estariam preocupados em estabelecer um conjunto de princípios que irão reger a formação da unidade política e a fixação das tarefas estatais.

Assim, e decorrente do estabelecimento desses fundamentos, a função da estabilidade é para Klaus Stern inerente às Constituições, uma vez que elas estabelecem uma ordem fundamental que, apesar de estarem abertas a mudanças, como salienta Hesse, seja através de reformas ou de mutações, possui uma personalidade que pretende estabelecer uma durabilidade, uma ordem fundamental de caráter duradouro (STERN, 1987, p.226).

Consequentemente, e na esteira de Depenheuer, a intenção do estabelecimento dessa estabilidade acaba fazendo a Constituição também atuar como garantia e afirmação da identidade política e jurídica de um país (SARLET, MARINONI, MITIDIEIRO, 2012, p.72).

Essa identidade, por sua vez, acaba distinguindo as sociedades entre si, a partir do momento em que esse símbolo é forjado no seu processo constituinte. Numa perspectiva que é política, a constituição acaba atuando como elemento integrador da sociedade. Desta forma, completa Troper e Hamon, a Constituição pode ser compreendida como um elemento de integração nacional e de produção de uma cidadania comum (TROPER, HAMON, 2014, p.48).

É nesse sentido que devemos pensar a proposta do constitucionalista português J. J. Canotilho. Dentro do contexto da acomodação da diversidade cultural, a constituição também pode, através do pleno exercício de suas funções, contribuir de forma central. Segundo Canotilho, a constituição também tem como função primordial a inclusão multicultural. Para o autor português, a função social da constituição, assim como a do Estado, é unir e integrar as pessoas, credos, culturas, grupos e etnias.

Em razão do aparecimento dos fenômenos do pluralismo jurídico e do multiculturalismo, Canotilho converge no sentido de acreditar que a teoria constitucional deve acrescentar como uma das novas funções da lei fundamental a tarefa de “estrutura e garantir um sistema constitucional pluralístico” (CANOTILHO, 2003, p.1451).

Essa posição está em sintonia com a corrente constitucional brasileira que é conhecida como constitucionalismo democrático. Para esse grupo de autores, influentes teóricos do texto brasileiro de 1988, a compêndio jurídico possui como característica a abertura constitucional, ou seja, “a abertura a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extra normativos (usos e costumes) e meta normativos (valores e postulados morais)(CITTADINO, 2004,p.17).

A abertura constitucional, é importante salientar, traz consigo a urgência de um entendimento delineado por Peter Häberle, de que as sociedades modernas são eminentemente plurais e de que “sem a participação de todas as forças da comunidade política, não há como concretizar a constituição (CITTADINO, 2004, p.31).

Em que pese o autor alemão não ter trabalhado especificamente com a questão da diversidade étnica, acreditamos que ela pode ser tranquilamente incluída como uma importante parte dessa pluralidade social que tem o dever de ser observada para a efetiva concretização da constituição. Para o autor, inclusive, a constituição é a expressão do desenvolvimento cultural de um povo, ou seja, é a apresentação cultural deste povo, um espelho da sua herança cultural (THEIL, 2015).

Como sabemos, Häberle centra seus esforços no estudo de novas possibilidades da interpretação constitucional. Nesta empreitada, ele constrói a ideia de que “o povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão” (HÄBERLE, 2002, p.37).

Ora, porque não podemos pensar o povo incluindo nele o elemento dos grupos étnicos minoritários? Nada mais coerente à realidade multicultural que experimentamos diariamente. Não faz sentido defender uma constituição aberta, preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais se essa mesma não está preocupada em proteger o pluralismo étnico existente dentro de sua sociedade em suas mais diversas esferas.

Se o pretendido é promover uma abertura constitucional e defender uma sociedade aberta, a inclusão das minorias nacionais como elemento formador desse povo é, portanto, um passo absolutamente natural e legítimo no processo de efetivação dos direitos fundamentais dentro dos Estados. Paralelamente, essa nova leitura corrobora o processo de transformação do papel das constituições dentro dos Estados Latino Americanos.

Se para Habermas, a sociedade aberta “se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidianas, especialmente mediante a relação dos direitos fundamentais” (HÄBERLE, 2002, p.36), não é só factível, como necessário, incluirmos os grupos étnicos minoritários nesse processo. Essa inclusão estaria apenas contribuindo para a efetivação daquilo que Müller chamou de “domínio normativo”.⁹

Em suma, a inclusão das minorias étnicas como agentes de interpretação da constituição estaria contribuindo para, nas palavras de Cittadino, a realização da “a concretização normativa”, que por sua vez, “apenas se dá pela via de uma interpretação que ultrapassa o texto da norma jurídica e atinge uma parte da realidade social enquanto práxis que inclui o processo legislativo, a atuação dos órgãos do governo, a administração da justiça, etc” (CITTADINO, 2004, p.30).

Esse entendimento pode ser o primeiro passo – uma perspectiva legítima de construção teórica com intuito fundacional - para reverter a histórica desvantagem da participação política dos grupos minoritários. Para que seus direitos sejam efetivamente observados é importante considerarmos que somente com o empoderamento desses grupos através de mecanismos que ampliem sua participação política poderemos pensar numa efetiva inclusão dos mesmos.

Neste sentido, e para garantir os direitos que o próprio texto constitucional elencou, é urgente o estabelecimento de “mecanismos para (os grupos minoritários) ampliarem suas possibilidades de participação nas estruturas do poder constituído, como representantes no Congresso Nacional, mas também em outros poderes, como no Poder Judiciário (fóruns especializados colegiados) e no Poder Executivo (ministros, secretarias, conselhos etc)”(BARTOLOME, 1998,p.171).

Podemos, apenas a título exemplificativo, expor algumas propostas que atuariam no sentido de contribuir para essa inclusão. Numa dimensão restrita ao Poder Judiciário, por exemplo, e malgrado as últimas manifestações restritivas a respeito do rol de legitimados pela corte superior brasileira, também entendemos que é compreensível que as minorias étnicas sejam plenamente capazes de serem incluídas como sujeitos de um processo de abertura constitucional e seus respectivos instrumentos, como o mandado de segurança coletivo¹⁰ ou ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade¹¹, por exemplo.

⁹ Para detalhes, ver: MULLER, Friedrich. Direito, Linguagem e Violência – elementos de uma teoria constitucional. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1995.

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Esta seria uma das ações decorrentes da ampliação da compreensão do sentido de pluralidade adotado normalmente pelos constitucionalistas. O avanço, certamente, estaria inserido na perspectiva de uma nova leitura do termo que, desta vez, incluiria o sentido de diversidade étnica à consagrada expressão “pluralidade política”.

