
TERRAS INDÍGENAS E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO: DUAS CATEGORIAS DE PROTEÇÃO (ETNO) AMBIENTAL EM CONFLITO? UMA ANÁLISE COM DWORKIN E STEPHEN KIRSTE

INDIGENOUS TERRITORIES AND CONSERVATIVE LANDSCAPES: TWO INCOMPATIBLE ORDERS OF PROTECTION? ANALYSING WITH DWORKIN AND STEPHEN KIRSTE

*Adriana de Oliveira Rocha
Procuradora Federal,*

*Núcleo da Matéria Finalística na Procuradoria Federal em Mato Grosso do Sul, Atua,
desde 2007, em processos que versam demandas contra a Fundação Nacional do Índio
– FUNAI, em razão de demarcação de terras indígenas.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Antinomia entre normas; 2 Direito como Integridade – a possibilidade de coexistência entre Unidades de Conservação de Proteção Integral e Terras Indígenas; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O direito coletivo dos indígenas à sua terra e o direito difuso ao meio ambiente equilibrado são os direitos em análise neste trabalho. Falsamente colocados em contraposição, a integridade de um não desestabiliza o outro, necessariamente. O respaldo para defender a integridade dos direitos em aplicação, vem de Dworkin, e do autor alemão Stephan Kirste, na parte que diz respeito à dignidade humana. Dignidade de resto expressa nos modos de criar, fazer e viver dos indígenas, mas também no meio ambiente equilibrado para atuais e futuras gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Dworkin, Kirste. Dignidade da Pessoa Humana. Terras Indígenas. Unidades de Conservação.

ABSTRACT: The collective right of indigenous peoples to their land and the diffuse right to the balanced environment are the rights under consideration in this work. Falsely placed in contrast, the integrity of one do not injure the other, necessarily. The mandate to defend the integrity of the rights comes from Dworkin and the German author Stephan Kirste, on the respect for human dignity. Dignity expressed in ways to create and living from the natives, but also on the environment balanced for current and future generations.

KEYWORDS: Dworkin. Kirste. Human Being Dignity. Indigineous Territories. Conservative Landscapes.

INTRODUÇÃO

Para conjugar normas aparentemente conflitantes é preciso uma arquitetura jurídica que leve em consideração a história de cada um dos direitos envolvidos, no sentido de construir uma resposta conformada à Constituição. O objetivo deste artigo é investigar a aparente antinomia entre o direito ao usufruto exclusivo indígena das terras tradicionalmente ocupadas por esses povos e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos contemplados no constitucionalismo brasileiro, a partir de 1988. Essa antinomia parece ficar mais visível no caso da superposição entre as unidades de conservação de proteção integral e as terras indígenas, sendo por isso, tomadas como objeto da investigação.

Este trabalho irá se contrapor ao pensamento de que a presença de populações indígenas nas áreas de proteção integral, tal como os parques, compromete a integridade dos atributos ambientais desses espaços. Para tanto irá aportar a doutrina de Dworkin que valoriza a história institucional dos direitos em contraponto, bem como irá se defender que o princípio da dignidade humana protege a identidade indígena relacionada com seus territórios.

Defender-se-á ainda, do ponto de vista do fato social, que a instituição de unidades de conservação em terras indígenas agregalhes valor e vice-versa. Cunhou-se então, para este texto, a expressão “proteção etnoambiental”, porquanto a mesma serve para demonstrar que a superposição, longe de se configurar um problema¹ em si mesmo, pode vir a ser tida como um modelo bem sucedido de conservação socioambiental.

Nesse sentido, nossa filiação a Dworkin e sua teoria do direito como integridade é essencial para o desenvolvimento do trabalho. Inspirados em que “a concepção de Dworkin pode ser melhor entendida a partir da sua tese da fusão – ou quase relação de indiferenciação – entre Direito, moral e política”², considerar-se-á a casuística e a história institucional de cada direito (ambiental e indígena).

No primeiro tópico é apresentado o problema da aparente antinomia de normas que asseguram, de um lado, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e de outro, o usufruto exclusivo dos indígenas em suas terras. A segunda abordagem diz respeito à possibilidade de coexistência entre Unidades de Conservação de Proteção Integral e Terras Indígenas Nas

1 A respeito da forma de encarar os direitos indígenas não como tema, mas como suposto “problema”, veja-se uma boa abordagem feita por Paulo Thadeu GOMES DA SILVA, *Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo*, ensaio publicado na *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 2, p. 113-138, out. 2008.

