

**O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE CULTURAL E O
CONSTITUCIONALISMO EM REDE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL*¹**

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO CULTURAL IDENTITY AND THE NETWORK
CONSTITUTIONALISM IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT JURISPRUDENCE*

Patrícia Perrone Campos Mello²

Clara Lacerda Accioly³

Resumo: O trabalho se propõe a examinar: (i) se o direito constitucional brasileiro reconhece o direito fundamental à identidade cultural de grupos minoritários; e (ii) se pratica um constitucionalismo em rede, construído em “diálogo” com cortes internacionais e constitucionais de outros estados. Com esse propósito, examina-se o alcance da infiltração de tais conceitos no Direito brasileiro. Avalia-se a evolução constitucional da proteção à cultura no direito constitucional positivo. Analisa-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com base em três casos paradigmáticos sobre o tema. Conclui-se que esses conceitos estão em desenvolvimento na jurisprudência do STF e que o reforço do diálogo com o direito internacional e comparado pode favorecer a incorporação de *standards* supranacionais de proteção a direitos. Demonstra-se, por fim, que norma e realidade apresentam uma relação de tensão e conformação recíproca e que cortes constitucionais podem desempenhar um papel excludente ou includente de tais grupos. Metodologicamente, o trabalho se baseia em abordagem dedutiva, amparada em revisão bibliográfica, reconstituição histórica do direito constitucional positivo e análise qualitativa de casos paradigmáticos.

Palavras-chave: Identidade cultural; Direito-matriz; Filtro hermenêutico; Constitucionalismo em rede; Grupos vulneráveis; Grupos minoritários.

Abstract: The paper aims to examine: (i) whether Brazilian constitutional law recognizes the fundamental right to cultural identity of minority groups; and (ii) if it practices a network constitutionalism, built on the “dialogue” with international and constitutional courts from other states. With this purpose, the scope of the infiltration of such concepts in the Brazilian Law is examined. The constitutional evolution of cultural protection in positive constitutional law is evaluated. The jurisprudence of the Brazilian Supreme Court (STF) is analyzed, based on three paradigmatic cases on the subject. The paper concludes that these concepts are under development in the STF jurisprudence and that the dialogue with international and comparative law can favor the incorporation of supranational standards of rights protection.

* Artigo submetido em 07/07/2020 e aprovado para publicação em 06/09/2021.

¹ As autoras agradecem a Adriana Cruz, Juan Jorge Faundes e aos pares revisores da Revista Cultura Jurídica pelos comentários e sugestões que permitiram o aprimoramento do trabalho.

² Doutora e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: patricia.mello@ceub.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2929-5642>.

³ Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Integrante do grupo de pesquisa Processo Civil, Acesso à Justiça e Tutela dos Direitos (GEPC/UnB) e membro fundador da Associação Brasileira de Estudantes de Direito Processual (ABEDP). E-mail: claralacerdaaccioly@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1204-4989>.

Finally, it demonstrates that norm and reality present a relationship of tension and reciprocal conformation, and that constitutional courts can play an excluding or inclusive role for such groups. Methodologically, the work is based on a deductive approach, supported by literature review, historical reconstruction of positive constitutional law and qualitative analysis of paradigmatic cases.

Keywords: Cultural identity; Matrix right; Hermeneutic filter; Network constitutionalism; Vulnerable groups; Minority groups.

Introdução

O presente trabalho tem dois propósitos. O primeiro deles é examinar em que medida o ordenamento jurídico brasileiro acolhe distintas demandas por reconhecimento de povos tradicionais que apresentam um universo cultural e uma cosmovisão distintos da cosmovisão dominante na sociedade brasileira – tais como povos indígenas e quilombolas⁴. Esse primeiro debate se estabelecerá em torno da análise da incorporação e concretização, pelo sistema jurídico brasileiro, do direito fundamental à identidade cultural, tal como afirmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O segundo objetivo do presente trabalho, intimamente relacionado ao primeiro, é verificar em que medida, em temas identitários, o país dialoga com a Corte Interamericana ou com outros países da América Latina, que contemplam tais distintas cosmovisões. Pretende-se avaliar se é possível falar em um intercâmbio de experiências nacionais e internacionais e, ainda, na construção de standards comuns em matéria de demandas identitárias. Esse segundo debate se estabelecerá com base no conceito de constitucionalismo em rede.

Como demonstrado ao longo do texto, a Constituição de 1988 expressa, do ponto de vista normativo, um avanço significativo na inclusão de grupos minoritários e no reconhecimento de seus direitos, bem como de suas perspectivas culturais e identitárias. Entretanto, ela incidiu e incide sobre uma realidade que compreendeu, por muito tempo, a cultura colonial europeia e os grupos que a detinham como universais, que valorizou uma única cosmovisão e que construiu. Nessa medida, pretende-se avaliar como se dá a interação entre a Constituição e tal realidade e seus poderes recíprocos de conformação, dado que os

⁴ O termo “quilombos” corresponde a agrupamentos de escravos fugidos, formados durante o período colonial e imperial do Brasil, ou a seu local de refúgio. As comunidades quilombolas são povos tradicionais, remanescentes de tais quilombos, que, embora não sejam nativos, como os indígenas, ostentam “traços étnicos-culturais marcados por um especial relacionamento sociocultural com a terra ocupada” (Supremo Tribunal Federal, ADI 3239, 2018, p. 108). Mais abrangente é o termo “quilombismo”, categoria histórica e cultural proposta por Abdias Nascimento (2009, pp. 202, 203) para representar a “*práxis* afro-brasileira das resistências e organizações políticas afro-brasileiras”.

juizadores são influenciados, em seus processos decisórios, por suas compreensões de mundo e pela posição que ocupam em tais hierarquias, como reconhecido pela literatura sobre o tema.

Nossa hipótese é de que normas constitucionais e internacionais incluídas e realidade social excludente entram em tensão na prática judicial e se conformam reciprocamente, ora contendo a efetividade dos direitos previstos na Constituição de 1988, ora possibilitando a construção de práticas mais igualitárias e plurais. Portanto, norma e realidade se conformam reciprocamente. Aposta-se que a comprovação da hipótese pode ser feita com base na análise da forma como se implementa o direito à identidade cultural no constitucionalismo brasileiro.

Com esse propósito, o trabalho parte, em suas seções 1 e 2, respectivamente, de uma breve apresentação do significado e do alcance do direito fundamental à identidade cultural e do constitucionalismo em rede. Na sequência, a seção 3 apresenta uma retrospectiva das Constituições do Brasil, com o propósito de aferir o significado que se conferiu à proteção cultural ao longo da formação nacional, até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Constituição de 1988 ou CF). Na seção 4, passa-se a um estudo qualitativo de casos que contemplam categorias abarcadas pelo direito à identidade cultural, com o propósito de avaliar como o direito positivo constitucional, que, em nossa opinião, contempla o direito à identidade cultural, é aplicado na prática pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Na seção 5, demonstra que norma constitucional e realidade se influenciam e conformam reciprocamente e que assim como tal influência pode ser prestar a uma hermenêutica constitucional que favorece a manutenção do *status quo*, ela também pode avançar para uma hermenêutica emancipatória e inclusiva de tais grupos e este é o caso de alguns dos julgados do Tribunal.

Do ponto de vista metodológico, o artigo parte de uma abordagem dedutiva, aliada à revisão bibliográfica, normativa e jurisprudencial sobre o direito fundamental à identidade cultural, bem como sobre o diálogo entre os direitos constitucionais domésticos e o direito internacional dos direitos humanos. Faz um levantamento histórico acerca de como o direito positivo constitucional tratou o conceito de cultura ao longo do tempo, para verificar se contemplou o direito fundamental à identidade cultural. Elabora um estudo qualitativo de três casos paradigmáticos em que o Supremo Tribunal Federal debateu o alcance da proteção à cultura quanto a grupos minoritários, para examinar como os direitos constitucionais são aplicados na prática. Avalia, a partir da decisão de tais casos, como a realidade resiste e, ao

mesmo tempo, é conformada pelas normas constitucionais e pelas lutas sociais que ela legitima. Acredita-se que o trabalho se justifique pela necessidade de o debate abordar os instrumentos legais e teóricos disponíveis para realizar efetivamente a proteção do direito à identidade cultural, enquanto os contextualiza frente aos entraves sociais para sua concretização.

1. Direito à identidade cultural

O direito à identidade cultural é produto da interpretação evolutiva praticada pela Corte Interamericana de Direito Humanos (Corte IDH), a partir de um conjunto amplo de normas de direito internacional (FAUNDES, 2019a, pp. 57-59)⁵ e como resultado do aprofundamento da tutela de minorias culturais⁶. Implica proteção à identidade, tida como a forma de uma comunidade se definir, expressar, viver e reconhecer, bem como à cultura, que é produto dessa forma de viver e com base na qual os membros da comunidade estabelecem um sentido material, afetivo, intelectual e espiritual de pertencimento a um grupo⁷.

Pode ser definido como o direito das comunidades tradicionais e de seus integrantes a viverem de acordo com a sua cultura, e a serem reconhecidos como diferentes nas relações com outros grupos, abrangendo “o direito a conservar sua própria cultura, espiritualidade e referentes cosmogônicos, seu patrimônio cultural tangível ou intangível, sua memória histórica e sua identidade presente”, bem como “o direito a que se respeitem e protejam seus conhecimentos, língua, crenças, artes, moral, religião, formas de justiça e organização” (FAUNDES, 2019b, p. 515, livre tradução⁸).

⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos (arts. 22 y 27.1); Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (art. 1); Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) (art. 27); Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (DNUDPI) (arts. 9 y 11.1); Convenio 169 OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (Convenio 169) (arts. 2.1 y 2.2.b).

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 2006; *Sarayaku vs. Ecuador*, 2012; *Sukuro vs. Brasil*, 2018.

⁷ A Declaração Universal da Unesco sobre Identidade Cultural de 2001 define cultura como: “o conjunto de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrangem, ademais, as artes, as letras, os modos de vida, as formas de viver junto, os sistemas de valores, as tradições e crenças”.

⁸ No original: “El derecho de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, a vivir libremente, conforme su cultura y a ser reconocidos como diferentes en sus relaciones con otros grupos de la sociedad. Contiene el derecho a conservar su propia cultura, espiritualidad y referentes cosmogónicos, su patrimonio cultural tangible o intangible, su memoria histórica y su identidad presente; y el derecho a que se respeten y protejan sus conocimientos, lengua, creencias, artes, moral, religión, formas de justicia y organización”.

