

UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGDIR

LAURA FERNANDA MELO NASCIMENTO

AUTODETERMINAÇÃO INDÍGENA E MEGAPROJETOS ECONÔMICOS:
O desafio do diálogo intercultural no Brasil

Manaus
2022

LAURA FERNANDA MELO NASCIMENTO

AUTODETERMINAÇÃO INDÍGENA E MEGAPROJETOS ECONÔMICOS:
O desafio do diálogo intercultural no Brasil

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Constitucionalismo e Direitos na Amazônia

ORIENTADOR: ADRIANO FERNANDES FERREIRA

Manaus

2022

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

N244a Nascimento, Laura Fernanda Melo
Autodeterminação indígena e megaprojetos econômicos : o desafio do diálogo intercultural no Brasil / Laura Fernanda Melo Nascimento . 2022
171 f.: 31 cm.

Orientador: Adriano Fernandes Ferreira
Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Amazonas.

1. Autodeterminação indígena. 2. Megaprojetos econômicos. 3. Diálogo intercultural. 4. Consulta prévia. I. Ferreira, Adriano Fernandes. II. Universidade Federal do Amazonas III. Título

LAURA FERNANDA MELO NASCIMENTO

AUTODETERMINAÇÃO INDÍGENA E MEGAPROJETOS ECONÔMICOS:
O desafio do diálogo intercultural no Brasil

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Constitucionalismo e Direitos na Amazônia

Examinada em: 25 de fevereiro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Adriano Fernandes Ferreira, Presidente
Universidade Federal do Amazonas

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Membro Externo
Universidade Federal de Goiás

Prof. Dra. Caroline Barbosa Contente Nogueira, Membro Interno
Universidade Federal do Amazonas

Aos povos que lutam e resistem por si e por nós, na busca de um futuro em que o interesse público seja a sociodiversidade e a integração humana com a natureza.

Aos aplicadores do Direito que se posicionam ao lado dessa luta.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e aos cientistas, por terem me permitido sobreviver à Pandemia do COVID-19 que assolou o mundo e a minha vida em meio ao Mestrado.

Agradeço aos meus pais e ao Pedro Cury, por todo apoio incondicional em todos os momentos.

Agradeço aos meus familiares, na pessoa da minha avó Warlene Nascimento, por serem a base da minha educação crítica em prol dos direitos humanos.

Agradeço ao meu Professor Orientador Adriano Ferreira, não só pelos conselhos dados, mas por ter se mostrado sempre solícito, compreensível e grande incentivador das minhas ideias.

Agradeço aos Professores Fernando Dantas e Caroline Nogueira, por serem exemplo e referência na área estudada, por todas as sugestões ao longo do Mestrado, sobretudo pelas proposições valiosas no Exame de Qualificação, e por terem aceitado participar de minha Banca de Defesa.

Agradeço aos meus colegas de Mestrado, que muito mais que companheiros de curso, mostraram-se verdadeiros amigos, em especial Daniel Reis, Igo Zany, Luna Fernandes, Rafael Auler, Vivianne Lidório, Acúrsio Júnior, Wilken Robert e Jofre Luís.

Agradeço aos professores que ministraram as aulas das matérias cursadas, por terem contribuído com a construção do meu pensamento crítico, com o aprofundamento teórico e com diferentes perspectivas de análise do tema estudado.

Agradeço aos meus fiéis amigos e mestres Daniela León e Lucas Arnaud, pelo apoio desde o processo de seleção, compartilhamento de materiais, discussões e reflexões metodológicas, jurídicas e existenciais.

Agradeço à Coordenação dos Povos Indígenas de Manaus e Entorno (COPIME), na pessoa da Coordenadora Marcivana Sateré-Mawé, e ao colega de Observatório de Direito Socioambiental e Direitos Humanos na Amazônia, Diego Osoegawa, por todo acolhimento, confiança e afeto na visita às comunidades indígenas Terra Preta e Nova Esperança e no trabalho voluntário para constituição e regularização de suas associações.

Agradeço aos meus amigos de trabalho e ao meu chefe Desembargador Cláudio Roessing, não só pelos momentos de incentivo e compreensão com os compromissos do Mestrado, mas também por me permitirem compor essa equipe institucional que, dentro do Tribunal de Justiça do Amazonas, se preocupa com a realização da justiça aos jurisdicionados.

Agradeço à minha professora de pilates, Renata Heloise, ao meu fisioterapeuta, Edi Mascarenhas, e ao meu treinador físico Rizo Picanço, por todos os momentos de preocupação e ajuda em desopilar e cuidar da mente e corpo.

Não são somente as lideranças indígenas que precisam estar capacitadas para trabalhar com o mundo dos brancos, os brancos também devem estar aptos a trabalhar com os povos indígenas.

Gersem Baniwa

RESUMO

NASCIMENTO, L. F. M. **Autodeterminação indígena e megaprojetos econômicos: o desafio do diálogo intercultural no Brasil.** 171f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2022.

A presente dissertação investiga as implicações da diretriz do diálogo intercultural no contexto de megaprojetos econômicos em terras indígenas. Seu objetivo geral é discutir essas implicações dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, dividiu-se a investigação em três partes. Na primeira parte, apresentou-se o referencial teórico que insere a interculturalidade aliada à nova concepção de Estado constitucional pluralista, inclusive o brasileiro, e como ela tornou-se um desafio para a lógica jurídica, que opera tentando ser estabilizadora de sentidos. Na segunda parte, delineou-se parâmetros para a compreensão da interculturalidade e do diálogo intercultural e como eles se relacionam à promoção e ao fortalecimento de direitos dos povos indígenas. Deu-se especial enfoque aos direitos de autodeterminação e de consulta prévia, bem como aos direitos dos povos e os deveres estatais específicos em contexto de megaprojetos econômicos, segundo o que disciplina o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ainda, demonstrou-se que em caso de solução de litígios, a interculturalidade demanda reflexões na utilização de postulados clássicos como razoabilidade e proporcionalidade. Na terceira parte, inseriu-se tais parâmetros na ótica específica do contexto brasileiro, realizando-se análises comparativas que permitiram concluir que a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 231 da Constituição Federal, mediante o julgamento da Petição 3388 (caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol) distanciou-se de um controle de convencionalidade, bem como que Brasil e Bolívia violaram o diálogo intercultural, respectivamente, nos casos do Linhão de Tucuruí e TIPNIS. O método é de pesquisa empírica, o raciocínio utilizado foi o predominantemente indutivo, e a técnica de coleta de dados foi a revisão bibliográfica em doutrina e em documentos oficiais como legislação, processos e decisões judiciais. Para possibilitar a observação, a inferência e a sistematização generalizante sobre como aplicar um diálogo intercultural no contexto desenvolvimentista, coletou-se dados a partir de relatórios, opinião consultiva e sentenças proferidas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ao final, concluiu-se que a pesquisa completou seus objetivos, tendo havido pontuação de todos os resultados alcançados. Destacam-se os seguintes: (i) o diálogo intercultural impõe mudanças na lógica estabilizadora de sentidos do Direito brasileiro; (ii) é possível uma sistematização sobre direitos dos povos e deveres estatais específicos decorrentes do diálogo intercultural em contextos de megaprojetos econômicos, os quais devem ser cumpridos à luz do controle de convencionalidade; e (iii) o STF precisa adotar uma postura mais progressista na proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas em contexto de megaprojetos econômicos para fazer valer a sua atual diretriz do diálogo intercultural.

Palavras-chave: Autodeterminação indígena. Megaprojetos econômicos. Diálogo intercultural. Consulta prévia

ABSTRACTO

Esta tesis investiga las implicaciones de la directriz del diálogo intercultural en el contexto de los megaproyectos económicos en tierras indígenas. Su objetivo general es discutir estas implicaciones dentro del sistema legal brasileño. Para ello, la investigación se dividió en tres partes. En la primera parte, se presentó el marco teórico que inserta la interculturalidad aliada a la nueva concepción del Estado constitucional pluralista, incluido el Estado brasileño, y cómo se convirtió en un desafío para la lógica jurídica, que opera tratando de ser un estabilizador de significados. En la segunda parte, se esbozaron parámetros para comprender la interculturalidad y el diálogo intercultural y cómo se relacionan con la promoción y el fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Se prestó especial atención a los derechos de autodeterminación y consulta previa, así como a los derechos de los pueblos y deberes específicos del Estado en el contexto de los megaproyectos económicos, según lo que disciplina el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Además, se demostró que en caso de resolución de disputas, la interculturalidad exige reflexiones en el uso de postulados clásicos como razonabilidad y proporcionalidad. En la tercera parte, estos parámetros se insertaron desde la perspectiva específica del contexto brasileño, realizando análisis comparativos que permitieron concluir que la interpretación conferida por el Supremo Tribunal Federal al artículo 231 de la Constitución brasileña, a través de la sentencia de la Petición 3388 (Tierra Indígena Raposa Serra del Sol) se distanció de un control convencional, así como que Brasil y Bolivia violaron el diálogo intercultural, respectivamente, en los casos de Línea de Transmisión Tucuruí y TIPNIS. El método es la investigación empírica, el razonamiento utilizado fue el predominante inductivo, y la técnica de recolección de datos fue la revisión bibliográfica en doctrina y en documentos oficiales como legislación, relatórios, procesos y decisiones judiciales. Con el fin de permitir la observación, inferencia y generalización de la sistematización sobre cómo aplicar el diálogo intercultural en el contexto del desarrollo, se recopilaron datos de informes, opiniones consultivas y sentencias emitidos en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al final, se concluyó que la investigación había completado sus objetivos, al puntuar todos los resultados obtenidos. Se destacan: (i) el diálogo intercultural impone cambios en la lógica estabilizadora de los significados de lo Derecho brasileño; (ii) es posible sistematizar los derechos de los pueblos y los deberes específicos del Estado derivados del diálogo intercultural en contextos de megaproyectos económicos, que deben cumplirse a la luz del control de convencionalidad; y (iii) la Corte Suprema brasileña necesita adoptar una postura más progresista en la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el contexto de megaproyectos económicos para hacer cumplir su actual directriz de diálogo intercultural.

Palabras-clave: Autodeterminación indígena. Megaproyectos económicos. Diálogo intercultural. Consulta previa.

ABSTRACT

This dissertation investigates the implications of the guideline of intercultural dialogue in the context of economic megaprojects in indigenous lands. Its general objective is to discuss these implications within the Brazilian legal system. To this do so, the investigation was divided into three parts. In the first part, was presented the theoretical framework that inserts interculturality allied to the new conception of pluralistic constitutional state, including the Brazilian state and how it became a challenge for the legal logic, which operates trying to be a stabilizer of meanings. In the second part, parameters were outlined for understanding interculturality and intercultural dialogue and how they relate to the promotion and strengthening of the rights of indigenous peoples. Special focus was given to the rights of self-determination and prior consultation, as well as to the rights of peoples and specific state duties in the context of economic megaprojects, according to what disciplines the Inter-American System of Human Rights. Furthermore, it was demonstrated that in case of dispute resolution, interculturality demands reflections in the use of classical postulates as reasonableness and proportionality. In the third part, these parameters were inserted from the specific perspective of the Brazilian context, performing comparative analyses that allowed us to conclude that the interpretation conferred by the Brazilian Supreme Court to Article 231 of the Brazilian Constitution, through the judgment of Petition 3388 (Raposa Serra do Sol Indigenous Land) distanced itself from a control of conventionality, as well as that Brazil and Bolivia violated intercultural dialogue, respectively, in the cases of Tucuruí Transmission Line and TIPNIS. The method is empirical research, the reasoning used was the predominant inductive, and the technique of data collection was the bibliographic review in doctrine and in official documents such as legislation, processes and judicial decisions. In order to enable observation, inference and generalizing systematization on how to apply intercultural dialogue in the context of economic development, data were collected from reports, consultative opinion and judgments given under the Inter-American System of Human Rights. At the end, it was concluded that the research had completed its objectives, by scoring all the results achieved. The following stand out: (i) intercultural dialogue imposes changes in the stabilizing logic of meanings of Brazilian law; (ii) it is possible to systematize the rights of peoples and specific state duties arising from intercultural dialogue in contexts of economic megaprojects, which must be fulfilled in the light of control of conventionality; and (iii) the Brazilian Supreme Court needs to adopt a more progressive stance in the protection of the territorial rights of indigenous peoples in the context of economic megaprojects to enforce its current guideline of intercultural dialogue.

Keywords: Indigenous self-determination. Economic megaprojects. Intercultural dialogue. Prior consultation.

LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
APIB	Articulação dos Povos Indígenas do Brasil
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIMI	Conselho Indigenista Missionário
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CORTE IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
EISA	Estudo de Impacto Socioambiental
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
MPF	Ministério Público Federal
OC-23/17	Opinião Consultiva nº 23, de 15 de novembro de 2017
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
SESAI	Secretaria Especial de Saúde Indígena
SPI	Sistema de Proteção aos Índios
STF	Supremo Tribunal Federal
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional
TIPNIS	Território Indígena e Parque Nacional Isiboro Sécore

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 AS BASES PARA O DIÁLOGO INTERCULTURAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	20
2.1 O constitucionalismo, o neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: uma diferenciação inicial	21
2.2 O Brasil inserido no Horizonte Pluralista do novo constitucionalismo latino-americano	31
2.3 O elemento decolonial no Horizonte Pluralista do novo constitucionalismo latino-americano	38
2.4 As pluralidades indígenas, a crise de sentido do Direito e o diálogo intercultural	49
3 PARÂMETROS PARA O DIÁLOGO INTERCULTURAL NO DIREITO E NO CONTEXTO DE MEGAPROJETOS ECONÔMICOS	60
3.1. Implicações da interculturalidade para o Direito	60
3.2 Implicações da interculturalidade na proteção de direitos indígenas: os destaques para a autodeterminação e a consulta prévia.....	69
3.3. As implicações da interculturalidade em conflitos sobre megaprojetos econômicos segundo os parâmetros do SIDH	78
3.4 As implicações da interculturalidade para a argumentação jurídica em soluções de litígios.....	96
4 MEGAPROJETOS ECONÔMICOS EM TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL E OS DESAFIOS DO DIÁLOGO INTERCULTURAL	102
4.1 Um breve retrospecto histórico-jurídico sobre a política desenvolvimentista em terras indígenas: do regime tutelar integracionista ao direito à autodeterminação	102
4.2 Megaprojetos econômicos em terras indígenas no Brasil e a participação do povo afetado: compatibilização da Constituição de 1988 com a Convenção 169 da OIT.....	113
4.3 O Brasil no contexto de garantia de direitos dos povos indígenas no caso de megaprojetos econômicos na América Latina	124
4.4 Perspectivas de direito comparado: os casos-exemplos TIPNIS (Bolívia) e Linhão de Tucuruí (Brasil).....	135
5 CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS	155

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação é produto de pesquisa sobre os direitos dos povos indígenas frente à megaprojetos econômicos no ordenamento jurídico brasileiro. Partiu-se da ótica protetiva em identificar quais os parâmetros para a realização do diálogo intercultural nessa determinada estratégia de desenvolvimento econômico.

O tema se justifica academicamente na área jurídica, pois a luta dos povos indígenas pela efetividade de seus direitos está relacionada, na atualidade, à novas e pulsantes teorias sociojurídicas, as quais têm implicações não somente no campo dos direitos humanos, mas na própria teoria legitimante do Estado.

Estudou-se os marcos teóricos recentes que se alinham, academicamente, à luta dos povos indígenas e à interculturalidade, especificamente o pluralismo jurídico, o novo constitucionalismo latino-americano e o decolonialismo.

Optou-se por não limitar a pesquisa a apenas um desses marcos, pois se entendeu que suas bases dialogam entre si e possuem um ponto de partida comum, qual seja, o reconhecimento de que as pluralidades indígenas no ordenamento jurídico geram implicações inovadoras e desafiantes para o Direito e suas instituições, dentre elas, o viés da interculturalidade.

Tratou-se a luta por efetivação de direitos indígenas como um campo de disputa, pois, ainda que positivados, e mesmo no seu estágio normativo mais avançado, continuam demandando constante efetivação, prática e sensível, por parte do aplicador do Direito, que necessita, hoje, compatibilizar as pluralidades culturais com as estruturas historicamente homogeneizantes do Estado.

Durante a construção do referencial teórico na pesquisa, leu-se a obra “Direitos territoriais indígenas: Uma Interpretação Intercultural” (2018), escrita pelo Procurador da República José Júlio Araújo Júnior.

