



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSOS DE MESTRADO E DE DOUTORADO EM DIREITO**

**A FORÇA JURÍDICA DOS PROTOCOLOS AUTÔNOMOS DE  
CONSULTA DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS DO  
BRASIL**

**RICARDO PINTO DA SILVA**

Salvador - Ba  
2023

**RICARDO PINTO DA SILVA**

**A FORÇA JURÍDICA DOS PROTOCOLOS AUTÔNOMOS DE  
CONSULTA DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS DO  
BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Fundamentais e Justiça

Orientador: Fábio Periandro Hirsch

Salvador - Ba

2023

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S586 Silva, Ricardo Pinto da  
A força jurídica dos protocolos autônomos de consulta dos povos e comunidades tradicionais do Brasil / por Ricardo Pinto da Silva. – 2023.  
143 f. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Periandro Hirsch.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2023.

1. Democracia. 2. Direitos Fundamentais. 3. Pluralismo Jurídico. 4. Povos e comunidades tradicionais. I. Hirsch, Fábio Periandro. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 342.0872



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
Programa de Pós-graduação em Direito

ATA DA SESSÃO DE DEFESA PÚBLICA DE  
DISSERTAÇÃO DO CURSO DE MESTRADO  
EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL  
DA BAHIA.

Ao vigésimo quarto dia do mês de julho do ano de dois mil e vinte três realizou-se, através de reunião virtual via Google Meet, às 09:00h (nove horas), com o devido registro de gravação, a sessão de defesa de dissertação do mestrando **RICARDO PINTO DA SILVA**, intitulada "**A FORÇA JURÍDICA DOS PROTOCOLOS AUTÔNOMOS DE CONSULTA DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS DO BRASIL**". A sessão foi aberta pelo senhor Presidente e orientador, Professor Doutor **Fábio Periandro de Almeida Hirsch**, estando presentes, também, os componentes da Banca, Professores **Júlio César de Sá da Rocha** e **Maria Cleonice de Souza Vergne (UNIRIOS)**, ainda, professores e alunos do Programa de Pós-Graduação. O senhor Presidente deu início aos trabalhos e, na forma das normas para Defesa Pública de Dissertação de Mestrado, informou sobre o respectivo conteúdo, franqueando ao mestrando a palavra por quinze minutos. Após a exposição do mestrando **RICARDO PINTO DA SILVA**, os demais membros da Banca Examinadora arguíram no tempo estabelecido de vinte e cinco minutos, e mais dez minutos para a réplica. Encerrados os debates, a sessão foi suspensa por quinze minutos para a deliberação do parecer final. Reiniciada a sessão, a Banca Examinadora emitiu o parecer final, aprovando com nota 10,0 ( ) a dissertação apresentada. Nada mais havendo a tratar, o senhor Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai, conforme Portaria PPGD/UFBA 01/2020, assinada pelo presidente da Banca Examinadora. Salvador, Bahia, em 24 de julho de 2023.

FABIO PERIANDRO DE  
ALMEIDA  
HIRSCH:95303901572

Assinado de forma digital por  
FABIO PERIANDRO DE ALMEIDA  
HIRSCH:95303901572  
Dados: 2023.07.24 14:57:11 -0300'

**Prof. Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch**

  
**Prof. Dr. Júlio César de Sá da Rocha**

  
**Profa. Dra. Maria Cleonice de Souza Vergne**

**RICARDO PINTO DA SILVA**

**A FORÇA JURÍDICA DOS PROTOCOLOS AUTÔNOMOS DE CONSULTA DOS  
POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS DO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestra em Direito.

Aprovada em 24/07/2023

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Fábio Periandro de Almeida Hirsch – Orientador  
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Universidade Federal da Bahia

---

Júlio César de Sá da Rocha  
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Universidade Federal da Bahia

---

Maria Cleonice de Souza Vergne  
Doutora em Arqueologia pela Universidade de São Paulo - USP  
UNIRIOS Centro Universitário do Rio São Francisco

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por toda bondade ao ter me permitido viver esta experiência e chegar a esta etapa com muitos aprendizados.

A mainha (in memoriam), a painho, a aos meus irmãos, meus filhos, meus sobrinhos, tios, primos, pela torcida, pelo ombro amigo, por todo incentivo e por sempre estarem presente em diversos momentos da minha caminhada e me fazerem entender que eu nunca estive só.

Aos meus amigos e colegas de trabalho que cada um ao seu modo me apoiaram e emanaram boas energias. Vocês estiveram sempre do meu lado e nada disso será esquecido.

Agradeço a todos os professores com os quais tive oportunidade de aprender durante o período da pesquisa na UFBA, principalmente a Julio Cesar de Sá da Rocha, pelos ensinamentos que levo pra vida e por estimular que pensemos além do óbvio. Em especial, agradeço ao meu orientador, Professor Fábio Periandro, agradeço pelo, apoio, simplicidade, paciência, conselho, atenção dedicada e liberdade teórica concedida.

Ao professor Eduardo Fernandes, pelas valiosíssimas contribuições quanto ao conteúdo e à estrutura deste trabalho.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, a Faculdade de Direito da Bahia seus servidores pelo acolhimento.

Finalmente, a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para que este trabalho se transformasse numa realidade.

## RESUMO

A presente dissertação investiga como o Estado brasileiro tem respondido a iniciativa dos povos e comunidades tradicionais em produzir normas jurídicas não convencionais, como os protocolos autônomos de consulta. O objetivo é compreender como a iniciativa dos povos, com fundamento na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio da construção dos protocolos autônomos de consulta se apresenta como uma alternativa contra a violação dos direitos e garantias dos povos e comunidades tradicionais. A metodologia consistiu principalmente em levantamento teórico e revisão bibliográfica, ainda, análise documental, bem como decisões judiciais dos tribunais brasileiros que reconheceram a validade jurídica e o poder vinculante dos protocolos. Buscou-se demonstrar que os direitos dos povos e comunidades tradicionais à participação e à consulta prévia dispostos na Convenção nº 169 da OIT, decorrem diretamente dos princípios democráticos de Direito, possuindo natureza materialmente constitucional. Além disso, discorre-se sobre o reconhecimento dos direitos à consulta prévia e participação como direitos fundamentais de aplicabilidade imediata. Os protocolos autônomos de consulta mostraram-se um forte instrumento de participação dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais em diferentes temas afetos aos direitos desse grupo, revelando também uma nova forma de uso e significado. Assim, propõe-se uma interpretação sistemática do direito à consulta, com base nos parâmetros principiológicos da Convenção nº 169 da OIT, ressaltando-se a aplicabilidade imediata desse direito fundamental, de modo que os protocolos se destacam como a realização prática do direito à autodeterminação dos povos e comunidades tradicionais.

**Palavras-chave:** Democracia. Consulta Prévia, Livre e Informada. Direitos Fundamentais. Protocolos de Consulta. Pluralismo Jurídico.

## ABSTRACT

This present dissertation investigates how the Brazilian State has responded to an initiative from the peoples and traditional communities in producing not conventional legal norms, such as the independent protocols of consultation. The aim is to comprehend how the peoples initiative, as foundation of the Convention 169 from the International Labor Organization (ILO), by the development of the independent protocols of query it presents as an alternative against the rights violation and guarantees of the peoples and traditional communities. The methodology consisted mainly in theoretical survey and bibliographic review, still, documentary analysis, as well as judicial decisions from the Brazilian courts that recognize the legal validity and the binding power of the protocols. It searched to demonstrate that the rights of the peoples and traditional communities to the participation and prior consultation to the provisions on Convention 169 of the ILO, and they occur directly from the democratic principles of Law, having materially constitutional status. In addition, it writes about the recognition of rights to the prior consultation and the participation as fundamental rights of immediate application. The independent protocols of consultation revealed a significant mechanism of participation of the indigenous peoples, quilombolas and traditional communities in different topics that affect the rights of this group, also revealing a new way of use and meaning. Therefore, it makes a systematic interpretation of the right of consultation, based on the principle parameters of the Convention 169 of the ILO, emphasizing the immediate applicability of that fundamental right, in order to the protocols highlight as the practical implementation of the law to self-determination of peoples and traditional communities.

**Keywords:** Democracy. Prior, Free and Informed Consultation. Fundamental Rights. Protocols of Consultation. Legal Pluralism.



## **LISTA DE SIGLAS**

ABA - Associação Brasileira de Antropologia

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

C169 - Convenção nº 169 da OIT

CADH - Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CCNDH - Conselho Nacional dos Direitos Humanos

CIDH Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPLI - Consulta Prévia, Livre e Informada

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CUT - Central Única dos Trabalhadores

EIA - Estudo de Impacto Ambiental

FUNAI - Fundação Nacional do Índio

IPAAM - Instituto De Proteção Ambiental Do Estado Do Amazonas

MPF - Ministério Público Federal

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU - Organização das Nações Unidas

RIMA - Relatório de Impacto Ambiental

SIDH - Sistema Interamericano de Direitos Humanos

TRF1 - Tribunal Regional Federal da 1ª Região

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	9
2	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS DO BRASIL .....	13
2.1	DEMOCRACIA E OS DESAFIOS PARA GARANTIR À PARTICIPAÇÃO DOS GRUPOS DE MINORIAS ÉTNICAS .....	14
2.2	O DIREITO À PARTICIPAÇÃO DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS COMO EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA .....	23
2.3	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO CONTEXTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO .....	31
2.4	ALÉM DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA, DECOLONIALIDADE COMO CAMINHO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS .....	36
3	CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E O DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO E CONSULTA PRÉVIA .	40
3.1	CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT E OS AVANÇOS DOS DIREITOS HUMANOS	42
3.2	A CONVENÇÃO 169 DA OIT NO BRASIL .....	52
3.2.1	Sujeitos de Direito da Convenção nº 169 da OIT .....	58
3.3	QUILOMBOLAS COMO SUJEITOS DE DIREITOS DA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT .....	69
3.4	DIREITO À PARTICIPAÇÃO E CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS .....	74
3.5	EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONSULTA E PARTICIPAÇÃO NO BRASIL .	87
3.5.1	Os fundamentos normativos do direito a participação e do dever de consulta...	91
3.5.2	Existe uma necessidade em regulamentar à consulta prévia? .....	96
4	PROTOCOLOS AUTÔNOMOS DE CONSULTA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO, POLÍTICO, CULTURAL E PEDAGÓGICO.....	98
4.1	RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS PROTOCOLOS AUTÔNOMOS DE CONSULTA .....	101
4.2	PROTOCOLOS AUTÔNOMOS DE CONSULTA E OS DESAFIOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO .....	107
4.3	ANÁLISE DE CASOS DESTACADOS SOBRE O PODER VINCULANTE DOS PROTOCOLOS AUTÔNOMOS DE CONSULTA .....	113
4.3.1	O caso da mineradora Belo Sun Mineração e o povo Juruna no Pará: Apelação cível n. 0002505-70.2013.4.01.3903/PA .....	114

4.3.2	O caso da mineradora Potássio do Brasil Ltda e o povo Mura do Amazonas - Ação Civil Pública: 0019192-92.2016.4.01.3200/AM .....	<b>118</b>
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	121
	REFERÊNCIAS .....	127

## 1 INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa versa sobre a concretização dos direitos humanos fundamentais dos Povos e Comunidades Tradicionais do Brasil, a partir de uma percepção contemporânea em que os grupos de minorias étnicas assumem o papel de protagonistas das suas próprias narrativas e produção normativa. O reconhecimento internacional dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, em especial pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sinaliza a ruptura da visão colonialista, etnocentrista e integracionista com o reconhecimento dos direitos dos povos se autoidentificar como povos diferenciados e autodeterminar sua organização social e o seu modo de viver.

Nesse contexto, é importante perceber que as questões, territoriais, culturais, econômicas, políticas e jurídicas ligadas aos povos e comunidades tradicionais do Brasil ganharam uma multiplicidade de interpretações e construções no campo acadêmico, jurídico, político e social que ultrapassam o sistema normativo, ao mesmo tempo ocupa espaço nele.

Historicamente, as questões dos povos e comunidades tradicionais foram marcadas por omissão ou abusos de direitos, embora ainda, vivenciamos constatastes violações envolvendo direitos fundamentais desse grupo. Mesmo, o Estado brasileiro tendo consolidado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) direitos para os povos indígenas e quilombolas à propriedade, a proteção aos seus costumes e organização social, na prática essa simples positivação, ainda, não é suficiente para impedir diversos abusos a estes direitos e nem para garantir acesso a políticas públicas que possam garantir direitos fundamentais para uma vida digna.

Em data próxima a positivação dos direitos dos povos indígenas e quilombolas no texto da CRFB/88, no âmbito internacional ganhava força as reivindicações pela revisão do texto da Convenção nº 107 da OIT que tratava da proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, de 1957, o que como resultado foi a aprovação internacional da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, em 1989. Esta Convenção reconhece a diversidade dos povos indígenas e tribais e, supera a ótica assimilacionista anterior, com o autoreconhecimento e autodeterminação dos povos.

Nesse sentido, a Convenção nº 169 da OIT traz várias repercussões, em especial para o campo jurídico com a previsão do direito de consulta prévia, livre e informada, o qual fornece uma gama de possibilidades na concretização da dignidade humana, assim como se apresenta como um instrumento para efetivar os princípios democráticos, uma vez que o direito de

consulta viabiliza a participação dos grupos de minorias étnicas nas decisões que possam afetar o seu território ou modo de vida.

Ainda, a Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989, estabelece em seu art. 7º, item 1 que os sujeitos de direito da Convenção, sendo no Brasil esses reconhecidos como Povos Indígenas, Quilombolas e Comunidades Tradicionais, devem ter “o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma”, assim como, os direitos de “controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural” e de “participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente”.

Assim, além do Estado brasileiro ter reconhecido constitucionalmente o direito a diferença e a pluralidade jurídica, ficando garantido aos povos e comunidades tradicionais o direito de manter o seu modo de vida, ainda, avançou e por meio da cláusula de abertura contida no §2º. do art. 5º, da CRFB/88 assegura que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluam outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, o que possibilitou, a internalização da Convenção nº 169, da OIT, sobre povos indígenas e tribais pelo Brasil, ficando os direitos estabelecidos na Convenção equiparados a direitos fundamentais com aplicabilidade imediata.

O objeto da pesquisa é o estudo dos protocolos autônomos de consulta elaborados pelas próprias comunidades enquanto normas não convencionais e, a força vinculante desses protocolos. Os protocolos autônomos de consulta elaborado pela própria comunidade “explicitam sua governança interna, materializando e traduzindo em regras concretas os princípios orientadores do direito de consulta, que estabelecem a obrigatoriedade da adoção de procedimentos apropriados às circunstâncias e do respeito às instituições representativas de cada povo e/ou comunidade” (GARZÓN, et al, 2016, p. 57).

Aqui, pretende-se analisar os protocolos autônomos de consulta, enquanto instrumento jurídico, político, cultural e pedagógico, sob a perspectiva da interculturalidade e do pensamento decolonial. E a partir do reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos e comunidades tradicionais, investigar se o Estado brasileiro tem respondido de forma positiva a saída jurídica apontada pelos povos em elaborar seus próprios protocolos.

Compreender os desafios para elaboração de normas pelos grupos étnicos fora dos espaços formais de produção do direito, assim como os princípios democráticos podem serem

alcançados para que todos os grupos que compõem o Estado brasileiro possam participar de forma efetiva das decisões políticas que digam respeito a seu território ou modo de vida.

Buscando compreender a força vinculante dos protocolos construídos fora dos espaços formais de produção do direito, estipulamos o seguinte questionamento, como o Estado brasileiro tem implementado normas não convencionais a exemplo dos protocolos autônomos de consulta elaborados pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais do Brasil?

Para tanto, foi escolhido o seguinte título “a força jurídica dos protocolos autônomos de consulta dos povos e comunidades tradicionais do Brasil”. Já como objetivo geral da pesquisa, demonstrar os entraves para implementação dos protocolos autônomos de consulta elaborados por povos e comunidades tradicionais e como o Estado brasileiro tem aplicado essas normas.

Nesse sentido, para a viabilização de tal verificação, foram estabelecidos três objetivos específicos:

a) Analisar o direito de consulta prévia dos povos e comunidades tradicionais como instrumento da democracia participativa, bem como os protocolos autônomos como materialização desse direito, levando-se em conta os ensinamentos de Aníbal Quijano, José Rodrigo Rodriguez, Joseph A Schumpeter, Maria Lúcia Barbosa e Raquel Yrigoyen Fajardo e, além disso, dialogando com Pereira (2021) e Peruzzo (2017) sobre a perspectiva de democracia de base que a elaboração dos protocolos de consulta pode trazer.

b) Investigar a natureza jurídica do direito de consulta prévia, livre e informada prevista na Convenção nº 169 da OIT e, a necessidade ou não de uma regulamentação.

c) Apresentar os principais aspectos relacionados aos protocolos autônomos de consulta e como vêm se dando sua implementação no Brasil, abordando os casos específico da mineradora Belo Sun Mineração e o povo Juruna no Pará e o da mineradora Potássio do Brasil Ltda e o povo Mura do Amazonas.

A motivação em realizar uma pesquisa sobre protocolos autônomos de consulta parte das diárias violações dos direitos humanos fundamentais dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, mesmo pós avanços significativos positivados nos ordenamentos jurídicos nacional e internacional. A falta de efetividade dos direitos já conquistados pelos grupos étnicos faz com que muitos, até mesmo profissionais do direito desconheçam o direito a consulta prévia nos termos estabelecidos pela Convenção nº 169 da OIT.

Nesse contexto, a doutrina vem classificando os protocolos autônomos de consulta elaborado pelas comunidades como instrumentos produzidos com base nas diversas formas de normas jurídicas existentes e praticadas por povos indígenas, quilombolas e comunidades

tradicionais. Dessa forma, é urgente e necessário demonstrar que as experiências de positivação do direito consuetudinário por meio da elaboração de protocolos se constituem no campo da dogmática jurídica como expressão da “Teoria do Pluralismo Jurídico”. (GIFFONI, 2020).

A presente pesquisa além da introdução e conclusão está dividida em três seções:

A seção 2, intitulada “Estado democrático de direito e o reconhecimento da participação dos povos e comunidades tradicionais do Brasil”, busca debater a ideia de democracia e os desafios para efetivar um modelo democrático em uma sociedade multicultural para garantir à participação dos Povos e Comunidades Tradicionais nos espaços e tomadas de decisões. Trabalha a ideia de democracia participativa e suas vantagens em uma sociedade caracterizada pela diferença e pluralidade, sob o prisma de que a democracia é princípio fundamental para realização de outros direitos fundamentais como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Na seção 3, após análise da ideia de um modelo democrático que garanta à participação dos povos e comunidades tradicionais, iniciamos a discussão com as repercussões jurídicas decorrente da internalização da Convenção 169 da OIT, em especial do direito a consulta prévia, livre e informada previsto em seu art. 6º, bem como do direito a participação como direitos fundamentais para os povos e comunidades tradicionais e, a existência ou não da necessidade de se regulamentar o direito a consulta prévia.

E na seção 4, busca-se debater sobre protocolos autônomos de consulta como instrumento jurídico, político, cultural e pedagógico. Buscamos identificar como o Estado brasileiro tem buscado implementar os protocolos colocando-os ao lado das leis produzidas pelo Estado. Ainda, exploraremos algumas decisões judiciais dos tribunais brasileiros que reconhecem a validade jurídica dos protocolos autônomos de consulta.

A escolha das decisões analisadas teve como critério decisões que expressamente reconheceram a validade jurídica e a força vinculante dos protocolos autônomos de consulta elaborados pelos povos e comunidades tradicionais do Brasil. As decisões determinam que a consulta prévia disciplinada na Convenção nº 169 da OIT seja realizada obedecendo as regras estabelecidas nos protocolos elaborados pelas próprias comunidades.

Para desenvolver as ideias apresentadas no texto, foi utilizado o método explanatório<sup>1</sup> para a pesquisa, através da exposição do pensamento de autores em sua maioria da América-Latina, por meio de livros, artigos científicos, teses e dissertações acerca do tema proposto.

---

<sup>1</sup> Segundo Antônio Carlos Gil, o método explanatório é aquele empregado quando se tem como propósito a utilização de dados qualitativos para auxiliar na interpretação dos resultados de um estudo. Para mais, vide GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Igualmente, foram examinados, tanto no âmbito nacional, como no âmbito internacional, textos normativos, decisões judiciais e documentos, como parecer e laudos, para se chegar ao raciocínio apresentado nesta pesquisa sobre como os protocolos autônomos de consulta elaborados pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, vem sendo implementados pelo Estado brasileiro, vinculando o Estado e os particulares as suas regras.

## **2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS DO BRASIL**

As demandas em relação as lutas contra o racismo e o direito dos povos e comunidades tradicionais requer um amadurecimento do sistema democrático brasileiro. Uma vez que o simples reconhecimento no texto constitucional dos direitos territoriais e identitários não são suficientes para efetivar a participação política desses grupos nas arenas públicas eleitorais e não-eleitorais, participação esta que além de está assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), também tem previsão legal na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Inicialmente é importante deixar claro que, quando abordamos “povos e comunidades tradicionais”, não estamos falando de um rol taxativo. Os povos e comunidades tradicionais são diversos. Nesse sentido, qualquer enumeração de grupos possui caráter meramente exemplificativo, devendo as singularidades de cada povo ou comunidade ser reconhecida por sua autoidentificação. Nas próximas seções, vamos tratar de forma mais detalhada dos conceitos importantes sobre povos e comunidades tradicionais.

O processo de democratização ou (re)democratização tem ligações diretas com a participação dos povos e comunidades tradicionais. Assim, o compromisso do Estado brasileiro em garantir a justiça faz com que se busque um regime que possa garantir os direitos fundamentais de todos os grupos que compõem o Estado, para tanto, a participação de todos esses grupos é indispensável para que as promessas de um Estado democrático de Direito sejam cumpridas.

Nesse contexto, o direito à participação e consulta prévia dos povos e comunidades tradicionais, sempre que determinado ato ou lei afete o seu modo de vida, decorrem do próprio regime do Estado democrático de direito, passando a Convenção nº 169 da OIT reforçar o que já está consagrado no próprio texto constitucional de um Estado que tem a democracia como direito fundamental.

A democracia é um direito fundamental em si, assim como, princípio fundamental para realização de outros direitos fundamentais como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa



humana. Para que todos os povos possam ter uma convivência humana protegida de abusos por parte de certos grupos dominantes é indispensável a existência de uma democracia capaz de absorver novas ideias e conceitos com o objetivo de criar e fortalecer espaços de diálogos para as tomadas de decisões, sem restrições das liberdades comunicativas dos diversos povos que o compõem o Estado.

Para tanto, a evolução do modelo do Estado Democrático de Direito ou mesmo a radicalização do modelo democrático no Brasil requer uma nova hermenêutica constitucional, em que a participação dos povos e comunidades tradicionais assume uma posição de destaque para a legitimidade da ordem jurídica e, simultaneamente, o direito assume ou deve assumir uma função transformadora da realidade social. Aqui, os conceitos de democracia e de igualdade da mesma forma são ressignificados para adquirirem materialidade. (DINO, 2014).

Assim, para que possamos entender como o Estado brasileiro pode avançar na concretização dos seus ideais democrático, onde os povos e comunidades tradicionais enquanto grupos de minorias étnicas possam fazer valer seu direito de ter voz e participar das tomadas de decisões, adotaremos as obras de Jose Afonso da Silva (2005), Flávia Piovesan (2006) Aníbal Quijano (1992), José Rodrigo Rodriguez (2019), Joseph A Schumpeter (1984), Maria Lúcia Barbosa (2015) e Raquel Yrigoyen Fajardo (2008), assim como, artigos e dissertações já desenvolvidos sobre o tema.

Em suma, neste capítulo busca-se discutir que o direito à participação e consequentemente consulta dos povos e comunidades tradicionais estão ligados a democracia e, uma Estado democrático de direito não pode fugir ao enfrentamento dos desafios de uma sociedade multicultural para efetivar por meio de espaços de diálogos o direito à participação dos grupos de minorias étnicas.

## 2.1 DEMOCRACIA E OS DESAFIOS PARA GARANTIR À PARTICIPAÇÃO DOS GRUPOS DE MINORIAS ÉTNICAS

Buscando compreender como a democracia se transforma e se adapta a realidade do momento, o objetivo dessa sessão é fazer uma análise dos desafios enfrentados pelo sistema democrático brasileiro para garantir à participação dos grupos de minorias<sup>2</sup> étnicas nas tomadas

---

<sup>2</sup> Na literatura sociológica a palavra minoria tem sido utilizada frequentemente em dois sentidos. Significa primeiro, mais amplamente, um grupo de pessoas que de algum modo e em algum setor das relações sociais se encontra numa situação de dependência ou desvantagem em relação a um outro grupo, "maioritário", ambos integrando uma sociedade mais ampla. As minorias recebem quase sempre um tratamento discriminatório por parte da maioria. Nesse sentido, por exemplo, uma pequena comunidade religiosa de credo divergente da fé professada pela maioria da população é uma minoria e pode sofrer problemas vários no campo das relações religiosas; ou a oposição num país "pouco democrático", ocupando lugar subordinado na estrutura política, tendo

de decisões, assim como, oferecer subsídios teóricos para uma reflexão sobre como o regime democrático pode avançar e garantir uma participação real de todos os grupos que compõem o Estado. Aqui o que buscamos não é um novo sistema democrático, mas uma releitura do sistema atual para que novos caminhos sejam considerados como opção para uma solução das promessas não cumpridas e premissas não consideradas pelo Estado que se coloca como democrático de direitos

Conforme aponta Peter Häberle (2007), não é apenas pelo sistema de eleições, ou seja, delegando a responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais que a democracia se realiza, mas também, através de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da prática cotidiana, contudo mediante a realização dos Direitos Fundamentais.

Decerto, “a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, mas abrange o espaço em que se comportam as diversas visões existentes em uma comunidade política, ainda que uma delas prevaleça.” (MARTINS, 2011). Para que os direitos fundamentais dos grupos de minorias étnicas, sejam garantidos e efetivados, é necessário a construção de espaços que permitam e aceitem a diversidade, para que deste modo se possa alcançar a igualdade de condições.

Em relação a diversidade, a CRFB/88 incorporou o direito à diversidade cultural em seu texto, motivado por pressões populares e movimentos sociais organizados. O Brasil avançou junto com o direito internacional e lançou um novo olhar sobre a identidade nacional do Estado, superando, ao menos na teoria, políticas de assimilação cultural que até pouco tempo patrocinava violação e omissão de direitos dos grupos sociais que expressam uma identidade cultural diferente e particularizada em relação à identidade nacional.

Portanto, pode-se entender que o direito à participação dos grupos de minorias étnicas decorre do regime democrático do Estado brasileiro, com natureza materialmente constitucional. O texto constitucional brasileiro reconhece os direitos dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, assim, o direito a participação desses grupos nas tomadas de decisões que possam impactar o seu modo de vida, não está garantido somente nos instrumentos internacionais de direitos humanos, mas também na própria CRFB/88. (DINO, 2014)

Para Pedro Peruzzo (2017), o meio historicamente empregado para criar, interpretar e aplicar o Direito não se preocupava, ou se preocupava muito pouco, com a necessidade de

---

pouca chance de ação. Segundo, exprime as denominadas "minorias nacionais", grupos raciais ou étnicos que, em situação de minoria, cointegram juntamente com uma maioria um determinado Estado. (Chaves, 1971, p. 149)

assegurar a participação dos povos e comunidades tradicionais nas tomadas de decisão a respeito de suas vidas, repetindo, assim, uma lógica de opressão iniciada com a estruturação do Estado colonial. A limitação participativa nos processos de elaboração e aplicação do Direito oficial se apresentou como o principal fator responsável pela pouca correspondência entre a perspectiva garantidora de direitos fundamentais estampada no texto constitucional e as expectativas dos povos tradicionais enquanto grupos minoritários.

Por isso, o aperfeiçoamento e desenvolvimento de espaços de diálogos e participação dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais por parte dos Estados podem suprir certas incertezas, de modo a atender as demandas de uma democracia que vai além da conquista do sufrágio universal.

Baraldi e Peruzzo propõem, dentre os tipos de democracia, aquela que dialoga em melhores condições com a existência das minorias é a democracia participativa, pois ela abre mais espaço para o diálogo político. Assim, podem ser considerados exemplos de abertura à participação dos povos indígenas o direito de consulta (art. 6º da Convenção 169) e a oitiva prévia (parágrafo 3º do art. 231 da Constituição). (BARALDI E PERUZZO, 2015, P. 362-365).

No entanto, buscar uma leitura da noção de democracia que reconhece e respeita os grupos de minorias étnicas, constitui um dos pilares para se atingir a verdadeira emancipação dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, bem como, para garantir que seus direitos sejam respeitados pelo Estado Democrático de Direito, visto que, contemporaneamente sociedade tem colocado a democracia como um valor fundamental.

Todos os povos, independentes das características culturais e políticas desejam viver em um Estado democrático de direito. Mas, embora seja um regime desejado aparentemente por todos, ainda é necessário que a democracia encontre um caminho que melhore sua qualidade e aperfeiçoe seu funcionamento de modo que no mundo real, a democracia possa oferecer tudo o que promete, ou seja, uma sociedade aonde todas as pessoas independente de sua origem ou opção possa participar da vida política do país e lutar pelo reconhecimento de direitos e espaços de poder de forma direta por meio de um diálogo aonde possa ouvir e se fazer ouvir.

O Estado democrático está fundado no princípio da soberania popular, que, requer a participação do povo, mas não uma simples participação na construção das instituições de representação e, sim, uma participação real e atuante de modo que o princípio democrático possa garantir direitos fundamentais indispensáveis a dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2005)

Por essa linha, não se pode avançar sobre os desafios enfrentados pelo modelo democrático atual na garantia da participação de todos os grupos que compõem o Estado, sem

compreender o conceito de democracia. A definição de democracia ainda abre espaço para muitas discussões, embora no decorrer dos tempos uma significativa evolução tenha se apresentado, dado que historicamente o conceito de democracia foi apresentado por diferentes significados de acordo com a situação política do momento que modelava o conceito com base nas experiências vivenciadas pela sociedade. (BARBOSA, 2015). Porém é importante e necessário apresentar uma definição do que se entende por democracia agora, visto que essa definição se atualiza e se reinventa.

Por essa linha, Maria Lúcia Barbosa (2015) nos traz que por “democracia entende-se uma categoria em disputa constante que se revela historicamente de diferentes formas. A atualidade da democracia reside na sua reinvenção em diferentes épocas e espaços geográficos.” As versões dos modelos de democracia vão buscar atender as necessidades de cada momento e local.

Nessa senda, assinala Schumpeter (1984), que a teoria clássica define democracia da seguinte forma “o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a certas decisões políticas que realizam o bem comum, cabendo ao próprio povo decidir, através da eleição de indivíduos que se reúnem para cumprir-lhe a vontade”. Essa doutrina entende que o povo tem uma opinião já formada e imutável sobre todos os assuntos e, que ele expressa essa opinião no momento que escolhe os representantes que tem o dever de fazer com que essa opinião seja concretizada, quer dizer, presume a existência de um bem ou interesse comum, ficando os políticos encarregados de garantir.

No entanto, ao tratar sobre a possibilidade da existência de um bem comum, Schumpeter (1984) entende que não há “um bem comum inequivocamente determinado que o povo aceite ou que possa aceitar por força de argumentação racional.” Justifica que, para diferentes indivíduos e grupos, o bem comum está fadado a significar diferentes coisas, pois as pessoas podem buscar outras coisas que não o bem comum, conforme suas experiências e interesses. (SCHUMPETER, 1984).

Não é tão simples apresentar uma definição de democracia, dado que essa se modifica conforme a sociedade evolui, no entanto, é relevante entendermos que podemos falar em democracia quando a autoridade, aqui compreendido como poder para decidir as direções da organização e comportamentos sociais, é conferida ao povo, seja diretamente ou por meio de representantes por ele mesmo escolhidos.

No Brasil, assim como na América latina por volta do final dos anos oitenta observou-se uma mudança no modelo democrático, ou seja, o modelo de democracia representativa liberal superou os regimes ditatoriais e utilitaristas de governo. Nesse sentido, Poli (2000, p. 7)

esclarece que “vivíamos um momento que “o consenso sobre os valores da democracia estaria sendo rapidamente restabelecido entre as forças políticas internas a cada sociedade, restando apenas ser reconhecido, em cada caso.” A democracia representativa liberal apresenta um novo conceito recheado de variantes, o que fez com que esse momento de transição democrática seja considerado ímpar, um novo modelo surgia, o qual não considerava apenas regras para alcance do bem público, mas condicionava a um conjunto de garantias em diversos espaços, como no econômico, social, ideológico e político.

Partindo da teoria clássica da democracia, pode-se compreender que o atual modelo democrático brasileiro é um modelo onde maioria é a voz de toda a sociedade, assim, a escolha dessa maioria, na teoria acaba por ser a escolha de todos os povos que fazem parte do Estado brasileiro, incluindo aqui os povos que têm culturas, organização social totalmente diferente da sociedade circundante.

No entanto, Jose Afonso da Silva (2005) tendo como base a CRFB/88, traz que o Estado democrático de direito busca:

Ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, cultura, etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2005, p. 119-120).

Nota-se que a forma tradicional de tomada de decisões democráticas, busca atender os anseios políticos da sociedade, a qual pode se desenvolver por duas maneiras, tanto pela forma direta como pela forma indireta. O Brasil em regra adota a forma indireta, a qual a população elege representantes que, vão ter voz e o poder de decisão em nome da sociedade civil, no entanto, esta forma muitas vezes não corresponde aos anseios das minorias, para a pesquisadora, Pereira (2021) esse sistema democrático não garante a participação de todos que compõem a sociedade e, ainda acaba por excluir a voz de vários grupos de minorias, a pesquisadora complementa e diserta que:

Esse modelo tradicional democrático de representação política, tanto indireta como direta, foi idealizado como forma de rebater sistemas de opressão e de ausência de consenso, não se adequando, porém, a uma sociedade que cada vez mais vê se dissolverem as fronteiras e em cujo seio, a cada dia, emergem grupos e mais grupos de minorias, sejam elas tradicionais ou surgidas através de violações sistemáticas de direitos humanos. (PEREIRA, 2021).

Nesse sentido, conforme lição de Robert Dahl (2001), para quem o regime democrático deve envolver a atuação real da maioria possível dos cidadãos de determinada comunidade, que

participam do debate político em igualdade de voto, exercendo, portanto, sua manifestação por meio de entendimento esclarecido e com possibilidade de controlar o programa de planejamento social, o regime democrático não pode se afastar da noção de igualdade de participação entre todos os povos que formam o Estado.

Por essa linha, entendemos que uma democracia que não corresponde com os anseios social a que serve reflete sistemas de opressão e exclusão, não refletindo o sistema democrático ideal. Nesse sentido, é necessário recorrer as ferramentas deliberativas das políticas com intuito de sanar a falta de reconhecimento do sistema de democratização que omite, exclui, repudia e afasta a instituição minoritária, como estrato e como comunidade, particularmente em países da América Lática tal qual o Brasil, que pela pluralidade e diversidade, muitas vezes, vulneráveis a atores institucionalmente organizados (JÚNIOR, e MENEZES, 2020).

Nesse aspecto, é interessante notar que do texto da CRFB/88 pode se extrair que o Estado brasileiro pode ser reconhecido como um Estado Pluriétnico, dessa forma, o tema da democracia deve ser estudado plurissignificativamente, quer dizer, que a ideia de democracia na CRFB/88 não deve ser considerada apenas pelo seu conteúdo político e eleitoral, mas também deve-se considerar a existência de uma democracia social, uma democracia ambiental e uma democracia étnica, esta identificada quando o texto constitucional garante a proteção dos povos indígenas, quilombolas e das demais comunidades tradicionais. (PINTO DA SILVA, 2022).

A CRFB/88 buscou superar as ideias de aculturação dos povos indígenas, assim como procurou incentivar a atuação do Estado por meios de políticas públicas que garantam e preservem o modo de vida tradicional dos povos. O direito à diferença positivados nos artigos 210, 215, 216 e 231 da CRFB/88, que se inserem em um “direito da igualdade das diferenças”, em que o diferente também é possuidor de direitos, ideia que pode ser resumida na expressão “iguais, mas diferentes”, (GOMES, 2015). Portanto, não cabe outra leitura que não seja de um sistema democrático que permita a participação de todos os grupos que compõem o Estado.

No direito brasileiro, a CRFB/88 não traz simplesmente um reconhecimento do direito a diferença, mas traz também o indispensável respeito e convivência dessas diferenças, o que se diferencia do perfil universal inicial de proteção dos direitos humanos, marcado pela tônica da igualdade formal, com o indivíduo sendo tratado de forma genérica, sem considerar suas diferenças (PIOVESAN, 2006). Aqui se pode entender que, ao lado do direito à igualdade, surge o direito à diferença, também com status de direito fundamental. A igualdade material, assim, além do viés distributivo, que corresponde ao ideal de justiça social, requer o

reconhecimento de identidades, ou seja, uma igualdade orientada também por critérios de gênero, raça, etnia, orientação sexual, entre outros. (PIOVESAN, 2006)

Nesse contexto, esse modelo tradicional que garante os interesses do grupo dominante, atualmente, não é compatível com os anseios de uma sociedade heterogênea que reconhece a diferença como um direito fundamental, portanto, é necessário a criação de novos espaços de participação política para tomadas de decisões, inovar com mecanismos que possibilitem a legitimação das decisões tomadas em locais não institucionalizados onde a voz dos grupos minoritários tenha espaço.

Nesse sentido, Sergio São BERNARDO (2022) sustenta com base nos pensamentos de Severino Ngoenha (1993)<sup>3</sup> que uma simples agenda que busque o reconhecimento identitário das representações plurais da identidade nacional, não é suficiente para superar um modelo estatal liberal, mas que a construção de um projeto de liberdade que não se limite apenas no reconhecimento das diferenças, e sim na concretização um novo modelo de Estado, de democracia e do direito. Este novo projeto de liberdade entendido como um novo projeto político e filosófico deve estar voltado para o futuro e precisa dialogar com as propostas compatíveis com a interculturalidade. (SÃO BERNARDO, 2022)

Esse projeto de liberdade não pode ser apenas um mecanismo de reconhecimento das diferenças, mas, sobretudo, de autonomia e heteronomia do sujeito. Os indígenas no Brasil estão registrando seus pensamentos evocando seus projetos de existência e de liberdade para uma nova civilização brasileira (...). Não podemos ficar presos ao Iluminismo individualizante e totalizante, que nos assombra a todos como promessa irrealizada. A experiência focada no indigenismo latino-americano do continente ainda não apresenta o conjunto das nossas narrativas existenciais. (SÃO BERNARDO, 2022, p. 195 e 196)

Todavia, deve ser ressaltado que as ideias de participação e de soberania popular ao longo dos tempos em que as democracias representativas foram se consolidando nos países ocidentais, ficaram ofuscadas como frutos da verdadeira democracia e, o exercício da cidadania simplesmente ficou satisfeito com o exercício do sufrágio universal do voto e de meios distantes de controle dos representantes. (DINO, 2014)

De fato, o modelo de democracia moderna, classificada como democracia representativa, nos tempos atuais revela a necessidade de um contraponto à representação do interesse, dado que a definição já se encontra impotente, e muitos consideram que esse modelo de democracia representativa é supervalorizada, o que faz com que se abra espaços para

---

<sup>3</sup>O professor Severino Ngoenha é Doutor em Filosofia da História pela Universidade Gregoriana de Roma, considerado um dos mais influentes filósofos do pensamento africano. Atualmente atua em movimento entre universidades brasileiras, moçambicanas e suíças e tem concentrado suas pesquisas na área da filosofia da educação, pensamento africano e interculturalidades. Dentre suas várias produções, destaca-se a obra “Filosofia africana: das independências às liberdades”, publicada em 1993. (Informações obtidas no site: <https://ayalaboratorio.com/2019/06/21/severino-elias-ngoenha/>)

releitoras em vista da crise de representatividade instalada em países plural como o Brasil que se caracterizam por serem intenso antagonismos multiculturais e seletividades, a exemplo do caso dos conflitos entre povos indígenas e empreendimento multifacetados vinculados à terras, os quais demonstram que, de fato, existe uma crise no sistema jurídicos tradicionais por conta do pluralismo jurídico proveniente das práticas socioambientais dos povos indígenas e tradicionais (JÚNIOR, e MENEZES, 2020).

Ademais, preservar o modo de vida tradicional dos povos indígenas e comunidades tradicionais requer a efetividade do direito à diferença positivado nas normas dos artigos 210, 215, 216 e 231 da CRFB/88, que se inserem em um direito da igualdade das diferenças, em que o diferente também é possuidor de direitos. Embora, a realidade tem nos mostrado outra situação, a falta de espaços democrático em que se respeite e privilegiem as vozes dos povos indígenas e comunidades tradicionais diante dos embates com o Estado e particulares, o que demonstra uma conduta de apagamento daqueles grupos étnicos, uma vez que o monopólio de dizer o direito influencia diretamente nas formas de ser, viver e criar de povos e comunidades tradicionais, em especial dos países da América Latina.

A propósito dos direitos fundamentais dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia, estabelecidos na CRFB/88 e na Convenção nº 169 da OIT, Dino (2014, p. 499-500) escreve:

É dizer, na leitura que propomos do texto constitucional, os “índios” são também povos, com direito à autonomia e à autodeterminação, ainda que não estejam assim denominados; e são parte do povo brasileiro, o que lhes assegura duplamente o direito de participarem das tomadas de decisão acerca das medidas que possam produzir impactos diretos sobre suas vidas e, em especial, sobre os seus modos de vida tradicionais.