Essa ampliação dos legitimados estaria, de certa forma, atuando como parte de uma série de medidas que, se implementadas, trariam ao direito brasileiro um novo semblante. Essa nova fisionomia estaria, assim, marcada pela inclusão efetiva das minorias étnicas no processo democrático, desta vez através do Poder Judiciário.

A participação política dos grupos minoritários, uma vez empoderada pelo texto constitucional, e valendo-se do ativismo judicial reinante em nossa corte suprema (VIANNA, BURGOS, SALLES, 2007, p.39), ficaria fortalecida com a abertura de uma verdadeira avenida jurídica-política para a inclusão na pauta dos debates públicos brasileiros as demandas oriundas das minorias étnicas silenciadas durante séculos pela exploração econômica e o preconceito racial e social.

Essa amplificação tem também um sentido político. Como sabemos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem um forte caráter político na medida em que sua competência o coloca necessariamente como responsável por “declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente a função jurisdicional de tutela da Constituição.” Essa função, por consequente, “traduz (necessariamente) uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política.” (CITTADINO, 2004, p.62). O debate, portanto, ultrapassaria o campo jurídico.

Nossa proposta possui essa perspectiva política. Entendemos que a participação direta dos grupos minoritários no processo de jurisdição constitucional é antes de tudo o “acréscimo da ideia de democracia como acesso a direitos constitucionais dotados de implicações positivas sobre a configuração da forma e da substância da vida social” (LESSA, 2008, p.389).

A busca, aqui, é pelo cidadão democrático pleno, direito historicamente negado a estes grupos. Esse indivíduo, consequência lógica do processo democrático nacional é, antes de tudo, “um sujeito constituído por direitos, cuja vigência plena exige sua atenção cívica e suas energias políticas

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

¹¹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

e cognitivas para pôr em movimento os mecanismos de jurisdição constitucional” (LESSA, 2008, p.389).

A inclusão desses grupos como sujeitos ativos do debate constitucional brasileiro também seria, numa perspectiva alinhada aos Direitos Humanos a busca pela inserção de “dispositivos (que) procuram consolidar na ordem jurídica um direito que é, antes de tudo, um direito à voz” (LEITE, 2008, p.283).

Nesta mesma linha da busca pelo cidadão democrático pleno, já no que tange o Poder Executivo, torna-se imperioso, por exemplo, a garantia do mesmo em possibilitar a oportunização de autonomias territoriais para comunidades indígenas e quilombolas. Essas autonomias territoriais, por sua vez, precisam de serem pensadas levando em consideração a construção de uma série de medidas que forneçam autonomias administrativas para esses povos e que possibilitem o surgimento de verdadeiros distritos territoriais autônomos dentro do Estado brasileiro (BANIWA, 2012, p.218).

Da mesma maneira, um dos desafios a serem vencidos é a forma pela qual a administração pública brasileira precisa romper com a cultura baseada na “vida urbana branca” e recriar-se tendo como fundamento das políticas públicas uma concepção que seja mais próxima da cultura dos grupos afetados. Não é possível pensar, por exemplo, em perspectivas “institucionais e compartimentalizadas (...) de categorias profissionais, sindicais, religiosas, sociais” que se chocam com “a realidade holista, integrada e sistema da vida indígena” (BANIWA, 2012, p.218). O Estado precisa superar essa formulação de sua burocracia sob pena de não alcançar a estrutura burocrática necessária para a realização da justiça multicultural no país.

Uma das propostas, também ligada a questão da ampliação da representação democrática, seria a constituição de um parlamento das minorias. Esse parlamento, que seria necessariamente democrático, abrangente e apartidário, permitiria a vocalização das minorias étnicas nas suas mais diversas vertentes e teria como função ser o espaço legítimo desses grupos, formalizando uma interlocução direta com o Poder Legislativo e com o Poder Judiciário e a oficialização de um grupo de pressão social.

O surgimento desse espaço democrático de representação não impediria, certamente, a continuidade do processo de ampliação da inclusão via representação partidária no Congresso Nacional através de um número específico de cadeiras para esses grupos.

Ao fim e ao cabo, como podemos observar, por mais distintas que sejam as características delas, todas as minorias sofrem com a terrível invisibilidade social. Torna-las visíveis é parte fundamental do processo para sua inclusão. Essa inclusão, é sempre importante ressaltar, é mais que uma questão étnica. É uma questão ética e moral. Como bem relembra Oliven, citado por Leite “se não conseguirmos assegurar os direitos das minorias, nosso país nunca vai ser uma sociedade plenamente democrática.” (BANIWA, 2012, p.284).

Essa nova função de inclusão multicultural também vai além da integração desses grupos no debate sobre qual a leitura correta do texto constitucional pelas normas infraconstitucionais. Essa função inclusiva do texto constitucional inicia seu trabalho num momento ainda anterior. A carta magna deve possuir como um de seus objetivos, continua Canotilho, proibir organizações que atuam contrariamente, seja no sentido de “aniquilar” ou de “restringir” o pluralismo ideológico e o multiculturalismo.

Como consequência, surge uma complexidade. Teria a Constituição que conter uma “cláusula de proteção de minorias étnicas”? E ainda, essa cláusula implicaria necessariamente a abertura de uma ordem jurídico-constitucional para estruturas jurídicas que são específicas dessas minorias?

Segundo o autor, a resposta à primeira questão é claramente positiva. Um Estado constitucional e democrático, mesmo dirigido pelos escolhidos da maioria, possui como característica substancial a garantia dos direitos fundamentais das minorias. A segunda questão, por sua vez, possui um grau de dificuldade maior.

Para Canotilho, esse questionamento trata, no fundo, de abordar a questão de saber “se a moderna estatalidade territorial deve de novo ser substituída (ou complementada) pela personalização da ordem jurídica e, sobretudo, se ela pode ser hiperinclusiva (grifo do autor) acolhendo grupos estratégicos fundamentalistas ou enclaves tradicionalistas iliberais (CANOTILHO, 2003. p. 1452).

Adotando uma perspectiva multicultural e pluralista para compreender o papel da constituição, Canotilho avança de forma substancial no projeto de acomodação da diversidade cultural nos estados democráticos de direito.

Numa conclusão a respeito do tema, o autor finaliza expondo uma importante reflexão. Segundo o mesmo, a Constituição “é o espaço do jogo do paradoxo da tolerância”. Esse paradoxo surge, na medida em que “a tolerância aponta para um pluralismo limitado sob pena de a tolerância total, típica de um pluralismo compreensivo, albergar a igualitarização radical de todas as concepções, mesmo as da intolerância máxima”, como grupos neo-nazis ou terroristas religiosos e políticos (CANOTILHO, 2003. p. 1452).

