

NEOCONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO: O CASO DA REGULAMENTAÇÃO PELO BRASIL DO MECANISMO DE “CONSULTA PRÉVIA E INFORMADA” PREVISTO NA CONVENÇÃO 169 DA OIT.

NEOCONSTITUTIONALISM AND DEMOCRATIC AND SOCIAL STATE OF LAW: THE CASE OF THE REGULATION FROM BRASIL OF THE MECHANISM OF “PREVIOUS AND INFORMED CONSULTATION” PREVIEWED IN ILO 169 CONVENTION.

*Manoela Carneiro Roland*¹

*Luiz Carlos Silva Faria Junior*²

Resumo: O presente artigo busca realizar uma análise da consolidação do Estado Democrático e Social de Direito, relacionando os fundamentos da democracia nos planos nacional e internacional, e a evolução, no Brasil, do que se intitula de neoconstitucionalismo no que concerne a garantia dos direitos humanos, e seus reflexos na regulamentação pelo estado brasileiro da “consulta prévia e informada”, mecanismo previsto na Convenção 169 da OIT, através da PEC 215, proposta de emenda a constituição da bancada ruralista que visa transferir para o Congresso Nacional, a competência do Poder Executivo de regulamentar a demarcação das terras indígenas, e da Portaria 303 da AGU, que pretendia regulamentar a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da Reserva Raposa Serra do Sol.

Palavras – Chave: Neoconstitucionalismo – Estado Democrático e Social de Direito – Direitos Humanos - Convenção 169 da OIT – Consulta prévia e informada – PEC 215 – Portaria 303 da AGU.

Abstract: The present article intend to realize an analysis of the consolidation of the Democratic and Social State of Law, relating the elements of democracy in national and international plans, and the evolution, in Brazil, of the neoconstitutionalism, regarding the human rights guarantees, and their repercussion in the regulation for the Brazilian state of the

¹ Doutora em Direito Internacional e da Integração Econômica pela UERJ, mestre em Relações Internacionais pelo IRI-PUC-Rio, professora adjunta de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, cursando o 9º período. Bolsista do Projeto de Extensão Empresas e Direitos Humanos.

“previous and informed consultation”, mechanism previewed on the ILO 169 Convention, through the CAP 215, Constitutional Amendment Proposition from the rural representatives, and the Attorney-General of the Union Ordinance 303, that intended to regulate the decision of the Brazilian Supreme Court in the case of the Reserve *Raposa Serra do Sol*.

Keywords: Neoconstitutionalism – Democratic and Social State of Law – Human Rights – ILO 169 Convention – previous and informed consultation – Constitution Amendment Proposition 215 – Attorney-General of the Union Ordinance 303.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo discute o processo de regulamentação e implementação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil. Para tanto, relaciona os fundamentos da Democracia no limiar do século XXI, nos planos nacional e internacional, e a consolidação, no Brasil, do que se intitula de neoconstitucionalismo.

O trabalho tem por escopo inicial demonstrar a relação intrínseca entre a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito, o neoconstitucionalismo e a proteção aos direitos humanos, afirmando que sob uma perspectiva democrática o Estado tem que ter o ser humano na sua centralidade e finalidade maior, e que este só se legitima, uma vez que as suas instituições efetivem, a partir das diferentes funções do Estado, a dignidade da pessoa humana.

Posteriormente passa-se a uma análise da sociedade internacional, considerando seu processo histórico-evolutivo, que se relaciona com o neoconstitucionalismo e com a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito, desenvolvendo-se a partir da criação de sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, tomando os exemplos africano, europeu e americano.

Por fim, realiza-se uma análise do princípio da consulta prévia e informada aos povos indígenas e tradicionais, previsto na Convenção 169 da OIT, em uma leitura à luz dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, sua jurisprudência internacional com a aplicação da convenção em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e sua regulamentação no Brasil, relacionando a PEC (Proposta de Emenda Constitucional) 215 e a Portaria 303 da AGU, que tratam sobre o assunto, com o contexto de neoconstitucionalismo e consolidação de um Estado Democrático e Social de Direito.

2. O PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA E SUA RELAÇÃO COM O NEOCONTITUCIONALISMO E A GARANTIA AOS DIREITOS HUMANOS

Ao final dos anos oitenta presenciou-se, no Brasil, e América Latina em geral, o que se convencionou denominar de “transição democrática”, ou seja, o triunfo de um modelo específico de democracia, a democracia representativa liberal, que substituíra, em diversas sociedades, as ditaduras e totalitarismos governamentais. Como bem atesta Poli (2000, p.7) vivia-se um tempo “onde o consenso sobre os valores da democracia estaria sendo rapidamente restabelecido entre as forças políticas internas a cada sociedade, restando apenas ser conhecido, em cada caso.” E o que definitivamente marcara a originalidade desse momento foram as novas nuances atribuídas ao conceito moderno de democracia representativa liberal. Distinto do conhecido modelo procedimental, condicionava-se a sua implementação a uma série de premissas que garantiam, mais do que regras para o alcance do bem público, um conjunto de garantias, que abarcavam diversas esferas, tanto econômicas, ideológicas, quanto sociais e políticas, levando à crença na supressão desse último aspecto e dos próprios conflitos. Ainda, de acordo com Poli (2000, p.7):

Mesmo que se admitisse que os processos de ‘transição democrática’ não estivessem nada garantidos – sobretudo porque as ‘transições democráticas’ traziam, em muitos casos, a aspiração da democracia como sociabilidade real, por diversos movimentos sociais – a segurança vinha, por outro lado, pelos pressupostos refeitos desta noção. Tais pressupostos eram, primeiro, constatar o esgotamento histórico das formas autoritárias e ditatoriais de governo e, segundo, reconhecer que, agora, a democracia liberal era um porto seguro de ancoragem de uma política concebida como ampla produção de um consenso controlável, geralmente expresso na palavra “governabilidade” – indicando uma eficácia administrativa no controle das tensões e divergências e a supressão para valer dos ‘velhos’ conflitos.

Apesar da crítica, muitas vezes elaborada, da sujeição inicial do projeto democrático a uma orientação meramente “gerencial”, ou formalista, o processo de consagração da Democracia como um novo *ethos* civilizatório aprofunda-se na evolução de outros dois processos que também se encontram relacionados no decorrer do pós-segunda guerra mundial: o neoconstitucionalismo e a afirmação histórica dos direitos humanos. Estes dois processos em especial colocaram o homem no centro dos processos políticos e de gestão do social, no caso da efetivação das políticas públicas, de forma transversal e coadunada, pelas

três dimensões das funções do Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário. Tal movimento também contribuiu de forma fundamental para o reconhecimento da dinâmica da alteridade no processo de hermenêutica jurídica, essencial para o fortalecimento do Estado Democrático e Social de Direito.

Esse potencial de inclusão do universo alheio, a partir de premissas de igualdade e dignidade, por sua vez, contribuiu para que em diversos países, como cita Binbenbojm (2002, p.225), dentre os quais Estados Unidos, Alemanha, Espanha, dentre outros, houvesse o resgate, por uma nova geração de juristas, de temas como os direitos humanos ou fundamentais³, além da teoria da justiça.