2 CHRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. 2. reimpressão, Curitiba: Juruá, 2009. p. 260.

conclusões se apresenta uma proposta de solução para o problema sugerido, tendo por perspectiva o direito como integridade de Dworkin.

1 ANTINOMIA ENTRE NORMAS

A solução clássica para as chamadas antinomias entre normas passa pelos critérios da hierarquia, cronologia e especialidade. Por esses critérios as normas do art. 225, § 1º, III e 231, § 2º da Constituição Federal não encontrariam canal de solução, se tivessem que ser confrontadas, porquanto: são de mesma hierarquia, editadas a um só tempo e não se pode afirmar da generalidade de uma a ser superada pela especialidade de outra. Porém, uma terceira norma constitucional (art. 216) indica que constituem patrimônio cultural brasileiro passíveis de promoção e proteção (parágrafo 1º) os modos de criar, fazer e viver (inciso II) dos grupos formadores da sociedade brasileira. Os indígenas – cerca de 230 povos, falantes de 195 línguas³ – constituem alguns desses grupos, sendo que sua diversidade, e a riqueza cultural decorrente, ainda não foram bem percebidas e valorizadas pela sociedade majoritária. O art. 216 da Constituição Federal não pode, por sua vez, ser visto separadamente do fundamento estruturante do Estado Democrático de Direito⁴ que é princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III), princípio este que, de qualquer modo, encontra concreção no respeito à organização social indígena, ou seja, nos seus modos de criar, fazer e viver. Desse modo, a solução jurídica para o aparente *nó górdio* entre normas que devam ser aplicadas ao mesmo tempo e no mesmo espaço territorial deve necessariamente levar em conta a existência física e cultural desses grupos, cujos direitos territoriais de resto são originários e vêm sendo reconhecidos desde a instalação da Colônia no Brasil⁵

Vistas essas considerações sobre a importância do território na sociabilidade autóctone, é preciso levar em conta que, de acordo com a legislação brasileira as unidades de conservação de proteção integral

3 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Cultura com Aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 286.

4 “Nesta perspectiva ampliada, Gustavo Tepedino conclui que a prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II e III, CF/88) como fundamentos da República, aliados à garantia substancial (art. 3º, III, CF/88) e formal (artigo 5º, CF/88), bem como a garantia residual consagrada no § 2º do artigo 5º da CF/88, no sentido da não exclusão de garantias e direitos mesmo que não expressos decorram dos princípios do texto maior, além de condicionarem o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da personalidade humana, tomada como valor máximo do ordenamento.”; CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 91.

5 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os Direitos do Índio*: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 58-62.

são incompatíveis com a presença humana. Esta é a ideia positivada na lei brasileira que regula o sistema nacional de unidades de conservação, o SNUC (Lei n. 9.985/00, art. 42 e parágrafos).^{6 7}

Ocorre que a lei deixou em aberto a possibilidade de que tais unidades, juntamente com as terras indígenas, possuam uma configuração diversa das demais, onde não exista a sobreposição. Isto foi assegurado pelo artigo 57, e parágrafo único, da Lei do SNUC, que textualmente previu:

Art. 57. Os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista deverão instituir grupos de trabalho para, no prazo de cento e oitenta dias a partir da vigência desta Lei, propor as diretrizes a serem adotadas com vistas à regularização das eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação. Parágrafo único. No ato de criação dos grupos de trabalho serão fixados os participantes, bem como a estratégia de ação e a abrangência dos trabalhos, garantida a participação das comunidades envolvidas.

Defendemos que o direito à ocupação tradicional indígena e os direitos a ela correlatos (crenças, costumes e tradições) não afetam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tratando-se na verdade de uma falsa antinomia. Não há se falar sequer em inconstitucionalidade da lei do SNUC perante as regras que garantem o usufruto exclusivo dos indígenas sobre seus territórios, visto que, justamente, a cláusula de abertura do artigo 57, permite que haja a convivência de populações tradicionais com as áreas protegidas integralmente, a partir de um consenso ou pactuação com vistas à regularização das superposições.