Nela, o autor desenvolveu uma pesquisa pautada sob os marcos teóricos do novo constitucionalismo, do pluralismo e do decolonialismo, e problematizou que em países como Bolívia e Equador, expoentes do novo constitucionalismo latino-americano, há um grande desafio e um problemático campo de disputa de interesses no contexto de megaprojetos econômicos de desenvolvimento.

Por trás desse problema, o autor diagnosticou a abstrativização do interesse público do Estado sob o enfoque apenas economicista, o que impõe refletir sobre seus novos conteúdos possíveis dentro de nossa base normativa constitucional. Para tanto,

concluiu pela proposta de uma interpretação intercultural que permita fortalecer e promover os direitos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir dessa obra, dois casos-típicos passam a ser analisados para melhor compreensão da problemática: a construção da estrada Villa Turaní por meio do Território Indígena e Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS) na Bolívia, e a exploração petroleira no Parque Yasuní e no território dos povos Ishpingo, Tiputini e Tambococha no Equador.

Na sequência, durante realização do curso de extensão “Direito e Política Indigenista no Brasil”, especificamente em aula ministrada por Luiz Eloy Terena, coordenador da Assessoria Jurídica da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), percebeu-se a importância conferida ao recente reconhecimento da diretriz do diálogo intercultural pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e o consequente problema prático de como efetivar as bases para uma interculturalidade no Direito.

A mesma proposta acadêmica de Araujo Junior (2018) aliou-se a uma demanda de prática jurídica da APIB, o que levou à reformulação do problema de pesquisa a fim de contribuir no estado da arte do tema em questão, segundo o que recomendam Epstein e King (2013): o problema de pesquisa deve (1) contribuir para a literatura acadêmica e (2) ser relevante para o mundo.

A delimitação do tema aos casos de megaprojetos econômicos em terras indígenas é complexa por nela haver um hibridismo jurídico, isto é, uma situação em que se demanda do Direito a proteção de interesses de realidades diferentes ou mesmo opostas.

É nesse ponto de contato e, às vezes, de conflito, que se questiona os limites do Direito e as possibilidades jurídicas para não só respeitar, mas garantir a dignidade humana dos sujeitos que, na atualidade, possuem direito não só de autodeterminação e de participação, mas de serem e de permanecerem culturalmente diferenciados.

Sob esse enfoque, a pesquisa trabalhou a hermenêutica jurídica dialógica e intercultural (o diálogo intercultural) na proteção de direitos indígenas frente à megaprojetos econômicos, e desenvolveu o tema para além do direito e do dever estatal de realizar a consulta prévia¹.

¹ Sabe-se que a consulta prévia também possui outras características para sua validade, tais como ser informada, livre, de boa-fé, acessível, mediante mecanismos culturalmente adequados etc. Todavia, na presente dissertação, será utilizada a expressão apenas “consulta prévia”, a fim de facilitar a leitura. Os requisitos condicionantes para a consulta válida serão analisados na seção 3.3, na qual se

Com esse enfoque, a pesquisa pode contribuir para a fundamentação jurídica em futuros processos litigiosos sobre empreendimentos em terras indígenas, bem como para a evolução dos debates quanto à consulta, ao consentimento e à sua vinculatividade.

O intuito foi tornar compreensíveis as ideias de interculturalidade e de diálogo intercultural, a fim de ajudá-las a serem postas em prática e a diminuir o distanciamento entre o campo teórico-abstrato e as realidades concretas.

Preocupou-se em demonstrar que é preciso ressignificar conceitos jurídicos clássicos sob o aspecto da realidade indígena e que seus direitos territoriais são vinculados ao seu próprio modo de ser e de existir, em coletividade e em ancestralidade, ainda que apareçam no corpo normativo associados ao “direito de usufruto” vinculado à concepção civilista de direitos reais.

A história, o modo de vida, a cosmovisão e os próprios institutos normativos de comunidades indígenas não fizeram parte dos significados, das etimologias e das concepções do sistema jurídico em vigor, o que leva à reflexão sobre a justiça de solução de litígios em que apenas uma das cosmovisões (o da sociedade envolvente) tem o poder da Jurisdição.

Nesse sentido, entendeu-se urgente estudar novas maneiras de garantir o diálogo intercultural na proteção dos direitos dos povos indígenas, visto que não podem ser sujeitos de direitos que aguardam uma futura (e incerta) era decolonial, nem podem depender apenas de políticas de governo ou de decisões fundamentadas apenas sob o aspecto político-econômico, sem observância das garantias de um ordenamento jurídico plural existente.

Enquanto política de Estado, dever estatal e compromisso com os direitos humanos, os direitos dos povos indígenas demandam respeito à dignidade, à cultura e ao território, mas também à segurança jurídica.

Assertivamente, o problema que norteou a presente pesquisa foi o seguinte: Como o diálogo intercultural se relaciona com a realização de megaprojeto econômico em terra indígena dentro do ordenamento jurídico brasileiro?

Para respondê-la, foram selecionadas as seguintes perguntas norteadoras: Como o reconhecimento constitucional das pluralidades indígenas resulta na adoção do viés da interculturalidade no Direito brasileiro? Quais os parâmetros para um

identificou os parâmetros interamericanos de direitos humanos garantidos aos povos indígenas em contextos de megaprojetos econômicos.

diálogo intercultural no contexto de megaprojetos econômicos em terras indígenas? Que implicações o diálogo intercultural traz para a questão sobre megaprojetos econômicos no ordenamento brasileiro?

O objetivo geral da dissertação é discutir as implicações do diálogo intercultural para a realização de megaprojetos econômicos em terras indígenas no ordenamento brasileiro. Os três objetivos específicos, por sua vez, dialogam com as perguntas norteadoras, e foram assim delimitados:

1 - Demonstrar que o reconhecimento das pluralidades indígenas introduz o viés da interculturalidade no Direito brasileiro;

2 – Estabelecer parâmetros para a realização de diálogo intercultural no tema megaprojetos econômicos em terras indígenas;

3 – Inferir implicações da diretriz do diálogo intercultural para a questão de megaprojetos econômicos dentro do ordenamento brasileiro.

No que se refere à metodologia, a pesquisa tem como paradigma epistemológico o materialismo histórico-dialético. A investigação se iniciou sob uma perspectiva crítica da pesquisadora ao compreender a evolução dialética dos direitos indígenas a partir de lutas históricas de afirmação e resistência.

Mas a abordagem utilizada é de pesquisa empírica, sob um raciocínio predominantemente indutivo e, de modo auxiliar, comparativo. Por ser predominantemente indutiva, a pesquisa não exige a elaboração prévia de uma hipótese, pois seu objetivo será “fazer derivar, do corpus empírico observado, formulações – que podem, por sua vez, vir a ser testadas em outras pesquisas” (MACHADO, 2017, p. 362).

Além disso, por meio de estudos empíricos, admite-se que o Direito está imerso “em um contexto social, cultural e histórico específico, que lhe molda e lhe condiciona” (IGREJA, 2017, p. 11); entende-se que seu objetivo é a produção de pesquisa que traga “complexidades, pontos de vistas, indicações para que sejam pensadas políticas adequadas” (IGREJA, 2017, p. 33).

O procedimento utilizado para a coleta de dados foi a revisão bibliográfica, mediante coleta de dados em livros, teses, dissertações e artigos científicos e em documentos como legislações, processos judiciais, relatórios de organismos internacionais de proteção de direitos humanos, jurisprudência brasileira, jurisprudência internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e jurisprudência internacional de direito comparado, especificamente nos países

Equador e Bolívia. A técnica de coleta dos dados bibliográficos foi a documentação indireta, isto é, a realização de fichamentos, e a análise crítica comparativa foi realizada a partir de casos-exemplo e de grande repercussão.

Seguindo as orientações de Epstein e King (2013), deve-se deixar claro os procedimentos utilizados para realizar as observações e inferências generalizadas da pesquisa, de maneira que ela possa ser replicada por outros pesquisadores. Nesse sentido, no que se refere à obtenção dos dados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), buscou-se no site da Corte IDH os casos contenciosos referentes a à violação do artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) - direito de propriedade, na perspectiva propriedade coletiva e imaterial de povos culturalmente diferenciados.

Foram identificados ao todo treze sentenças em que se desenvolveu a temática do direito à propriedade coletiva dos povos. São elas: Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua (2001); Comunidade Moiwana v. Suriname (2005); Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai (2005); Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai (2006); Povo Saramaka v. Suriname (2007); Comunidade Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai (2010); Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador (2012); Povo Indígena Kuna de Madungandí e Povo Indígena Emberá de Byano e seus Membros v. Panamá (2014); Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros v. Honduras (2015); Comunidade Garífuna de la Cruz e seus membros v. Honduras (2015); Povo Kaliña e Lokono v. Suriname (2015); Povo Indígena Xucuru e seus membros v. Brasil (2018) e Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina (2020).

Depois, comparou-se os resultados alcançados com os dispostos no “Cuardenillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 11: Pueblos indígenas y tribales”, a fim de aferir se algum dado relevante não havia sido coletado.

Também se comparou o material levantado com a Opinião Consultiva nº 23, de 15 de novembro de 2017 - “Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” -, tendo em vista os seguintes pontos temáticos de intersecção: contexto de grandes obras, danos a recursos naturais utilizados para

subsistência dos povos e estudo de impacto ambiental.

Na sequência, analisou-se os Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) denominados “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo” (2015), “Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía” (2019) e “Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales” (2021), momento em que também se buscou por revalidação dos dados coletados.

Quanto aos objetivos, a pesquisa foi exploratória e explanatória no primeiro momento, em que se investigou as consequências do reconhecimento constitucional das pluralidades indígenas para o Direito brasileiro e suas relações com a incorporação do viés da interculturalidade.

No segundo momento, a pesquisa foi exploratória e descritiva, pois visou a descrever os parâmetros para a garantia de um diálogo intercultural no contexto de megaprojetos econômicos em terras indígenas.

No terceiro e último momento, a pesquisa foi descritiva, comparativa e analítico-crítica, uma vez que visou a deduzir mudanças que o diálogo intercultural traz ao ordenamento brasileiro no tema-problema de megaprojetos econômicos em terras indígenas.

A pesquisa foi realizada no programa de Mestrado com área de concentração em “Constitucionalismo e Direitos na Amazônia” e na linha de pesquisa “Institucionalidades Estatais e Pluralidades Sociojurídicas”.

Respeitando-se a linha do programa, o tema se insere no âmbito amazônico, por ser a região do país com o maior quantitativo de terras indígenas demarcadas e considerada a mais promissora para futuros empreendimentos de exploração de riquezas minerais, inclusive em terras indígenas.

No que se refere às institucionalidades estatais, foram delimitados deveres funcionais para as autoridades públicas decorrentes da diretriz do diálogo intercultural, sobretudo no Poder Judiciário, que enfrenta o desafio da conformação do sistema jurídico à existência das pluralidades.

Destaca-se que a pesquisa jurídica foi realizada sob o enfoque interdisciplinar, complementando o Direito com aspectos históricos, filosóficos, antropológicos e sociológicos, considerando a necessidade de respeito às pluralidades dos povos titulares dos direitos estudados.

Por fim, explica-se que a dissertação está dividida em três capítulos, que foram estruturados para corresponder às três perguntas norteadoras, aos três objetivos específicos e aos três momentos de pesquisa.

No primeiro capítulo, apresenta-se os marcos teóricos que fundamentam o viés da interculturalidade, sendo eles o novo constitucionalismo latino-americano, o pluralismo jurídico e o decolonialismo. Também se demonstra as inter-relações entre eles, a crise de sentidos do Direito e adoção oficial da diretriz do diálogo intercultural por nosso sistema de justiça.

No segundo capítulo, descreve-se os parâmetros para compreensão da interculturalidade e aplicação do diálogo intercultural no contexto de megaprojetos econômicos, segundo a doutrina e os organismos internacionais de direitos humanos, dando-se especial enfoque para o sistema interamericano de direitos humanos.

No terceiro capítulo, faz-se uma análise crítica, contextualizada e comparativa do tema estudado para obter generalizações indutivas possíveis sobre as implicações do diálogo intercultural em contextos de megaprojetos econômicos no ordenamento brasileiro.

A primeira base comparativa refere-se a um juízo de convencionalidade² entre o texto do artigo 231 da Constituição Federal, a partir da interpretação a ele conferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Petição 3388 (caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol), e os parâmetros interpretativos do sistema interamericano de direitos humanos a respeito dos direitos territoriais dos povos indígenas, o que inclui as salvaguardas específicas para casos de megaprojetos econômicos.

A segunda base comparativa foi realizada a partir de dados levantados sobre dois casos-exemplos e de grande repercussão sobre megaprojetos econômicos e que possuem circunstâncias semelhantes: a construção da estrada Villa Turaní cortando o território indígena localizado no Parque Isiboro Sécore, na Bolívia, e a passagem de

² O juiz brasileiro deve realizar não só o controle de legalidade e de constitucionalidade das leis, mas também o controle de convencionalidade, que é um juízo de compatibilidade entre a norma brasileira e o tratado internacional de proteção de direitos humanos. A perspectiva sobre o controle de convencionalidade adotada na presente pesquisa é a de que todas as sentenças e as opiniões consultivas da Corte IDH são parâmetros para realização desse controle de convencionalidade, em razão de sua eficácia “erga omnes” (geral e para todos) no que se refere à função interpretativa da jurisprudência e das opiniões consultivas, uma vez que a própria Corte IDH é considerada a “intérprete última” da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, sabe-se que, apesar de ser polêmica no ordenamento brasileiro a questão acerca da possibilidade de a Constituição ser controlada pela convencionalidade, são incontroversos a eficácia paralisante que os tratados atribuem à norma infraconstitucional e o diálogo de cortes realizado entre a esfera interna e a internacional na promoção de direitos humanos. Sobre o tema e nessa perspectiva adotada, conferir Fonsêca (2018).

uma linha de transmissão de energia elétrica cortando o território indígena dos Waimiri-Atroari, no Brasil.

Ao final, são apresentados os principais resultados obtidos na pesquisa. Concluiu-se por terem sido alcançados tanto o objetivo geral, como os objetivos específicos, e se apresentou uma sistematização dos resultados alcançados, a partir do SIDH, a respeito de direitos e deveres estatais específicos em contexto de megaprojetos econômicos.

2 AS BASES PARA O DIÁLOGO INTERCULTURAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Este primeiro capítulo visa apresentar os marcos teóricos escolhidos para fundamentar a presente pesquisa e explicar como a diretriz do diálogo intercultural se inseriu dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a partir do reconhecimento constitucional das pluralidades indígenas.

Os marcos teóricos escolhidos referem-se ao novo constitucionalismo latino-americano, ao pluralismo jurídico e ao decolonialismo. Eles são abordados como inter-relacionados na perspectiva protetiva das pluralidades dentro de um Estado e de sua estrutura jurídica, o Direito.

Defende-se que esses marcos jurídicos são compatíveis com a realidade jurídica brasileira, diante do imperativo constitucional de proteção do pluralismo jurídico, dos direitos indígenas e dos direitos culturais na Constituição Federal de 1988.

Nosso texto constitucional é um marco normativo no âmbito interno, por ter quebrado com o paradigma monista e assimilacionista, bem como no âmbito internacional, visto que foi vanguarda em conferir status constitucional a direitos multiculturais no cenário da América Latina, e a antecipar alguns dos direitos previstos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O novo constitucionalismo latino-americano, em associação ao pluralismo jurídico, explica a mudança do paradigma constitucional brasileiro no que se refere ao direito dos povos indígenas. A teoria decolonial, por sua vez, apresenta-se como o componente teórico crítico, que permite análises dos conteúdos constitucionais com intuito emancipatório.

A ótica crítica decolonial lança luz sobre o contexto histórico de opressão e marginalização dos povos, permite pensar em novas possibilidades teóricas e existências num contexto desafiador ao Direito e visa dar efetividade às pretensões do pluralismo e do novo constitucionalismo.

O diálogo intercultural, por sua vez, é o ferramental capaz de permitir a efetivação de direitos humanos dos povos indígenas sob o enfoque plural e decolonial, demandando a compreensão da interculturalidade pelo aplicador do Direito. Por meio dele, entende-se possível dar direção à crise de sentidos enfrentada pelo Direito a partir dos desafios da pluralidade.

A vertente do diálogo intercultural fora reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como diretriz para todas as questões relacionadas à proteção dos direitos indígenas e, além disso, fora direcionada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para atuação deste órgão no país, conforme será demonstrado.