E essas duas teorias trabalham, sistematicamente, com os diferentes princípios, liberdade e igualdade, concedendo-lhes maior ou menor ênfase e debruçando-se nas relações entre eles. A teoria das gerações de direitos, por exemplo, expressada por Bobbio (1992, p.33) faz uma sistematização histórica do que teria sido a “evolução” dos direitos humanos em gerações aonde constatava-se, ora a ênfase na liberdade, ora na igualdade:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao Estado*; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no Estado*); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado. (BOBBIO, 1992, p.33)

O conteúdo e contextualização histórica desses direitos é bem resumida por Zaluar (1998, p.224):

Referem-se os primeiros à capacidade de qualquer um de mover ação judicial contra quem lhe tenha provocado dano, ouvir e ser ouvido em juízo, de participar em júri popular, discordar das decisões injustas ou tirânicas do Estado e de ter defesa quando acusado; à liberdade religiosa e de pensamento; à liberdade de ir e vir. Esse primeiro momento corresponde à época das teses filosóficas do direito natural, nem sempre materializadas em leis e garantias jurídicas. Depois, no século XIX, vieram os direitos políticos, de votar e ser votado, de organizar partido político e associar-se em torno de diversos interesses, estendidos cada vez mais a maiores parcelas da

³ Para o Direito Internacional não há diferença entre direitos humanos ou direitos fundamentais, mas em se tratando de direito interno, os constitucionalistas tendem a considerar os “direitos humanos” numa acepção mais filosófica, já os direitos fundamentais seriam os direitos, considerados humanos, mas que já teriam sido positivados. Ver CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 2009.

população até incluir todos os maiores de idade, sem as primeiras restrições de propriedade e renda. Por fim, os direitos sociais, já no século XX, conferiam ao Estado a obrigação de diminuir as desigualdades advindas do funcionamento do mercado, protegendo os mais fracos e pobres.

Apesar dessa ordem histórica determinada, diversos países demonstraram uma dinâmica de incorporação dos direitos fundamentais diferenciada, como o próprio Brasil, o que também configura uma não pacificação da questão, com relação ao rol e extensão dos direitos, por exemplo. Os debates, portanto, continuam, principalmente após o fim do socialismo real e a possibilidade das correntes liberais adquirirem uma maior aceitação. O lugar do discurso social ainda está em definição, devendo ser demarcado. Desta forma, a legitimidade de uma teoria da justiça sempre suscita debates acirrados e contundentes.

Um marco, no que tange a uma leitura liberal, mas considerada até “branda,” foi a obra de John Rawls, publicada em 1971, intitulada *Uma Teoria da Justiça*⁴, que se calçou em dois princípios básicos de justiça que relacionam os valores liberdade e igualdade. O seu trabalho provoca, até hoje, diferentes posicionamentos, de acordo com as formações ideológicas correspondentes, ora reclamando maior ênfase para a igualdade, como a leitura comunitarista, a ser trabalhada, célebre representante, na atualidade do republicanismo cívico, ora requerendo um destaque maior para a liberdade, como os ultraliberais.

A contribuição de Rawls (1971) é valorizada também pelo fato de, sendo liberal, ter se dedicado à criação de uma teoria que alcançasse um ponto de equilíbrio entre esses dois valores, igualdade e liberdade, surpreendendo muito com a proposição de uma igualdade de oportunidades. No entanto, conforme lembra Binenbojm (2002, p.232-233), ele não se furtou a dar à liberdade um valor maior que à igualdade e isso pode ser visto a partir de uma análise sobre os seus dois princípios. Eles, de acordo com o autor, são escolhidos, por indivíduos considerados racionais e razoáveis, numa hipotética situação original denominada de “véu da ignorância”, quando todos os atributos individuais distintivos, como talento e posição social não exercem nenhuma interferência. O primeiro princípio prescreve que toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Para Rawls (1971), os direitos e liberdades fundamentais desfrutam de uma posição diferenciada, detentores de um caráter inalienável, e a prioridade dos mesmos “implica, na prática, que uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou negada em favor de uma outra

⁴ Algumas reformulações e especificações foram formuladas já no início da década de noventa no livro, *Liberalismo Político*. Mexico: Fondo de Cultura Econômica, 1992.

ou de outras liberdades fundamentais, e nunca por razões de bem-estar geral ou de valores perfeccionistas”. E essas liberdades desempenham um papel estrutural na concepção de indivíduo de John Rawls, pois elas possibilitam o desenvolvimento de duas capacidades, essenciais para um cidadão em uma sociedade democrática amadurecida: a capacidade de ter a sua própria concepção de bem e a capacidade de ter uma concepção de justiça. Assim, a questão da “construção” do bem comum, a partir do desempenho de indivíduos racionais também pode ser resolvida, o limite é estabelecido pelo sistema de liberdades, não sendo preciso a intervenção do Estado, até porque o conceito de liberdade empregado é aquele de conteúdo negativo, entendido como tais os direitos individuais e os direitos políticos.

Como ressalta Binenson (2002), é comum à tradição liberal não inserir os direitos sociais e econômicos no rol dos direitos fundamentais, tendo como um dos principais argumentos o fato que eles não seriam de exigibilidade imediata, sendo necessária uma prestação do Estado, limitada pela lógica da “reserva do possível”. Essa expressão tem seu significado definido por Barcellos (2002, p.236):

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e, em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – é, importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Na verdade, essa negativa está diretamente vinculada ao fato de que essa gama de direitos econômicos e sociais faz parte da problemática da justiça social, ligada ao valor da igualdade, acima do qual o valor da liberdade, para os liberais se coloca.

Entretanto, é reconhecida atualmente como integrante da dimensão positiva da liberdade, segundo tipologia sistematizada por Berlin (1981), um conjunto de direitos econômicos e sociais, essenciais à dignidade da pessoa humana, constituintes do chamado mínimo existencial⁵. Esse mínimo, que configura um núcleo de direitos com *status* constitucional e inviolável é considerado direito fundamental.

Michael Walzer, um teórico comunitarista, também reflete sobre essa temática, proferindo críticas ao pensamento liberal pleno. Para ele, as desigualdades sociais existem e

⁵ Para Robert Alexy, em sua obra, a partir da tentativa de construção de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, o mínimo existencial é o resultado do método de ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana com outros que lhe são opostos, extraído esse núcleo básico, inalienável, que recebe *status* de norma constitucional, cuja garantia independe da intermediação do Legislativo e do Executivo. Ver ALEXY, R. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

são consideradas algo natural, sendo o referencial de justiça a existência ou não de dominação no seio da sociedade. Portanto, a preocupação de Walzer é descrever um tipo de organização da sociedade em que nenhum bem social serve como instrumento de dominação entre os homens (BARCELLOS, 2002, p.32 apud WALZER, 1983).

Em sua obra *Spheres of Justice* o autor constrói a chamada “teoria da igualdade complexa”, que tem como ponto de partida uma concepção de homem muito diferente da liberal. Walzer, ao mesmo tempo em que consagra a dimensão individual de cada ser humano, cara aos liberais, e que guarda uma perspectiva universalizante, ele chama a atenção para o aspecto social e comunitário deste mesmo homem. Desta feita, são extremamente importantes para a sua formação, as características adquiridas em sociedade, no seio da comunidade política com a qual ele compartilha as memórias, valores e perspectivas do futuro. Assim, para Walzer, diferentemente de Rawls, seria possível que os indivíduos, em sociedade, chegassem a um consenso, não apenas em torno de procedimentos para alcançar-se determinados resultados, mas também em relação a certos valores comuns a cada grupo, ou bens comuns. Esses bens, portanto, seriam relativos culturais.