Os indígenas devem participar do processo democrático em condição de igualdade com os demais cidadãos brasileiros, na medida em que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, caput) e “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único). E devem participar em condição diferenciada, considerando-se a sua natureza de povo indígena autônomo e que possui a sua própria organização social.

Para tanto, mesmo diante da incapacidade da democracia representativa de abranger os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, assim como, acompanhar a complexidade social, econômica, política, de gênero entre outras, é indispensável repensar a democracia, porém, não como o intuito de estabelecer um novo modelo democrático, mas com o propósito de complementá-lo com outras formas de participação democrática que permitam uma verdadeira participação das minorias. (BARBOSA, 2015).

Até porque, a participação ativa e direta de cada cidadão que compõe o Estado, atualmente, em que estão presentes fatos como o crescimento populacional e a expansão territorial, tornam inviável o comparecimento para participação direta de todos os cidadãos nas



deliberações a serem tomadas, restando a democracia representativa o seu lugar de destaque. (BARBOSA, 2015).

Aqui o que se busca não é um novo sistema democrático, mas um modelo de democracia que na prática todos os grupos que compõem o Estado tenham voz e possam participar das decisões políticas do Estado, considerando que o atual modelo tradicional de democracia representativa é insuficiente para garantir uma participação popular que respeite a igualdade material e promova a justiça.

Nesse caso, a implementação do direito à igualdade é tarefa fundamental a qualquer projeto democrático, já que a democracia significa a igualdade, ou seja, a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A busca democrática requer fundamentalmente o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos elementares. (PIOVESAN, 2006)

Nesse sentido, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, (2005, p. 20), ao analisar o papel da jurisdição constitucional em defesa dos direitos fundamentais em um regime democrático que elege seus representantes por meio do voto da maioria disserta que:

A primeira ideia que vem à baila quando se fala em democracia é em governo da maioria, não obstante, apesar do voto majoritário ser considerado pedra fundamental na democracia representativa, ele não é suficiente para garantir decisões corretas ou mesmo resultados justos e racionais, uma vez que o princípio majoritário não assegura igualdade política. Ou seja, o resultado do voto majoritário representa a voz dos vencedores, não o bem comum, e a questão está em saber se apenas o procedimento democrático seria capaz de assegurar um resultado justo e correto para todos.

Portanto, em uma sociedade heterogênea, desigual e plural como a brasileira, a democracia se realiza quando os direitos fundamentais de todos os cidadãos estiverem garantidos. Uma vez que as pluralidades de formas de vida, crenças e ações buscam por um sistema democrático que possibilite o diálogo entre todos os atores dessa diversidade de indivíduos e coletividades, assim como manter um constante compartilhamento dos espaços de decisões. No entanto, para que isso se concretize, exige uma participação democrática ativa das pluralidades de organizações sociais solidárias entre si. (JÚNIOR e MENEZES, 2020).

Ainda, em artigo publicado sobre democracia deliberativa e consulta prévia, Júnior e Menezes (2020) apontam para a necessidade de revisitar as teorias democráticas que dão forma a participação da sociedade Civil:

Nesse sentido, institutos que estimulam práticas participativas da ação comunicativa nas esferas do mundo da vida e do mundo sistêmico, como o caso da consulta prévia, são exemplos que fomentam a crença em que, na democracia deliberativa, reside um ideal de democracia radical, o qual possibilita dar mais vozes a núcleos sociais historicamente marginalizados no debate público.

Todavia, é fundamental uma postura democrática material empenhada com uma democracia radical em seu aspecto integrador e valorativo da diversidade, comprometida com as nuances complexas do Brasil. Por isso, nessa realidade, é indispensável que os procedimentos decisórios não se limitem a institucionalizar maiorias ou meras regras formais, excluindo desse modo as vozes das minorias. (JÚNIOR e MENEZES, 2020).

Contudo, o regime democrático brasileiro tem o povo como seu protagonista, ou seja, o poder político pertence ao povo, embora, como regra adote o modo representativo. No entanto, considerando a pluralidade e a diversidades de povos que compõem o Estado brasileiro é fundamental para o alcance de uma democracia que reflita a realidade nacional a abertura de espaços para que os diversos povos possam exercer o poder político de forma direta, pois o sistema representativo eleito pela maioria nem sempre será a voz dessas minorias. A releitura do modelo democrático brasileiro é indispensável para inclusão efetiva dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais nos espaços de tomadas de decisões.

## 2.2 O DIREITO À PARTICIPAÇÃO DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS COMO EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA

Os direitos dos povos e comunidades tradicionais no decorrer da história sempre foram marcados pela omissão e invisibilidade, o modelo tradicional de democracia representativa na prática acaba por excluir esses grupos dos espaços de tomada de decisões. Daí a validação jurídica de ferramentas que permitam ampliar a participação direta dos cidadãos nos atos e na vida política do Estado a partir do empoderamento, em especial dos grupos historicamente excluídos da participação política do país, se apresentam como uma opção para garantia do direito à participação desses grupos.

Historicamente os povos e comunidades tradicionais tiveram suas vozes silenciadas, por conta de um sistema político que favorece a maioria, as decisões políticas foram impostas aos povos indígenas, quilombolas e as comunidades tradicionais sem que esses de fato, pudessem expor suas vontades, excluídos do debate políticos esses grupos foram levados para o campo da invisibilidade, sendo-lhes negado o direito de participar do debate, o direito de ouvir e serem ouvidos.

No entanto, a CRFB/88 abriu espaços para efetivação de um modelo democrático que reconhece a pluralidades quando em seu artigo 1º traz o “Estado democrático de direito” como um princípio fundamental. De fato, a CRFB/88 ao trazer de forma expressa a democracia como um princípio fundamental direciona o Estado brasileiro a um modelo de Estado republicano, social e democrático de direito, passando a ser referência para todas as normas do Estado que

devem respeitar os direitos de liberdade e direitos sociais, os princípios relacionados à soberania popular, ao pluralismo, à cidadania e à participação política democrática.

Desse modo, instrumentos que buscam promover espaços de diálogo entre as instituições do Estado e os povos e comunidades tradicionais se apresentam como uma opção para efetivar um modelo democrático em que as tomadas de decisões não se limitem apenas aos espaços formais do Estado nacional. No entanto, um Estado multicultural formado por povos diversos tem que buscar ferramentas que possam contribuir para garantir o direito a participação das minorias no debate político e favoreça o diálogo entre os povos, onde maioria e minoria possam dialogar em pé de igualdade.

Todavia, aceitar a participação ativa dos povos e comunidades tradicionais requer o rompimento com as ideias coloniais. No entanto, ao falar em ideias coloniais é importante destacar que os discursos coloniais foram construídos única e exclusivamente a partir do ponto de vista do colonizador<sup>4</sup> que, ainda nos tempos atuais, apresentam narrativas para descaracterizar ou mesmo negar aos povos tradicionais o direito à participação nas tomadas de decisão que lhes dizem respeito. Nesse sentido, é fundamental promover e valorizar o direito produzido pelos povos tradicionais a partir de seus conflitos, de suas lutas, dentro e fora das instituições formais.

Aqui, é importante fazer esse parêntese para destacar que o discurso do colonizador teve importante atuação na negação dos direitos dos povos e comunidades tradicionais e, mesmo com o reconhecimento desses direitos no texto constitucional, na prática a efetividade ainda é dificultada por conta dessa narrativa histórica.

Ainda, nesse sentido, é importante ressaltar que os diferentes povos que compõem o Estado brasileiro tem seu modo de vida e costumes próprios, não há como negar a existência de diversas culturas, embora que por muito tempo os povos culturalmente diferenciados foram jogados a margem da sociedade, entretanto os Estados nacionais passaram nos últimos anos por uma transformação de visão, embora nada tenha mudado em sua composição a qual sempre foi

---

<sup>4</sup> Portanto, é preciso ter cuidado com a perpetuação de estereótipos culturais, os quais podem nos levar a criar uma ideia distorcida sobre a realidade. Aqui, percebemos que por muito tempo os povos e comunidades tradicionais foram colocados como um atraso ao desenvolvimento e que precisavam ser incorporados à sociedade nacional. Sobre esse assunto, a escritora nigeriana Chimamanda Adichie discorre em seu livro “O perigo da história única” e posteriormente em uma palestra, como a perpetuação das histórias únicas inviabiliza a forma como as pessoas enxergam um povo e mascaram o seu modo de viver e, por conseguinte, sua riqueza cultural. Para a escritora a história única seria “a perda da dignidade dos povos a partir de uma ótica única que aprisiona numa única história a vida das pessoas”. (TEDEX, 2009).

CHIMAMANDA Adichie: O perigo de uma única história. Direção de Equipe Tedtalk. Produção de Equipe Tedtalk. Oxford: Tedtalk, 2009. 1 vídeo (19 min.), Online, son., color. Legendado. Conferência para o evento TedTalkDisponível em: [https://www.ted.com/talks/chimamanda\\_ngozi\\_adichie\\_the\\_danger\\_of\\_a\\_single\\_story?language=pt-br](https://www.ted.com/talks/chimamanda_ngozi_adichie_the_danger_of_a_single_story?language=pt-br). Acesso em: 19 ago. 2022.

multicultural, porém vem sendo comprovado que a sociedade hegemônica concebida classicamente em que sustentava a ideia de uma única cultura e que todos tem iguais direitos é uma utopia, pois, na verdade a sociedade é composta de várias minorias étnicas e soberanas que juntas compõe o Estado tal qual conhecido. (PEREIRA, 2021).

Embora a CRFB/88, assim como, diversos instrumentos jurídicos internacionais já tenham reconhecido o direito à participação dos povos indígenas e comunidades tradicionais como uma exigência para efetivar o Estado democrático de direito, ainda é necessário avançar para na construção de espaços que favoreçam o diálogo e, superar por completo a ideia de incorporar esses povos ao Estado nacional.

O direito à diferença contemplado no texto constitucional é o reconhecimento que o Estado é composto por diferentes grupos que tem sua própria cultura e o seu modo de viver e fazer diferente, modo pelo qual nos leva a criticar o simples modelo democrático em que as decisões só são tomadas nas instituições composta por aqueles escolhidos pela maioria o que acaba por anular a participação das minorias.

Nesse mesmo sentido, ao tratar da importância da participação das minorias no debate público como princípio constitucional eleitoral estruturante, Nathália Mariel F. de S Pereira (2021), aponta que:

A existência de grupos minoritários, cada vez mais comuns em razão da globalização e quebra das barreiras nacionais, acarretam o surgimento de ordens cultural e juridicamente distintas, que reclamam direitos diferenciados e espaço para que uma democracia efetiva, construída através de um padrão procedimental baseado na linguagem, possa funcionar. Esse novo Estado surgido na era da globalização conceituado como sociedade pluralista constrói e baseia a preocupação de novos procedimentos aptos a validar ações políticas voltadas aos grupos minoritários. (PEREIRA, 2021)

Os pesquisadores Solange Maria Gayoso da Costa; Marcel Theodoor Hazeu (2022) ao abordar sobre a movimentação de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais pelo reconhecimento de seu direito de participação e deliberação sobre todos os atos que afetem o modo de vida desses grupos, trazem que as primeiras evidências dos povos originários ou comunidades tradicionais buscarem conquistar seu espaço de forma organizada na democracia brasileira tem registro desde a década dos anos 80, por meio de diversas formas de lutas na cena pública.

Esse apontamento é fundamental para compreensão de como surgem novos padrões de relações políticas no campo e na cidade, o destaque nessa busca organizada pelo espaço, fora do círculo dos partidos políticos, que lhes garantam uma atuação ativa nas decisões do Estado que possa afetar os seus modos de vida se dá pela inclusão de fatores étnicos, consciência ecológica, critérios de gênero e de autoafirmação coletiva. (COSTA; HAZEU, 2022).

Decerto, é importante ressaltar que proteger as minorias é um dever do Estado brasileiro e, um Estado que busca o fortalecimento da sua democracia, não pode omitir, ou mesmo, reduzir em hipótese alguma, o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos fundamentais dos povos e comunidades tradicionais.

Além disso, a resistência permanente e histórica dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais tem como marca o questionamento ao sistema tradicional de tomadas de decisões políticas do Estado brasileiro. Portanto, instrumentos jurídicos que possibilitem a criação de espaços de diálogos entre os povos étnicos e a sociedade nacional são ferramentas indispensáveis para proteção e resistência contra o Estado nacional que por meio da sua omissão contribui para a marginalização e invisibilidade desses grupos. (BARBOSA, 2015).

Nessa perspectiva é importante ressaltar que os grupos sociais historicamente discriminados na América Latina e, igualmente, no Brasil, são sujeitos ativos na disputa por uma democracia que tire as minorias das invisibilidades que estão alocados historicamente, em especial por conta de estarem em regiões fortemente marcadas pela colonização, contradições e exclusão social e política (BARBOSA, 2015). Essa omissão causada por falta de políticas públicas de inclusão faz com que uma parcela significativa dos cidadãos brasileiros não participe das tomadas de decisões.

Novamente, para que o direito dos povos e comunidades tradicionais possam ser garantidos e respeitado é indispensável pensar em uma sistema democrático que compreenda as diferenças, um modelo que não limite exclusivamente e concentre o poder das decisões nas mãos apenas dos Estados nacionais, dado que essa forma de se fazer democracia tem se revelado desde o século XIX e, atualmente, conforme muitos autores tem identificado como a crise da democracia, crise esta que, seria melhor caracterizada como crise da democracia eleitoral de massas. (RODRIGUEZ, 2019)

José Rodrigo Rodriguez (2019), ainda ao defender um modelo de democracia para além das instituições clássicas do Estado nacional, assim como buscando valorizar o direito produzido pela sociedade fora das instituições formais defende que “este descentramento da produção do Direito dos Estados nacionais não tem apenas efeitos negativos. Pode contribuir para aprofundar a democracia ampliando a capacidade do Direito de reconhecer e proteger a diversidade de formas de vida existentes na sociedade.”

Enfim, aqui podemos compreender que a concretização do sistema democrático brasileiro passa pelo reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais, entretanto, não só basta reconhecer os direitos destes povos, mas garantir de forma efetiva a participação destes, nos processos de tomada de decisões. Para tanto, o direito a

Consulta Prévia Livre e Informada - CPLI objeto de estudo no próximo capítulo se apresenta atualmente como uma ferramenta de democracia e inclusão de povos culturalmente diferenciados.

Ademais, quando os povos e comunidades tradicionais, bem como, demais minorias são colocados juntos, com a sociedade nacional, o atual sistema democrático não representa a voz de todos os grupos diferentes, sendo que grupos de minorias étnicas ficam sem voz e a vontade da maioria acaba prevalecendo sem respeitar a vontade das minorias.

Para Raquel Yrigoyen Fajardo, fica claro que o direito à participação se vincula diretamente com a capacidade de intervir em mecanismos de tomada de decisão e não apenas em mecanismos consultivos, onde decidem outros. (FAJARDO, 2008). O direito à participação não se resume somente a um direito à fala, à manifestação de opinião, mas o que se busca com o direito à participação é o reconhecimento enquanto grupo culturalmente diferenciado ou pessoa que tem legitimidade para acatar propostas ou propor mudanças. Ainda, o direito à participação tem que ocorrer com respeito às particularidades de cada grupo ou pessoa, dado que, a democracia, nos termos dos princípios constitucionais, se forma a partir das diferenças.

Por isso, garantir o direito de voz e participação dos povos e comunidades tradicionais que tem sua forma de vida, organização social e política próprias, consiste em superar um sistema de exclusão e negação que por muito tempo dá as cartas e dificulta o exercício da cidadania por grupos minoritários. Nesse sentido, o sistema democrático brasileiro tem que refletir uma forma que trate das diferenças, buscando garantir uma igualdade material entre os diferentes povos que compõem o Estado brasileiro.

Ainda, com relação a proteção constitucional ao direito das diferenças, a CRFB/88 expressamente em seus primeiros artigos traz que o Estado brasileiro se constitui em um Estado Democrático de Direito e, afirmar que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Do mesmo modo, o texto constitucional traz como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Outros dispositivos constitucionais espalhados no texto da CRFB/88 também vão afirmar e reconhecer a pluralidade do povo brasileiro, assegurando o direito a diferença como um direito fundamental para os grupos culturalmente diferenciados. Sendo assim, o artigo 216 da CRFB/88 positiva que “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”, em destaque as formas de expressão, os modos de criar e fazer e viver (...) e, aponta como dever do Estado, atuar em colaboração com comunidade para promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro. (BRASIL, 1988).

Acrescenta-se ainda o artigo 231<sup>5</sup> que redigido dentro do capítulo específico dos índios igualmente reconhece “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.” (BRASIL, 1988). Desse modo, é possível afirmar que a interculturalidade<sup>6</sup> e a pluralidade, tem por base o próprio texto da CRFB/88, portanto não podemos falar em Estado democrático de Direito sem reconhecer que a participação direta de todos os grupos que compõem o Estado, é fundamental para o fortalecimento da democracia.

Nessa perspectiva, o Plenário do STF por maioria ao julgar a ADPF nº 651<sup>7</sup> que trata da temática da defesa do meio ambiente, entendeu que são inconstitucionais as normas que, a

---

<sup>5</sup> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

<sup>6</sup> O conceito de interculturalidade é usado para indicar um conjunto de propostas de convivência democrática entre diferentes culturas, buscando a integração entre elas sem anular sua diversidade, ao contrário, “fomentando o potencial criativo e vital resultante das relações entre diferentes agentes e seus respectivos contextos” (Fleuri, 2005). Disponível em: <http://cult.ufba.br/maisdefinicoes/INTERCULTURALIDADE.pdf>

<sup>7</sup> EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL. MEDIDA CAUTELAR. DECRETO PRESIDENCIAL N. 10.224, DE 5.2.2020. EXCLUSÃO DA SOCIEDADE CIVIL DO CONSELHO DELIBERATIVO DO FUNDO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. DECRETO PRESIDENCIAL N. 10.239, DE 11.2.2020. EXCLUSÃO DOS GOVERNADORES DO CONSELHO NACIONAL DA AMAZÔNIA. DECRETO PRESIDENCIAL N. 10.223, DE 5.2.2020. EXTINÇÃO DO COMITÊ ORIENTADOR DO FUNDO AMAZÔNIA. ALEGADA AFRONTA À PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E PROIBIÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE. 1. Proposta de conversão de julgamento de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito: ausência de complexidade da questão de direito e instrução dos autos. Precedentes. 2. Nas normas impugnadas, a pretexto de reorganizar a Administração Pública federal quanto à composição do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente, do Conselho Nacional da Amazônia e do Comitê Orientador do Fundo Amazônia, frustra-se a participação da sociedade civil e dos Governadores dos Estados integrantes da Amazônia Legal na formulação das decisões e no controle da sua execução em matéria ambiental. 3. A exclusão da participação popular na composição dos órgãos ambientais frustra a opção constitucional pela presença da sociedade civil na formulação de políticas públicas ambientais. Contrariedade ao princípio da participação popular direta em matéria ambiental, à vedação do retrocesso e ao princípio da isonomia. 4. A eliminação da paridade na composição dos órgãos ambientais confere ao Poder Executivo federal o controle das suas decisões, neutralizando-se o caráter crítico e diversificado da fiscalização, que deve permear a condução dos trabalhos e políticas públicas. 5. A organização administrativa em matéria ambiental está protegida pelo princípio de proibição do retrocesso ambiental, o que restringe a atuação do administrador público, de forma a autorizar apenas o aperfeiçoamento das instituições e órgãos de proteção ao meio ambiente. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para a) declarar inconstitucional a norma prevista no art. 5º do Decreto n. 10.224/2020, pela qual se extinguiu a participação da sociedade civil no Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente, restabelecendo-se quanto ao ponto o disposto no Decreto n. 6.985/2009, pelo qual alterado o art. 4º do Decreto n. 3.524/2000; b) declarar a inconstitucionalidade do Decreto n. 10.239/2020, especificamente no ponto em que se excluiu a participação de Governadores no Conselho Nacional da Amazônia Legal; e c) declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, CCII, do Decreto nº 10.223/2020, especificamente no ponto em que se extinguiu o Comitê Orientador do Fundo Amazônia. (ADPF 651, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/04/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 26-08-2022 PUBLIC 29-08-2022)

pretexto de reestruturarem órgãos ambientais, afastam a participação da sociedade civil do desenvolvimento e da formulação de políticas públicas. O Decreto 10.224/2020 extinguiu a participação da sociedade civil no Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente e o Decreto 10.239/2020 que excluiu a participação de governador no Conselho Nacional da Amazônia Legal.

Nesse sentido, o STF entende que é indispensável a participação da sociedade civil nas medidas que envolvam proteção ambiental, não podendo o Estado de em nenhuma hipótese afastar a participação popular. Nesse contexto, a participação direta dos povos e comunidades tradicionais nas decisões que afetam seu modo de vida reforça a democracia e forma uma base sólida para promover justiça em um modelo de sociedade reconhecido por sua diversidade que busca efetivar uma democracia que na prática garanta uma igualdade material.

Com isso, buscando superar um sistema que exclui, nega e torna invisível os direitos humanos dos povos e comunidades tradicionais a convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT avançou em inovar e trazer a nível internacional e nacional, o dever dos Estados nacionais de promoverem o respeito à diversidade étnico cultural dos povos indígenas e tribais em todas as suas dimensões. A convenção reconhece que os povos e comunidades tradicionais é quem tem o direito de escolher suas prioridades em relação ao desenvolvimento, bem como tem o direito de participarem dos planos e programas do governo que possam afetá-los.

Essas normas não se reduzem ao simples reconhecimento da pluralidade do povo brasileiro, mas buscam superar à ideia reducionista e equivocada que apresentava a democracia como simples vontade da maioria, ideia essa que não mais é compatível com um Estado que busca o respeito as diferenças. O ordenamento jurídico brasileiro avança e consagra uma concepção democrática não seletiva, mas que se preocupa com o bem de todos, sem exclusão de ninguém, instituindo, assim, uma base importante para a leitura mais participativa e aberta do ordenamento jurídico. (PERUZZO, 2016).

A ideia de democracia é permitir não apenas a oitiva e decisão da maioria, mas sim a comunicação igual com as minorias étnicas. Não se trata de imposição, nem imposição de diálogo nem imposição de posição, mas sim que se estabeleça uma comunicação onde ambos os agentes entendam o que está sendo debatido, as origens e consequências de qualquer tomada de decisão, imposto pelo instrumento da Consulta e regido na forma da construção das regras desse jogo, que são os protocolos de consulta. (PEREIRA, 2021, p. 62).

A partir disso, a elaboração e o uso de Protocolos Autônomos de Consulta Prévia elaborados pelos povos e comunidades tradicionais como instrumento jurídico, construídos fora dos espaços formais de produção do direito, tema que será tratado nos próximos capítulos,



traduzem um exercício de democracia na base frente a um Estado omissivo, racista que não respeita a diversidade e, que pelo contrário foi conivente com práticas que buscavam acabar com esses grupos e tornar a sociedade homogênea.

Além disso, conforme já apresentado o dever dos Estados nacionais respeitarem as diferenças dos seus povos, o direito de participação dos povos e comunidades tradicionais estão previstos além da carta constitucional brasileira, nos textos de normas internacionais, tal qual a convenção nº 169 da OIT, que expressamente traz que “os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, (...), e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.” (BRASIL, 2019).

Logo, o Estado brasileiro com a CRFB/88, assim como nas normas internacionais incorporadas no seu sistema jurídico reforça sua democracia ao reconhecer as diferenças e, o pluralismo étnico cultural do Estado, assim como com a garantia da igualdade entre todos os indivíduos. Dessa forma, o compromisso do Brasil com o caráter pluriétnico e multicultural, é fortalecido com o direito a participação dos povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais nas tomadas de decisões, como prevê a Convenção nº 169 da OIT.

Portanto, nos países da América-Latina o Estado não pode ser visto como o único protagonista na elaboração do direito, as normas internas produzidas pelos povos e comunidades tradicionais tem que ter espaço no ordenamento jurídico desses países. Segundo Antônio Carlos Wolkmer (2001), o pluralismo jurídico comunitário-participativo está comprometido com a participação de novos sujeitos, com a efetiva satisfação das necessidades humanas e com o processo verdadeiramente democrático, descentralizado, participativo e emancipatório de (re)produção jurídico-social.

Por fim, é relevante esclarecer que ao defender o pluralismo jurídico como um caminho para garantir a participação democrática dos povos e comunidades tradicionais, não é uma simples defesa da coexistência de sistemas de normas, que poderia levar ao entendimento que qualquer grupos ou organizações ilegais também poderiam produzir normas que integrariam o sistema jurídico, mas como base nas lições De La Torre Rangel (2010, p. 19 e 20), o universo do Pluralismo Jurídico aqui trabalhado corresponde ao da produção de normas por “práticas emancipatórias que implicam justiça”, ou seja “um direito plural, distinto ao direito estatal que não seja justo, não é direito”, mesmo que não reflita sobre a presença ou ausência de justiça no próprio direito estatal.

Portanto, retomando as bases que sustentam o direito a participação dos povos e comunidades tradicionais nas tomadas de decisões que afetem o seu modo de vida, podemos

sustentar que a perspectiva de uma democracia participativa e direta tem base, no artigo 1º, parágrafo único da CRFB/88, juntamente com o artigo 14, I, II e III<sup>8</sup> que trata do plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis, ainda podemos citar as outras disposições do texto constitucional que garantem a liberdade de expressão, o direito de reunião e de manifestação política<sup>9</sup>, assim como a participação dos cidadãos na fiscalização das atividades do Estado e na formação das decisões políticas. E ainda, o direito a participação está assegurado em instrumentos jurídicos internacionais.

A compreensão da democracia como um princípio fundamental que vincula todas as ações do Estado e da sociedade como um todo, nos direciona para um caminho de contínuo processo de democratização dos espaços públicos, a partir de um modelo que garante o exercício da cidadania e da autodeterminação dos povos e comunidades tradicionais, com o propósito de efetivar a participação nos espaços político, em igualdade de condições intelectuais, sociais, políticas e econômicas, com respeito as diferenças.

### 2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO CONTEXTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O modelo constitucional e político na América Latina foi transformado e ganhou um novo capítulo, com a constitucionalização dos sistemas jurídicos, a positivação de vários direitos fundamentais, assim como, o compromisso expresso no texto constitucional assumindo o dever de desenvolver formas idôneas de garantia e de justiça constitucional.

Dessa forma, a justiça almejada pela carta constitucional de cada país deve buscar está diretamente ligada a garantia da participação de todos os grupos que compõem o Estado. Aqui,

---

<sup>8</sup> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

<sup>9</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

em especial nos países que são caracterizados pela existência de vários grupos étnicos, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano traz uma proposta mais inclusiva e plural para garantir a participação dos cidadãos na política.

É fato que historicamente a América Latina adotou como parâmetro para sua teoria constitucional as fontes europeias dos países colonizadores como Portugal, Espanha, França ou Alemanha. Portanto o modelo de constitucionalismo adotado no continente americano, em grande parte, foi, um modelo que refletia uma teoria constitucional eurocentrada, monocultural que não abria espaço para as diferenças. (BALDI, 2009).

Isso ocorreu porque a América Latina foi vítima dessa dominação europeia, que impôs um projeto de dominação política, econômica e cultural que levou os povos colonizados a serem privados dos seus caminhos histórico-culturais, que são fundamentais para preservação da sua identidade como povos diferenciados. (BRAGATO; BARRETTO; SILVEIRA FILHO, 2017)

Por conta desse sistema político que desrespeita o modo de vida dos povos e comunidades tradicionais é que os movimentos sociais, em destaque, os movimentos indígenas, quilombolas e povos tradicionais, buscam um Estado plurinacional com uma nova ideia de democracia que garanta a participação de todos os povos nas tomadas de decisões políticas, e que tenham instrumentos para garantir direitos já conquistado.

Dentre as tendências e inovações introduzidas pelas recentes constituições dos países latino-americanos, o pluralismo se destaca, pois mostra a direção que Estado Constitucional deve buscar para efetivar o que foi escrito na Constituição, de modo que seja garantido um regime democrático mais próximo da realidade dos países da América Latina.

Dessa forma, é fundamental discorrer brevemente sobre as principais inovações do novo constitucionalismo latino-americano, e oferecer subsídios teóricos para uma reflexão que possa apresentar novos caminhos para uma democracia constitucional que reflita a realidade dos povos da América Latina.

Fica claro que a história europeia ocupa um lugar de destaque, já o passado latino-americano por muito tempo passou por despercebido, dessa forma, aqui é oportuno lembrar o que ensina José Reinaldo de Lima Lopes (2011, p. 3) que diante de tempos de crise devemos lançar “nosso olhar sobre o passado para buscar restauração, ou para buscar o futuro mesmo.” Portanto, entender que o Brasil é formado por diferentes povos e que esses têm que ter uma posição de destaque no sistema democrático requer uma visita na história com o novo olhar.

Nesse aspecto, é importante compreender por que os movimentos constitucionais dos países da América-Latina passaram a questionar o modelo constitucional dos países colonizadores. A diversidade étnica e cultural dos povos dos países da América Latina faz com

que o constitucionalismo clássico não avance na proteção e garantia dos direitos humanos e fundamentais dos povos culturalmente diferenciados, a fórmula “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido” não é suficiente, uma vez que o sistema de democracia representativa muitas das vezes não representa os direitos das minorias.

Maria Lúcia Barbosa (2015), ao defender a sua brilhante tese de doutorado disserta que as Constituições do Novo Constitucionalismo Latino-Americano foram elaboradas de forma ímpar, surgindo de um processo constituinte que teve como principal característica a intensa participação democrática, sendo os cidadãos os principais responsáveis pelo despertar do poder constituinte, pois estes são os legítimos detentores dos instrumentos constitucionais de participação política.

Nesse sentido, o processo constituinte ou de reforma constitucional, assim como, o respectivo ambiente sociopolítico no qual essas experiências constituintes se fortaleceram, deixa claro que o novo constitucionalismo latino-americano surge das transições democráticas e relativamente pacíficas, favorecidas pelo pacto político estabelecido entre os diferentes partidos, setores e movimentos sociais, com o fim de legitimar e promover as escolhas constituintes. Outrossim, o novo constitucionalismo latino-americano, surge como resposta ao problema da colonização persistente no subcontinente por meio da dominação, da exploração e da discriminação (BARBOSA,2015).

Assim, podemos compreender que neste ponto o movimento conhecido como o Novo Constitucionalismo Latino-Americano surge de uma teoria que defende o avanço democrático da Constituição:

por força do qual o conteúdo desta deve expressar, nos limites de suas possibilidades, a vontade soberana de seu povo, o reconhecimento de sua identidade, de sua consciência cultural, dos valores que almejam preservar, e da sua melhor forma de organização social e política, cuja prática deverá ser alcançada por meio de mecanismos de participação popular direta, da garantia dos direitos fundamentais, do procedimento de controle de constitucionalidade promovido pelos cidadãos e da criação de regras que limitem os poderes políticos, econômicos, sociais e culturais. (CADEMARTORI; MIRANDA, 2016, p. 106).

O Novo Constitucionalismo latino-americano está ligado diretamente a necessidade do reconhecimento de novos direitos fundamentais, mas não só o reconhecimento, a ampliação do rol dos direitos fundamentais e a sua efetividade, para tanto as lutas e reivindicações populares buscaram superar o modelo de organização do Estado e do Direito para um novo modelo que, na prática garantisse uma democracia real. É desse modelo que se passa a exigir “um governo em que sua constituição se legitime no ideal de democracia e na identidade do povo e não necessariamente em padrões externos ocidentais que não guardam correspondência com a

cultura genuinamente latino-americana”. Esse novo modelo proposto busca trazer o povo para mais perto do poder político democrático. (CADEMARTORI; MIRANDA, 2016, p. 106-107).

Esse novo tipo de democracia promoveria a participação direta do povo na elaboração e aprovação da constituição, como também do controle dos poderes estatais e as decisões tomadas pelos representantes políticos. As atuais constituições latino-americanas que apresentam essas características baseiam-se fundamentalmente em princípios jus-positivistas e em mecanismos e procedimentos da democracia participativa, o que significa um maior detalhamento acerca dos conceitos e do campo de aplicação dos já mencionados princípios constitucionais, bem como na participação dos povos, nas decisões governamentais que, muitas vezes, podem determinar seus destinos. (CADEMARTORI; MIRANDA, 2016, p. 107).

As Constituições que tiveram como base esse processo foi a da Venezuela, Equador e Bolívia, no entanto, a constituição do Estado brasileiro não pode ser incluída nesse grupo, pois está relacionada a um constitucionalismo de transição, uma vez que foi elaborada seguindo as regras e formalidades do regime ditatorial anterior e as suas ferramentas de participação direta dos cidadãos se apresentam ineficazes para garantir a participação de destaque dos diversos grupos que compõem o Estado. (BARBOSA, 2015)

E cabe destacar também que o multiculturalismo constitucional foi ganhando espaço na América-Latina a partir das Constituições da Guatemala de 1986 e da Nicarágua de 1987. Que daí, outros países avançaram para garantir nos seus textos constitucionais o reconhecimento dos direitos indígenas, tendo como base tensões internas e forças antagônicas que modificaram suas Constituições. Ainda, podemos destacar Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela países estes que atualmente tem Constituições que representam avanços em relação a garantia e proteção da identidade étnica. (PINTO, 2008)

Aqui é bom registrar que, o constitucionalismo clássico de matriz liberal e Europeu exprime a consolidação jurídica dos Estados-nação sobre a base do pacto social. Segundo Carrión (2012, p. 17), esse constitucionalismo estaria limitado ao reconhecimento da existência de diferenças culturais a partir de uma normativa jurídica formal. Essa normativa estaria configurada no denominado direito étnico, concepção nova, não possuindo métodos para garantir sua vigência de forma plena.

Porém, é oportuno registrar que o movimento de atualização ou reforma por meio de emendas constitucionais por parte dos Estados democráticos de Direito de alguns países da América Latina, faz com que esses países também possam ser enquadrados no novo constitucionalismo latino-americano que busca abertura de processo democrático.

Desta forma, a CRFB/88 ainda não é um modelo almejado pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano, o Estado brasileiro com seu olhar no modelo europeu,

ainda está longe de alcançar o que outros países da América Latina estão se esforçando, que é possibilitar o exercício da disputa política em que os cidadãos sejam destaque. Dessa forma, o Brasil ainda segue o que foi implantado nos períodos colonial e imperial e igualmente continua nos tempos atuais. (BARBOSA, 2015).

Particularmente, a Colômbia passou a promover uma série de políticas públicas baseadas no multiculturalismo, direitos territoriais coletivos para grupos étnico-raciais a partir do final da década de 80 e início da década de 90, com conquistas estabelecidas na Constituição colombiana 1991 e reformada em 1997. Com efeito, no Art. 7º, a Constituição colombiana estabelece que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. (COLOMBIA, 1991) O Art. 171º estabelece que “habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas”. (COLOMBIA, 1991) (ROCHA, 2015, p. 20-21).

O Estado da Colômbia representou um avanço significativo com relação a proteção dos direitos étnicos, se colocando em uma posição de protagonista. Passou a tratar suas minorias como grupos étnicos, estabelecendo garantias e direitos ainda não assegurados no texto da Constituição do Brasil, como a jurisdição comunitária, a participação em órgãos legislativos, como o Senado, a regulamentação do direito a Consulta Prévia disciplinado pela Convenção nº 169 da OIT, assim como o ingresso de educadores étnicos na carreira docente entre outros. (ROCHA, 2015)

Os textos constitucionais que têm como base o constitucionalismo latino-americano buscam assegurar os direitos e garantias estabelecidos na Constituição de forma mais realista possível, esses textos na prática são elaborados por assembleias constituintes que já conta com a participação da sociedade civil, e depois objetos de aprovação popular por meio da participação direta via referendun. As Constituições forjadas com base na teoria do Constitucionalismo Latino-Americano buscam refletir a realidade histórica, cultural, étnica de cada país e, portanto, buscam superar as ideias eurocêntrica, realizando o que podemos entender como processos de descolonização.

O novo modelo de Estado Plurinacional que surgem das ideias do novo constitucionalismo latino-americano tem como objetivo promover a recuperação e uma releitura do princípio da soberania popular, promovendo a participação direta dos cidadãos e da sociedade civil na vida política do Estado. O que se pretende é garantir no Estado de direito que cada cidadão, levando em conta suas identidades, possua recursos jurídicos capazes de regular as relações entre eles e a “potência pública” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 174).

Esse modelo de Estado que reconhece a pluralidade de seu povo busca promover uma releitura com o objetivo de proteger os direitos culturais, ambientais e proteger a existência dos povos e comunidades tradicionais, ao tempo que busca reforçar a democracia com a

participação política de todos os povos que compõem o Estado, assim o novo constitucionalismo latino-americano busca um Estado que reconheça a realidade cultural, social, econômica e territorial dos povos latino-americanos.

#### 2.4 ALÉM DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA, DECOLONIALIDADE COMO CAMINHO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

Por si só o reconhecimento de direitos para os povos e comunidades tradicionais no texto constitucional, assim como a incorporação de instrumentos internacionais que mostram a mudança de paradigma na proteção jurídica dos povos e comunidades tradicionais, não tem se revelado suficiente para efetivar os direitos fundamentais dos grupos historicamente invisibilidade e marginalizados.

Nessa perspectiva, é importante trazer para discussão o pensamento decolonial<sup>10</sup> na ótica dos avanços dos direitos e garantias dos povos e comunidades tradicionais, assim como identificar e explicitar conceitos necessários para se pensar a decolonialidade como um caminho para efetivação dos direitos humanos. Considerando que o modelo de direito ocidental universal contribuiu para estabelecer a colonialidade do conhecimento e conseqüentemente subalternizar e apagar saberes, o pensamento decolonial surge para superar com este padrão e começar a pensar o direito a partir dos diferentes mundos e culturas. (COLAÇO, 2012).

Aqui, buscamos abordar o pensamento crítico acerca da decolonialidade alertando para a importância de se buscar Direitos Humanos intercultural que atenda aos verdadeiros anseios das populações tradicionais, onde é reconhecido sua diversidade.

Fatos do dia a dia mostram que embora, o sistema jurídico, tanto o brasileiro como o internacional, tutelem os direitos de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, o interesse econômico pela exploração dos recursos naturais continua avançando com a força do capitalismo, com a justificativa de desenvolvimento, modernidade e progresso, se revelando ainda como um sistema que reflete dominação por meio de releituras do passado colonial.

Nesse sentido, o simples reconhecimento de direitos humanos fundamentais dos povos chamados de minorias étnicas não é o suficiente dentro do Estado, em razão desse ter sua

---

<sup>10</sup> O pensamento decolonial reflete sobre a colonização como um grande evento prolongado e de muitas rupturas e não como uma etapa histórica já superada. Neste sentido fala em “colonialidade”. Porém não se trata de um campo exclusivamente acadêmico, mas refere-se, sobretudo, a uma nova tendência política e pistemológica. Envolve vários atores sociais e reflete o desenrolar de um processo que permite não apenas a crítica dos discursos “ocidentais” e dos modelos explicativos modernos, como também a emergência de distintos saberes que surgem a partir de lugares “outros” de pensamento. (COLAÇO, 2012, p.08).

finalidade estruturada de acordo com a vontades hegemônicas. Para tanto, esse sistema tem que ser combatido, pois se não há uma separação dos pressupostos míticos do Estado Nação e os seus sistemas de economia liberal, não há um cenário para efetividade dos direitos coletivos dos povos e comunidades tradicionais. (NOGUEIRA, 2016).

Nesse sentido é indispensável que se adote uma hermenêutica que promova uma releitura do direito de modo que possibilite iniciar a reversão do histórico de invisibilidade que o Estado brasileiro colocou os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Para tanto, o pensamento decolonial e intercultural pode ser visto como uma saída para efetivar direitos humanos fundamentais frente a realidade plural de mundo dos países da América-Latina, contribuindo para uma ampla efetivação dos direitos atualmente assegurados a esses grupos.

No entanto, aqui é importante trazer o conceito de colonialismo para que possamos avançar nos estudos do pensamento intercultural e decolonial, para tanto, tomamos como base a definição apresentada por Aníbal Quijano (1992):

foi estabelecida uma relação de dominação direta, política, social e cultural dos europeus sobre os conquistados de todos os continentes. Essa dominação é conhecida como colonialismo. Em seu aspecto político, especialmente formal e explícito, a dominação colonial foi derrotada na grande maioria dos casos. A América foi o primeiro estágio dessa derrota. Posteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, África e Ásia. Assim, o colonialismo, no sentido de um sistema de dominação política formal de algumas sociedades sobre outras, parece, portanto, uma questão do passado (QUIJANO, 1992, p. 11, tradução nossa).

Aníbal Quijano (1992), ainda alerta que o colonialismo, enquanto estrutura de poder, já foi superado a partir da descolonização da América e, posteriormente, da África e da Ásia. Mas, deixando marcas profundas, “a estrutura de poder colonial produziu desigualdades e discriminações que depois foram codificados como "raciais", étnicos, "antropológicos" ou nacionais", conforme os momentos, os agentes e as populações envolvido.”