6 É preciso igualmente asseverar que unidades de conservação no Brasil, não raro são criadas em áreas que se poderia classificar de territórios de refúgio, termo cunhado por Arruti (2006), para descrever “*territórios marginais ao capital, cujos recursos ambientais foram mantidos relativamente preservados em função de uma exploração econômica de base tradicional, com baixo nível de mercantilização. Territórios que só estão em condições de servirem à cobiça do capital, hoje, porque estavam sob a posse de um tipo de população que não os explorou até ao esgotamento*”. ARRUTI, José Maurício Andion. “Qual a contribuição do debate sobre comunidades quilombolas para o debate sobre racismo ambiental”. In: HERCULANO, Selene; PACHECO, Tania (Org.) *Racismo Ambiental – I Seminário Brasileiro contra o Racismo Ambiental*. Rio de Janeiro: Fase, 2006. p. 41.

7 Do ponto de vista puramente patrimonial, se é que existe tal perspectiva apartada de outras, a terra tem sido vista como capital imobilizado, suporte para exploração econômica, objeto, enfim. Todavia, ainda que assim imaginada, “*a terra é construção cultural, porquanto, sem o homem e suas relações sua existência é alheada de significado, parte do mundo natural apenas mas, enquanto construção histórica, a terra se liga às relações de parentesco, vizinhança, profissão e credo. Ela é isso e muito mais. Sua função econômica é uma entre muitas outras. Ela é o local de moradia, é a visualização de paisagem, é também segurança física. Separar a terra do homem e organizar a sociedade de forma tal às exigências de um mercado imobiliário foi parte vital do conceito utópico de uma economia de mercado*”. MOTTA, Márcia. *Direito à terra no Brasil: a gestação do conflito, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009. p. 265-266.

2 DIREITO COMO INTEGRIDADE – A POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA ENTRE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL E TERRAS INDÍGENAS

Na perspectiva dworkiniana os direitos têm história institucional e esta é balizadora das soluções que se queira dar a problemas jurídicos, como o que aqui se discute. Neste tópico, tratar-se-á das normas constitucionais que amparam tanto a territorialidade indígena quanto o direito ao meio ambiente ecologicamente sadio para todas as pessoas das presentes e futuras gerações. A ideia é considerar que esses direitos e princípios, ainda que incorporados na Constituição Federal, necessitam ser dimensionados de forma a garantir sua convivência. Para tanto, nos valeremos da doutrina do professor norte-americano Ronald Dworkin, cuja visão do direito é de que os princípios, embora distintos das regras, por poderem estar ou não positivados, devem ser lidos, compreendidos e aplicados como se fossem lei (normatividade dos princípios), tal qual um romance em cadeia, interrelacionando-se com outros padrões de decidibilidade (política, moral, jurisprudência, costumes) na busca de uma solução para um determinado problema jurídico.

Preconiza também o professor que há princípios mais e menos importantes, sendo possível medir-lhes o peso ou, precisamente, a importância no momento de uma decisão jurídica. No caso do presente trabalho, defende-se que a permanência de indígenas em áreas de proteção ambiental integral – espaços territorialmente protegidos de uso indireto – em nada compromete a saúde ecológica desses ambientes. E que, se alguma solução não harmoniosa tiver que se dar em eventual conflito de interesses entre o direito ambiental e o direito territorial indígena, o último deve prevalecer, porquanto, em final análise, é direito equivalente ao de personalidade (etnicidade) dos habitantes originários de áreas, que só modernamente vieram a ser eleitas como de proteção ambiental.

Dworkin, em sua conhecida obra *Levando os Direitos a Sério*⁸, cuja primeira edição data de 1977, defende que o direito deve ser visto como integridade. Preconiza também o professor, que “frequentemente há uma única resposta correta para questões complexas de direito e moralidade política.”⁹. Dworkin é chamado de pós-positivista pela doutrina, porquanto defende o “encaixe” do fato social a um direito preestabelecido, firmado nos princípios, afastando-se, contudo, do positivismo clássico, porquanto teoriza que tal direito preestabelecido é fruto de uma construção histórica:

8 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

9 *Ibidem*, p. 429.

Admito que os princípios do direito são às vezes tão equilibrados que os que favorecem o demandante parecerão, tomados em conjunto, mais fortes a alguns advogados, mas a outros, mais fracos. Sustento que mesmo assim faz sentido que cada uma das partes reivindique a prerrogativa de sair vencedora e, em decorrência disso, de negar ao juiz o poder discricionário de decidir em favor da outra. [...] Contudo, insisto que, mesmo nos casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização.¹⁰

O positivismo pretende afastar do direito os valores (axiomas) e referências sociológicas, remetendo a outras ciências – filosofia e sociologia – esses objetos. Para o juspositivismo a atividade de aplicação do direito é quase mecânica. Dworkin inverte esta lógica, e demonstra teoricamente, que o intérprete filtra a norma jurídica por meio de seu maior ou menor conhecimento e utilização da história institucional do direito do qual ela é suporte:

Devo sustentar que a prática do Direito é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos específicos ou textos legais, mas de forma geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e magistrados não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. No entanto, o Direito não é uma questão de políticas pessoais ou partidárias, e uma crítica do Direito que não entenda essa diferença proporcionará uma má compreensão e uma orientação ainda pior. Proponho que possamos melhorar nossa compreensão do Direito pela comparação da interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, particularmente na literatura. Também espero que o Direito, quando melhor entendido, proporcione uma melhor compreensão do que a interpretação é em geral.¹¹

Sabe-se então, que o autor não vê o direito como simples exercício de subsunção do fato à norma jurídica, mas como trabalhoso ofício de interpretação, através da qual, é gerada integridade para a resposta dada a certo problema jurídico, visto que a história institucional do direito ou direitos postos em comparação é levada em conta pelo intérprete (juiz, legislador, e os próprios titulares de direitos), como num romance escrito

10 DWORKIN, op. cit., 2007. p. 430.

11 DWORKIN, Ronald. "O Direito como interpretação", In: *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*, Anderson Vichinkeski Teixeira, Elton Somensi de Oliveira (org.), Barueri, SP: Manole, 2010. p. 14.

a várias mãos e sucessivamente. Daí a associação da interpretação jurídica com outros tipos de interpretação, mormente a literária.

Segundo ainda Dworkin, há que se considerar que princípios são distintos de regras e que uma distinção a se fazer entre eles está na chamada dimensão de peso ou importância, da qual as regras seriam desprovidas, mas não os princípios. O autor afirma que o critério de solução de um conflito entre os princípios é perguntar qual o peso e a importância têm um e outro princípio em uma situação de antinomia entre eles

[...] Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política em particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.¹²

Já as regras devem se submeter à critérios que cada sistema jurídico preconiza para solução da antinomia entre elas. Dworkin chama esses critérios de considerações que estão além das próprias regras (critérios de hierarquia, temporal e de especialidade “ou outra coisa desse gênero”).

Partindo dessa doutrina, compreendemos que as disposições constitucionais atinentes aos direitos indígenas sobre seus territórios e aquela que elege os espaços territorialmente protegidos, como parte da efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devem ser vistas *em relação* e apoiarem-se mutuamente para construir uma solução comum para tais espaços de convivência. Todavia, se de todo, a superposição entre uma unidade de conservação de proteção integral for entendida como restritiva ao usufruto indígena, este último deve prevalecer, em razão do princípio protetivo da dignidade humana e sua inerência com o atributo jurídico de ser sujeito de direito, conforme se explicitará a seguir.

Para o autor alemão Stephan Kirste¹³, em sua obra elucidativa sobre o fundamento jurídico do princípio da dignidade humana, o “sentimento moral” é apenas uma das concepções filosóficas que servem de filtro para que se chegue a um conceito propriamente jurídico sobre tal princípio tão

12 DWORKIN, op. cit., 2010. p. 42-44.

13 KIRSTE, Stephan. “A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito”. In: *Dimensões da Dignidade; ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Béatrice Maurer...[et. al.]; Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 175-198.

caro ao moderno direito no Ocidente. Todavia, segundo ele, tal sentimento ainda é insuficiente para definir a dignidade humana em termos jurídicos.

Kirste defende que, assim como a moral, a história serviu de método para se chegar ao conceito jurídico de dignidade, já que certos fatos históricos da modernidade ocidental alcançaram um tal grau de repúdio na comunidade mundial que geraram constituições onde o princípio da dignidade passou a ser obrigatório, a exemplo da Constituição alemã de 1949. Ainda assim, a vagueza da definição em termos jurídicos persistiu.

Outra tentativa de objetivação do princípio está em atribuir a ele o caráter de alvo supremo de todo o Direito. Inobstante, ainda se está longe de poder-se extrair dessa adjetivação consequências jurídicas. “Conceituações dessa natureza provêm de Constituições que se referem à dignidade somente no Preâmbulo ou no texto de forma meramente indicativa. [...] Algumas constituições, contudo, dão espaço a concepções intermediárias.”¹⁴. Anotamos que este último parece ser o caso da Constituição brasileira.¹⁵

Entre mais algumas teorias que o autor analisa na obra citada, Kirste acaba por reivindicar o reconhecimento da dignidade como princípio *normativo*, isto é, capaz de gerar consequências jurídicas, a partir da distinção entre a dignidade humana e o titular desta dignidade. Em síntese, há que se encontrar objetivamente o sujeito daquela.¹⁶ “A tarefa consiste [...] em apresentar uma concepção de dignidade humana que combine a relevância formal de um direito subjetivo com o conteúdo tradicional do qual a dignidade humana é o valor supremo na filosofia moral.”¹⁷ Para resolver este problema, Kirste propõe que a dignidade humana seja vinculada ao conceito de pessoa no Direito.