Trata-se de um direito de natureza coletiva, de titularidade das próprias comunidades (FAUNDES, 2019a, pp. 56-58), com um duplo alcance: (i) em primeiro lugar, de ter sua identidade e cultura respeitadas, valorizadas e protegidas em face do Estado e de terceiros, com todos os bens materiais e imateriais que as integram; (ii) em segundo lugar, de ter seu universo existencial, seus comportamentos e seus direitos interpretados à luz de tal identidade cultural. Nesses termos, o direito à identidade cultural funciona, ao mesmo tempo, como um conteúdo substantivo a ser garantido e como um direito-matriz ou filtro hermenêutico (MELLO; FAUNDES, 2019; MELLO, 2019)⁹.

Em sua dimensão de direito-matriz e de filtro hermenêutico, constitui um ponto de partida e um núcleo de significação dos demais direitos de tais comunidades. Justamente porque os membros de cada comunidade só podem ser compreendidos à luz de sua cultura, de suas práticas e de seus significados, o direito à identidade cultural implica não apenas proteger distintas manifestações identitárias e culturais, mas, sobretudo, compreender os comportamentos de cada comunidade à luz dos significados que a comunidade atribui a tais comportamentos e de sua cosmovisão – e não à luz dos significados e da cosmovisão da cultura dominante, à qual de modo geral pertence o intérprete judicial.

Nessa medida, esse direito produz uma eficácia irradiante (SARMENTO, 2010, pp. 64-75) para todo o ordenamento jurídico, por meio da qual determina que todo e qualquer direito deve ser ressignificado, reinterpretado ou, ao menos, contextualizado, com base na cultura da comunidade tradicional à qual será aplicado. Ao mesmo tempo, produz um comando ao intérprete do direito para que se desloque de seu centro em direção à compreensão “do outro”, à luz da cultura deste último (FAUNDES, 2017, pp. 39-60).

A pergunta que este trabalho coloca, quanto ao direito à identidade cultural, é: o direito constitucional brasileiro reconhece o direito à identidade cultural com o alcance proveniente do Direito Internacional? Ao interpretar e aplicar o direito das comunidades tradicionais, procura formulá-los e compreendê-los à luz da cultura e dos significados de tais

⁹ Sobre a concepção de filtro hermenêutico e eficácia irradiante dos direitos fundamentais no ordenamento brasileiro: v. TEPEDINO, 2008; SOUZA NETO; SARMENTO, 2014; BARROSO, 2019. A formulação tem inspiração no direito alemão, tendo sido tomada por empréstimo dos debates sobre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e sua incidência (também) nas relações entre particulares. O debate girava em torno da questão de saber se os direitos fundamentais seriam dotados apenas de uma dimensão subjetiva, oponível contra o Estado, ou se seriam dotados igualmente de uma dimensão objetiva e valorativa, que imporia uma ressignificação das relações e dos direitos, inclusive nas relações privadas entre particulares. Para o debate no direito alemão, v. Tribunal Constitucional Alemão, BVerfGE 7, “Caso Lüth”, 198, 1958.

comunidades – e não à luz da cultura do intérprete – impondo a este último um deslocamento de seu eixo na direção do “outro” e, portanto, uma postura decolonial?

2. Constitucionalismo em rede

O direito à identidade cultural, tal como descrito acima, é produto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos. Foi formulado a partir do julgamento de uma multiplicidade de casos, que envolvem países como Paraguai¹⁰, Equador¹¹, Nicarágua¹² e Brasil¹³ entre outros. Trata-se de demandas que têm por objeto conflitos de interesses comuns aos países da América Latina, que abrigam povos indígenas e outros povos tradicionais e que experimentaram um processo de colonização excludente (QUIJANO, 2011, pp. 201-246). A interpretação firmada pela Corte IDH sobre o tema tem por base a interação argumentativa com diversas cortes e realidades nacionais. Trata-se de interpretação evolutiva dos tratados, firmada por meio de controle de convencionalidade, com base em um processo dialógico com diversos órgãos jurisdicionais.

Uma vez definida determinada interpretação pela Corte IDH acerca do alcance de um direito, espera-se que todos os demais países que se submeteram à sua jurisdição dialoguem com essa interpretação e procurem dar-lhe repercussão em seu âmbito interno (FERRER MAC-GREGOR, 2016, pp. 46-59; MELLO, 2019), por meio do controle de convencionalidade das normas nacionais e da interpretação de tais normas conforme à convenção (SAGUÉS, 2010, pp. 449-468; MARINONI; MAZZUOLI, 2013, pp. XIII-XV; GARCIA RAMÍREZ, 2016, pp. 385-396), com o significado que lhe foi dado pela Corte IDH¹⁴ (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, pp. XIII-XV; FACHIN; RIBAS; CAVASSIN, 2016, pp. 295-297).

Nessa perspectiva se reconhece cada juiz nacional como um juiz interamericano, que replicará o entendimento da Corte¹⁵. Esse diálogo não pressupõe subordinação ou uma observância “cega” às suas posições, mas significa uma deferência séria, que implique a observância dos seus precedentes como regra, e a assunção de um ônus argumentativo

¹⁰ *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, 2006.

¹¹ *Sarayaku vs. Ecuador*, 2012.

¹² *Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicarágua*, 2001.

¹³ *Sukuro vs. Brasil*, 2018.

¹⁴ *Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*, 2006; *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, 2006; *Cabrera García y Motiel Flores vs. México*, 2010

¹⁵ *Almonacid-Arellano y otros v. Chile*, 2006. V. MELLO, 2019.

importante em caso de divergência, de forma a que se enfrente, com profundidade, a *ratio decidendi*¹⁶ das suas decisões para propor solução diversa (JACKSON, 2005, pp. 109-128; SARMENTO, 2016, pp. 93-139; GARGARELLA, 2017, pp. 211-234; MELLO, 2019).

A Corte IDH observa, ainda, em seu processo decisório, o princípio *pro homine*, segundo o qual deve aplicar, em matéria de direitos humanos, a disciplina mais favorável e protetiva. O princípio implica uma ampliação do universo cognitivo da Corte IDH para conhecer e julgar o significado de normas de direito internacional de caráter universal, e não apenas de caráter regional (CANÇADO TRINDADE, 2003; RAMOS, 2009; MARINONI; MAZZUOLI, 2013). Esse aspecto e, ainda, o reconhecimento de que os direitos humanos têm um núcleo mínimo universal (PIOVESAN, 1996, p. 83; CANÇADO TRINDADE, 1998, pp. 88-89; FAUNDES, 2017, pp. 39-60) fazem com que a Corte IDH interaja argumentativamente, em seu processo decisório, com a jurisprudência de outras cortes internacionais e nacionais que decidem temas de direitos humanos (GARCÍA ROCA *et al.*, 2013, pp. 65-107). As cortes constitucionais e supremas cortes tendem, igualmente, a interagir e a referenciar outras cortes em tema de direitos fundamentais (MOHALLEM, 2017, pp. 67-112).

Fala-se, por isso, no desenvolvimento de um constitucionalismo em rede em matéria de direitos humanos, por meio do qual distintos atores de distintas ordens interagem, tanto no plano vertical quanto no plano horizontal. No plano vertical, há um intercâmbio entre cortes internacionais e cortes nacionais na definição do alcance dos direitos humanos, por meio do exercício do controle de convencionalidade. No plano horizontal, a interação ocorre entre cortes internacionais e outras cortes internacionais ou entre cortes nacionais e outras cortes nacionais, por meio do direito comparado.

Nessa medida, a construção de um constitucionalismo em rede permite que cada ator aprenda com os demais e parta de compreensões já alcançadas em outras ordens. Tal interação cria condições para a construção de standards mínimos objetivos de proteção a direitos humanos. A definição de *standards* mínimos permite o avanço na proteção de direitos, em ordens jurídicas mais débeis, e a tutela contra retrocessos, em sistemas sob ameaça. Isso ocorre porque padrões mínimos de proteção, de alcance supranacional, servem de salvaguarda contra instâncias nacionais sujeitas às intempéries transitórias da política ordinária (MELLO; FAUNDES, 2019; MELLO, 2019).

¹⁶ A *ratio decidendi* corresponde à resposta dada à questão de direito colocada pelo caso, como uma premissa necessária ou suficiente à sua conclusão. Para um aprofundamento do conceito, v. MELLO, 2008, pp. 113-174.

O constitucionalismo em rede pode ser definido, portanto, como o processo pelo qual múltiplos atores, que se sujeitam a ordens jurídicas distintas, mas enfrentam problemas jurídicos semelhantes, se engajam em um exercício contínuo de mútua observação, intercâmbio e diálogo, por meio do qual logram construir compreensões comuns acerca do alcance de determinados direitos (MELLO; FAUNDES, 2019; MELLO, 2019)¹⁷. Essa compreensão permite que os membros da rede fortaleçam progressivamente a proteção dos direitos fundamentais, em suas respectivas ordens jurídicas, por meio de uma estratégia comum de defesa de tais direitos, articulada “em rede”.

A pergunta que se formula neste artigo, quanto ao constitucionalismo em rede é: o Supremo Tribunal Federal se engaja em um intercâmbio de experiências e de troca de pontos de vista com distintas ordens internacionais, de modo a que se possa afirmar que é parte da construção de um constitucionalismo em rede? Passa-se, na sequência, ao exame das bases normativas do direito fundamental à identidade cultural e do constitucionalismo em rede no ordenamento brasileiro.

3. A proteção à identidade cultural no direito constitucional positivo brasileiro

Em suas origens, o direito constitucional brasileiro conferiu pouca atenção à proteção à cultura compreendida em uma perspectiva plural. A Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, primeira constituição da história do país, previa apenas um dever estatal de abstenção, quanto a não proibir “nenhum gênero” de cultura, desde que “não se oponha aos costumes públicos”. Os costumes públicos detinham, então, um significado de práticas consolidadas e dominantes na sociedade¹⁸. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, que a sucedeu, não fez qualquer menção à cultura.