Nessa perspectiva, uma democracia não pode existir sem garantir a convivência de sujeitos e de sociedades plurais, de culturas múltiplas como a possibilidade de diálogo entre as diferentes culturas. Para tanto, o rompimento com a perspectiva de uma noção vista sob a ótica de uma cultura eurocêntrica é urgente e, a interculturalidade assume uma posição que possibilita a criação de espaços de diálogos entre os diferentes povos que compõem o Estado.

Para Walsh (2006, p. 27), a interculturalidade não pode ser resumida em um simples conceito que tem seu significado ligado a inter-relações (contato/conflito) entre ocidente e outras civilizações, como algo que sempre existiu. Mas, tem que ser compreendido como um giro epistêmico que tem como base o passado e o presente das realidades vividas como dominação, exploração e marginalização que constituem e são consequência do projeto da



modernidade/colonialidade. Portanto, o significado de interculturalidade está ligado à geopolítica do espaço, às lutas históricas e atuais de negros e índios e a construção deles de projeto social, político, ético, epistêmico, com orientação à descolonização e à transformação.

Ainda, segundo Confederação de nacionalidades indígenas do Equador (CONAIE) (apud WALSH: 2006, p. 25-26), a interculturalidade pode ser compreendida como um princípio ideológico que respeita a diversidade dos povos, com relevante importância na construção de "uma nova democracia", "anticolonialista, anticapitalista, antiimperialista e antissegregacionista" que garanta "a máxima e permanente participação dos povos e comunidades tradicionais na tomada de decisões e no exercício do poder político no Estado Plurinacional" .

Nessa perspectiva, a interculturalidade tem que buscar questionar as diferenças e desigualdades vivenciadas pelos diferentes grupos socioculturais, étnico raciais, de gênero, orientação sexual, religiosos, entre outros ao longo da história; desse modo, a interculturalidade aponta para construção de sociedades que assumam as diferenças como constitutivas da democracia e sejam capazes de construir relações novas, verdadeiramente igualitárias entre os diferentes grupos socioculturais, o que supõe empoderar aqueles que foram historicamente inferiorizados (CANDAU, 2012).

Desse modo, podemos entender que a interculturalidade tem relação com à perspectiva decolonial e deve ser compreendida como um processo e projeto intelectual e político orientado à construção de modos outros de poder, saber e ser (WALSH, 2007).

Buscando trazer uma definição para decolonialidade, Catherine Walsh (2007), entende que:

É assinalar a necessidade de visibilizar, enfrentar e transformar as estruturas e instituições que posicionam de modo diferenciado grupos, práticas e pensamentos dentro de uma ordem e lógica que, ao mesmo tempo ainda é racial, moderna e colonial. Uma ordem da qual todos de alguma forma participamos. Assumir esta tarefa implica um trabalho decolonial, dirigido a romper cadeias e desescravizar as mentes (como afirmavam Zapata Olivella e Malcolm X); a desafiar y destruir as estruturas sociais, políticas e epistêmicas da colonialidade -estruturas até agora permanentes que mantêm padrões de poder enraizados na racialização, no conhecimento eurocêntrico e na inferiorização de alguns seres como menos humanos. É isto a que me refiro quando falo da decolonialidade (WALSH, 2007, p. 9).

É importante entendermos que os povos colonizados foram submetidos a hegemonia da racionalidade ocidental que dominou a política, economia e até a cultura dos diferentes povos, esses por sua vez, ficaram privados da sua história e cultura própria que fez com que as próprias identidades, tanto individual como coletiva fosse se perdendo com o tempo (BRAGATO; BARRETTO; SILVEIRA FILHO, 2017).

Nessa perspectiva, é indispensável demonstrar, o modo pelo qual a maioria dos grupos étnicos latino-americanos, inseridos num contexto repleto de apagamento e invisibilidade, pela falta de respeito a diferença, se reconhecem como sujeitos de direito durante o processo de luta contra a colonialidade.

Assim, o reconhecimento da situação histórica da colonialidade ganha espaço nos movimentos indígena e afro, os quais deram espaços para visibilizar, de forma estratégica: a resistência social na tentativa de alteração da percepção da sociedade quanto ao diferente, a construção de grupos de participação ativa no poder estatal e, sobretudo, a ressignificação desta participação, demonstrando não apenas que reconhecem-se na colonialidade – ainda que sem fazer menção à Quijano ou Mignollo – e a reação que a diferença colonial provoca no “ser-pensamento-ação” (WALSH: 2006, p. 39)

A restrição participativa nos processos de elaboração e aplicação do Direito oficial se apresentou como o principal fator responsável pela pouca correspondência entre a perspectiva garantidora de direitos fundamentais estampada no texto constitucional e as expectativas dos povos e comunidades tradicionais enquanto grupos minoritários.

Ainda, com relação a efetiva participação política no governo destes países compostos por diversos povos, a ideia da democracia representativa contribuiu para exclusão da maioria dos grupos que compõem os Estados latino-americanos das decisões de poder estatal. O modelo democrático adotado, em regra, corresponde à mera atribuição, formal e aparente, do poder ao povo; a soberania, em verdade, mudou-se do povo para o Estado, passando o governo a ser composto por supostos representantes do povo, mas na prática não se identificam e protegem os interesses de apenas dos cidadãos que compõem o grupo dominante.

A ausência das minorias na construção do direito, bem como, a inexistência de parcela desses grupos nas instituições de poder, foram uns dos principais fatores que contribuíram para violação de direitos fundamentais dos povos e comunidades tradicionais.

Partindo do olhar de uma perspectiva descolonial, além de participação democrática dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais nas tomadas de decisões políticas que os afetam, é indispensável entender que o interesse dos grupos dominantes que comandam a maioria é apenas a repetição das formas de dominação utilizado na época colonial, que omite os interesses dos grupos étnicos.

No entanto, o século XX é marcado pelo surgimento de modificações importantes nos direitos nacionais e nas normas internacionais que tratam dos direitos dos povos e comunidades tradicionais na América Latina. Os povos, por meio de uma atuação organizada se mobilizaram e conquistaram alterações substanciais nos textos das Constituições dos Estados nacionais,

assim como na posição da OIT sobre o tratamento dispensado aos povos indígenas e tribais. (SOUZA FILHO et al., 2019).

Portanto, nas constituições nacionais, a começar pela brasileira de 1988, assim como na normativa internacional da OIT, a ruptura se deu ao abandonar o ideário integracionista e reconhecer que os povos têm direito a ser povos, isto é, a continuar a ser grupos diferenciados da sociedade nacional hegemônica que se regem por suas próprias leis e hierarquias sem qualquer necessidade de integração. Ou, no conceito preciso da Convenção n. 169 da OIT: “[povos] cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições.” (SOUZA FILHO et al., 2019).

O estudo da democracia e suas formas de efetivação é importante para que o debate sobre os protocolos autônomos de consulta prévia elaborados pelos povos e comunidades tradicionais, como um instrumento legítimo e necessário para efetivação e garantia do direito a CPLI, nos termos da Convenção nº 169 da OIT, possa avançar e os povos culturalmente diferenciados possam desfrutar dos seus direitos em condição de igualdade. Não obstante, os princípios democráticos formam as bases do direito dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais serem consultados.

Por isso, é necessário não apenas a positivação de artigos que reconheçam e tratem dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, mas ir além, permitir que o direito seja pensado de forma diferentes, a partir das experiências locais. Existe uma necessidade de discutir novas formas de pensamento que descentralizam e pluralizam o que tem sido considerado como jurídico ou direito.

### **3 CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E O DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO E CONSULTA PRÉVIA**

Este capítulo busca abordar o direito de Participação e Consulta Prévia, Livre, Informada – CPLI, previsto na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais como um direito fundamental para os povos e comunidades tradicionais. Partindo do entendimento que o Direito de Consulta e Participação tem eficácia plena e aplicação imediata, posto o caráter vinculante do Decreto Legislativo nº 143 de 2002, o qual ratificou e incorporou ao sistema jurídico brasileiro, a Convenção nº 169 da OIT. O direito à Participação e de Consulta são fundamentais para a sobrevivência dos povos indígenas e tribais ao redor do mundo e conseqüentemente dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais do Brasil, visto que possibilita o exercício de outros direitos fundamentais.

Aqui, o direito de participação e o direito CPLI serão tratados juntos, considerando as suas conexões, o direito de consulta busca garantir e viabilizar os direitos dos povos e comunidades tradicionais a participarem dos processos de tomadas de decisões que possam direta ou indiretamente afetar o seu território ou modo de vida. A CPLI deve ser entendida como um instrumento de promoção da participação ativa dos sujeitos da Convenção nº 169 nos processos consultivos e decisórios (MENDONÇA (2019)).

Assim, o direito de consulta prévia se caracteriza como meio de promoção do direito de participação ativa dos povos e comunidades tradicionais, assim como busca o fortalecimento do poder ascendente nas tomadas de decisão. Desse modo, o direito a CPLI se mostra eficaz e legítimo, dado que é um processo participativo e de inclusão, para Dussel (2011, p. 119), a "[...] essência da legitimidade do exercício do poder estaria a participação".

Por essa razão, discutiremos a importância do Direito a CPLI previsto na Convenção nº 169 da OIT, dentro da realidade brasileira, buscando identificar quais os desafios para efetivar o direito de consulta, de modo que, a participação dos povos e comunidades tradicionais esteja assegurada nos termos previstos na norma internacional, assim como, no ordenamento jurídico brasileiro que após a CRFB/88 adotou políticas sociais diferenciadas para garantir a participação dos grupos étnicos.

Com efeito, as reflexões a serem desenvolvidas estão sustentadas na norma constitucional brasileira que abriu o diálogo democrático com os grupos étnicos por meio da configuração do pluralismo jurídico e democrático, reconhecimento de novos direitos a essa parcela das sociedades que por muito tempo foi colocada a margem. (ROCHA, 2015)

Por sua vez, a norma que estabelece à participação e a CPLI dos povos e comunidades tradicionais possui natureza jurídica de direito fundamental, reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, se apresenta como um processo em que o Governo consulta os grupos étnicos sobre propostas políticas ou administrativa que possam interferir no seu modo de vida. Quer dizer, trata-se de um processo que terá a forma jurídica de processo administrativo, processo esse em que o Estado cumpre seu dever quando consulta é feita de forma que fique assegurado a garantia das formas tradicionais de existência dos grupos etnicamente diferenciados dentro de seus territórios, assim “a consulta previa adquire, a seu turno, a natureza de direito fundamental”. (GIFFONI, 2020, p. 67).

No entanto, ainda há muitas discussões acerca das regras de aplicação dos dispositivos da Convenção nº 169 da OIT. É fácil visualizar inúmeros casos de não observância das suas disposições, em especial aquelas que inovam em relação às normas já vigentes no Brasil, em destaque o Direito de Participação e Consulta dos povos indígenas, quilombolas e comunidades

tradicionais que buscam superar um modelo de direito liberal individual por um direito coletivo que respeite a dignidade humana, a participação, a igualdade, que supra as necessidades de certos grupos diferenciados.

Portanto, inicialmente será apresentado uma visão sobre a OIT, com o propósito de justificar a relação dessa organização com a proteção dos direitos humanos dos grupos étnicos, logo adiante apresenta-se um estudo sobre os principais pontos da convenção nº 169 da OIT e o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro e, em seguida será apresentado algumas reflexões jurídicas sobre o direito fundamental à Participação e CPLI dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

### 3.1 CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT E OS AVANÇOS DOS DIREITOS HUMANOS

Dentre os instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos direitos humanos, que buscam garantir o direito de existência coletiva, capaz de manter o modo de vida dos povos e comunidades tradicionais, temos a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independente, a qual foi aprovada no ano de 1989.

Como o próprio texto da convenção traz, foi por conta da necessidade dos povos interessados de se autodeterminarem, que a Convenção nº 169 da OIT, inspirada nos valores multiétnicos e pluriculturais foi elaborada, assim, como consta no seu preâmbulo, do anseio dos “povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, no âmbito dos Estados onde moram” (BRASIL, 2019).

Foi no ano de 1989, buscando superar os parâmetros da homogeneidade e integracionismo em que o direito dos povos indígenas eram tratados, a OIT na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, adotou a Convenção nº 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais, atualmente essa Convenção é considerada uma das mais importantes normas internacionais para os povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais. Neste contexto, os países a li reunidos cederam as pressões dos diversos povos étnicos e, entenderam a necessidade de caminhar para uma proteção jurídica que garantisse que os povos indígenas e tribais pudessem ter garantido o seu modo de vida tradicional<sup>11</sup>. (OIT, 2022?)

Com o passar dos tempos, a abordagem integracionista dos povos indígenas e tribais por meio de normas internacionais passou a ser incompatível com o desenvolvimento de um mundo

---

<sup>11</sup> Organização Internacional do Trabalho, Conheça a OIT. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 15 abr 2022?.

moderno, a OIT estava ciente de que as histórias dos povos indígenas foram marcadas por discriminação, marginalização, etnocídio ou genocídio. (OIT, 2022?) Portanto, com o propósito superar esses fatos buscou a elaboração de uma norma que se reafirma que os povos indígenas e tribais têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que todos os outros seres humanos, não sendo mais possível sustentar a ideia de que os povos indígenas com o passar dos tempos deixariam a sua cultura, seus costumes e modo de viver de lado e se integrariam a sociedade envolvente.

Nesse ponto, desperta curiosidade em saber por que uma Organização Internacional que trata de assuntos relacionados ao ambiente do trabalho se preocupou em elaborar uma norma que buscou proteger os povos indígenas e tribais. José Augusto Segundo Neto (2015, p. 75), relata que o motivo de a OIT ter adotado convenções que não se limitam a temas simplesmente trabalhistas possui razões históricas, dado que em fins do século XIX a agenda internacional passa a se preocupar com a regulação dos direitos dos povos indígenas e tribais. A Sociedade das Nações estava preocupada em esclarecer as normas vigentes entre os Estados e garantir a Paz, nessa oportunidade a violência que os povos indígenas e tribais sofriam não passou sem chamar a atenção da OIT, a qual sempre teve como objetivo fomentar a justiça social.

O manual da OIT elaborado em 2003, com o objetivo de facilitar o uso e a compreensão da Convenção nº 169 da OIT apresenta um pouco do momento histórico que levou a OIT há se dedicar à proteção dos direitos dos povos indígenas e tribais:

A questão foi abordada pela primeira vez quando a OIT se concentrou na situação dos trabalhadores rurais na década de 1920. Havia um grande número de trabalhadores indígenas e tribais entre eles. Entre 1936 e 1957, a OIT adotou uma série de convenções para proteger os trabalhadores, incluindo algumas que se aplicam a trabalhadores indígenas e tribais. Essas convenções tratam de questões como recrutamento, contratos de trabalho e trabalho forçado.

A OIT também prestou assistência prática. Entre 1952 e 1972, administrou um programa multi-agências para povos indígenas na América Latina - o Programa Índio Andino. Acredita-se que este programa tenha atendido 250.000 indígenas.

Gradualmente, a OIT percebeu que era necessário ter um padrão legal que se concentrasse exclusivamente nos povos indígenas e tribais.

Isso foi para abordar suas características distintas, que são importantes para os povos indígenas e tribais. Em 1957, adotou a Convenção sobre Populações Indígenas e Tribais (nº 107), o primeiro tratado jurídico internacional sobre o assunto. Ele aborda muitas questões importantes para os povos indígenas e tribais, como direitos à terra, trabalho e educação. Tradução nossa. (OIT, 2003, p. 3 e 4).

Por conseguinte, diante de situações de discriminação e exploração dos povos indígenas, a OIT que nasce com o propósito de promover justiça social, inicialmente demonstra preocupação com os abusos aos direitos que esses povos sofriam e adota no ano de 1930 normas no campo do direito do trabalho como a Convenção nº 29 sobre Trabalho Forçado. Porém, com o passar dos anos, fica claro que as condições de trabalho em que esses povos eram colocados

eram consequência de injustiças, omissão e preconceitos profundamente enraizados e ligados intrinsecamente a questões maiores como à identidade, língua, cultura, costumes e terras. (OIT, 2013, p. 4).

A relação da OIT com a proteção e garantia dos direitos dos povos indígenas e tribais, está relacionada ao seu envolvimento com os direitos humanos na busca de construir uma sociedade que caminhe em sentido a prosperidade. Nessa vereda Liana Amin Lima da Silva aduz:

A OIT é responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho e, desde 1936, dispunha de convenções internacionais que tratavam das condições e garantias para o “trabalhador indígena”, em virtude do histórico de exploração, servidão e escravização da mão de obra indígena. (DA SILVA, 2019).

Ainda, para compreender a importância da OIT na proteção dos direitos humanos, é oportuno destacar que essa “é a única agência das Nações Unidas que tem estrutura tripartite, na qual representantes de governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores de 187 Estados-membros participam em situação de igualdade das diversas instâncias da Organização.<sup>12</sup>” Essa estrutura tripartida da OIT permite que trabalhadores, empregadores e governos tenham voz em um nível de igualdade para por meio de um diálogo social sejam construídas políticas públicas voltadas para proteção social.

Muitos foram os eventos que marcaram a história da OIT, fundada no ano 1919, como parte do Tratado de Versalhes que encerrou na Primeira Guerra Mundial, surge com o propósito de que a justiça social é base para se alcançar a paz universal e duradoura, vindo a se tornar-se a primeira agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1946. (OIT 2022).

É oportuno destacar que compete a OIT formular e aplicar normas internacionais do trabalho, tais como Convenções e Recomendações, sendo que as Convenções, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. A OIT desde sua criação tem como missão promover um ambiente em que homens e mulheres tenham acesso a um trabalho decente e produtivo em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, assim, com o avanço dos direitos humanos no campo internacional. A OIT no decorrer dos tempos tem atualizado suas orientações<sup>13</sup>.

As normas internacionais do trabalho são instrumentos jurídicos elaborados pelos constituintes da OIT (governos, empregadores e trabalhadores), que definem os

<sup>12</sup> Organização Internacional do Trabalho, Conheça a OIT. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 15 abr 2022.

<sup>13</sup> Organização Internacional do Trabalho, História da OIT. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 15 abr 2022.

princípios e os direitos mínimos no trabalho. Trata-se quer de convenções (ou de protocolos), que são tratados internacionais juridicamente vinculativos, que podem ser ratificados pelos Estados-membros, quer de recomendações, que são princípios orientadores, de caráter não vinculativo. Frequentemente, uma convenção enuncia os princípios fundamentais que devem ser aplicados pelos Estados que a ratificaram, enquanto a recomendação correspondente completa a convenção, propondo princípios orientadores mais precisos acerca da forma como a referida convenção pode ser aplicada. P. 18<sup>14</sup>

Como se vê, na busca da promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas, a OIT inicialmente elaborou tratados que definem os direitos exclusivamente trabalhistas dos trabalhadores indígenas, o campo de aplicação dessas Convenções era direcionado ao contrato de trabalho em que o indígena fizesse parte. Mas, a OIT cada vez mais envolvida com a proteção dos direitos humanos, em um certo momento avançou da simples proteção dos direitos laborais para também cuidar dos direitos coletivos, esses representados pelas Convenções nº 107 e nº 169.

Por sua vez, o objeto das primeiras Convenções que tratavam da questão indígena, simplesmente abordava o direito individual do indígena enquanto trabalhador, ou seja, sua condição de trabalho, condições em que se dava seu recrutamento, abolição das sanções penais aplicadas aos trabalhadores indígenas, condições e garantias para o contrato de trabalho em que envolvia o povo indígena.

Ao tratar dos instrumentos de proteção jurídica dos povos indígenas e tribais, Jandira Keppi (2001, p. 4) esclarece que antes da Convenção nº 107 da OIT só existiam convenções que abordavam em específico alguns assuntos que tratavam dos povos indígenas, de forma bem pontual. Aponta como exemplo, a Convenção nº 50 da OIT que tratava do recrutamento de trabalhadores indígenas, a Convenção nº 65, de 1939, a qual tratava das sanções penais e a Convenção n. 105, de 1957, sobre a abolição do trabalho forçado.

A convenção nº 107 foi formulada pela OIT no ano de 1957 e, reconheceu de forma geral, alguns direitos dos povos indígenas em relação aos territórios que tradicionalmente habitavam, mas não tratou de outros direitos fundamentais e nem estabeleceu um instrumento de garantia daqueles direitos. O momento histórico em que a Convenção nº 107 da OIT “foi adotada, os povos indígenas e tribais eram vistos como sociedades “atrasadas” e temporárias. A crença na época era de que, para sobreviver, eles tinham que ser trazidos para o meio da sociedade nacional, e que isso deveria ser feito por meio da integração e assimilação.” (OIT, 2003, p.4).

---

<sup>14</sup> AS REGRAS DO JOGO Uma introdução à ação normativa da Organização Internacional do Trabalho: Genebra, Bureau Internacional do Trabalho, 2019. p. 18



Embora a OIT tenha avançado e elaborado uma norma que reconheceu os direitos territoriais aos indígenas e povos tribais, deixou claro que esses povos com o passar dos tempos deveriam ser integrados a sociedade nacional. Essa ideia de integração registra a forma discriminatória e excludente que os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais eram e ainda continuam sendo tratados, até mesmo no campo jurídico.

A OIT em seu manual sobre a aplicação da Convenção nº 169, deixa claro que embora a Convenção nº 107 tenha sido considerada um avanço na proteção dos direitos dos povos indígenas, essa ainda tinha uma abordagem discriminatória que nos dias atuais não mais são aceitos:

Convenção nº. 107 estava intrinsecamente caminhando em direção para a assimilação, o que era típico da época. Convenção nº. 107 baseia-se na suposição subjacente de que o único futuro possível para os povos indígenas era sua integração ao resto da sociedade, e que outros tinham que tomar decisões sobre seu desenvolvimento. Em 1986, uma comissão de especialistas convocada pelo Conselho de Administração da OIT concluiu que "a abordagem integracionista da Convenção era obsoleta e que sua aplicação era prejudicial no mundo moderno". (OIT, 2013, p.4).<sup>15</sup>

Reforçando o caráter racista da convenção nº 107 da OIT Daize Fernanda Wagner (2014), esclarece que a máxima da Convenção nº 107 tinha como base, em especial, a proteção e integração das populações indígenas, tribais e semi tribais, pois buscava refletir o pensamento dominante naquele momento histórico, de que os povos indígenas eram atrasados em relação aos demais membros da comunidade nacional e portanto deveriam no decorrer dos tempos, à medida que fossem aprendendo sobre a sociedade envolvente, integrar-se a ela, e abandonar seu modo de viver indígena, primitivo.

Observa-se, que a Convenção nº 107 caracterizava-se por adotar uma política indigenista de integração nacional, quer dizer, considerava os povos indígenas como transitórios, pois os Estados tinham o dever de integrar os povos indígenas à cultura nacional.

Percebe-se com clareza que a Convenção n.º 107 tinha como premissa o atraso destes povos, assim como acreditava na suposta tendência natural ao assimilacionismo, visões hoje superadas e anacrônicas, ao mesmo tempo em que adotava a simbólica categoria 'populações', em lugar da categoria 'povos', posteriormente incorporada pela convenção sucessora. Todavia, deve-se ressaltar que a Convenção n.º 107 já percebia a existência de coletividades distintas dos povos indígenas, embora com eles compartilhassem traços identitários. (MOREIRA, 2018, posição 935).

---

<sup>15</sup> El Convenio núm. 107 se orientaba intrínsecamente hacia la asimilación, lo cual era típico en aquellos tiempos. El Convenio núm. 107 se fundamenta en la suposición subyacente de que el único futuro posible para los pueblos indígenas era su integración en el resto de la sociedad, y que otros habían de tomar decisiones sobre su desarrollo. En 1986, una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que «el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno».

Não é outro o entendimento de Liana Amin Lima da Silva (2019), para quem a convenção nº 107 da OIT foi resultado do modelo predominante na década de 50, de paternalismo e da integração progressiva dos povos e comunidades às respectivas sociedades nacionais, ou seja, os povos indígenas eram considerados incapazes em vias de assimilação, deste modo, fica claro o entendimento de que os povos indígenas eram transitórios.

Por sua vez, após muitas críticas e questionamentos, a OIT por uma comissão de especialistas, reconheceu os equívocos do texto da Convenção nº 107, daí resolveu realizar uma revisão do referido texto. “Isso se deu em grande parte a uma consciência crescente e ao número crescente de povos indígenas e tribais participando de fóruns internacionais, como o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Populações Indígenas.” Tradução nossa. (OIT, 2003, p.4).

Entre os anos de 1987e 1989 a OIT concluiu a revisão do texto da Convenção de nº 107 e, chegou à conclusão de que o ideal seria a elaboração de um novo texto, o qual deu vida a Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais nos Países Independentes.

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) disciplina uma nova relação do Estado nacional com o seu povo, circunstância facilmente identificada se confrontada com o texto normativo que lhe é anterior e que é por ela expressamente revogado: a Convenção n. 107 da mesma OIT. Enquanto esse último documento consignava como propósito a assimilação de minorias étnicas à sociedade nacional, o presente, já em seu preâmbulo, evidencia a ruptura com o modelo anterior. (DUPRAT, 2015, p.53).

Neste contexto, a convenção nº 169 da OIT fruto do processo de revisão do texto da convenção de nº 107 que tinha como perspectiva integrar os povos indígenas e tribais a sociedade nacional, onde a relação do Estado com os povos originários era de princípios baseados na integração, assimilação e subjugação jurídica desses povos, por meio da instrumentalização da tutela, inova e prevê, medidas especiais para garantir uma igualdade efetiva entre os povos indígenas e tribais e todos os outros setores da sociedade.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2019, p. 169), leciona que a Convenção nº 169 da OIT foi uma espécie de autocrítica ao integracionismo da Convenção anterior, a nº 107, que tratava os direitos dos povos como direito a adquirir um trabalho assalariado individual por meio de contrato ao preço de abandonar a ideia de coletivo e de tribal, desta forma, buscou a Convenção nº 169 desfazer a ideia de integração pelo trabalho iniciada no século XX e culminada com a Convenção nº 107.

Observa-se que a nova Convenção surge com a proposta de superar as práticas discriminatórias que afetam os povos indígenas e tribais e, ao mesmo tempo garantir a esses povos o direito de participar na tomada de decisões que afetam suas vidas. Nesse sentido, o Manual para ajudar na compreensão e aplicação da Convenção nº 169, elaborado pela OIT por

meio da colaboração entre o Gabinete de Atividades do Empregador (ACT/EMP) e do Gabinete de Atividades para Trabalhadores (ACTRAV), fundamentado em comentários e análise de uma comissão de especialista, apresenta a normativa internacional de proteção dos povos indígenas e tribais como:

A Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989 (nº 169) é um tratado internacional, adotado pela Conferência Internacional do Trabalho em 1989. A Convenção reflete o consenso alcançado pelos constituintes tripartidos da OIT em relação aos direitos dos povos indígenas e povos tribais dentro do Estados-nação em que vivem e as responsabilidades dos governos para proteger esses direitos. A Convenção baseia-se no respeito pelas culturas e os modos de vida dos povos indígenas e reconhece seus direitos sobre a terra e os recursos naturais, bem como o direito de decidir suas próprias prioridades em relação ao processo de desenvolvimento. Tradução nossa (OIT, 2013)<sup>16</sup>

Os povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais até a elaboração da convenção nº 169 da OIT não tinham reconhecido pelo ordenamento jurídico internacional o direito de serem diferentes, as normas que tratavam dos direitos desses grupos acabavam por violar diversos direitos fundamentais para existência desses povos como um grupo culturalmente diferenciado. As legislações que abordavam os direitos dos povos culturalmente diferenciados acabavam por refletir uma visão racista e excludente que acaba sendo legitimada por uma norma.

A Convenção nº 169 da OIT promoveu inúmeros avanços, dentre estes podemos destacar dois, considerando a influência que tiveram nas realizações de políticas públicas centrais para os povos indígenas, quilombola e comunidades tradicionais e para a proteção e promoção de seus territórios tradicionais, modos de vida e cultura, o direito a autoidentificação<sup>17</sup> como grupo étnico diferente da sociedade nacional cabendo aos Estados

---

<sup>16</sup> OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales**, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2013. P. 1. Disponível em: [https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS\\_205230/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang--es/index.htm). Acesso em: 25 mai. 2022. El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) es un tratado internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989. El Convenio refleja el consenso logrado por los mandantes tripartitos de la OIT en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales dentro de los Estados-nación en los que viven y las responsabilidades de los gobiernos de proteger estos derechos. El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo.

<sup>17</sup> Cláudia Sala de Pinho coordenadora da Rede de Comunidades Tradicionais Pantaneira, em participação no PODCAST sobre Povos e Comunidades Tradicionais ensina que essa autoidentificação assumiria um viés coletivo na medida em que um indivíduo se reconhece no outro e, a partir dessa identificação recíproca, surge o sentimento de pertencimento.

A Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, atualmente reconhece oficialmente no Brasil 28 autoafirmações: Andirobeiras, Apanhadores de Sempre-vivas, Benzedeiros, Caatingueiros, Caboclos Caiçaras, Catadores de Mangaba Ciganos, Cipozeiros, Extrativistas, Extrativistas Costeiros e Marinhos, Faxinalenses Fundo e Fecho de Pasto, Geraizeiros, Ilhéus, Indígenas, Morroquianos, Pantaneiros, Pescadores Artesanais, Pomeranos,

apenas o reconhecimento da sua existência e o direito à consulta que impõem aos Estados o dever de consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados as suas realidades.

Assim, com o objetivo de promover uma mudança significativa com relação ao tratamento dado aos povos e comunidades tradicionais, a OIT por meio da convenção nº 169, inova e altera o paradigma da assimilação dos povos indígenas e tribais às sociedades majoritárias nacionais e, reconhecer-lhes direito à autodeterminação, à eleição de seu próprio destino, assim como o direito de participar dos processos deliberativos de seus Estados. Logo no início está expresso no texto da convenção:

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;  
 Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram;  
 Observando que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente; (BRASIL, 2019).

A convenção nº 169 da OIT, inicia seu texto reconhecendo o direito a diferença e a necessidade de proteger um modelo legal de sociedade plural na perspectiva étnico cultura. Para Deborah Duprat (2015, p.53) a ideia trazida no início do texto da convenção, deve servir de norte para toda e qualquer interpretação que se faça da Convenção nº 169, pois, entende que nem sempre aquilo que parece claro é de fácil aplicação. Diante de um quadro em que os profissionais do direito quando apresentados a esse modelo de sociedade plural, ficam em uma posição de desconfiança, ou perplexos, considerando que estratégias e práticas de homogeneização centenárias, são homologadas pelo Direito e retransmitidas acriticamente no ensino universitário.

Convenções, tratados e acordos foram e continuam sendo elaborados com objetivo de conter atividades discriminatórias, racistas e promover a paz em um mundo que presenciou e ainda presencia diversos eventos de desrespeito aos direitos humanos, desumanidade foram e, ainda que de modo velado continuam sendo cometidas contra os povos étnicos, estes considerados inferiores por grupos dominantes e agora invisíveis para a sociedade nacional.

---

Povos de Terreiro, Quebradeiras de Coco Babaçu, Quilombolas, Raizeiros, Retireiros, Ribeirinhos, Vazanteiros Veredeiros. Mas, para o Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia (PPGSCA/UFAM – FUND. FORD), liderado pelo professor e antropólogo Alfredo Wagner em conjunto com outros pesquisadores os povos e comunidades tradicionais do Brasil seriam mais de 80, este levantamento vem sendo desenvolvido desde julho/2005. O objetivo do projeto é realizar um trabalho de mapeamento social dos Povos e Comunidades Tradicionais na Amazônia.

São fatos como estes que levam os Estados a buscarem uma proteção ao nível global dos direitos humanos.

Com isso, o direito internacional procura proteger os direitos dos povos indígenas e dos povos tribais, almejando garantir a sua sobrevivência, tradições e costumes. No entanto, podemos compreender que está proteção especial que o direito internacional atualmente dá a estes povos vai decorrer do fato que estes povos, estão inseridos no campo de proteção e segurança de um direito coletivo enquanto grupo, não se trata simplesmente de uma proteção dos direitos individuais. (MAZZUOLI, 2006). Embora uma norma internacional tenha se preocupado com a proteção dos povos culturalmente diferenciado, enquanto grupo, tal proteção ainda não é suficiente e nem eficaz para sobrevivência digna desses grupos.

Já, a nível nacional é oportuno lembrar que a CRFB/88 não só se preocupou com os direitos individuais, mas caminhando na mesma direção das normas internacionais abriu espaço para cuidar dos direitos coletivos e, tem um cuidado especial com os povos e comunidades tradicionais, embora essa proteção ainda não tenha se mostrado suficiente ou efetiva para garantir a dignidade desses grupos, no entanto se somados aos dispositivos infraconstitucionais, bem como normas internacionais criam um espaço normativo importante para proteção dos povos e comunidades tradicionais.

Embora, o direito internacional busque proteger a existência e sobrevivência dos povos enquanto grupo, é importante ressaltar que esse modelo de proteção, não elimina a proteção individual dos membros desses grupos.

Diante dos fatos ocorridos e o cenário em que a convenção nº 169 da OIT foi elaborada, pode-se entender que está surge visando superar uma tradição de integração, assimilação e subjugação jurídica posto pelo Estado Nacional aos grupos culturalmente diferenciados, passando a reconhecer que aos povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais tem direito de serem diferentes, superando, ao menos na teoria uma visão racista que orientava a relação do Estado com os povos tradicionais, inclusive nas leis anteriores a convenção e a Constituição de 1988.

Ao longo dos anos, diversos países adotaram legislação ou alteraram a legislação existente a fim de aplicar a Convenção (Nº 169). Vários países da América Latina, nomeadamente a Bolívia, a Colômbia, a Nicarágua, o México, o Peru e a Venezuela, reconheceram nas suas Constituições o caráter multiétnico e multicultural das suas respectivas populações. Vários países tomaram também medidas para garantir a sua autonomia, participação e consulta. Por exemplo, a Noruega criou em 1987 o Sameting, um Parlamento para o povo sami, dotado de um estatuto consultivo e de poderes administrativos limitados. A Dinamarca, por sua vez, instituiu a autoridade responsável pela Lei de Autonomia da Gronelândia, que trata de diversas questões locais em benefício dos povos inuit da Gronelândia, ou lhes confere o poder de gestão. Para além disso, em 30 de agosto de 2012, a República Centro-Africana tornou-se o

primeiro país africano a ratificar a Convenção (Nº 169). Em 2018, o Luxemburgo tornou-se o 23º país a ratificar esta Convenção.<sup>18</sup>

Embora, formalmente afastada a visão racista que enxergava os grupos étnicos como inferiores, na prática o comportamento racista que omite, excluir e nega direitos ainda está presente, diariamente presenciamos notícias de violação dos direitos indispensáveis para que os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais continuem existindo com suas próprias identidades, bem como, tenham o direito de determinar seu próprio caminho e ritmo de desenvolvimento.

Mas, por outro lado o comportamento estatal, mesmo que em um ritmo lento tem sido influenciado pelas históricas lutas de diversos atores sociais, com o propósito de reescrever a história de um cenário normativo marcado pela opressão e invisibilização dos grupos minoritários. A aprovação do texto da convenção nº 169 da OIT prova que as mobilizações sociais e culturais dos grupos étnicos influenciaram os Estados a buscarem uma norma que atendesse as demandas dos povos e comunidades tradicionais.

A elaboração da Convenção nº 169 da OIT, juntamente com sua ratificação por vários países<sup>19</sup> representa um grande salto na caminhada pelo reconhecimento da diversidade sociocultural presente nos Estados, na medida em que afirma direitos fundamentais como à autodeterminação, autorreconhecimento e participação dos povos e, por outro lado, impõe obrigações aos Estados na relação com os povos.

A Convenção nº 169 da OIT é, atualmente, considerada o instrumento jurídico mais abrangente, uma vez que cuida de temas como, os direitos originários sobre as terras e territórios, bem como, dos recursos naturais presentes nelas, da preservação da integridade étnica, cultural, religiosa e da organização social dos indígenas e, dos povos tribais, além de garantir a igualdade de direitos entre povos indígenas e tribais, e não indígenas e não tribais, principalmente com relação à efetividade dos direitos humanos, além de que, admite como critério fundamental os elementos de autoidentificação e, reforça o fundamento de atuação dos movimentos sociais orientados principalmente por fatores étnicos e pelo surgimento de novas identidades coletivas.

---

<sup>18</sup> AS REGRAS DO JOGO Uma introdução à ação normativa da Organização Internacional do Trabalho: Genebra, Bureau Internacional do Trabalho, 2019. p. 99-100.

<sup>19</sup> Desde sua adoção em junho de 1989, 23 países ratificaram a Convenção Nº 169. Destes 15 países são latino-americanos: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela.

[https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_781508/langpt/index.htm#:~:text=Desde%20sua%20ado%C3%A7%C3%A3o%20em%20junho,ratificaram%20a%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20N%C2%BA%20169.](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_781508/langpt/index.htm#:~:text=Desde%20sua%20ado%C3%A7%C3%A3o%20em%20junho,ratificaram%20a%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20N%C2%BA%20169.)

### 3.2 A CONVENÇÃO 169 DA OIT NO BRASIL

A Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais foi aprovada com status de norma internacional de direitos humanos e tem força vinculante para os Estados que assinaram, vindo o Estado brasileiro internalizar a convenção por meio do Congresso Nacional com o Decreto Legislativo n. 143 de 20 de junho de 2002. (DA SILVA, 2019). Sua ratificação foi em 25 de julho de 2002, e sua promulgação como Lei nacional brasileira ocorreu em 19 de março de 2004, por meio do Decreto n. 5.051. Entretanto, o Governo Federal no ano de 2019 promoveu uma alteração e consolidou todos os decretos presidenciais referentes as normas da OIT em um único decreto, o Decreto nº 10.088, de 05 de novembro de 2019, restando revogado o Decreto n. 5.051 de 2004.

A internalização da Convenção nº 169 da OIT pelo Estado brasileiro, ocasionou grandes repercussões jurídicas, dado a sua importância para os avanços no reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, com significativos aspectos de direitos econômicos, sociais e culturais, além de garantir a esses grupos étnicos a plena participação como atores nas tomadas de decisão, especialmente por meio do diálogo intercultural e do agir comunicativo entre os interessados na construção das medidas que interfiram no modo de vida desses grupos.

Nota-se que a internacionalização da convenção sobre povos indígenas e tribais tem como base o compromisso que o Constituinte brasileiro assumiu para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais, compromisso esse que está positivado no texto constitucional de 1988 no art. 3º, I e III. Ainda, é oportuno lembrar que incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção nº 169 da OIT, reconhece a consciência da própria identidade como fundamento para impedir que o Estado possa negar a identidade de um povo que se reconheça como tal, caminhando no mesmo sentido dos princípios já positivados na CRFB/88.

Com relação a posição do Brasil em face do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, Flávia Piovesan leciona que:

No que se refere à posição do Brasil frente ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que tão somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, é que o Estado Brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos.

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito Brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir desta ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

(...)

As inovações introduzidas pela Carta de 1988 — especialmente no que tange ao primado da prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais — foram fundamentais para a ratificação destes importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos.

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação destes tratados internacionais, acrescenta-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Este esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. Adicione-se que a adesão do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a ideia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a ideia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional no tocante à matéria. Por fim, é de se acrescentar o elevado grau de universalidade destes instrumentos que contam com significativa adesão dos demais Estados integrantes da ordem internacional.

Logo, faz-se clara a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez, está ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, através da ampliação e do reforço do universo de direitos fundamentais por ele assegurado. (PIOVESAN, 1996)

Um ponto importante a se destacar é que no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente houve grande controvérsia entre os juristas com relação a integração de um tratado internacional ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial, aqueles que tratam de direitos humanos.

A respeito da aplicação direta das normas internacionais no Estado brasileiro, argumenta Valério Mazzuoli:

Frise-se que o § 1º do art.5º da Constituição de 1988, dá aplicação imediata a todos os direitos e garantias fundamentais desta Constituição, sejam estes expressos no texto da Constituição, ou provenientes de tratados, vinculando-se todo o judiciário nacional a esta aplicação, e obrigando, por conseguinte, também o legislador, aí incluído o legislador constitucional. É dizer, seu âmbito material de aplicação transcende o catálogo dos direitos individuais e coletivos insculpidos nos art. 5º a 17 da Carta da República, para abranger ainda outros direitos e garantias expressos na mesma Constituição (mas fora do catálogo), bem como aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tudo consoante a regra do § 2º do seu art. 5º. (MAZZUOLI, 2006, p.96).

Ainda, buscando entender de que modo os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados pelo Direito brasileiro, é necessário destacar que a CRFB/88 é um marco jurídico da transição democrática, assim como da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O princípio da dignidade da pessoa humana é levado a posição de núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, passando junto como os direitos fundamentais a serem adotados como critério e parâmetro para interpretação do sistema jurídico brasileiro. (PIOVESAN, 1996).

É neste contexto que há de se interpretar o disposto no artigo 5º, § 2º do texto, que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito Brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo artigo



5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

Esta conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A este raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Esta conclusão decorre ainda do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional — abertura que resulta na ampliação do "bloco de constitucionalidade", que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais.

Logo, por força do artigo 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais natureza de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. (PIOVESAN, 1996).

De um modo geral, o princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, o modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais pela CRFB/88, caracteriza uma opção de integração entre o direito interno e o direito internacional buscando à proteção dos direitos humanos e à proteção da dignidade da pessoa humana.