Kirste afirma que o princípio da dignidade deve ser entendido como autoaplicável, o que ele chama de “sentença jurídico-normativa”. Para que a aplicabilidade independa de regras que traduzam o princípio é preciso dar-lhe conteúdo normativo. E o conteúdo normativo do princípio, segundo o autor alemão, é o reconhecimento de que todo ser humano é sujeito de direitos, ou seja, “ser sujeito de direito é possuir a maior dignidade que o Direito proporciona; significa ter a capacidade de fazer uso jurídico da própria liberdade. [...] O conteúdo do direito da dignidade humana é, assim, o direito fundamental de ser reconhecido como sujeito de direito.”¹⁸

14 KIRSTE, op. cit., p. 184.

15 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

16 KIRSTE, op. cit., p. 188.

17 Ibidem, p. 189.

18 Ibidem, p. 194-195.

Dessa maneira, o sentimento moral que pode permear esse princípio, consegue transitar para o ordenamento através de uma concepção já existente e axial em qualquer sistema jurídico: a subjetividade jurídica. Ser um sujeito, ou pessoa de direito, portanto, é o bastante para atrair a plena proteção do princípio da dignidade. E o mais importante dessa conclusão de Kirste, dizendo com as minorias étnicas: “esse direito [dignidade humana entendida como direito à personalidade] teria impedido que se negasse, a judeus e ciganos, o *status* jurídico como pessoas no Terceiro Reich. Tal direito não necessita e não deve ser ponderado com outros direitos e valores, sendo, nesse sentido, absoluto: ninguém por ser ‘mais’ ou ‘menos’ sujeito de direito.”¹⁹

Seria agora cabível indagar por que os direitos das minorias étnicas indígenas brasileiras foram ganhando em significado e alcançaram a positivação na Carta constitucional? A resposta só pode derivar da sua associação com o princípio da dignidade humana. Se as terras indígenas constituem “espaços simbólicos de identidade, produção e reprodução cultural, não sendo, portanto algo exterior à identidade, mas imanente a ela”, como adverte Deborah Duprat²⁰, não será penoso compreender que muito além de substrato físico de existência, o que está em causa é a identidade desses povos, ainda que um único sujeito de direito indígena necessite de proteção para exercê-la.²¹

Noutro aspecto, não se pode deixar de constatar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também não refoge à vinculação ao princípio da dignidade. Todavia, sabe-se que as comunidades indígenas, diferentemente das populações ocidentalizadas, mantêm uma relação cosmo-simbólica²² com o meio ambiente e que disto advém sua especificidade (etnicidade, identidade...) enquanto grupos humanos. Busca-se, portanto,

19 KIRSTE, op. cit., p. 195.

20 DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, Deborah macedo. *O Estado pluriétnico*. Além da tutela; bases para uma nova política indigenista III. Antônio Carlos de Souza Lima e Maria Barroso-Hoffmann (orgs.), p. 46.

21 A Funai (Fundação Nacional do Índio) expediu portaria para interditar a área onde vive o chamado “Índio do Buraco”, no sudoeste de Rondônia, o último remanescente de uma etnia desconhecida que vive ainda sem contato com a sociedade nacional. A Terra Indígena Tanaru, como passará a ser conhecida a propriedade, ampliou em aproximadamente três mil hectares a antiga proteção jurídica do território, hoje com 8.070 ha. Publicada no Diário Oficial no dia 30 de outubro, a Portaria nº 1371 impede o ingresso de qualquer pessoa na área, considerada de uso exclusivo do indígena: Disponível em: <http://www.funai.gov.br/ultimas/noticias/2_semestre_2006/Novembro/un1107_005.htm. Acesso em: 15 jun. 2010.