Por outro lado, as preocupações levantadas pelo autor, apesar de importantes e compreensíveis, não provocam mais inquietação para grande parte dos estudiosos. A teoria política já tratou de forma exaustiva o tema. Há, desde o início do processo de empoderamento dos grupos minoritários, o estabelecimento de padrões que limitam a liberdade de atuação destes possíveis grupos minoritários.

A limitação, como não poderia deixar de ser, está, no caso brasileiro, no próprio texto constitucional. Ela é dada, naturalmente, pelo conjunto de direitos que protegem a dignidade dos habitantes do país. Os direitos fundamentais, assim como fundamentam uma série de garantias e

normas para o exercício livre da cultura destes grupos, limitam suas manifestações dentro da congruência com esses mesmos direitos.

O multiculturalismo liberal já deixou claro em diversos momentos que não há espaço dentro de sua proposta normativa para o chamado “iliberalismo”. Os direitos fundamentais são, portanto, a pedra primordial que limita e conduz o exercício das culturas minoritárias dentro dos estados democráticos de direito.¹²

Mas será que somente a inclusão de novos personagens no processo de jurisdição constitucional ou o estabelecimento de novas normativas no texto dirigente ou em textos infraconstitucionais do país seriam instrumentos eficazes no processo de integração das minorias culturais o suficiente para o estabelecimento de uma nova perspectiva jurídica da diversidade étnica no Brasil?

Como sabemos, os avanços na positivação do direito dos índios e negros, especificamente com a Constituição de 88 e com o Convenção 169 da OIT foram expressivos, mas, infelizmente, demonstraram-se inócuos no que tange sua efetivação. Há ainda muito a ser feito (SILVA, 2013, p.203).

Por mais importante que consideramos essas ações, acreditamos que elas, por si só, podem contribuir menos do que gostaríamos. É fundamental avançarmos de uma maneira mais profunda neste processo de acomodação cultural.

Neste sentido, acompanhamos a posição de Baniwa no que tange a realidade dos indígenas brasileiras e a estendemos a todos os grupos minoritários. Segundo o autor, “para o avanço da garantia dos direitos indígenas no Brasil, é necessário ainda construir uma nova engenharia política (...), fundamentada nos princípios conceituais, jurídicos, políticos e administrativos assegurados na atual Constituição Federal” (BANIWA, 2012. p.225).

Para isso propomos uma nova perspectiva de leitura jurídico-política do texto constitucional. Como relatamos anteriormente, a lei maior dos países possui como uma de suas funções estabelecer sua identidade política e social. Essa identidade, por sua vez, traz consigo a capacidade de estabelecer um processo eficaz de integração nacional.

Nesta lógica, acreditamos que é importante estabelecermos uma nova identidade constitucional para a constituição brasileira. Uma identidade que esteja comprometida com a diversidade étnica do seu povo, com a voz de suas minorias culturais e com o respeito aos direitos fundamentais de todo cidadão. Essa identidade traz consigo valores bem definidos sobre a importância da autonomia individual e de como a cultura é parte instituidora deste processo do descobrimento e construção da identidade do indivíduo. Uma identidade que permite a exercício de uma verdadeira cidadania democrática.

¹² Para detalhes, ver: KYMLICKA, Will. Multicultural Citizenship. Oxford : Oxford University Press, 1995.

Assumindo essa nova faceta, poderemos influir na construção de uma nova maneira de entender juridicamente a diversidade cultural no nosso país. Uma maneira multicultural de ler o direito brasileiro que começa pelo texto constitucional.

3. A IDENTIDADE MULTICULTURAL DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: UMA PROPOSTA DE LEITURA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM PROL DAS MINORIAS CULTURAIS.

O termo “identidade constitucional” é objeto de muitas questões entre os estudiosos do tema e ainda não há um acordo razoável sobre o que ele quer exatamente expressar. Sua origem está ligada a Grécia antiga, especificamente a Aristóteles e sua concepção de que a identidade de um Estado está associada não a suas características físicas, mas às suas constituições (ROSENFELD, 2013, p.756).

Para alguns autores considerados céticos, a ideia de buscar determinar uma identidade constitucional nada mais é que uma maneira comprometida com um determinado ponto de vista, que não é objetivo, de encontrar um conjunto de materiais textuais e históricos pelos quais as normas fundamentais da constituição podem ser extraídas e, conseqüentemente guiadas em sua aplicação (TRIBE, 1983, p.440).

Segundo Bogdandy, a palavra identidade é um termo problemático. Ela oscila “entre o ser e o dever ser, entre a descrição e a exigência.” Originada no termo em latim “idem”, a palavra tem em seu ramo mais antigo o sentido de ‘relações de unidade e de comparação’. Nesta mesma direção, o termo se inscreve para também designar as particularidades essenciais de um ser humano, de um povo ou de um sistema jurídico. Aqui ele é entendido como o fundamento para a comprovação de uma unidade e igualdade (VON BOGDANDY, 2005, p.14).

Diversas concepções de identidade constitucional são hoje trabalhadas, tais como, por exemplo, se o texto adota um sistema parlamentar, ou se optou por um sistema unitário ou federal de Estado. São também considerados objetos de estudos da identidade constitucional a relação entre a magna carta e a cultura em que ela opera e a relação entre a identidade constitucional e outras identidades relevantes que se comunicam com ela, como a nacional, religiosa ou a ideológica (ROSENFELD,2010.p.27).

Mas porque seria necessário compreender a identidade de uma constituição? De acordo com Rosenfeld, para responder essa questão precisamos invocar a ideia de que a constituição é produto de um contrato social. Compreender o sentido da identidade constitucional significa, e aqui o autor segue Kant, entender a Carta Magna como produto de um contrato feito pela sociedade (ROSENFELD,2010.p.19). Ou seja, se ela é legítima e compatível com os ditames do constitucionalismo moderno.

Assim, se entendemos que uma Constituição possui efeitos diretos e imediatos no processo de construção de uma identidade social, na medida em que seus princípios concretos atuam como um fundamento para o pertencimento a um grupo e a suas disposições de atuação (VON BOGDANDY, 2005, p. 19), compreender a identidade constitucional é identificar qual o significado que essa constituição quer fornecer a este grupo.

Outro papel que a identidade constitucional desempenha é contribuir para a operatividade da democracia, da transparência, do Estado de Direito e da eficiência de um sistema político que, em razão dessas qualidades, forma a identidade social de um país (ZULEEG, 1997, p.522). Entender a identidade constitucional de um país é, antes de tudo, conhecer e apreender seus compromissos jurídicos e sociais.