Aqui, é relevante destacar que conforme entendimento do Direito Internacional a Convenção nº 169 da OIT é uma norma que trata de direitos humanos. Nesse sentido, da simples leitura do art. 5º, parágrafo 2º da CRFB/88 pode-se entender que os Tratados Internacionais que tratem dos Direitos Humanos seriam admitidos pelo Estado brasileiro como norma de natureza constitucional, embora a Emenda Constitucional 45 que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º, tenha colocado uma condição para que os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte sejam considerados normas constitucionais, a emenda citada, reforça o entendimento do STF<sup>20</sup>.

A este respeito, regra imposta pela Emenda Constitucional 45 que estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que não forem aprovados com o quórum do parágrafo 3º, não podem ser equiparados à emenda constitucional e, portanto, não tem força de norma constitucional não impede a aplicação imediata dos dispositivos tipificados na Convenção nº 169 da OIT que trata de direitos humanos.

---

<sup>20</sup> Nesse sentido os seguintes julgados do STF: ADI 1675-MC, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 19/09/03; RHC 79785, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/02; ADI 1480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01; RE 214.329, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 11/06/99.

A Convenção nº 169 da OIT, foi ratificada pelo Brasil e se encontra em vigor. O STF entende que essa ratificação é suficiente para o ingresso da norma internacional em caráter de lei ordinária e de aplicação direta<sup>21</sup>. Mesmo equiparados a lei ordinária, os tratados internacionais no Brasil têm uma natureza especial decorrente de sua própria origem, e diferem de uma simples lei ordinária na sua forma de operação, revogação e reclamação<sup>22</sup>. Nesse sentido, os tratados internacionais devem ser interpretados como normas de hierarquia intermediária, posição essa defendida por boa parte da doutrina nacional, dado que são inferiores às normas constitucionais, mas interpretadas como superiores às normas ordinárias<sup>23</sup>. (SOCIOAMBIENTAL. 2022?).

Dessa forma, embora o Estado brasileiro não tenha aprovado a convenção nº 169 da OIT conforme o rito necessário junto ao congresso nacional para aprovação de uma emenda constitucional, ou seja, com aprovação de três quintos dos membros de cada casa legislativa em dois turnos, é importante destacar que a ratificação da Convenção já lhe garante aplicação direta e, deve ser interpretada como norma de hierarquia intermediária, na medida em que é inferior às normas tipificadas no texto constitucional, mas em uma posição superior às leis ordinárias.

“A CRFB/88, embora não traga de forma expressa o reconhecimento ou aceitação do direito internacional pelo nosso direito interno, a exemplo da Lei Fundamental alemã (Grundgesetz), que positivou em seu artigo 25, que as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal e sobrepõem-se às leis nacionais, existem na nossa carta princípios internacionais, consagrados em seu art. 4º. Ainda, há também, na CRFB/88, disposições que tratam da aplicação dos tratados pelos Tribunais nacionais (arts. 102, inc. III, letra b, 105, inc. III, letra a, e 109, incisos III e V). (SOCIOAMBIENTAL. 2022?).

---

<sup>21</sup> STF em HC 72.131. DJ.1-8-03 e ADI 1480 MC DJ. 18.5.01

<sup>22</sup> “Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face do artigo 105, III, da Constituição que capitula como caso de recurso oficial a ser julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça como ocorre com relação a lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado.” (HC 72.131, voto del Rel. p/o ac, Min. Moreira Alves, julgamento em 23-11-95, DJ de 1º -8-03)

<sup>23</sup> Entre os principais doutrinantes que argumentam a interpretação de hierarquia intermediária dos tratados internacionais devidamente ratificados e incorporados no ordenamento jurídico brasileiro ver: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2a ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004., REZEK, Jose Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9a ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2002., ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2000. FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Desse modo, outro não pode ser o entendimento se não que os tratados internacionais comuns ratificados pelo Brasil estão em um nível hierárquico intermediário, ou seja, abaixo da Constituição, porém em posição acima da norma infraconstitucional.

Assim sendo, caminhando no sentido de reconhecer a convenção nº 169 da OIT como uma norma constitucional, o Ministro Celso de Mello em seu voto<sup>24</sup>, ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.239, em 08 de fevereiro de 2018, defendeu a tese que reconhece o status constitucional da convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais da OIT, os argumentos trazidos pelo Ministro sinalizam para que o STF supere o entendimento da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos e os integrem ao bloco de constitucionalidade.

Nesse julgamento, o STF declarou a validade e constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003, que regulamenta o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras quilombolas de que trata o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal, bem como confirmou o direito ao autorreconhecimento, em conformidade com à Convenção nº 169 da OIT.

Nesse sentido, as normas internacionais incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro não podem ser colocadas em paridade com as leis ordinárias. Visto que, a ratificação da norma implica em várias obrigações tanto domésticas quanto internacionais, que vão desde o condicionamento à própria produção legislativa interna, uma vez que o Congresso assume o dever de abster de legislar em sentido contrário aos conteúdo do compromisso assumidos. (SOCIOAMBIENTAL. 2022?).

Com relação a equiparação dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil as leis ordinárias, o ministro Gilmar Mendes, já se manifestou a favor da impossibilidade jurídica de igualar os tratados internacionais sobre direitos humanos a uma simples lei ordinária no ordenamento jurídico brasileiro. (SOCIOAMBIENTAL. 2022?).

“(...) o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica) lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”. (RE. 466.343-1 São Paulo. Rel. Min. Cezar Peluso. Voto Vogal Ministro. Gilmar Mendes).

---

<sup>24</sup> Embora não tenha juntado a íntegra do seu voto ao acórdão, é possível acessar o vídeo da leitura do voto do Ministro Celso de Mello em Plenário, através da gravação do julgamento, transmitido pela TV Justiça no canal do STF no youtube. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=gaLcOajGV8Y>. Acesso em 12 mar. 2020

Ainda, o STF tem se posicionado, a respeito das Convenções da OIT, entendendo que, além de ter hierarquia de lei ordinária, são também critério auxiliar de interpretação da CRFB/88.

“A Convenção 126 da OIT reforça a arguição de inconstitucionalidade: ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação” (ADI 1.675- MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 24-9-97, DJ de 19-9-03.).

A importância de buscar uma interpretação que reforce os princípios constitucionais é fundamental para concretizar dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em especial no que se refere à proteção e promoção dos direitos humanos dos povos e comunidades tradicionais.

Liana Amin Lima da Silva (2019), pontua que alguns países da América Latina, a exemplo da Colômbia e da Bolívia, reconhecem que a Convenção nº 169 é um tratado com força constitucional, ou seja, integra o bloco de constitucionalidade, significa que hierarquicamente não está abaixo da Constituição e sim complementando as cláusulas constitucionais que concretizam os direitos e garantias fundamentais.

Sobre esse aspecto é importante ressaltar que a Convenção nº 169 é autoaplicável para os países que a ratificaram, quer dizer, não depende de lei, decreto ou outra regulamentação complementar para que seja observada e cumprida. É considerada um instrumento vinculante para esses países, convertendo-se em obrigações jurídicas internas e externas aos Estados que dela são partes. GARAVITO; SALINAS, 2010.

Portanto, considerando que a Convenção nº 169 da OIT trata de temas referentes aos direitos humanos, mas não atende a formalidade do parágrafo terceiro do artigo 5º da CRFB/88, podemos compreender que o Decreto nº 5.051/2004 que promulgou a Convenção, hoje revogado pelo Decreto n. 10.088 de 2019, com base no entendimento atual firmado pelo STF no mínimo possui caráter normativo supralegal, ou seja, está abaixo apenas da Constituição.

Ainda, ao tratar do tema da Convenção nº 169 da OIT Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2019, p. 169), leciona que do ponto de vista jurídico, a Convenção sobre povos Indígenas e Tribais, no Estado brasileiro é considerada norma supralegal. Sendo assim, a sua aplicação não pode ser afastada por nenhum ato legal que não tenha força de norma constitucional. Por sua vez, a conduta do Poder Público em especial da Administração Pública não pode deixar de seguir os critérios determinados na Convenção nº 169 sob o argumento de que outras leis lhe são incompatíveis.

A despeito da obrigatoriedade de o Brasil vincular seus atos aos princípios da Convenção nº 169 da OIT, o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, com base nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais art. 1º, inciso III, c/c. arts. 3º e 4º, inciso II, todos da CRFB/88 e, buscando garantir a ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, publicou a recomendação nº 96, de 28 de fevereiro de 2023<sup>25</sup> recomendando aos ramos e às unidades do Ministério Público a observância dos tratados, convenções, protocolos internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A recomendação nº 96 do CNMP teve origem na proposta aprovada, por unanimidade, na 1ª Sessão Ordinária de 2023, que aconteceu no dia 14 de fevereiro deste ano. O conselheiro Antônio Edílio quem apresentou a proposta, qual teve como relator o conselheiro Otavio Luiz Rodrigues Jr. As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos têm efeito vinculante devendo os órgãos do Ministério Público brasileiro observar em todas as suas esferas de atuação. Dessa forma, os atos do Estado brasileiro devem além de serem pautados na CRFB/88 e leis internas, devem também pautar suas atuações com observância aos tratados internacionais e aos sistemas garantidores de direitos humanos.

Daí, podemos sustentar que a Convenção sobre povos indígenas e tribais da OIT, no Brasil tem aplicação imediata, nesse sentido o Estado brasileiro tem o dever de cumprir o quanto determinado pela Convenção, para que os Povos e Comunidades Tradicionais possam existir como tais, assim como participarem dos espaços políticos de decisões sobre assuntos que afetem o seu modo de vida tradicional.

### **3.2.1 Sujeitos de Direito da Convenção nº 169 da OIT**

---

<sup>25</sup> RESOLVE:

Art. 1º Esta norma recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público a observância dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos, das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Art. 2º Recomenda-se aos órgãos do Ministério Público que observem, em seus respectivos âmbitos de atribuição, em todas as esferas de atuação:

I - as normas dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e as demais normas imperativas do Direito Internacional dos Direitos Humanos;

II - o efeito vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos em que o Brasil é parte, nos termos do artigo 68 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos;

III - a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando adequada ao caso; e

IV - as declarações e outros documentos internacionais de direitos humanos, quando adequados ao caso.

RECOMENDAÇÃO Nº 96, DE 28 DE FEVEREIRO DE 2023. Publicação: Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, p. 1 - 4, edição de 01/03/2023. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/9675>> Acesso em 02 mar 2023.

A Convenção nº 169 da OIT, por opção terminológica optou por separar em dois grupos seus sujeitos de direitos, conceituou separadamente os termos povos indígenas em que destaca especificamente o elemento étnico e povos tribais que além do elemento étnico destacado no conceito de povos indígenas, relaciona-se a saberes e fazeres tradicionais.

O Estado brasileiro é caracterizado por ser composto por diversos grupos de diferentes culturas, essa situação faz com que esses grupos, busquem direitos especiais para assegurar e proteger suas, tradições e modo de viver. Desta maneira, ao pesquisar o direito à CPLI previsto na Convenção nº 169 da OIT, é importante identificarmos quem são os sujeitos coletivo que a norma internacional de proteção aos direitos humanos buscar proteger. Com relação a diversidade de grupos étnicos existentes, Eliane Cristina Pinto Moreira afirma:

A presença de grupos étnicos diversos no mundo não é uma realidade exclusiva da América Latina ou da África, como muitas vezes se imagina, e também não é restrita aos povos indígenas. Vejamos, por exemplo, as etnias Han, na China; os Lapões ou Sami em países como a Noruega, Suécia, Finlândia e Rússia; os Maori, na Nova Zelândia; os Aborígenes, na Austrália; os Inuits, no Canadá e Estados Unidos da América, apenas para citar alguns grupos que, muitas vezes, não estão na linha de visão, em especial, dos que tratam do tema como algo restrito a determinadas localidades do planeta. (MOREIRA, 2018, posição. 808).

A convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais estabelece em seu artigo primeiro os critérios que contribuem para identificação dos sujeitos a quem se deve aplicar as disposições nela prevista:

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

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

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

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

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

A Convenção teve o cuidado em separar os conceitos de povos tribais dos povos indígenas, deixando claro que não se trata dos mesmos sujeitos, embora ambos são destinatários dos direitos e garantias positivados na Convenção. O conceito de povos tribais está na alínea “a”, do artigo 1º. (SEREJO, 2022).

É preciso, antes de continuar, tomar cuidado com a leitura apressada da redação apresentada no texto, para que não se incorra em equívocos interpretativos ou de entendimento. No Brasil, o senso comum remete, erroneamente, a ideia de tribos aos

povos indígenas, mas, para efeitos da C169, é importante frisar que povos tribais nada tem a ver com povos indígenas. O conceito de povos tribais aqui presente é outro, são aqueles “cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”. (SEREJO, 2022, p. 26).

Logo adiante, a alínea “b” adotando os critérios objetivos, terminar por eliminar quaisquer dúvidas em relação aos seus sujeitos de direito, ao afirmar que a C169 se aplica “aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras”. (SEREJO, 2022). Assim, a Convenção deixa claro quem são os povos indígenas, os quais não se confundem com os povos tribais, estes são povos ou comunidades que adotam modo de vida diferente da sociedade nacional e que não são reconhecidos como indígenas, esses classificados como povos originários.

Ainda em seu artigo 1º a Convenção também faz uma ressalva sobre a interpretação do sentido do termo “povos”, no que se refere às pessoas das comunidades tribais, que não deverá ser interpretada no mesmo sentido que lhe é conferido no direito internacional.

Nota-se, que a Convenção anterior ao se referir aos povos indígenas e tribais usava o termo populações. O professor Joaquim Shiraishi Neto (2007), ao abordar sobre a definição do conceito de povos e comunidades tradicionais como sujeitos de direitos esclarece o fato de como os termos reproduzem um valor semântico de cada período histórico que se estava vivendo:

Pode-se asseverar que o termo “comunidade”, em sintonia com a ideia de “povos tradicionais”, deslocou o termo “populações” – reproduzindo uma discussão que ocorreu no âmbito da OIT em 1988-89, e que encontrou eco na Amazônia através da mobilização dos chamados “povos da floresta”, no mesmo período. O “tradicional” como operativo e como reivindicação do presente ganhou força no discurso oficial, enquanto o termo “populações”, denotando certo afastamento, tem sido substituído por “comunidades”, as quais aparecem revestidas de uma dinâmica de mobilização, aproximando-se por este viés da categoria “povos”.

Verifica-se, deste modo, uma ruptura não apenas terminológica com os princípios elementares da ação dos legisladores dos anos 90 – que adotaram a expressão “populações tradicionais” na legislação competente – e do governo federal que adotou na definição das funções dos aparatos burocrático-administrativos, tendo inclusive criado, em 1992, o Conselho Nacional de Populações Tradicionais (CNPT), no âmbito do IBAMA. Tais atos não significaram acatamento absoluto das reivindicações encaminhadas pelos movimentos sociais, não significando, portanto, uma resolução dos conflitos e tensões em torno daquelas formas específicas de apropriação e de uso comum dos recursos naturais, designadas como “tradicionais” e que abrangem extensas áreas, principalmente na região amazônica, no semi-árido nordestino, na região do pantanal mato-grossense e no planalto meridional do País. (SHIRAISHI NETO, p. 14 e 15, 2007).

Da leitura do artigo primeiro da Convenção nº 169 da OIT, podemos destacar que essa adota dois critérios para o reconhecimento legal dos sujeitos da convenção, o primeiro é o

critério objetivo que distingue socialmente um grupo do resto da sociedade nacional e o segundo critério é o subjetivo que está relacionado a autoidentificação, ou seja, é a escolha de um grupo ser e permanecer diferente.

Entretanto, como a própria Convenção na sua denominação nos traz que trata sobre povos indígenas e tribais, no entanto, surgem controvérsia ao se tentar definir quem realmente são os sujeitos de direito desse instrumento internacional de proteção dos direitos humanos, em especial, a controvérsia está relacionada a quem se enquadra na categoria “tribal”. Da descrição do artigo primeiro da Convenção, como já destacado, não há dúvidas com relação a categoria indígena, nem mesmo dentro do contexto da realidade brasileira, uma vez que a própria Convenção faz a qualificação de quem seriam os indígenas.

Para Convenção nº 169 da OIT, os povos indígenas são considerados aqueles descendentes de populações originárias habitantes do país ou da região quando da época em que ocorreram os movimentos de conquista, colonização e definição de fronteiras entre Estados e que têm conservado suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas total ou parcialmente. (BRASIL, 2019).

A categoria “indígena” remete à descendência dos povos que habitavam o país à época da colonização e que mantêm vivas suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas (artigo 1.1.b da Convenção 169/OIT). É uma categoria de uso consolidado e sua abrangência não suscita controvérsias, ao menos quanto às realidades socioculturais a que se refere. (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA. 2016. p. 17).

O reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos de direitos nos âmbitos nacional e internacional, é resultado das lutas e sacrifícios desses grupos pelo reconhecimento, mesmo diante de todas as dificuldades que lhe foram impostas, por conta de ações discriminatórias, assim como, genocida promovidas por parte do Estado nacional, o qual apostava que os povos indígenas era uma condição passageira, portanto, instrumentos jurídicos como a Convenção nº 169 da OIT, a Declaração da ONU sobre Direitos Indígenas, a Declaração Americana de Direitos dos Povos Indígenas, juntamente com Relatoria Especial sobre Direitos Indígenas na CIDH reforçam reconhecimento jurídico e político dos povos indígenas. (MOREIRA, 2018).

Por sua vez, os povos tribais são definidos pela Convenção como grupos que se reconhecem em oposição afirmativa à coletividade nacional. São identificados por sua distinção derivada de condições sociais, culturais e econômicas e que tem suas vidas regidas por costumes, tradições ou legislação especial de forma total ou parcial. Nessa consciência de identidades, a autoconsciência é assinalada pela Convenção nº 169 da OIT como princípio fundamental.



Eliane Cristina Pinto Moreira (2018), ao investigar os direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais assegurados na CRFB/88 e na Convenção nº 169 da OIT, busca compreender como Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), por meio de uma atuação ativista, pode criar direitos capazes de propiciar avanços na garantia dos direitos territoriais coletivos de povos e comunidades tradicionais e, conclui que não cabe a um terceiro definir qual povo se enquadra na categoria povos tribais.

Nesse sentido:

O significado da terminologia povos e comunidades tradicionais faz muito mais sentido em seu movimento do que em sua estática, isto é, a afirmação da identidade coletiva tradicional é feita nas disputas diárias em torno da necessária afirmação de direitos, principalmente, socioambientais. Não há um check list a ser preenchido, não há uma fórmula ou receita a ser seguida para a determinação de quem se abriga nesta terminologia. O que há é o reconhecimento de realidades de existência e resistência advindas de mobilizações políticas e sociais que se apresentam sob diversas autodesignações e que se reconhecem em interseções advindas da diversidade sociocultural e suas relações fundantes com a natureza e, por via de consequência, com o território. (MOREIRA, 2018).

Embora a Convenção n.º 169 da OIT tenha adotado critérios que permitem um maior alcance para determinar seus destinatários, ampliando, de forma clara, seu alvo e adotando elementos objetivos e subjetivos que, relacionados, permitem determinar os grupos alvo de aplicação, ainda, com relação a categoria “povos tribais”, é necessário um esforço maior para em cada país identificarmos quem são seus povos ou comunidades que se encaixam nessa categoria. Nesse sentido Biviany Rojas Garzón, Erika M. Yamada e Rodrigo Oliveira (2016) com relação aos critérios que qualificam a categoria povos tribais nos esclarece que:

A categoria “povos tribais”, diferentemente, não se refere a uma única experiência social e histórica. São considerados “tribais” os povos que satisfaçam duas condições previstas na Convenção 169/OIT: (I) possuam “condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”; e (II) tenham consciência de sua identidade tribal.

Buscando esclarecer, qual a leitura que devemos ter do termo “povos tribais” o Informe da Comissão de Expertos na Aplicação de Convênios e Recomendações da OIT, emitido em 2014, avançou e fez uma leitura ampla do conceito “povos tribais”, com expressa referência aos quilombolas no Brasil, aos pescadores raizales artesanales, comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras da Colômbia, comunidades campesinas do Peru; às comunidades interculturais e afrobolivianas da Bolívia; aos afroequatorianos do Equador, além de diversas referências a povos indígenas e tribais de diversos Estados (MOREIRA, 2018, p. 599-618).

Ainda merece registro, a explicação feita pela OIT no seu Manual para compreensão da Convenção nº 169<sup>26</sup> da OIT que esclarece que a Convenção não define quem são os povos indígenas e tribais apenas fornece os critérios objetivos e subjetivos para descrever os povos que ela pretende proteger em um determinado país. Nesse aspecto, conforme orienta o manual e considerando a diversidade dos povos que procura proteger, a Convenção utiliza a terminologia inclusiva de "povos indígenas e tribais" e atribui o mesmo conjunto de direitos aos dois grupos, ressaltando ainda que na América Latina, o termo "tribal" tem sido aplicado a certas comunidades afrodescendentes.

A consciência da identidade do Povo Indígena ou Tribal, para Convenção nº 169 da OIT é um critério indispensável para determinar quais grupos são reconhecidos como sujeitos direitos protegidos por ela, assim, à autoidentificação é fundamental na qualificação de determinado grupo como sujeito de direito da Convenção. Com efeito, Eliane Cristina Pinto Moreira ao tratar dos sujeitos coletivos de direito protegidos pela Convenção nº 169 da OIT, assinala que a Convenção buscou ampliar seu alvo e alcançar uma maior diversidade de grupo aos quais caberia:

A Convenção 169 da OIT reafirma, deste modo, a existência dos povos indígenas como sujeitos coletivos de direitos, mas vai ainda mais longe ao reconhecer a existência de povos que não são indígenas, mas que gozam dos mesmos direitos assegurados a estes, em razão de suas características socioculturais e econômicas distintas, além de um arcabouço consuetudinário próprio — alguns, inclusive, com legislação específica nos seus países, como ocorre no Brasil no caso do Decreto n.º 6.040/2007. Ao proceder desta forma, a Convenção n.º 169 ampliou claramente o escopo da Convenção n.º 107, alcançando diversidades de grupos e consagrando-os como sujeitos coletivos de direitos sob sua proteção — e isto não ocorreu de forma acidental. Analisando os documentos que precederam a elaboração da Convenção 169, é possível perceber com clareza a intencionalidade de atribuir amplitude ao termo tribal, de modo a salvaguardar direitos de grupos existentes nos Estados-membro que, não sendo indígenas, possuem similaridade sociocultural com estes grupos. Verifique-se, por exemplo, o “Informe VI (1). Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (n. 107, 1957). Sexto punto del orden del día da Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, de 1987” (OIT, 1987), no qual se observa que esta tendência de ampliar a compreensão da denominação “tribais ou semitribais” para além de grupos indígenas já era presente e decorria da necessidade de ter em consideração as diversidades e pluriethnicidades globais — necessidade esta tratada como uma demanda posta no cenário internacional. (MOREIRA, 2018).

Acerca da definição do que se compreende por povo tribal apresentado pela Convenção nº 169 da OIT, sujeito a proteção do Direito Internacional e dos Direitos Humanos, encontramos na sentença de 28 de novembro de 2007 prolatada pela Corte Interamericana de Direitos

<sup>26</sup> “Teniendo en cuenta la diversidad de los pueblos que busca proteger, el Convenio utiliza la terminología incluyente de ‘pueblos indígenas y tribales’ y atribuye el mismo conjunto de derechos a los dos grupos.” Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, (número 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Oficina Internacional de Trabajo, documento OIT, Ginebra, 2013, p. 12. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---rmes/documents/publication/wcms\\_205230.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---rmes/documents/publication/wcms_205230.pdf)>. Acesso em 22/05/2022.

Humanos (CIDH), no caso do povo Saramaka vs. Suriname, os critérios elencados pela Corte Interamericana para definição do povo tribal protegido pelo Direito internacional.

A Corte considera que os membros do povo Saramaka constituem uma comunidade tribal cujas características sociais, culturais e econômicas são diferentes de outras partes da comunidade nacional, particularmente graças à relação especial existente com seus territórios ancestrais, e porque se regulam eles mesmos, ao menos de forma parcial, através de suas próprias normas, costumes e tradições<sup>27</sup>.

Ademais, o avanço nos reconhecimentos de diversos povos diferentes como sujeitos protegidos pela Convenção, são resultados das lutas por direitos das próprias comunidades:

A comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Instâncias regionais que o Brasil se submete, têm manifestado em várias oportunidades que o reconhecimento da existência de povos culturalmente diferentes à maioria da população nacional e obriga aos Estados a adotar medidas especiais para garantir o exercício pleno de seus direitos, como se observa julgados da Corte Interamericana caso comunidade indígena Saw hoyamaya vs. Paraguay, caso de la comunidad Indígena Yakue Axa vs. Paraguay, e caso Saramaka Vs Suriname.

Segundo os dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), cerca de cinco milhões de brasileiros e brasileiras fazem parte dos povos e comunidades tradicionais, ocupando 25% do território nacional. (ROCHA, 2015, p. 19).

A posição defendida pela Corte Interamericana coincide com a posição em que caminha a presente pesquisa, a qual se baseia na diversidade dos povos indígenas e tribais, entendimento esse também compartilhado por Eliane Moreira (2018) a qual defende que o conceito de Povos Tribais deve ser compreendido de forma ampla, cuja interpretação precisa ocorrer em conformidade com as realidades locais.

Eliane Moreira, leciona que:

No Brasil, estas coletividades têm se articulado sob diversas designações: quilombolas, ribeirinhos, comunidades de fundo de pasto, faxinalenses, pantaneiros, marisqueiros, retireiros, ciganos, pomeranos, quebradeiras de coco, caiçaras, catadores de mangaba, agroextrativistas, seringueiros, pescadores artesanais, geraizeiros, vazanteiros, pantaneiros, ciganos, comunidades de terreiro, fundos de pasto, faxinais, ribeirinhos do São Francisco, dentre tantos outros que integram a imensa sociodiversidade brasileira. As identidades indígena e quilombola já alcançaram um nível de reconhecimento estável (quanto à sua existência em termos mais amplos) nos contextos político-jurídico nacional e internacional. Porém, as comunidades tradicionais são acometidas, de forma mais incisiva e reiterada, por processos de negação de sua existência. (MOREIRA, 2018, posição 825).

Partindo do entendimento de que os povos tribais da Convenção nº 169 da OIT, são identificados como aqueles, dotados de especificidades culturais próprias, no Brasil podemos associar esses a aqueles definidos no Decreto nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades. (BRASIL,

<sup>27</sup> Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>, p. 26

2007). Nesse sentido, no caso do Brasil, podemos entender que são povos tribais os povos e comunidades tradicionais, aqui incluindo as comunidades quilombolas, comunidades ribeirinhas, pantaneiras, caiçaras, povos ciganos, pomeranos, entre outros grupos com identidade étnica-cultural diferenciada.

A Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades mencionada está estruturada de forma estratégica em quatro eixos estratégicos, quais são o Acesso aos Territórios Tradicionais e aos Recursos Naturais; Infra-estrutura; Inclusão Social e o Fomento e Produção Sustentável. O Decreto 6040/2007 traz em seu texto uma definição da categoria “povos e comunidades tradicionais” no Brasil, a qual possui fundamento tanto sob o ponto de vista jurídico, quanto antropológico:

Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. (BRASIL, 2007).

É importante destacar que a definição do conceito para comunidades tradicionais representa um avanço na forma da legislação brasileira enxergar os povos e comunidades tradicionais, não se trata simplesmente de uma ruptura terminológica com os princípios elementares adotados pelos legisladores dos anos 90 que adotaram a expressão “populações tradicionais”. SHIRAISHI NETO, 2017).

A partir da interpretação da definição positivada no Decreto 6040/2007, fica claro que os povos e comunidades tradicionais enquanto categoria reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, são equivalentes a categoria “tribal” presente na Convenção nº 169 da OIT.

Nesse sentido, conforme os ensinamentos de Antônio Carlos Sant’Ana Diegues:

“comunidades tradicionais estão relacionadas com um tipo de organização econômica e social com reduzida acumulação de capital, não usando força de trabalho assalariado. Nelas produtores independentes estão envolvidos em atividades econômicas de pequena escala, como agricultura e pesca, coleta e artesanato. Economicamente, portanto, essas comunidades se baseiam no uso dos recursos naturais renováveis (...). Seus padrões de consumo, baixa densidade populacional e limitado desenvolvimento tecnológico fazem com que sua interferência no meio ambiente seja pequena...”. (DIEGUES (2008).

Por outro lado, segundo o professor Júlio Cesar de Sá Rocha (2015), povos e comunidades são um grupo maior o qual abrange tanto os povos indígenas como os não indígenas, adotando como elemento objetivo “grupos culturalmente diferenciados, organização social, territórios, recursos naturais, reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, conhecimentos, inovações, práticas e tradições”. Consequentemente, o decreto acima mencionado constrói um conceito que dialoga com as ideias que já vem sendo debatida

no campo da antropologia sobre os grupos étnicos, que também entende que a categoria “povos e comunidades tradicionais” é o gênero do qual a diversidade de grupos étnicos são as espécies. (ROCHA, 2015).

Portanto, “povos indígenas, quilombolas, ciganos, pomeranos, afro-religiosos, ribeirinhos, quebradeiras de coco babaçu, seringueiros, pescadores artesanais, caiçaras, castanheiros e povos dos faxinais, dos gerais e dos fundos de pasto, dentre outros,” estão dentro do grupo denominado povos e comunidades tradicionais, mas as diferenciações sociais, econômicas e religiosas entre esses povos os tornam heterogêneos. (ROCHA, 2015).

No entanto, ainda não existe formalmente nenhum reconhecimento por parte do Estado brasileiro no sentido de definir os diversos povos e comunidades tradicionais como sujeitos de direito da Convenção nº 169 da OIT, fato esse que faz com que presenciemos, ainda, muita resistência na aplicação da Convenção nº 169 da OIT na proteção dos direitos de certos grupos reconhecidos como comunidades tradicionais no Brasil. De outro modo, com relação aos povos indígenas e quilombolas, não há maiores dificuldades com relação ao seu reconhecimento como sujeitos de direitos da Convenção da OIT sobre povos indígenas e tribais.

Mas, compartilhando seus conhecimentos, Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2019, p. 166), entende que os povos tribais não indígenas reconhecido na convenção nº 169 deve ser compreendido no mesmo sentido de populações, grupos ou comunidades tradicionais não indígenas usadas pelas leis do Estado brasileiro. Desta feita não cabe nenhuma dúvida que a Convenção nº 169 da OIT, se aplica a todos os povos e comunidades tradicionais pelas diversas leis brasileiras, sejam indígenas, quilombolas e demais comunidades.

Desse modo, conforme redação da normativa internacional, os sujeitos da convenção nº 169 são os povos indígenas e tribais, já na normativa brasileira, com base nos critérios estabelecidos pelo texto da Convenção, podemos compreender como sujeitos de direito da Convenção nº 169 da OIT os povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais reconhecidas como tais nas normas nacionais.

Ainda, dentro da categoria povos e comunidades tradicionais, ressaltamos que os quilombolas inicialmente encontraram dificuldades em serem reconhecidos como sujeitos de direito da Convenção nº 169 da OIT, entretanto atualmente já não encontram resistência em relação ao seu reconhecimento como sujeito da Convenção.

Com efeito, a respeito dos quilombolas é bom registrar que, coube ao poder judiciário brasileiro decidir sobre a aplicabilidade da Convenção nº 169 da OIT para essas comunidades. A decisão ocorreu em sede de medida liminar nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.37.00.005222-7. Trata-se da primeira decisão judicial brasileira, em que foi determinado

ao Comando do Centro de Lançamento de Alcântara, no Maranhão, que se abstinhasse de impedir as comunidades quilombolas da região de manterem suas roças em seus territórios tradicionais, nos termos do artigo 14 da Convenção nº 169 da OIT. (SEREJO, 2022).

De efeito, não pode o Estado negligenciar a proteção constitucionalmente eleita como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer formas de discriminação” (CF/88, art. 3º, IV), incluindo, assim, as comunidades remanescentes de quilombos, máxime quando, conforme destacado pelo ilustre Representante Ministerial em seu Parecer, pelo Estado Brasileiro estou confirmado seu entendimento em estabelecer políticas públicas voltadas ao combate à discriminação dos modos de vida tradicionais dos povos indígenas e tribais, quando da edição do Decreto Legislativo nº 143/2002, ratificando a Convenção nº 169/ da OIT, que dispõe em seu art. 14 que “deverão ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos em questão sobre as terras que tradicionalmente ocupam”<sup>28</sup>.

Ainda nesse sentido, o STF, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3239<sup>29</sup>, além de reconhecer a incorporação da Convenção nº 169 da OIT no direito interno, usou o texto da Convenção para fundamentar o reconhecimento dos direitos culturais e territoriais das comunidades quilombolas:

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO no 4.887/2003. PROCEDIMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS PORREMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS. ATO NORMATIVO AUTÔNOMO. ART. 68 DO ADCT. DIREITO FUNDAMENTAL. EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA. INVASÃO DA ESFERA RESERVADA A LEI. ART. 84, IV E VI, "A", DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO. AUTOATRIBUIÇÃO. TERRAS OCUPADAS DESAPROPRIAÇÃO. ART. 2o, CAPUT E §§ 1o, 2o E 3o, E ART. 13, CAPUT E § 2o, DO DECRETO no 4.887/2003. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DAAÇÃO.

(...) 7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a "consciência da própria identidade" como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal. (...) Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3239, Relator (a): Min. Cezar Peluso, Relator (a) para Acórdão: Min. Rosa Weber, Tribunal pleno, julgado em 08/02/2018, ACORDÃO ELETRONICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)

Ainda, diante da situação de inobservância do direito à consulta prévia, livre e informada que se insere a Comunicação feita em 2008 para a OIT, de autoria das organizações

<sup>28</sup> Mandado de Segurando nº. 2006.37.00.0052222-7 impetrado por Joisael Alves e outros em face do Diretor Geral do CLA, em parceria com a Rede Social de Justiça e Direitos Humanos de São Paulo. Disponível em: [https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/sentenca\\_Alcantara.pdf](https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/sentenca_Alcantara.pdf) acessado em 04/05/2023

<sup>29</sup>Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203239%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203239%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true)

representativas dos quilombolas de Alcântara, o Estado brasileiro reconheceu as comunidades quilombolas como sujeitos da Convenção 169.:

Nesse sentido, ainda em 2008, as comunidades quilombolas de Alcântara denunciaram o Estado brasileiro na OIT pelo não cumprimento do direito à consulta prévia, livre e informada durante a assinatura do Acordo de Cooperação Tecnológica firmado entre os governos do Brasil e da Ucrânia para uso da Base Espacial de Alcântara, de forma que “o Poder Executivo passou a reconhecer as comunidades quilombolas como sujeitos da Convenção 169” (PONTES JUNIOR, 2015, p. 103). Pontes Junior sustenta que “prova disso é inclusão da situação das comunidades quilombolas nos relatórios enviados à OIT a partir de 2008” (PONTES JUNIOR, p. 103)[12], fixando, assim, entendimento acerca da aplicabilidade da C169 às comunidades quilombolas. (SEREJO, 2022, p. 29).

Importante salientar que o poder judiciário brasileiro, já reconhece os quilombolas do Brasil como sujeitos da Convenção nº 169 da OIT dentro da categoria de povos tribais. Tendo em vista que os quilombolas, assim como os povos indígenas, contam com uma proteção expressa na CRFB/88. Na próxima seção vamos aprofundar mais sobre a aplicação da referida Convenção na proteção jurídica das comunidades quilombolas do Brasil.

Por sua vez, a Convenção nº 169 da OIT se refere às categorias “povos indígenas e tribais”, as quais são traduzidas para a realidade brasileira como povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, dessa forma, existe diversas identidades coletivas que legalmente devem ser consideradas sujeitas de direitos da Convenção nº 169 da OIT, “uma vez que, os povos tribais referidos pela mencionada Convenção são os povos e as comunidades tradicionais aos quais a legislação brasileira se refere, (...). Portanto, povo e tribal e povos e comunidades tradicionais devem ser tomados aqui como sinônimos”. (SEREJO, 2022, p. 29).

Dessa feita, o Estado brasileiro reconhece os povos indígenas e os quilombolas, ambos reconhecidos como minorias étnicas na CRFB/88, como sujeitos em que se aplica a Convenção sobre povos indígenas e tribais. (ROCHA, 2015). De outro lado, segue pendente, ainda, a plena incorporação por parte do estado brasileiro dos demais povos e comunidades tradicionais para além de indígenas e quilombolas, enquanto sujeitos que podem se valer da proteção conferida pela Convenção nº 169 da OIT.

Com efeito, destaca-se que no texto adotaremos para identificar a diversidade de grupos diferenciados como sujeitos de direito da Convenção sobre povos indígenas e tribais os termos “povos indígenas” para identificar os povos originários espalhados em diferentes comunidades indígenas presente no Estado brasileiro, “quilombolas” para identificar os grupos étnico-raciais com presença de ancestralidade negra relacionado a resistência e à opressão do colonizador e “comunidades tradicionais” para identificar os diversos grupos culturalmente diferenciados definidos no Decreto nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007.

### 3.3 QUILOMBOLAS COMO SUJEITOS DE DIREITOS DA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT

Os quilombolas já reconhecidos pela CRFB/88 como grupo étnico, ganham com a Convenção nº 169 da OIT novos direitos, como o direito de se auto reconhecer como povo e comunidade tradicional, direito a participação, consulta livre, prévia e informada, no entanto, novos direitos também requer nova interpretação, deste modo, não basta simplesmente que o Estado brasileiro se reconheça como um Estado plural e multicultural, mas se desprender e promover uma revisão de velhos dogmas.

Por muito tempo os quilombolas não tinham espaço para realizar suas escolhas, não podiam decidir sobre seu modo de vida, sua cultura, bem como, não tinha influência política, a esse grupo faltava instrumentos de defesa e proteção dos seus direitos, daí que surgem os quilombos, esses quilombos atualmente podem serem encontrados tanto na zona urbana como na zona rural. Os quilombolas são comunidades negras que se organizaram no enfrentamento ao regime colonial buscando suprir a ausência de espaços que possibilitassem a questionar sua condição social, os quilombos foi e é um lugar nos quais se praticavam e praticam formas de vida alternativas àquela imposta pela sociedade nacional às pessoas negras trazidas à força da África para o Brasil.

Necessário, contudo, tecer algumas considerações com relação ao conceito de quilombo, quilombolas e remanescentes de quilombo, antes de apresentarmos as razões que confirmam os quilombolas do Brasil como sujeitos de direito da Convenção nº 169 da OIT. É apropriado entendermos por que esse grupo é equiparado a categoria tribal da Convenção, assim como, é fundamental compreender seu conceito na atualidade, livre das ideias coloniais que caracterizava o sujeito quilombola como um criminoso, um fugitivo e, os quilombos simplesmente como um local de resistência. É importante e necessário apresentar novos elementos, como a unidade familiar, o trabalho, ou seja, o quilombo como um movimento político. (GOMES, 2020)

No entanto, apenas o campo de estudo do direito não é suficiente para compreensão dos conceitos das categorias identificadas no parágrafo anterior, faz-se necessário recorrer a leituras do campo da Antropologia, a qual juntamente com o que o Direito oferece vão proporcionar uma compreensão mais completa do que se entende por quilombo, quilombolas e remanescentes de quilombo. Dessa forma, os conceitos serão apresentados com fundamentos na Antropologia e no Direito.

Segundo Rafael Sanzio Araújo dos Anjos (2006, p. 46) o vocábulo quilombo vem da língua banto e possui aproximação com os seguintes termos: habitação, acampamento, floresta



e guerreiro, sendo que, na região central da Bacia do Congo, tem como significado “lugar para estar com Deus”. É possível identificar que o conceito de quilombo possui um duplo sentido que agrega: histórias de conflitos de poder, ruptura de grupos, saídas em busca de novas paragens e união entre grupos de indivíduos de várias etnias (MUNANGA, 1995).

O período colonial foi o responsável pelos primeiros registros de um conceito de quilombo no Brasil, a definição foi estabelecida a partir de alguns elementos descritivos em que o quilombo era considerado “toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele”. Esse conceito jurídico formal foi elaborado em 1740 pelo Conselho Ultramarino e continuou até o período imperial, nesse período apenas o número de integrantes necessários para formar um quilombo foi reduzido. (ALMÉDIA, 2002, p. 47).

Já no Brasil República os elementos presentes na definição de quilombo não estão mais presentes, acreditava-se que com o fim da escravidão os quilombos fossem extintos, por não mais ser necessário resistir ao sistema escravocrata. Nesse período há uma verdadeira omissão nos textos constitucionais sobre a situação jurídica dos quilombos, só vindo a ser mencionado na CRFB/88 que traz o quilombo como um lugar de sobrevivência, identificando os quilombolas como “remanescente”, aqui o texto constitucional coloca a situação dos quilombos como algo “que sobrou, o que é visto como residual, aquilo que restou, ou seja, aceita-se o que já foi.” (ALMÉDIA, 2002, p. 53).

Contudo, para entendermos os quilombos e o que os quilombolas representam dentro de um sistema democrático é apropriado entendermos o conceito de quilombo partindo do que ele é agora. Superar os antigos conceitos e tratar como no decorrer dos tempos os quilombos se tornaram o que são hoje é o caminho para uma ampla efetividade dos direitos fundamentais desse grupo.