Em sua outra obra, *Thick and Thin. Moral argument at home and abroad*, publicada em 1994, Walzer estabelece alguns limites a esse relativismo, criando uma equação em que se descreve uma sociedade justa, aonde nenhum bem serve como instrumento de dominação. A estrutura criada para atingir esse objetivo é chamada de “igualdade complexa”. Ela é bem resumida por Barcellos (2002, p.33-35 apud WALZER, 1994):

Cada bem social (e.g. dinheiro, lazer, trabalho, poder político, educação, etc.) deverá ser distribuído de acordo com as concepções compartilhadas na comunidade de bem-estar social e o sentido, também comum, atribuído a cada um desses bens. Na exposição de sua ideia, o autor vai selecionar um conjunto de bens sociais e transformar cada um deles em uma “esfera” autônoma. Cada esfera é dotada de um critério de distribuição, isto é, de um parâmetro que franqueia o acesso àquele bem; este parâmetro deve estar em harmonia com o sentido social que a comunidade atribui ao bem associado. O autor indica a existência de três critérios de distribuição: a troca em um mercado livre (vale dizer: o acesso através de dinheiro), o mérito e a necessidade. O autor utilizará também um quarto critério, não previamente arrolado, que é, na verdade, a ausência de critério: trata-se do acesso irrestrito e geral que deve reger, v.g., o acesso à educação básica. A grande preocupação do autor é impedir que uma esfera domine as demais. Ou seja: a circunstância de um indivíduo haver obtido amplo acesso a determinado bem social não pode repercutir decisivamente sobre as demais esferas, que devem ser conquistadas de acordo, cada uma, com o seu critério próprio. Assim, v.g., o acesso à educação básica e ao poder político não pode ser determinado pelo dinheiro que um indivíduo possua, uma vez que o critério de acesso a cada uma dessas duas esferas não é a troca através de dinheiro. Walzer reconhece que nada obstante seu ponto de partida sejam os valores compartilhados pelas sociedades democrático-liberais do Ocidente em geral, e a norte-americana em particular, há um confronto entre a experiência prática e a teoria por ele proposta,

uma vez que, embora os valores demandem a não dominação de uma esfera por outra, não é isso que se observa na realidade. Vale observar que o modelo da igualdade complexa desenvolvido por Walzer só se ajusta àquelas sociedades em que a própria autonomia das esferas seja um valor comunitário.

Como se pode observar, o pensamento de Michael Walzer, identificado pela maioria dos analistas como comunitarista, guarda diversas diferenças para o pensamento liberal pleno. Em sua obra *Guerra, Política y Moral*, há, justamente, um capítulo muito interessante, intitulado *El liberalismo y el arte de la separación* em que o autor realiza um mergulho no universo teórico liberal, revelando as suas principais contribuições, no que diz respeito justamente ao pensar a justiça nas instituições, traçando um paralelo com o posicionamento comunitarista.

De acordo com Walzer (2001), na era considerada pré-liberal, a sociedade representava uma totalidade, algo orgânico, totalmente integrado. Portanto, se podia estudar as religiões, política, economia ou os problemas relativos à família como instituição, mas esses conhecimentos eram tidos como entrelaçados, consistindo uma única realidade.

Os teóricos liberais efetuaram a separação entre esses mundos, contribuindo para uma leitura do mundo que se disseminou, eles preconizaram a arte da separação, instituindo, segundo Walzer (1984, p.93): “um mundo de muros, e cada um deles estabelece uma nova liberdade”.

Uma das separações mais famosa é a entre Religião e Estado. A chamada liberdade religiosa ou de consciência. Os crentes encontram-se livres de toda coação oficial ou jurídica, podendo escolher sua própria via de salvação, ou simplesmente optarem por nunca descobri-la. Dessa liberdade decorre a possibilidade do ensino laico, ou seja, há um acesso, pelo menos potencial, de todos à universidade, rompendo-se com a fortificação em torno delas que caracterizava o mundo da Idade Média.

A segunda separação assinalada é a que se deu entre sociedade civil e comunidade política. Essa separação faz aparecer as esferas da competência e da livre empresa, além do mercado de bens, trabalho e capital. Não há mais o estabelecimento do preço justo, influência da Igreja, com a conceituação da usura e etc.

Outra diáspora importante se dá entre família e Estado na medida em que é abolido o princípio dinástico e o mercado de trabalho é regido pelo mérito. A vida passa a ser um projeto pessoal, cujo resultado é medido pelo esforço empreendido pelo indivíduo, a partir de oportunidades criadas para todos, igualmente, na sociedade.

A última grande separação apontada, e de suma importância é a entre vida pública e vida privada. Essa separação cria a esfera da liberdade individual e familiar, delimitando a intimidade e o lugar ocupado por cada indivíduo na sociedade. Como afirma Walzer (1984, p.96), o homem passa a poder afirmar “sou o rei dos meus domínios”. Estabelece-se a liberdade para ler livros, falar de política, escrever um diário, transmitir conhecimento aos filhos e etc.

O autor observa, no entanto, que a arte da separação nunca desfrutou de uma consideração excessivamente boa por parte da esquerda e ainda menos da esquerda marxista, que na maior parte das ocasiões a considerou mais uma construção ideológica do que algo prático. Desde o ponto de vista marxista, portanto, segundo Walzer (1984), o mapa liberal é apenas um artifício, um sofisticado exercício de hipocrisia.

A chave do seu argumento é que aquelas separações não são apenas fonte de liberdades, mas também são geradoras de igualdade. Ele fornece o exemplo da liberdade religiosa. Se a liberdade religiosa anula o poder coercitivo das autoridades religiosas e políticas e, desta maneira, cria o sacerdócio de todos os crentes. A liberdade de ensino possibilita, em teoria, já que nem sempre na prática a proteção das universidades autônomas, em cujo seio resulta difícil pretender alcançar uma situação privilegiada para as famílias nascidas em famílias aristocráticas. Assim, como indica o autor:

Bajo la égida del arte de la separación, la libertad y la igualdad marchan al unísono y se incluyen, de hecho, em una misma definición: diremos que una sociedad moderna, compleja y diversificada se caracteriza por la libertad y la igualdad cuando las separaciones que se han erigido se mantienen impermeables e impiden que un éxito obtenido em un ámbito social fundamental sea declarado válido, por este solo hecho, em outro âmbito; es decir, cuando se verifica que el poder político no regenta la Iglesia, ni la fé religiosa el Estado, etc. Si en el seno de cada uno de los dispositivos institucionales subsisten los malestares y las desigualdades, éstos no resultarán em absoluto preocupantes mientras reflejen la lógica de las instituciones y de las prácticas propias de cada una de estas esferas y solo de ellas (o incluso, como ya he definido em mi obra *las esferas de la justicia*, mientras los bienes sociales – como el conocimiento, la salud, la riqueza o las responsabilidades – se distribuyan em función de una visión compartida de su naturaleza y de su destino). (WALZER, 1984, p.102)

A noção de poder privado, da lógica preponderante do mercado, de acordo com Walzer (1984) está no cerne da crítica da esquerda ao liberalismo. Segundo o autor, o mercado, no entanto, não pode ser só a esfera do agir, ou da livre iniciativa. Ele identifica três problemas fundamentais nesta perspectiva: as flagrantes desigualdades de riqueza geraram sua própria forma de coerção, de modo que há trocas que só são livres no sentido formal; o

mercado, por sua vez apresenta modalidades de direção e obediência que se aproximam do poder político e a riqueza extrema, assim como a propriedade ou o controle das forças de produção se transforma facilmente em poder puro (WALZER, 1984, p.103).