Neste sentido, podemos dizer que caracterizar o sujeito da constituição é iluminar uma identidade que está contida nela e com isso contribuir de forma significativa para que fique evidente sua legitimidade e o valor desta para a sociedade que a produziu.

De uma maneira geral o que podemos afirmar é que três sentidos gerais sobre a identidade constitucional sobressaem. O primeiro deles é que a identidade constitucional deriva do fato de existir uma constituição. O segundo deles está no sentido em que o conteúdo de uma constituição fornece elementos diversos de sua identidade. Uma constituição federal, por exemplo, apresenta diferentes tipos de políticas que uma constituição unitária. O terceiro sentido está ligado ao contexto da constituição. O contexto em que a constituição está inserida parece operar de uma maneira significativa para determinar sua identidade. Como resultado, podemos notar que diferentes culturas visualizam diferentes direitos fundamentais para seus cidadãos (POST,2003, p.117).

Segundo Rosenfeld, uma identidade constitucional, assim como uma identidade nacional, pode ser concebida como pertencente a uma identidade coletiva comum (“collective self”). Essa identidade coletiva, por sua vez, pode demonstrar, segundo o autor, um “sameness” ou um “selfhood” (ROSENFELD, 2010. p.27). Em suas palavras,

A constitutional identity can be constructed on the basis of sameness or of selfhood, or more precisely, based on dynamic interaction between projections of sameness and images of selfhood. Moreover, the interaction in question may at times evoke complementarity and at other times contradiction (ROSENFELD, 2013. p. 757).

A moderna identidade constitucional, continua o autor, é distinta da ideia de identidade nacional. Apesar de ambas terem surgido na mesma época, e serem produtos do mesmo Iluminismo, elas não se confundem. Essas duas comunidades imaginárias, para usar a criação de Benedict Anderson, podem, em alguns momentos, se sobreporem e representarem a mesma identidade ou identidades muito próximas. Mas essa aproximação não é necessariamente um fato consumado.

Enquanto a identidade constitucional transcende o mero fato do constitucionalismo ou uma constituição particular, ela emerge dentro de um contexto de um processo dinâmico que deve constantemente tecer de forma conjunta as duas faces dessa identidade própria (o seu sameness et o seu selfhood).

Para Troper, por exemplo, a identidade constitucional é resultado de um processo de extração de certos princípios que podem ser postulados como essenciais e de tal forma distintos que de outras normas constitucionais (ROSENFELD, 2013. p. 758). Esses princípios, por sua vez, podem ser considerados como a base para a proteção da integridade da constituição, nos casos em que ela enfrenta perigos que são capazes de exterminar características vitais que conectam a lei maior com a população ou a nação que ela serve (TROPER,2010, .p212).

A identidade constitucional e a cultura são os dois elementos que compõe esse processo de formação de identidade constitucional e, desta maneira, “constitucional law and culture are locked in a dialectical relationship, so that constitutional law both arises from and in turn regulates culture” (ROSENFELD, 2013. p. 758)

Aqui, uma importante ressalva deve ser colocada. O processo de formação constitucional é naturalmente incompleto, justamente porque mesmo que uma identidade existente esteja totalmente estável ela deve ser ajustada ao presente. Este presente, por sua vez, é um presente desconhecido e, em larga medida, possui um extenso contingente de necessidades e aspirações de gerações que sequer nasceram (ROSENFELD, 2010, p.26).

Para manter este processo de adaptação em contínuo e necessário ajuste, temos alguns instrumentos jurídicos. As emendas constitucionais são uma forma de produção de uma nova identidade constitucional. Elas podem servir como um mecanismo poderoso para essa alteração, mas sua inclusão deve ser explícita em seu intuito (DIXON, 2010,p.12). Por outro lado, cabe principalmente à interpretação constitucional esse papel de produzir a nova identidade constitucional.

Isso porque devemos entender a constituição não apenas como um mero texto, mas também como um “todo jurídico” bem mais complexo. Se seguimos o entendimento de Dworkin sobre o sentido da magna carta, a identidade constitucional também deve ser entendida como constituída por este conjunto de valores, princípios e regras. Aqui, o papel da interpretação torna-se central, na medida que cabe ao ato de interpretar o texto constitucional encontrar este conjunto que forma a norma constitucional e que, conseqüentemente, integram sua identidade.¹³

Essa tarefa, é evidente, não é fácil. Interpretar o texto constitucional, como bem salientam alguns autores, é recorrer necessariamente a argumentos políticos e morais, já que o texto normalmente refere-se a este tipo de norma (MARTI, p. 6).¹⁴

Paralelamente, uma identidade já estabelecida pode preencher ou moldar essa interpretação. Nesse sentido, “in some cases the constitutional adjudicator deliberately appeals to constitutional identity to guide her interpretation; in other cases, the adjudicator may be (...) influenced (...) by factors rooted in constitutional identity” (ROSENFELD, 2013, p. 771).

Neste sentido, o processo de construção constitucional (constitution-making) requer uma constante ruptura com o passado, propondo políticas futuras contra as políticas anteriores. Este ato de negação, por sua vez, requer um rompimento com as concepções políticas de identidade coletiva que hoje prevalecem. Em resumo, “it is not enough to overthrow the ancien régime, it is also necessary to differentiate the constitutional “we” from the preconstitutional and extraconstitutional “we” (ROSENFELD, 2013, p. 203).

Entretanto, negar a identidade constitucional anterior é, necessariamente, repudiar alguma coisa que constitui a todos naquele mesmo momento e, ao criar algo novo, corre-se o risco de que essa nova criação seja incompatível com certas partes do passado da identidade que podem produzir caos ao governo (TUSHNET, 2010, p.673).

¹³ Para mais detalhes, ver : DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

¹⁴ MARTI, José Luis. Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People, p. 6. Disponível em : https://www.academia.edu/5355495/Two_different_Ideas_of_constitutional_identity

A solução para essa questão estaria no processo de criação de narrativas que integram de forma sucessivas pontos de rejeição e de identificação. Aqui, utilizando-se da teoria psicanalítica, Rosenfeld entende que o processo de formulação de uma nova identidade constitucional transcorre da mesma maneira que o de um indivíduo que, através do seu passado, encontra tanto estruturas quanto oportunidades que o ajuda a moldar seu presente e orientar suas experiências futuras.

Para Tushnet, “Rosenfeld shows how constitutional arrangements can expressly reject some potential identities, transform the rejected possibilities, and reincorporate them into the polity.” (TUSHNET, 2010, p.673). O próprio Tushnet, por sua vez, sugere que esse processo seja constituído através de um constante de diálogo político em que ocorra uma ação conjunta tanto nas ruas quanto nos espaços de representação democrática. A escolha do significado da constituição estará, portanto, sempre além da vontade final dos juristas, mas na mão do próprio povo (TUSHNET, 2000, p.181-182).