As Constituições seguintes – de 1934¹⁹, 1937²⁰, 1946²¹ e 1967²² – atribuem ao Estado o dever de promover e proteger a cultura. Entretanto, tal promoção e proteção tinham por foco a tutela de monumentos, paisagens, documentos, obras etc. Não havia a associação entre cultura e a tutela de um viés identitário quanto a grupos minoritários, mas, em verdade, o

¹⁷ Para construções semelhantes, v. SLAUGHTER, 2005; NEVES, 2009; BOGDANDY, 2015.

¹⁸ Constituição do Império do Brasil de 1824, art. 179, XXIV.

¹⁹ Constituição do Brasil de 1934, art. 148.

²⁰ Constituição do Brasil de 1937, art. 134.

²¹ Constituição do Brasil de 1946, art. 175.

²² Constituição do Brasil de 1967, art. 172.

contrário disso. A título ilustrativo, a Constituição de 1934 previa, expressamente, caber ao poder público “incentivar a educação eugênica”²³. A Constituição de 1937 determinava que o Conselho Federal seria ocupado por “quem possuir distinção em algum dos ramos da produção ou da cultura nacional”²⁴. A Constituição de 1967 previa que os juízes seriam selecionados entre os “homens de cultura”²⁵. Tais previsões propunham uma ideia de cultura fortemente vinculada a indivíduos integrantes de uma elite econômica e social, pertencente à cultura dominante e, por isso, detentora de uma espécie de “capital cultural” (BOURDIEU, 1985, pp. 196, 197)²⁶, que encontrava, na dogmática jurídica, formas de garantir seu poder (WARAT, 1980, p. 21). A Emenda Constitucional nº 1/1969 promoveu profundas alterações na Constituição de 1967, mas não tratou do tema da cultura.

Por outro lado, os grupos culturais minoritários – nomeadamente as comunidades tradicionais – foram ignorados em tais Constituições, com ressalva para os povos indígenas²⁷. Quanto aos últimos, de modo geral, as Constituições anteriores à Carta de 1988 seguiam a

²³ Constituição do Brasil de 1934: “Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] b) estimular a educação eugênica”. A educação, atrelada à eugenia, era vista como uma maneira de selecionar e aperfeiçoar as inteligências “capazes de cultura, necessitadas de cultura”, de forma a corrigir os elementos herdados hereditariamente pelos indivíduos. Possuía, portanto, uma função “saneadora” perante a sociedade. (CARNEIRO, 1929, pp. 107-117). Sobre a necessidade de o Estado estimular essa educação: “A natureza (...) é, ao menos até certo ponto, avisadamente eugenica. (...) A verdade é, antes, que se fez, através desses séculos, (...) uma obra vultosa de Eugenia. (...) Assim teria sido também entre nós. Mas o Estado, com o argumento de seu poder e do seu campo de actividade, perturba cada vez mais a acção natural. (...) ha de o Estado contrabalançar toda a sua propria influencia nefasta, consagrando em lei, erigindo em dogmas imperativos, os dictames dos eugenistas, fixando, sob a orientação delles a sua organização educacional” (CARNEIRO, 1929, p. 115) A eugenia se apresentava como uma solução para o aperfeiçoamento da nação, o que por acaso coincidia com as ideias que as elites brasileiras possuíam sobre raça, a partir da presunção de inferioridade dos pobres e dos não brancos. Assim, a educação tornou-se campo de reprodução de valores sociais brancos e de classe média (DÁVILA, 2013, pp. 8-19). V., sobre a incorporação da biopolítica ao Estado Brasileiro e a lógica de sujeição dos corpos dos indivíduos ao Estado e a seus fins: OLIVEIRA VIANNA, 1938; CARVALHO, 2005; e PRATA DE CARVALHO, 2016.

²⁴ Constituição do Brasil de 1937, art. 52.

²⁵ Constituição do Brasil de 1967, art. 118.

²⁶ Bourdieu compreende que há, no espaço social, ativos capazes de diferenciar seus atores de forma a constituir relações de poder entre eles. Esses ativos são correspondentes aos diferentes tipos de “capitais” capazes de exercer poder nos campos sociais, como na economia e na cultura. A posição que cada agente ocupa no espaço social pode ser determinada a partir de sua distribuição de capital em cada campo, e o conjunto de distribuições dos capitais define o estado das relações de poder, institucionalizadas em estratos sociais de longa duração, reconhecidas socialmente ou legalmente. V., sobre a reprodução da cultura das classes dominantes, BOURDIEU; PASSERON, 1990. Sobre a projeção do conceito na realidade brasileira, vale conferir passagem de Faoro: “A realidade histórica brasileira demonstrou (...) a persistência secular da estrutura patrimonial (...). A um corpo renovador, expansivo e criador, se agregam, em convivência relutante, nações modernizadoras, em constante adaptação, mas dentro de projeções de seu próprio passado, de sua história, lançada em outro rumo. Característico principal, o de maior relevância econômica e cultural, será o do predomínio, junto ao foco superior de poder, do quadro administrativo, o estamento que, de aristocrático, se burocratiza (...), em mudança de acomodação e não estrutural. O domínio tradicional se configura no patrimonialismo (...)”. (FAORO, 2012, pp. 1136, 1137).

²⁷ Para o tratamento dado pelo direito positivo brasileiro aos povos indígenas, v. SOUZA FILHO, 2009, pp. 80-163.

lógica de assegurar o direito à posse da terra que ocupavam²⁸ e de determinar medidas para a sua “incorporação à comunhão nacional”²⁹. Tratava-se, portanto, de uma orientação normativa que buscava a “assimilação” do povo indígena à cultura dominante e, portanto, que tendia a negar a identidade indígena³⁰. Durante o período da ditadura, os povos indígenas foram alvo de uma política de violência extrema no Brasil. Estima-se que foram mortos, durante o período, aproximadamente, 8.530 indígenas contra 434 cidadãos civis (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, pp. 205, 962, 963).

Na perspectiva da proteção à identidade cultural, tais constituições asseguravam uma única identidade: a de uma elite branca de ascendência e/ou cultura europeia. É importante destacar esse ponto: também essa elite constitui um grupo identitário, cuja cultura e cujos valores não são universais, mas que se impuseram hegemonicamente e se valeram do direito como instrumento de poder, naturalizando-se a ponto de serem (equivocadamente) percebidas como uma referência universal, como o padrão “normal”. A negação do “outro” – em especial do negro e do índio – representou, no Brasil pré-Constituição de 1988, uma política de estado, produto da colonialidade e do eurocentrismo que marcam nossa história (PIRES, 2018, pp. 464-468; QUIJANO, 2011).

Esse cenário foi alterado, normativamente, com o processo de redemocratização política no Brasil, o qual teve impactos muito importantes sobre o tratamento constitucional da cultura. Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 foram orientados pelo objetivo de se “ouvir o maior número possível de entidades representativas de correntes do pensamento brasileiro” e de, em alguma medida, “reparar” o débito do país para com alguns grupos específicos, que tiveram seus direitos especialmente atingidos durante o regime ditatorial e/ou ao longo da história, tais como: povos indígenas, quilombolas e afrodescendentes³¹.

²⁸ Constituição do Brasil de 1934, art. 129; Constituição do Brasil de 1946, art. 216; Constituição do Brasil de 1967, art. 186.

²⁹ Constituição do Brasil de 1934: “Art 5º - Compete privativamente à União: XIX - legislar sobre: m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”; Constituição do Brasil de 1967: “Art. 8º. Compete à União: XVII - legislar sobre: (...) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. V., sobre políticas “indigenistas” anteriores a 1988: Carneiro da Cunha, 1992; e Carneiro da Cunha, 2012.

³⁰ Sobre a dificuldade de compartilhar experiências em um ambiente comum, que tende à homogeneização, v. BAUMAN, 2007, pp. 94-97.

³¹ Manifestação do Presidente da Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes, Hermes Zaneti, na 16ª reunião da Subcomissão, de 29.04.1987. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao8/16.pdf>. V., ainda, sobre a participação diversificada e plural que tomou conta do processo constituinte: GUIMARÃES, 1988.

Quanto a quilombolas e afrodescendentes, basta recordar que o Brasil foi um dos últimos países do mundo – e o último das Américas – a abolir a escravidão em 1888 (HINKS; MCKIVIGAN, 1986, pp. 256, 257). A abolição, a seu turno, suprimiu o trabalho forçado, mas não reparou a condição de cidadania subalterna, tendo produzido um racismo estrutural persistente³², responsável por uma profunda desigualdade racial no país³³ (COSTA, 2006, p. 206; CARVALHO, 2008, pp. 45-53; MOREIRA, 2016, pp. 1559-1564).

De fato, o fortalecimento da democracia brasileira foi essencial para iniciar um processo de incorporação do “outro” – daquele que não compartilha do *status* dominante – e, por conseguinte, para a ressignificação da noção de povo. Nesse sentido, a Constituição de 1988 possibilitou uma virada no alcance da proteção constitucional da cultura. Logo na exposição dos princípios regentes de suas relações internacionais, determinou que o país deveria buscar a integração cultural dos povos da América Latina³⁴. Na sequência, previu ser dever do Poder Público a promoção e a proteção da cultura³⁵. Determinou a responsabilidade estatal em proporcionar a todos o acesso à cultura³⁶. Assinalou um reconhecimento à pessoa como quem produz cultura e como quem se beneficia dela (SILVA, 2001, pp. 48, 49).

Além disso, a Constituição de 1988 alterou significativamente o sentido atribuído à expressão “patrimônio cultural”, prevendo a proteção dos bens que digam respeito “à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, incluindo suas “formas de expressão”, seus “modos de criar, fazer e viver”, suas criações,

³² A expressão racismo estrutural alude à incorporação do racismo à estrutura do Estado, ao funcionamento das instituições sociais de modo geral e à sua naturalização. Expressa-se, por exemplo, na ausência ou em um contingente muito baixo de negros em posições estatais, profissionais e sociais relevantes. É responsável pela perpetuação do racismo porque, mesmo que se punam atos racistas, o próprio funcionamento das estruturas sociais o reitera e reproduz (ALMEIDA, 2019).

³³ Desigualdade essa que se expressa, mesmo após a Constituição de 1988, em índices de alfabetização (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2018), encarceramento (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2016, p. 32), homicídio (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA E INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2019, p. 49) e perseguição religiosa (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E SECRETARIA NACIONAL DE CIDADANIA, 2018, p. 29) extraordinariamente desiguais e lesivos às comunidades afrodescendentes, bem como na dificuldade de acesso de seus membros a postos de trabalho e a melhores condições materiais (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2011, pp. 32-35).