Walzer, portanto, propõe o que ele chama de “liberalismo viável”, o que para ele consiste em uma fusão do liberalismo com o socialismo democrático, já que reconhece a importância das separações para a autonomia das instituições, mas reconhece que a ótica dos interesses individuais apenas, não pode prevalecer. Ele acredita em um socialismo democrático de natureza liberal que exija o confinamento do mercado em um espaço próprio. Ele critica o mito do herói liberal, centrado na crença de que um indivíduo, autonomamente, possa construir a sua própria sociedade, como se as instituições fossem criadas mediante a ação voluntária dos indivíduos. Para o autor, a visão liberal está errada. Não se separam os indivíduos, mas sim as instituições, as práticas e as relações de todo tipo, pois não existe o “indivíduo em si”, mas o “indivíduo em sociedade”. E o conteúdo da liberdade:

Sólo diremos que esos habitantes en toda la amplitud del término si viven en el seno de un Estado que es internamente libre (precisaremos esta noción más adelante), si participan en la vida de Iglesias libres, de empresas libres, etc. La libertad es una realidad a la que se llega por la suma de las libertades que existen en cada ámbito específico, y es preciso que conozcamos cuáles son esos ámbitos si queremos defender los derechos que les son propios. En forma análoga, cada libertad particular supone la existencia de una forma particular de igualdad, o más concretamente, indica la ausencia de una desigualdad específica. No hay conquistadores ni subordinados, no hay creyentes ni infieles, no hay maestros ni discípulos: la suma de estas ausencias es lo que constituye la sociedad igualitaria. (WALZER, 1984, p.110)

O que se deduz é que o próprio poder político precisa de proteção, não só o indivíduo, pois uma das maneiras de se julgar as ações do Estado consiste em observar a sua capacidade para garantir a integridade das diferentes instituições sociais, incluída a sua própria.

Esta visão se coaduna com os próprios fundamentos do neoconstitucionalismo apontados por Barroso (2010), uma vez que se deve conciliar os valores da liberdade e igualdade, sem a preponderância absoluta de um sobre o outro, garantindo-se o governo da maioria, sem a discriminação da minoria. Estabelecem-se, ainda, mecanismos institucionais democráticos de transição do poder e de proteção ao interesse público. Toda esta operação teria como propósito maior a realização, caso a caso, das decisões e políticas públicas que melhor concretizem a dignidade da pessoa humana. Para tanto, mecanismos sofisticados de ponderação de princípios constitucionais, regulados pela teoria da argumentação, devem ser

empregados, sempre caso a caso, para o melhor provimento e harmonização dos direitos e garantias individuais e coletivas, além dos interesses difusos.

O neoconstitucionalismo, assim, perfaz um movimento complexo, que se estabelece a partir do pós –Segunda Guerra Mundial, fruto do acúmulo causado por uma série de outras transformações históricas, que afetaram o conceito e a extensão do Estado Democrático de Direito. Dentre os que merecem maior destaque, podemos citar: o pós-positivismo e a afirmação histórica dos Direitos Humanos.

A centralidade do ser humano e a busca da concretização da sua dignidade enquanto preceito maior do Estado Democrático e Social de Direito, une-se ao neoconstitucionalismo, uma vez que a Constituição e o respeito a sua Supremacia buscam realizar, a partir dos princípios hermenêuticos, como objetivo final e essencial, os direitos fundamentais.

No que concerne ao Direito Internacional, os indivíduos vêm sendo reconhecidos, por alguns autores, como sujeitos marginais ou em caráter extraordinário, já que a sua influência na elaboração de normas jurídicas internacionais não se dá de maneira tão direta e contundente. O ponto de vista defendido neste trabalho é de que a sociedade internacional, no processo de sua evolução histórica, que como já se viu se relaciona com a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e com o neoconstitucionalismo, evolui neste sentido, aprimorando-se, principalmente, a partir da criação dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos.

Este avanço ocorreu, precipuamente, em razão dos sistemas regionais de proteção humanitária. Eles apresentariam maior operacionalidade em relação ao sistema global já esboçado anteriormente, tendo em vista que “esses sistemas regionais caracterizam-se por uma maior homogeneidade entre seus membros, se os compararmos à abrangência da ONU, tanto no que se refere aos seus sistemas jurídico-políticos quanto aos aspectos culturais. Isto acaba por tornar os seus mecanismos de proteção mais eficazes em relação aqueles do sistema global” (GOREINSTEIN, 2002, p.77).

Os sistemas regionais são representados, em linhas gerais, pela Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, criada pela Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que entrou em vigor em 21 de outubro de 1986, responsável por promover e proteger os direitos humanos na África. Na Europa, o principal instrumento é a Convenção sobre Direitos Humanos de 1950 que criou a Comissão Européia de Direitos Humanos, em 1954 e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa de 1959. Nas Américas temos a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, e adotou-se, neste mesmo ano, a Declaração

Americana de Direitos e Deveres do Homem, cujo valor normativo só foi conferido, em 1970, pelo Protocolo de Buenos Aires.

Destes sistemas, o que admite uma participação mais direta dos indivíduos é, sem dúvida, o europeu, uma vez que o Protocolo nº 11, de 1994, criou a atual Corte Européia de Direitos Humanos, situada em Estrasburgo, extinguindo em 1998 a antiga Corte e, em 1999 a Comissão. Esta era responsável por fazer um exame prévio de admissibilidade e a tentativa de solução amistosa, podendo, em seguida, enviar o caso ao Comitê de Ministros ou à Corte. A partir daí, foi conferida a qualquer Estado ou indivíduo a capacidade de denunciar um caso diretamente à Corte.

O sistema europeu de direitos humanos expressa o potencial da temática humanitária de projetar o indivíduo para um espectro superior da subjetividade internacional, ampliando a sua atuação na elaboração e aplicação de normas. É de suma importância salientar que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos é considerada como princípio geral de direito, devendo ser incorporada pelos Estados-membros.

O movimento progressivo de universalização dos direitos humanos é marcado por uma dinâmica dialética, condicionada historicamente, como será melhor desenvolvido posteriormente, deixando claro o porquê de os sistemas regionais obterem maior legitimidade e efetividade, revelando o grau de universalização admitido pela sociedade internacional, no momento. Quanto mais se expandir a gama de identidades compartilhadas, ou admitidas, num cenário de convivência comunitária marcado pela tolerância, maior será o espaço de atuação do indivíduo, generalizando-se o princípio da competência global ou universal.

Defende-se, portanto, que ao se aumentar o rol de capacidades concretas de atuação jurídica do indivíduo, também se potencializa o cumprimento do Direito Internacional, retirando a perspectiva da responsabilidade, por exemplo, de uma premissa interestatal, para a abrangência também do indivíduo. Além de se estimular uma prática internacional que possa contribuir para a organização da sociedade civil em torno dessas questões e desses aparatos, fortalecendo-a como *locus* jurídico e político internacional.

Na medida em que o homem passa a acessar, de maneira mais direta e corrente, os fóruns jurídicos internacionais, e esses se ampliam em função da maior aceitação de uma competência universal, contribui-se para a diminuição do enfoque político dominante na dinâmica de aplicação do DIP, responsável pela sua subordinação ao imperativo da “força”. Isso porque por trás desse reconhecimento da capacidade jurídica internacional do indivíduo está o princípio da dignidade humana, munido de uma neutralidade intrínseca, capaz de

favorecer a real democratização da sociedade internacional, e conseqüentemente, do seu Direito Internacional.