Importante é que se compreenda que o viés da interculturalidade, no ordenamento brasileiro, decorre dos marcos do pluralismo, do novo constitucionalismo latino-americano e da decolonialidade, e é um imperativo de instituições relevantes dentro do nosso sistema de justiça – os citados STF e CNMP.

Diante disso, os marcos teóricos mostram-se não só complementares, como essenciais para que os aplicadores do Direito compreendam, no capítulo seguinte, como exercer a interculturalidade na atuação prática em casos que envolvam direitos indígenas.

2.1 O constitucionalismo, o neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: uma diferenciação inicial

Conforme demonstra Alterio (2020), há dificuldade de consenso sobre o significado de constitucionalismo, uma vez que existem diversos tipos de Constituições e de arranjos institucionais ao redor do mundo. Todavia, há uma certa concordância na doutrina clássica constitucional sobre constitucionalismo ser uma ideologia de limitação do poder.

Sob esse conceito de limitação do poder, há doutrinadores que defendem não existir diferença entre a teoria jurídica do constitucionalismo, a do neoconstitucionalismo e a do novo constitucionalismo latino-americano (ALTERIO, 2020).

Para essa corrente doutrinária, os dois últimos modelos (neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo) apenas reforçam o paradigma do constitucionalismo – isto é, a limitação de poder -, mas ocorrem em momentos históricos e locais distintos: o primeiro, no cenário europeu após Segunda Guerra Mundial, e o segundo, no cenário latino-americano decorrente do período ditatorial (ALTERIO, 2020).

Já para outra grande parte da doutrina, o neoconstitucionalismo, ainda que mantenha a ideologia do constitucionalismo, constitui-se em outro estágio mais avançado, inaugurado após o marco histórico da Segunda Guerra Mundial, e com a finalidade de impor mudanças paradigmáticas no meio jurídico do século XX

(ALTERIO, 2020; ASSIS; VIEIRA, 2020; BARROSO, 2009).

Dentre essas mudanças, destaca-se a preocupação com a garantia de direitos fundamentais; o questionamento sobre os limites do positivismo e do jusnaturalismo para a ciência jurídica; e a reflexão sobre o papel dos juízes na aplicação do Direito frente à Constituição. O foco não é mais a simples limitação do poder, mas a garantia de direitos.

A partir desses doutrinadores, que entendem o neoconstitucionalismo como uma nova etapa diversa do constitucionalismo, surgem duas correntes que divergem entre si quanto à sua compatibilidade em relação ao positivismo jurídico, são elas: a vertente do neoconstitucionalismo normativo e a do neoconstitucionalismo propriamente dito (ALTERIO, 2020).

Na corrente do neoconstitucionalismo normativo, a mudança do Estado da Lei para o Estado da Constituição é compatível com o positivismo jurídico, enquanto na corrente do neoconstitucionalismo propriamente dito, as mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo demandam uma ruptura brusca e uma nova metodologia de estudo da ciência jurídica diversa do positivismo jurídico até então vigente (ALTERIO, 2020), o qual fica conhecido como pós-positivismo jurídico.

Na primeira vertente, o neoconstitucionalismo é compatível com o positivismo jurídico, pois segue-se o que está positivado na Constituição, ao passo em que na segunda vertente, o positivismo se torna obsoleto para explicar a realidade jurídica contemporânea.

Para esta última, o neoconstitucionalismo exige a nova metodologia jurídica do pós-positivismo para unir o melhor dos dois mundos: a segurança jurídica do positivismo jurídico e os valores do jusnaturalismo. Isso ocorre por meio de uma Constituição principiológica e por meio da aproximação do Direito com a Moral (ALTERIO, 2020).

De acordo com Alterio (2020) e Assis e Vieira (2020), o termo neoconstitucionalismo se tornou conhecido a partir dos trabalhos de Suzanna Pozzolo. Referida autora trata o neoconstitucionalismo pela ótica da segunda vertente, isto é, como uma nova proposta filosófica para o Direito na qual se mantém um viés antipositivista. Destacam-se nessa vertente as teorias jurídicas contemporâneas pós-positivistas de autores muito conhecidos e paradigmáticos para o Direito, como Dworkin, Zagrebelsky e Alexy (POZZOLO, 2002).

Depois de anos de consolidação, a perspectiva neoconstitucional do

neoconstitucionalismo propriamente dito sagra-se vencedora e, de modo, geral, o neoconstitucionalismo passa a ser relacionado a uma era jurídica em que a norma não é só regra, mas também princípio; não é mais símbolo do positivismo, mas também do pós-positivismo jurídico – em cuja metodologia se admite uma leitura moral do Direito (GOMES et al, 2012; BARROSO, 2006).

Os teóricos contemporâneos do Direito atribuem a tarefa de realizar essa leitura moral aos trabalhos dos tribunais e dos juristas (ALTERIO, 2020) e passam a enfrentar uma das principais limitações teóricas do positivismo jurídico: a falta de preocupação com a discricionariedade na aplicação do Direito (DWORKIN, 2010).

Nesse panorama, os teóricos pós-positivistas do Direito, preocupados com a discricionariedade, desenvolvem técnicas interpretativas específicas para restabelecer a união do Direito com a Moral. Preocupam-se, por exemplo, com a diferenciação entre princípios e regras; com o uso da ponderação e da subsunção para resolução de conflito entre normas; e com compatibilização de princípios ideologicamente heterogêneos que, à primeira vista, parecem incompatíveis entre si (ALTERIO, 2020).

Os novos parâmetros interpretativos que reconciliam o Direito e a Moral também reaproximam o Direito da Filosofia; não pelo uso de categorias metafísicas filosóficas, mas pela adoção de novas técnicas de interpretação e de aplicação do Direito inspiradas em Teoria da Justiça.

Nesse aspecto, o neoconstitucionalismo traz à tona questões como a razão de decidir, a argumentação jurídica, a hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, que passa a ter como fundamento a dignidade humana (BARROSO, 2006).

Surge então a estruturação de teorias para dar racionalidade às decisões judiciais e segurança na argumentação jurídica (ALTERIO, 2020), antes inexploradas pelo positivismo jurídico, pois sequer se preocupava com questões como a discricionariedade do Direito, a interpretação moral da Constituição ou a racionalidade possível dentro da textura aberta da área jurídica – temas esses enfrentados por filósofos contemporâneos como Dworkin (2010) e Alexy (2008).

Diferentemente do positivismo jurídico, o neoconstitucionalismo não se preocupa em desvendar a natureza ou descrever essencialmente o Direito, mas, como dito, com a prática jurídica e com a materialização de valores humanos. Ele surge como produto do medo de que se reproduza, novamente, atrocidades ligadas à

experiência histórica da Segunda Guerra Mundial e, nesse momento, abandona a pretensão de ser uma teoria neutra do Direito (ALTERIO, 2020).

A neutralidade passa a ser reconhecida como algo impossível, pois ela exige que seu intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho. Noutra giro, a imparcialidade e a objetividade são consideradas como suficientes – e possíveis – para a garantia de um julgamento com paridade de armas e de uma razão científica de validade geral para a decisão judicial (BARROSO, 2009).

Como explica o autor, o problema não é a exigência da neutralidade em si, mas o parâmetro de neutro que a neutralidade pressupõe: a manutenção do *status quo*, defendida pela doutrina liberal-normativista, e que não é fruto do acaso, mas do direito que vai ser posto conforme os padrões prevalecentes em sua própria época - os padrões hegemônicos.

Sob justificativa de manutenção dos padrões estabelecidos pelo Estado, praticaram-se as mais diversas perversidades históricas na humanidade (BARROSO, 2009), das quais se cita não só o nazismo, mas também a colonização de territórios.

As reflexões sobre a imposição de padrões – e sobre a necessidade de se abandonar a exigência de neutralidade – permitiu ascender uma nova concepção do Direito como “produto histórico e variável, dependente da vontade dos seres humanos e de suas práticas sociais” (ALTERIO, 2020, p. 55, tradução nossa).

Com essa evolução da crítica da neutralidade, começou-se a considerar que o pós-positivismo neoconstitucionalista também se tornou limitado, enquanto metodologia jurídica, juntamente às críticas ao positivismo e ao jusnaturalismo.

Isso porque, ao atribuir a tarefa de unir o Direito com a Moral aos juízes e aos tribunais, o neoconstitucionalismo deixa de fazer a reflexão de que não há uma única moral correta ou de que não há uma finalidade previsível de práticas sociais a construir e a legitimar a normatividade (ALTERIO, 2020). O juiz neoconstitucionalista é quem passa a escolher a interpretação moral aplicável à norma e, com isso, a sofrer críticas de legitimidade.

As metodologias jurídicas existentes, então, começaram a ser consideradas incapazes de refletir sobre o potencial emancipatório ou sobre os novos direitos surgidos com o reconhecimento de sujeitos que, antes, eram invisíveis, assim como as suas práticas sociais.

Nessa ótica, o jusnaturalismo, quando universalista, nega as diferenças; o positivismo jurídico, quando essencialista, mostra-se irreflexivo sobre as

consequências da discricionariedade da jurisdição; e o pós-positivismo jurídico neoconstitucionalista, quando preocupado com a tecnicidade do juiz na decisão judicial, torna-se uma vertente elitista de aplicação do direito (ALTERIO, 2020).

O foco na materialização dos direitos nas mãos do juiz neoconstitucionalista configura-se por meio de dois arranjos institucionais: a constitucionalização do ordenamento jurídico e o controle de constitucionalidade das leis (ALTERIO, 2020; BARROSO, 2006).

Esse arranjo tem em sua essência um aspecto positivo e um aspecto negativo. Por um lado, a ótica positiva é a de que o ser humano tem como referencial um ordenamento constitucional para garantir seus direitos fundamentais, o qual deve ser respeitado por meio do controle das leis e das condutas inconstitucionais.

Por outro lado, o aspecto negativo é o de que se tem questionada a legitimidade democrática dos juízes enquanto intérpretes últimos da Constituição. Os tribunais passam a deter o monopólio da jurisdição, a última palavra sobre o que é o Direito, a sua constitucionalidade, e o modo de interpretação, justificado pelo papel contramajoritário que põe o julgador em posição de evitar os excessos de maiorias conjunturais, ainda que advindos de representantes eleitos.

Desse modo, o neoconstitucionalismo acaba por se tornar um sistema elitista, em que o direito constitucional adota metodologias abstratas de racionalidade jurídica e diminui a capacidade da gente comum – e mesmo os detentores dos direitos - de tomar parte nos argumentos decisórios. Delega-se ao povo o papel de mero ratificador da vontade judicial (ALTERIO, 2020).

Baseado nesse cenário negativista, Alterio (2020) demonstra que o novo constitucionalismo latino-americano surge para sanar a falta de legitimidade do neoconstitucionalismo. Em seu turno, o sistema do novo constitucionalismo visa a reaproximar o Direito e a Política; a alavancar novas formas de participação democrática; e a aceitar que os princípios constitucionais não são apenas parte da Moral no Direito, mas um fator de Política, uma vez que haveria disputa política implícita entre princípios antagônicos, mas simultaneamente garantidos numa Constituição.

Sob esse aspecto, o novo constitucionalismo latino-americano se diferencia do “neoconstitucionalismo” porque traz novos arranjos institucionais inéditos para diminuir o problema de legitimidade democrática (ALTERIO, 2020; ASSIS; VIEIRA, 2020; PASTOR; DALMAU, 2019).

Enquanto o neoconstitucionalismo pretende limitar o poder do Estado por uma Constituição materializada, o novo constitucionalismo latino-americano avança na limitação do poder do Estado pelo próprio Poder Constituinte do Povo e nas suas mais diversas formas de expressão de vontade popular soberana (ALTERIO, 2020).

O novo constitucionalismo latino-americano se caracteriza como uma alternativa ao modelo neoconstitucional para “tentar superar, senão resolver, da melhor maneira possível, a clássica tensão entre Constituição e democracia” (ALTERIO, 2020, p. 169, tradução nossa).

Dá-se enfoque ao protagonismo popular, à tentativa de inseri-lo dentro das instituições, e se aceita que o Direito deve lidar com questões Políticas e não somente Morais; enquanto no neoconstitucionalismo, não se pensa a interferência da Política no Direito (ASSIS; VIEIRA, 2020; ALTERIO, 2020).

Para tentar sanar a questão da legitimidade democrática, no novo constitucionalismo latino-americano, amplia-se o acesso aos tribunais e a legitimidade processual; pensa-se na racionalidade da interpretação jurídica para que passe a ser, na solução de conflitos, em benefício de grupos sociais mais fracos; e se admite que está em construção um desenho institucional de fortes tensões internas (ALTERIO, 2020).

O novo constitucionalismo latino-americano torna-se uma via alternativa para mudar a correlação de forças sociais, um cenário fértil para repensar institutos jurídicos e um laboratório de aprendizado para o constitucionalismo clássico. Ele representa a primeira vez que um estágio de constitucionalismo experimental e transformador ocorre fora das fronteiras Europa-Estados Unidos (ALTERIO, 2020; DALMAU; PASTOR, 2019).

Ao se pensar os estágios do constitucionalismo como associados ao fim de um certo mal (no constitucionalismo, o poder ilimitado do soberano; no neoconstitucionalismo, as mazelas da Segunda Guerra Mundial), o novo constitucionalismo latino-americano é associado ao fim no mal da marginalização político-social de certos grupos e na desigualdade social existente na região. Busca-se caminhos possíveis para materialização da Constituição não realizada na América Latina (GARGARELLA; COURTIS, 2009).

Enquanto o neoconstitucionalismo nasce à luz de experiências jurídicas europeias pós Segunda Guerra Mundial, o novo constitucionalismo latino-americano surge em países da América Latina com a pretensão de ser um constitucionalismo

“autêntico”, de responder aos problemas próprios da região (ALTERIO, 2020).

Para delimitar o novo constitucionalismo latino-americano, Pastor e Dalmau (2010) utilizam como critério o fenômeno de Assembleias Constituintes recentes no cenário da América Latina. Tais Constituintes objetivaram um novo paradigma de Constituição mais democrática, que permitisse maior participação popular e força vinculante, de modo a superar a ideia de uma mera Constituição nominal já existente na “velha” América Latina (GARGARELLA, 2014; GARGARELLA; COURTIS, 2009).

Há pretensões diversas entre o velho e o novo constitucionalismo latino-americano, conforme explicam os autores:

Se algo tradicionalmente caracterizou o constitucionalismo latino-americano, não foi sua capacidade social integradora, sua força normativa ou a sua ampla legitimidade democrática. Muito pelo contrário. A história constitucional latino-americana, salvo poucas exceções, demonstrou o domínio das elites na decisão constituinte e, por outro lado, a identidade entre vontade elitista-crioula e a vontade constituinte (não democrática). O resultado foi um constitucionalismo conservador, que se manteve hegemônico, com suas diferentes facetas, até os dias de hoje. Nesses termos, o novo constitucionalismo latino-americano constitui uma resposta relegitimadora de novas constituições democráticas [...] (PASTOR; DALMAU, 2019, p. 340).

Como mencionado, a teoria constitucional clássica identifica como fator paradigmático de mudança do “neoconstitucionalismo europeu para o “novo constitucionalismo latino-americano, a questão da legitimidade democrática, a fim de garantir força normativa à Constituição. Neste outro trecho, os autores são ainda mais enfáticos quanto à essa diferença:

Um ponto em comum entre o novo constitucionalismo e o neconstitucionalismo é a reivindicação de um antigo significado com um significado diferente: o Estado constitucional. O Estado constitucional gira em torno da supremacia da Constituição. Portanto, os princípios constitucionais, como vontade do poder constituinte, têm a eficácia jurídica correspondente à sua posição. Na doutrina, principalmente como resultado da consolidação da corrente neoconstitucionalista, houve progresso na diferenciação entre o conceito formal e material do Estado constitucional. A distinção está em entender que um Estado que tem uma constituição, apenas em sentido formal, isto é, que tem um texto que se autodenomina como tal, e que organiza o poder do Estado, não é um Estado constitucional. Estado constitucional, ao revés, é aquele que conta com uma constituição de origem democrática e que limita o poder do Estado pelo respeito aos direitos fundamentais e pela vontade popular. Nesse prisma, a constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico não porque o seu texto a elege como tal, mas porque ela exprime a vontade democrática popular em seu conteúdo e nos valores que o inspiram. Portanto, a definição do Estado constitucional para o novo constitucionalismo não é apenas formal e normativa, mas se assenta no fundamento democrático que legitima o poder, uma dimensão que não parece estar presente em teses neoconstitucionais e que pareceria contrária à função que essa corrente atribui aos juízes ordinários (PASTOR; DALMAU, 2019, p. 342).