³⁴ CF/1988, art. 4º, par. único.

³⁵ CF/1988, art. 23.

³⁶ CF/1988: “Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais”; “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

obras, objetos e “sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”³⁷.

Dessa forma, a atual Constituição, na perspectiva normativa, marcou a passagem para uma compreensão mais ampla e plural de cultura, que abrange inclusive aspectos identitários de grupos minoritários³⁸. Além disso, abandonaram-se concepções assimilacionistas e homogeneizantes quanto a esses grupos e elevaram-se os povos indígenas e quilombolas a um patamar de proteção diferenciado, reconhecendo sua ligação intrínseca e cultural com as terras que tradicionalmente ocupam³⁹.

Quanto aos afrodescendentes⁴⁰ e a outros grupos minoritários e/ou vulneráveis⁴¹, a Constituição previu que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação⁴². Determinou que a lei punirá qualquer discriminação atentatória de direitos fundamentais⁴³. E, finalmente, previu que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão⁴⁴. Nota-se, portanto, a incorporação de um caráter plural à tutela da cultura pelo ordenamento constitucional (HÄBERLE, 2016, pp. 20, 30, 31).

³⁷ CF/1988: “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

³⁸ Para uma compressão do caráter emancipador da concepção de identidade cultural, em oposição à utilização da cultura como expressão de colonização e dominação: v. SALAS; FAUNDES, 2018, p. 700.

³⁹ CF/1988, art. 231, caput e ^o1^o; ADCT, art. 68. Sobre a relação da cultura indígena com seu território, v. LUCIANO, 2006, p. 101.

⁴⁰ V. crítica ao silenciamento às vozes negras promovido pelo constitucionalismo latino-americano em PIRES, 2018.

⁴¹ Para os fins do presente trabalho considera-se como grupos vulneráveis ou minoritários, indistintamente: “as coletividades de indivíduos que reúnem as seguintes condições: (i) destoam do padrão social e/ou cultural dominante e, em razão disso, são estigmatizadas; (ii) detêm um *status* inferior ao *status* dos demais cidadãos no que respeita ao exercício de seus direitos, sendo alvo de práticas discriminatórias; (iii) têm dificuldade de acesso e de acolhimento de seus pleitos junto à política majoritária; (iv) em razão de tais circunstâncias, demandam do Estado o desenvolvimento de técnicas de proteção específicas para promover a sua defesa e assegurar a sua igualdade material”. Trabalha-se, portanto, com um conceito não quantitativo de minoria, que se caracteriza por uma *posição de sujeição* na sociedade. A opção por equiparar grupos vulneráveis e minoritários decorre do fato de que ambos os grupos enfrentam problemas semelhantes e demandam técnicas equivalentes de proteção e promoção de seus direitos. V. MELLO, 2020b.

⁴² CF/1988, art. 3^o, IV.

⁴³ CF/1988, art. 5^o, XLI.

⁴⁴ CF/1988: “Art. 5^o. [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Por fim, a Constituição prevê, em seu art. 5º, §2º, que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros direitos determinados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte⁴⁵. Nesses termos, estabelece uma cláusula de abertura ao direito internacional dos direitos humanos e cria as bases para um diálogo entre distintas cortes internacionais e nacionais que tratem de temas comuns e que se vinculem aos mesmos tratados e à sua concretização (VARELLA, 2012, pp. 109, 116).

Nota-se, portanto, que o direito constitucional positivo brasileiro oferece bases normativas muito claras para o reconhecimento do direito fundamental à identidade cultural. Do mesmo modo, contém determinação expressa de que os direitos tutelados pela Constituição não afastam os demais que decorrem de tratados dos quais o Brasil seja parte, razão pela qual o país deve engajar-se em um diálogo com outras esferas de tutela de direitos e buscar, ainda, a integração cultural dos povos da América Latina. Essas disposições servem de apoio normativo ao desenvolvimento de um constitucionalismo em rede. Portanto, do ponto de vista do direito constitucional positivo, há amparo, no ordenamento brasileiro, tanto para o direito fundamental à identidade cultural, quanto para o constitucionalismo em rede. A próxima seção examinará se e como essas normas vêm sendo efetivamente concretizadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

4. Identidade cultural e constitucionalismo em rede na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Estudo de casos

O estudo de casos que se desenvolverá nesta seção baseia-se em três debates-chave para o exame do direito fundamental à identidade cultural e para a avaliação acerca de sua compreensão como expressão do desenvolvimento do constitucionalismo em rede. Trata-se das discussões sobre o alcance: (i) da tutela do direito à terra dos povos indígenas, (ii) da proteção do direito à terra dos quilombolas e (iii) do respeito às religiões de matriz africana. Os casos selecionados são, todos eles, paradigmáticos: apreciaram a matéria de forma inédita, tiveram seu julgamento amplamente divulgado pela mídia, são objeto de referência e citação em julgados subsequentes e/ou de comentários em artigos científicos. Assim, ainda que o presente estudo se baseie em uma amostra pequena de decisões, pode-se afirmar que elas são representativas do entendimento e do comportamento judicial do STF sobre o tema.

⁴⁵ CF/1988, art. 5º, § 2º.

Optou-se, ainda, por estruturar o exame de casos utilizando-se como critério central para o exame dos argumentos acolhidos pela maioria no STF: o estudo do voto do redator do acórdão, interpretado à luz da ementa do julgado, ementa esta que corresponde a uma síntese do entendimento da Corte⁴⁶. Adicionalmente, selecionou-se, em cada caso, um voto dissidente, para examinar os argumentos invocados pelos magistrados que ficaram vencidos nas decisões. Assim, acredita-se, será possível oferecer uma boa amostra da discussão e dos pontos de vista considerados pelo Tribunal em seu processo decisório.

4.1. Caso Raposa Serra do Sol: Direito à identidade cultural dos povos indígenas

O primeiro caso a ser examinado – conhecido como Caso Raposa Serra do Sol – inaugurou o debate sobre o direito à identidade cultural dos povos indígenas. Tratava-se de ação popular⁴⁷, ajuizada por senador da República contra a União⁴⁸, por meio da qual postulava-se a anulação da demarcação de uma terra indígena. O processo continha 51 (cinquenta e um) volumes e objetivava anular a demarcação por múltiplos fundamentos. Alegava-se que: (i) havia irregularidades e parcialidade no laudo antropológico que reconheceu a ocupação da terra pelos indígenas; (ii) a reserva ocupava parte substancial do território do Estado de Roraima (mais de 7,5%), sendo gravemente impactante para seu desenvolvimento econômico e social; (iii) a demarcação privilegiava a tutela do índio, em detrimento de outros valores igualmente protegidos constitucionalmente. Havia, ainda, a particularidade de que os povos indígenas em questão não estavam na posse da área quando da entrada em vigor da Constituição porque haviam sido removidos à força de seu território.

O Caso Raposa Serra do Sol foi o *leading case* sobre demarcação de terras indígenas apreciado na vigência da Constituição de 1988. Chegaram ao Tribunal diferentes tipos de ponderações de diversos atores públicos. Entre elas: (i) chamava-se atenção para o fato de que a área se encontrava em território de fronteira, de modo que era necessário assegurar a presença das Forças Armadas no local, sob pena de trânsito de pessoas não autorizadas e de

⁴⁶ A opção deve-se ao fato de que o relator do caso, ao votar, fala por si e não pela maioria, mas, ao final do julgamento, redige uma ementa, que é a síntese do entendimento da Corte. Para um exame detalhado do processo interno de decisão do STF, v. MELLO, 2015, pp. 187-221; e MELLO; BARROSO, 2016.

⁴⁷ Regulada pela Lei n. 4.717, de 1965, a ação popular é um instrumento constitucionalmente previsto (art. 5º, LXXIII, da CF) para anular atos lesivos ao patrimônio público ou aos bens de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

⁴⁸ No Brasil, o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (SILVA, 2014, pp. 398, 399).

risco à soberania nacional; (ii) observava-se que a reserva impedia a construção de estradas e de linhas de transmissão de energia essenciais à conexão do Estado ao resto do país; e (iii) alertava-se que a área estava localizada em terreno com relevante riqueza mineral e de biodiversidade, cobiçada por outros povos estrangeiros.

A Constituição de 1988 previu expressamente que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas quando de sua promulgação constituem bem federal, com direitos originários de usufruto perpétuo em favor dos indígenas, cabendo à União a função de demarcá-las e de protegê-las. Em virtude dessa previsão, eventuais títulos privados de propriedade sobre áreas indígenas, qualquer que fosse a sua data, eram nulos.⁴⁹ O Convênio 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), incorporado ao ordenamento interno⁵⁰, previu, ainda, que os povos indígenas devem ser consultados a respeito da exploração de recursos naturais em suas áreas, bem como acerca de toda e qualquer medida legislativa ou administrativa que possa afetar os seus interesses⁵¹. Na prática, portanto, o reconhecimento de uma área como terra indígena implicava a perda de títulos de propriedade detidos por particulares e empecilhos os mais diversos à exploração rentável de recursos naturais.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a demarcação era válida, mas com restrições. O voto do relator começou por assinalar que a tutela das terras indígenas se relacionava à necessidade de preservar a “identidade étnica” e “cultural” de uma minoria historicamente tratada em condição de desvantagem. Ponderou que a preservação de tais áreas deveria ser encarada como um ganho, e não como uma perda, porque assegurava a diversidade cultural e a concretização da inclusão de tais povos na vida comunitária. Quanto ao fato de que a comunidade indígena não se encontrava na posse da área, quando do início da vigência da Constituição de 1988, assinalou que esse aspecto não afastava o direito ao usufruto da terra pelas comunidades indígenas, desde que demonstrado – como ocorria no caso – que a comunidade havia sido desapossada pelo uso da força e impedida de retornar, a despeito de buscar seu retorno e de *permanecer espiritualmente conectada à terra*.

Por fim, quanto à abrangência da área a ser objeto de demarcação em favor dos índios, defendeu-se que ela não alcançava apenas o local de sua moradia, mas todos os espaços “imprescindíveis ao seu bem-estar” e à sua “reprodução física e cultural”, à luz da sua cultura e do significado de tais sítios para a sua comunidade. Afirmou-se que, em virtude disso, o

⁴⁹ CF/1988, art. 231, § 3º.