Esse movimento de internacionalização dos direitos humanos projetou, portanto, a perspectiva humana para além de um marco institucional estatal de proteção, inaugurando a possibilidade de emancipação do Direito e um retorno aos seus postulados fundadores, de atendimento das necessidades do homem e não mero recurso para a implementação dos interesses estatais.

E chega a hora de se reforçar a conexão existente entre os direitos humanos e a democracia, como faz Gómez (2004, p.1):

Parto da premissa que entre os direitos humanos, o desenvolvimento e a democracia não existe apenas uma compatibilidade desejável, mas uma interconexão intrínseca (O'DONNELL, 2002; IGNATIEFF, 2001; SEM, 2000). Dita premissa decorre de uma concepção moral do ser humano como agente dotado de razão prática, autonomia e responsabilidade, isto é, um sujeito de liberdade cujas capacidades e direitos básicos lhe permitem fazer escolhas e participar das distintas esferas da vida social, política, econômica e cultural nas quais esteja concernido, sendo responsáveis pelas conseqüências das decisões que toma.

Essa ligação essencial fica mais visível quando se revela o verdadeiro significado que os direitos humanos, assim como a democracia e o desenvolvimento devem assumir.

Como foi exposto, a Assembleia Geral da ONU proporcionou o estabelecimento de dois Pactos em 1966⁶, e apesar da Declaração de 1948⁷ ter atestado a universalidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais, fato que foi reafirmado na Conferência de Viena de 1993⁸, esses dois Pactos continuam em vigor e versam, separadamente, um sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos sociais, econômicos e culturais.

O fato é que a hegemonia exercida pelos postulados liberais de organização política, econômica, cultural e ideológica da sociedade, evidenciada anteriormente, foi responsável por

⁶ Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

⁷ O Preâmbulo da Declaração consagra: "(...) A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, em promover o respeito a esses direitos e liberdade e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, em assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob a sua jurisdição". Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁸ O artigo 5º da Declaração e Programa da Conferência dispõe: "Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais".

uma resistência doutrinária quanto à própria consideração dos direitos sociais, econômicos e culturais como direitos fundamentais, deixando-se ao critério do poder executivo e judiciário a avaliação da extensão das prestações fornecidas, obedecendo-se, precipuamente, à lógica econômica da previsão orçamentária. Sem querer discutir a fundo as demais alternativas e possibilidades, para o qual seria necessária uma nova tese, reforça-se, no entanto, que esse posicionamento, resistente à indivisibilidade dos direitos humanos ou fundamentais, na sua realização efetiva e prática, representa um *constructo* ideológico, cujos postulados encontram-se bem definidos pelas diferentes doutrinas de matriz liberal. Não se trata de uma “verdade”, ou de algo que possa ser naturalmente deduzido, mas de uma ideia, uma noção ou conceito, como tantas outras passíveis de defesa ou crítica.

Assim, os direitos humanos são compreendidos, tradicionalmente, seguindo o modelo de Marshall (1967), como os direitos de 1ª geração, ou seja, os direitos civis e políticos, o que atende ao imperativo da liberdade, correspondendo à gama de direitos conferidos ao indivíduo para mantê-lo livre da interferência do Estado, podendo, ainda, participar, formalmente, da eleição de integrantes desse mesmo aparato estatal que vai, fechando-se o ciclo, garantir e proteger a sua liberdade. Liberdade essa que tem, mais uma vez, uma conotação “negativa”, no sentido, meramente, da não interferência.

As consequências deletérias desse tipo de abordagem também podem ser bem resumidas por Gómez (2004, p.3):

No entanto, trata-se de uma visão duplamente mutiladora, com consequências político-ideológicas nada inocentes. Em primeiro lugar, porque aprisiona os direitos civis em uma abordagem individualista que anula sua natureza social e política, ignorando que os indivíduos não são átomos que nascem já prontos fora das interações sociais, das relações de poder e das pautas de organização política da vida social, isto é, das condições de possibilidade da constituição da agência humana e do exercício dos direitos e das liberdades positivas que lhe são inerentes. Em segundo lugar, e isto é ainda mais grave, porque insiste, contra toda evidência, em ignorar a notável “revolução” jurídica e conceitual de alcance mundial dos direitos humanos nos últimos cinquenta anos, através da qual se ampliaram os bens-valores, os sujeitos e os tipos de direitos proclamados – enquanto se afirmava o caráter universal, indivisível e interdependente dos mesmos. Parece ocioso salientar que para as redes de ativistas que privilegiam os direitos econômicos, sociais e culturais, tal mudança se torna suporte e sentido fundamental da ação.

Dentre os direitos humanos e que também devem ser compreendidos a partir de uma perspectiva ampliada está o direito ao desenvolvimento.

Hoje, há um esforço de inserção dessa categoria de direito fundamental no conjunto de direitos humanos de terceira geração. Essa terceira geração, por sua vez, corresponde a

uma leva de direitos advinda do grau de coletivização dos valores e anseios sociais, gerando um tecido material de solidariedade que expressa um movimento, dialético, da concepção da dignidade da pessoa humana e do próprio humano. Citando-se Trindade (1991, p.58):

Estes novos direitos não restringem, mas sim ampliam, aprimoram e fortalecem o *corpus* dos direitos humanos já reconhecidos: revelam novas dimensões de implementação dos direitos humanos e contribuem a clarificar o contexto social em que todos se inserem. Além disso, levantam um desafio: o da necessidade de expandir e enriquecer até mesmo o nosso próprio universo jurídico-conceitual, de repensar todo o direito em face da complexidade das novas e múltiplas relações jurídicas que se apresentam, para fazer face às novas exigências de proteção do ser humano na esfera global e para estabelecer as bases de um futuro direito comum da humanidade, com as correspondentes obrigações *erga omnes*.

A Conferência de Teerã reconheceu a intrínseca relação entre a plena realização dos direitos civis e políticos e a efetiva prestação de garantias ou direitos sociais.

A Proclamação de Teerã sobre direitos humanos adotada na Primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 13 de Maio de 1968, que buscava equalizar a possível dissociação entre o Pacto de direitos civis e políticos e o de direitos sociais, econômicos e culturais, de 1966, dispõe em seu parágrafo 13: “Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos sociais torna-se impossível. A consecução de um progresso duradouro na implementação dos direitos humanos depende de sólidas e eficazes políticas nacionais e internacionais de desenvolvimento econômico e social”.

A ONU incorporou esse preceito em diversas resoluções dentre as quais a Resolução 32/130 de 1977⁹, o que também foi consolidado na última Conferência Mundial, de 25 de Junho de 1993, em Viena, quando se reafirmou a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, assim como a inter-relação presente entre todas as suas categorias.

Confirma-se, assim, a relação intrínseca entre a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito, o neoconstitucionalismo e a proteção aos direitos humanos. Em linha de princípio, o que se busca afirmar é que relacionada à perspectiva democrática que tem o ser humano na sua centralidade e finalidade maior, um Estado Democrático e Social de Direito só se legitima, uma vez que as suas instituições realizem, na sua máxima potencialidade, a

⁹ A plena realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível: a consecução de um progresso duradouro na implementação dos direitos humanos depende de políticas nacionais e internacionais de desenvolvimento econômico e social, sólidas e eficazes, como reconhecida pela Proclamação de Teerã de 1968”, endossada pelas resoluções 39/145 de 1984 e 41/117 de 1986 da Assembleia Geral da ONU.

efetivação, em cada caso, a partir das diferentes funções do Estado, a dignidade da pessoa humana.