Nesse sentido, sustenta Munanga (1995) que para ter uma melhor compreensão da formação dos quilombos no Brasil é indispensável entender o que ocorreu em certas regiões do continente africano entre os séculos XVI e XVII, desse modo, traz que a origem da palavra quilombo vem das guerras empreendidas nesses períodos entre seus guerreiros nômades espalhados nas diversas regiões africanas e que findaram em constituir uma sociedade firmemente estruturada com homens desvinculados de suas linhagens e sob a disciplina militar.

Sendo assim, o quilombo tem que ser compreendido como uma organização política aberta, desvinculada da linhagem ou família a que seus integrantes pertencem, e que se caracteriza como transcultural dada a influência recebida das contribuições culturais das várias mestiçagens e migrações dos grupos de origem dos homens que a compõem. Ainda, outra forma

de compreender o quilombo é de que o termo também pode ser compreendido no sentido de uma agregação entre as práticas religiosas, domésticas, sociais e políticas de algumas regiões africanas. Assim era a figura que o termo quilombo fazia desenhar na compreensão da sociedade de então. (MUNANGA, 1995).

O quilombo brasileiro é, sem dúvida, uma cópia do quilombo africano reconstruído pelos escravizados para se opor a uma estrutura escravocrata, pela implantação de uma outra estrutura política na qual se encontraram todos os oprimidos. Escravizados, revoltados, organizaram-se para fugir das senzalas e das plantações e ocuparam partes de territórios brasileiros não-povoados, geralmente de acesso difícil. Imitando o modelo africano, eles transformaram esses territórios em espécie de campos de iniciação à resistência, campos esses abertos a todos os oprimidos da sociedade (negros, índios e brancos), prefigurando um modelo de democracia plurirracial que o Brasil ainda está a buscar.

Desse modo, quem buscou atualizar a definição de quilombo, assim como, ampliar a definição sobre remanescentes de quilombos dando uma nova estrutura foi, a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) que assumiu o protagonismo e em outubro de 1994 com o objetivo de desfazer os equívocos referentes à suposta condição em que os remanescentes estavam classificados. Para tanto, afirma em seu parecer que “contemporaneamente, portanto, o termo não se referia a resíduos arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica” (LEITE, 2000, p. 341).

Com essa nova definição, o quilombo não é mais algo isolado e composto apenas por população homogênea, “a conceituação de quilombo do documento da ABA ampliou a visão do fenômeno referido e conferiu-lhe uma maior pertinência em relação aos pleitos já formulados.” Assim, o aspecto contemporâneo dos quilombos, rompe com a conceituação de quilombo atribuída no período colonial brasileiro, assim como elimina a ideia de que os remanescentes de quilombos já não existem ou que estão por desaparecer.

Porta tanto, os remanescentes de quilombos, aqui denominados quilombolas, são sujeitos de direito enquanto grupo, protegidos pelo texto constitucional e, fazem parte da categoria comunidade tradicional. O Decreto nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007, que trata da política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com base no critério do auto atribuição, apresenta um conceito para os povos e comunidades tradicionais do Brasil, o qual inclui os quilombolas:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:  
I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

Em relação ao conceito de povos e comunidades tradicionais, no ordenamento jurídico brasileiro, merece registro a Lei n.º 13.123/15 que, em seu Art. 2º, inc. IV, estabeleceu:

IV - comunidade tradicional - grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição; (BRASIL, 2007).

Ainda, na mesma convergência com a Convenção nº 169 da OIT, o Decreto nº 4.887 de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, apoiado no critério do auto atribuição dos povos e comunidades tradicionais, dispõe em seu artigo 2º:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. Vide ADIN nº 3.239

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade. (BRASIL, 2003).

O reconhecimento dos povos quilombolas como sujeitos de direito da Convenção nº 169 da OIT pelo Estado brasileiro, na qualidade de povos tribais já é um tema pacífico nas decisões dos Tribunais do Brasil:

CONSTITUCIONAL. REMANESCENTES DE COMUNIDADES DE QUILOMBOS. ART. 68-ADCT. DECRETO Nº 4.887/2003. CONVENÇÃO Nº 169-OIT.

A Convenção, por sua vez, plenamente aplicável aos quilombolas, porque incluídos estes na disposição do art. 1.1. a como “povos tribais”, no sentido de serem aqueles que, “em todos os países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou legislação especial”. A proteção jurídica às “populações tradicionais” não era estranha ao ordenamento nacional desde a edição da Lei nº 9.985/2000, que, instituindo o “Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza”, mencionou como objetivo expresso deste “proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente” (art. 4º, inciso XIII) e como uma das diretrizes básicas garantir a tais populações meios de subsistência alternativos ou indenização por recursos perdidos (art. 5º, inciso X). Ainda que o conceito, inicialmente previsto no inciso XV do art. 2º, tenha sido vetado (Mensagem presidencial nº 967, de 18.07.2000), a referida lei menciona inúmeras vezes as “populações tradicionais” ao disciplinar as reservas extrativistas e as reservas de desenvolvimento sustentável, permitindo, inclusive, sua presença em florestas nacionais (art. 17, § 2º), e o conceito já se encontra relativamente bem aceito e definido nas ciências sociais, pelo desenvolvimento de modos de vida particulares, que envolvem dependência dos ciclos naturais, conhecimento dos ciclos biológicos e recursos naturais, tecnologias patrimoniais e simbologia, associado à noção de território ou espaço onde se reproduzem econômica e socialmente. A MP nº 2.186-16/2001 esboçou um conceito de “comunidade local”, associado à função

socioambiental da propriedade, tal como constitucionalmente delineada (art. 186, CF), pela atenção ao “aproveitamento racional e adequado” (inciso I) e “preservação do meio ambiente” (inciso II), com evidentes reflexos na legislação civil (art. 1228, § 1º, Código Civil), que refere, especificamente, o “equilíbrio ecológico” e o “patrimônio histórico e artístico”.

O Decreto nº 6.040, de 07.02.2007, ao instituir a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, definiu como povos e comunidades tradicionais os “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (art. 3º).

A argumentação, constante de parecer juntado aos autos, de que somente poderia se conceber a incidência da referida convenção “na medida em que uma comunidade de quilombo tivesse gerado uma tradição de costumes diferenciados, aptos a torná-la inconfundível com o restante da sociedade brasileira” (fl. 132), implica, por um lado, o não-reconhecimento da diversidade étnico-racial e do caráter multicultural, expressos, dentre outros, nos arts. 215, § 1º e § 3º, inciso V, e 216, caput, da Constituição (DUPRAT, Deborah. O Direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade. Disponível em:

[http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-licacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/o\\_direito\\_sob\\_o\\_marco\\_da\\_urbanidade\\_multiculturalidade.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-licacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/o_direito_sob_o_marco_da_urbanidade_multiculturalidade.pdf)), e, por outro, o desconhecimento de todo um conceitual da antropologia (neste sentido, dentre outros: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. As populações remanescentes de quilombos: direitos do passado ou garantia para o futuro? Seminário Internacional As Minorias e o Direito. Cadernos do CEJ, Brasília, (24): 2003, p. 245-56), com evidentes reflexos no mundo jurídico (SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Reflexão do direito das “comunidades tradicionais” a partir das declarações e convenções internacionais. Hileia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia. Manaus: Universidade Federal do Amazonas, a. 2, nº 3, julho-dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.pos.uea.edu.br/data/direitoambiental/hileia/2005/3.pdf>). Um extenso mapeamento de tais situações, que inclui seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco de babaçu, faxinalenses e ribeirinhos, dentre outros, está sendo realizado pela Universidade Federal do Amazonas, no projeto “Nova cartografia social da Amazônia”.

<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1309395/agravo-de-instrumento-ag-10160>

Decerto, os povos quilombolas na busca de proteção por seus direitos tem a Convenção nº 169 da OIT como instrumento jurídico fundamental para efetivação e proteção de direitos sociais, territoriais, à saúde, educação, seguridade social, condições de emprego, garantindo acesso a políticas públicas para plena realização de seus direitos de cidadãos, reconhecido e respeitado seu caráter de povos diferenciados.

Conformes informações disponíveis no site do Observatório Terras Quilombolas<sup>30</sup>, existem comunidades quilombolas em pelo menos 24 estados do Brasil: Amazonas, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Pernambuco, Paraná, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins, onde um total

<sup>30</sup> Informações extraídas do site OBSERVATÓRIO TERRAS QUILOMBOLAS - Disponível em <http://cpisp.org.br/direitosquilombolas/observatorio-terras-quilombolas/>

de 1.947 terras quilombolas já foram tituladas ou contam com processo para titulação em curso no Incra.

Nessa narrativa, bem como, pela existência de vários eventos de discriminação racial, fica claro que a libertação do povo negro escravizado não trouxe consigo uma igualdade efetiva, além disso, há de se compreender que os quilombolas do Brasil só surgem enquanto sujeitos de direito com reconhecimento jurídico a partir da previsão normativa do art. 68 do ADCT da CRFB/88, a qual inaugura a dogmática constitucional sobre os direitos dos povos quilombolas, que posteriormente veio a ser reforçado com a ratificação da Convenção nº 169 da OIT, no entanto, ainda é urgente que políticas públicas sejam realizadas para garantir os direitos humanos fundamentais destes povos.

Desse modo, diante do que foi aqui aludido, a Convenção nº 169 da OIT se projeta na luta quilombola buscando fornecer um caminho para efetivação do direito a participação destes povos na estrutura social do Brasil, materializando nesta oportunidade, a garantia e proteção a suas leis internas, valores, costumes e perspectivas.

### 3.4 DIREITO À PARTICIPAÇÃO E CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

O direito à Consulta Prévia, Livre e Informada (CPLI) busca garantir que os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais sejam consultados, sempre que exista alguma medida legislativa e/ou administrativa capaz de afetá-los. A norma internacional que trata do direito de consulta busca promover o diálogo intercultural entre o Estado e os povos e comunidades tradicionais, de modo que se chegue a uma decisão que não viole os seus direitos.

A garantia dos direitos humanos e fundamentais dos povos e comunidades tradicionais, assim como à livre participação na tomada de decisões passa pelo respeito ao direito à CPLI, este direito “constitui o tema central da C169. É dele que se desdobram os demais, uma vez que, cabe ao artigo 6º, guiar a implementação dos demais direitos previstos na referida Convenção”. (SEREJO, 2022, p. 33).

A tendência contemporânea é de buscar uma outra perspectiva de mundo, e no direito não é diferente, o direito a CPLI se apresenta como um processo organizado para efetivar o direito de participação dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais em todos os assuntos que possam afetar suas pessoas, seus bens ou seus direitos individuais e coletivos. Portanto, a consulta está ligada e deve ser sempre feita em relação ao direito de participação, este também classificado como outro princípio fundamental da Convenção nº 169 da OIT.

A Convenção não busca só garantir a consulta aos povos, mas também sua participação no processo, daí podemos compreender que “Consulta e Participação” são princípios fundamentais da Convenção que devem sempre andar juntos. A finalidade da consulta aos povos e comunidades tradicionais, nos termos da Convenção nº 169 da OIT, é assegurar a participação plena e efetiva desses sujeitos de modo que as exigências dos princípios democráticos sejam atingidas.

Nesse sentido, compreender o direito à CPLI como um instrumento de garantia do direito de participação dos povos e comunidades tradicionais, legitimado pelo diálogo intercultural entre os sujeitos interessados nas medidas, sejam elas administrativas ou legislativas é de uma relevância ímpar. (MENDONÇA, 2019). Partindo da ideia de que o objetivo da consulta prévia, livre e informada da Convenção nº 169 da OIT é criar um espaço de diálogo franco, aberto e significativo com os povos interessados, a consulta positivada na norma internacional e com suporte na norma nacional não se resume a um simples referendo, em que só haja duas possibilidades, o sim ou o não. (DINO (2014).

Por meio da sua Convenção nº 169, a OIT reconheceu o direito dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais de serem consultados de forma prévia, livre, informada e de boa fé, toda vez que medidas administrativas ou legislativas forem adotadas e possam afetá-los diretamente ou mesmo indiretamente. Assim como, outros corpos normativos internacionais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), aprovada pelo Decreto n. 678/1992 e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, trazem o direito a CPLI como um direito humano fundamental. (SOUZA FILHO, *et al*, 2019).

Em um contexto em que as ameaças e violações dos direitos étnicos são práticas constantes, o procedimento de CPLI previsto na Convenção nº 169 da OIT, se coloca à disposição dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais como um instrumento fundamental para garantia de outros direitos, tais como os direitos territoriais e culturais indispensáveis para preservação do seu modo de vida. (DA SILVA, 2017).

Logo, é importante compreender que o direito a participação e direito a CPLI, dentro da realidade brasileira, corresponde a um direito fundamental dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. E com esse entendimento, ainda, vale apontar que contemporaneamente os direitos fundamentais teve suas funções alargadas, historicamente esses direitos têm se ampliado e se transformado na busca de uma adequação as novas condições da sociedade. (PAULO; ALEXANDRINO, 2003). Os direitos fundamentais se modernizaram e não são mais, simplesmente, colocados como direitos de defesa do indivíduo

diante do Estado, mas passaram a exigir que o Estado adote uma atuação positiva para garantir os direitos individuais e coletivos previstos no texto constitucional.

Nesse sentido, em relação a outros direitos já assegurados aos sujeitos da Convenção, o direito a CPLI pode ser apresentado como um direito relativamente novo, que ainda tem muito a evoluir, São Bernardo (2022, p. 155) ao tratar de experiências de consolidação de direitos *sui generis* na América contemporânea nos traz que “essas formas equitativas de direitos podem resolver a necessidade da convivência com os diferentes numa sociedade desigual.

Proponho a forma jurídica cosmoconceptiva libertária *Ubuntu*, preconizada nessa categoria amefricanizada<sup>31</sup>, para a edificação de um novo Direito e de uma nova justiça pluralista e intercultural. A amefricanidade orienta e constroi esse arcabouço, porque já possui seus pressupostos nessa agenda. O alargamento para o campo do Direito apenas acentua os cânones dos critérios da justificabilidade de uma justiça amefricanizada como se dá com as nossas experiências identitárias e reivindicadoras de poder local e confronto global ao sistema opressivo da Ciência etnocêntrica. (SÃO BERNARDO, 2022, p.155).

A sociedade avança e evolui, “o direito nasce dessa condição de contextualizar princípios e regras, naturais ou convencionais, em busca de mediar conflitos e interesses individuais e coletivos” SÃO BERNARDO, 2022, p.143). As diferenças entre os grupos étnicos criam situações de conflitos constantes, os conflitos existentes entre os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais com os interesses da sociedade envolvente que segue a lógica do liberalismo e da exploração dos recursos naturais, exigiu do direito a criação de normas jurídicas para fazer justiça e, nesse contexto surge o direito fundamental a CPLI como instrumento de garantias dos Direitos Humanos dos povos e comunidades tradicionais.

A hermenêutica jurídica pluralista afirma que o Direito não pode ser apenas uma produção do Estado. O Direito é um instrumento emancipatório, construtor de historicidade de metodologias de procedimentos, de organização social da liberdade e de um referencial teórico ligado as lutas sociais. (Wolkmer, 2015,apud SÃO BERNARDO, 2022, 143-144).

Com isso, é importante evidenciar que há um grande debate instaurado acerca da concretização da CPLI. Equívocos no momento de realizar a consulta, por muitas das vezes são cometidos por falta de conhecimento, ou mesmo má fé daquele que tem o dever de realizar a consulta, situações como estas tem levado o Brasil a posição de um Estado que não cumpre o quanto determinado na Convenção nº 169 da OIT.

Nesse sentido, Deborah Duprat (2015) explica que o direito a CPLI vai surgir justamente por conta do obstáculo formado entre aqueles que devem realizar a consulta e aqueles que

---

<sup>31</sup> Amefricanidade é então conceituada como “um processo histórico de intensa dinâmica cultural (resistência, acomodação, reinterpretação, criação de novas formas) referenciada em modelos africanos e que remete à construção de uma identidade étnica”. O valor metodológico dessa categoria está no fato de resgatar uma unidade específica, historicamente forjada no interior de diferentes sociedades que se formaram numa determinada parte do mundo. (GONZALEZ, 1988,23).

deverão ser consultados, quando da realização de um empreendimento, por exemplo. Ademais, ainda existe uma confusão muito grande no reconhecimento do direito a CPLI nos termos previstos na Convenção da OIT, conceitos como audiência pública, consultas públicas muitas vezes são colocadas como o procedimento da CPLI, que tem finalidades e objetivos totalmente diferentes.

não se pode tomar a consultar prévia, livre e informada por audiência pública, consulta pública ou oitiva constitucional. Esses institutos jurídicos já dispõem de regramento constitucional e correspondência legal em legislação correlata, e cada um deles possui natureza jurídica própria e distinta, embora busquem atingir o mesmo fim: participação e social da sociedade. No entanto, possuem distinções quanto às suas circunstâncias e aplicação, (...) (SEREJO, 2022, p.34).

Existe diferença entre os institutos da CPLI e da audiência pública, os seus objetivos são diferentes, a audiência pública, é exigida nos procedimentos de licenciamento ambiental em que há significativo impacto ambiental<sup>32</sup>, a audiência pública obrigatória no procedimento de licenciamento ambiental, tem por objetivo informar à sociedade em geral e fomentar a sua participação quanto aos impactos ambientais. Entretanto, ambos institutos se complementam, visto que garantem a publicidade e a participação dos povos e comunidades que serão impactadas pela atividade a ser licenciada.

A partir disso, nota-se que o direito a CPLI tem como base de sustento o reconhecimento de outros direitos fundamentais dos povos e comunidades tradicionais, juntamente com a garantia de que esses povos possam exercer seu direito à livre determinação.

a livre determinação assegura que povos e comunidades tradicionais assumam, efetivamente, o controle sobre suas vidas e destinos e planejem o futuro, na mesma medida que garante que esses povos decidam ou possam influir e participar das decisões acerca das propostas e projetos que lhes afetem. É uma modalidade de participação social singular, que só se realiza com a presença ativa e plena nos níveis de espaços decisórios. (SEREJO, 2022, p.34).

Dessa forma, o direito a CPLI positivado na Convenção buscar garantir que povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais tenham assegurados sua participação nos espaços de tomadas de decisões de modo que possam tomar decisões livres e sem pressões sobre os rumos do seu presente e futuro como sujeitos coletivos de direitos. Para tanto, o reconhecimento desse princípio, requer que o Estado brasileiro respeite e cumpra com a obrigatoriedade de consultar os povos sempre que algum ato ou medida possa afetar o seu modo de existência.

---

<sup>32</sup> Art. 3º A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação. (art. 3º da Resolução CONAMA nº 237/1997).



Em suma, a CPLI, é uma norma que representa uma obrigação do Estado vinculando a partir do momento em que a Convenção nº 169 da OIT foi ratificada e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, desse modo, podemos falar em um dever do Estado e um direito fundamental dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Observa-se que essa normativa internacional recepcionada no sistema jurídico pátrio cuida de direitos protegidos por garantias constitucionais e cuja omissão ou atuação inadequada põem em risco a existência dos grupos por ela protegidos.

Nesse aspecto, é interessante notar que o STF reconheceu o direito a participação dos povos indígenas, em uma decisão de particular relevância proferida na medida cautela da ADPF 709, o ministro Roberto Barroso proporcionou no âmbito do STF o diálogo intercultural, o Estado tem que sentar-se e dialogar com os povos, respeitando cada um em suas particularidades e tradições próprias.

porque me parecia imprescindível para a solução adequada desses problemas. As comunidades indígenas têm que expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca das soluções cabíveis e possíveis, inclusive porque é preciso ter em conta que as comunidades têm suas particularidades, peculiaridades e tradições culturais, muitas vezes, diversas. Há um certo antropocentrismo em que se condicionou achar que os índios são todos iguais, são a mesma coisa. Na verdade, são culturas e tradições diferentes, que têm o direito de vocalizar seus interesses e pretensões. (...) Há um debate intercultural em que cabe às comunidades apresentarem suas reivindicações, e cabe ao Governo expor suas possibilidades e limites. Aí, então, este Juízo deliberará sobre o máximo que é possível para assegurar a vida e a saúde dos integrantes dessas comunidades. (BRASIL, 2020)

Outrossim, vale lembrar que essa conduta não fere a soberania do Estado, mas reconhece a identidade das organizações sociais e política de um grupo étnico que se organiza de forma coletiva e possui seus direitos territoriais e culturais.

Após realizar esse parêntese, é importante ressaltar que o marco legal do direito a CPLI é o artigo 6º da Convenção nº 169 da OIT, embora também esteja previsto em outros instrumentos jurídicos internacionais e até nacional. Todavia, é imprescindível compreender as características do direito de consulta previsto na OIT, dentro dessas características destacamos que à consulta tem que ser “prévia”, “livre”, “informado”, “de boa fé”, além de ter o consentimento daqueles que serão consultados.

No entanto, o diálogo entre os povos e comunidades tradicionais não requer imediata e obrigatoriamente o consentimento ou o consenso, mas, o agir comunicativo nos processos de consulta e decisão. Portanto, ainda que o diálogo intercultural seja considerado instrumento de legitimação das diferenças na prática ainda há muitos desafios a serem superados (PERUZZO, 2017).

O próprio dispositivo que trata do direito a CPLI e que garante a participação dos povos traz de forma expressa os elementos, Prévio, Livre e Informado e de boa fé, os quais devem

serem observados no decorrer do processo que vir efetivar esse direito. O Estado no momento de garantir o direito fundamental a Participação e Consulta deve se atentar aos pressupostos de validade e legitimidade, essa forma de garantir o direito dos povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais busca romper com a forma colonial que estabeleceu um pensamento hegemônico na sociedade, o qual não é compatível com os pressupostos da norma jurídica a cultura e a identidade dos povos etnicamente diferenciados. (GIFFONI, 2020, p. 62).

Daí, observa-se que uma das principais características do direito à CPLI é que a consulta tem que ser prévia, ou seja, tem que ser realizada antes de qualquer decisão, ato ou atividade que possa afetar os sujeitos da Convenção nº 169. Aqui, ao estabelecer que a consulta tem que ser prévia, o objetivo é garantir que os povos envolvidos possam participar de todo o processo, por meio de um diálogo intercultural que deve ocorrer antes do início de qualquer decisão. (CETINA CASTRO; FERREIRA DE FARIA.; OSOEGAWA, 2021)

Nesse caso, buscando evitar possíveis danos que possam acontecer aos povos ou a seu território, a Convenção nº 169 da OIT, tipifica em seu artigo 16, numeral 2, que a consulta deve ser prévia a qualquer ato administrativo. (SILVA, 2008, p. 58) Além disso, não só basta que a consulta seja prévia, mas é necessário estabelecer um tempo adequado a realidade dos povos para que estes se preparem para participar do processo que chegará a uma decisão sobre o ato ou lei, ou seja, tem que oportunizar determinar desde o início “as regras do jogo”, desde seu planejamento, e não só após a licença prévia. (MAZARIEGOS, 2014)

A partir disso, podemos afirmar que a consulta tem que ser prévia a qualquer atividade que tenha por objetivo estabelecer uma medida administrativa ou legislativa, dado que esta impactará de forma negativa ou positiva no modo de vida dos povos.

No que diz respeito a consulta ser livre, o Estado responsável por realizar a consulta, as empresas interessadas, assim como entidades e terceiros envolvidos, com interesse ou não na consulta, não podem pressionar ou coagir os povos. A consulta tem que ocorrer de forma livre, o consentimento ou não dos povos envolvidos, não pode vir com a influência de nenhum ato que possa violar a manifestação da vontade do povo consultado. (CETINA CASTRO; FERREIRA DE FARIA.; OSOEGAWA, 2021)

Uma consulta livre requer que seja assegurado dentro da adversidade do contexto, que esta seja conduzida num processo tão livre quanto possível de coerção, intimidação e condicionamento, não só entre atores e fatores externos, mas também entre as partes. A consulta para se caracterizar livre requer que não exista pressões, incluindo incentivos monetários exceto se façam parte de um acordo mútuo final, e táticas de "dividir e conquistar". Ainda, não pode

existir qualquer tipo de ameaça ou retaliação implícita se a decisão final for um "não". (MAZARIEGOS, 2014, p.481)

Dessa maneira, uma consulta caracterizada como livre deve possibilitar as condições políticas e materiais para que os povos envolvidos tenham a liberdade de escolher, “no máximo e melhor exercício possível de sua própria voz e de seus próprios critérios, isto é, de sua livre determinação, o que é melhor para eles”. (MAZARIEGOS, 2014, p.482) A decisão tem que estar de acordo com a cultura e as tradições dos povos e tem que ser respeitada.

Já, com relação a consulta ser informada, significa a disponibilidade de todas as informações relevantes, aqui, todos os detalhes que envolvam a medida, benefícios, custos, prejuízos e riscos, terá que ser fornecido aos povos. “A consulta informada significa ter de realizar alguns estudos precisos para informar as comunidades todo o panorama do que acontecerá com a medida”. (CETINA CASTRO; FERREIRA DE FARIA.; OSOEGAWA, 2021, p. 196). É importante não ter nenhum tipo de omissão sobre os resultados dos estudos realizados todas as opiniões e pontos de vista devem serem considerados.

Entretanto, para que se chegue a uma decisão consciente e livre, baseada em argumentos e não em suposições, preconceitos, enganos ou erros, é essencial que seja fornecido todas as informações de forma completa e transparente aos povos.

Outra característica fundamental da CPLI é a “boa fé”, quer dizer que durante o processo da consulta a negociação entre povos, empresas e Estado, tem que se guiar pela boa fé dos sujeitos envolvidos; ou seja “o atuar destes tem que estar livre de pressões, evitando qualquer ato que possa provocar que a manifestação da vontade da comunidade, seja afetada”. (CETINA CASTRO; FERREIRA DE FARIA.; OSOEGAWA, 2021, p. 197) A característica da boa-fé durante o procedimento da CPLI está positivada no artigo 6 da Convenção nº 169 da OIT no numeral 2.

Estando respeitada todas as características do direito a CPLI, os povos chegaram a uma decisão, está poderá ser um sim ou um não, o consentimento é uma manifestação dos povos consultados e, tem poder de vincular o Estado e os particulares.

Nesse contexto, a garantia de que a consulta será realizada nos termos da Convenção, prévia, livre, informada e de boa fé é imperativa para resguardar ao máximo os direitos dos povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais à integridade, à autonomia de sua organização social e à sua existência tanto individual quanto coletiva, conforme seus usos, costumes e tradições.

Aqui merece ser registrado que ao tratar do direito fundamental de Consulta e Participação dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, é importante

ressaltar que esses grupos antes da elaboração da Convenção nº 169 da OIT estavam sujeitos ao um processo de integração imposto pelos Estado e que diante de diversas reivindicações pelos seus direitos, foram reconhecidos como sujeitos de direito coletivo, Raquel Yrigoyen Fajardo nós ensinamos que:

Os direitos de decisão autónoma ou livre determinação do desenvolvimento, participação, consulta prévia e consentimento prévio, livre e informado fazem parte de um corpus de direitos coletivos enquadrados em novos princípios relação entre Estados e povos indígenas, que rompem com a tradição tutelar anterior. Antes de esse novo quadro de direitos, os Estados consideraram que os territórios onde viviam os nativos, e as próprias cidades, estavam sob seu domínio e tutela e, portanto, sob sua decisão única. Daí as políticas de assimilação, integração forçada e até desaparecimento físico e cultural que caracterizava eras passadas. tradução livre. (FAJARDO, 2009, p.372).

Ainda, buscando responder qual é o objeto dos direitos de consulta e participação, Raquel Yrigoyen Fajardo discorre que:

Os direitos de participação, consulta prévia e consentimento prévio, livre e informado têm dupla natureza e finalidade.

Por um lado, são direitos próprios, com conteúdo substantivo próprio vinculado à dignidade dos povos. Um teste de conformidade deve garantir que tais direitos sejam verificados. Por outro lado, são direitos que buscam concretizar ou viabilizar outros direitos no âmbito da relação entre Estados e povos indígenas, e estão vinculados à capacidade dos povos de controlar suas instituições, definir seu modelo e prioridades de desenvolvimento, a proteção do território, sua integridade física e cultural etc. Nesse sentido, trata-se de direitos fundamentalmente processuais que permitem o exercício de outros direitos. Portanto, o teste de cumprimento desses direitos requer uma análise adicional sobre se os direitos aos quais estão vinculados estão sendo garantidos.

Os direitos de participação, consulta prévia e consentimento prévio, livre e informado destinam-se a assegurar que os povos indígenas participem dos processos em que os Estados tomem decisões que possam afetá-los. Os direitos de participação estão intimamente ligados à ideia de povos indígenas como povos com igual dignidade e capacidade para outros povos. O respeito pela dignidade dos povos como grupos significa que o Estado não deve tomar decisões sem levá-las em consideração. O respeito à sua capacidade pressupõe que o Estado valorize e garanta que tais povos mantenham ou recuperem o controle de suas vidas e destino. tradução livre. (FAJARDO, 2009, p.387).

No entanto, o Estado tem o dever de realizar a consulta e garantir a participação dos povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais. Mas, a participação e consulta aqui entendida como um direito fundamental para esses povos, tem que ser realizada com observância das normas internas apresentadas por aqueles que devem ser consultados, ou seja, conforme os protocolos de consulta prévia elaborados pelas comunidades.

Por essa razão, buscamos aqui discutir o direito de consulta e de participação, disciplinado na Convenção nº 169 da OIT como um direito fundamental dos povos e comunidades tradicionais. O direito de consulta e de participação, reconhecido como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro tem aplicação imediata, ou seja, independe de qualquer outra norma que o regulamente.

Nesse contexto, o dever em realizar a consulta prevista na Convenção nº 169 da OIT há de ser considerada como um caminho na concretização da participação dos povos e comunidades tradicionais nas tomadas de decisões que possam afetar os outros direitos fundamentais indispensáveis a existência desses povos.

A simples convivência em coletividade por si só é suficiente para gerar conflitos entre os indivíduos, conviver em coletividade composta por grupos étnico e culturalmente diferenciados já é suficiente para gerar conflitos e desrespeitos aos direitos do outro. Nesse contexto, os direitos fundamentais têm o papel de proteger ou tutelar os indivíduos diante dos prováveis abusos cometidos pelo Estado ou mesmo pelos demais particulares.

Quando a Convenção nº 169 da OIT em seu art. 6º, traz a previsão que os povos e comunidades tradicionais deverão serem consultados e participarem sempre que algum ato ou mediada possa afetar o seu modo de vida, firma o direito de consulta e participação como um direito humano fundamental, pois são inerentes ao ser humano, dado que para que os povos e comunidades continuem existindo como tais precisam garantir a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como o direito sobre o seu território.

Ao tratar de direitos fundamentais, é oportuno deixar claro que este não se confunde com direitos humanos. Fábio Periandro Hirsch e Camila Archanjo (2020) ao abordar a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos nós traz que um direito fundamental é caracterizado quando uma norma protege ou tutela o indivíduo frente a abusos cometidos pelo Estado enquanto instituições ou mesmo pelos demais particulares, porém, os direitos humanos são compreendidos como normas previstas no ordenamento jurídico internacional, em regra tratados, convenções e acordos entre países que buscam tutelar ou proteger as pessoas humanas sem quais quer tipo de restrição com a cor da pele, nacionalidade, orientação sexual.

Nesse aspecto, é oportuno deixar claro qual a diferença entre um direito humano e um direito fundamental. O direito humano tem como característica ser um atributo inerente à dignidade da pessoa humana (KANT, 2004), já a dignidade pode ser compreendida como aquilo que não tem preço, ou seja, valor econômico, partindo da ideia que o que tem preço é coisa. É reconhecido pelo Ordenamento Jurídico Internacional como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Portanto, quando esse direito humano, já reconhecido pelo ordenamento jurídico internacional, entra para Constituição que é a Lei Fundamental de um país, ele passa de um caráter, simplesmente de direito humano e assume um caráter de direito fundamental da pessoa humana.

Nessa linha de interpretação, o direito de participação e consulta prévia dos povos e comunidades tradicionais, após a ratificação da Convenção pelo Brasil, assumiram o caráter de direitos fundamentais.

Faz-se, contudo, necessário observar que embora a convenção nº 169 da OIT tenha sido adotada para proteção dos direitos humanos dos povos indígenas e tribais, diante da discriminação, marginalização, genocídio ou mesmo etnocídio vivenciado por esses povos, o direito a consulta e a participação, caracterizado como a pedra angular da Convenção (OIT, 2022?), é um direitos fundamental para os sujeitos por ela protegidos, pois deriva de princípios inseridos na CRFB/88 e é fundamental para o exercício de outros direitos fundamentais.

É relevante entender que no Brasil, os direitos fundamentais não são apenas os previstos no texto da constitucional, a própria CRFB/88 em seu art. 5º, § 2º reconhece expressamente a força expansiva dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, denominada de cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, o dispositivo dispõe que não só os direitos e garantias expressos na CRFB/88 são classificados como direitos fundamentais, mas outros que decorram do regime e dos princípios adotados pela constituição ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Os direitos dos povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais a participarem de forma ativa nos processos de tomadas de decisões que os afetem diretamente, por meio do direito de consulta e de participação, está relacionado ao reconhecimento da identidade cultural desses povos, o qual é necessário para sua sobrevivência tanto quanto seus territórios, configurando, deste modo, direito fundamental em si, conforme assegurado pela Convenção nº 169 da OIT e, também pela CRFB/88.

Nesse sentido, a Convenção nº 169 da OI juntamente com outros instrumentos de direito internacional apresentam um rol de direitos vinculados com o conteúdo e o exercício do direito fundamental à consulta e participação (ONU, 2015, p. 52), tais como:

- a) Direito à igualdade e o princípio da não discriminação; b) Direito à identidade e à integridade cultural; c) Direito a conservar seus usos, costumes e suas próprias instituições; d) Direito de participação; e) Direito de decidir suas próprias prioridades e estratégias de desenvolvimento; f) Direito à terra, território, aos recursos naturais e ao meio ambiente; g) Direito de utilizar, ressignificar, difundir e transmitir seu próprio idioma e expressões linguísticas (ONU, 2015, p. 52 – tradução nossa).

Ainda, com relação a questão de a extensão dos direitos fundamentais ser admitida pela CRFB/88, Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 592), traz que por muito tempo esse tema foi controverso, posto que no Brasil pouco se enfrentava esse tema. Entre aqueles que buscaram debater, a princípio sobressai o entendimento de que os direitos fundamentais o são, enquanto

tais, na medida em que se encontram reconhecimento nas constituições formais, ou seja, não há falar em direitos fundamentais em sentido material. O professor ainda, leciona que uma parte dos pensadores, inconformada com a natureza material dos direitos fundamentais, é seguida pela jurisprudência brasileira, que adota o entendimento que os direitos fundamentais são apenas aqueles incorporados ao texto de uma Constituição escrita.

Deveras, Dirley da Cunha Júnior (2020. p.) pondera que, os direitos fundamentais não se limitam àqueles escritos no texto da constituição, posto que a cláusula de abertura material prevista no § 2º do art. 5º, da CRFB/88 prevê que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

(...) o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. De fato, como já se afirmou em relação à experiência lusitana, mas que, neste particular (visto existirem importantes diferenças) guarda sintonia com o sentido amplo que assume a “cláusula de abertura” do art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira (ainda – e precisamente por isto - que não se cuide da única “porta de entrada” para direitos fundamentais não expressamente positivados como tais no texto constitucional), a abertura do sistema de direitos fundamentais, nas palavras de José de Melo Alexandrino, abrange tanto a previsão expressa de uma abertura a direitos não enumerados, quanto a dedução de posições jus fundamentais por meio da delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a inclusão dos direitos de matriz internacional, bem como a dedução de normas de direitos fundamentais de outras normas constitucionais. No caso da fórmula adotada pelo Constituinte brasileiro, verifica-se que a referência a direitos decorrentes do regime e dos princípios e a inclusão expressa dos direitos positivados em tratados internacionais, se não esgota as possibilidades inerentes a abertura material, assume um caráter por si só relativamente abrangente, mas que não dispensa análise mais detida quanto à sua efetiva amplitude. Tal constatação é, por outro lado, de suma relevância para viabilizar a delimitação de certos critérios que possam servir de parâmetro na atividade “reveladora” destes direitos. Neste sentido, o citado dispositivo reza que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Com apoio no sentido literal da norma e com o objetivo de propiciar um exame mais sistemático da problemática do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais em nossa Constituição, há que visualizar as diversas alternativas com as quais nos deparamos na análise do significado e alcance da norma contida no art. 5º, § 2º, da CF. (SARLET, 2012, p.67).

Nesse ponto, os direitos fundamentais não se limitam, apenas, aos expressamente citados na CRFB/88, outros podem ser encontrados espalhados pelo texto constitucional. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou quando do reconhecimento do direito ao meio ambiente previsto no artigo 225 da CFRB/88 como direito fundamental<sup>33</sup>,

<sup>33</sup> O afastamento do licenciamento de atividades potencialmente poluidoras afronta o art. 225 da Constituição da República. Empreendimentos e atividades econômicas apenas serão considerados lícitos e constitucionais quando

deixando claro que o rol dos direitos fundamentais na Constituição brasileira não é taxativo. Ainda, é permitido a existência de outros direitos fundamentais, decorrentes de normas de Direito interno ou internacional que indiquem direitos equiparados aos do texto constitucional. Em que pese o direito a CPLI não esteja previsto expressamente no texto da constituição brasileira, nada impede a efetividade desse direito.

Nesse sentido, ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 242) que dispositivo que traz a cláusula de abertura deve ser compreendido como um “mandado de otimização ou maximização”, o qual confere aos órgãos estatais o dever de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, bem como possibilita ao Poder Judiciário, dentro dos limites permitidos pelo regime republicano, atuar no sentido do preenchimento de lacunas normativas eventuais.

Daí, com base nas cláusulas de abertura dos direitos fundamentais prevista no nosso texto constitucional, entendemos que os tratados internacionais de direitos humanos e tratados pertinentes a assuntos indígenas, bem como quilombolas e de outras comunidades tradicionais, que reafirmam direitos fundamentais de caráter individual e coletivo ratificados pelo Brasil, são vigentes no país e, mesmo não vindo a ter força constitucional, os direitos ali previstos podem ser equiparados a direitos fundamentais.

Por outro lado, a cada dia esse direito fundamental torna-se mais evidente, considerando o crescimento do poder econômico e a necessidade de explorar de forma abusiva os recursos naturais localizados em territórios de povos indígenas e comunidades tradicionais. É por tal razão que cabendo ao Estado e seus órgãos o dever de realizar a consulta prévia, livre, informada e de boa fé.

É relevante evidenciar que o direito a consulta e participação, previsto na Convenção nº 169 da OIT tem que ser compreendido como um direito fundamental humano, vinculado ao direito à autodeterminação dos povos. Nesse ínterim, ainda refletindo sobre este direito fundamental dos povos, percebe-se que o direito à consulta e participação se deu do conflito entre os povos e os Estados em relação ao princípio da autodeterminação (DUPRAT, 2015).

O professor Carlos Marés de Souza Filho (2021, p. 22) explica que autodeterminação dos povos em uma visão constitucional moderna cria a soberania de Estado, “O povo tem autodeterminação para constituir um Estado num território determinado, mas, uma vez

---

subordinados à regra de proteção ambiental. A atuação normativa estadual flexibilizadora caracteriza violação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e afronta a obrigatoriedade da intervenção do Poder Público em matéria ambiental. Inobservância dos princípios da proibição de retrocesso em matéria socioambiental, da prevenção e da precaução.

[ADI 4.529, rel. min. Rosa Weber, j. 22-11-2022, P, DJE de 1º-12-2022.]



constituído o Estado não é mais dado a ninguém, a nenhum povo, dentro desse território, reivindicar autodeterminação, porque implicaria o direito de se constituir em um outro Estado.” Mas, à autodeterminação dos povos no sentido da Convenção está relacionada ao autorreconhecimento, ou seja, “a consciência de ser, reconhecer os membros e ser reconhecido como membro, constitui a essência do povo, independente da vontade e disposição dos Estados.” (SOUZA FILHO, 2021).

Nesse sentido, o STF quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709 MC-Ref<sup>34</sup>, reconheceu o direito à livre determinação dos povos indígenas como grupos culturalmente diferenciados, o relator ministro Roberto Barroso destacou que a opção desses povos de permanecerem isolados decorre de seu direito à autodeterminação e representa sua forma de preservar sua identidade cultural. Portanto, a opção pelo isolamento é um direito, cabendo à União garanti-lo nos termos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT (artigo 2º, inciso I; artigo 4º, incisos I e II; artigo 5º e artigo 7º). (BRASIL, 2020)

Raquel Yrigoyen Fajardo, ao questionar quais direitos têm os povos e comunidades tradicionais nas decisões de assuntos que lhes afetem lista quatro tipos de direitos: (1) o primeiro direito se refere à atribuição de decidir autonomamente ou determinar de modo livre seu modelo de desenvolvimento (direito à livre determinação do desenvolvimento); os demais direitos se referem a formas de relação entre o Estado e os povos indígenas e tribais/tradicionais, como: (2) participação em todo o ciclo de políticas; (3) consulta prévia nas medidas legislativas ou administrativas; e (4) consentimento prévio, livre e informado quando haja risco para os direitos fundamentais dos povos, como a integridade ou o modo de vida e desenvolvimento. (FAJARDO, 2009, p.380)

O direito de consulta e participação foi apontado pela norma internacional como o caminho para que todos tenham direitos de serem iguais perante a lei sem ter que renunciar às suas diferenças. O direito que os povos culturalmente diferenciados têm de serem consultados de forma prévia, livre e informada tem por base a proteção do acesso a cidadania sem que esses grupos deixem de serem culturalmente diferenciados, garantindo assim a realização de políticas públicas específicas que atendam o real interesse desses povos. De fato, quando o direito a consulta e participação é respeitado, o beneficiário desse direito, não é só os povos tradicionais,

---

<sup>34</sup> A ação foi interposta pela APIB, PCdoB, PSB, PSOL, PT, PDT, REDE e pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UER. Os autores dessa ação apontaram uma série de atos comissivos e omissivos do Poder Público que, segundo eles, estavam causando alto risco de contágio e de extermínio por conta de uma possível contaminação pelo Coronavírus (Covid-19). (BRASIL, 2020). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>

mas todos os cidadãos, uma vez que todos tem o direito de viver em um país democrático, plural e que respeita as diferenças.