⁵⁰ Decreto Legislativo 143, de 2002.

⁵¹ Convenção nº 169 da OIT, art. 15.

direito dos índios sobre a terra não havia de ser compreendido como um instituto ortodoxo de direito civil (formulado à luz da compreensão do “homem branco”), mas como um instituto heterodoxo de direito constitucional (compreendido à luz significado imaterial da terra para os povos indígenas). A decisão reconheceu, portanto, em razoável medida, o direito à identidade cultural dos povos indígenas, buscando interpretar seus direitos à luz de sua própria cultura.

Entretanto, a maioria decidiu, ainda, acolher as ressalvas propostas pelo voto que liderou a divergência. Entre tais ressalvas estavam o reconhecimento de que o usufruto das áreas em favor dos indígenas: (i) não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional, não impedindo a instalação de bases e postos militares; (ii) não restringe a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas ou o resguardo de riquezas de cunho estratégico; (iii) e que tais ações, dada sua relevância, poderiam ocorrer sem consulta às comunidades indígenas ou à Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a despeito do que previa a Convenção nº 169 da OIT.

A não obrigatoriedade de observância da Convenção nº 169 foi superficialmente defendida pelo voto divergente, com base na alegação de que um tratado internacional não poderia prevalecer perante a Constituição, que previa a tutela dos interesses da defesa e do desenvolvimento nacional. Entretanto, a consulta às populações afetadas não impedia quaisquer de tais providências, apenas determinava a oitiva das comunidades, justamente para que se pudesse compreender eventual impacto de tais empreendimentos sobre seu modo de vida e para mitigá-los, se possível. A rejeição a tal procedimento impossibilitava conhecer – e, portanto, considerar – o impacto das atividades sobre a identidade cultural de tais povos, suprimindo a sua participação e a sua possibilidade de expressão.

Não bastasse isso, a argumentação desenvolvida no voto divergente expressava uma manifesta desconfiança com relação ao direito internacional dos direitos humanos e às decisões da Corte IDH. O voto aludia a determinada decisão da Corte IDH para “alertar” os demais magistrados do STF para o fato de que nela haviam sido aplicadas sanções à Nicarágua, por violação do direito dos indígenas às suas terras, e que tal caso demonstraria que “a comunidade internacional não medirá esforços para impor aos Estados-Membros suas posições quanto a tais direitos”⁵².

⁵² Aqui, a compreensão do direito internacional dos direitos humanos igualmente sinaliza a resistência à perspectiva emancipatória, desconstrutiva de determinadas hegemonias, presente nas decisões de alguns tribunais internacionais, a exemplo daquelas que reconhecem o direito dos indígenas à terra.

Dado o risco de tal “imposição” pela comunidade internacional, no entendimento do voto divergente, era importante e premente que o STF expressasse, desde logo, o seu entendimento no sentido de que parte das normas da Convenção nº 169 da OIT à qual o Brasil aderiu – referentes ao direito dos povos indígenas à consulta – não valiam nas hipóteses de instalação de bases militares, exploração e proteção de recursos estratégicos, entre outras. Esse “alerta” para o “perigo” representado pelo direito internacional dos direitos humanos retrata um STF com baixíssimo engajamento quanto à proposta de diálogo com a esfera internacional e, portanto, com evidente resistência à concepção e ao desenvolvimento de um constitucionalismo em rede.

Por fim, o Tribunal consignou que o “marco temporal” para a aferição da tradicionalidade seria a Constituição de 1988. Nesse sentido, esclareceu que fariam jus à demarcação e ao usufruto exclusivo das terras aqueles povos indígenas que: (i) se encontravam em sua posse, quando da entrada em vigor da Constituição de 1988; ou (ii) os que não se encontravam na posse das terras por terem sido removidos contra a sua vontade, desde que demonstrassem o desapossamento forçado, a preservação do vínculo tradicional e a impossibilidade de retornar à terra⁵³.

Embora tenha avançado em alguns temas, nesse ponto, a decisão de Raposa Serra do Sol acabou abrindo caminho a uma resistência judicial ao reconhecimento das terras indígenas, com base nos conceitos de marco temporal e esbulho renitente. As demarcações passaram, então, a ser anuladas. Em resposta, aumentaram os conflitos com indígenas, ganhou visibilidade a violência contra tais povos na opinião pública e a questão voltou ao Judiciário, em parte, como um contramovimento de resistência indígena (ELOY AMADO, 2017, p. 98; ALFINITO; ELOY AMADO, 2018). Nesse contexto, o debate encontra-se, hoje, uma vez mais no Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

⁵³ Essa última hipótese ficou mais tarde conhecida como “esbulho renitente”. Com base nela, parte da jurisprudência posterior à decisão do Caso Raposa Serra do Sol passou a exigir que tal comprovação de esbulho renitente se desse por meio de prova de conflito fundiário atual ou de ajuizamento de ação possessória pela comunidade indígena. Na prática, portanto, exigia-se: reação de confronto, por parte de comunidades eventualmente pacíficas e desarmadas, ou a adoção, pelos povos tradicionais, do comportamento judicial da sociedade envolvente, sem atentar para evidentes diferenças culturais (MELLO; FAUNDES, 2021, pp. 157).

⁵⁴ O RE 1.017.365, de relatoria do Ministro Edson Fachin, discute, entre outros temas, a exigibilidade do marco temporal e do esbulho renitente, como condição para o reconhecimento do direito dos povos indígenas à terra. Ral recurso teve seu julgamento iniciado pelo Plenário do STF em 06.09.2021, após aproximadamente 5 (cinco) anos de tramitação, grande mobilização indígena e considerável resistência do governo federal, de alguns governos locais e de proprietários rurais. O caso conta com a participação de dezenas de *amicus curiae*, tendo comparecido ao Tribunal, para sustentação oral, nada menos que 35 (trinta e cinco) entidades, que se manifestaram ao longo de 2 (duas) sessões de julgamento inteiras. V. STF, 2021.

4.2. Caso Quilombolas: Direito à identidade cultural de comunidades remanescentes de antigos escravos

O debate sobre a identidade cultural das comunidades quilombolas – compostas por descendentes de antigos escravos fugidos, que mantiveram um modo de vida tradicional – tem por *leading case* uma ação direta de inconstitucionalidade⁵⁵ proposta pelo Partido da Frente Liberal – PFL. A ação voltava-se contra o Decreto nº 4.887/2003, do Presidente da República, que havia estabelecido o procedimento para demarcação das terras ocupadas por tais comunidades. O decreto dava cumprimento ao art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que assegurava aos remanescentes das comunidades dos quilombos a propriedade das áreas por eles ocupadas e determinava ao Estado que lhes emitisse os títulos respectivos⁵⁶.

O partido requerente postulava o reconhecimento da inconstitucionalidade do decreto, entre outros fundamentos, por entender que: (i) invadia esfera reservada à lei, cabendo a esta, e não a um decreto, dispor sobre o procedimento de demarcação das terras dos quilombolas; (ii) previa que o critério para o reconhecimento como comunidade quilombola era o da autoatribuição, abrindo caminho, segundo entendimento do requerente, a todo tipo de fraudes; (iii) conferia ao direito à terra alcance que abrangia não apenas as áreas de antigos quilombos, mas igualmente as necessárias à “reprodução física, social, econômica e cultural”, ampliando as terras objeto de proteção, sem previsão legal; (iv) determinava a titularidade coletiva do direito de propriedade da terra, quando a Constituição de 1988 nada dispunha nesse sentido.

O relator do caso manifestou-se no sentido de que o decreto era formalmente incompatível com a Constituição porque violava o princípio da legalidade. No seu entendimento, o dispositivo constitucional dependia de lei para a sua plena aplicação, e o decreto criava direitos e obrigações distintos daqueles previstos na norma constitucional em favor das comunidades quilombolas. Além disso, entendeu presente a inconstitucionalidade material do decreto, quanto: (i) ao critério da autoatribuição, (ii) ao alcance conferido às terras protegidas; (iii) à outorga de título coletivo às comunidades, em lugar da outorga de títulos individuais. Tal compreensão se assentava na convicção do relator de que uma regulação com tal abrangência não estava prevista na Constituição de 1988 e não podia ser derivada de

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal, ADI 3239, 2018.

⁵⁶ Constituição do Brasil de 1988, ADCT: “Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

interpretação sistemática de seu texto. O voto assinalava, ainda, que o decreto questionado tinha um grave potencial de desestabilização social e de aumento da violência no campo, na medida em que gerava expectativas ilegítimas com relação à posse e à propriedade de áreas de terceiros.

A maioria do STF, contudo, não acompanhou o relator. O voto que liderou a divergência afastou a alegação de inconstitucionalidade formal, ao fundamento de que o art. 68 do ADCT já havia definido o titular do direito nele previsto (os remanescentes das comunidades dos quilombos), o seu objeto (as terras por eles ocupadas), a condição para sua fruição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (o Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos). Além disso, a Constituição de 1988 havia previsto, em seu art. 5º, §1º, que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, de modo que, na dúvida, se deveria optar pela interpretação que garantisse tal eficácia. O voto invocou, ainda, a decisão da Corte IDH, proferida no caso *Mayagna (Sumo) Awas Tinguí*, mencionado no Caso Raposa Serra do Solo, no qual a Nicarágua foi responsabilizada por não adotar medidas legislativas ou administrativas necessárias a assegurar o direito de propriedade de povos tradicionais. Desta vez, contudo, o propósito da invocação era incentivar os demais membros do Tribunal a observar a interpretação da Corte IDH.

Quanto à inconstitucionalidade material, o STF concluiu que o critério da autoatribuição era absolutamente legítimo, na medida em que a Convenção nº 169 da OIT, incorporada ao ordenamento interno brasileiro, havia consagrado a “consciência da própria identidade” como elemento central para determinar a proteção aos grupos tradicionais⁵⁷. Observou, ainda, que a autoatribuição não constituía o único critério levado em conta para identificação das comunidades quilombolas, dada a necessidade de comprovação histórica e antropológica do elemento objetivo da ocupação tradicional e da ligação da comunidade com um antigo quilombo.