Caso paradigmático, que ilustra bem este exercício relacional é a efetivação, pelo Brasil, do preceito da “consulta prévia e informada”, já estabelecidos no plano internacional pela Convenção 169 da OIT, e pela jurisprudência do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Busca-se verificar se o processo de regulamentação desse mecanismo pelo Brasil se coaduna com esses instrumentos internacionais, que, por sua vez, reproduzem os fundamentos maiores já ilustrados do neoconstitucionalismo e da Democracia.

3. O CASO DA CONSULTA PRÉVIA E INFORMADA, E SUA PREVISÃO NA CONVENÇÃO 169 DA OIT E NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL, À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO:

O direito de os povos indígenas e tribais a serem consultados, de forma livre e informada, antes de serem tomadas decisões que possam afetar seus direitos, foi previsto pela primeira vez, em âmbito internacional, em 1989, quando a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou sua Convenção de número 169.

Após uma discussão de mais de três anos, a Convenção 169 veio para propor um novo modelo de relação entre Estados e povos indígenas, e para muitos, representa até hoje um poderoso instrumento de direito internacional com caráter vinculante sobre povos indígenas e tribais e que deveria ser interpretado no contexto dos demais instrumentos relativos a direitos humanos do sistema internacional, especificamente a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em setembro de 2007.

A consulta prévia como direito dos povos e como princípio de relacionamento político destes com os Estados nacionais é tida como um princípio geral e transversal da atuação do Estado com relação aos povos interessados. No art. 6º da Convenção está definida a chamada cláusula geral da consulta, que descreve de forma sucinta seus principais elementos:

- 1) os eventos nos quais a consulta deve ser cumprida (medidas administrativas e legislativas que afetam diretamente os povos indígenas e tribais);
- 2) a oportunidade para sua realização (antes da adoção de qualquer decisão);
- 3) os interlocutores legítimos para a execução da consulta (as instituições representativas dos povos interessados);
- 4) a qualificação do processo consultivo (mediante procedimentos

adequados às circunstâncias e de boa-fé); e 5) o objetivo final da consulta (chegar a um consenso). (OIT, 1989)

A Convenção também estipula a obrigação de consulta em algumas situações específicas. Assim, menciona obrigatoriedade da consulta quando se trata de explorar recursos naturais pertencentes aos povos interessados, mesmo quando estes recursos sejam de propriedade dos Estados¹⁰, mas seu uso por terceiros venha a afetar os povos indígenas e tribais¹¹.

Da mesma forma, a Convenção 169 diz ser obrigatório o consentimento prévio, livre e informado dos povos quando houver a intenção do Estado em retirá-los temporária ou definitivamente de seus territórios. Por último, a Convenção dispõe sobre a obrigação de participação direta e cooperação com os povos sempre que se trate do desenvolvimento de estudos sobre eles mesmos ou seus territórios¹².

Desta forma, a Convenção 169 da OIT reafirma o direito de consulta prévia como uma expressão da dimensão participativa que se relaciona com o princípio da autodeterminação dos povos e componente da sua própria dignidade. Uma vez que o direito à participação nas decisões políticas e econômicas que determinam o destino e utilização das terras é para as populações indígenas e tradicionais, expressão direta do seu modo de vida. Sabe-se que a relação com a terra (*pacha mama*), como se verifica da Carta da Terra (1992), e como os bens comuns da natureza representa para esses povos uma maneira essencial, umbilical, de conceber a vida, sendo, portanto, expressão da própria dignidade, como concebida para nós, filhos do iluminismo e da modernidade ocidentais.

Ademais, o texto da Convenção 169 indica que todas as medidas especiais para proteger as pessoas, instituições, bens, trabalho, culturas e meio ambiente dos povos interessados não podem ser contrárias aos desejos livremente expressos por estes povos. Deduz, portanto, a necessidade de alcançar consensos entre as iniciativas dos Estados, até as mais desenvolvimentistas, tônica dos dias atuais, e os interesses dos povos, concedendo-se natureza vinculante ao conteúdo das consultas.

Em nível jurisprudencial, o mencionado direito de consulta prévia, também chamado de consentimento livre, prévio e informado (CLPI), tem sido reconhecido e aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito regional. Entende-se como “consulta prévia e informada”, não um evento apenas, como a mera formalidade de realização de uma

¹⁰ Convenção 169 da OIT, Art.15.

¹¹ Convenção 169 da OIT, Arts.13 e 14.

¹² Convenção 169 da OIT, Art.7º.

Audiência Pública, por exemplo, mas um verdadeiro processo de decisão. Configurando a informação como pertinente, clara, oportuna e imparcial.

Nesse sentido, a OIT tem manifestado que:

El artículo 6º requiere que la consulta sea “previa”, lo que implica que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso, incluyendo en la realización de estudios de impacto ambiental. Por último, el Comité desea subrayar que, como en este caso, reuniones o consultas llevadas a cabo después del otorgamiento de una licencia ambiental no satisfacen lo dispuesto en los artículos 6º y 15,2 del Convenio. (CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU, 2009)

Ocorre que no Brasil, desde a decisão do STF que buscou regulamentar a demarcação das terras indígenas no caso da Reserva *Raposa Serra do Sol*, e de forma mais emblemática na gestão das obras da hidrelétrica de Belo Monte, o processo de “consulta prévia e informada” vem sido posto em questão.

Sabe-se que na construção de Belo Monte a consulta não foi respeitada, aos moldes da Convenção 169 da OIT, tendo levado à manifestação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, requerendo do Brasil o cumprimento da normativa, chegando a emitir medida cautelar exigindo a suspensão das obras da hidrelétrica. Além do Brasil ter ignorado o pedido da Comissão, o país retirou ajuda financeira ao órgão internacional, tendo, ainda, faltado à Audiência para discussão do tema em Washington.

O discurso brasileiro é pela prevalência absoluta dos chamados “interesses nacionais” e defesa da soberania, face aos direitos indígenas. Tal argumento pode ser observado no texto da Portaria n. 303 da Advocacia Geral da União, que pretende a princípio regulamentar a decisão do STF com relação à *Raposa Serra do Sol*, mas quando associada ao texto da PEC 215, verifica-se que a relativização da medida de consulta se coloca como padrão sempre que se alegar o interesse público da União.

A título de esclarecimento reproduz-e, abaixo, o texto da Portaria 303:

PORTARIA Nº 303, DE 16 DE JULHO DE 2012

Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR.

O ADOVADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal e o art. 4º, incisos X e XVIII, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e considerando a necessidade de normatizar a atuação das unidades da Advocacia-Geral da União em relação às salvaguardas institucionais às terras indígenas, nos termos do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388-Roraima (caso Raposa Serra do Sol), cujo alcance já foi esclarecido por intermédio do PARECER nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU, devidamente aprovado, resolve:

Art. 1º. Fixar a interpretação das salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observe o decidido pelo STF na Pet. 3.888-Roraima, na forma das condicionantes abaixo:

(I) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar.

(II) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional.

(III) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional assegurando-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da Lei.

(IV) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira.

(V) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

(VI) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

(VII) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação.

(VIII) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

(IX) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI.

(X) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

(XI) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI".

(XII) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas.

(XIII) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não.