A identidade constitucional, portanto, nos serve para fornecer links que são essenciais para o texto jurídico formal e seu ambiente sócio-cultural. Neste sentido, complementa Jacobsohn, a função essencial da identidade constitucional também é de lidar com a desarmonia constitucional. Essa desarmonia, por sua vez, pode surgir dentro do texto da constituição e o contexto de mudanças históricas ou de contestações políticas (JACOBSON, 2010, p. 13).

Identificar essa desarmonia é o primeiro passo para um trabalho de enfrentamento das dissonâncias e, através de um processo dialógico, formatar uma posterior adaptação no intuito de superar essa desarmonia.¹⁵

Fundamentalmente, consideramos a função e o lugar da identidade constitucional como determinados pelo processo de mediação dialética entre os mais complexos conflitos e tensões entre a identidade e a diferença dentro de cada Estado. O objetivo é, ao final, estabelecer enfim quais são os compromissos políticos últimos daquele texto legal.

Desta maneira, pensar criticamente a identidade constitucional brasileira pode nos auxiliar a repensar a maneira com que o Direito brasileiro lida com suas minorias. Em que pese a importância da constatação de que o Brasil é um país evidentemente miscigenado, essa informação não pode servir para obscurecer a existência do fato do multiculturalismo dentro do Estado brasileiro. Há, portanto, uma desarmonia entre nossa realidade e como o direito a enxerga.

Afirmamos que há multiculturalismo no Brasil, justamente porque, malgrado o verdadeiro genocídio experimentado pelas suas minorias, a miscigenação não impediu que ainda restasse sólidos focos de grupos minoritários com culturas que não foram assimilados pelo caldeirão cultural que se formou no país.

Ao mesmo tempo, o processo de assimilação das culturas índias e negras por parte da cultura predominante, não impedem que feixes destas mesmas culturas, como as religiões de matrizes africanas, ainda resistam bravamente no país, mesmo sendo objeto de perigosos atos de violência, fruto da intolerância religiosa e étnica.

¹⁵ Para detalhes, ver: JACOBSON Gary. The Disharmonic Constitution. Disponível em : <http://uchv.princeton.edu/constitutionalism/Jacobson.pdf>

Pensar a identidade constitucional brasileira significa, portanto, refletir sobre qual seria o baluarte, o núcleo jurídico que conseguiria enfrentar o desafio de garantir a inclusão de indivíduos que vivem numa sociedade que é de fato multicultural, mas extremamente assimilacionista e, conseqüentemente, segregadora.

Identificando esse núcleo, essa identidade, conseguiríamos constituir um alicerce jurídico que nos auxiliaria a apontar uma série de propostas principiológicas para a inclusão dos grupos minoritários étnicos, principal desafio a inclusão no Brasil.

Esses princípios seriam, juntamente com a identidade constitucional, a fonte de uma fundamentação comprometida com a inclusão do homem através do respeito ao exercício da sua cultura que, por sua vez, nada mais é do que uma pertinente maneira de executar sua autonomia pessoal.

Consideramos o modelo de formação da constituição brasileira dentro daquilo que Rosenfeld chamou de “modelo pactuado”. Esse modelo, nas palavras do autor

requires reliance on a symbol of unity which can be perceived differently by various parties to constitutional negotiation while at the same time projecting na aura of continuity amidst profound, even radical, change (ROSENFELD, 2010. p.198)

A nova constituição brasileira de 1988 foi forjada através de um grande pacto nacional que tinha como intuito inaugurar um novo momento democrático no país, superando os nebulosos anos de totalitarismo que se seguiram a 1964.

Buscando evitar traumáticas rupturas, foi estabelecido um amplo processo de negociação entre as forças conservadoras e progressistas que, através de muitos acordos e desacordos, delineou um novo modelo de texto constitucional, até então nunca visto na história constitucional do país (PILLATI, 2008). A intenção era encontrar o equilíbrio democrático (SILVA, 2011, p. 82).

Mas qual seria, portanto, a identidade da Constituição brasileira? Qual seria, enfim, o resultado deste pacto nacional? Segunda a nossa compreensão, a resposta não é de difícil solução. Diversos autores responderam com muito propriedade esta pergunta mesmo sem abordar a chave conceitual da “identidade constitucional”.

Esse equilíbrio foi encontrado, pela constituição cidadã de 1988, quando a mesma claramente define como sua identidade o valor do homem, a promoção dos direitos fundamentais. Sobre o tema, Cittadino clarifica:

qualquer dúvida de que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro. Pela primeira vez na história brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal (CITTADINO, 2004, p.13).

Para José Afonso da Silva, assim como a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978, também exemplos de formação constitucional pactuada, a Constituição Brasileira de 1988 abriga uma ideia até então nova no Direito. Todos esses textos constitucionais “firmam o princípio de que as Constituições têm o sentido de proteção dos direitos fundamentais do homem, tomada essa expressão na sua acepção mais ampla, mediante a construção de um novo tipo de Estado: o Estado Democrático de Direito” (SILVA, 2009, p.60).

Assim, esses textos coadunam-se com o movimento do constitucionalismo do século XX, que destina aos direitos fundamentais o papel de “sintaxe da liberdade nas Constituições” (BONAVIDES, 2002. p.540).

De qualquer forma, o que extraímos do texto constitucional brasileiro é que o constituinte deixa de maneira límpida à intenção de conferir aos “princípios fundamentais” a qualidade de normas que são o alicerce e a principal informação de toda a ordem constitucional. Entre esses princípios estão, especialmente, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, consideradas como núcleo formal e material da Constituição Brasileira (SARLET, 2010, p.71).

Fica evidenciado, portanto, o compromisso do Estado democrático de direito brasileiro como um Estado “de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano”¹⁶ O homem e seus direitos são, portanto, o núcleo central deste texto. (CASTRO,2003, p.19).

Os direitos fundamentais inseridos neste contexto de formulação de constituição e entendidos como identidade constitucional da Constituição podem, por sua vez, serem entendidos como portadores de duas funções.

A primeira delas, considerada objetiva por Peces-Barba Martínez, é de atuar como prolongamento da norma fundamental material de identificação das normas. Aqui, os direitos fundamentais possuem uma função de continuidade e atualização da norma fundamental.