O STF também considerou legítimo o alcance conferido à proteção das terras, como aquelas necessárias à “reprodução física, social, econômica e cultural”, assim como válida a indicação da extensão da área pelos próprios interessados, porque tais medidas prestigiariam a identidade cultural de tais comunidades e a sua preservação e, mais uma vez, não eram o único critério levado em consideração, dada a necessidade de comprovação histórica e antropológica da tradicionalidade da ocupação.

⁵⁷ OIT. Convenção nº 169, art. 1º, item 2.

Por fim, quanto à outorga de título coletivo, em lugar de títulos individuais, o Tribunal entendeu que a providência estava em linha com o aspecto coletivo do reconhecimento dos quilombolas como comunidade tradicional, devendo tal título ser compreendido, analogamente ao que se afirmou quanto aos povos indígenas, no Caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388), como um instituto heterodoxo de direito constitucional (formatado pelo significado imaterial da terra para os povos tradicionais), e não como um instituto ortodoxo de direito civil (formulado à luz da compreensão do “homem branco”).

No que respeita ao direito internacional dos direitos humanos, além de basear-se na Convenção nº 169 da OIT, o Tribunal conferiu especial valor às decisões proferidas pela Corte IDH nos casos *Moiwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007), em que se afirmou o direito de propriedade da comunidade descendente dos *maroons* (escravos fugitivos) sobre as terras tradicionais com que mantinham relações territoriais específicas, nelas incluídos os recursos naturais imprescindíveis à sua subsistência. Mencionou, ainda, direitos semelhantes contemplados nas Constituições do Equador e da Colômbia.

Essa segunda decisão, proferida 9 (nove) anos depois do Caso Raposa Serra do Sol, parece ter reconhecido de forma mais ampla o direito à identidade cultural. Além disso, apresentou, com relação ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito comparado com outros países latino-americanos, um discurso absolutamente distinto. Foi respeitosa com relação à Convenção nº 169 da OIT, foi deferente com as decisões proferidas pela Corte IDH sobre a matéria e fez menção, ainda, às normas de outros países latino-americanos, levando em conta, portanto, em seu processo decisório, outras experiências pertinentes à questão em exame, em busca de standards reconhecidos internacionalmente⁵⁸. Adotou, assim, postura consentânea com o desenvolvimento progressivo de um constitucionalismo em rede.

4.3. Caso Religiões de Matriz Africana: Direito à identidade cultural (e à liberdade de religião) dos afrodescendentes

O terceiro caso a ser examinado corresponde a um recurso extraordinário em que se debateu a (in)constitucionalidade do sacrifício de animais em rituais religiosos de religiões de

⁵⁸ Para o exame de uma tendência progressiva do Supremo Tribunal Federal a referenciar as decisões produzidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Comissão Interamericana, v. MELLO; GRAÇA, 2020. Sobre a resistência que, por muitos anos, marcou tal interação e algumas de suas possíveis causas, v.: MELLO, 2019, pp. 254-286; e MELLO, 2020a.

matriz africana⁵⁹. No caso, uma lei do Estado do Rio Grande do Sul havia previsto que não infringia o Código Estadual de Proteção dos Animais o sacrifício ritual em cultos de religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Tal como posto pelas partes, o caso envolvia o questionamento da constitucionalidade da norma diante: (i) do direito dos animais à proteção contra o tratamento cruel⁶⁰ e (ii) do direito à isonomia, dado que só se permitira o sacrifício de animais em favor das religiões de matriz africana (art. 5º da CF). Em defesa da norma, (iii) alegava-se que a vedação ao sacrifício de animais implicaria violação à liberdade de religião e de culto, causando grave impacto sobre as religiões de matriz africana, que têm no sacrifício animal elemento essencial de seus rituais e da sua identidade como grupo⁶¹⁻⁶².

Esse é o contexto do caso em exame. Ele representava, em verdade, uma tentativa de acionar o órgão de maior hierarquia em matéria constitucional do país – menos para proteger os animais (abatidos em grandes quantidades todos os dias para fornecer alimentos, couro e diversos bens supérfluos) – mas sobretudo para reprimir religiões minoritárias que integram o núcleo essencial da identidade cultural de comunidades afrodescendentes, elas próprias alvo de todo o tipo de preconceito e estigma⁶³.

Ao apreciar o caso, o relator deu parcial provimento ao recurso extraordinário para afirmar a constitucionalidade do sacrifício de animais em ritos religiosos de qualquer natureza, desde que não fossem praticados maus-tratos e que a sua carne fosse consumida. No entendimento do relator, a laicidade do Estado não permite a supressão de rituais religiosos, especialmente no tocante às religiões minoritárias. Entretanto, a autorização para sacrifício de

⁵⁹ Supremo Tribunal Federal, RE 494.601, 2019. O contexto vivenciado pelo Brasil no que respeita às religiões de matriz-africana merece ser explicitado para que se compreenda o alcance da questão. A maioria da população brasileira professa fés cristãs (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010). Essas religiões estão avançando na conquista de fiéis e lograram, com o tempo, obter uma ampla bancada de representantes no Congresso Nacional. As religiões de matriz africana são fortemente minoritárias (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010). O candomblé e a umbanda, que são as mais representativas delas, perfazem o percentual de 0,3% de adeptos da população brasileira apenas. Trata-se de religiões associadas a comunidades afrodescendentes, fortemente estigmatizadas e alvo de grave violência (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃOS NO COMBATE À INTOLERÂNCIA RELIGIOSA, 2018, pp. 23-49).

⁶⁰ Constituição do Brasil de 1988, art. 225, § 1º, VII.

⁶¹ Constituição do Brasil de 1988, art. 5º, VI.

⁶² A postura do Estado, com relação a tais atos de violência, é de “leniência”, segundo palavras do Ministério Público Federal. Há uma baixa sensibilidade para a questão e uma espécie de inércia. As investigações de ataques contra centros religiosos não são levadas adiante, os responsáveis não chegam a ser punidos, os fatos são pouco noticiados e não alcançam o grande público. Há uma tendência à naturalização da violência e uma falta de reação típica de um racismo estrutural e institucional que acaba por realimentá-la (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃOS NO COMBATE À INTOLERÂNCIA RELIGIOSA, 2018, pp. 23-49).

⁶³ A análise (com a qual estamos de acordo) é do próprio Ministério Público Federal (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃOS NO COMBATE À INTOLERÂNCIA RELIGIOSA, 2018, pp. 23-49).

animais apenas em favor das religiões de matriz africana era discriminatória de outras religiões, devendo, por isso, ser-lhes estendida. Além disso, a tutela aos rituais deveria ser compatibilizada com a tutela aos animais, assegurando-se que esses não sejam submetidos a um sofrimento desproporcional e que sejam destinados ao consumo humano.

O relator ficou, contudo, vencido. A maioria aderiu a um entendimento mais protetivo de tais religiões, sustentado pela divergência. O primeiro ministro que abriu a divergência observou que o caso tratava do direito à liberdade de religião e, ainda, do direito à cultura. Em virtude disso, buscou compreender a prática religiosa e cultural que envolvia o sacrifício animal. Segundo se esclareceu, o animal é sacrificado, nos cultos das religiões de matriz africana, para ser consumido pelos praticantes. A sua utilização no ritual tem o propósito de energizá-lo. Há todo um cuidado em sua preparação, que inclui não o sujeitar a sofrimento, porque é considerado sagrado e seu sofrimento poderia atrair energias negativas. Não raro, inclusive, os praticantes da religião optam por criar tais animais eles próprios para assegurar-se de seus bons tratos, já que creem que qualquer prática que os agrida pode “macular a sua energia vital”.

Com base nessas constatações, o ministro divergente afastou a ideia de tratamento cruel aos animais. Observou, na sequência, que as práticas religiosas que estavam sendo impugnadas constituíam “patrimônio cultural imaterial”, na forma da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Unesco (artigo 2.2.c). Além disso, correspondiam aos “modos de ser, fazer e viver de diversas comunidades religiosas e se confundem com a própria expressão da sua identidade”, devendo ser protegidos por constituírem manifestações populares afro-brasileiras.

O voto líder da divergência defendeu, ainda, que a cultura afro-brasileira deveria ser objeto de proteção mais intensa pelo Tribunal do que aquela habitualmente dispensada à cultura de modo geral, por ser alvo de grave estigmatização e de racismo estrutural. Nessa medida, a proibição ao sacrifício de animais negaria “a própria essência da pluralidade, impondo determinada visão de mundo a uma cultura”, o que não encontrava amparo na Constituição. Estendeu a proteção do sacrifício de animais às demais religiões que o praticassem, mas reiterou que a tutela especialmente dirigida às religiões de matriz africana pela lei não violava a igualdade, posto tratar-se de cultura historicamente estigmatizada que, por tal condição, demandava proteção diferenciada.

Com base nesses fundamentos, a maioria do STF reconheceu a validade da norma, sem a imposição de qualquer condição, negando provimento ao recurso. Esse último caso, julgado em 2019, expressa um amplo reconhecimento da identidade cultural das comunidades afrodescendentes praticantes de religiões de matriz africana. Busca interpretar o significado do sacrifício animal a partir das suas práticas, estabelece uma relação entre tais práticas e a preservação de tais comunidades, e afirma o dever do STF de tutelar com intensidade diferenciada um grupo especialmente vulnerável.

A decisão recorre, ainda, ao direito internacional dos direitos humanos, para sustentar que a prática de sacrifício de animais, em tal contexto, constitui patrimônio cultural imaterial e que, nesta medida, tem de ser preservada, não apenas à luz da Constituição de 1988, mas igualmente à luz de *standards* internacionais. Ainda que não haja, no voto, um aprofundamento no direito internacional dos direitos humanos, tampouco referência à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a argumentação desenvolvida pelo STF é convergente com a concepção de um constitucionalismo em rede.