Assim, o direito de consulta e participação previsto na Convenção nº 169 da OIT tem um papel de extrema importância na autoafirmação dos povos e comunidades tradicionais, posto que, é um direito fundamental que tem como objetivo garantir a participação plena dos povos e comunidades culturalmente diferenciados nas decisões administrativas e legislativas que impactem no seu modo de vida.

Por outro lado, nota-se que a invisibilização dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais diante do interesse do Estado ou das grandes corporações, tem como consequência violações de vários direitos e garantias fundamentais, dado que o prejuízo acarretado por conta de uma intervenção sem o diálogo entre os interessados muitas das vezes são irreversíveis.

Portanto, não existe outra leitura a não ser compreender o direito à consulta e participação como direito fundamental e, que sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro independe da elaboração de outra norma, porém, em especial, destacamos o importante passo dado pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais em elaborar seus próprios protocolos de consulta prévia, livre, informada e de boa fé enquanto instrumento jurídico, político, cultural e pedagógico para garantir o cumprimento do direito fundamental à consulta e participação.

Portanto, o direito a participação conexo ao direito de consulta aqui proposta apresenta caráter fundamental na efetividade dos princípios democráticos, em especial, na construção de diálogos que busquem o reestabelecimento das relações (GARCIA, 2017), com ações direcionadas à descolonização das práticas estatais e reconhecimento de um direito plural.

### 3.5 EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONSULTA E PARTICIPAÇÃO NO BRASIL

Para que o direito de participação e consulta prévia livre, informada sejam efetivados é necessário que aquele que tem que fazer a consulta cumpra com o seu dever e a faça de modo que haja uma verdadeira participação dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Após a Convenção nº 169 da OIT, a ideia integracionista e/ou assimilacionista reproduzido no texto da Convenção anterior foi alterado e ficou estabelecido a participação dos povos e comunidades tradicionais nas formulações das ações e políticas públicas, para que haja a efetividade dos seus direitos.

O direito à consulta prévia previsto na Convenção nº 169 da OIT para Liana Amin da Silva (2019, p. 198) “é pressuposto para a efetivação do direito à livre determinação, direito de

manter suas próprias instituições, direito de decidir sobre a própria vida e sobre o território que pertence, direito à vida e à terra, em uma concepção ampla, contemplando a integridade física, cultural e espiritual de cada povo.”

É necessário reafirmar, conforme já discutido que os institutos do exercício da democracia participativa, previstos na CRFB/88 que são voltados para a população de forma ampla, se distinguem do instituto da consulta prévia, o qual é apontado como o exercício da livre determinação, voltado especificamente para os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais como prevê a Convenção nº 169 da OIT e a declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas. (DA SILVA, 2019) Portanto, os instrumentos de consultas tipificados pelo ordenamento jurídico nacional não podem ser utilizados para justificar o cumprimento do direito à CPLI.

Ainda, por conta das diversas manobras para não realizar o direito de consulta e participação, é importante ressaltar que a CPLI da Convenção nº 169 da OIT não é a mesma coisa da consulta pública, assim como, não pode ser igualada a reuniões informativas ou audiências públicas, visto que esses modos de participação são estabelecidos para a população de modo geral, dessa forma não representa o direito a consulta prévia garantida aos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, sujeitos de direitos da Convenção. (DA SILVA, 2019).

No entanto, aqui é necessário reforçar e deixar claro que o direito à Consulta e Participação é diferente das audiências públicas que devem acontecer no andar do procedimento de licenciamento ambiental e tem como finalidade expor aos interessados o conteúdo do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e/ou Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), para dirimir dúvidas e recolher dos presentes as críticas e sugestões ao projeto.

Vale, aqui, deixar claro que o direito de consulta e participação tem um papel de grande importância democrática, dado que possibilita a participação dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais no destino das próprias comunidades. A CRFB/88, em seu preâmbulo, traz o país como um Estado democrático de direito, assegurando “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, de modo que admite a convivência e a participação de todas as culturas e povos. Nesse sentido, portanto, o Brasil como um Estado democrático de direito e que tem como fundamento o pluralismo, revela que o direito de consulta e participação são “instrumento de fortalecimento da democracia participativa e de inclusão de grupos culturalmente diferenciados, exprimindo a ideia de cidadania ativa, inclusão nas deliberações públicas e protagonismo da soberania popular.” (PERUZZO, 2017, p. 5) Além disso, esse direito é fundamental para promover e garantir o respeito à cultura

Com efeito, o dever de realizar a consulta e garantir a participação nos termos da Convenção nº 169 da OIT é do Estado. Dessa forma, esse como sujeito de deveres tem a obrigação de garantir a efetividade da CPLI, assim como, a participação dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

Para Liana Amin da Silva (2019, p.202) apenas o Estado tem o dever de realizar a consulta aos povos, pois compete a este e não os particulares adotarem medidas legislativas e administrativas como concessões. Desse modo, o dever do Estado não pode ser substituído por consultas realizadas pelos particulares interessados, bem como, a simples assinatura de alguma liderança de forma individual concordando, o processo de consulta prévia tem que ser público, amplo e coletivo.

Buscando dá um entendimento mais amplo de quem tem o dever de realizar a consulta prévia, o procurador Ricardo Pael do MPF-MT<sup>35</sup> defende que o particular também pode realizar e promover a consulta prévia.

Ao adotar essa posição contra majoritária, defende que a consulta prévia positivada na Convenção não é um dever exclusivo dos Estados, dado que a Convenção impôs um dever aos Estados visto que, é como funciona a logística dos tratados internacionais, uma vez que esses não podem impor um comando diretamente para os indivíduos, assim, buscando alcançar os indivíduos impôs aos Estados esse mandado para que este adote os meios necessários para alcançar os indivíduos. (PAEL, 2020)

Essa posição, defende que seja feita uma leitura ampliativa da norma da Convenção para que o entendimento passe a ser que o dever de realizar a consulta prévia extrapola os Estados e alcança todos os interessados ao empreendimento, aqui por muitas das vezes o particular é o mais interessado. Portanto, se estamos falando da construção de uma rodovia ou de uma usina feita pelo Estado, esse tem o dever de consultar, assim como, um ato administrativo de nomeação de um coordenador da FUNAI, mas se estamos falando da construção de uma pequena central hidroelétrica que interessa única e exclusivamente ao empreendedor que vai se beneficiar dessa obra o dever de consultar passa a ser do particular. (PAEL, 2020)

Para o referido procurador, a possibilidade de o particular realizar a consulta disciplinada na Convenção nº 169 da OIT não traz nenhum problema na efetivação do direito a consulta prévia aos povos e comunidades tradicionais, posto que a consulta feita pelo Estado não assegura a efetividade, são vários os exemplos que presenciamos que o Estado não tem cumprido seu dever de realizar a consulta prévia, o que faz com que esse dever não saia do

---

<sup>35</sup> Roda de Conversa: "Jurisprudência sobre Protocolos Autônomos de Consulta: entre avanços e desafios". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Lk8McNyZk2E&t=5676s>. Acesso em: 2 ago. 2022.

papel. O que assegura uma efetividade ou transparência é a capacidade do povo consultar e expressar seu consentimento livre e informado, uma vez que não é quem a conduz, mas sim a observância dos protocolos elaborados pelas comunidades, afirmar que só o Estado pode realizar a consulta é ilusória que existirá uma consulta bem-feita. (PAEL, 2020)

É bom esclarece que os deveres fundamentais caminham juntos com os direitos fundamentais, ou seja, o dever fundamental de realizar a consulta e permitir a participação dos povos são complementos do direito fundamental à CPLI. O dever está direcionado a viabilizar os direitos subjetivos individuais e até coletivos, de modo que a garantia desse direito fundamental seja dentro de um equilíbrio que permita que as minorias possam sair da invisibilidade. (HIRSCH; ARCHANJO, 2020).

O direito fundamental a consulta prévia livre e informada tem como base o direito dos povos enquanto grupos éticos participarem das tomadas de decisões das questões que os afetem e terem garantido a livre determinação, de forma qual possam decidir suas próprias prioridades dentro de um modelo de desenvolvimento que afete o seu modo de vida. A consulta e participação são pressupostos para se prevenir violações a outros direitos desses povos e conflitos socioambientais. Os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais dentro de um espaço que promova a consulta e participação superam a lógica de tutela paternalista e passam a ter voz ativa e assumem o protagonismo do seu destino. (DA SILVA, 2017).

No entanto, para o que a CPLI seja realmente efetiva é necessário que sejam respeitados os critérios estabelecidos na Convenção. A consulta, conforme já discutido anteriormente, sempre tem que ser prévia a medidas legislativas ou administrativas que possam impactar o modo de vida dos povos, a consulta não pode sofrer interferências externas, os povos não podem ser manipulados, intimidados, o Estado ou os particulares interessados devem apresentar todas as informações dos estudos de impactos ambientais, os pontos positivos e negativos, assim como, permitir a participação dos povos nessa etapa.

Nesse sentido, salienta, Nathália Mariel F. de S. Pereira (2021, p. 48) que “a CPLI não é uma forma nova de diálogo, é na verdade a forma mais originária de debate democrático voltado para comunidades tradicionais, uma releitura das ideias de participação que pautam nossa democracia e que devem ser respeitados”. Não podendo desconsiderar as diferenças culturais dos grupos envolvidos. (PEREIRA, 2021)

Por fim, a consulta e a participação são princípios fundamentais da governança democrática e do desenvolvimento inclusivo, devendo ser implementada visando um diálogo intercultural igualitário, com o objetivo de salvaguardar e garantir os direitos dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

### 3.5.1 Os fundamentos normativos do direito a participação e do dever de consulta

O dever de os Estados consultar os sujeitos de direito da Convenção está previsto em seu artigo 6º, o qual estabelece que a consulta aos povos interessados tem que ser “mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”.

#### Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
- b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
- c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas. (BRASIL, 2019).

A Convenção nº 169 da OIT traz em seu texto a norma que impõe que os Estados consultem de boa-fé os povos e comunidades tradicionais para chegar a um acordo ou obter seu consentimento, em relação aos contextos diversos, sobre aspectos de planos ou projetos de gestão que os afetam. O dispositivo, ainda, estabelece como obrigação dos Estados signatários ou não o desenvolvimento de meios apropriados de consulta, de modo a assegurar o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos, inclusive por meio do fornecimento de recursos direcionados para esse fim.

Por outro lado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) há uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) proposta pelo Poder Executivo do Estado de Roraima que busca denunciar os decretos presidenciais e legislativos que internalizaram, no ordenamento jurídico brasileiro, as disposições da Convenção nº 169 da OIT. Trata-se da ADI nº 5905 de relatoria do MIN. LUIZ FUX<sup>36</sup>. Em sua petição inicial (BRASIL, 2018), o governo de Roraima questiona a validade do art. 6º, 1, a) e de outros dispositivos da Convenção, trazendo como um dos argumentos que “as consultas às comunidades indígenas não podem ser num formato que, por exemplo, extinga a existência ou esvazie a autonomia e o direito ao desenvolvimento regional assegurado constitucionalmente [...]”.<sup>4</sup> A citada ADI ainda aguarda decisão do STF.

<sup>36</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5365245>

A previsão expressa do dever de os Estados realizar a consulta prévia, não está apenas na Convenção nº 169 da OIT, outras normativas internacionais de proteção e garantia dos direitos humanos, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas também trazem em seus textos a obrigação dos Estados de realizarem a consulta:

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Art. 19 - Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Art. XXIII - Participação dos povos indígenas e contribuições dos sistemas legais e de organização indígenas

(...)

3. Os Estados realizarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados por meio de suas instituições representativas antes de adotar e aplicar medidas legislativas ou administrativas que os afetem, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado.

(grifos nossos).

Ainda, é importante destacar que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas traz expressamente o dever dos Estados de realizarem a consulta em vários artigos espalhados no texto como o 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 e 38, e vale destacar o artigo 19, que dispõe que: "Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem." (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

Nesse mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas afirma em seu artigo 3º que "os povos indígenas têm direito à autodeterminação. (NAÇÕES UNIDAS, 2008) Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural." Esta norma internacional caminha em direção aos interesses dos povos indígenas, mas não só dos povos indígenas aqui podemos compreender que os quilombolas e demais comunidades tradicionais também buscam determinar seu próprio destino em igualdade de condições e de participar efetivamente do processo de tomada de decisão que os afeta.

O dever de realizar a consulta prévia, além de estar positivada na norma internacional, também está prevista na CRFB/88 quando trata dos casos de aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas (artigo 231 da Constituição), assim como, na legislação infraconstitucional, a exemplo dos casos de acesso a conhecimento tradicional (Lei 13.123, de 20 de maio de 2015).

Portanto, o dever de o Estado brasileiro consultar os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais tem base normativa tanto no direito internacional, assim como na legislação nacional. O Brasil editou normas que traz de forma expressa o dever de consultar os povos indígenas e estabelece que a competência para realizar essa consulta é do Congresso Nacional. Já com relação a consulta aos quilombolas e demais comunidades tradicionais, em específico, a CRFB/88 não tem nenhum dispositivo que determine expressamente a consulta. (FIGUEROA, 2009, p. 36).

Para tanto, é possível compreender que o dever de realizar a consulta está ligado ao direito a consulta e consentimento. Nesse sentido, verificamos que o direito de consulta, participação e consentimento não estão apenas positivados no artigo 6º da Convenção, mas também podem ser encontrados de forma expressa nos artigos 7º, 15, 16, 17, 22, 27 e 28. (DA SILVA, 2017).

O artigo 15 da Convenção reconhece aos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais o direito de posse e propriedade das terras por eles ocupadas e determina que cabe aos Estados o dever de proteger de forma especial “o direito dos povos indígenas e tribais aos recursos naturais existentes em suas terras. Esses direitos abrangem o direito desses povos de participarem da utilização, administração e conservação desses recursos.” (FIGUEROA, 2009, p. 38).

Daí, fica claro que o dever de consultar e o direito de CPLI vem do direito à autodeterminação e dos princípios correspondentes de democracia e soberania popular. O dever de consulta por parte dos Estados ou mesmo de uma empresa privada, vindo em algum momento este entendimento ser aceito, é uma consequência de um tanto outros direitos humanos, como o direito à integridade cultural, o direito à igualdade e o direito à propriedade, conforme previsto em diversos instrumentos normativos de proteção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais.

A partir desses fundamentos, já encontramos várias decisões judiciais que reconhecem e determinam a consulta prévia aos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais nos termos da Convenção nº 169 da OIT, assim como o dever dos Estados de realizarem a consulta:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE, NO ESTADO DO PARÁ. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (DECRETO LEGISLATIVO Nº. 788/2005) DESPROVIDA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C OS ARTS. 3º, ITEM 1, 4º, ITENS 1 E 2, 6º, ITEM 1, ALÍNEAS A,



B, E C, E 2; 7º, ITENS 1, 2 E 4; 13, ITEM 1; 14, ITEM 1; E 15, ITENS 1 E 2, DA CONVENÇÃO N.º. 169/OIT. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE.

(...)

IV – A Convenção Internacional 169/OIT, que dispõe sobre os povos indígenas e tribais, aprovada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, assim estabelece: “Artigo. 3º 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente convenção; Artigo 4º 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados; Art. 6º Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim; (...)

(ACÓRDÃO 00007098820064013903, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:27/08/2012 PÁGINA:316.) (grifos nossos)<sup>37</sup>

O julgamento que resultou no acórdão acima mencionado, reconheceu a falta da CPLI e que o Estado tem o dever em realizar a consulta disciplinada e garantida pela Convenção n.º 169 da OIT às comunidades indígenas afetadas. Trata-se de caso em que o Governo Federal do Brasil não realizou a consulta aos povos indígenas na construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no estado do Pará em uma área por onde passa o Rio Xingu e que habitam povos indígenas e ribeirinhos, ocorrendo violação de diversos dispositivos da Convenção.

Em suma, o dever dos Estados de realizar a consulta nos termos da Convenção n.º 169 da OIT busca encerrar um modelo histórico de exclusão e omissão do processo decisório para que os povos possam se desenvolver como comunidades distintas.

A omissão do Estado brasileiro em não cumprir o seu dever de realizar a CPLI, acarreta violação de vários direitos básicos, pois, além de não informar aos povos sobre a realização de determinadas decisões que os afetam diretamente, também impossibilita que os povos participem. Conseqüentemente, o resultado é o enfraquecimento da democracia que acaba por excluir suas minorias do processo democrático.

<sup>37</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1 Região. Agravo de instrumento n. 00025057020134013903. Relator: Desembargador federal Jirair Aram Meguerian. Sexta turma, DJF1: 19/12/2017. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200639030007118&pA=200639030007118&pN=7098820064013903>. Acesso em: 05 jul. 2022

Ainda, referente à construção da Usina de Belo Monte, na Bacia do Xingu, em 1 de abril de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH outorgou medidas cautelares a favor dos membros das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, no Pará, Brasil, entretanto a medida não foi cumprida pelo Estado brasileiro:

A CIDH solicitou ao Governo Brasileiro que suspenda imediatamente o processo de licenciamento do projeto da UHE de Belo Monte e impeça a realização de qualquer obra material de execução até que sejam observadas as seguintes condições mínimas: (1) realizar processos de consulta, em cumprimento das obrigações internacionais do Brasil, no sentido de que a consulta seja prévia, livre, informativa, de boa fé, culturalmente adequada, e com o objetivo de chegar a um acordo, em relação a cada uma das comunidades indígenas afetadas, beneficiárias das presentes medidas cautelares; (2) garantir, previamente a realização dos citados processos de consulta, para que a consulta seja informativa, que as comunidades indígenas beneficiárias tenham acesso a um Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto, em um formato acessível, incluindo a tradução aos idiomas indígenas respectivos; (3) adotar medidas para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros dos povos indígenas em isolamento voluntário da bacia do Xingú, e para prevenir a disseminação de doenças e epidemias entre as comunidades indígenas beneficiárias das medidas cautelares como consequência da construção da hidroelétrica Belo Monte, tanto daquelas doenças derivadas do aumento populacional massivo na zona, como da exacerbação dos vetores de transmissão aquática de doenças como a malária. (SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS/COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011)<sup>38</sup>.

As decisões do Poder Judiciário brasileiro, em relação aos direitos dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais estão alinhadas com as decisões da CIDH que reconheceu o direito à CPLI, bem como a obrigatoriedade ao estudo de impactos ambientais e sociais antes de qualquer tipo de atividade econômica potencialmente destrutiva em terras dos povos e comunidades tradicionais.

A Corte considera que o direito à identidade cultural é um direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades indígenas, que deve ser respeitado numa sociedade multicultural, pluralista e democrática. Isso implica a obrigação dos Estados de garantir aos povos indígenas que sejam devidamente consultados sobre assuntos que influenciam, ou podem influenciar, sua vida cultural e social, de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização. Nesse sentido, a Convenção nº 169 da OIT reconhece as aspirações dos povos indígenas de “assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”. No presente caso, não se questionou o fato de que a empresa afetou zonas de alto valor ambiental, cultural e de subsistência alimentar dos Sarayaku. Assim, em julho de 2003, a CGC destruiu, pelo menos, um sítio de especial importância na vida espiritual dos membros do Povo Sarayaku, no terreno do Yachak Cesar Vargas, a saber, o local denominado “Pingullu” (par.104 supra). Para os Sarayaku, a destruição de árvores sagradas por parte da empresa, como a árvore “Lispungo”, significou uma violação de sua cosmovisão e crenças culturais. Tampouco foi questionado que a entrada de helicópteros destruiu parte da denominada MontañaWichukachi, ou “saladero de loras” (par.105 supra), fazendo com que, na cosmovisão do Povo, os espíritos donos desse lugar sagrado fossem embora, ocasionando a esterilidade do lugar que, por sua vez, é associada pelos Sarayaku à esterilidade material do lugar e à fuga permanente dos animais dessa área até que a espiritualidade do lugar seja restaurada. Os trabalhos da petrolífera ocasionaram a suspensão, em alguns períodos,

---

<sup>38</sup>. Disponível em: < <https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>, acesso em 15 de julho de 2022.

de atos e cerimônias ancestrais culturais do Povo Sarayaku, tais como a Uyantsa, sua festa mais importante que acontece anualmente em fevereiro, o que afetou a harmonia e a espiritualidade da comunidade (SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS/CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012, pp. 72-73)<sup>39</sup>.

E ainda neste caso, a CIDH ressaltou:

O Tribunal recorda, nesse sentido, que os processos de participação e consulta prévia devem-se realizar de boa-fé, em todas as etapas preparatórias e de planejamento de qualquer projeto dessa natureza. Além disso, conforme as normas internacionais aplicáveis, nesses casos, o Estado deve garantir efetivamente que o plano, ou projeto, que envolva, ou possa potencialmente afetar o território ancestral, inclua a realização prévia de estudos integrais de impacto ambiental e social, por parte de entidades tecnicamente capacitadas e independentes, e com a participação ativa das comunidades indígenas envolvidas (SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS/CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 95).<sup>40</sup>

Portanto, as decisões aqui analisadas indicam o caminho para efetivar os direitos dos povos e comunidades tradicionais considerando sua diversidade.

### **3.5.2 Existe uma necessidade em regulamentar à consulta prévia?**

O Estado brasileiro já tentou por diversas vezes regulamentar o direito a Consulta Prévia, no entanto, até o momento não teve sucesso nessa empreitada. Aqueles que tem interesse em regulamentar o direito à CPLI tentam justificar que a edição de uma norma que discipline o procedimento de consulta é necessária para alcançar uma maior efetividade desse direito.

No entanto, uma regulamentação geral do procedimento de consulta vai na contramão dos princípios consagrados na Convenção nº 169 da OIT, que entende que a consulta tem que considerar as especificidades de cada povo. Dessa forma, a tentativa de regulamentação do processo de consulta por parte do Estado brasileiro se desenha como uma tentativa de limitação do direito de consulta e participação dos povos consagrados em normas internacionais de direitos humanos.

O descumprimento do direito de consulta é uma realidade vivenciada no dia a dia pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais do Brasil, o Governo argumenta que o descumprimento desse direito está ligado a falta de uma norma que estabeleça uma uniformização do procedimento de consulta positivado na Convenção nº 169 da OIT. No entanto, representantes dos povos, juristas e representantes do Ministério Público Federal,

<sup>39</sup>Disponível em: < [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf)>, acesso em 15 de julho de 2022.

<sup>40</sup> Disponível em: < [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf)>, acesso em 15 de julho de 2022

buscando superar essa ideia de regulamentação, para tanto já tinham se manifestado no sentido de que a Consulta e Participação tem aplicação imediata, ou seja, independe de regulamentação, uma vez que a Convenção nº 169 da OIT disciplina direitos fundamentais autoaplicáveis. (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, R., 2016, p. 14).

Vale destacar que a efetividade do direito à consulta prévia não está condicionada a regulamentação, sendo que existem outros meios capazes de garantir a sua efetividade, dentre esses exemplos, estão os protocolos autônomos de consulta elaborados pelos sujeitos de direito da Convenção, iniciativa adotada pelos povos e comunidades para dizer ao Estado como desejam serem consultados.

Dessa forma, é possível compreender que as propostas de regulamentação do direito de Consulta e Participação mostram o quanto os caminhos para efetividade desse direito estão além do cumprimento por parte do Governo do dever de consultar os sujeitos de direito da Convenção. Dado que, em boa parte das situações em que o direito de consulta tem que ser cumprido, as consultas realizadas acabam por não cumprir o quanto determinado nas normas internacionais de direitos humanos, não garantindo aos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais autonomia e poder de decisão. (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, R., 2016, p. 15).

Diante dos já consagrados princípios da Convenção nº 169 da OIT, não existe uma fórmula específica para consultar os sujeitos da Convenção que possa servir de modelo para aplicação em todos os países e em todas as circunstâncias. Nesse sentido, o artigo 34 da Convenção da OIT nº 169 afirma que: "a natureza e o alcance das medidas adotadas para dar efeito a esta Convenção serão determinados de forma flexível, levando em consideração as condições de cada país".

Ainda, podemos extrair do artigo 3º da Convenção nº 169 da OIT, o qual transcreve que “os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação”, o Estado brasileiro não pode por meio da edição de uma determinada norma restringir o processo de consulta estabelecendo requisitos que não é previsto na Convenção. (FIGUEROA, 2009, p. 38).

Desse modo, a manifestação dos povos por meio da elaboração dos Protocolos de Consulta Prévia, como instrumento de luta em defesa de seus direitos e interesses, considerando que os protocolos disciplina como deve ser realizada à consulta prévia, livre e informada, de modo que essa ocorra com respeito as suas diferentes formas de organização, instituições comunitárias e interesses os povos se mostra como o modo mais adequado para efetivar o direito de consulta e participação previsto na Convenção nº 169 da OIT.

#### **4 PROTOCOLOS AUTÔNOMOS DE CONSULTA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO, POLÍTICO, CULTURAL E PEDAGÓGICO**

Até aqui vimos que, com a conquista da CRFB/88, os grupos de minorias étnicas passaram a ter garantido constitucionalmente os seus direitos. A norma constitucional superou uma visão racista que recaía sobre os povos e comunidades tradicionais reconhecendo o direito desses grupos existirem enquanto grupo culturalmente diferenciado, o direito ao território quer seja, o direito de permanecer em seu lugar e, ainda o direito de recorrer diretamente ao Poder Judiciário para buscar efetivar seus direitos assegurados no texto constitucional.

Ainda, por sua vez, este ambiente constitucional foi fortalecido com a ratificação da Convenção nº 169 da OIT pelo Estado brasileiro que a partir de 2004 consolida, em favor dos povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais o direito à autodeterminação, a qual como já esclarecido pelo professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2019, p. 22) não se confunde com o direito de constituir-se como Estado, quanto o direito “de serem consultados sempre que qualquer medida, ato ou ação da sociedade hegemônica possa interferir no ser social ou sua territorialidade”.

Nesse aspecto, passados mais de três décadas da ratificação da Convenção nº 169 da OIT pelos Estados da América Latina a exemplo de Argentina, Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, Guatemala, Nicarágua, México e outros as questões étnico-raciais, territoriais, culturais, econômicas, políticas e jurídicas ganharam diversas interpretações e construções no campo acadêmico, jurídico, político e social que extrapolam o sistema normativo, ao mesmo tempo ocupa espaço nele tornando urgente o estudo dos desafios para implementação de normas produzidas pelos povos e comunidades tradicionais.

Assim, compreender o direito enquanto construção histórica, cultural, política, social e econômica, requer uma compreensão da existência de uma disputa política cotidiana que amplia o sentido do exercício da cidadania, assim como da produção normativa, sendo esta, a título de exemplo construída fora do sistema tradicional de elaboração de normas, pois, dentre vários aspectos, a Convenção nº 169 da OIT apresenta a necessidade de criação de mecanismos que efetivem a previsão da consulta prévia e garanta a participação dos povos e comunidades tradicionais.

Aqui, considerado não apenas um instrumento jurídico, os protocolos autônomos de consulta são percebidos enquanto um princípio norteador das relações dos Povos Indígenas e Tribais com os Estados conforme expresso no Artigo 6º da Convenção.

No entanto, o processo clássico de aprendizagem jurídica, acaba por dificultar a construção de normas jurídicas que possibilitem garantir direitos que não estejam dentro das formalidades do modelo liberal e iluminista de direito, passando em vez disso, exclui outras formas normativas, criadas fora dos espaços formais, ou que não sejam as emanadas pelo Estado. No entanto, uma outra “racionalidade jurídica” é fundamental para garantia dos direitos fundamentais dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. (WOLKMER, 2001).

Diante da omissão por parte do Estado para concretização dos direitos humanos no campo dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, dado que “embora amplamente garantido em dispositivos legais, o direito de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais à consulta e participação nas tomadas de decisões são sistematicamente negados em práticas políticas, administrativas e até judiciais do Estado brasileiro”. (ROJAS GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016, P. 57).

Diante dessa realidade os sujeitos de direito da Convenção por meio de uma atuação organizada, buscam assumir o papel de protagonistas das suas próprias narrativas e produção normativa com a proposição de instrumentos concretos como os protocolos autônomos de consulta, para a efetivação do direito de consulta e participação, assim como, superar uma lógica alienante promovida pela juridicidade do Estado moderno. Logo, os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais enquanto sujeitos de direito passam a exigir seu reconhecimento como diferente, passando o Estado a não ser mais a única fonte de produção do direito.

Aqui, o pluralismo jurídico se destaca como o espaço em que a juridicidade alternativa encontra um ambiente favorável para seu nascimento, expressando-se enquanto um choque entre as normatividades, possibilitando aos grupos etnicamente diferenciados a alternativa de se afirmarem enquanto sujeitos históricos, possibilitando o reconhecimento do seu direito à autodeterminação. (WOLKMER, 2001).

É por meio dos protocolos autônomo de consulta que os povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais do Brasil buscam ensinar a sociedade hegemônica como cada etnia decide suas questões fundamentais. O direito à consulta prévia previsto na Convenção nº 169 da OIT motivou a construção de protocolos por parte dos povos, dado que “os governos deverão consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (Convenção 169 OIT, art. 6º, 1, a).

Desse modo, todas as vezes que um projeto de lei ou um ato administrativo atingir um povo indígena, quilombola ou comunidades tradicionais, estes devem ser consultados previamente, ou seja, antes de o projeto ser se quer aprovado. É nesse cenário que os povos e comunidades tradicionais com objetivo de facilitar o diálogo com a sociedade envolvente passam a elaborar um manual de como a consulta prevista na Convenção nº 169 da OIT para ser adequada com os interesses desses povos tem que se desenvolver. (BRASIL, 2019)

Buscando superar a dificuldade de realizar a consulta diante da grande quantidade de etnias que o Brasil possui temos que “o protocolo, ao informar à sociedade hegemônica o processo de tomada de decisão de cada povo ou comunidade afetada, tem por objetivo o estabelecimento de um diálogo intercultural, fundamental para aplicação correta do direito à consulta prévia”. (BRASIL, p. 53 e 54, 2019). Aqui, partimos do pressuposto “que cada povo tem um direito próprio, compondo uma jusdiversidade que corresponde à sociodiversidade de povos autônomos e autodeterminados.” (SOUZA FILHO, 2021).

Carlos Marés de Souza Filho (2021) ao analisar a diversidade social e jurídica da América Latina e a relação com o mundo colonial, hegemônico, nos esclarece que:

Essa diversidade de sociedades gera uma diversidade jurídica, ou uma jusdiversidade. O reconhecimento destes sistemas diversos limitam os sistemas modernos, por isso cada país na América Latina o reconhece de forma diferente. Alguns buscam essa interrelação na constituição política, outros em normas infraconstitucionais ou mesmo em dispositivos estabelecidos por organismos internacionais, tratados, etc. Sempre com grande dificuldade de reconhecer a limitação de seu próprio direito estatal. (SOUZA FILHO, 2021, p. 20).

Dessa forma, os protocolos autônomos de consulta elaborados, discutidos e pactuados de forma autônoma pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais são instrumentos que dão visibilidade e detalha sua governança interna, materializando e traduzindo em regras concretas os princípios orientadores do direito de consulta prévia, que estabelecem a obrigatoriedade da adoção de procedimentos apropriados às circunstâncias e do respeito às instituições representativas de cada povo e/ou comunidade. Desse modo, com base na autodeterminação de cada povo, esses buscam por meio dos protocolos de consulta garantir a sua existência e respeito a autonomia em seu território, cabendo a sociedade hegemônica respeitar e obedecer a jusdiversidade existente.

Com base nos dados levantados pelo Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado<sup>41</sup> no Brasil, entre os anos de 2014 a 2022, o Estado brasileiro conta com 81 protocolos comunitários autônomos, sendo 39 protocolos dos

---

<sup>41</sup> <https://observatorio.direitosocioambiental.org/apelacao-civel-n-0002505-70-2013-4-01-3903/>

povos indígenas, 17 protocolos quilombolas, 21 protocolos dos demais povos e comunidades tradicionais e 04 protocolos da sociobiodiversidade (protocolos bioculturais).

Nesse contexto, o objetivo deste capítulo é apresentar os principais aspectos relacionados aos protocolos autônomos de consulta e como vêm se dando sua implementação no Brasil, abordando os casos específicos da mineradora Belo Sun Mineração e o povo Juruna no Pará e o da mineradora Potássio do Brasil Ltda e o povo Mura do Amazonas que reconheceram a validade jurídica dos protocolos autônomos de consulta.

Embora o Brasil tenha ratificado a Convenção sobre os povos indígenas e tribais, ainda tem dificuldades para efetivar o direito de consulta prévia, portanto, é fundamental discutir como o Estado brasileiro tem buscado implementar as normas jurídicas não convencionais produzidas pelas próprias comunidades, como os protocolos autônomos de consulta.

#### 4.1 RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS PROTOCOLOS AUTÔNOMOS DE CONSULTA

A aplicabilidade e a validade jurídica dos protocolos autônomos de consulta, quer seja, o dever do Estado de realizar consulta prévia com diferentes povos com base em seus protocolos, estão relacionadas a realidade jurídica de cada Estado. Assim, é oportuno questionar se e como os protocolos de consulta, enquanto normas não convencionais, têm sido efetivamente reconhecidos e aplicados no Brasil.

Demonstrar o nível de reconhecimento dos protocolos e como vêm se dando sua aplicação no Brasil, requer inicialmente tecer breves considerações sobre os conceitos de validade jurídica; eficácia jurídica; efetividade e legitimidade com o objetivo de potencializar a máxima garantia dos direitos fundamentais de consulta e participação dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, no sentido de compreender a existência, ou não, de procedimentos ou formalidades imprescindíveis para que os Protocolos Autônomos de Consulta sejam reconhecidos como um instrumento jurídico-normativo dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A norma jurídica válida, quer dizer a norma jurídica que tem força vinculante seria aquela que pertencesse ao sistema jurídico, estando nele posta. No entanto, aqui é preciso fazer uma ressalva, pois estamos discutindo uma norma que não foi produzida dentro das formalidades de produção de normas por parte do Estado.

A princípio o sistema jurídico tem por base uma inter-relação valorativa entre regras e princípios, os quais mantem uma vinculação jurídico-formal de caráter hierárquico superior e inferior, “especialmente considerando-se a relação entre as normas constitucionais e as normas



infraconstitucionais, além de uma vinculação jurídico-material entre os valores normativos superiores (princípios consagradores dos direitos fundamentais) e os demais conteúdos jurídico-normativos”. (COELHO, 2007).

(...)realidades sociais segregacionistas e discriminatórias continuam predominando mundo afora. Grandes camadas da população do mundo continuam carente de inserção qualitativa na sociedade.

Sendo o Direito um fenômeno político-social - embora predominante normativo e estatal - sua inserção no mundo acaba sendo atingida por essa realidade. Esse atingimento faz com que exista uma expectativa de que as instâncias jurídicas deem respostas às demandas da sociedade, especialmente para aqueles excluídos socialmente (DUPAS, 2000). Como as possibilidades de sucesso de tais respostas têm óbvias limitações (demandas ilimitadas versus recursos jurídicos e materiais limitados), verifica-se uma sensação latente de frustração da sociedade para com o mundo jurídico. Agregando-se isso à circunstância de que o universo normativo e operacional do Direito é construído através de opções políticas, as quais privilegiam interesses nem sempre direcionados à satisfação do bem coletivo, tem-se um panorama de crise do Direito contemporâneo.”. (COELHO, 2007).

A possibilidade da produção de normas fora dos espaços formais de produção do direito é uma realidade nos Estados que reconhecem a pluriculturalidade e multiétnica, o que requer uma reflexão mais cuidadosa acerca dos conceitos estabelecidos pela Teoria Geral do Direito. Portanto, um olhar dessas categorias à luz do direito produzido dentro das comunidades tradicionais, assim como do direito produzido fora dos espaços formais, pode nos levar a uma melhor compreensão de direito pluralista.

Os direitos humanos constitucionalizados se impoem como condições de validade material das demais normas jurídicas, como modelos axiológicos que atuam - ou devem atuar - como vínculos e limites jurídicos a toda a produção normativa (emendas constitucionais, leis, medidas provisórias, atos normativos administrativos, sentenças), a toda atividade de interpretação jurídica (estatal ou não estatal) e a toda atividade de aplicação do Direito (estatal ou não estatal). (COELHO, 2007).

Dentro de determinado ordenamento jurídico, para que uma norma seja considerada válida, é necessário que tenha sido produzida em consonância com outras normas do próprio sistema jurídico, posto que são essas normas que vão lhe garantir os fundamentos de validade. Aqui, Bobbio (1993) entende que “a validade jurídica de uma norma equivale ao existir daquela norma enquanto regra jurídica”. Está relacionado a existência, a norma é válida se existe como regra jurídica pertencente a um determinado sistema. (BOBBIO, 1993). Já Tércio Sampaio Ferraz Jr., diferente do conceito apresentado por Bobbio, embora com algumas semelhanças, sustenta que a validade constitui simplesmente um problema de pertinência, ou seja, “nada mais é do que uma qualidade de terem sido obedecidas as condições formais e materiais para a produção de normas e sua conseqüente integração no sistema”. (FERRAZ JR, 1994).

Já no pensamento de Kelsen, validade da norma se confunde com a sua própria existência dentro do ordenamento jurídico, aqui parte-se da ideia de que as normas estariam

organizadas em uma estrutura hierárquica. A “validade das normas (processo formal de fundamentação da validade) estaria vinculada a elas derivarem de outras normas superiores (no escalonamento hierárquico). De outra parte, a fundamentação de uma norma em outra, no seu conteúdo material, deve também seguir uma linha hierárquica”. (COELHO, 2007).

Por outro lado, “além de se analisar a validade formal, procedimento e competência de produção das normas, de qualquer norma jurídica, deve se analisar também a sua validade material, em sua adequação aos princípios e valores fundamentais da Constituição”. Aqui, validade formal está ligada à expressão vigência, já à validade material pura e simplesmente a expressão validade. (COELHO, 2007).

Percebe-se, portanto, que a validade dos protocolos autônomos de consulta enquanto norma jurídica válida, sem diferença das normas produzidas pelo Estado pode ser sustentada na teoria do Pluralismo Jurídico enquanto princípio fundamental da CRFB/88. O direito dito moderno precisa deixar de lado seu paradigma monista e caminhar no sentido de reconhecer fontes diretas dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais de forma igualitária, nesse sentido o direito a CPLI que decorre do direito à autodeterminação dos povos, presente no corpo jurídico internacional e nacional, são os alicerces que fundamentam o argumento jurídico de validade dos protocolos autônomos de consulta elaborados pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. (GIFFONI, 2020).

A norma jurídica em uma sociedade plural que respeita as diferenças não pode desconsiderar a cultura e a identidade dos povos etnicamente diferenciados como pressupostos de validade da norma jurídica. (GIFFONI, 2020).

Ao considerar o direito como "las normas para la vida social de una comunidade determinada" (Hoekema, 2002, p. 69), deixa clara a existência de outros direitos em um território jurisdicionado. O simples reconhecimento destes direitos não é, assim, suficiente, porque compete ao Estado dizer o direito e, como afirma o autor, acaba por ser reconhecido apenas um papel complementar do direito "consuetudinário", num pluralismo formal unitário (p.70). Para contrapor esta assimilação jurídica subalterna, propunha um pluralismo jurídico formal igualitário, no qual as normas da comunidade não fossem apenas complementar, mas que fossem reconhecidos "como parte integral del orden legal nacional" (Hoekema, 2002, p71), ainda quando não internalizados no sistema legal. (SOUZA FILHO, 2021).

De outra maneira, a validade da norma jurídica quando envolver grupos etnicamente diferenciados deve estar pautada em uma racionalidade ambiental que possibilite integrar princípios éticos, bases materiais, instrumentais técnicos e normativos, legitimando a integridade cultural dos Povos. Assim, deve a validade com base no pluralismo jurídico procurar um projeto jurídico emancipatório fundamentado em inferências decorrentes de circunstâncias históricas e de práticas reais, capaz de garantir a efetivação do direito fundamental a autodeterminação dos povos e comunidades tradicionais. (GIFFONI, 2020).

Por outro lado, a validade dos protocolos está sustentada em normas internacionais como a Convenção nº 169 da OIT, assim como em normas nacionais, em especial a CRFB/88, que garantem a consulta aos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Assim, a norma deve, portanto, estar conformada ao conteúdo técnico e valorativo de normas que lhe são hierarquicamente superiores, ao mesmo tempo que deve estar conformada ao conteúdo técnico e valorativo do conjunto de normas e princípios que compõem o sistema jurídico.