(XIV) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973).

(XV) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º. Lei nº 6.001/1973).

(XVI) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos Arts.49, XVI e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo à cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e ou outros.

(XVII) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada.

(XVIII) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231,§ 4º, CR/88).

(XIX) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

Art. 2º. Os procedimentos em curso que estejam em desacordo com as condicionantes indicadas no art. 1º serão revistos no prazo de cento e vinte dias, contado da data da publicação desta Portaria

Art. 3º. Os procedimentos finalizados serão revisados e adequados a presente Portaria.

Art. 4º. O procedimento relativo à condicionante XVII, no que se refere à vedação de ampliação de terra indígena mediante revisão de demarcação concluída, não se aplica aos casos de vício insanável ou de nulidade absoluta.

Art. 5º. O procedimento relativo à condicionante XIX é aquele fixado por portaria do Ministro de Estado da Justiça.

Art. 6º. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação

A PEC 215, por sua vez, de autoria do Deputado Almir Sá do PPB/RR, membro da bancada ruralista, busca acrescentar o inciso XVIII ao art. 49; modificar os parágrafos quarto e oitavo do artigo 231, todos da Constituição Federal de 1988. O ponto mais criticado desta proposta é o fato da Emenda transferir para o Congresso Nacional, a competência do Poder Executivo de regulamentar a demarcação das terras indígenas.

Alega-se que a negociação no âmbito do Congresso Nacional dilui a participação da sociedade civil e das representações indígenas, ao passo que beneficia a bancada ruralista, além de diminuir, inclusive, o custo de negociação para o poder executivo.

A questão pungente com relação a este caso, principalmente no que tange à Portaria 303 da AGU, é que ela estabelece a possibilidade de se sobrepor, de forma absoluta, como preceito orientador de uma possível colisão de princípios constitucionais, a primazia do interesse público da União sobre a dignidade dos povos indígenas. Admitindo-se, portanto, a possibilidade de descumprimento da Convenção 169 da OIT e de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Portaria ensejou tamanha polêmica que teve a sua aplicação suspensa até setembro de 2012, a princípio. A vista do exposto, surgem alguns questionamentos: É possível, tendo em vista a lógica da hermenêutica constitucional vigente, à luz do neoconstitucionalismo brasileiro, consagrar-se a sobreposição tautológica da proteção ao interesse da União face à dignidade humana? A aplicação da Portaria 303, e possível descumprimento da Convenção

169 da OIT, uma vez que não efetuada a “consulta prévia e informada”, e de jurisprudência do Sistema Interamericano de Proteção Internacional dos Direitos Humanos seria de conformidade com o Estado Democrático e Social de Direito e com os preceitos do neoconstitucionalismo?

A opinião exposta no artigo, frente ao relatado anteriormente, é de que não. Entretanto, mais do que defender uma posição, objetiva-se, com este trabalho, a ampliação do debate na sociedade, de forma aberta e pública, respeitando-se a devida representação dos segmentos sociais afetados.

4. CONCLUSÃO

Dentre os muitos significados que a Democracia pode apresentar, ao largo da evolução histórica e política das sociedades, chamou-se atenção, neste trabalho, para o círculo virtuoso mantido pela interação entre as dimensões procedimental, participativa e social de dito regime. Isto se dá a partir da relação intrínseca assinalada entre a afirmação do Estado Democrático e Social de Direito, os marcos normativos de proteção dos Direitos Humanos e de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, e a sua expressão no fenômeno que se manifesta como neoconstitucionalismo, nacional e internacionalmente.

Uma das manifestações desse círculo virtuoso entre as ditas dimensões democráticas se dá no processo de regulamentação do mecanismo de “consulta prévia e informada” no Brasil, a partir da Convenção 169 da OIT, e de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal instrumento busca assegurar a autodeterminação dos povos tradicionais na gestão dos recursos naturais em seus territórios, garantindo a relação fundamental que tais culturas estabelecem com os bens da natureza.

Assim, afirma-se que essa lógica protetiva e emancipatória coaduna-se com os preceitos do Estado Democrático e Social de Direito e o arcabouço constitucional brasileiro, cujas bases normativas e filosóficas remontam ao pós-guerra, culminando na promulgação da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, observa-se uma possível contradição entre a proclamação de princípios constitucionais basilares, como a autodeterminação dos povos, o respeito à dignidade da pessoa humana e aos Direitos Humanos, além da própria dinâmica de ponderação entre esses princípios e o comportamento do governo brasileiro nos episódios de manifestação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso da Hidrelétrica de Belo Monte,

quando já existe até petição face ao Brasil perante a Corte Interamericana, e de edição da Portaria n. 303 da AGU.

O Brasil ignorou o pedido da Comissão de oitiva das populações indígenas no Pará, além de ter consagrado, na Portaria 303 da AGU, a prevalência do interesse público da União sobre os direitos dos povos indígenas. Defende-se, portanto, neste artigo que se abra o debate, de forma aprofundada e crítica, assegurando-se a participação das populações afetadas sobre abrangência aplicativa da Portaria e sua compatibilidade constitucional e com os instrumentos de proteção internacional dos Direitos Humanos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABENSOUR, M. **A democracia contra o Estado. Marx e o momento maquiaveliano.** Belo Horizonte, Editora UFMG: 1998.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** São Paulo: Boitempo, 2004.

ALVES PEREIRA, A. C. Globalização e soberania. In. COSTA, D. DA SILVA, F.C.T. **Mundo latino e mundialização.** Rio de Janeiro: Mauad, 2004.

_____. Normas cogentes no direito internacional público contemporâneo. In. MELLO, C.A.D, ALVES PEREIRA, A.C. **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Direito.** Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2003.

ANDERSON, P. O balanço do neoliberalismo. In SADER, E. GENTILI, P. **Pós neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ANNONI, D. O direito da democracia como requisito imprescindível ao exercício da cidadania. In. ANNONI, D (org.) **Os novos conceitos do novo direito internacional. Cidadania, democracia e direitos humanos.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

ARNAUD, A. J. Da regulação pelo direito na era da globalização. In. **Anuário direito e globalização, 1: a soberania.** Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.

AVRITZER, L. **Teoria democrática e deliberação pública**. Lua Nova, nº 50, 2000.

BARBOSA, A. P. A fundamentação do princípio da dignidade da pessoa humana. In. TORRES, R. L.(org.) **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In. TORRES, R. L. (org.) **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BARRETO, V. O conceito moderno de cidadania. In. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, abr./jun., 1993.

BARROSO, R.L. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BEILEFELDT, H. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

BERLIN, I. Dois conceitos de liberdade. In. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

_____. **Estudos sobre a humanidade (liberdade política e pluralismo)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BINENBOJM, G. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In. TORRES, R. L. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

_____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo. Editora Brasiliense, 1994.

BOBBIO, N., MATECICA, N., PASQUINO, G. **Dicionário de política**. 4ª ed. Brasília: Editora UNB, 1992.

BOBBIO, N., VIROLI, M. **diálogo sobre a república: os grandes temas da política e da cidadania**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2002.

BRASIL. AGU. **Portaria 303**. Brasília. 2012. Disponível em:<http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=596939&ID_SITE>. Acesso em Agosto de 2012.

BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Emenda Constitucional 215**. Brasília. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19ABR2000.pdf#page=69>>. Acesso em: Agosto de 2012.

BULL, H. **The anarchical society**. Londres: Macmillan, e Nova York: Columbia University Press, 1984.