5. Decolonialidade, resistências e potencial emancipatório da aplicação de direitos fundamentais

A análise e a trajetória das decisões do Supremo Tribunal Federal, traçadas acima, dão conta de que há uma distância entre norma e prática constitucional e uma potencialidade de conformação recíproca entre ambas⁶⁴. Assim, o reconhecimento do direito de povos indígenas, de comunidades quilombolas e de afrodescendentes encontra uma resistência na

⁶⁴ Esse é o objeto da sociologia das constituições, por meio da qual se estudam as dinâmicas e as relações de implicação entre normas constitucionais e forças políticas, sociais e econômicas, assim como o crescente papel da justiça internacional no modo como os direitos vêm sendo aplicados, inclusive em âmbito constitucional doméstico (LIMA, 2008, pp. 51-68; COSTA, 2018; NEVES, 2019). Nessa linha, segundo Ferreira, se reconhecem, hoje, cinco grandes correntes: (i) corrente normativista, que incorpora ao direito constitucional teorias políticas e morais, tais como os trabalhos de Dworkin, Rawls, Alexy e Habermas; (ii) corrente luhmaniana, que sustenta que as constituições são uma reação à diferenciação entre direito e política; (iii) corrente baseada em Teubner, que defende um constitucionalismo transnacional, cujo objeto é não apenas o poder público, mas também o poder privado; (iv) corrente desenvolvida a partir de trabalhos de Thornill, que examina a relação entre constituição e diferenciação funcional, relacionando-se à transformação das ordens constitucionais e sua internacionalização; (v) a ideia de um constitucionalismo transformador construído de baixo para cima, como elemento de superação do paradigma liberal e colonial, com base em Boaventura de Sousa Santos (FERREIRA, 2019, pp. 21-28). Uma outra perspectiva para questão semelhante é oferecida por parte da literatura sobre ciências cognitivas e comportamentais e comportamento judicial, que demonstra que o processo decisório humano, o judicial, é, muitas vezes, involuntariamente determinado por vieses, heurísticas, preconceitos e preconceitos, que se relacionam com experiências de vida, posição social e grupos identitários, entre diversos outros fatores (MELLO, 2015; STRUCHINER e HANNIKAINEN, 2016; NOJIRI, 2021).

realidade, que é estruturada com base em hierarquias sociais, culturais, econômicas e políticas dos grupos hegemônicos que sempre estiveram no poder, desde nossa colonização, e que construíram narrativas de exclusão, naturalizadas e internalizadas pelas instituições⁶⁵.

No Caso Raposa Serra do Sol, essa resistência se expressa na afirmação de que terras indígenas deveriam ser sacrificadas em prol do desenvolvimento econômico dos Estados, de que o interesse de povos tradicionais deveria ceder diante de relevantes interesses nacionais, de que em determinadas hipóteses não haveria direito à consulta por parte de tais povos (a despeito do que diz o direito internacional), de que se deveria impor aos povos indígenas o marco temporal e a demonstração de esbulho renitente, interpretado à luz da cultura da sociedade envolvente, com condição para o reconhecimento do direito à terra. No Caso Quilombolas, a mesma perspectiva está presente na afirmação de que a autodeclaração e o direito às terras necessárias à sua reprodução cultural violariam o princípio da legalidade e abririam caminho à fraude. No Caso das Religiões de Matriz Africana, na pretensão de interferir sobre rituais religiosos com absoluto desconhecimento de suas práticas e significados. Trata-se, em todas as hipóteses, da afirmação de uma visão de mundo dominante, eurocentrada e subalternizante do outro, que não é capaz de compreender que não é universal ou de contemplar outras perspectivas⁶⁶.

Nessa medida, os discursos produzidos em juízo expressam preferências, prioridades e (des)conhecimentos excludentes ou includentes de grupos minoritários, que demonstram que o Direito pode ser implementado de modo a preservar o *status quo* ou, ainda, como instrumento emancipatório, que abre caminho à inclusão, ao pluralismo e à redução das desigualdades⁶⁷. O Caso Raposa Serra do Sol assegurou a demarcação contínua de uma comunidade injustamente desapossada e avançou (para a época) quanto ao reconhecimento de um universo de direitos em favor dos povos indígenas, mas também lhes opôs resistência e limitações, por meio da exigência do marco temporal e da rejeição ao direito à consulta. O condicionamento do direito à terra ao esbulho renitente, configurado por meio de conflito

⁶⁵ QUIJANO, 2005; COSTA, 2006, p. 84; MOREIRA, 2016, pp. 1559-1564; PIRES, 2018, p. 473.

⁶⁶ Sobre o universalismo, Abdias Nascimento assevera que: “Os povos africanos conhecem na própria carne a falaciosidade do universalismo e da isenção dessa ‘ciência’. Aliás, a ideia de uma ciência histórica pura e universal está ultrapassada.” (NASCIMENTO, 2009, p. 206). V. a categoria de “pluriversalismo” proposta por Grosfoguel (2012), como expressão do saber decolonial em contraponto ao universalismo.

⁶⁷ NASCIMENTO, 1982, p. 32; COSTA, 2002, 220; QUIJANO, 2005, p. 17; BERNARDINO-COSTA; GROSGOUEL, 2016, p. 215; MOREIRA, 2016, pp. 1580-1586; ELOY AMADO, 2017, pp. 83-104; PIRES, 2018, pp. 464-468. Moreira, por exemplo, reconhece expressamente o caráter emancipatório de algumas decisões do STF, tais como as que reconheceram as uniões homoafetivas e aquelas que afirmaram a constitucionalidade das cotas raciais, porque ajudam a desconstruir relações assimétricas de poder entre grupos.

fundiário ou ação possessória, claramente subordinava tais povos à compreensão e à narrativa hegemônica dominantes, com o efeito de restringir direitos. Tais povos, em resposta, organizaram sua resistência por meio de movimentos sociais e converteram também o Poder Judiciário em espaço de luta política por seu reconhecimento e visibilidade, respaldados pela Constituição⁶⁸. Como resultado, a discussão foi reaberta no Supremo Tribunal Federal.

No Caso Quilombolas, o mesmo comportamento de resistência à normatividade da Constituição esteve presente no voto do relator original. A votação do caso foi suspensa por um pedido de vista e teve seu julgamento retomado alguns anos mais tarde, quando a compreensão sobre o tema já havia avançado. Houve menor resistência por parte dos demais ministros e uma maior permeabilidade ao direito internacional dos direitos humanos, por meio do qual se empreendeu um diálogo com perspectivas mais inclusivas. Assim, se, por um lado, a normatividade da Constituição encontra resistências em práticas consolidadas e se sua mera existência não assegura a concretização dos direitos; por outro lado, ela também é capaz de interferir sobre tais práticas em alguma medida e o diálogo transnacional eventualmente contribui para a tarefa. Norma e cultura são, nessa medida, permeáveis e reciprocamente conformadoras e algumas decisões judicial produzem importantes avanços em temas de inclusão.

Considerações Finais

Como sustentado no princípio deste trabalho, o direito fundamental à identidade cultural corresponde ao direito de cada comunidade de conservar a sua própria cultura, espiritualidade e referentes cosmogônicos e de ter respeitados seus conhecimentos, língua, crenças, artes, moral, religião e formas de justiça e de organização. Trata-se de direito construído a partir de normas internacionais de caráter geral e regional e afirmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O direito fundamental à identidade cultural impõe ao juiz que aprecie o direito de uma determinada comunidade minoritária e vulnerável à luz da sua cultura, das suas práticas e dos significados que tal cultura lhes atribui.

O exame das constituições brasileiras anteriores à Constituição de 1988 demonstra que havia uma determinação constitucional homogeneizante e dominadora da tutela à cultura, que valorizava o saber branco europeu e que negava identidades de grupos minoritários, como

⁶⁸ ELOY AMADO, 2017, pp. 83-104; MELLO; FAUNDES, 2021.

índios e negros, a ponto de pregar a educação eugênica e a assimilação dos povos indígenas à cultura dominante. Nesse contexto, a única identidade cultural efetivamente tutelada à época – inclusive como um instrumento de poder – era a das elites dominantes.

A Constituição de 1988 representou, do ponto de vista do direito constitucional positivo, uma ruptura com tal proteção cultural homogeneizante. Não aludiu a um “direito fundamental à identidade cultural” com tal denominação, mas efetivamente assegurou tal direito. De fato, trouxe diversos dispositivos garantindo a proteção à cultura com um viés que incluiu a proteção aos diferentes “grupos formadores da sociedade brasileira”, abrangendo suas “formas de expressão”, seus “modos de criar, fazer e viver” e, portanto, a sua cosmovisão. A Constituição assegurou, ainda, de forma expressa, a proteção aos povos indígenas, às comunidades quilombolas e aos afrodescendentes, reconhecendo um dever especial de reparação por séculos de extermínio e de escravidão.

Entretanto, a efetividade da norma constitucional encontra resistência na cultura dominante, que possui sua própria normatividade e que oferece obstáculo à sua integral concretização. Essa resistência está retratada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, a implementação da proteção do direito fundamental à identidade cultural era bastante tímida. O direito internacional dos direitos humanos, por sua vez, era encarado com estranhamento e como uma ameaça. Um dos casos examinados acima – o caso Raposa Serra do Sol – chegou a negar expressamente a aplicação de norma da Convenção 169 da OIT, a aludir às decisões da Corte IDH como se representassem um risco à soberania do país e serviu de base a uma interpretação restritiva do direito dos indígenas à terra.

Com o passar do tempo, a proteção à identidade cultural parece ter se ampliado. A concepção de um direito à identidade cultural – ainda que não afirmada nesses termos na Constituição, mas inequivocamente acolhida em seus dispositivos – permitiu uma progressiva ressignificação das práticas de povos indígenas, quilombolas e afrodescendentes, gerando uma compreensão mais ampla e profunda da proteção das identidades de tais comunidades e atuando, nessas condições, como já assinalado, como um filtro hermenêutico.

Entretanto, tal desenvolvimento, é importante ressaltar, não deve ser compreendido como algo linear. Trata-se de um tema conflitivo, sujeito a avanços e recuos. Por outro lado, embora haja diversas alusões à tutela da identidade e da cultura de grupos minoritários, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não chegou a afirmar e a sintetizar um direito à

identidade cultural, tal como afirmado pela Corte IDH. A afirmação desse direito pelo Supremo Tribunal Federal, como uma categoria, é um passo essencial para tal avanço porque se prestaria a reconhecê-lo como um direito-matriz e como um filtro hermenêutico, poupando etapas argumentativas na tutela de tais grupos.

O avanço na tutela de identidade cultural, ao menos nos casos examinados, é marcado, ainda, por um tímido diálogo com o direito internacional dos direitos humanos e com o direito comparado. Há um início de sinalização, ainda acanhado, da possibilidade de construção de um constitucionalismo em rede. Essa sinalização merece a atenção da doutrina e da jurisprudência porque permite de avançar na proteção de tais grupos minoritários com base em *standards* mais robustos e porque abre caminho à incorporação de padrões supranacionais de tutela e, assim, reforça a proteção de *standards* mínimos de defesa contra políticas majoritárias recessivas de ocasião.