Decerto, a eficácia de uma ordem normativa, aqui a expressão eficácia é traduzida como eficácia jurídica, como aplicabilidade, por sua vez, consiste em que suas normas impõe uma conduta determinada, e efetivamente são observadas, e quando não cumpridas são aplicadas. (KELSEN, 1999). Em outras palavras, é a qualidade da norma no que diz respeito a produção concreta dos seus efeitos. Para Bobbio (1993), está relacionado a questão se a norma jurídica é ou não seguida pelas pessoas a que é dirigida, ou seja, os destinatários da norma querem dizer a sociedade a qual é dirigida e, quando da violação, por meios coercitivos por parte da autoridade competente seja feita valer seus comandos.

Os Protocolos Autônomos de Consulta são eficazes porque sua aplicação busca impedir opressão por parte do Estado ou particulares, apresentam regras a serem seguidas de modo que os direitos dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais sejam respeitados, os protocolos ditam regras para que a consulta seja realizada conforme os princípios estabelecidos na Convenção nº 169 da OIT. Assim, a consulta prévia só será adequada se seguir o quanto estabelecido nos Protocolos e, em caso de uma consulta que não esteja nos termos determinados na Convenção e disciplinada nos Protocolos, os sujeitos de direito da citada Convenção pode não dar seu consentimento em relação aos atos, leis ou empreendimentos que venham afetar seu território.

De outro lado, com relação a efetividade, é importante destacar que, para a construção da realidade jurídica efetiva, é necessária uma integração dos problemas axiológicos, históricos, econômicos e sociais, essenciais para a adequação do direito à realidade. (REALE, 1994)

Nesse sentido, temos a efetividade normativa como o grau de incidência de obediência à norma, no entanto é indispensável saber se está ou não sendo fielmente e constantemente seguida. É o passo para além do mundo jurídico, sendo a realização do direito no desempenho concreto de sua função social. Aqui, Luís Roberto Barroso (2003) nos alerta para a diferença técnica entre eficácia e efetividade da norma, sendo a primeira a aptidão para produzir seus efeitos, e a segunda, é a análise da real produção desses efeitos. (BARROSO, 2003).

Não há como negar os problemas da efetividade jurídica dos protocolos autônomos de consulta no Brasil, embora a Convenção nº 169 da OIT após ser incorporada à legislação

brasileira, tenha passado a integrar os “princípios e garantias da CRFB/88. A dificuldade em se efetivar os direitos dos grupos étnicos é percebida no dia a dia, não obstante que em 2008, a Central Única dos Trabalhadores (CUT) apresentou denúncia à OIT pela “inexistência de um mecanismo para efetividade da consulta prévia, livre e informada” no Brasil.

Na busca da efetivação deste direito, inúmeras foram as ações judiciais movidas pelos órgãos de defesa de direitos humanos, bem como instituições da sociedade civil buscando efetivar o direito à Consulta e ao Consentimento Prévio, Livre e Informado dos Povos Indígenas, Comunidades Quilombolas e Tradicionais (MOREIRA, E., 2014, p. 114).

Por outro lado, não é difícil entender que um dos problemas da efetividade jurídica dos protocolos autônomos de consulta elaborados pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais está no próprio conteúdo que fundamenta o Estado Nação, sua conexão com o sistema mundo/moderno colonial anulando a existência de outras culturas e sistemas jurídicos não derivados do sistema jurídico colonial. (GIFFONI, 2020).

Aqui, para reforçar os argumentos sobre a dificuldade da efetividade dos protocolos de consulta prévia, recorremos a Sérgio São Bernardo (2022) que ao abordar o tema sobre os mecanismos de resolução de conflitos de forma multidisciplinar diante dos desafios que o racismo estatal presente na trajetória jurídica do Estado brasileiro com negação, omissão e inferiorização dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, nos apresenta que historicamente as nossas humanidades foram tratadas de forma hierarquizada e, o direito, deste modo, acaba por reproduzir o “não-ser-negro” ou, em como a produção jurídica estatal brasileira mobiliza as imagens, representações e estigmas projetados sobre pessoas negras, indígenas e sobre outros grupos subalternizados. (SÃO BERNARDO, 2022).

No entanto, para que a iniciativa dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais em construir uma norma jurídica que busca regulamentar o seu direito fundamental em ser consultado e participar das tomadas de decisões, é necessário promover meios que nos possibilite explorar linguagens pluralistas do direito. (SÃO BERNARDO, 2022).

Da mesma forma que a efetividade dos protocolos autônomos de consulta, encontra uma resistência dentro do sistema jurídico brasileiro a legitimidade dos Protocolos também encontra resistência, para ser aplicado da forma estabelecida pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, dotados de poder enquanto exercício do seu direito de autodeterminação. (GIFFONI, 2020). A legitimidade do processo de consulta, conforme as regras estabelecidas nos protocolos, não se vincula a sua simples realização ou ao seu resultado, mas sim ao diálogo efetivo entre os governos e os povos consultados (FIGUEROA, 2009).

Os Protocolos se originam de uma vontade coletiva das comunidades, denominados de Protocolos autônomos/comunitários/próprios frutos da vontade unilateral das comunidades. Adotamos o entendimento, que somente os Protocolos autônomos/comunitários/próprios possuem validade e legitimidade estando em conformidade com a Convenção n. 169 e as demais normas de direito internacionais. Carlos Frederico Marés leciona que a finalidade dos Protocolos é estabelecer o modo que a comunidade ou povo tomará sua decisão, como formulará seu consentimento ao serem consultados. Trata-se de uma decisão interna, dizendo respeito somente ao povo, derivada de sua liberdade e autonomia (2019b, p. 34). (GIFFONI, 2020, p. 122).

A Legitimidade dos Protocolos Autônomos de Consulta elaborados pelos povos e comunidades tradicionais, enquanto norma jurídica, se sustenta nos critérios definidos por uma nova legitimação social e um novo diálogo intercultural, baseados em princípios comunitários. (GIFFONI, 2020).

os Protocolos de consulta possuem o reconhecimento de juridicidade, validade e legitimidade do Estado por meio da FCP. A Convenção n. 169 delegou aos povos Indígenas e Tribais (Quilombolas e Tradicionais) a capacidade de autodeterminarem-se, além de estabelecerem suas normas versando sobre a proteção de seu território e sobre o exercício do seu direito à participação através da Consulta. O reconhecimento dos instrumentos jurídicos Protocolos Comunitários pelo Estado ocorre em razão da identidade social por eles produzida. (GIFFONI, 2020, p. 226 e 227).

Desse modo, a validade de uma norma jurídica deve estar pautada em uma racionalidade plural que possibilite a integração de princípios éticos, bases materiais, instrumentais técnicos e normativos, legitimando a integridade cultural dos grupos étnicos. Sendo assim, a legalidade dos protocolos autônomos de Consulta pautado no pluralismo jurídico, tem como propósito um projeto jurídico emancipatório capaz de garantir a efetivação do direito fundamental a autodeterminação em conjunto com os direitos territoriais, culturais, de participação política dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

O reconhecimento da validade dos Protocolos, além de ter como fundamento a Convenção n° 169 da OIT, também está fundamentado juridicamente no pluralismo jurídico (GIFFONI, 2020) e na mobilização social de caráter participativo e horizontalizado (COSTA, 2019) que ocorre no processo de elaboração dos protocolos autônomos de consulta envolvendo uma rede colaborativa de grupos éticos, organizações internacionais de defesa dos direitos humanos, Ministério Público Federal, Defensorias Públicas dos estados e União, ONGs, estudantes e pesquisadores.

Por sua vez, o reconhecimento jurídico dos protocolos autônomos de consulta encontra respaldo tanto nas normativas que compõem o sistema internacional de direitos humanos como a Convenção n° 169 da OIT, Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI) e Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, como em normativas nacionais como a CRFB/88 e normas infralegais.

Assim, reconhecer a validade jurídica dos protocolos autônomos de consulta e seu caráter vinculante para os processos de consulta prévia é disposição de boa-fé no diálogo dos Estados com os povos, o que representa um avanço, mas a omissão estatal nos procedimentos de consulta se revela uma sistemática violação a CPLI (JOCA et al, 2021).

Contudo, diante de um cenário em que o reconhecimento dos protocolos como norma jurídica, ainda é muito tímido, efetivamente, a força jurídica dos protocolos com capacidade de vincular o Estado, até o presente momento, tem vindo do resultado das judicializações do direito à consulta prévia. Desse modo, embora a Convenção nº 169 da OIT tenha trazido os fundamentos para o reconhecimento jurídico e a força vinculante dos protocolos de consulta, no Brasil, em regra, a força jurídica dos protocolos tem sido garantida por decisões judiciais.

#### 4.2 PROTOCOLOS AUTÔNOMOS DE CONSULTA E OS DESAFIOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO

Demonstrado os argumentos teóricos e as bases normativas que sustentam os protocolos autônomos de consulta como um instrumento jurídico válido, torna imprescindível questionar se e como os protocolos enquanto normas jurídicas não convencionais têm sido efetivamente aplicados no Brasil.

Mesmo a consulta prévia reconhecida como um direito fundamental e de respeito à dignidade da pessoa humana, o Estado brasileiro não tem buscado atender as demandas dos sujeitos da Convenção nº 169 da OIT quando da elaboração de medidas administrativas e legislativas passíveis de afetá-los. Pelo contrário, quando não é omissivo, tem uma atuação que tenta descaracterizar a consulta prévia prevista na Convenção nº 169 da OIT com a imposição de outros instrumentos de consulta que não suprem as necessidades e não são adequados à realidade dos povos e comunidades tradicionais.

Nesse aspecto, o exercício pleno do direito de consulta e participação dos povos e comunidades tradicionais fica comprometido, porque as propostas apresentadas pelo Estado são de processos de consulta que só atendem o próprio interesse do Estado, as alternativas apresentadas por parte do Estado são incompatíveis com o que propõe a Convenção, não garantem espaço para o diálogo intercultural, onde os povos irão escutar e serem escutados.

Aqui pode-se entender que, a tentativa por parte do Estado de propor modos alternativos pelos quais a consulta deverá ser realizada tende a afastar a autonomia e a própria relação de proporcionalidade entre as propostas e os interesses próprios das comunidades (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016), uma vez que afasta, sobretudo, o caráter apropriado da medida,

estabelecida na Convenção nº 169 da OIT de modo a não levar em consideração as especificidades e a complexidade de seus sujeitos.

Esses sujeitos enquanto grupo minoritário, são os verdadeiros portadores do que podemos compreender como nova cultura política e jurídica, que busca não só uma simples reivindicação, mas participação nas decisões políticas do Estado, ajudando dessa forma na construção de uma democracia real, em outras palavras, buscam que o Estado garanta formas comunitárias e participativas para o exercício efetivo das cidadanias plurais (WOLKMER, 2001).

É nesse contexto que os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais resistem e vem criando protocolo autônomos de consulta para que o Estado possa cumprir com o quanto determinado na Convenção nº 169 da OIT. Portanto, merecem um olhar especial as alternativas apresentadas pelos povos e comunidades tradicionais que viabilizem e mostre a sua força política, cultural e social interna, formalizada atualmente através dos protocolos autônomos de consulta.

Aqui, o professor Sérgio São Bernardo (2022) ao pesquisar sobre as bases epistemológicas que permitam sugerir que o direito que venha da cultura africana e indígena tenha sua aplicabilidade não só dentro das comunidades, mas também fora dessas comunidades, sustenta uma possibilidade de impulsionarmos um comando intercultural com base na filosofia do direito que permita explorar linguagens plurais do direito.

De fato, a garantia dos direitos fundamentais dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, exigem um novo olhar no mundo do direito, o modelo clássico da legalidade positiva, posto por meio das fontes estatais de criação do direito, já não é mais suficiente em relação ao seu objeto e com as fontes de produção do direito em um Estado que se reconhece como plural (WOLKMER, 2003).

Por sua vez, o pensamento pluralista busca promover e alargar a participação dos grupos étnicos minoritários, os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais do Brasil, ainda enfrentam grandes obstáculos na busca pela implementação de normas não convencionais como os protocolos autônomos de consulta pelos agentes do Estado, restando aos povos recorrer ao Poder Judiciário para que as regras estabelecidas nos protocolos sejam seguidas.

Com relação a implementação dos protocolos, percebe-se que os protocolos têm encontrado obstáculos e desafios jurídico-políticos, visto que o Estado ainda não está entendendo o que vem a ser a “jusdiversidade”, buscando dessa forma realizar a consulta de forma que não é adequada para os povos e comunidades tradicionais.

O primeiro desafio crítico que merece destaque é a necessidade de os Estados e de terceiros reconhecerem e respeitarem os Protocolos Autônomos. Sua simples publicação não garante o reconhecimento, compreensão e respeito dos protocolos por atores externos ou pela sociedade em geral. É necessário envolver os governos e terceiros para que se questionem sobre a existência desses protocolos e a fim de entender seu conteúdo em permanente diálogo com os povos indígenas e tribais. (JOCA, et al, p. 163, 2021).

Dentre os obstáculos e desafios jurídico-políticos encontrados para aplicar os protocolos, temos o basilar reconhecimento do dever de consultar por parte do Estado, assim como, o efetivo cumprimento do dever estatal de realizar a consulta, visto que, na prática mesmo tendo uma decisão judicial que determina a realização da consulta com base no protocolo, o processo de consulta não corre de forma adequada a realidade dos povos e comunidades tradicionais. (JOCA, 2020).

Diante disso, os grupos étnicos do Brasil reconhecidos como sujeitos da Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, tem se organizado em defesa dos seus direitos, que constantemente são violados por conta de um modelo social capitalista, assim:

a exigência de um alargamento da esfera “social” e do “político” através dos movimentos sociais, projetados como atores da ação coletiva que rompem com as fronteiras e as possibilidades do sistema. Destarte, a implementação das necessidades humanas fundamentais, afirmadas através de direitos e reivindicadas por esses agentes históricos, constituem-se em fatores possíveis de transpor as condições desumanizadoras de uma sociedade do tipo capitalista (WOLKMER, 2001, p. 128-129).

Decerto, com base no pluralismo jurídico, o Estado deve buscar e legitimar outras formas normativas que não só as produzidas nos espaços formais pelo próprio Estado, mas as produzida fora desses espaços formais, com base nas experiências da própria comunidade. Esse direito produzido fora dos espaços formais, regulamentam “as carências e as necessidades dos novos sujeitos sociais captando formas de representações legais das sociedades emergentes, advindas de processos de conflitos derivados das estruturas sociais e políticas pautadas no modelo de sociedade que reproduz relações desiguais e raciais”. (GIFFONI, 2020, p. 128).

O Pluralismo Jurídico manifestado nos Protocolos representa a expressão comunitária e legítima do poder e da participação de novas sociabilidades. O poder e a participação comunitária assumem a posição jurídica de pressupostos de validade na construção dos Protocolos fruto de uma construção comunitária, participativa, intersetorial, expressão das diversas identidades Quilombolas. Essas normas originam-se das carências e necessidades vivenciadas pelos sujeitos coletivos sendo capazes de absorver as representações legais das sociedades emergentes, onde as estruturas de igualdade são precárias e os espaços de conflitos estão espalhados por toda a sociedade. (GIFFONI, 2020, p. 131).

Aqui, a discussão em relação a criação e aplicação dos protocolos autônomos de consulta se coloca em frente do exaurimento do paradigma hegemônico da Ciência Jurídica tradicional, neste sentido reconhecer uma opção de um sistema jurídico fundamentado “na



experiência histórica e na prática cotidiana concreta de um pluralismo jurídico de teor comunitário-participativo” que permitir avançarmos para um novo Direito (WOLKMER, 2001, p. 233).

Assim, com base nas normas que sustentam a validade jurídica dos protocolos, o Brasil já temos decisões judiciais que reconheceu a aplicabilidade jurídica dos protocolos autônomos de consulta, bem como o Poder Executivo já tem sinalizado para observância dos protocolos e do seu caráter vinculante quando da realização da CPLI, como exemplo temos a Portaria SEMA n° 76 no Estado do Maranhão (Sema, 2019) e da Instrução Normativa n. 07, de 05 de novembro de 2020, do Instituto Água e Terra, do estado do Paraná (IAT, 2020). (JOCA, et al, 2021).

Ainda, a resolução n° 44 de 10 de dezembro de 2020 do Conselho Nacional dos Direitos Humanos – CNDH que trata sobre princípios, diretrizes e recomendações para a garantia dos direitos humanos dos povos indígenas isolados e de recente contato, de forma expressa traz uma recomendação que busca implementar os protocolos, nessa oportunidade o CNDH em sua 14ª Reunião Extraordinária positiva que os protocolos autônomos de consulta elaborados pelos próprios povos e comunidades tradicionais são instrumentos jurídicos válidos e vinculantes:

Art. 14 Em relação às terras indígenas compartilhadas por diferentes povos indígenas e por povos indígenas isolados, devem ser considerados como instrumentos jurídicos válidos e vinculantes, norteadores das diretrizes para o processo de consulta, os protocolos elaborados pelos próprios povos (protocolos comunitários autônomos de consulta) sendo recomendável que contemplem a vulnerabilidade dos povos isolados e, como referido no artigo anterior, o não consentimento para medidas e ações que os afetem negativamente<sup>42</sup>.

Também nesse sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público, em 8 de junho de 2021 publicou a Resolução n° 230, que disciplina a atuação do Ministério Público brasileiro em matérias que envolvam os povos e comunidades tradicionais, em conformidade com a legislação internacional sobre a matéria, com a CRFB/88. A resolução propõe a necessidade de observância dos protocolos de consulta elaborados pelos próprios povos e comunidades tradicionais:

Art. 5° O Ministério Público deve viabilizar a observância do direito à participação dos povos e comunidades tradicionais e a necessidade de consideração efetiva dos seus pontos de vista em medidas que os afetem.

§ 1° A diretriz fundamental de participação consiste na garantia do direito à consulta prévia, livre e informada aos povos interessados nos casos específicos em que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

§ 2° A ausência de consulta prévia enseja a nulidade de processos e procedimentos, cabendo ao Ministério Público zelar pela sua observância, por meio do respeito aos protocolos de consulta elaborados pelos grupos e pela cobrança de sua aplicação junto ao poder público.

---

<sup>42</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/resolucao-n-44-de-10-de-dezembro-de-2020-2>

Na mesma linha, temos a resolução nº 454 de 22 de abril de 2022 do CNJ que estabelece diretrizes e procedimentos para efetivar a garantia do direito ao acesso ao Judiciário de pessoas e povos indígenas:

Art. 12. Dar-se-á preferência à forma pessoal para as citações de indígenas, suas comunidades ou organizações. (...)

§ 2º A comunicação será realizada por meio de diálogo interétnico e intercultural, de forma a assegurar a efetiva compreensão, pelo povo ou comunidade, do conteúdo e consequências da comunicação processual e, na medida do possível, observar-se-ão os protocolos de consulta estabelecidos com o povo ou comunidade a ser citado, que sejam de conhecimento do juízo ou estejam disponíveis para consulta na rede mundial de computadores.

Portanto, os protocolos autônomos de consulta são dotados de força jurídica, ao passo que apresentam condições para realização de um diálogo “culturalmente adequado” nos termos da Convenção nº 169 da OIT. Os protocolos se justificam com o exercício da livre determinação e o direito de os povos serem consultados em conformidade com suas organizações, instituições e tradições próprias.

Diante disso, a aplicabilidade e a juridicidade dos protocolos autônomos de consulta, ou seja, o dever do Estado em realizar consultas com cada povo com base em seus protocolos, tem ligação com o sistema jurídico de cada Estado. Em vista disso, do ângulo jurídico, o reconhecimento, assim como o respeito aos protocolos por parte dos Estados nacionais pode ser mais ou menos consolidado, dependendo se o Estado adotou ou não a Convenção nº 169 da OIT, ou se apoia o sistema de implementação interna da DNUDPI, ou ainda se possui um quadro jurídico interno favorável à implementação da CPLI e ao reconhecimento da autodeterminação dos povos. (JOCA, et al, 2021).

Por conseguinte, o atual nível de implementação dos protocolos autônomos de consulta no Brasil ainda não é expressivo, tendo os povos que recorrer ao Poder Judiciário:

sob a perspectiva do reconhecimento formal pelo Estado brasileiro, até o presente momento, não há uma decisão judicial de repercussão geral, ou uma recomendação geral por parte do poder executivo federal, ou ainda uma legislação nacional reconhecendo a aplicabilidade dos protocolos como meio adequado para a realização da consulta e determinando a aplicação destes em quaisquer procedimentos de consulta. (JOCA, 2020).

No entanto, para se reivindicar a aplicabilidade dos protocolos no Brasil, não é necessário esse modelo de reconhecimento geral, não deixando de levar em conta a importância de uma decisão ou mesmo uma lei que afirmasse o dever de cumprir as regras dos protocolos. Por outro lado, compreende-se que já há bases para o efetivo reconhecimento e aplicabilidade jurídica dos protocolos no Brasil com base em normas constitucionais e previstas na Convenção nº 169 da OIT. (JOCA, 2020).

Nesse contexto, diante de diversas lutas para efetividade do direito a consulta e participação, previsto na norma internacional de proteção aos direitos humanos dos povos e comunidades tradicionais, o Poder Judiciário brasileiro, depois de muito a ser provocado já vem reconhecendo a obrigatoriedade da realização da consulta e participação conforme disciplinado nos protocolos de consulta elaborados pelos povos e comunidades tradicionais.

No caso do Brasil, os Protocolos de Consulta têm sido reconhecidos principalmente pelo Judiciário, que admite a necessidade de aplicar protocolos para certificar a validade de processos de consulta livres, prévios, informados e de boa-fé. (JOCA, et al, p. 164, 2021).

Dessa forma, o sistema jurídico brasileiro caminha para um reconhecimento real tanto no campo judicial como no campo extrajudicial, “necessário para diminuir as violações sistemáticas aos direitos dos povos e comunidades tradicionais bem como a resistência do poder público e empreendimentos privados, de ouvirem as minorias envolvidas, principalmente em grandes projetos”. (PEREIRA, 2021, P. 56).

(...) a efetiva implementação dos protocolos no Brasil ainda é um processo novo. Em verdade, ainda não se tem registros de um só processo de consulta que tenha sido finalizado a partir da aplicação de Protocolos de Consulta. Sabe-se, contudo, que os protocolos têm sido bem utilizados a fim de demandar consultas significativas e culturalmente adequadas – como exemplos o caso do povo Munduruku (MONTAMBEAULT; SILVA; JOCA, 2019; OLIVEIRA, 2019) e dos povos indígenas do Oiapoque (LEWKOWICZ, 2020) – e que existem consultas com base em Protocolos Autônomos que estão em andamento. (JOCA ET AL., p. 155, 2021).

Portanto, com relação à aplicabilidade jurídico-política dos protocolos, verifica-se que algumas decisões judiciais e administrativas têm caminhado, embora em um nível ainda incipiente de reconhecimento por parte do Estado acerca da aplicabilidade dos protocolos autônomos de consulta. Todavia, ainda que essas decisões sejam em casos concretos, os exemplos de reconhecimento desses instrumentos têm aumentado consideravelmente. Inicialmente os protocolos eram somente citados como iniciativas inovadoras e estratégicas para exigir do Estado o cumprimento do dever de consultar, agora já percebemos consultas em andamento ou em vias de iniciar-se a partir da aplicação desses protocolos. Desse modo, não só o reconhecimento, mas aplicação efetiva dos protocolos vem alcançando níveis mais amplos. (JOCA, 2020).

Nesse sentido, o Brasil por meio das decisões do Poder Judiciário tem, não só reconhecido a força jurídica e vinculante de normas não convencionais como os protocolos autônomos de consulta, mas, buscado garantir a implementação dessas normas, como exemplo podemos citar o protocolo autônomo de consulta elaborado pelo povo Juruna que foi fundamental para suspender o licenciamento ambiental de Belo Sun, um enorme projeto de exploração de ouro controlado por uma mineradora canadense, que seria localizado na Volta

Grande do Xingu. Na próxima seção, vamos buscar analisar com mais detalhes esse caso em que o protocolo foi reconhecido como a lei a ser aplicado no processo de consulta prévia.

#### 4.3 ANÁLISE DE CASOS DESTACADOS SOBRE O PODER VINCULANTE DOS PROTOCOLOS AUTÔNOMOS DE CONSULTA

É oportuno destacar que a CIDH por meio de sua jurisprudência contempla o direito a consulta e participação como um princípio geral do direito internacional.

Buscando compreender as bases teóricas e normativas que sustentam a validade jurídica dos protocolos autônomos de consulta prévia, é necessária uma análise de como essas leis internas produzidas fora dos espaços formais de produção de normas estão sendo reconhecidas nos tribunais brasileiros, partindo do entendimento que as decisões judiciais são a interpretação da lei baseado em um caso concreto.

A produção de normas fora dos espaços formais de produção de normas pelos povos e comunidades tradicionais, torna urgente compreender quais são as bases teórica e normativas dentro do ordenamento jurídico brasileiro que validam as leis internas produzidas pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais do Brasil.

O objetivo da análise é discutir como a o Poder Judiciário brasileiro por meio de suas decisões avançou para seu atual entendimento em implementar normas não convencionais tais como os protocolos autônomos de consulta, na busca de efetivar o direito fundamental de CPLI. Para tanto, tomamos como base dois casos que reconheceram a validade jurídica e a força vinculante dos protocolos autônomos de consulta, o caso da mineradora Belo Sun e o povo Juruna no Pará e o caso da mineradora Potássio do Brasil Ltda e o povo Mura do Amazonas.

A escolha dos casos aqui trabalhados, se deu levando em conta decisões judiciais que inovaram e foram além da simplesmente determinação para que o direito à CPLI fosse garantido com base na Convenção nº 169 da OIT, mas buscou-se por decisões que determinou que o direito a CPLI seja cumprido respeitando o art. 6º da mencionada Convenção à luz dos Protocolos Autônomos de Consulta Prévia elaborados pelos próprios sujeitos da Convenção. O caso da mineradora Belo Sun Mineração e o povo Juruna no Pará, foi especialmente selecionado por trata-se do primeiro caso em que uma decisão expressamente reconheceu a força jurídica de um protocolo autônomo de consulta prévia elaborado pelos próprios povos.

Tratamos logo de esclarecer que não temos o objetivo de exaurir todas as decisões judiciais que validam e reconhecem o força jurídica dos Protocolos de Consulta Prévia elaborados diretamente pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Os dois casos selecionados foram tema da roda de conversa “Jurisprudência sobre Protocolos

Autônomos de Consulta: entre avanços e desafios” promovido pela Rede de Cooperação Amazônica (RCA) juntamente com o Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre Prévio e Informado e o Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS)<sup>43</sup>.

O critério de escolha das decisões aqui analisadas considerou os avanços da jurisprudência nacional no reconhecimento da validade jurídica dos Protocolos Autônomos de Consulta Prévia elaborados pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, as decisões a serem analisadas expressamente reconheceram os Protocolos como a lei que deve vigorar para que possa efetivar a CPLI, condicionando que a consulta seja realizada nos termos estabelecidos nos protocolos, ou seja, vinculando o Estado que tem o dever de realizar a consulta as regras estabelecidas nos protocolos.

A busca pelo teor das decisões ocorreu no endereço eletrônico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), informando o número do processo no campo de consulta pública nos meses de dezembro de 2022 a janeiro de 2023, chegamos ao conhecimento desses julgados por meio dos estudos do grupo “Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre Prévio e Informado<sup>44</sup>”, sobre decisões judiciais envolvendo o direito a Consulta Prévia que validaram os Protocolos Autônomos de Consulta Prévia. No site do Observatório de Protocolos encontramos várias decisões envolvendo a matéria aqui abordada, o grupo de estudos do Observatório se dividiu em vários sub-grupos, um desses se dedica aos estudos das jurisprudências que tratam do Direito a Consulta Prévia previsto na Convenção nº 169 da OIT que validaram os Protocolos Autônomos de Consulta Prévia construídos pelos povos.

A análise dos casos a seguir se deu pela leitura e análise em meio eletrônico das decisões proferidas pelo TRF1, consultas a petições e relatórios disponíveis no site do MPF, pesquisa de documentos, informações públicas das empresas envolvidas, parecer, legislação e disponíveis em meios eletrônicos.

#### **4.3.1 O caso da mineradora Belo Sun Mineração e o povo Juruna no Pará: Apelação cível n. 0002505-70.2013.4.01.3903/PA**

Explorando o contexto que deu origem a demanda, verificamos que a mineradora conhecida como Belo Sun Mineração Ltda, subsidiária da canadense Belo Sun Mining Corp buscava iniciar o projeto anunciado como a maior mina de ouro a céu aberto do Estado

---

<sup>43</sup> Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=Lk8McNyZk2E&t=6117s>

<sup>44</sup> <https://observatorio.direitosocioambiental.org/apelacao-civel-n-0002505-70-2013-4-01-3903/>

brasileiro. O objetivo do empreendimento era formar uma barragem de rejeitos de 35 milhões de metros cúbicos. No entanto na área da instalação da mina era fácil encontrar arsênio, antimônio, chumbo, cobre e enxofre. Ainda, para executar o projeto a empresa previa a utilização de produtos nocivos, tais como o cianeto, além do depósito de rejeitos às margens do rio Xingu, bem como da abertura de vila de trabalhadores, reassentamento dos atingidos e estradas. (BRASIL, 2019)

No entanto, a região da Volta Grande do Xingu no Pará é habitada por povos indígenas e comunidades tradicionais como pescadores, ribeirinhos e assentados da reforma agrária, os quais dependem da biodiversidade e do ciclo sazonal do rio Xingu para sua sobrevivência e manutenção do seu modo de vida.

Diante desse cenário, o Ministério Público Federal buscando assegurar os direitos dos povos indígenas e demais comunidades tradicionais localizados na região de instalação do empreendimento, amparado na CRFB/88 e Convenção nº 169 da OIT, ingressou com uma Ação Civil Pública na Justiça Federal de Altamira Pará, buscando suspender a Licença Prévia concedida ao empreendimento, ou com pedido alternativo que caso a licença prévia já tenha sido expedida que seja anulada e, ainda, que o licenciamento ambiental do empreendimento seja condicionando à elaboração prévia, pela Belo Sun Mineração, do Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental do Projeto Volta Grande de Mineração contemplando o componente indígena<sup>45</sup>.

Ao apreciar a demanda proposta pelo MPF, o Juiz de primeiro grau da Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira no Pará, julgou procedente a ação entendendo que para assegurar a efetividade do meio ambiente ecologicamente equilibrado conforme prevê a CRFB/88, estudo prévio de impacto ambiental é indispensável.

“o Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental do Projeto Volta Grande de Mineração devem contemplar, além das influências sobre o meio físico, o componente indígena, integrante das influências sobre o meio socioeconômico, porquanto é inconteste que muito possivelmente o empreendimento em apreço, em sinergia com as atividades relativas à UHE de Belo Monte, acarretará impactos negativos severos às comunidades indígenas (possível dano socioambiental) situadas no entorno da obra”<sup>46</sup>

No entanto, a Belo Sun Mineração e o Estado do Para inconformados com a decisão de primeiro grau entraram com recurso de apelação, ao apreciar o referido recurso, o Tribunal

---

45

<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00025057020134013903&pA=&pN=25057020134013903>

46

<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00025057020134013903&pA=&pN=25057020134013903>

Regional Federal da 1º Região por unanimidade, em segunda instância, reconheceu que o protocolo de consulta prévia é a lei que deve vigorar para que o direito a consulta prévia da Convenção nº 169 da OIT possa ser efetivado. Na decisão podemos observar que o TRF1 reconheceu que o estado do Pará tem o dever de consultar o Povo Juruna nos termos da Convenção, assim como, reconhece a força vinculante do Protocolo elaborado pelas comunidades indígenas Juruna e Arara da Volta Grande do Xingu.

Desse modo, frente a realidade dos fatos aqui resumido, a 6ª turma, considerando o vício essencial na condução do licenciamento pelo órgão estadual, por haver impacto nas terras indígenas, no rio Xingu e nos assentamentos de Reforma Agrária, reconheceu que esses fatos impactam diretamente os povos indígenas e comunidades tradicionais situados na área da construção da mina, assim, o TRF1 decidiu por manter suspenso por tempo indefinido o licenciamento da mineradora canadense Belo Sun ordenando a realização da CPLI aos povos indígenas afetados pela construção da mina, nos moldes do protocolo de consulta prévia elaborado pelas comunidades indígenas Juruna e Arara da Volta Grande do Xingu.

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINERAÇÃO. PROJETO VOLTAGRANDE DO XINGU DE MINERAÇÃO. IMPACTO EM TERRA INDÍGENA. EXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO LICENCIADOR ESTADUAL. ESTUDO DO COMPONENTE INDÍGENA - ECI. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO. DISCUSSÃO QUANTO AO MOMENTO:

ANTES DA LICENÇA PRÉVIA OU NO DECORRER DA MESMA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE

ATIVA DO MPF E DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR, AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DOS ASSISTENTES LITISCONSORCIAIS E NULIDADE DA SENTENÇA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE AFASTADAS. MÉRITO. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. EMISSÃO DE LICENÇA PRÉVIA SEM O ECI. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPACTO. EMISSÃO DA LICENÇA DE INSTALAÇÃO SEM O ECI. IMPOSSIBILIDADE. ESTUDO DE COMPONENTE INDÍGENA REALIZADO A PARTIR DE DADOS SECUNDÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSULTA LIVRE E MOTIVADA DOS INDÍGENAS AFETADOS. NECESSIDADE. VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA CONVENÇÃO

n. 169 DA OIT. ALEGADA OMISSÃO DA FUNAI A IMPOSSIBILITAR A ELABORAÇÃO DO ECI. NECESSIDADE DE DISCUSSÃO EM AUTOS DISTINTOS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

[...]

VI - Nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, "o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei". No plano internacional, por seu turno, tem-se a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19/04/2004, cujos arts. 6º, 7º e 15 dispõem, em síntese, acerca da obrigatoriedade de consulta dos povos indígenas na hipótese de realização de projetos de exploração dos recursos existentes em suas terras.

[...]

IX - A alegação, versada em petição incidental, no sentido de que a primeira apelante já teria apresentado o ECI exigido pela FUNAI e pelo Ministério Público Federal não conduz à conclusão, no caso concreto, de que possível a continuidade do licenciamento ambiental, restaurando-se os efeitos da licença de instalação suspensa nos autos de agravos de instrumento interpostos contra decisão que recebera, apenas no efeito devolutivo, os recursos de apelação interpostos pelas rés. Isso porque o ECI apresentado, conforme reconhece a primeira apelante, não se reveste dos requisitos necessários de validade, notadamente diante do fato de que foi elaborado a partir de dados secundários. Considerar o teor do ECI, ignorando a afirmação de que elaborado a partir de dados secundários, é contrariar o disposto na Constituição Federal e na Convenção n. 169 da OIT, que estabelecem expressamente a necessidade de manifestação da comunidade indígena atingida.

X - Não modifica o entendimento acerca da imprestabilidade do ECI apresentado com base em dados secundários a alegação de que, após diversos contatos realizados com a FUNAI para que fosse agendada a apresentação do empreendimento aos indígenas das TIs Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu para a realização dos trabalhos de campo do ECI dentro dessas áreas, não foi possível sua realização, sendo que a autarquia não teria apresentado nova data para a retomada dos estudos. Isso porque a primeira apelante dispõe dos meios judiciais cabíveis para sanar a omissão da FUNAI no que se refere à definição das datas para a retomada dos estudos relacionados ao ECI. O que não lhe é permitido é que, diante da alegada omissão do órgão indigenista, o que deve ser apurado em ação própria, apresente estudo que não possui validade frente ao que determinam a Constituição Federal e a Convenção n. 169 da OIT. Não bastasse isso, as demais questões levantadas pela FUNAI, quanto à não observância do termo de referência para a elaboração do ECI, constantes de ofício cuja cópia fora juntada aos autos, também devem ser objeto de ação própria. É que a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal diz respeito tão somente à validade do procedimento de licenciamento ambiental sem a prévia elaboração do ECI aprovado pela FUNAI, sendo que qualquer questão relacionada ao próprio estudo não pode ser objeto do presente feito, sob pena de indevido alargamento do objeto da demanda.

XI - A elaboração do ECI não afasta a necessidade de consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas, na forma da Convenção n. 169 da OIT, já que são institutos que não se confundem entre si, conforme precedente de Relatoria do eminente Desembargador Souza Prudente, que afastou a alegação de litispendência entre ações que possuíam as mesmas partes, porém causas de pedir distintas (AC 0005891- 81.2012.4.01.3600/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1111 de 29/10/2013). Nada obsta, contudo, na esteira do entendimento ora firmado, e considerando o transcurso do lapso de tempo decorrido desde a decisão, proferida em sede de agravos de instrumento, que autorizou a emissão da licença prévia ao empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, que se mantenha a validade da referida licença, porém suspenda-se o curso do licenciamento ambiental, enquanto não satisfeitos os requisitos necessários. XII - Reforma parcial da sentença, apenas para afastar a anulação da licença prévia do empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, restando a emissão da licença de instalação condicionada à elaboração do ECI a partir de dados primários, na forma exigida pela FUNAI, bem como à consulta livre e informada dos indígenas afetados, em conformidade com o protocolo de consulta respectivo, se houver, em atenção ao que dispõe a Convenção n. 169 da OIT. Ressalte-se que a manutenção da validade da licença prévia já emitida não impede sua posterior alteração, a depender das conclusões do ECI e da consulta prévia ora exigidos. XIV - Recursos de apelação interpostos pelos réus aos quais se dá parcial provimento (item XII). A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento aos recursos de apelação interpostos pelos réus e, reformando em parte a sentença recorrida, afastar a declaração de nulidade da licença prévia emitida ao empreendimento Projeto Volta Grande do Xingu, condicionando a validade da licença de instalação à elaboração do ECI a partir de dados primários, na forma exigida pela FUNAI, bem como à consulta livre e informada dos indígenas afetados, em conformidade com o protocolo de consulta respectivo, se houver, em atenção ao que dispõe a Convenção n. 169 da OIT, mantida, assim, a suspensão da LI. Ressaltar, por fim, que a manutenção da validade da licença prévia já emitida não impede sua posterior alteração, a depender das conclusões do



ECI e da consulta prévia ora exigidos. (ACORDÃO 00025057020134013903, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 – SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:19/12/2017) (grifos nossos) Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00025057020134013903&pA=&pN=25057020134013903>.<sup>47</sup>

A decisão da 6ª turma do TRF1 representa um avanço na garantia dos direitos dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, ao determinar que à CPLI dos indígenas afetados seja realizada em conformidade com o protocolo de consulta, a decisão mostra o caminho para pensar o Direito além das regras e formalidades legais.

Ainda, é importante destacar a importância desse precedente, uma vez que se trata do primeiro caso em que o Poder Judiciário brasileiro reconheceu a força jurídica de um protocolo autônomo de consulta, como um instrumento jurídico que dita as regras que deverá orientar o procedimento de CPLI.

Da decisão que reconhece a validade jurídica dos protocolos autônomos de consulta prévia, observamos que a aplicabilidade do Direito não se resume simplesmente a questão de leis formais, nem mesmo a emanção solene da ordem do soberano. O Direito com base na hermenêutica jurídica pluralista não pode se limitar apenas a uma produção do Estado (SÃO BERNARDO, 2022). O Direito está ligado a um referencial teórico vinculado às lutas sociais, se apresentando como instrumento emancipatório, construtor de historicidades, de metodologias de procedimentos e de organização social da liberdade. (WOLKMER, 2015).

Portanto, é possível compreender que com base nos costumes e tradições, podemos identificar um modo diferente de fazer direito, ou seja, daquele apresentado pela norma produzida nos espaços formais, e mesmo que a lei formal não tipifique e deixe de forma expressa o reconhecimento do direito produzido dentro das comunidades tradicionais, não inibi a sua validade jurídica.

Podemos compreender que embora elaborados fora dos espaços formais de produção de normas, os protocolos autônomos de consulta prévia são instrumentos jurídicos capazes de vincular o Estado e até mesmo os particulares.

#### **4.3.2 O caso da mineradora Potássio do Brasil Ltda e o povo Mura do Amazonas - Ação Civil Pública: 0019192-92.2016.4.01.3200/AM**

A possibilidade de se realizar um empreendimento que busca minerar potássio no município de Autazes, representa uma ameaça a existência do povo Mura. A movimentação

---

<sup>47</sup><https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00025057020134013903&pA=&pN=25057020134013903>

para instalação de uma mina de potássio, de uma estrada e de um porto nas terras onde habitam o povo Mura é um risco para a existência e o modo de viver desse povo.

Para Bragato et al. (2018) o conflito entre a empresa Brazil Potash Corp e o Povo Mura teve início em 2010 quando a empresa anunciou o empreendimento denominado “Projeto Potássio Amazonas Autazes”, que tem como objetivo a instalação de um porto, uma adutora e linha de transmissão para exploração de silvinita próximo a duas TIs Mura a Jauary e a Paracuhuba. (BRAGATO et al, 2018).

Situação essa que faz com que, os Mura resistam à instalação do empreendimento que visa a mineração de potássio em seu território e exigem que o Estado brasileiro e a empresa Potássio do Brasil cumpra seu dever de realizar a CPLI nos termos da Convenção nº 169 da OIT. Ainda, buscam que a consulta prévia ocorra seguindo as regras estabelecidas no seu Protocolo de Consulta prévia.