O problema é que esse ponto de vista defendido pela doutrina constitucional clássica limita a compreensão e a análise do novo constitucionalismo latino à força simbólica e à dimensão política da Constituição, deixando em segundo plano questões como o fim da marginalização de certos grupos sociais anteriormente invisibilizados e o protagonismo das massas insurgentes que mobilizaram as Assembleias Constituintes (BALDI, 2013).

Sob a visão clássica, apesar de se reconhecer que o novo constitucionalismo latino-americano pretende relegitimar as bases democráticas da América Latina, deixa-se de dar enfoque ao aspecto revolucionário que é a participação de sujeitos anteriormente marginalizados, e que passaram a ser componentes da massa insurgente e mobilizadora, causadora de ruptura na estrutura constitucional clássica e hegemônica.

Nesse aspecto, entende-se que, apesar de não haver um consenso quanto ao conceito ou ao marco inicial do novo constitucionalismo latino-americano, é possível identificar um problema em limitá-lo ao viés de um estágio constitucional específico em continuidade ou subsequente ao neoconstitucionalismo de matriz europeia.

Baldi (2013) critica essa conceituação clássica de novo constitucionalismo e defende que as Constituições mais recentes da América Latina – os casos de Equador e Bolívia³ – devem ser compreendidas não só juridicamente, mas em perspectiva histórica, política e social, como originadas no protagonismo indígena e na proposta de ruptura com o colonialismo que perdura na América Latina.

Para ele, a doutrina clássica torna invisível o caráter descolonizador, experimental e pluriverso que se deve ter e compreender sobre as novas práticas constitucionais latinas. Isso tem consequência nas reflexões e nos questionamentos que os aplicadores do Direito devem fazer sobre os limites e as bases estruturantes do atual Estado constitucional, principalmente quando se pretende pensar no papel das institucionalidades frente aos sujeitos antes invisibilizados.

Marés (2021), por sua vez, defende que sequer deveria focar-se numa ideia fragmentada de um novo constitucionalismo, uma vez que a própria gênese do constitucionalismo na América Latina é anticolonista, a exemplo dos processos iniciados por Haiti e Paraguai.

Nesse aspecto, ainda que haja recentes processos constituintes com textos

³ Até a conclusão e a defesa desta dissertação, o Chile ainda se encontrava na fase de Assembleia Constituinte.

inovadores na região, o aspecto diferenciador do constitucionalismo latino, enquanto identidade regional, e em sua gênese histórica, política e social, é seu aspecto anticolonista, que deve ser tomado em consideração para a concepção de Estado.

Para Uprimny (2011), uma dimensão primordial do novo constitucionalismo latino-americano é a mudança sobre a unidade nacional do Estado. Compreende-se que a unidade não é mais obtida pela homogeneização das diferenças culturais, mas por um acentuado nas diferenças, com valorização do pluralismo dentro de uma mesma nação.

Como consequência, uma das características principais das Constituições do novo constitucionalismo latino-americano é o compromisso com as pautas reivindicatórias dos grupos invisibilizados e a necessidade de compatibilização das diferenças dentro de um Estado intercultural e plurinacional.

A perspectiva constitucional clássica tenta sistematizar o fenômeno jurídico de Constituintes que se pretendem mais democráticas, mas deixa de dar foco no fato de que os mais recentes textos constitucionais têm clara intenção de ruptura com modelos de constitucionalismo transplantados de outros países, sobretudo os europeus (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017).

Quando o elemento político-social do protagonismo dos grupos marginalizados fica em segunda ótica, e dá-se foco somente ao viés teórico de um estágio constitucional, mantém-se a crítica dentro da mesma estrutura do constitucionalismo de matriz europeia.

Por esse viés analítico, Alterio (2020) considera como pertencentes ao “novo constitucionalismo latino-americano” somente as Constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009). Pastor e Dalmau (2010) e Gargarella (2018), incluem a Constituição da Colômbia (1991).

Alterio (2020, p. 143, tradução nossa) ressalta, ainda, que as “diferenças aparentes” entre neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano podem ser deixadas de lado, para efeito de comparação entre os dois estágios, “se nos centramos não tanto nas bases culturais destas correntes ou em sua história quanto em suas pretensões normativas”.

Ou seja, a pretensão normativa de Constituição – e não as bases culturais e os fatores político-sociais-ideológicos mobilizadores das massas populares – torna-se a chave de análise da doutrina clássica constitucional no que se refere à mudança dos estágios constitucionais.

O problema é que negar as bases culturais e a parte histórica, política e social do novo constitucionalismo é, como dito por Baldi (2013), manter em invisibilidade o papel desempenhado por povos marginalizados em sua própria história, o que apaga a proposta de se construir uma arquitetura institucional que reconhece as mazelas que esses grupos sofreram com o colonialismo, a fim de que possam ser subvertidas ou, ao menos, minimizadas.

É por esse motivo que na presente pesquisa adota-se a seguinte perspectiva: a de que o novo constitucionalismo latino-americano, transcende a busca da legitimidade democrática ao ordenamento jurídico, pois “visa romper com a pretensão da universalidade epistêmica consagrada pela modernidade” (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, p. 1126).

Sob essa linha de pensar, compreende-se o novo constitucionalismo latino-americano como proposta de romper com os padrões hegemônicos que foram adotados pelos Estados, a partir de uma reflexão inédita sobre as pluralidades que neles sempre foram sobreviventes, visto que não eram oficialmente permitidas de existirem.

Desse ponto de vista, o novo constitucionalismo latino-americano se propõe a refundar a teoria constitucional não somente em suas bases democráticas e legitimadoras, mas no abandono de propostas totalizantes e uniformizadoras dentro das institucionalidades.

Tais propostas foram típicas dos Estados que se formaram pela ideia de Estados-Nações da era da Modernidade – em que há o império da racionalidade antropocêntrica, mas homogeneizante do indivíduo (NOGUEIRA, 2016).

Nas propostas do novo constitucionalismo latino-americano, a intenção é de vir a ser, ao reverso, um modelo caracterizado pela multiplicidade e pelo pluralismo, inclusive dentro das institucionalidades (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017; UPRIMNY, 2011; BALDI, 2013).

Assim, o presente trabalho não se limitará à conceituação da teoria constitucional clássica sobre o que é o novo constitucionalismo latino-americano, e adotará a ótica da pluralidade e da mudança de paradigma constitucional, respeitando a luta dos povos historicamente marginalizados e seus papéis nos processos constituintes.

Essa opção conceitual sobre o novo constitucionalismo latino-americano tem como consequência a possibilidade de ampliar sua abrangência, mediante a inclusão

de diversos ordenamentos jurídicos além daqueles de recentes Constituintes contabilizados pela doutrina constitucional clássica. É o caso do ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 O Brasil inserido no Horizonte Pluralista do novo constitucionalismo latino-americano

Mencionou-se que a doutrina clássica constitucional considera como pertencentes ao novo constitucionalismo latino-americano somente as Constituições da Colômbia (1991), da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009).

Por essa ótica, a Constituição do Brasil (1988), apesar de promulgada somente três anos antes da Constituição da Colômbia (1991), ainda estaria vinculada ao estágio do neoconstitucionalismo (PASTOR; DALMAU, 2019; BARBOSA; TEIXEIRA, 2017).

Oliveira e Streck (2012) consideram questionável se a Constituição brasileira possa ser integrada àquelas do “novo constitucionalismo latino-americano, e destacam que esse estágio constitucional surpreendeu grande parte da academia, dos estudantes de direito e dos juristas brasileiros.

Isso ocorreu porque os juristas brasileiros sempre estiveram voltados para a produção estadunidense e europeia, dotados de uma visão depreciativa e desinteressada sobre a produção acadêmica e histórica latino-americana (OLIVEIRA; STRECK, 2012).

Apenas recentemente se inicia no Brasil a atenção e a admiração positiva pelo elemento latino-americano, o que se dá com “certo espanto” por “Constituições com alta carga inovadora, rompendo padrões arraigados, emancipadoras de povos tradicionalmente oprimidos, postos à margem do debate público, uma constitucionalidade revolucionária, programática, social, pluralista” (OLIVEIRA; STRECK, 2012, p. 14).

Oliveira e Streck (2012) identificam a Constituição brasileira como “quase-rupturista” e, portanto, distante das Constituições “rupturistas” da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador, ao passo em que consideram estas como de maior proximidade entre si do que com a brasileira.

Apesar disso, os próprios autores consideram que mais importante do que realmente enquadrar a Constituição brasileira dentro desse marco, é pensar como ela

pode interagir e dialogar com o novo constitucionalismo latino-americano (OLIVEIRA; STRECK, 2012).

Isso se mostra ainda mais factível quando se pensa que a Constituição brasileira guarda elementos de total sintonia com as novas Constituições latino-americanas, a exemplo de alguns temas identificados pelos autores: “presidencialismo, um Estado Democrático e de Bem-Estar, pluralismo como fundamento da República, o direcionamento para a integração da América Latina” (OLIVEIRA; STRECK, 2012, p. 21).

Sob essa ótica, a Constituição brasileira poderia ser classificada, pelo menos, como “Constituição preparatória do constitucionalismo latino” ou, ainda, como pertencente a um “Direito Constitucional Comum Latino-Americano para além do novo constitucionalismo latino-americano” (OLIVEIRA; STRECK, 2012, p. 21).

Nesse aspecto, Oliveira e Streck (2012) consideram que a Constituição brasileira está indubitavelmente nesse conjunto maior, e que essa aproximação conceitual pode vir a ganhar força quando compreendida mais amplamente, pela ótica de convergência do constitucionalismo no cenário latino-americano.

Uma proposta de convergir o atual cenário constitucional latino-americano foi idealizada por Raquel Fajardo (2010), e por ela denominado “constitucionalismo pluralista e multicultural”.

Segundo a autora, o atual estágio constitucional latino-americano se desenvolve de maneira pluralista e multicultural, a partir do reconhecimento de inéditos direitos aos povos indígenas em contextos de luta contra um “constitucionalismo importado”, no qual estava ausente a questão da pluralidade e do pluralismo jurídico.

O antigo paradigma constitucional latino-americano tinha como bases a monoculturalidade e o monismo estatal, sob os quais se justificava uma posição subordinada e inferiorizada do indígena em regime tutelar (FAJARDO, 2011).

Os direitos multiculturais e de pluralidade começam a ser reconhecidos aos povos indígenas a partir das constituições americanas do final do século XX e do início do século XXI, e rompem com esse antigo paradigma da monoculturalidade, do monismo jurídico, do regime tutelar.

Para Fajardo (2011), há três ciclos dessas reformas constitucionais pluralistas na América Latina, as quais estão em estágios evolutivos de direitos reconhecidos aos povos indígenas. O primeiro, denominado “constitucionalismo multicultural”,

desenvolve-se nos anos oitenta do século XX (especificamente no período de 1982-1988), e é identificado pelas seguintes características: multiculturalismo, diversidade, identidade cultural, sociedade multicultural e bilingue, além do reconhecimento de novas demandas indígenas.

O segundo, denominado “constitucionalismo pluricultural”, desenvolve-se nos anos noventa do século XX (especificamente no período de 1989-2005), e é identificado por reafirmar os direitos multiculturais do primeiro ciclo e, além disso, por desenvolver a ideia de uma nação multiétnica, de um pluralismo jurídico, e de novos direitos específicos de povos indígenas (FAJARDO, 2011).

O mais importante desse segundo ciclo foi a introdução de mecanismos para o pluralismo jurídico (FAJARDO, 2011), o qual visa romper com a ideia de um Estado monista, por exemplo, mediante a criação do Direito não só pelos poderes instituídos, mas também por autoridades e comunidades indígenas, suas próprias normas, costumes e jurisdições.

O terceiro ciclo, por sua vez, foi denominado “constitucionalismo plurinacional”. Ele se desenvolve já no século XXI, e é identificado especificamente nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009). São modelos de refundação do Estado constitucional, por meio do reconhecimento das origens ancestrais dos povos indígenas e da necessidade de ruptura com o histórico colonialista dessas sociedades (FAJARDO, 2011).

Nesse terceiro ciclo, houve a maior ampliação dos direitos dos povos originários de todos os tempos, pois antes eram limitados a direitos de “culturas diversas”. Os povos indígenas passam, então, a ser reconhecidos como originários e nações independentes, com direito à autodeterminação e, ao mesmo tempo, com direito à participação no novo modelo de Estado, no debate público, na conformação da sociedade, inclusive por meio dos valores de suas cosmovisões e perspectivas próprias de proteção social e da natureza (FAJARDO, 2011).

Estabelecidas essas bases, Fajardo (2011) lança a proposta teórica de compreender o novo constitucionalismo latino-americano pelo que ela denomina “Horizonte Pluralista”, cujas características principais são o questionamento do monismo jurídico, da identidade única do Estado-Direito e da monoculturalidade do Estado-Nação.

Esses questionamentos sintetizados sob “Horizonte Pluralista” somente foram possíveis graças as mudanças paradigmáticas advindas com as reformas

constitucionais latinas, tais como a ruptura com a supremacia institucional da cultura ocidental; o reconhecimento de igual dignidade de culturas; e a possibilidade de diversos tipos de participação direta dos povos anteriormente invisibilizados (FAJARDO, 2006).

Os povos indígenas passam ao *status* de sujeitos de direitos, e sujeitos políticos. Permite-se a superação da ideia de que a vontade popular se limita aos padrões hegemônicos do monismo estatal e das maiorias conjunturas de representantes políticos eleitos (FAJARDO, 2006).

A partir dessa ótica do “Horizonte Pluralista”, identificam-se características que se assemelham ao atual ordenamento constitucional brasileiro. Conforme destaca Marés (2012), a Constituição Federal brasileira de 1988 revolucionou a relação entre Estado e povos indígenas, ao tornar imperativo o fim de cinco séculos de política indigenista integracionista.

O texto constitucional de 1988 reconheceu no ordenamento brasileiro, pela primeira vez, o direito do indígena ser e permanecer culturalmente diferenciado (MARÉS, 2012). É uma lógica quebra com a antiga obrigatoriedade de o indígena estar em constante transição para se amoldar ao padrão cultural hegemônico da sociedade envolvente – paradigma presente na legislação pré e infraconstitucional de 1973 (o Estatuto do Índio).

A Constituição de 1988 também reconhece o uso tradicional da terra pelos povos indígenas e protege as suas organizações sociais, o que instaura a pluriculturalidade da organização social brasileira e inaugura o direito à sociodiversidade em nosso ordenamento jurídico - o “direito de todos à existência e à manutenção de todos os povos” - “um verdadeiro direito à alteridade” (MARÉS, 2012, p. 183).

Além disso, nosso texto constitucional conferiu legitimidade processual coletiva aos povos indígenas e determinou sua oitiva para exploração de potenciais energéticos, pesquisa e lavra de riquezas minerais em suas terras, ou seja, garantiu-lhes o direito de participação em assuntos de interesse público (MARÉS, 2012).

A partir dos pontos levantados, tem-se que o ordenamento constitucional brasileiro, apesar de não ser formalmente reconhecido como integrante do novo constitucionalismo latino, insere-se em seu debate sob o aspecto do “Horizonte Pluralista” de Fajardo.

Na Constituição brasileira de 1988, não só houve o reconhecimento explícito

da multiculturalidade como também se inaugurou uma nova concepção “juridicamente revolucionária” (MARÉS, 2012, p. 107), que rompe com a anterior visão integracionista e garante o direito à autodeterminação e à participação das organizações sociais indígenas em assuntos de interesse público.

A própria Fajardo (2011) identifica a Constituição Brasileira de 1988 como pertencente ao primeiro ciclo do constitucionalismo pluralista, e como vanguardista na inauguração de direitos que somente foram declarados no cenário internacional de direitos humanos no ano seguinte, 1989, por meio da Convenção 169 da OIT.

O ineditismo brasileiro na proteção constitucional de direitos indígenas também se destaca em relação ao direito comparado na América Latina:

É necessário ressaltar que até a década de 80, com raras exceções, as Constituições latino-americanas nem sequer se referiam aos direitos dos povos indígenas, alguns países criaram um sistema jurídico à margem da diferença étnica, como a Bolívia, de maioria de população indígena, que somente alterou a situação na reforma constitucional de 1994.