Desta maneira, “os direitos fundamentais constituem uma parte da norma fundamental material de identificação ou de definição da norma da norma”, desenvolvendo e efetivando os valores superiores que a Constituição possui. Neste caso, “a função dos direitos está ligada ao conteúdo possível e aos limites de outras normas a ordem jurídica. Ela se situa no campo da interpretação, da produção e da aplicação destas normas” (MARTINEZ, 2004, p.376).

Uma segunda função é considerada subjetiva. Os direitos fundamentais atuam como a posituação de pretensões morais justificadas. Essas pretensões morais são justificadas na medida em que elas tornam possíveis a autonomia e a independência moral, chamada por Peces Barba de “liberdade moral”. Em suma, os direitos fundamentais integram uma moralidade pública que procura proporcionar às pessoas titulares deles, na vida social e através do direito, o exercício livre de suas moralidades privadas e de suas escolhas de projetos de vida.

Essa função, por sua vez, se divide em quatro grandes dimensões. As três primeiras são subdivisões que integram o consenso da cultura jurídica sobre a extensão dos direitos como espaço

¹⁶ Para o tema Dignidade Humana, ver: HENNETTE-VAUCHEZ, Stephanie. A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence. In : International Journal of Constitutional Law, vol.9, nº1, 2011. p. 32

da manifestação da moralidade pública. São as funções de garantia ou proteção, a função de promoção e a função participativa.

Uma quarta dimensão existe para garantir juridicamente ao indivíduo a oportunidade de que ele tenha uma consciência individual. Assim, nos casos em que a moralidade pública que foi positivada não permita que a escolha livre da moralidade privada se manifeste, há uma alternativa designada pelo autor de “objeção de consciência”(MARTINEZ, 2004, p.383).

Desta maneira, para Peces-Barba Martínez, as três primeiras funções agem como significado do maior consenso possível, afim de permitir a autonomia e independência. O objetivo final é sempre o mesmo : garantir a liberdade de escolha (MARTINEZ, 2004, p .384).

O compromisso do texto constitucional em adotar uma identidade que seja plenamente compactuada com os direitos fundamentais do indivíduo torna nossa constituição, consequentemente, obrigatoriamente sensível aos direitos das minorias étnicas.

Não é possível, portanto, pensar numa identidade constitucional compromissada com a valorização do homem e de sua dignidade se o exercício de sua expressão cultural, certamente uma das esferas mais sólidas de seus direitos fundamentais, não estiver sendo protegido.

O próprio texto constitucional garante o pleno exercício dos direitos culturais e ao acesso a todo tipo de fonte da cultura brasileira, além de garantir seu apoio a todo o tipo de manifestação cultural. Esse compromisso significa, especialmente, a promoção e defesa do direito fundamental do exercício da liberdade em sua esfera cultural. O texto constitucional protege, com isso, toda expressão cultural, as mais diversas manifestações culturais, inclusive o direito de difusão da cultura particular (SILVA, 2003, p.321).

Ao identificar uma identidade constitucional intrinsecamente vinculada com a valorização do homem e de sua dignidade iniciamos o processo de compreensão da importância da construção da autonomia do indivíduo pela expressão de sua identidade cultural.

Em suma, entendemos que, ao identificarmos a identidade constitucional brasileira, reforçamos a ideia do compromisso fundador do sistema jurídico brasileiro com os direitos fundamentais. Desta maneira, e na esteira das normativas internacionais, ao reconhecermos o direito à cultura como parte integrante do rol deste grupo legislativo, nada mais coerente que pensarmos os direitos das minorias culturais como verdadeiros direitos centrais e sensíveis para a sociedade brasileira.

Consequentemente, é impositivo tratarmos a inclusão das minorias culturais, aqui entendidas como a abertura de um complexo rol de ações dos mais diversos poderes em prol da acomodação cultural desses grupos, como peça chave para o direito brasileiro.

Portanto, um novo passo é preciso nesta direção. É considerável pensarmos em critérios normativos que podem, de certa maneira, contribuir de forma importante para que essa nova identidade constitucional plural seja de fato exercida. Eles surgem, antes de mais nada, como guias para que os interpretes do texto constitucional possam exercer a aplicação das normas já constituídas ou a formulação de novas respostas para demandas que ainda não surgiram.

Esperamos que seu aparecimento possa contribuir para que a existente, porém acobertada esfera cultural da identidade constitucional brasileira, vinculada aos direitos das minorias étnicas, possa ser consolidada e incorporada de uma maneira efetiva a realidade do direito brasileiro.

Acreditamos que, somada a nova consciência da importância da multiculturalidade para o entendimento do texto constitucional e sua identidade, esses critérios possam formar um corpo de argumentos convincentes em prol da acomodação da diversidade cultural no Brasil.

Estes critérios surgem como um projeto inicial que pretende pautar a maneira pela qual a constituição brasileira deve ser lida para que sua identidade multicultural seja respeitada. Na esteira de Maldonado, e do constitucionalismo latino americano, oferecemos alguns caminhos normativos que, reconhecemos, estão longe de solucionar a complexidade do problema das minorias nacionais dentro do Brasil.

Por outro lado, esperamos que eles possam servir como um plano normativo comprometido com a autonomia do indivíduo através do exercício da sua cultura e com a identidade constitucional brasileira.

A intenção aqui é construir um primeiro esboço de arcabouço teórico que auxilie na identificação da constituição brasileira sob essa nova égide multicultural, fundada no seu caráter promotor da dignidade humana.

Esse primeiro esforço de delimitação, é preciso ressaltar, é naturalmente incompleto e muito ainda há de ser acrescentado no intuito de tornar esses argumentos ainda normativamente mais sólidos. De qualquer forma, o intuito aqui é iniciar um processo de reflexão e não oferecer um conjunto argumentativo finalizado.

Inicialmente sugerimos como primeiro critério àquele que propõe que o Estado não deve ser neutro em relação as culturas que habitam seu interior. Como bem salienta Kymlicka, a neutralidade do Estado é um instrumento que reafirma as desigualdades entre as culturas que o coabitam (KYMLICKA, 2004, p.75).

Por outro lado, ele deve primar pela imparcialidade. O Estado não deve, por sua vez, impor nenhuma perspectiva cultural sobre seus cidadãos e deve, compromissado com sua identidade multicultural, reconhecer e acomodar todas as culturas que o habitam (MALDONADO, 2006, p.271).

Segundo Maldonado, “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 las prácticas estatales.” (MALDONADO, 2006, p.271). Desta maneira, não podemos considerar certas perspectivas moral ou políticas que são aceitas para todas as culturas que porventura entrem em conflito.

Assim, não cabe ao Estado escolher proteger ou promover uma das várias perspectivas culturais existentes dentro do seu território. A prevalência da cultura cristã no calendário oficial num estado que se propõe laico, por exemplo, impõe as religiões de matriz africana e indígena um falso reconhecimento que é tão prejudicial quando sua ausência (TAYLOR, 1994, p.32).