Dado que, a não realização da CPLI, nos termos previsto na Convenção nº 169 da OIT ao povo Mura do Amazonas, antes da concessão da licença prévia a empresa Brazil Potash Corp. também conhecida como Brasil Potássio Ltda, para que essa realizasse estudos de viabilidade ambiental com o propósito de explorar silvinita que é a matéria-prima do potássio, assim como, a instalação de estrutura rodoviária e portuária, motivou o Ministério Público Federal, após o início das atividades da empresa, a entrar com Ação Civil Pública para suspender a licença concedida à empresa.

O “Projeto Autazes” idealizado pela mineradora desconsidera o fato de que a mineração de potássio é potencialmente nociva para os direitos e territórios dos Mura. Desde 2015, quando os Mura passaram a compreender que a mineração de potássio em suas terras representa um risco para sua existência e também porque tomaram consciência de que os seus direitos estavam sendo violados, esse povo vem promovendo ações de resistência à mineração em seus territórios.  
(...)

Os Mura denunciaram que a mineradora age de má-fé quando não informa dos riscos da mineração de potássio para os seus territórios e para a integridade física dos indígenas das aldeias próximas à infraestrutura da mina. (AZEVEDO, 2019, p. 19)

Diante dos fatos narrados, em 2016, após denúncia do Povo Mura e constatada irregularidades no licenciamento ambiental por ausência de consulta ao povo Mura como determina a Convenção nº 169 da OIT, o MPF propôs perante a Justiça Federal do Amazonas Ação Civil Pública n. 0019192-92.2016.4.01.3200 contra a empresa BRASIL POTÁSSIO LTDA., o INSTITUTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO DO AMAZONAS – IPAAM, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL – DNPM, e a FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI, considerando que a obtenção da Licença Prévia nº 54/15 pela empresa, sem a devida CPLI nos termos da Convenção nº 169 da OIT fere

o direito à autodeterminação dos povos indígenas e comunidades tradicionais afetadas pelo empreendimento.

Segundo o MPF o IPAAM (Instituto De Proteção Ambiental Do Estado Do Amazonas) de forma irregular concedeu a Licença para o início do empreendimento. Inicialmente o MPF apontou que a competência para conceder a Licença não era do IPAAM, mas, sim, do órgão federal de licenciamento ambiental, além disso, as atividades de mineração da empresa incidem sobre as terras indígenas Juary e Paracuhuba e outras comunidades tradicionais, o que nos termos da Convenção nº 169 da OIT requer a realização da CPLI junto às comunidades indígenas e tradicionais, as quais serão diretamente afetadas pelo projeto.

Desse modo, o MPF pediu a suspensão da implementação do projeto Potássio Amazonas Autazes e a imediata realização da CPLI. Assim como, a nulidade da licença prévia expedida pelo IPAAM, e das autorizações de pesquisa mineral do DNPM sobre terras indígenas. Em audiência realizada em março de 2017, as partes envolvidas “entraram em acordo e a juíza do caso determinou o prazo de seis meses “para que haja deflagração do procedimento de consulta ao povo indígena Mura e suas aproximadas 32 aldeias e comunidades tradicionais ribeirinhas conforme Convenção nº 169 da OIT”. (BRAGATO et al, 2018, p.6)

A partir do acordo judicial realizados entre as partes e o MPF durante a audiência de conciliação, ficou acordado a realização de uma assembleia para debater como o processo de CPLI deveria ser conduzido, sendo que ficou estabelecido que o povo Mura indicaria a forma adequada de realização da consulta, de modo que sua organização social fosse respeitada. Na linha do que já vem sendo construído pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais e com fundamento no direito de autodeterminação, assim como, pelos princípios estabelecidos no direito à CPLI da Convenção nº 169 da OIT, o povo Mura decidiu construir um Protocolos Autônomos de Consulta Prévia para indicar como gostariam de serem consultados.

Nas audiências de conciliação realizadas no âmbito da Ação Civil Pública, a mineradora, talvez convencida de que haveria uma solução rápida com os Mura aceitando a realização de uma consulta direta sobre o empreendimento, concordou com a suspensão do licenciamento da mineração até que fosse realizada a consulta aos indígenas e aos ribeirinhos e ainda financiou a consulta, depositando antecipadamente os valores em conta judicial. Os Mura, porém, decidiram que primeiro elaborariam o seu Protocolo de Consulta para depois serem consultados com base nas diretrizes do protocolo criado por eles. A decisão não agradou a mineradora, que recorreu para que fosse realizada uma nova assembleia dos Mura. O esforço da mineradora não deu resultado porque a decisão dos Mura foi homologada pela Justiça. (AZEVEDO, 2019, p. 20-21).

Vale, aqui, destacar que por essa decisão judicial, a mineradora Potássio do Brasil Ltda ficou em decorrência da decisão judicial obrigada a aguardar a finalização, pelo povo Mura, de

seu Protocolo de Consulta Prévia e, depois de finalizado, aguardar a realização de um processo de consulta prévia segundo seus termos, antes de saber se poderia ou não se instalar na região. Essa decisão judicial reforça a jurisprudência que reconhece o caráter vinculante da consulta prévia e a validade jurídica dos Protocolos.

Buscando reforçar sua identidade enquanto povo indígena e estabelecer procedimentos adequados de CPLI, o povo Mura finalizou e apresentou a Justiça Federal do Amazona seu protocolo de consulta prévia “entre maio de 2018 e junho de 2019, quando, em assembleia final, aprovaram as regras que governos e particulares devem seguir para realizar a Consulta Prévia, Livre e Informada (AZEVEDO, 2019, p. 21)”.

Esse Protocolo de Consulta nasceu de um processo judicial originalmente movido a pedido dos Mura pelo Ministério Público Federal, MPF, no ano de 2016. A Ação Civil Pública, acolhida pela Justiça Federal, pediu que condições fossem criadas para amparar os Mura na consolidação, de maneira autônoma e independente, de um Protocolo de Consulta, num primeiro momento e, finalizado seu Protocolo, fosse realizado (segundo seus termos) um processo de consulta prévia, livre, informada, de boa-fé e culturalmente adequada, como ampara a legislação. (CAPORRINO, 2021, p.10).

Percebe-se que a concordância em realizar a CPLI nos termos positivados na Convenção nº 169 da OIT veio depois que o MPF resolveu levar o caso à Justiça Federal, no entanto o acordo inicialmente feito e homologado judicialmente foi violado pela empresa por diversas pressões ao povo Mura, o que levou o MPF a pedir multa judicial e adotar outras medidas. Dentre as medidas adotadas pelo MPF está o pedido à Justiça Federal que paralisasse todo o processo de CPLI, considerando que existe uma demarcação de terra a ser discutida no território em questão.

Nesse aspecto, ao longo da construção do processo de consulta às comunidades envolvidas sobre o impacto da exploração de minério de potássio, o MPF identificou a existência de pressões aos comunitários para “venda” de áreas para as atividades de mineração dentro da Terra Indígena Soares/Urucurituba, ainda não demarcada pela Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai). A justiça Federal já deu a decisão que determinou a demarcação das terras indígenas impactadas pelo empreendimento, mas, com relação ao pedido de suspensão da CPLI ao povo Mura ainda não se manifestou.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A efetividade dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, inquestionavelmente tem que passar pela concretização de uma democracia participativa com fundamento na igualdade e na dignidade da pessoa humana. É fato que contemporaneamente os direitos dos

povos e comunidades tradicionais do Brasil de viver de forma diferente da sociedade nacional, ainda não é respeitado.

A democracia, como direito fundamental positivado na CRFB/88, precisa sair do papel, não deve resumir-se a simples ideias, mas em instrumentos concretos de sua realização prática uma vez que democracia pressupõe a inclusão de todos os indivíduos dentro da sociedade, independente do grupo que faça parte.

Com efeito, é necessário superar a ideia de que a democracia esteja ligada somente ao sufrágio universal do voto e, reconhecer que também está ligada à promoção da liberdade, igualdade, assim como, de proteção de grupos minoritários e de grupos vulneráveis que no modelo atual acabam ficando de fora do processo político democrático. Para tanto, mostrou-se que é indispensável uma releitura do direito por meio de uma hermenêutica constitucional comprometida com a efetivação dos direitos humanos fundamentais dos povos e comunidades tradicionais.

No entanto, em um contexto de Estado plural, a democracia participativa se mostrou um modelo democrático apto a efetivar os espaços de diálogos em que os povos e comunidades tradicionais teriam voz e seriam ouvidos. A criação de ferramentas que proporcione o diálogo intercultural, pode oferecer caminhos e possibilidades que colaborem na construção de uma democracia brasileira com mais oportunidades de protagonismo dos povos e comunidades tradicionais.

Dado que, os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, mesmo com a positivação de normas de proteção a esses grupos, continuam invisibilizado e excluído dos espaços de tomadas de decisões que possam afetar seu modo de vida. E ainda quando há participação desses povos de modo preambular, essa participação na prática acaba por revelar um processo hegemônico de subalternização dos grupos de minorias étnicas. (DA SILVA, 2017)

Portanto, em uma sociedade complexa como a brasileira, em que os interesses em regra são divergentes, incluir as diferenças e sujeitos que historicamente foram invisibilizados é um desafio que o atual modelo tradicional de democracia representativa por si só não é capaz de apresentar uma solução. Mas, um modelo de democracia que na prática todos os grupos que compõem o Estado tenham voz e possam participar das decisões políticas do Estado, junto com instrumentos jurídicos de garantias de direitos fundamentais como a CPLI ofertam caminhos e possibilidades que conduziram a avanços democráticos importantes.

Aqui, percebe-se que o direito de CPLI dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais é reconhecido como instrumento da democracia participativa e, os

protocolos autônomos de consulta buscam trazer mais transparência e segurança jurídica para materialização a efetivação da democracia participativa no Brasil.

Como vimos, a Convenção nº 169 da OIT, ratificada e internalizada pelo Estado brasileiro, junto com CRFB/88, assim como várias outras normativas internacionais, demonstram a intenção do Brasil em se tornar um país pautado nas liberdades e no respeito as diferenças como paradigma a ser seguido nas relações estatais e privadas.

A experiência, em especial, dos países latino-americanos, mas sem desconsiderar experiências em outros países do continente europeu deixa claro que há um movimento em todo o mundo de valorização dos direitos e garantias dos povos e comunidades tradicionais e, que a participação nos espaços de tomadas de decisões por esses grupos, viabilizada por meio da CPLI é um reforço democrático necessário para à preservação da cultura e do modo diferente de ser e fazer dos sujeitos.

Tendo em vista que ficou demonstrado que por si só, a inauguração de uma mudança de paradigma no reconhecimento e na proteção dos direitos assegurados aos povos indígenas e quilombolas, assim como, as demais comunidades tradicionais no ordenamento jurídico brasileiro, não foram suficientes para iniciar a ruptura de um histórico de invisibilidade. Dado que as ideias coloniais, ainda que velada estão presentes no momento de aplicação e interpretação da norma.

Essas práticas coloniais que buscam subalternizar e assimilar o outro tido como diferente, buscando promover a integração desse na sociedade nacional, é um pensamento etnocêntrico que acaba por invisibilizar a diversidade cultural e anular a própria existência dos povos e grupos étnicos. No entanto, ficou demonstrado que essas práticas eurocêntricas só são superadas por meio de lutas coletivas desses grupos que vem se organizando politicamente e passam a se reconhecerem como povos e comunidades tradicionais. (DA SILVA, 2017).

Assim, pensar o direito a partir dos diferentes mundos e culturas, promovendo um pensamento decolonial é fundamental para os avanços dos direitos dos povos e comunidades tradicionais. Nesse contexto, de normas nacionais e internacionais, o direito CPLI prevista na Convenção nº 169 da OIT se apresenta como um dos principais instrumentos jurídicos que buscam efetivar os direitos dos povos e comunidades tradicionais.

Dessa forma, para atender as exigências dos princípios democráticos do Estado brasileiro é fundamental que o direito de participação e de CPLI sejam estudados juntos, uma vez que o direito a CPLI viabiliza a participação dos povos e comunidades tradicionais nos espaços de tomadas de decisões sempre que determinado ato, lei ou decisão possa afetar o seu território ou a sua sobrevivência ou seu modo de vida tradicional.

Por sua vez, a Convenção nº 169 da OIT referente aos povos indígenas e tribais se destaca como legislação internacional na promoção dos direitos humanos. No entanto, a Convenção nº 169 da OIT, se caracteriza por ser um marco legal de suma importância, uma vez que reconhece o direito ao autorreconhecimento e à livre determinação.

A Convenção nº 169 da OIT como instrumento de promoção dos direitos humanos para os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais tem uma importância muito grande para essa pesquisa, pois, embora não seja o único instrumento jurídico internacional a tratar do direito a CPLI, esse também positivado na Declaração da Organização das Nações Unidas - ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, que garante que os povos sejam consultados adequadamente.

A Convenção nº 169 da OIT após a sua publicação em 1989 foi assinada por vários países, sendo promulgada no Brasil só em 2004 e, tem força de lei obrigando que seja realizada a consulta aos povos indígenas e tribais, os quais no Brasil são reconhecidos como povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais. Assim, diante de qualquer medida que esteja em planejamento e possa afetar a comunidades e territórios dos sujeitos da Convenção, esses deverão ser consultados respeitando a suas instituições tradicionais, organização interna e diferenças.

O direito à CPLI é, desse modo, direito humano fundamental que garante aos povos e comunidades tradicionais o poder de decidir sobre suas próprias vidas, territórios, instituições, culturas, costumes e, na medida do possível, seu desenvolvimento, com o objetivo de gerar um diálogo intercultural igualitário que proteja e garanta os chamados direitos coletivos dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

Todavia, a natureza jurídica do direito a CPLI é reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro como de direito fundamental. Dessa forma, o direito à CPLI significa um direito fundamental dos povos indígenas, quilombolas e demais povos tradicionais que reafirma e garante os demais direitos territoriais e culturais dos povos estando diretamente ligado ao direito ao consentimento prévio, livre e informado, assim como ao direito à livre determinação.

Assim, o direito à CPLI é levado a condição de um direito fundamental e deve ser implementado visando um diálogo intercultural igualitário, com o propósito de salvaguardar e garantir os direitos coletivos dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

Diante dos fundamentos que classificam o direito à CPLI como um direito fundamental para os povos e comunidades tradicionais, avanços já ocorreram no que tange ao reconhecimento da obrigatoriedade da consulta prévia pelo Poder Judiciário brasileiro. Esse, vem reconhecendo e determinando a consulta prévia aos povos indígenas, quilombolas e

comunidades tradicionais nos termos da Convenção nº 169 da OIT, assim como o dever dos Estados de realizarem a consulta.

Contudo, o Brasil vem demonstrando avanços nos Tribunais Pátrios em matéria de consulta prévia ao garantir a realização do instrumento e confirmar sua essencialidade em nosso ordenamento jurídico. Infelizmente a necessidade de visualizar os avanços judiciais em matéria de consulta prévia se devem ao desrespeito do instituto em sede administrativa, já que diante do descaso com a comunicação com as comunidades, quase sempre há a necessidade de judicialização da temática visando garantir sua realização. (PEREIRA, 2021).

Ademais, a Convenção por si só reconhece aos povos e comunidades tradicionais o direito de autogoverno e de decidirem livremente a sua situação política, o que torna desnecessário qualquer regulamentação por parte do Estado do direito à CPLI, esse com natureza de direito fundamental e com aplicação imediata. Nesse contexto que a premissa básica da pesquisa se assenta: demonstrar os desafios para implementação dos protocolos autônomos de consulta elaborados por povos e comunidades tradicionais.

Dessa forma, os protocolos autônomos de consulta com amparo legal na Convenção nº 169 da OIT, são instrumentos que constituem juridicidade ao estabelecer como deve ser conduzido o procedimento de consulta prévia, buscam com que o direito produzido dentro das comunidades dialogue com o direito positivo construído nos espaços formais da sociedade circundante.

Os protocolos autônomos de consulta enquanto instrumento jurídico, político, cultural e pedagógico, se apresentam como uma ferramenta que busca da visibilidade e detalhar a governança interna dos povos e comunidades tradicionais, materializando e traduzindo em regras concretas os princípios orientadores do direito de consulta, uma vez que, regulamenta o procedimento da consulta de forma a qual às instituições representativas de cada povo e/ou comunidade sejam respeitadas.

Pois bem, a pesquisa se mostrou satisfatória nos seus objetivos ao responder à problemática estabelecida, qual seja: como o Estado brasileiro tem implementado normas não convencionais como os protocolos autônomos de consulta elaborados pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais do Brasil?

As normas não convencionais como os diversos protocolos autônomos de consulta elaborados pelos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais no Brasil são a manifestação expressa da jusdiversidade com o exercício da livre determinação dos povos e, demonstram, de forma didática, os caminhos para a observância de um processo de consulta legítimo cabendo ao Estado buscar meios para sua implementação.



Portanto, os meios para implementação dos protocolos autônomos de consulta tem sido por meio de decisões judiciais que reconhece os protocolos com a lei a ser seguida no processo de consulta, bem como a movimentação do Poder Executivo, junto com as resoluções do CNJ e do CNMP em sinalizar para observância dos protocolos e do seu caráter vinculante quando da realização da CPLI mostram como o Estado brasileiro, embora de forma ainda tímida vem buscando implementar normas jurídicas não convencionais produzidas dentro das comunidades.

A força jurídica dos protocolos vem do próprio sentido da construção dessa norma pelos povos que serão consultados, considerando que a forma apropriada de realizar a consulta é forma indicada pelo próprio povo. Os Protocolos, nesse sentido, funcionam como a expressão mais legítima do direito à autodeterminação dos povos e comunidades tradicionais, sendo sua força normativa capaz de orientar o Estado democrático de direito, uma vez que todos os grupos que compõem o Estado podem participar das tomadas de decisões que possam afetar o seu modo de vida.

Ainda, os protocolos autônomos de consulta também abrem espaço para o debate em relação aos efeitos jurídicos da CPLI, em destaque os relacionados ao poder de veto dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Os protocolos autônomos de consulta, trazem descrições precisas do que significa para cada um deles a consulta, superando interpretações discordante da CPLI como apenas a manifestação de acordo ou desacordo.

Assim, os desafios para o Estado implementar os protocolos não são poucos. É necessário um processo de verdadeira desconstrução de normas e procedimentos históricos que fundamentaram relações colonialistas e autoritárias com povos e comunidades tradicionais. A mudança de paradigma nessa relação passa pelo reconhecimento da legitimidade da existência plena desses povos enquanto grupos diferentes da sociedade nacional, e, portanto, da legalidade de suas próprias normas para o exercício da governança de seus territórios, e ainda para a redefinição das normas que devem reger a relação em pé de igualdade destes com o Estado.

Assim, a concretização dos direitos humanos fundamentais no campo dos povos indígenas, quilombolas e comunidades Tradicionais requer uma compreensão do direito enquanto construção histórica, cultural, política, social e econômica, que juntamente com uma percepção da existência de uma disputa política cotidiana amplia o sentido do exercício da cidadania e de produção normativa, sendo esta elaborada fora dos espaços formais de produção de normas.

Deste modo, os protocolos autônomos de consulta elaborados pelas próprias comunidades revelam-se como instrumento de autodeterminação, vinculante aos Estados e, assim como os particulares na observância e na implementação do direito à CPLI.

Os desafios para garantir plenamente o respeito as normas elaboradas pelos povos e comunidades tradicionais, a exemplo dos protocolos autônomos de consulta, ainda é uma realidade distante de superação. Observa-se que as dificuldades e lacunas ainda estão localizadas na implementação e observância do Estado em buscar meios para garantir o respeito à autodeterminação dos povos.

Dessa feita, diante de tantas ameaças e retrocessos aos direitos étnicos já conquistados, os protocolos autônomos de consulta enquanto instrumento jurídico, político, cultural e pedagógico fortalece a luta pela existência física, cultural, territorial e jurídica dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: O'DWYER, Eliane Cantarino. Quilombos: identidade étnica e territorialidade. São Paulo: FGV, 2002. Em Acesso em: file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/Quilombos\_identidade\_etnica\_e\_territoria.pdf jun. 2021.
- ANJOS, Rafael Sanzio Araújo dos. Quilombolas. Tradições e cultura da resistência. São Paulo: Aori Comunicação, 2006.
- AZEVEDO, Renildo Viana. Território dos “Flutuantes”: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes(AM). 2019. 299 f. Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura na Amazônia) - Universidade Federal do Amazonas, Manaus (AM), 2019.
- BARALDI, Camila Freitas; PERUZZO, Pedro Pulzato. Democracia e Direitos Humanos: a participação social das minorias. Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade de Santa Maria, Santa Maria, v. 10, n. 1, 2015, p. 347- 370. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19769>. Acesso em: 25 jul. 2022.
- BARBOSA, Maria Lúcia. Democracia direta e participativa: um diálogo entre a democracia no Brasil e o novo constitucionalismo latino americano. 218 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito. Recife, 2015.

- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais. Dissertação de Mestrado, PUCPR, 2005. Disponível em: <  
[https://www.academia.edu/22294044/Estef%C3%A2nia\\_Maria\\_de\\_Queiroz\\_Barboza\\_A\\_Legitimidade\\_Democr%C3%A1tica\\_da\\_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o\\_Constitucional\\_na\\_Realiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Direitos\\_Fundamentais\\_Sociais](https://www.academia.edu/22294044/Estef%C3%A2nia_Maria_de_Queiroz_Barboza_A_Legitimidade_Democr%C3%A1tica_da_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Constitucional_na_Realiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_Fundamentais_Sociais)>. Acesso em: 21 set. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. Editora Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Edipro, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; BARRETTO, Vicente de Paulo; SILVEIRA FILHO, Alex Sandro da. A interculturalidade como possibilidade para a construção de uma visão de direitos humanos a partir das realidades plurais da América Latina. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 33 – 59. ISSN 2236-7284.
- BRAGATO, Fernanda et al. Irregularidades e Riscos do “Projeto Potássio AmazonasAutazes” sobre as terras habitadas pelo Povo Indígena Mura. Disponível em:  
<https://infoamazonia.org/wp-content/uploads/2021/05/2018.02-BRAGATO-Estudo-de-CasoMura-Pota%CC%81ssio.pdf>. Disponível em:  
<<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47133>>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> >. Acesso em: 18 mar. 2021.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. Manual de jurisprudência dos direitos indígenas / 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. – Brasília : MPF, 2019.<Disponível também em:  
<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-epublicacoes/manual-de-atuacao>>  
Acesso em: 28 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto n.º 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília – DF, 2019. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.088%2C%20DE%205,pela%20Rep%C3%BAblica%20Federativa%20do%20Brasil](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.088%2C%20DE%205,pela%20Rep%C3%BAblica%20Federativa%20do%20Brasil). Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL, 2004, Decreto n. 5.051

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1 Região. Agravo de instrumento n.

00025057020134013903. Relator: Desembargador federal Jirair Aram Meguerian. Sexta turma, DJF1: 19/12/2017. Disponível em:

<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200639030007118&pA=200639030007118&pN=7098820064013903>. Acesso em: 05 jul. 2022

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1 Região. Agravo de instrumento n.

00025057020134013903. Relator: Desembargador federal Jirair Aram Meguerian. Sexta turma, DJF1: 19/12/2017. Disponível em:

<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00025057020134013903&pA=&pN=25057020134013903>. Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709. Ministro relator Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em 21.03.2022

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. Manual de jurisprudência dos direitos indígenas / 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais –Brasília : MPF, 2019. 920 p. Disponível também em:

[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-epublicacoes/ manual-de-atuacao](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-epublicacoes/manual-de-atuacao)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5905. Relator: Ministro Luiz Fux, 5 de março de 2018. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/>

[ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5365245](http://redir.stf.jus.br/estfvvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5365245). Acesso em: 2 mai. 2023.

CADEMARTORI, Sergio Urquhart; MIRANDA, José Alberto Antunes de. Democracia, constituição e relações exteriores: o papel do direito e da cidadania no contexto do novo constitucionalismo latino-americano. Sequência (Florianópolis), p. 93-124, 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/seq/a/qRP6wJyFQZFT46SGsBDGhnP/?format=html#>> Acesso em 05.12.2022

CANDAU, Vera Maria. Diferenças Culturais, Interculturalidade e Educação em Direitos Humanos. *Educação & Sociedade*, v. 33, p. 235-250, Campinas/SP, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/QL9nWPmwbhP8B4QdN8yt5xg/?format=pdf&lang=pt> . Acesso em: 22 mar 2022.

CAPORRINO, Bruno Walter. Trincheiras de uma guerra cosmopolítica: o Protocolo de Consulta Mura de Autazes e Careiro da Várzea, Amazonas1. Disponível: <file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/2021.07%20Artigo%20Bruno%20Caporrino%20VII%20Enadir%20Trincheiras%20de%20uma%20guerra%20cosmopol%C3%ADtica%20FINAL.pdf> Acesso em 05.05.2023.

CETINA CASTRO, C. J.; FERREIRA DE FARIA, I.; OSOEGAWA, D. K. Conflitos territoriais, autonomia e o direito do povo mura à consulta prévia, livre e informada. *Revista Videre, [S. l.]*, v. 13, n. 28, 2021. DOI: 10.30612/videre.v13i28.13154. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/13154>. Acesso em: 17 mai. 2022.

CHAVES, Luís de Gonzaga Mendes. Minorias e seu estudo no Brasil. *Revista de Ciências Sociais, Fortaleza*, v. 1, n. 1, p. 149-168, 1970. Disponível em: [https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/4487/1/1971\\_art\\_LGMChaves.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/4487/1/1971_art_LGMChaves.pdf) Acesso em: 20 novembro 2022

COELHO, Edihermes Marques..Reflexões sobre vigência e validade, eficácia, efetividade e eficiência. *Boletim Jurídico, Uberaba/MG*, a. 4, nº 233. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-constitucional/1787/reflexoes-vigencia-atividade-eficacia-efetividade-eficiencia>. Acesso em 07 mai. 2023.

COLAÇO, Thais Luzia. *Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99625/VD-Novas-Perspectivas-FINAL-02-08-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 20 mar 2022

COSTA, Solange Maria Gayoso da; HAZEU, Marcel Theodoor. Democracia de base: o direito à consulta prévia nos territórios tradicionalmente ocupados. *EM PAUTA*, Rio de Janeiro \_ jul/dez 2022 \_ n. 50, v. 20, p. 109 – 124. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/viewFile/68509/42832>.> Acesso em 12 ago. 2022.

DAHL, Robert A.. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. Tradução de: Beatriz Sidou.

DA SILVA, Liana Amin Lima. Sujeitos da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o Direito à Consulta e a Consentimento Prévio, Livre e Informado (CCPLI). In: FILHO, Carlos Frederico Marés de; DA SILVA, Liana Amin Lima; OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação. – São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/livro-sobre-protocolos-de-consulta-reforca-direito-de-povos-tradicionais/>

\_\_\_\_\_. Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: re-existir para co-existir. 2017. 291 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2017.

LIMA, L. A.; MARÉS, C. E quando não se cumpre a CPLI? Algumas iniciativas comunitárias de sucesso. *Aportes*, n. 22, set. 2022. Disponível em: [https://www.dplf.org/sites/default/files/aportes\\_22\\_version\\_portugues\\_0.pdf](https://www.dplf.org/sites/default/files/aportes_22_version_portugues_0.pdf). Acesso em: 17 jan. 2023.

DALOSTO, Cássius Dunck. Políticas públicas e direitos quilombolas no Brasil: o exemplo Kalunga. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2016.

DECOLONIZA. Povos e Comunidades Tradicionais. Entrevistada: Cláudia Sala de Pinho, 18 jun. 2021. Podcast. Disponível em <https://open.spotify.com/episode/62hQqXlBoH94dHzDQ02m0?si=3R7zG4pnR4S4UnUgE8sLiQ>. Acesso em 08 jan. 2022.

DE LA TORRE RANGEL, Pluralismo Jurídico y Justicia Comunitaria: ¿qué son y qué no son?. In: VACA, Vanessa Castedo (ed.). *Hacia una democracia plurinacional en Bolivia*. San Juan: Pasillo del Sur. 2010 (encontrar materia para citar)

DE MIRANDA, J. A.; DE FRAGA, M. O Estado plurinacional e o sistema plurijurídico: um avanço no desenvolvimento da sociedade Latinoamericana. *Direito e Desenvolvimento*, v. 10, n. 1, p. 83-99, 16 jul. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1013>. Acesso em 11 jul 2022.

DIEGUES, Antônio Carlos Sant’Ana. O mito da natureza intocada. São Paulo: Hucitec. 2008.

DINO, Natália Albuquerque. Entre a Constituição e a Convenção n. 169 da OIT: o direito dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia como uma exigência democrática. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 13, n. 42-43, p. 481-520 – jan./dez. 2014. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/...n...convencao-n-169...direito...povos-indigenas..>> Acesso em 29 mar 2022.

DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: DUPRAT, Deborah (Org.). Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília: ESMPU, 2015. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/CONVENCaO\\_169\\_DA\\_OIT.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/CONVENCaO_169_DA_OIT.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2021.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. De la Tutela a los Derechos de Libre Determinación del Desarrollo, Participación, consulta y Consentimiento: Fundamentos, balance y retos para su implementación. Amazônica - Revista de Antropologia, [S.l.], v. 1, n. 2, nov. 2009. ISSN 2176-0675. Disponível em: <<https://periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/view/294>>. Acesso em: 04 jun. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.18542/amazonica.v1i2.294>.

FARIA, Ivani. Metodologias participantes e conhecimento indígena na Amazônia: Propostas interculturais para a autonomia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa *et al.* (org.). Epistemologias del Sur – Epistemologias do Sul. 2018. Disponível em: [https://ayalaboratorio.files.wordpress.com/2018/12/Epistemologias\\_del\\_sur\\_2018.pdf](https://ayalaboratorio.files.wordpress.com/2018/12/Epistemologias_del_sur_2018.pdf) Acesso em: 10 jun. 2022

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEROA Isabela, A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: GARZÓN Biviany Rojas (org). Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais : oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil . São Paulo : Instituto Socioambiental, 2009.p. 13-48. Disponível em: <https://observatorio.direitosocioambiental.org/publicacoes/livros/outros/> Acesso em: 06 jul. 2022..

GARAVITO, Rodríguez; SALINAS, Natalia Orduz. La consulta previa a los pueblos indígenas: los estándares del en el derecho internacional. Universidad de los Andes.

Documentos número 2. Bogotá. 2010. Disponível em:

<<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll12/id/0/rec/4>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

GARZÓN, Biviany Rojas; YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de. Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA; Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016. Disponível em: <https://rca.org.br/wp-content/uploads/2016/08/2016-Livro-RCA-DPLf-Direito-a-Consulta-digital.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021

GIFFONI, Johny Fernandes. Protocolos Comunitários-Autônomos de Consulta e Consentimento Quilombolas: Direito E Negacionismo. 2020. Tese de Doutorado. Dissertação (mestrado em Direito)–ICJ/UFPA, Belém.

HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, J. Direito e Democracia. Tradução de Flávio B. Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; ARCHANJO, Camila Celestino Conceição. Direitos fundamentais do Brasil: teoria geral e comentários ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988. 1. ed. Belo Horizonte : Dialética, 2020.

JORGE, Amanda Lacerda. O processo de construção da questão Quilombola: discursos em disputa. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KEPPI, Jandira. A ratificação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil. Rio Branco: 2001. Disponível em: <https://comin.org.br/wp-content/uploads/2019/08/ratificacao-1207011668.pdf>. Acesso em 14 jul 2022.

JOCA, P. Protocolos Indígenas de Consulta e Consentimento no Brasil. In: HERNÁNDEZ, S. M. (Ed.). Protocolos Autonómicos de Consulta Previa Indígena en América Latina: Estudios de casos en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México, Perú. [s.l.] IWGIA, 2020. p. 68-105.



- JOCA, Priscylla et al. Protocolos autônomos de consulta e consentimento: um olhar sobre o Brasil, Belize, Canadá e Colômbia. Rede de Cooperação Amazônica (RCA)/São Paulo, 2021.
- JÚNIOR, Acursio Ypiranga Benevides; MENEZES, Rafael da Silva. Democracia deliberativa e consulta prévia na Amazônia: direito como mediador democrático em conflito indígena e mineração de potássio em Autazes, Amazonas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3. p252-274, 2020.
- LEITE, Ilka Boaventura. Os quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas», *Etnográfica* [Online], vol. 4 (2) | 2000. Disponível <http://journals.openedition.org/etnografica/2769>. Acesso em: 15 junho 2022. *Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 319-352, dez. 2011.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 16. ed. Rev. Atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAZARIEGOS, Monica. Derecho a la consulta y disenso. Por el uso contrahegemónico del derecho. 2014. 634 f. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Universidad Calor III de Madrid, Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”. Getafe. Disponível em: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19134/monica\\_mazariegos\\_tesis.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19134/monica_mazariegos_tesis.pdf) Acesso em 09 jun 2022.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público*. 3. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; MIZUTANI, Larissa. *Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro*. Sequência: *Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 319-352, dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p319>. Acesso em: 16 out. 2021.
- MENDONÇA, Y. de S. M. *Consulta prévia no estado do Pará: um estudo sob a perspectiva interdisciplinar da participação*. 2019. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido, Universidade Federal do Pará, Belém, 2019. Disponível em: <https://www.ppgdstu.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/dissertacoes/YGOR%20DE%20SIQUEIRA%20MENDES%20MENDON%20C3%87A.pdf> Acesso em: 01 ago. 2022

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Justiça Socioambiental e Direitos Humanos: Uma análise a partir dos direitos Territoriais de povos e comunidades tradicionais. 1. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Edição do Kindle.

MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. Palestra proferida no 3º Seminário Nacional Relações Raciais e Educação-PENESB-RJ, 05/11/03. Disponível em: < <https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2009/09/Uma-abordagem-conceitual-das-nocoes-de-raca-racismo-dentidade-e-etnia.pdf> > Acesso em 19 ago 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2021.

NETO, José Augusto Segundo. A convenção nº 169 da oit e o pluralismo jurídico. Revista Eletrônica do TRT6, 2015, . Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/102839/2015\\_segundo\\_neto\\_jose\\_convencao\\_pluralismo.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/102839/2015_segundo_neto_jose_convencao_pluralismo.pdf?sequence=1). Acesso em: 11 abr. 2022.

ORGANIZACION Internacional del Trabajo. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, (núm. 169), 1989. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2013.

Organização Internacional do Trabalho. Conheça a OIT. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em

Organização Internacional do Trabalho. História da OIT. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acesso em

OIT Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, 1989 (Nº 169): Um manual. Genebra: Escritório Internacional do Trabalho, 2003. Disponível em: [http://pro169.org/res/materials/en/general\\_resources/Manual%20on%20ILO%20Convention%20No.%20169.pdf](http://pro169.org/res/materials/en/general_resources/Manual%20on%20ILO%20Convention%20No.%20169.pdf). Acesso em 08 jun. 2022.

OLIVEIRA, Rodrigo; VIEIRA, Flávia do Amaral. Suspensão de liminar e usinas hidrelétricas: a flexibilização do licenciamento ambiental por via judicial. In: ALARCON, Daniela; MILLIKAN, Brent; TORRES, Mauricio. Ocekadi: Violações e impactos do complexo hidrelétrico do Tapajós. Brasília, DF : International Rivers Brasil ; 2016.

Disponível em:

[https://www.academia.edu/38346878/Suspens%C3%A3o\\_de\\_liminar\\_e\\_usinas\\_hidrel%C3%A9tricas\\_a\\_flexibiliza%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_licenciamento\\_ambiental\\_por\\_via\\_judicial](https://www.academia.edu/38346878/Suspens%C3%A3o_de_liminar_e_usinas_hidrel%C3%A9tricas_a_flexibiliza%C3%A7%C3%A3o_do_licenciamento_ambiental_por_via_judicial)  
Acesso em 12 de dezembro de 2022.

PAEL, Ricardo. Jurisprudência sobre Protocolos Autônomos de Consulta: entre avanços e desafios. *In: Jurisprudência sobre Protocolos Autônomos de Consulta: entre avanços e desafios*. [S. l.]: Rede de Cooperação Amazônica, 14 ago. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Lk8McNyZk2E&t=5676s>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. Direitos Fundamentais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PEREIRA, Nathália Mariel F. de S.. A Consulta Prévia, Livre e Informada: Instrumento de democracia e inclusão de comunidades indígenas. Edição do Kindle. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

PERUZZO, Pedro Pulzatto. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-89662017000402708](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000402708). Acesso em 25 abr. 2021.

PINHEIRO, Ailk de Souza. A atuação do sistema de justiça na efetivação do direito fundamental à territorialidade das comunidades quilombolas tocantinenses. 2020. 149f. Dissertação (Mestrado profissional e interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, Palmas, 2020.

PINTO, Simone Rodrigues. Reflexões sobre pluralismo jurídico e direitos indígenas na América do Sul. *Revista de Estudos em Relações Interétnicas | Interethnica*, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 29–42, 2014. DOI: 10.26512/interethnica.v12i1.11885. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/interethnica/article/view/11885>. Acesso em: 17 nov. 2022.

PIOVESAN, F. Ações afirmativas e direitos humanos. *Revista USP*, [S. l.], n. 69, p. 36-43, 2006. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i69p36-43. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13511>. Acesso em: 22 nov. 2022.

PIOVESAN Flávia. Tratados Internacionais De Proteção Dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf> Acesso 23 jul 2022.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: Perú Indígena, Lima, v.13, n. 29, p. 11-20, 1992. Disponível em: <<http://www.lavaca.org/wp-content/uploads/2016/04/quijano.pdf>>. Acesso em: 15 de nov de 2022.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires, 2005. Disponível em: [http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12\\_Quijano.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf). Acesso 05 de nov. 2022.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade - São Paulo: Liber Ars, 2019.

SÃO BERNARDO, Sérgio. Direito e Filosofia Africana: ancestralidades. Ubuntuidades e o pensamento Kalunga como formadores do repertório ético-jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Nandyala, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SEREJO, Danilo. A Convenção no 169 da OIT e a questão quilombola: elementos para o debate. Rio de Janeiro: Justiça Global, 2022.

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia (Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann). — Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961. Disponível em: <https://www.institutomillennium.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Capitalismo-socialismo-e-democracia-Joseph-A.-Schumpeter.pdf>. Acesso 23 jul 2022.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Luiz Fernando Villares e. (Org.). Coletânea da legislação indigenista brasileira. Brasília: CGDTI/FUNAI, 2008. 818p. Disponível em:

<https://ds.saudeindigena.iciict.fiocruz.br/bitstream/bvs/5094/2/944661751.pdf> Acesso em: 10 jun. 2022

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Reflexão do direito das “comunidades tradicionais” a partir das declarações e convenções internacionais. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. Manaus: Universidade Federal do Amazonas, a. 2, n° 3, julho-dezembro de 2004. Disponível em: <https://pos.uea.edu.br/data/direitoambiental/hileia/2004/3.pdf>. Acesso em 15 jul 2022.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil: Declarações, Convenções Internacionais e Dispositivos Jurídicos definidores de uma Política Nacional. Manaus: UEA, 2007. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/DireitodospovosedascomunidadesradicionaisnoBrasil.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022

SOCIOAMBIENTAL. Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT. [S.I] [2022?]. Disponível em: <[https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/index9c1e.html?q=convencao-169-da-oit-no-brasil#notas](https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/index9c1e.html?q=convencao-169-da-oit-no-brasil#notas)> Acesso em: 12 mar. 2022.

SOUZA FILHO, C. M. de. Jusdiversidade. *Revista Videre, [S. l.]*, v. 13, n. 26, p. 08–30, 2021. DOI: 10.30612/videre.v13i26.13934. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/13934>. Acesso em: 15 jul. 2022.

WAGNER, Fernanda Daize. Dez anos após a entrada da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=acf73df8e44ed30b>. Acesso em: 01 jun. 2021.

WALSH, Catherine. Interculturalidad Crítica/Pedagogia decolonial. In: Memórias del Seminario Internacional "Diversidad, Interculturalidad y Construcción de Ciudad", Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional 17-19 de abril de 2007.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tábula Rasa*, número 9, julho/dezembro 2008. Universidade Colégio Maior de Cundinamarca: Bogotá, p. 131-152. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf>>. Acesso em: 22 de março de 2022.

\_\_\_\_\_. Ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, Procuradora del Estado/Ministerio de Justicia, Brasília, 13-14 de abril 2010. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/eventos/2005/esmpu-curso-pluralismo-juridico-e-interculturalidade/interculturalidad-critica-y-pluralismo-juridico/at\\_download/file](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/eventos/2005/esmpu-curso-pluralismo-juridico-e-interculturalidade/interculturalidad-critica-y-pluralismo-juridico/at_download/file)>. Acesso em: 22 de março de 2022.

WOLKMER. Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3ª ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

\_\_\_\_\_. Pluralismo Jurídico: Novo Marco Emancipatório na Historicidade Latino-Americana. Revista Cadernos de Direito – Direito no Brasil: passado e presente - Law in Brazil: Past and Present, Unimesp, v. 2, n. 4, 2003 – p. 11-23. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/issue/view/57>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa Ômega. 1994.

YAMADA, E. M.; GRUPIONI, L. D. B.; GARZÓN, B. R. Protocolos Autônomos de Consulta e Consentimento: Guia de Orientações. São Paulo: RCA, 2019. Disponível em: <https://rca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/2019-Guia-de-Protocolos-RCA-vers%C3%A3o-web.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.