Por isso, a Constituição Brasileira de 1988 é um marco. Antes dela o tratamento que as Constituições davam ao tema era reticente e remetida sempre à legislação infra-constitucional, que não reconhecia a etno-diversidade nem a multiculturalidade. Quem lê a Constituição refundada do Panamá de 1983, por exemplo, é incapaz de saber que a realidade construiu Comarcas Indígenas com verdadeira jurisdição alternativa, porque a Carta não se refere a elas. [...]

Em 1988, embora sem coragem para declarar o país multi-étnico e pluricultural, a Constituição brasileira adotou a diversidade na fórmula de reconhecer a organização social, os costumes, a língua, crença e tradições dos povos indígenas além do direito originário sobre as terras que habitam. Como um sinal dos tempos, as novas Constituições americanas vão reconhecendo a sociodiversidade (...) [sic] (MARÉS, 2012, p. 185).

Como se nota, a Constituição brasileira passa a ser, nos anos 80, um verdadeiro marco para a nova ordem constitucional latino-americana de proteção dos direitos dos povos indígenas, tornando-se parte do primeiro ciclo constitucional pluralista.

Ao se compreender o novo constitucionalismo sob a perspectiva do avanço dos direitos indígenas e de demais grupos invisibilizados, identifica-se como eles se traduzem numa das principais identidades da nova constitucionalidade latina (OLIVEIRA; STRECK, 2012).

O enquadramento de ordenamentos jurídicos em ciclos constitucionais não deve gerar uma estagnação na compreensão dos direitos. Isso quer dizer que o ordenamento brasileiro não deve se limitar a proteger apenas os direitos sob a ótica estática do primeiro ciclo multicultural.

Como explica Wolkmer (2014, p. 72), o sistema normativo brasileiro se encontra aberto aos demais ciclos evolutivos do constitucionalismo pluralista pois “a chamada ‘Constituição Cidadã’ consagra o pluralismo, agregando a ele o adjetivo ‘político’, num sentido muito mais abrangente”.

O pluralismo jurídico, por exemplo, – que foi sistematizado no segundo ciclo de Fajardo - vai se apresentar como fenômeno também no Brasil e em outras sociedades políticas latino-americanas (WOLKMER, 2001).

No campo jurídico, o pluralismo quebra com o monopólio do poder estatal enquanto fonte única e exclusiva de todo o Direito (o monismo jurídico), “abrindo escopo para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos” (WOLKMER, 2011, p. 145).

A exemplo do que ora se aborda, cita-se a Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, dentre outros direitos garantidos às pessoas indígenas penalmente acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, prevê que a sua responsabilização deverá considerar os mecanismos próprios da comunidade (BRASIL, 2019b).

Por meio da referida resolução, recomendou-se adotar ou homologar práticas de resolução de conflitos em conformidade com os costumes e com as normas próprias das comunidades. Tornou-se incontroverso, para o sistema de justiça, que o nosso ordenamento jurídico se adequa ao pluralismo jurídico, conferindo não só autorização, mas recomendação explícita para ser aplicado na prática (BRASIL, 2019b).

Isso foi possível ao se atribuir à norma já existente do artigo 57 da lei nº 6.001/73⁴ (Estatuto do Índio), o viés constitucionalizado pluralista e compatível com as normas internacionais de direitos humanos dos povos indígenas. Reforçou-se a quebra do monismo jurídico e validou-se o pluralismo jurídico no aspecto da pluralidade que os povos indígenas dão ao ordenamento brasileiro.

Para além dessa ideia de sistema normativo ou práticas normativas diversos daquele estruturado pelo próprio Estado, o pluralismo jurídico também pode significar “uma multiplicidade de manifestações [...] num mesmo espaço-político, interagidas por

⁴ Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, 2001, p. 16).

O pluralismo passa, então, a se tornar um marco epistêmico e metodológico (WOLKMER, 2011), que vai explicar nossa Constituição enquanto pacto político da pluralidade que visa materializar a convivência e a coexistência das mais diversas, divergentes e participativas concepções, organizações sociais, culturais, forças sociais hegemônicas e forças não dominantes existentes no mesmo Estado.

No que se refere à Constituição brasileira de 1988, Wolkmer (2011) concorda com o anteriormente citado de Marés (2012), sobre ela ter sido um marco para o impulso inicial do novo constitucionalismo pluralista a nível de América Latina, o qual chama de “constitucionalismo pluralista intercultural”.

Apesar de a Constituição brasileira manter “certo perfil republicano liberal, analítico e monocultural, foi a mais avançada, relativamente a qualquer outro momento da história brasileira”, e inaugurou “amplas perspectivas pluralistas em seus diferentes campos de ação, como o religioso, filosófico, político e cultural” (WOLKMER, 2011, p. 151).

O atual ordenamento constitucional contribuiu para “superar uma tradição publicista liberal-individualista e social-intervencionista, transformando-se num importante instrumento diretivo propulsor para um novo constitucionalismo, de tipo pluralista” (WOLKMER, 2011, p. 152).

Essa modificação adveio das diversidades de culturas e da força incontestada dos povos indígenas, que conseguiram modificar o paradigma constitucional para materializar novos atores sociais, novas realidades plurais e novas práticas desafiadoras ao Direito.

Em razão disso, a Teoria do Direito e do Estado Constitucional passa a ser demandada a tomar em consideração o pluralismo jurídico para compreensão da atual realidade constitucional brasileira e da América Latina (WOLKMER, 2011).

A aproximação do viés do pluralismo com a teoria constitucional vai projetar a perspectiva de um novo Estado de Direito sob o marco do novo constitucionalismo latino-americano: “não só um modelo de Estado Pluridimensional, mas, sobretudo, como projeto para uma sociedade intercultural” (WOLKMER, 2011, p. 145).

Para tanto, é necessário “um repasse crítico sobre a trajetória do constitucionalismo do tipo convencional, individualista, estatal e liberal, que marcou a trajetória latinoamericana e brasileira” (WOLKMER, 2011, p. 145).

Mas para se realizar uma crítica jurídica justa a essa emergência do pluralismo, precisa-se ressignificar inclusive o pensamento crítico, pois ele precisará estar localizado junto aos povos, às suas vivências e aos seus anseios por reconhecimento de direitos (WOLKMER, 2019). Nesse sentido, atrai-se o elemento decolonial como instrumento para não só ressignificar a crítica jurídica, mas permitir a análise dos fenômenos de maneira complexa, como requer a pluralidade.

2.3 O elemento decolonial no Horizonte Pluralista do novo constitucionalismo latino-americano

Quando se pensa na trajetória do constitucionalismo do tipo convencional, de matriz europeia (neoconstitucionalismo), para o novo modelo de constitucionalismo que se pretende materializar na América Latina (novo constitucionalismo latino-americano), está se falando de uma temática nova no Direito, cujas bases doutrinárias ainda não estão plenamente construídas.

O próprio novo constitucionalismo latino-americano é considerado por grande parte da teoria constitucional clássica como em período de experimentação e de construção doutrinal (ALTERIO, 2020; PASTOR, DALMAU, 2019). Isso, contudo, não impede, mas, ao contrário, exige que a área acadêmica se debruce sobre o tema e apresente propostas de fortalecimento e implementação da área estudada.

É importante que não se desqualifique o fenômeno do novo constitucionalismo e se persista quanto às suas potencialidades. Como relembra Alterio (2020), em outra época também se desqualificava o neoconstitucionalismo, ao passo em que, hoje, tal fenômeno se encontra majoritariamente aceito na doutrina constitucional.

O novo constitucionalismo latino-americano é um modelo em transição e em construção, sem bases teóricas prévias, pré-estabelecidas, e que exige tanto o repensar institutos e noções já existentes no mundo jurídico, como o criar modelos de organização social e de arranjos institucionais (PASTOR; DALMAU, 2019; WOLKMER, 2019).

A fim de se possibilitar o reconhecimento, a participação e a emancipação dos sujeitos de direitos protagonistas do novo constitucionalismo pluralista, exige-se a compreensão de que a matriz anterior é excludente, pois historicamente os marginalizou e os impediu, enquanto povos culturalmente diferenciados, de ter uma existência plena em diversidade (WOLKMER, 2011).

Nesse contexto, torna-se de suma importância que se insira o elemento decolonial para a crítica do paradigma constitucional anterior, com a consequente propositura de alternativas para o Estado – e seu Direito - que refundem a teoria constitucional por suas novas bases democráticas pluralista e intercultural.

No mesmo sentido, Medici (2011) destaca que o decolonial se alia à teoria crítica constitucional latino-americana nas ferramentas de compreensão e análise dos recentes processos constitucionais nessa parte do continente. Por meio deles, permite-se compreender o valor simbólico das novas Constituições para a complexidade e o pluralismo sociocultural da região.

Bragato e Castilho (2014) reconhecem que as teorias pós-coloniais, especialmente a teoria descolonial ou decolonial⁵ da América Latina, pode ser utilizada para encontrar as suas bases teóricas de apoio.

Os ciclos constitucionais de matriz europeia possuem sólidas fundamentações teóricas consagradas em obras famosas e históricas de filósofos políticos europeus, enquanto o novo constitucionalismo latino-americano ainda necessita de teorias que justifiquem suas origens, pretensões e tendências (BRAGATO; CASTILHO, 2014).

As suas próprias características, quando analisadas sob a ótica da pluralidade, são descolonizadoras, a exemplo do reconhecimento de cosmovisões indígenas a compor o futuro ideal de Estado, e do objetivo de se criar um projeto societário que busca incluir sujeitos e coletivos historicamente excluídos e marginalizados (BRAGATO; CASTILHO, 2014).

Além disso, a proposta de o novo constitucionalismo latino-americano ser um constitucionalismo autóctone, pensado para dar fim às específicas mazelas sociais e marginalizações do contexto político, econômico, social e ideológico da América Latina, necessita de uma reflexão da realidade cultural e política latino-americana.

Essa tarefa irá atrair o fator histórico do colonialismo e do pós-colonialismo, pois é o que permitirá entender eventos, situações, processos sociais, educativos e culturais, que se tornaram marcos na construção do pensamento político e intelectual no continente (BRAGATO; CASTILHO, 2014).

Ainda, a teoria decolonial também pode vir a ajudar no acompanhamento dos

⁵ A respeito dos termos “descolonial” e “decolonial”, Walsh (2009) explica que a supressão do “s” marca uma distinção de significado no original castelhano “des”, pois não se pretende reveter o colonial, mas propor uma postura e atitude contra o colonial: a luta decolonial. No presente trabalho, será utilizado preferencialmente o termo “decolonial”.

esforços e dos problemas de implementação das promessas do novo constitucionalismo latino que ainda incorrem em críticas sobre sua inefetividade (BRAGATO; CASTILHO, 2014; GARGARELLA, 2014).

Demonstrada a importância do elemento decolonial na perspectiva pluralista do constitucionalismo latino-americano, deve-se compreender as suas bases teóricas para, em seguida, utilizá-las nas práticas desafiadoras do direito frente à pluralidade.

Para entender o elemento decolonial inserido na presente pesquisa, parte-se da sistematização de Luciana Ballestrin (2013), na qual demonstra que a teoria decolonial latino-americana advém da precursora teoria pós-colonial surgida nos contextos pós-coloniais de países africanos e asiáticos.

Explica a autora (BALLESTRIN, 2013) que o termo “pós-colonialismo” pode ser entendido de duas maneiras: o período histórico ocorrido na metade do século XX (em que houve a descolonização de países explorados pelo imperialismo e pelo neocolonialismo, especialmente nos continentes asiático e africano); e o conjunto de contribuições teóricas surgidas no final daquele século, oriundas de estudos literários e culturais, mas que passaram a ganhar evidência acadêmica nas ciências sociais.

Por meio dessas contribuições teóricas, a academia voltou o olhar para a identificação da relação antagônica de existência do colonizador e do colonizado e para interceder por este último, a partir do compromisso com a superação das relações de colonização, não só o colonialismo, mas também a colonialidade⁶ (BALLESTRIN, 2013).

Ballestrin (2013) também menciona que, apesar de ser possível encontrar autores que já escreviam sobre o tema antes mesmo de o pós-colonialismo ser considerado uma corrente ou uma escola de pensamento, há um destaque para a importância de três pensadores que constituem a denominada “tríade francesa” (Aimé Césaire, Frantz Fanon e Albert Memmi), bem como para o autor Edward Said, no que se refere à transformação da base epistemológica das ciências sociais, sendo considerados, hoje, autores clássicos do pós-colonialismo.

Em “Discurso sobre colonialismo”⁷, original de 1950, Césaire (2006)

⁶ O termo colonialismo aqui empregado se refere à própria colonização, à dominação de um povo sobre outro. A colonialidade, por sua vez, será explicada mais adiante, e se refere, em síntese, a um padrão de poder instaurado mundialmente, com base na inferiorização de sociedades, e que remanesce mesmo após finalizada o processo de independência, de descolonização formal de alguns Estados.

⁷ Este ensaio, publicado por Césaire em 1950, contextualiza-se temporalmente no período de descolonização de países no contexto pós-Segunda Guerra Mundial. Em apertada síntese sobre seu

compreende o nazismo da Segunda Guerra Mundial como um reflexo (e consequência aos europeus) de anos de violência, arbitrariedade e desumanidade dos processos de colonização que existiram ao redor do mundo.

A diferença é que o nazismo do século XX foi realizado contra os próprios europeus e no espaço-território europeu, e não mais em espaços territoriais ultramarinos, ocupados, à época da Colonização, por populações que foram inferiormente racializadas - africanos, indígenas, árabes, asiáticos etc.

Como se questiona Grosfoguel (2006), algo permitiu a Césaire enxergar o nazismo como “efeito bumerangue do colonialismo”, a ter essa interpretação original enquanto nenhum intelectual europeu conseguiu concluir por essa relação de continuidade entre colonização e nazismo⁸.

Grosfoguel (2006, p. 149) responde a essa reflexão a partir do que denomina “geopolítica e corpo-política do conhecimento”. A vinculação do nazismo ao colonialismo foi possível a intelectuais negros, e não aos demais, porque o pensamento se dá a partir de seus corpos. “Os intelectuais negros pensam a partir de seu corpo, sua pele, o lado outro da diferença colonial, e conseguem ver processos que são invisíveis ao homem europeu” (GROSFOGUEL, 2006, p. 149).

A diferença colonial é um termo utilizado por Mignolo (2020) no sentido de que há diferença no conhecimento a depender da geopolítica da narrativa. A diferença colonial implica na diferença entre a narrativa do centro e a da periferia, entre a crítica eurocêntrica e a crítica não-eurocêntrica, entre a produção de conhecimento por aqueles que participaram da versão dita oficial do sistema-mundo e aqueles que foram excluídos do debate.

A diferença colonial vai emergir, dando visibilidade a uma infinidade de

conteúdo, autor aborda como o processo de colonização esteve vinculado ao processo de desumanização do colonizador, a ponto de degradá-lo, despertar sua violência, seu ódio racial e seu relativismo moral em prol do objetivo da conquista, e a relação entre essa desumanização e as origens do nazismo da Segunda Guerra Mundial. Césaire destaca como o homem nativo colonizado se reduziu a um instrumento de produção e que os termos “homem, humanismo e nação” são valores inventados e aplicados aos próprios europeus, mas negados aos restantes de nações não reconhecidas, as quais são formadas por corpos humanos (nativos, indígenas, negros) bestializados. O autor critica, ainda, o eurocentrismo do movimento comunista na França, o reducionismo do elemento “classe” para compreensão da condição do negro colonizado sem o fator “da situação colonial” a que fora submetido, e propõe, em linhas gerais, a ação consciente do movimento negro a partir de uma ótica descolonizada e localizada junto à sua própria história.

⁸ Além de Césaire, Grosfoguel (2006, p. 149, tradução livre) ressalta, citando Kelley, que somente outros intelectuais negros conseguiram chegar a essa conclusão: “se trata da tradição de pensadores negros norte-americanos e caribenhos como W. E. B. Dubois, George Padmore, Oliver Cox, C. L. R. James e outros”.

histórias, pensamentos, versões e perspectivas suprimidas ao longo dos anos. Passa-se a compreender como há limitação da história conhecida, contada à luz do mundo ocidental, uma vez que fora construída e ensinada a partir da ótica de apenas um dos lados da diferença colonial: aquela situada na perspectiva eurocêntrica sobre a história das civilizações humanas (MIGNOLO, 2020).