Em tais termos, a análise da prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal confirma nossa hipótese inicial de que a prática judicial enfrenta tensão entre as normas constitucionais e internacionais includentes e a realidade social excludente, ora contendo a efetividade dos direitos previstos na Constituição de 1988, ora possibilitando a construção de práticas mais igualitárias e plurais.

Referências

ALMEIDA, S. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

ASTRAIN, R. S; PEÑAFIEL, J. J. F. Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile). In: LEDESMA, M. (Ed.). *Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú, 2018.

BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BAUMAN, Z. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BERNARDINO-COSTA, J.; GROSGOUEL, R. Decolonialidade e perspectiva negra. *Revista Sociedade e Estado*, v. 31, n. 1, 2016.

BOGDANDY, A. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. *RDA*, v. 269, 2015.

BOURDIEU, P. The social space and the genesis of groups. *Social Science Information*, v. 24, n. 2, pp. 195-220, 1985.

BOURDIEU, P.; PASSERON, J. C. *Reproduction in Education, Society and Culture*. 2. ed. Nova York: Sage Publications, 1990.

CANÇADO TRINDADE, A. A. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, 1998.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

CARNEIRO, L. Educação e Eugenia. In: *Actas e Trabalhos do 1º Congresso Brasileiro de Eugenia*. Rio de Janeiro, 1929.

CARNEIRO DA CUNHA, M. *Legislação indigenista no século XIX: Uma compilação (1808-1889)*. São Paulo: Comissão Pró-Índio/Edusp, 1992.

CARNEIRO DA CUNHA, M. *Índios do Brasil: direitos e cidadania*. São Paulo: Claro enigma, 2012.

CARVALHO, J. M. A Utopia de Oliveira Vianna. In: CARVALHO, J. M. *Pontos e Bordados: Escritos de História e Política*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

CARVALHO, J. M. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV, 2014.

COSTA, B.; ROCHA, L. Sociologia das constituições: o constitucionalismo entre o normativismo e a teoria sistêmica. *Revista Brasileira de Teoria Constitucional*, v. 4, n. 1, p. 38-56, jan./jun. 2018.

COSTA, S. *As cores de Ercília: esfera pública, democracia, configurações pós-nacionais*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

COSTA, S. *Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

DÁVILA, J. *Diploma of Whiteness: Race and Social Policy in Brazil, 1917–1945*. Duke: Duke University Press Books, 2003.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de informações penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

ELOY AMADO, L. H. O despertar do Povo Terena para os seus direitos: movimento indígena e confronto político em Mato Grosso do Sul. *MovimentAção*, v. 4, n. 6, p. 83-104, 2017.

FACHIN, M. G; RIBAS, A. C; CAVASSIN, L. C. Perspectivas do controle de convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In: BOGDANDY, A; ANTONIAZZI, M. M; PIOVESAN, F. (Coord). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: Diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade*, v. 3. Curitiba: Juruá, 2016.

FAORO, R. *Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FAUNDES, J. J. “Derechos humanos y el reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina, en la perspectiva crítica del descentramiento intercultural”. In: OLVERA, J.; OLVERA, J.; GUERRERO, A. L. (Coords.). *Los pueblos originarios en los debates actuales de los derechos humanos*. México: Universidad Autónoma del Estado de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, Miguel Ángel Porrúa, 2017.

FAUNDES, J. J. (a). Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Izquierdas*, v. 45, 2019.

FAUNDES, J. J. (b). El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, set, 2019.

FERRER MAC-GREGOR, E. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata). In: PIOVESAN, F.; SALDANHA, J. M. L. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA E INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência*. Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

GARCIA RAMÍREZ, S. La Corte Interamericana de derechos humanos: Origen, vocación y cumplimiento. In: PIOVESAN, F.; SALDANHA, J. M. L. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GARCÍA ROCA, J.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; BUSTOS GISBERT, R. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, J. *et al.* (Ed.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Pamplona: Thomson Reuters, 2013.

GARGARELLA, R. The “New” Latin American Constitutionalism: Old Wine in New Skins. In: BOGDANDY, A; FERRER MAC-GREGOR, E; MORALES ANTONIAZZI, M.;

PIOVESAN, F (Coord.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. New York e Oxford: Oxford University Press, 2017.

GROSFUGUEL, R. Decolonizing western universalisms: decolonial pluri-versalism from Aimé Césaire to the Zapatistas. *Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, v. 1, n. 3, p. 88-104, 2012.

GUIMARÃES, U. *Discurso na Assembleia Nacional Constituinte*, em 5.10.1988. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-(10-23).html). Acesso em: 01 ago. 2019.

HÄBERLE, P. “Constituição “da Cultura” e Constituição “Como Cultura”: um Projeto Científico para o Brasil”. *RDU*, v. 13, n. 72, 2016.

HINKS, P; MCKIVIGAN, J (Eds.). *Encyclopedia of Antislavery and Abolition*. Londres: Greenwood Press, 2007.

FERREIRA, A. C. *Sociologia das constituições: desafio crítica ao constitucionalismo de exceção*. Porto: VidaEconômica, 2019,

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*: Educação 2018. 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf. Acesso em: 16 set. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2010*. 2010. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em: 16 set. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça*. 4. Ed. Brasília: IPEA, 2011.

JACKSON, V. C. “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, 2005.

LIMA, F. A sociologia constitucional como instrumento investigativo de desvelo das maquiagens da jurisdição constitucional. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v. 1, 2008, pp. 51-68.

LUCIANO, G. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas do Brasil de hoje*. Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização de Diversidade. Brasília: LACED/Museu Nacional, 2006.

MARINONI, L. G; MAZZUOLI, V. O. “Apresentação”. In: MARINONI, L. G; MAZZUOLI, V. O. (Org.). *Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MELLO, P. P. C. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, P. P. C. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: Constituição, emoção, estratégia e espetáculo*. São Paulo: GEN, 2015.

MELLO, P. P. C.; BARROSO, L. R. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *REVISTA DA AGU*, v. 15, p. 9-52, 2016.

MELLO, P. P. C. Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, 2019.

MELLO, P. P. C.; FAUNDES, J. J. Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra. In: ROSSITO, F. *et al.* (Orgs.). *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2019.

MELLO, P. P. C. (a). “El Papel del Juez Transformador em Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, avance y resiliência”. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. *MPIL Research Paper Series*, n. 2020-05, 2020.

MELLO, P. P. C. (b). Proteção à Vulnerabilidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+. *Revista da AGU*, v. 19, p. 17-43, 2020.

MELLO, P. P. C.; GRAÇA, F. O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? *Revista de Direito Internacional*, v. 17, p. 93-124, 2020.

MELLO, P. P. C.; FAUNDES, J. J. 50 tons de cinza: direito à identidade cultural, transições interculturais e cultura jurídica brasileira. *UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA*, v. 26, p. 141-169, 2021.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS; SECRETARIA NACIONAL DE CIDADANIA. *Estado Laico, Intolerância e Diversidade Religiosa no Brasil: Pesquisas, reflexões e debates*, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃOS NO COMBATE À INTOLERÂNCIA RELIGIOSA. *Nota Técnica: Livre Exercício dos Cultos e Liturgias das Religiões de Matriz Africana*. PGR-00418604/2018, 2018.

MOHALLEM, M. F. “Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America”. In: MÜLLER, A; KJOS, H. E. (Ed.). *Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

NASCIMENTO, A. Quilombismo: um conceito emergente do processo histórico-cultural da população afro-brasileira. In: NASCIMENTO, E. L. (Org.). *Afrocentricidade: uma abordagem epistemológica inovadora*. São Paulo: Selo Negro, p. 197-281, 2009.

NASCIMENTO, A. *O negro revoltado*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOJIRI, Sérgio. *Emoção e Intuição: como (de fato) se dá o processo de tomada da decisão judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2021.

OLIVEIRA VIANNA, F. J. *Evolução do Povo Brasileiro*. Col. Brasiliana – Série 5ª, v. 10. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIRES, Thula. “130 anos de Lei Áurea e 30 anos da Constituição de 1988: constitucionalismo e decolonialidade em perspectiva diaspórica”. In: GÓES, Luciano (Org.). *130 Anos de (des)ilusão: a farsa abolicionista em perspectiva desde olhares marginalizados*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

PRATA DE CARVALHO, A. G. “A biopolítica de Oliveira Vianna”. *Paranóptica*, v. 11, n. 1, 2016.

QUIJANO, A. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”. In: LANDER, E. (Org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales – perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2011.

QUIJANO, A. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. *Revista Estudos Avançados*, v. 19, n. 55, 2005.

RAMOS, A. C. “O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In: AMARAL JÚNIOR, A.; JUBILUT, L. L. (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SAGUÉS, N. P. *El “Control de Convencionalidad” como Instrumento para La Elaboración de un Ius Commune Interamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 20 jul. 2019.

SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, D. “Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões”. In: PIOVESAN, F.; SALDANHA, J. M. L. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

SILVA, J. A. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo Malheiros Editores, 2001.

SILVA, J. A. *Comentário Contextual à Constituição*. 9. Ed. São Paul: Malheiros, 2014.

SLAUGHTER, A. M. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA NETO, C. P; SARMENTO; D. *Direito Constitucional – teoria história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. A insustentável leveza do ser: sobre o arremesso de anões e o significado de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental, *Civilística.com*, a. 5, n, 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-insustentavel-leveza-do-ser/>>. Acesso em 20 ago. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “Representantes e associações de defesa dos povos indígenas questionam tese do marco temporal”. *STF*, 01.09.2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=472248&ori=1>. Acesso em 01 set. 2021.

TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VARELLA, M. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), como exigência parcial à obtenção do título de Livre-Docência em Direito Internacional, 2012.

VIEIRA, A. C. A.; ELOY AMADO, L.H. a aplicação do marco temporal pelo poder judiciário e seus impactos sobre os direitos territoriais do Povo Terena. *Revista da OAB/RJ*, v. 01, p. 02-32, 2018.

WARAT, L. A. “O outro lado da dogmática jurídica”. In: ROCHA, L. S. (Org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.