22 Sobre a diferença quanto ao conceito de “ambiente natural” segundo o conhecimento ocidental e aquele oriundo das sociedades ameríndias, Rinaldo ARRUDA anota: “nesse sentido, Descolla (1997) ressalta que as cosmologias indígenas amazônicas não fazem distinção ontológica entre humanos e animais. O autor enfatiza a idéia de interligação entre todas as espécies, incluindo a humana, ligadas por vasto *continuum* governado pelo princípio da sociabilidade, no qual a identidade dos humanos, vivos ou mortos, das plantas, dos animais e dos espíritos é completamente relacional e, portanto, sujeita a mutações.” in *Etnodesenvolvimento e políticas públicas*: bases para uma nova política indigenista. Antônio Carlos de Souza Lima e Maria Barroso-Hoffmann [orgs.], p. 148.

na proteção aos modos de criar, fazer e viver, consagrados no artigo 216, da Carta constitucional (modos de *exercício da identidade*, seja individual, seja coletiva) a dimensão de peso necessária para, na aparente colisão entre os princípios, dar como resposta adequada à Constituição aquela que preconiza a permanência dos indígenas nas unidades de conservação de uso indireto e a inafastabilidade de sua participação da gestão dessas unidades.

Juliana Santilli, cuja produção doutrinária na área do direito ambiental relacionada ao socioambientalismo e populações tradicionais é de largo conhecimento e aceitação, defende que “a Constituição brasileira representou um grande avanço na proteção dos bens culturais, tendo consagrado uma nova e moderna concepção de patrimônio cultural, mais abrangente e democrática. A Constituição ampliou o conceito de patrimônio cultural (art. 216, CF/1988), reconhecendo sua dupla natureza - material e imaterial - e incluindo entre os bens culturais as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver e as criações científicas, artísticas e tecnológicas dos diferentes grupos sociais brasileiros.”²³

Sustentamos que o direito como integridade preconizado por Dworkin não poderia separar (e pior, contrapor) as tutelas do meio-ambiente, dos direitos territoriais indígenas e do patrimônio cultural nacional traduzido, entre outros, nos modos de criar e fazer e viver dos povos indígenas. A proteção deve se dar em concerto, sob pena de quebra dessa integridade. Esta circularidade não poderia se dar, se os direitos não fossem compreendidos de forma íntegra e adequada à Constituição.

De outro viés, o liame que une todos os direitos fundamentais é a dignidade humana. Em comentário à Constituição Federal, José Francisco Cunha Ferraz Filho, coloca a dignidade da pessoa humana como “o valor-fonte de todos os direitos fundamentais”.²⁴ Assim também se expressa Kirste, para quem, com apoio em Nipperdey, a dignidade humana é “a raiz e fonte última de todos os direitos fundamentais formulados posteriormente”, concluindo que a dignidade humana garante aos indivíduos – e, acrescentaríamos, aos coletivos humanos – a capacidade de ter *outros direitos*.

Ou seja, o princípio para além de ser uma “cláusula geral”, possui um conteúdo normativo, a subjetividade jurídica, e dela emanam ou decorrem os demais direitos fundamentais. Não há automaticismo, pois, em considerar

23 SANTILLI, Juliana. A agrobiodiversidade, os instrumentos jurídicos de proteção ao patrimônio cultural e o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Snuv). *Revista de Direito Ambiental*, n. 56, p. 93, out./nov. 2009.

24 FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. *Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Antônio Cláudio Costa Machado (org.). Anna Cândida da Cunha Ferraz (coord.). Barueri, SP: Manole, 2010. p. 5-6.

que a dignidade humana dá respaldo aos direitos individuais e coletivos indígenas relacionados com a personalidade. É possível localizar na própria Constituição os direitos correlatos à ocupação tradicional indígena, além do usufruto exclusivo, e também os direitos culturais desses povos como formadores da sociedade brasileira, expressos nos modos de criar, fazer e viver. Se esses modos constituem patrimônio imaterial, coletivo e indissociável dessas comunidades, podemos concluir que esta norma é aquela capaz de balizar os direitos interrelacionados (ambiental e territorial indígena). Há uma aparência, um signo, uma concretude, portanto, dados ao princípio da dignidade humana no patamar da própria Constituição no que diz respeito aos indígenas. Ela emerge como o direito a manter suas identidades e personalidades jurídicas ligadas aos seus territórios, porquanto é neles que se dá o “criar, fazer e viver” aludidos na Carta Constitucional, e não noutros lugares não-identitários.