Como resultado, é fundamental que o Estado deva corrigir políticas que são, ao fim e ao cabo, discriminativas e que reforçam a invisibilidade social destes grupos com o intuito de promover

um retorno a imparcialidade de sua perspectiva cultural, respeitando assim sua identidade multicultural.

O segundo critério normativo é a maximização do auto governo dos grupos minoritários, especialmente os indígenas e as comunidades quilombolas. Aqui o critério normativo é a autonomia dos grupos que optam por não serem assimilados e por manterem sua cultura e vida distante da cultura branca dominante. É imperioso rompermos com a tradição da tutela que, mesmo com as alterações constitucionais, ainda insistem em nortear a nossa relação com comunidades como os indígenas (KYMLICKA, 2004, p. 85).

A identidade constitucional brasileira, ao reconhecer a importância da cultura para o bem-estar do indivíduo nos impõe uma nova e crítica reflexão sobre a necessidade não só nos educarmos para a importância e valor da diversidade do exercício de costumes que optam, inclusive, por não participarem do processo de inclusão sócio-cultural.

Esse direito, é evidente, não exclui o direito que seus membros possuem de “pular fora”, que consideramos como o terceiro critério normativo. Os membros dos grupos minoritários devem sempre possuir a possibilidade de abandonar suas comunidades (MALDONADO, 2006, p. 281).

A possibilidade de que quaisquer indivíduos oriundos desses grupos possam optar por viver suas vidas dentro do contexto da cultura que escolherem deve ser garantida. A sociedade multicultural valoriza, antes de mais nada, a opção particular de cada um de viver conforme sua consciência preconiza para alcançar sua autonomia da maneira mais plena e eficaz possível.

Caso essa maneira não esteja condizente com a cultura que alguém porventura nasceu, cabe ao estado construir condições que permitam oferecer ao sujeito a possibilidade de efetivar seu direito fundamental de liberdade.

O direito de “pular fora” deve ser, portanto, um dos critérios que norteiam a identidade multicultural da constituição brasileira que, por sua vez, tem como ápice “um sistema de direitos – desvinculado de qualquer herança cultural e cuja função é garantir a autonomia moral dos indivíduos – também assegura a integridade de cada um nos contextos sociais e culturais nos quais a sua identidade se constitui (CITTADINO, 2008. p.133).

Como quarto critério propomos um conjunto mínimo de “ critérios morais” para pautar as relações entre as minorias étnicas e a maioria social. Trata-se da proteção da dignidade humana. Acreditamos que, e na esteira da nossa identidade constitucional, os valores escolhidos pelo texto constitucional como fundamentais para a sociedade brasileira são sólidos o suficiente para não permitirem nenhum tipo de exceção, mesmo que ela esteja pautada no exercício da cultura pessoal do sujeito.

Desta maneira, valores que são interculturalmente aceitos, como a preservação da vida, a interdição da violência, do trabalho escravo ou qualquer outro desrespeito a carta de direitos fundamentais incluída no texto constitucional, são instrumentos fortes suficientes para justificar a intervenção numa possível autonomia individual e territorial das minorias étnicas (MALDONADO, 2006 p. 280).

Esta orientação normativa, acreditamos, irá enfrentar uma série de desafios na sua implementação justamente pelo fato de que valores considerados como certos para a cultura

ocidental podem ser interpretados de maneiras diferentes por certas minorias étnicas. De qualquer maneira é fundamental efetivarmos uma opção. E nossa opção aqui é claramente comprometida com direitos fundamentais.

As futuras e controversas questões que surgirão deverão ser analisadas com o cuidado pelo Poder Judiciário sem, contudo, abdicar do importante auxílio de estudiosos que compreendam de uma maneira mais completa e cuidadosa as características culturais de minorias étnicas que possam estar envolvidas em possíveis episódios de conflito cultural. Desta forma, a participação de especialistas como antropólogos, sociólogos, e pesquisadores envolvidos com as questões abordadas é primordial para a efetivação da solução de um possível caso considerado de difícil solução por envolver conflito de valores culturais.

Por fim, como quinto e último critério normativo, entendemos, na esteira de Maldonado, que é necessário uma transformação dos critérios que orientam a coexistência de diferentes culturas. É preciso extinguir o silêncio existente entre os grupos culturais e a maioria da população. É preciso fornecer voz aos povos minoritários. Trata-se, na verdade, de um compromisso que o Estado deve assumir com esses povos. Para isso, esses critérios devem estar inseridos no mais pleno e profícuo diálogo intercultural.

Precisamos compreender que toda relação cultural está encravada num processo que é fundamentalmente dinâmico e que necessita ser tratado como tal. Os canais de comunicação entre os mais diversos grupos culturais e o Estado precisa de estar plenamente aberto e fomentado para que a inclusão social dos grupos culturais possa ser feita de uma maneira contínua e aberta, respeitando as mais diversas e naturais alterações sociais.

Os diálogos culturais, por sua vez, devem estar contextualizados. Isto quer dizer que, devem levar em conta as aspirações e as necessidades das partes envolvidas. Estas partes, por sua vez, devem reconhecerem-se como iguais durante esse processo e aceitarem que nenhuma maneiras particulares de interpretação pode ser considerada mais legítima que outra.

Se queremos reconhecer e acomodar de maneira justa comunidades de minorias étnicas em nosso país, devemos interpretar a tensão entre a unidade e a diversidade cultural de uma maneira que o direito de autogoverno e a intervenção do Estado em seus assuntos internos seja a menor possível e, quando feito, traga consigo o maior grau possível de respeito à diferença (MALDONADO, 2006 p. 282).

4. CONCLUSÃO

O respeito à diferença, o valor da autonomia individual, e a liberdade para o exercício do fundamental direito a uma vida plena dentro do valor cultural que é caro ao indivíduo, são prerrogativas que todo Estado deve garantir a seus cidadãos. Estas garantias que são ainda mais fulcrais para o Estado quando o principal texto do seu sistema jurídico possui como identidade a preservação dos direitos fundamentais.

As minorias étnicas brasileiras são portadoras destes fundamentais direitos e cabe ao Estado brasileiro permitir que esses grupos, já tão dizimados, explorados e hoje designificados e invisibilizados possam exercer sua vida de forma autônoma e plena.

Ao Estado cabe, portanto, assumir um compromisso. O compromisso com a liberdade de existência na sua mais completa acepção. Viver sua cultura, experimentar suas atitudes, vivenciar suas contradições e locupletar-se com a dignidade advinda dela, é existir de forma autônoma e plena. Nenhum estado democrático de direito deve passar ao largo desta obrigação com seus cidadãos. E, portanto, tarefa do Direito brasileiro trabalhar neste mesmo sentido.