Se nos localizarmos geopoliticamente do outro lado, mudamos a geografia do conhecimento (de onde o conhecimento está sendo criado, produzido), e podemos entender, do mesmo modo que esses intelectuais negros, que a “Europa descreve como nazismo não outra coisa que o colonialismo regressando à casa para conquistar os conquistadores” (GROSFOGUEL, 2006, p. 150).

Essa maneira de construir conhecimento não pode ser reduzida a um relativismo de perspectiva, a um ponto de vista isolado contra a história. Ao contrário, como explica Grosfoguel (2006), esse novo olhar que considera a geopolítica e a corpo-política de onde é produzido o conhecimento, permite uma reanálise da história, a percepção de que houve um olhar limitado sobre a versão lançada ao mundo sobre as conquistas europeias.

A versão eurocêntrica sobre a “verdade” do período de colonização do Novo Mundo torna invisível certas questões ao olhar do homem europeu, que se torna incapaz de perceber o “Outro”, e encontra dificuldade em conceitualizar e a aceitar a sua versão (GROSFOGUEL, 2006).

Questionamentos desse tipo levaram aos intelectuais que viviam no período de descolonização das colônias africanas e asiáticas, no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, a analisar criticamente a historiografia mundial.

Ballestrin (2013) ressalta que paralelamente aos clássicos da tríade francófona, nos anos 70, se formava o Grupo de Estudos Subalternos no sul asiático, cujo objetivo era realizar análises críticas sobre a história e o processo colonizador da Índia, e que se tornou conhecido fora daquele país na década seguinte.

O debate pós-colonial tornou-se difundido nos estudos literários e culturais na Inglaterra e nos Estados Unidos, momento em que passou a ter repercussão para intelectuais latino-americanos, inclusive nas ciências sociais brasileiras (BALLESTRIN, 2013).

Inspirados no Grupo Sul-Asiático de Estudos Subalternos, os intelectuais latino-americanos fundaram, em 1992, o Grupo Latino-Americano de Estudos Subalternos, e inseriram a América Latina no debate pós-colonial.

O objetivo era reconstruir a história latino-americana, suas categorias de análise, bases epistemológicas, e reconhecer a condição de subalternidade existente no interior de suas sociedades latinas plurais e recém-saídas de regimes militares (BALLESTRIN, 2013).

Ocorre que, a partir de determinado momento, os intelectuais latinos passaram a ter certo descontentamento com as bases dos estudos subalternos sul-asiáticos, dentre os quais Ballestrin (2013) destaca a crítica de Mignolo sobre a historiografia latino-americana não se constituir sob a mesma perspectiva indiana de colonização pelo império britânico.

Além disso, a trajetória latino-americana não só estava oculta sob essa perspectiva sul-asiática, como também invisibilizado o seu protagonismo em ser a primeira região do mundo a sofrer a violência colonial na perspectiva do sistema-mundo do capitalismo global (a partir da ocupação e exploração das Américas antes da formação de colônias asiáticas e africanas) (BALLESTRIN, 2013).

A autora demonstra que, devido a essas divergências teóricas, o Grupo Latino-Americano dos Estudos Subalternos foi desagregado, ao passo em que, na mesma época (final dos anos 90), iniciaram os primeiros encontros do posterior grupo que fundaram, o Grupo Modernidade/Colonialidade.

Referido grupo passa a radicalizar o argumento pós-colonial no específico contexto latino-americano, inclusive mediante conceitos-chaves próprios para análise da colonialidade, da história mundial e do sistema-mundo.

Grosfoguel (2008, p. 122) sintetiza as novas abordagens analíticas da historiográfica latino-americana da seguinte maneira:

Vendo a partir do lugar estrutural de uma mulher indígena das Américas, o que então surgiu foi um sistema-mundo mais complexo do que aquele que é retratado pelos paradigmas da economia política e pela análise do sistema-mundo. Às Américas chegou o homem heterossexual/branco/patriarcal/cristão/militar/capitalista/europeu, com as suas várias hierarquias globais enredadas e coexistentes no espaço e no tempo, as quais, por motivos de clareza da presente exposição, passarei em seguida a enumerar como se fossem independentes umas das outras:

- 1) uma específica formação de classes de âmbito global, em que diversas formas de trabalho (escravatura, semi-servidão feudal, trabalho assalariado, pequena produção de mercadorias) irão coexistir e ser organizadas pelo capital enquanto fonte de produção de mais-valias através da venda de mercadorias no mercado mundial com vista ao lucro;
- 2) uma divisão internacional do trabalho em centro e periferia, em que o capital organizava o trabalho na periferia de acordo com formas autoritárias e coercivas (Wallerstein, 1974);
- 3) um sistema interestatal de organizações político-militares controladas por

homens europeus e institucionalizadas em administrações coloniais (Wallerstein, 1979);

4) uma hierarquia étnico-racial global que privilegia os povos europeus relativamente aos não-europeus (Quijano, 1993, 2000);

5) uma hierarquia global que privilegia os homens relativamente às mulheres e o patriarcado europeu relativamente a outros tipos de relação entre os sexos (Spivak, 1988; Enloe, 1990);

6) uma hierarquia sexual que privilegia os heterossexuais relativamente aos homossexuais e lésbicas (e é importante recordar que a maioria dos povos indígenas das Américas não via a sexualidade entre homens como um comportamento patológico nem tinha qualquer ideologia homofóbica);

7) uma hierarquia espiritual que privilegia os cristãos relativamente às espiritualidades não-cristãs/não-europeias institucionalizadas na globalização da igreja cristã (católica e, posteriormente, protestante);

8) uma hierarquia epistémica que privilegia a cosmologia e o conhecimento ocidentais relativamente ao conhecimento e às cosmologias não-ocidentais, e institucionalizada no sistema universitário global (Mignolo, 1995, 2000; Quijano, 1991);

9) uma hierarquia linguística entre as línguas europeias e não-europeias que privilegia a comunicação e a produção de conhecimento e de teorias por parte das primeiras, e que subalterniza as últimas exclusivamente como produtoras de folclore ou cultura, mas não de conhecimento/teoria (Mignolo, 2000) [sic]. (GROSFUGUEL, 2008, p. 122)

Dentre as chaves de análise próprias dos teóricos latino-americanos, destaca-se, primeiramente, o deslocamento do marco temporal do início da Modernidade⁹ para 1492, com a chegada de Colombo nas Américas (DUSSEL, 1993), inaugurando a Modernidade junto à Colonialidade.

Modernidade/Colonialidade passam a ser vistas juntas, sendo a Colonialidade o lado sombrio, o lado colonial da Modernidade (MIGNOLO, 2003). “Modernidade/Colonialidade/Decolonialidade”, com destaque para as barras entre as palavras “que as unem e as separam ao mesmo tempo” (MIGNOLO, 2018, p. 109), torna possível entender que a teoria decolonial – o viés da decolonialidade - foi o que tornou visível a colonialidade como o lado mais sombrio da modernidade.

Segundo Mignolo (2006, p. 201), o “decolonial” advém da descolonização do pensamento a partir da quebra de paradigma que contrapõe o “penso logo existo” com o “sou, logo penso”. Trata-se de uma “virada cesariana” nas ciências sociais (“cesariana” de Aimé Césaire, anteriormente citado quando se explicou a corpo-política do conhecimento).

⁹ Conforme explica Mignolo (2020), o termo “Modernidade” aqui empregado não deve ser compreendido como aquele associado à literatura, filosofia e história das ideias, mas sim ao sistema mundial moderno sob a análise das ciências sociais, segundo a teoria que situa o início do capitalismo na colonização da América Latina a partir no século XV. Nesse sentido, a Modernidade não se associa ao marco temporal da história europeia em relação à “Idade Moderna” (queda do Império Bizantino e a tomada de Constantinopla pelo Império Turco-Otomano, em 1453). Para ele, a Modernidade está atrelada ao sistema-mundo capitalista formado a partir da colonialidade: um novo modo de articulação de poder estruturante a nível global.

Essa “virada cesariana” no contexto pós-colonial, permitiu um “giro descolonial” do pensamento nas ciências sociais, que importa em negar as abstrações e imposições da retórica da modernidade, sobretudo quando baseadas em premissas únicas, unidirecionais e eurocentradas.

Segundo Aníbal Quijano (2009, p. 79), o eurocentrismo que explica o sistema-mundo capitalista - tanto a teoria liberal, como a teoria materialista marxista e as teorias estruturais e funcionalistas das ciências sociais - não conseguem explicar como o capitalismo conseguiu se implantar como uma “totalidade” em tantos locais do mundo “não só diferentes, mas descontínuos, incoerentes e ainda conflituosos entre si, em cada momento e ao longo do tempo”.

Essa ideia de totalidade do sistema-mundo capitalista “implica que o todo e as partes correspondem a uma mesma lógica de existência”, e impõe às mais diversas sociedades que possuam essa mesma lógica capitalista, que impõe uma “homogeneidade básica que sustenta a consistência e a continuidade das suas relações, como num organismo, ou numa máquina, ou numa entidade sistêmica” (QUIJANO, 2009, p. 85).

A totalidade do sistema-mundo capitalista recai sobre sociedades historicamente heterogêneas e implanta uma ordem estrutural duradoura, que exige “uma intersubjetividade que a tornasse possível e preferível” (QUIJANO, 2009, p. 82).

Quando desafiamos essa totalidade frente às sociedades historicamente heterogêneas - cujas relações com o sistema-mundo capitalista são descontínuas, inconsistentes e conflituosas – e não como um vácuo histórico, um fato dado -, encontramos relações reais muito diferentes da totalidade e do que explica o eurocentrismo (QUIJANO, 2009).

No contexto das relações de poder, as partes acabam por não serem vistas por sua própria natureza individual, posto que, no entorno, há uma totalidade que as constitui enquanto pertencentes a um todo. Quando separadas umas das outras e dessa totalidade, “cada uma delas se torna uma unidade total na sua própria configuração porque tem igualmente uma constituição historicamente heterogênea” (QUIJANO, 2009, p. 85).

Também sob esse binômio parte-totalidade, o autor compreende a experiência da colonização da América Latina como a instauração da totalidade do sistema-mundo capitalista e explica que isso só foi possível pela capacidade de um grupo se impor sobre os outros e articular sobre eles o seu controle, mediante uma

nova estrutura societal. A isso identifica como “poder” e o insere como uma “existência real na vida dos indivíduos” (QUIJANO, 2009, p. 84).

Esse “poder” seria diferente da conclusão a que chegou a teoria marxista sobre o poder entre as classes sociais. A visão de classe se tornou reducionista para explicar a realidade latina, “pois refere-se única e exclusivamente a um único dos meios do poder: o controle do trabalho e dos seus recursos e produtos”, e deixa de considerar o poder exercido em outras relações pessoais além da classe, como nos elementos natureza, sexo, subjetividade, conhecimento e autoridade (QUIJANO, 2009, p. 98).

Com essas críticas, Quijano defende que é pertinente “sair da teoria eurocêntrica de classes sociais e avançar para uma teoria histórica de classificação social”, a qual se refere:

(...) a processos de longo prazo nos quais os indivíduos disputam o controle [sic] dos meios básicos de existência social e de cujos resultados se configura um padrão de distribuição do poder centrado em relações de exploração/dominação/conflito entre a população de uma sociedade e numa história determinada (QUIJANO, 2009, p. 100, tradução nossa).

Assim, o “poder” existente na vida das pessoas não poderia se reduzir ao poder nas relações de trabalho, visto que está presente em diversas outras relações existenciais. Sob esse entendimento, o autor conclui que é a distribuição desse poder que irá classificar socialmente as pessoas, o que, na experiência da América, vai se evidenciar a partir de uma estrutura social que articula o trabalho, a raça e o gênero no complexo exploração/dominação/conflito.

Na história conhecida (eurocêntrica - liberal ou marxista) do capitalismo mundial, os fatores que geraram relações de poder entre as pessoas foram o sexo, a idade e a força de trabalho. Aqui, importa ressaltar que Engels (2019) analisa a primeira divisão do trabalho como aquela existente entre o homem e a mulher, ou seja, a partir dos fatores sexo e força de trabalho a que Quijano se refere.

Ocorre que ao se analisar a historiografia da América considerando sua heterogeneidade, teria se acrescentado o atributo “fenótipo” para o exercício de relações de poder, para classificação de pessoas, e para divisão do trabalho, o que levou à inserção do elemento “raça” como constituinte de todo o sistema-mundo capitalista iniciado a partir da Modernidade em 1492 (QUIJANO, 2009).

Houve, a partir da experiência colonial, um novo universo de relações intersubjetivas que se desenrolam sob relações de poder vinculadas à raça, à

hegemonia e à totalidade do sistema-mundo eurocêntrico, a que Quijano (2009) denominou “colonialidade do poder”.

Grosfoguel (2008) sintetiza que a colonialidade do poder inova com a ideia de que raça/racismo foi o princípio organizador que estruturou todas as múltiplas hierarquias de poder do sistema-mundo capitalista. A colonialidade do poder explica como se instaurou um modelo-padrão de poder, típico da modernidade, que interliga a questão da raça com o Estado, a divisão internacional do trabalho e a produção do conhecimento (QUIJANO, 2001).

Por meio dessa ideia de colonialidade do poder também se alcança outras duas chaves de análise da teoria colonial que são a colonialidade do saber e a “colonialidade do ser. Num mundo colonizado, em que a Europa se torna o centro do mundo, do capitalismo mundial, e inaugura um sistema-mundo que classifica pessoas em raças diversas do padrão europeu, há um processo de re-identificação histórica de regiões e povos, a quem foram atribuídas novas identidades geoculturais (QUIJANO, 2005).

As histórias e as experiências culturais de cada região passam a desaparecer para dar lugar a uma só ordem cultural global cujo padrão é o hegemônico europeu-ocidental, que passa a controlar a subjetividade em sua inteireza, não só a cultura, mas também o conhecimento e a produção do conhecimento (QUIJANO, 2005).

Esse processo ocorre a partir de várias ações sucessivas: (i) a expropriação de descobrimentos culturais; (ii) a repressão da subjetividade do colonizado; e a (iii) imposição de que os colonizados aprendam e se submetam à cultura dos dominadores (QUIJANO, 2005).

Essa prática reprimiu as “formas de produção de conhecimento dos colonizados, seus padrões de produção de sentidos, seu universo simbólico, seus padrões de expressão e de objetivação da subjetividade” e implicou “colonização das perspectivas cognitivas, dos modos de produzir ou outorgar sentido aos resultados da experiência material ou intersubjetiva, do imaginário, do universo de relações intersubjetivas do mundo; em suma, da cultura” (QUIJANO, 2005, p. 121).

Ao se contar a história mundial a partir da perspectiva do colonizador, invisibilizando-se a versão do outro lado da diferença colonial (a que seria contada por povos inferiorizados), explica-se não só a subjugação dos povos, como a subalternização dos seus conhecimentos (MIGNOLO, 2003).

Nesse sentido, a colonialidade do poder permite entender a colonialidade do

saber e a colonialidade do ser que se instaurou, respectivamente, sobre os saberes e sobre os próprios seres colonizados. Os colonizados, ao perderem suas antigas identidades e serem recategorizados, foram obrigados a suprimir suas subjetividades de modo a adaptarem-se ao modelo impositivo do padrão eurocêntrico de poder, de ser, de conhecer e de produzir conhecimento.

Diante dessas categorias analíticas, os pensadores sociais começaram a se questionar sobre a ausência do elemento “decolonialidade” nas ciências filosóficas e sociais e que potencialidades de teorias não-europeias poderiam ainda estar descobertas (MALDONADO-TORRES, 2008).

Também passaram a constatar que os paradigmas teóricos dos últimos quinhentos anos se impõem como um ponto de vista universalista, neutro e objetivo (GROSGUÉL, 2008), sem se perceberem – e se reconhecerem - como um ponto de vista resultante do hegemônico padrão de poder-ser-saber eurocêntrico-ocidental.

Sob esse aspecto, quando se insere a decolonialidade no conhecimento, exige-se levar a sério “a perspectiva, as cosmologias, as visões de pensadores críticos do Sul Global, que pensam com e a partir de corpos e lugares étnico-raciais/sexuais subalternizados” (GROSGUÉL, 2008, p. 117).

Walsh (2018) destaca que decolonialidade não é uma condição estática ou um ponto de chegada específico, mas uma maneira de tornar visível, de alcançar perspectivas distintas que demonstram não ser a racionalidade eurocentrada a única possibilidade de existência, de análise ou de pensamento.