3 CONCLUSÕES

Os conflitos surgidos quando da presença de populações indígenas em unidades de conservação ambiental não traduzem alguma espécie de voluntarismo dessas populações em aí simplesmente permanecerem (ocupam, em verdade, seus *lugares identitários*). Suas áreas de ocupação mais das vezes são as que restaram intocadas, frente à ânsia do aproveitamento econômico²⁵, dado que comprovadamente as formas da economia autóctone são de baixo impacto ambiental²⁶. Não se afiguraria ético, pois, estabelecer a conservação ambiental estrita nos ambientes indígenas, ou seja, seus espaços *identitários* e de refúgio, com vistas a restringir o usufruto dessas populações.

25 Para uma interessante análise sobre o tema do capitalismo *versus* etnocídio pode-se consultar o texto precisamente denominado “Etnocídio”, do pensador francês, já citado neste trabalho, Pierre CLASTRES. Nele o etnólogo sustenta, ainda nos idos dos anos 1970, que “a sociedade industrial, a mais terrível máquina de produzir, é por isso mesmo a mais terrível máquina de destruir. Raças, sociedades, indivíduos; espaço, natureza, mares, florestas, subsolo: tudo é útil, tudo deve ser utilizado, tudo deve ser produtivo; de uma produtividade levada a seu regime máximo de intensidade”. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. p. 91.

26 Estudos do etnógrafo Marshal Sahlins, citado por CLASTRES (op. cit. págs. 175-195), informam que as sociedades arcaicas (ou primitivas) não vivem para produzir, mas produzem para viver, no que se distinguem radicalmente do modo de produção capitalista. Sahlins cunhou o termo “modo de produção doméstica” (MPD) para analisar diversas sociedades em continentes diversos, concluindo que a *subprodução*, até um certo limite não comprometedor da vida social, é a regra entre essas sociedades. CLASTRES, Pierre comenta: “O MPD assegura assim à sociedade primitiva uma abundância medida pela igualização da produção às necessidades, ele funciona tendo em vista a total satisfação delas e recusando a ir mais além. Os selvagens produzem para viver, não vivem para produzir.” (p. 183). Um tal modo de produção evidentemente não traz em si a possibilidade de fazer escassear os recursos naturais, ou degradar o meio ambiente, do qual, de resto, dependem os indígenas. Importante ainda anotar que a economia indígena, mais das vezes, não subsiste separada da vida social, religiosa, ritual etc., atividades que, a seu turno, exercem igualmente o poder limitador de que se fala.

O direito cultural e identitário dos indígenas, direito de personalidade em última instância, pois que identidade e personalidade para os indígenas estão indissolvemente ligados, tomando inclusive um caráter coletivo implica em habitarem suas áreas de ocupação tradicional.²⁷ Preconiza-se que os indígenas possuem um estatuto identitário que se confunde com o direito de personalidade (só se é índio se houver identidade assim reconhecida pela comunidade da qual faz parte, ou seja, a *persona* do indígena surge de sua vida comunal). Por isso, o *ser índio* está imbricado necessariamente com o princípio da dignidade humana, substrato último do direito à personalidade. Por ser o princípio da dignidade humana fundador de todo o arcabouço jurídico, a identidade coletiva indígena possui proteção de peso mais relevante frente a outras normas, quer na Constituição, quer no ordenamento infraconstitucional. Um tal direito à personalidade, no sentido que lhe empresta Kirste²⁸, da ordem de provocar a ruptura social e levar ao etnocídio, se violado, não pode ceder lugar à já ultrapassada ideia de que a proteção ao meio ambiente prescinde do elemento humano, ainda que os parques nacionais sejam parte dos instrumentos necessários a garantir o meio ambiente equilibrado para atuais e futuras gerações. Por seu turno, a norma contida na última parte do artigo 225, III, da Carta, que veda a utilização dos espaços territorialmente protegidos, quando comprometida a integridade de seus atributos, não é de ser ignorada. Sucede que esses atributos precisam ser aquilatados também sob a ótica das populações indígenas e não podem ser aprioristicamente dados como violados segundo a simples presença humana nesses locais.

O mais importante, todavia, é não amesquinhar o sujeito de direito indígena pela restrição ao usufruto exclusivo, posto que, a pesquisa etnográfica e antropológica disponível indica que os *usos indígenas* de seus espaços territoriais diferem ontologicamente do uso que se empresta ao ambiente pela cultura ocidental. Ou seja, a antropologia aponta que os indígenas não fazem uma distinção substancial, como nós, entre natureza e cultura, o que torna afrontoso à dignidade o seu afastamento dos lugares de pertencimento ou identitários.