CANÇADO TRINDADE, A. A. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In. ANNONI, D. (org.) **Os novos conceitos do novo direito internacional. Cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2002.

CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, 2009.

CHESNAIS, F. **A mundialização do capital**. São Paulo, Ed.Xamã, 1996.

DAHL, R. **La democracia y sus críticas**. Barcelona: Piados, 1992.

_____. **Poliarquía.** São Paulo: Edusp, 1997.

DARNTON, R.& DUHAMEL, O. **Democracia.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

DUNN, J. **Democracia.** ¿ Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000.

DWORKIN, R. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESPADA, C.G. **Derecho internacional público.** Madrid, Trotta, 1995

FERNÁNDEZ, Eusebio. **Teoria de la justicia y derechos humanos.** Madrid: Editorial Debate, 1991.

FIORI, J. L. **Em busca do dissenso perdido: ensaios críticos sobre a festejada crise do Estado.** Rio de Janeiro, Insight, 1995.

FUKUYAMA, F. **Construção de Estados.** Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 2005.

GALDINO, F. O custo dos direitos. In. TORRES, R. L. **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

GAVA, M.C.R. O indivíduo e a consolidação do DIP: o papel do sistema europeu de proteção dos direitos humanos. In. MATA DIZ, J. DEL POZO, C.F.M. **Integração e ampliação da União Européia.** Curitiba: Editora Juruá, 2003.

GÓMEZ, J.M. **Reinventando a comunidade política, globalizando a cidadania.** Série IRI Textos. Rio de Janeiro: IRI/Puc-Rio, 1999.

_____. **Política e democracia em tempos de globalização.** Petrópolis, Ed. Vozes, 2000.

_____. Direitos humanos, desenvolvimento e democracia na América latina. In. **Praia Vermelha**, n.10. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2005.

GORENSTEIN, F. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a organização dos Estados americanos. In. LIMA JR. J. B. **Manual de direitos humanos internacionais. Acesso ao sistema global e regional de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

GOYARD-FABRE, S. **O que é democracia?**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**, n° 36, 1995.

_____. **A constelação pós-nacional. Ensaios políticos**. São Paulo: Editora Littera Mundi, 2001.

HAYEK, F. **O caminho da servidão**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, Expressão e Cultura, 1987.

HELD, D. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987.

HIPPEL, K.V. **Democracia pela força. Intervenção militar dos EUA no mundo pós-guerra fria**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 2003.

HORNBLLOWER, S. Creación y desarrollo de las instituciones democráticas en la antigua grecia. In. DUNN, J (org). **Democracia. El viaje inacabado (508 a.C. – 1993 d. C.)**. Barcelona: Ed. Tusquets, 1993.

HUBER, E. R. D. D.S,J .The paradoxes of contemporary democracy. In. **Comparative politics**. April, 1997.

IANNI, O. **Teorias da globalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1996.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1960.

KELSEN, H. **A democracia**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1929.

KUKATHIAS, Chandran & PETIT, Philip. **Rawls: Uma teoria da justiça e seus críticos**. Coimbra: Gradiva, 1995.

_____. **Doutrina do direito**. São Paulo: Editora Ícone, 1993.

MAGNOLI, D. **O mundo contemporâneo. Relações internacionais 1945-2000**. São Paulo, Ed. Moderna, 1996.

MARCONDES, D. **Introdução à história da filosofia. Dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e “Status”**. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967.

MC GREW, T. Transnational democracy. Theories and prospects. In. April Carter (ed.). **Democratic theory today**. Cambridge: Polity Press, 2002.

MELLO, C.D. **Curso de direito internacional público**. 12ª Ed, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000, 2v.

_____. A soberania através da história. In. **Anuário direito e globalização, 1: a soberania**. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.

MENÉNDEZ, F.M.M. **Derecho internacional público, parte general**. 2ª Ed. Madrid, Ed. Trotta, 1998.

MURPHY, C. Understanding IR: understanding Gramsci. In **Review of International Studies**, VI. 24, N. 3, July, 1998.

O' DONNELL, G. **Modernization and bureaucratic-authoritarianism; studies in south American politics**. Berkeley: Institute of International Studies University of California, 1973.

_____. **Democracia, desarrollo humano y ciudadanía**. Reflexiones sobre la calidad de la democracia en américa latina. Costa Rica: Homo Sapiens ediciones, 2002.

OIT. **Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais**. 5. ed. Brasília: OIT. 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Genebra. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: Agosto de 2012.

_____. **Declaração e Programa da Convenção de Viena**. Viena. 1993. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em: Agosto de 2012.

_____. **Resolução 32/130**. Genebra. 1977. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32r130.pdf>>. Acesso em Agosto de 2012.

_____. **Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Indígenas**. Genebra. 2007. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: Agosto de 2012.

_____. **Carta da Terra**. Genebra. 1992. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra1.doc>. Acesso em: Agosto de 2012.

_____. Conselho de Direitos Humanos. **Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido El derecho al desarrollo**. Genebra. 2009. Disponível em:

<http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp.consulta_previa/files/EI%20deber%20estatal%20de%20realizar%20consulta_anaya_inf_cdh.pdf>. Acesso em: Agosto de 2012.

POLI, M. C. DE OLIVEIRA, F. (orgs.) **Os sentidos da democracia. Políticas do dissenso e hegemonia global.** 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

PETIT, P. **Republicanismo.** Barcelona: Paidós, 1999.

PIOVESAN, F. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In. _____. **Direitos humanos globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

POLANYI, K. **A grande transformação.** Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1980.

PZERWORSKI, A. **democracia e mercado.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça.** Lisboa: Editorial Presença, 1993.

_____. **O liberalismo político.** São Paulo: Editora Ática, 2000.

RENUCCI, J-F. **Droit européen des droits de l' homme.** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E. J. A., 1999.

ROLAND, M.C. **A transnacionalização dos meios dirigentes e a implementação do consenso de Washington no Brasil.** Dissertação defendida no curso de mestrado do Instituto de Relações Internacionais (IRI) da Puc-Rio. Maio de 2000.

ROUSSEAU, J-J. Do Contrato Social. In. **Os Pensadores. 1.** São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

SALCEDO, J.A.C. **Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo.** 1ª ed. Madrid, Ed Tecnos, 1996.

SANTOS, M. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.** Rio de Janeiro, Ed. Record, 2000.

SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2000.

SCHMITT, C. **The crisis of parliamentary democracy.** Cambridge: MIT Press, 1926.

SCHUMPETER, J. **Capitalism, socialism, and democracy.** London: Harper & brothers, 1942. Edição brasileira: **Capitalismo, democracia e socialismo.** Rio de Janeiro: FCE, 1965.

TOSTES, A. P. A supranacionalidade e a democracia: O caso europeu. In. **Contexto Internacional.** Rio de Janeiro: IRI/Puc-Rio, vol. 23, n.1, 2001.

_____. **União Europeia: o poder político do direito.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

VELASCO, M.D. **Las organizaciones internacionales.** 9ª Ed. Madrid, Tecnos, 1999.

WALZER, M. **Spheres of justice** – a defense of pluralism and equality. New York: basic Books, 1983.

_____. **Thick and thin.** Moral argument at home and abroad. Notre Dame: University of Notre Dame, 1994.

_____. El liberalismo y el arte de la separación: la justicia en las instituciones. **Guerra, política y moral.** Barcelona: Editora Piados, 2001.

ZALUAR, A. **Um século de favela.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 1998.