REFERÊNCIAS

- BANIWA, Gersem. A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo, In: RAMOS, Alcida Rita Ramos (ed). **Constituições Nacionais e Povos indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARTOLOME, M. Procesos Civilizatorios, pluralismo cultural y autonomias étnicas, en América Latina, In: BARTOLOMÉ, M. e BARABAS, A. et al. **Autonomias étnicas y Estados Nacionales**. México: Conaculta, 1998
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, 2004
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, J.J, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Veronique. **Méthodologies du Droit et des Sciences du Droit**. Paris : Dalloz, 2014.
- _____. Los derechos culturales como derechos fundamentales. In: **Revista Electronica Iberoamericana**, Vol 4, Número 1, 2010.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. Liberdade, Identidade e Direito: Sobre a indelével marca humana em Philip Roth, In: TRINDADE, André Karam, GUBERT, Roberta Magalhães e NETO, Alfredo Copetti. (Org.). **Direito e Literatura. Ensaios Críticos**, 1ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008
- DIXON, Rosalind. Amending Constitutiong Identity, In: **Public Law and Legal Theory Working Papers**, nº 332, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007
- FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen Fajardo. El horizonte Del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a La descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord). **El derecho em América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. México: Siglo Veintiuno Editores S.A.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism: 1810-2010**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. Los presupuestos de la constitución. Igualdad y democracia, Fragmento del borrador del libro **“200 años de Constitucionalismo en América Latina”**, 2011.

_____. El período fundacional del constitucionalismo sudamericano (1810-1860). In: **Desarrollo Económico**, ed. 43, vol 170, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stephanie. A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence. In: **International Journal of Constitutional Law**, vol.9, nº1, 2011.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JACOBSOHN, Gary. **Constitutional Identity**. Harvard: Harvard University Press, 2010,

_____. **The Disharmonic Constitution**. Disponível em: <http://uchv.princeton.edu/constitutionalism/Jacobsohn.pdf>

KLEIN, Julie Thompson, A taxonomy of interdisciplinarity, In: FRODEMAN, Robert, KLEIN, Julie Thompson; MITCHAM, Carl. **The Oxford Handbook of Interdisciplinarity**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KYMLICKA, Will. **Liberalism, Community and Culture**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. **Estados, Naciones Y Culturas**. Córdoba: Editora Almuzara, 2004.

_____. **Multicultural Citizenship**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

LEITE, Ilka Boaventura. Os Quilombos e a Constituição Brasileira. In: OLIVEN, Ruben George ; RIDENTI, Marcelo et BRANDÃO, Gildo Marçal (ed). **A constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Editora Hucitec, 2008.

LESSA, Renato. A constituição, experimento de filosofia política, In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo et BRANDÃO, Gildo Marçal (ed). **A constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Editora Hucitec, 2008.

LOCHAK, Danièle. **Le Droit et les Paradoxes de l’universalité**. Paris: Puf, 2010. p.133

MALDONADO, Daniel Bonilla. **La Constitución Multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2006.

MARTI, José Luis. Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People. Disponível em:

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. **Théorie générale des droits fondamentaux**. Paris: LGDJ, 2004.

MULLER, Friedrich. **Direito, Linguagem e Violência – elementos de uma teoria constitucional**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1995.

PILLATI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988 - Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris - Ed. PUC-Rio, 2008.

POST, Robert. The Supreme Court, 2002 Term-Forward: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts and Law. In: **Harvard Law Review**, vol. 8, 2003.

ROSENFELD, Michel. Constitutional Identity, In: Rosenfeld, Michael e SAJÓ, András (ed). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. The identity of the constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture and Community. London: Routledge, 2010.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz ; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHNEIDER, Hans Peter. **La Constitución – Función y Estructura in Democracia y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SILVA, José Afonso da Silva. **O Constitucionalismo Brasileiro: Evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Um pouco de Direito Constitucional Comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Marcilene Silva. A emergência de novos sujeitos de direito em um país de modernidade inconclusa, In: JUBULIT, Liliana; BAHIA, Alexandre Melo Franco e MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (ed). **Direito à Diferença**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

STERN, Klaus. **Derecho del Estado de La Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

THEIL, Stefan. Constitutions as culture: Two insights from Peter Häberle's "The rationale of constitutions from a cultural science viewpoint. In: **U.K. Const. L. Blog**, 2015. Disponível em: <http://ukconstitutionallaw.org>

TRIBE, Laurence H.. A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role. In: **Harvard Law Review**, Vol. 97, No. 2, 1983

TROPER, Michel; HAMON, Francis. **Droit constitutionnel**. 34^o edition, Paris: LGDJ, 2014.

_____. Behind the Constitution? The principle of Constitutional Identity in France In: SAJÓ, András e UITZ, Renata (ed) **Constitutional Topography: Values and Constitutions**. Hague: Eleven International Publishing, 2010.

TUSHNET, Mark. How Do Constitutions Constitute Constitutional Identity? In: **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 8 No. 3, 2010.

_____. **Taking the Constitution Away from the Court**. Princeton: Princeton University Press, 2000

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo e SALLES, P.. Dezessete anos de judicialização política, In: **Tempo Social**, v. 19, 2007.

VIEIRA, José Ribas; DYNIEWICZ, Letícia. Estado Plurinacional na América Latina: diálogo conceitual entre multiculturalismo canadense e teoria pós-colonial. In: MORAES, José Luis Bolzan de; MAGALHÃES, Flaviane de. (Org.). **Novo Constitucionalismo Latino-Americano: O Debate sobre Novos Sistemas de Justiça, Ativismo Judicial e Formação de Juízes**. Vol.1, 1ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

VON BOGDANDY, Armin. Identidad Constitucional Exploración de un Fenónemo Ambiguo com ocasión de la política de identidade europea de lege lata y lege ferenda. In : **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 75, 2005.

ZULEEG, Manfred. What holds a Nation Together? In: **The American Journal of Comparative Law**, nº 45, 1997.

WILLIAMSON, Edwin. **História da América Latina**, Lisboa: Edições 70, 2012.

COMO CITAR ESSE DOCUMENTO:

DUTRA, Deo Campos. Multiculturalismo e Direito no país das minorias invisíveis: fundamentos e proposições para uma nova leitura da identidade constitucional brasileira. *Revista do Direito, Santa Cruz do Sul*, v. 3, n. 53, dez. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/10477>>. Acesso em: _____. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v3i53.10477>.