27 "A ligação do índio com a terra é a que foi sempre. A identidade, o modo como ele se percebe no mundo, o que ele diz que é como pessoa no mundo passa pela terra. Ou seja, a terra é a mediação fundamental no processo de constituição da identidade do índio, seja como pessoa, seja como coletividade". FONTELES, Babi; entrevista para o jornal "O Povo". Disponível em: <http://c6r6.pgr.mpf.gov.br/institucional/clipping/clippings/21_06_2010.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2010.

28 "Sem as pessoas de direito, não haveria leis. Sua capacidade de serem sujeitos de imputação das leis constitui a base de todas as relações jurídicas. O contrário, todavia, também é verdade; sem o direito não haveria pessoas de direito. Assim como a perfeição ética do ser humano é traduzida pela personalidade livre, enquanto base de sua dignidade, na condição de 'persona moralis', no Direito a personalidade é o fundamento de todos os demais direitos.", op cit., p. 197.

O direito visto como integridade, observada a história institucional de ambas as proteções, necessita, assim, procurar estabelecer uma solução negociada, paritária, não assimétrica entre os direitos ambientais difusos (de todos os sujeitos de direito) e os direitos individuais e coletivos indígenas. Deve-se levar em conta, ainda, as instâncias políticas e de direito interno dos indígenas, compreendendo para isso a consulta prévia e informada às populações indígenas nos termos aventados pela Convenção 169 da OIT²⁹. Tal solução (ou soluções) deverá ser compatível, com a convivência entre as duas categorias de afetação de um mesmo território, no caso, uma unidade de conservação de uso indireto superposta à Terra Indígena, resultando dessa integridade do direito o reconhecimento da existência das áreas de proteção *etnoambiental* de que fala o título deste trabalho.

REFERÊNCIAS

ABI-EÇAB, Pedro. 2008. *Presença Indígena em Unidades de Conservação*. 160 p. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 13.177, 21 dez. 1973.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

BRASIL. Decreto n. 1.141, de 19 de maio de 1994. Dispõe sobre as ações de proteção ambiental, saúde e apoio as atividades produtivas para as comunidades indígenas. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 7.443, 20 maio 1994.

BRASIL. Lei n. 9.985, de 18 de Julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 10, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 19 jul. 2000.

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de Abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 01, 20 abr. 2004.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os Direitos do Índio: Ensaios e Documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

²⁹ Convenção 169, OIT, art. 6º.

_____. *Legislação Indigenista no Século XIX: uma compilação*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992.

_____. *Cultura com Aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

CLASTRES, Pierre. *Crônica dos Índios Guayaki: o que sabem os Aché, caçadores nômades do Paraguai*. Rio de Janeiro: ed. 34, 1995.

_____. *A sociedade contra o Estado – Pesquisas de Antropologia Jurídica*. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

_____. *Arqueologia da Violência – pesquisas de antropologia política*. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FUKUDA, Juliana Cristina. 2009. Sobreposição de Unidades de Conservação e Terras Indígenas: o caso da área do Parque Nacional do Monte Roraima e a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. p. 33. *Monografia de Especialização*. Universidade de Brasília, Distrito Federal.

HERCULANO, S.; PACHECO, T. (Org.) *Racismo Ambiental – I Seminário Brasileiro contra o Racismo Ambiental*. Rio de Janeiro: Fase, 2006. p. 331.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

KOCH-GRÜNBERG, Theodor. Vom Roraima zum Orinoco: <http://www.brasiliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/01011110/010111-1_IMAGEM_023.jpg>. Acesso em: 15.06.2010 (fotografia página frontal).

LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: o mito da tutela indígena*. São Paulo: Baraúna, 2009.

LEUZINGUER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

MIRAS, Júlia Trujillo [et al.] [org.]. *Makunaima grita: Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil: a gestação do conflito, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009.

RICARDO, Fany [org.]. *Terras Indígenas e Unidades de Conservação - O desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

SACHS, Ignacy. *Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir*. São Paulo: Vértice, 1986.

SANTILLI, Juliana. A agrobiodiversidade, os instrumentos jurídicos de proteção ao patrimônio cultural e o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Snuc). *Revista de Direito Ambiental*, n. 56, p. 93, out./nov. 2009.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; BARRETTO FILHO, Henyo Trindade [orgs.]. *Antropologia e Identificação: os antropólogos e a definição de terras indígenas no Brasil, 1977-2002*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2005.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; HOFFMAN, Maria-Barroso [orgs.]. *Estado e Povos Indígenas: bases para uma nova política indigenista II*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2002.