A decolonialidade revelará formas de pensar, conhecer, ser, fazer, que emergem das margens e das fissuras dentro da colonialidade existente e que desafiam o sujeito-pensante a não mais pensar sobre povos e seus saberes, mas a pensar com eles, com os seus olhos e com os seus corpos (WALSH, 2018).

Como um instrumental e ferramenta da práxis da decolonialidade, Walsh (2018) destaca a interculturalidade, a qual deve ser compreendida de forma crítica, não como uma inter-relação, um multiculturalismo ou um diálogo entre culturas, mas como uma proposição de questionamento dos padrões hegemônicos das estruturas estatais que deve dar lugar a uma relação de equidade entre diversas lógicas culturais, saberes e modos de existência.

Essa nova perspectiva decolonial trouxe implicações para o âmbito das ciências sociais e, como não poderia deixar de ser, para a própria ciência jurídica, quando a obriga a lidar com os novos desafios do reconhecimento de sujeitos plurais

e detentores do direito de exercerem seus modos de vida e de existência. O Direito é desafiado na práxis da interculturalidade.

2.4 As pluralidades indígenas, a crise de sentido do Direito e o diálogo intercultural

Compreender o imperativo de proteção das pluralidades indígenas dentro do Estado Constitucional nos leva a uma reflexão prévia sobre a sua matriz europeia-liberal, na qual há intenção de se ter um modelo de sociedade em que os indivíduos sejam todos iguais em direitos e em oportunidades, e o Estado tenha a função apenas de garantir a liberdade de exercício de tais direitos (MARÉS, 2012).

Nessa ótica do Estado-Direito-liberal, a cultura constitucional traz consigo a ideia de um Estado universal: único, com uma fonte única do Direito (monista, definida pelo Estado) emanada da própria Constituição, padronizado em leis e códigos que pretendem prever todas as possibilidades de relações jurídicas entre os indivíduos, com o mínimo de lacunas (MARÉS, 2012).

Pensar nessa organização institucional nos leva a questionar como ela poderia aceitar, em sua proposta universal e homogeneizante, a organização social indígena, que é fundada em normas internas regidas por relações culturais e não por códigos escritos pré-estabelecidos pelo Estado (MARÉS, 2012).

Segundo Ferraz Junior e Borges (2020), a adaptação do Estado-Direito à questão da pluralidade social, o faz passar por uma atual “crise de sentidos”. O Direito que se põe em crise é todo o conjunto de institutos jurídicos, de instituições estatais e extraestatais, de racionalidades técnicas existentes, da decidibilidade dos conflitos - isto é, vai para além da ciência jurídica em si, afetando a própria Jurisdição e a resposta que deve dar enquanto institucionalidade.

Do ponto de vista da vida social, o Direito é uma instituição produtora de sentidos dos atos e das condutas da coletividade, que deveria segui-lo conforme os padrões definidos pelo Estado enquanto paradigma privilegiado de padronização, de juridicidade, moralidade etc. (FERRAZ JUNIOR; BORGES, G., 2020).

O sentido é um “fenômeno [que] se apresenta ao sujeito cognoscente como que lhe é dado no universo da sua vivência” (FERRAZ JUNIOR; BORGES, G., p. 25). Para explicar como esse sentido entra em crise no Direito, os autores citam, primeiramente, a virada linguística que ocorreu a partir de Heidegger e sua teoria

sobre o “ser-junto-a”, a qual denunciou a insuficiência da “coisa” para definir o seu sentido, e mostrou que as coisas – e seus sentidos - existem sempre juntas de algo ou alguém (FERRAZ JÚNIOR; BORGES, G., p. 28).

Sob essa ótica, há sempre uma dupla relação sujeito-objeto. O sentido “não é real, ele não existe propriamente dito, senão apenas enquanto linguagem, mas que, por ser sempre referencial às vivências, apresenta-se como ‘formas complexas da consciência’” (FERRAZ JÚNIOR, BORGES, G., p. 29). Isso significa que o sentido varia conforme a existência de quem o determina.

Aliada à teoria decolonial, insere-se na composição do sentido também a relação entre o sujeito e os fatores de colonialidade que moldam a sua vivência, pois, como visto, ditaram os modos impostos de vida, de poder, de ser e de saber do sujeito colonizado (MALDONADO-TORRES, 2008).

O sentido, portanto, deixa de ser puramente individual. O indivíduo, na verdade, ao nascer, depara-se com um acervo histórico social e colonial de sentidos de sua comunidade e das instituições existentes e, ao crescer, conta com as suas percepções, frutos das experiências vividas (FERRAZ JUNIOR; BORGES, G., 2020).

O papel do Direito enquanto estabilizador de sentidos tem uma função positiva: trazer a reconfortante solução de conformação social à inquietude humana e permitir a complexa e plural convivência coletiva (FERRAZ JUNIOR; BORGES, G., 2020).

O lado negativo dessa estrutura é que essa definição de sentidos reduz a complexidade dos sujeitos plurais, porque “nivela e homogeneíza respostas diante dos desafios da vida à medida que fornece, com seu arcabouço cognitivo e moral, as possibilidades e as probabilidades de reações sociais” (FERRAZ JUNIOR; BORGES, G., 2020, p. 31).

O Estado-Direito, fundado na base da Modernidade - antes mesmo da revolução heideggeriana sobre o ser e a coisa – e antes da teoria decolonial esclarecer a Colonialidade como o lado sombrio da Modernidade -, foi um lugar de reforço, por séculos, dos sentidos do homem-modelo-padrão (colonizador) para todas as regras que regem a sociedade (colonizada).

A “crise de sentidos” do Direito advém quando se autoriza a romper com a sua função padronizadora; reconhece a pluralidade e, na sequência, rompe com o paradigma assimilacionista e integrativo ao padrão externado. Essa autorização ocorre quando se prevê o direito de ser e de permanecer diferente – de autodeterminar-se enquanto sujeito diverso e plural.

A “crise de sentidos” irá se agravar na proporção da complexidade da sociedade em questão e no caso brasileiro terá relação com as novas demandas da pluralidade social e do pluralismo jurídico. O Direito brasileiro, ao refletir sobre sua origem na matriz europeia-liberal passa a constatar que houve uma “colonização do saber jurídico e da dogmática domésticos, que distanciam a comunidade da vida multiétnica e plurinacional da comunidade de sentidos operacionalizada pelo *direito oficial*” (FERRAZ JUNIOR; BORGES, G., p. 33, grifo do autor).

Na ótica da definição e da estabilização de sentidos, o Direito ocupa papel privilegiado dentro das instituições sociais. A norma pode ser compreendida como discurso e o Direito pode ser analisado sob a perspectiva comunicacional, apresentando-se como um fenômeno linguístico (FERRAZ JUNIOR; BORGES, G., 2020).

Nessa perspectiva comunicacional, a norma jurídica é composta por sua estrutura conceitual que pretende ter um único sentido. Mas para “existir a univocidade significativa, é preciso prévia coincidência ideológica (conexão entre as palavras da lei, fatores políticos e ideológicos)”, o que evidencia a ideologia como fator indissociável ao Direito (FERRAZ JUNIOR; BORGES, G., 2020, p. 36).

A partir do pluralismo, da multiculturalidade, da interculturalidade, da diversidade, emergem choques culturais e valores morais passam a entrar em conflito, sem encontrar o correspondente estabilizador de sentidos no ordenamento jurídico.

O choque cultural demonstra que o Direito atual não possui a “segurança de uma configuração institucional perfeita hábil a harmonizar todos os valores desejados por todas as pessoas e grupos sociais” (FERRAZ JUNIOR; BORGES, G., 2020, p. 44).

Quando se analisa o ordenamento brasileiro sob essa perspectiva comunicacional, em que o Estado-Direito é a instituição estabilizadora de sentidos, conclui-se que ele foi construído mediante transplante jurídico quase idêntico dos modelos desenvolvidos em ordenamentos jurídicos europeus, herança do processo de colonização (FERRAZ JUNIOR; BORGES, G., 2020).

O problema é que os efeitos da colonização não findaram com a independência da nação (colonialismo), a estrutura transplantada manteve-se até os dias de hoje (colonialidade), o que pode ser observado na própria teoria do direito brasileira e no direito oficial brasileiro (FERRAZ JUNIOR; BORGES, G., 2020).

Como mencionado, a nossa histórica cultura constitucional foi estruturada para

fundamentar o universalismo do Estado, pensado para encerrar todas as possibilidades das relações jurídicas num sistema sem lacunas e que não admite fissuras ou diferenças. Nesse aspecto, o ordenamento brasileiro, por séculos,

não pode aceitar o índio com uma vida e organização social fundada em outros princípios que não sejam os enunciados constitucionais que se efetivam pelo Direito civil. [...] não pode este sistema sem lacunas aceitar povos que prescindam do Estado e da propriedade privada. [...] As concepções de avanço, progresso, desenvolvimento só podiam entender os índios como passageiros, provisórios, em situação de mudança, acreditando que no momento que conhecessem [...] as coisas boas da sociedade nacional [...] imediatamente deixariam, felizes, de ser índios para ser, cada um, cidadão integrado à cultura constitucional” (MARÉS, 2012, p. 83)

A partir da Constituição Federal de 1988 se revolucionou essa relação. Reconheceu-se o dever do Estado em proteger os indígenas enquanto povos culturalmente diferenciados e detentores do direito de assim permanecerem.

O problema é que a Constituição não discutiu sobre as consequências desse novo paradigma para o Direito. Como explicam Ferraz Júnior e Borges (2020, p. 96), “toda a questão [...] girou em torno do indigenato, mas não houve propriamente o reconhecimento de uma ‘cultura jurídica’, e uma validação constitucional da possibilidade de manifestações jurídicas vindas da comunidade indígena”.

O reconhecimento de pluralidades indígenas e do complexo comunicacional que delas advêm, sem um correspondente avanço na cultura jurídica – ainda influenciada pela matriz europeia e pela arquitetura da colonialidade - demonstra a incapacidade do ordenamento jurídico posto em superar, sozinho, a sua atual crise de sentidos.

Isso leva a “uma repetição exaustiva e padronizada na formação de prejuízos, de tradições e conservações de *sentidos* absolutamente desconexos com a realidade pluriétnica, plurinacional e pluricultural como a brasileira” (FERRAZ JÚNIOR; BORGES, G., 2020, p. 111, grifo do autor’).

A solução avistada pela doutrina é apostar num giro decolonial da teoria jurídica, em que se pensará no discurso jurídico de outra maneira, “dentro de um universo de criação de multiplicidades”, que traria para o Direito “não apenas pluralidades normativas, mas especialmente novas perspectivas étnico-culturais e novas configurações epistemológicas” (FERRAZ JÚNIOR; BORGES, G., 2020, p. 115).

Esse giro decolonial na teoria jurídica contribui para pensar e operacionalizar o pluralismo jurídico, enquanto postura crítica sobre a colonialidade normativa que se tem. O elemento decolonial na ciência jurídica torna-se mais que um referencial epistêmico, é paradigma metodológico (WOLKMER, 2019).

O problema aparece quando a reflexão epistemológica se torna mais avançada do que a prática do tempo presente e das metodologias disponíveis. Surge, então, a necessidade urgente em delinear parâmetros para a proteção das pluralidades que ora desestabilizam os sentidos já prontos do Direito.

O horizonte pluralista do novo constitucionalismo latino-americano, em si, já é formado por contextos complexos cheios de tensões e contradições com as quais as Constituições precisam saber lidar. Somente uma interpretação pluralista pode ultrapassar as limitações do Direito e resolver tensões em favor de um projeto constitucional plural (FAJARDO, 2011).

O exercício da interpretação da Constituição deve sair do elitismo Judiciário, ainda que contra-hegemônico, para ser construída com os sujeitos anteriormente inexistentes, mas hoje vistos, reconhecidos e respeitados. A realidade social passa a ser integrada por setores historicamente marginalizados e, por consequência, começam a compor novos conflitos a serem decididos pelos sistemas de justiça.

Os novos desafios da interpretação de direitos para um constitucionalismo pluralista e emancipador de povos, traz consigo a ideia de uma “justiça cognitiva” (BALDI, 2014, p. 47), que comporá parte do imaginário democrático e do imaginário jurídico.

A partir dela, abre-se “novas perspectivas de entendimento para acolher pluralismo de concepções, diálogos interculturais e novos exercícios de resolução das questões” (BALDI, 2014, p. 49), isto é, uma justiça cognitiva de perspectiva plural, que permite soluções e caminhos alternativos possíveis para a resolução de problemas.

O imaginário democrático, num horizonte pluralista de constitucionalismo, demanda uma mediação a partir de um diálogo entre culturas, que “se configura como um ‘espaço e um instrumento’ de novas cidadanias, como a indígena, diferenciada, multicultural, dinâmica, criativa e participativa” (DANTAS, 2004, p. 186).

No campo do Direito, o Poder Judiciário vive a tensão do conflito jurídico, e a ele cabe a função de pacificação social, de apaziguamento de conflitos. O Poder Judiciário se localiza no centro e na tensão entre normatividade e fatorialidade, de modo que a ele cabe, como última instância, reafirmar o sistema, declarar sua legitimidade

ou dar novos contornos de normatividade (FERRAZ JÚNIOR; BORGES, G., 2020).

O juiz se torna predestinado ao conflito, mas antes mesmo de sua figura de magistrado, o conflito convoca “o próprio ordenamento a se tensionar na resposta que será construída, prévia ou casuisticamente” (FERRAZ JÚNIOR; BORGES, G., 2020, p. 17).

Como respostas plurais possíveis ao Poder Judiciário, Araújo Júnior (2018) destaca que os países que compõem os ciclos do novo constitucionalismo latino-americano teriam bases mínimas de constitucionalismo multicultural que permitem uma interpretação constitucional dialógica para proteção dos povos indígenas, sob a ótica dos valores pluralistas e interculturais.

Nesse aspecto, o novo constitucionalismo latino-americano se torna exemplo de diálogo intercultural, mas também de diálogo interconstitucional, possível para pautar a pluralidade e a interculturalidade, inspirando ordenamentos jurídicos a considerarem tanto os sujeitos de direitos plurais, como suas cosmovisões (DANTAS, 2019). Abrem-se os caminhos para que as autoridades públicas passem a praticar, além do diálogo entre cortes, o diálogo intercultural com os povos.

O viés dialógico passa a ser uma proposta metodológica para a área jurídica, mas se deve lembrar que também é uma proposta cognitiva, hermenêutica e política (DANTAS, 2004), o que exige a superação das posturas universalistas e que se julgam neutras.

A base hermenêutica da interculturalidade já é adotada pela Corte Plurinacional da Bolívia, conforme demonstram Borges (2017) e Attard Bellido (2019), e é a responsável por consolidar os novos valores do texto normativo constitucional daquele país.

A proposta do diálogo intercultural é não só possível dentro do ordenamento brasileiro, como deve ser aplicada, uma vez que foi reconhecida como diretriz por importantes instituições de nosso sistema de Justiça, quais sejam, a nossa Corte Constitucional (o STF), e o CNMP.

No âmbito do STF, a diretriz do diálogo intercultural foi reconhecida e aplicada na decisão da Medida Cautelar na ADPF nº 709 (BRASIL, 2020c). Segundo o voto do relator, o Ministro Roberto Barroso, há “imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas” (BRASIL, 2020c, p. 3).

Essa diretriz do diálogo intercultural busca estabelecer o diálogo entre os Poderes da República e os povos indígenas, por observância dos documentos

internacionais ratificados pelo Brasil e “abre caminho para que os principais afetados pela política pública em questão possam contribuir para seu aperfeiçoamento” (BRASIL, 2020c, p. 17).

Nesse sentido, nossa Corte Constitucional reconheceu que:

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 (BRASIL, 2020c, p. 22).

No referido julgamento se buscou delimitar ações de combate à pandemia para a proteção dos povos indígenas. O Ministro Relator determinou que a União realizasse um plano estratégico de instalação de barreiras sanitárias em relação às terras de povos indígenas isolados ou de contato recente, a partir do instrumento legal denominado “Sala de Situação”.

A “Sala de Situação” está prevista no artigo 12 da Portaria Conjunta nº 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai¹⁰ (BRASIL, 2018), que define princípios, diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos povos indígenas isolados e de recente contato.

Conforme prevê o § 1º, do mencionado artigo¹¹, a referida sala tem como objetivos precípuos “o compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas” (BRASIL, 2018).

A sua composição, pensada no § 2º do mesmo artigo¹², seria a de membros indicados pela Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), junto ao Ministério da Saúde, e a de membros indicados pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), e poderia ser integrada por colaboradores convidados, desde que houvesse anuência

¹⁰ Art. 12. Deverá ser ativada uma Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.

¹¹ Art. 12. [...] § 1º A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas.

¹² Art. 12. [...] § 2º A Sala de Situação será composta por membros indicados pela SESA/MS e membros indicados pela FUNAI e poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.

conjunta de ambos os órgãos. Não havia previsão normativa para participação indígena (BRASIL, 2018).

No supracitado julgamento perante o STF, determinou-se que a Sala de Situação, naquele caso concreto, necessariamente, passasse a contemplar, em sua composição, “representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas, estes indicados pela APIB” (BRASIL, 2020c, p. 12).

A participação de representantes dos povos visou assegurar o diálogo intercultural, diante do direito de participação dos povos indígenas garantido pelos artigos “2º, 1¹³, 4º, 2¹⁴, 5º, “c”¹⁵, 6º, 1, “a” e “b”¹⁶ e 7º, 1¹⁷,” (BRASIL, 2020c, p. 62) da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2019a), já a participação dos órgãos Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União, deu-se “um pouco como uma curadoria de grupos vulneráveis” (BRASIL, 2020c, p. 24).

O objetivo dessa nova composição foi garantir um debate intercultural “em que cabe às comunidades apresentarem suas reivindicações, e cabe ao Governo expor suas possibilidades e limites” (BRASIL, 2020c, p. 24).

Somente após garantido esse diálogo é que o juízo estaria autorizado a deliberar sobre “o máximo que é possível para assegurar a vida e a saúde dos integrantes dessas comunidades” (BRASIL, 2020c, p. 24).

Outro ponto de destaque é que, naquele momento circunstancial, em que se necessitava posicionamento cautelar do STF para ações urgentes na pandemia,

¹³ Art. 2º. 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

¹⁴ Art. 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.

¹⁵ Art. 5º. Ao se aplicar as disposições da presente Convenção: c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

¹⁶ Art. 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;

¹⁷ Art. 7º. 1. Os povos interessados deverão 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, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

houve o reconhecimento da limitação da capacidade institucional do Judiciário em fixar as necessidades e as demandas dos povos indígenas e as medidas que poderiam ser adotados por parte do Executivo.

Por esse motivo, determinou-se ao Governo Federal que ele mesmo apresentasse um plano executivo, o qual deveria ser primeiramente discutido da Sala de Situação, em diálogo intercultural. (BRASIL, 2020c). Na sequência do diálogo, é que o Judiciário seria instado novamente a proceder seu juízo meritório sobre a questão.

Já no âmbito do CNMP, o diálogo intercultural foi previsto na Resolução nº 230/2021, que disciplina a atuação do Ministério Público brasileiro junto aos povos e comunidades tradicionais¹⁸.

Destaca-se da referida resolução, na parte preambular, a premissa de que “diálogo intercultural pressupõe o respeito e o reconhecimento jurídico de cosmovisões, práticas e identidades, sem essencialismos ou predefinição, por terceiros ou pelo Estado, do projeto de vida a ser seguido por indivíduos ou grupos” (BRASIL, 2021b, p. 1).

Além disso, prevê-se a realização de uma “filtragem constitucional e intercultural” pelo aplicador do Direito, na “análise das relações sociais que envolvem povos e comunidades tradicionais, sobretudo quanto aos institutos clássicos do Direito Civil, como posse e propriedade” (BRASIL, 2021b, p. 2).

Do mesmo modo, direcionou-se uma “leitura constitucional e intercultural” das leis brasileiras 6.001/73 e 12.123/2016, respectivamente, o Estatuto do Índio, e a lei que trata da proteção do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais e do acesso e da repartição de benefícios a eles relacionados (BRASIL, 2021b, p. 2).

Na parte normativa, o artigo 3º¹⁹ prevê que o diálogo intercultural entre o Ministério Público e os povos e comunidades tradicionais se pautará pela autonomia

¹⁸ Conforme explicado no preâmbulo da própria resolução, considerou-se povos e comunidades tradicionais “os grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, além de possuírem formas próprias de organização social”. Nesse contexto, a resolução se aplica não só aos povos indígenas e aos quilombolas, como às mais diversas possibilidades de comunidades tradicionais sob a perspectiva da pluralidade.

¹⁹ Art. 3º A atuação do Ministério Público junto aos povos e comunidades tradicionais se pautará pela observância da autonomia desses grupos e pela construção de diálogo intercultural permanente, de caráter interseccional.

dos grupos e por um diálogo de caráter permanente e interseccional²⁰ (BRASIL, 2021b).

O diálogo intercultural promovido pelo Ministério Público deve abranger os princípios da informalidade, presença física e tradução intercultural, a qual terá como função facilitar o diálogo e permitir a compreensão não só da linguagem, mas também dos modos de vida dos grupos tradicionais (artigo 4º, caput, e § 3º²¹) (BRASIL, 2021b).

Além disso, o Ministério Público deve agir para viabilizar o direito de participação dos povos e das comunidades tradicionais, inclusive, primar pela consideração efetiva de seus pontos de vista, o que será realizado por meio do instrumento da consulta prévia (artigo 5º, caput, e §1º²²) (BRASIL, 2021b).

A interculturalidade também é a diretriz para compreensão dos significados e das relações imateriais e existenciais que os povos e comunidades possuem com suas terras, de modo a conferir diverso conteúdo aos direitos de posse, propriedade e regularização fundiária próprios do direito monista estatal (artigo 6º, caput, e § 1º²³). Também se identifica a presença do diálogo intercultural para atuação direcionadas à políticas públicas (artigo 7º, § 2º²⁴) (BRASIL, 2021b).

²⁰ Segundo Collins e Bilge (2020, p. 16), “A interseccionalidade investiga como as relações interseccionais de poder influenciam as relações sociais em sociedades marcadas pela diversidade, bem como as experiências individuais na vida cotidiana. Como ferramenta analítica, a interseccionalidade considera que as categorias de raça, classe, gênero, orientação sexual, nacionalidade, capacidade, etnia e faixa etária – entre outras – são inter-relacionadas e moldam-se mutuamente. A interseccionalidade é uma forma de entender e explicar a complexidade do mundo, das pessoas e das experiências humanas”.

²¹ Art. 4º O diálogo intercultural deve abranger os princípios da informalidade, presença física e tradução intercultural. § 3º A tradução intercultural consiste na adoção dos meios necessários para facilitar o diálogo e permitir a compreensão da linguagem ou dos modos de vida dos grupos, valendo-se, quando necessário, de intérpretes, da antropologia e de outras áreas do conhecimento para a identificação de especificidades socioculturais dos grupos.

²² Art. 5º 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. § 1º 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;

²³ Art. 6º O território é o eixo central em torno do qual gravitam os espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária. § 1º O respeito aos territórios independe da sua regularização formal pelo Estado, cabendo ao Ministério Público adotar as medidas necessárias para viabilizar o seu reconhecimento e garantir que a análise de suas características não esteja limitada aos regimes civis de posse e propriedade, devendo prevalecer uma compreensão intercultural dos direitos fundamentais envolvidos, com ênfase em aspectos existenciais dos bens jurídicos em discussão.

²⁴ Art. 7º [...] § 2º A atuação em prol de políticas públicas demanda prévio diálogo com o grupo, na forma do art. 4º, podendo abranger diversos temas, como saúde, educação, acesso a água, transporte escolar, trabalho, proteção social, energia elétrica, entre outros.

Destaca-se, ainda, que o Ministério Público se preocupa em não se colocar no lugar de representante dos povos ou das comunidades, ao prever, no artigo 8º²⁵, da resolução, que os promotores deverão zelar para que os próprios representantes sejam citados e intimados em processos que os afetem, a fim de exercerem sua manifestação autônoma sobre as questões debatidas em processos judiciais (BRASIL, 2021b).

Faz-se valer a previsão do artigo 232 da Constituição Federal²⁶ (BRASIL, 1988), que confere legitimidade processual às organizações próprias dos povos indígenas, e impõe ao Ministério Público a função de intervir no processo para tutelar os direitos envolvidos e não como legitimado para atuar em nome do povo ou grupo.

Por fim, destaca-se a previsão do diálogo intercultural como etapa prévia para implementação de grupos de trabalho e de estudo junto aos povos e às comunidades, e como ferramenta para realizar a escuta e o planejamento institucional em seus atendimentos (artigo 9º, caput, e parágrafo único²⁷) (BRASIL, 2021b).

Sob esses parâmetros, firmou-se as primeiras bases institucionais de diálogo intercultural com povos indígenas dentro do ordenamento jurídico brasileiro. O julgamento no STF versou sobre o direito de participação em planejamento de medidas administrativas para garantia do direito à saúde e inviolabilidade de territórios, e a resolução do CNMP disciplinou, de modo geral, uma hermenêutica e uma atuação institucional pensada com base na interculturalidade, aplicável aos mais diversos direitos e demandas indígenas.

²⁵ Art. 8º A intervenção obrigatória do Ministério Público em processos judiciais que tratam dos interesses dos povos e comunidades tradicionais não conduz à exclusividade na representação judicial dos grupos, devendo o órgão ministerial zelar para que eles sejam citados e intimados de todos os processos que os afetem, a fim de que possam apresentar suas manifestações de forma autônoma, sob pena de nulidade.

²⁶ Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

²⁷ Art. 9º Os ramos do Ministério Público deverão, mediante prévia análise das condições estruturais de suas unidades e prévio diálogo intercultural, implementar coordenações, grupos de trabalho e núcleos destinados ao estudo, à atuação coordenada e ao aprimoramento do trabalho dos membros na atuação junto aos povos e comunidades tradicionais. Parágrafo único. Os ramos do Ministério Público poderão organizar encontros anuais com os povos e comunidades tradicionais, nos moldes estabelecidos pela Recomendação CNMP nº 61, de 25 de julho de 2017, de forma a permitir a escuta dos grupos e estabelecer um planejamento institucional de atendimento a eles.

3 PARÂMETROS PARA O DIÁLOGO INTERCULTURAL NO DIREITO E NO CONTEXTO DE MEGAPROJETOS ECONÔMICOS

Neste segundo capítulo, apresenta-se parâmetros doutrinários e jurisprudenciais para a realização de um diálogo intercultural no Direito, dando-se especial enfoque para os direitos dos povos indígenas à autodeterminação e à consulta prévia, enquanto base para a realização de todos os demais direitos.

Investiga-se as implicações da interculturalidade para o Direito, para a proteção de direitos dos povos indígenas e para a promoção desses direitos no contexto de megaprojetos econômicos.

Os parâmetros aferíveis por meio de observações generalizáveis foram extraídos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), sobretudo a partir de um levantamento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), os quais ganham especial destaque se considerados o dever de realizar o controle de convencionalidade e o efeito vinculante da interpretação sobre os artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Ao final, como os parâmetros da Corte IDH findam na realização de um juízo de proporcionalidade em caso de impasse na realização de um empreendimento, apresentou-se reflexões doutrinárias sobre como a interculturalidade modifica alguns pressupostos da argumentação jurídica clássica, como a utilização dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade na solução de conflitos.

3.1. Implicações da interculturalidade para o Direito

Como visto, o diálogo intercultural surge como proposta ao Direito no contexto de sua crise de sentidos, como via mediadora entre a normatividade existente e a complexidade da pluralidade de sujeitos e de suas cosmovisões.

Ele apresenta-se como um ideal emancipatório para os povos diferenciados, diante da própria limitação do Direito em lidar com questões plurais e indefinidas. Como explica Marés:

[...] a simples existência destes povos, com sua realidade e Direito próprios, deixa perplexo o mecânico raciocínio do Direito estatal; o conceito de sociedade indígena lhe é incompatível: como enquadrar a ideia de território indígena aos limites individualistas do direito de propriedade? Como conter o conceito de povo nas restritas concepções de personalidade jurídica privada?

Como impor a representação - fundamento democrático da sociedade estatal – a grupos humanos cujo poder é exercido por aceitação coletiva e necessariamente consensual? (MARÉS, 2012, p. 75).

O Direito, portanto, vê-se na contingência de utilizar mecanismos capazes de estabelecer parâmetros para resolução de conflitos que considere as pluralidades indígenas, a exemplo de um diálogo intercultural entre os povos e o Estado nacional.

A pluralidade e a incerteza advindas de situações com povos e grupos culturalmente diferenciados explica-se pelo fato de a cultura não ser objetiva e nem objetivável. Em seu “Decálogo sobre cultura e interculturalidade”, Panikkar (2006, p. 129, tradução nossa) define que a “cultura é um mito globalizador de uma coletividade num dado momento de tempo e espaço”.

Com “mito”, ele significa o horizonte de inteligibilidade em que está nossa visão, em que nossas percepções da realidade têm sentido, e que condiciona nossa interpretação sobre a realidade. Apesar disso, explica que não somos conscientes de que vivemos esse mito, essa percepção própria de realidade, uma cultura específica, até que outro assim nos faça ver ou que a abandonemos (PANIKKAR, 2006).

Panikkar (2006, p. 129) também destaca que as culturas diferentes são “mutuamente incomensuráveis”, não hierarquizáveis, e que não existe um ponto neutro que não esteja imerso em nenhuma cultura. Isso resulta na incapacidade de se julgar a superioridade de uma cultura sobre outra, porque sempre fazemos um julgamento a partir de uma linguagem ou concepção de verdade a partir de nós mesmos e da nossa própria. Cultura.

Como consequência, não é possível tornar uma cultura absoluta e, ao mesmo tempo, não pode prevalecer uma ideia de relativismo cultural absoluto, porque, via de consequência, seria absolutizar a cultura não-hegemônica. Deve-se evitar, nesse universo plural, o monoculturalismo, o colonialismo e o solipsismo (PANIKKAR, 2006).

As culturas, neste aspecto, tornam-se incomunicáveis entre si, e a interculturalidade surge como meio-termo entre “a absolutização de uma cultura e a incomunicação absoluta entre elas” (PANIKKAR, 2006, p. 130).

A interculturalidade pressupõe que se esteja ciente da existência de outras pessoas, valores e culturas, e, ao mesmo tempo, da limitação de toda cultura humana. Será, portanto, uma característica intrinsecamente humana, visto que toda pessoa é também dotada de sua natureza cultural (PANIKKAR, 2006).

A partir das interações humanas, a própria ideia de cultura nos mostra sua face dinâmica e inter-relacionável, parte de um processo de transformação contínua. Nesse movimento, a interculturalidade traz o imperativo de um diálogo intercultural, um diálogo entre culturas, no qual se constrói um processo, de responsabilidade humana, para uma via possível de convivência livre e digna entre grupos culturalmente diferenciados (PANIKKAR, 2006).

O diálogo intercultural é ainda mais relevante hoje, no mundo contemporâneo, em que se reconhece a ocorrência de processos de colonização e de violência, de tentativa de impor uma cultura sobre outra, e como via para se alcançar a paz entre os povos (PANIKKAR, 2002).

A base da interculturalidade é o pluralismo (PANIKKAR, 2002) e, segundo o autor, não é possível defini-la teoricamente, ou condicioná-la “a priori”, pois ela funda-se no diálogo concreto, o diálogo intercultural. Nesse sentido, “a interculturalidade (como o pluralismo), é mais uma ‘atitude’ do que uma forma de conhecimento abstrato” (PANIKAR, 2002, p. 97).

Ainda nessa perspectiva de atitude, e não de teoria, é possível traçar contornos do que não é interculturalidade. Sob esse aspecto, a interculturalidade não é um mero discurso ético, é “mais do que uma conversa com o vizinho” (PANIKKAR, 2002, p. 25), e representa uma incursão no desconhecido, onde vive o “Outro”.

O diálogo intercultural não é um diálogo entre indivíduos, mas entre duas visões de realidade, de verdade, de mundos; é um diálogo entre duas pessoas que carregam consigo o peso de sua cultura e, com isso, a sua história, suas cosmovisões e sua interpretação da realidade. É por isso que o diálogo intercultural acaba por levar também a um diálogo inter-religioso (PANIKKAR, 2002).

A interculturalidade não procura dar uma resposta multicultural a um problema, mas a questionar a universalidade que conferimos a nossas premissas e a nossas respostas. Também não é uma questão de tradução entre línguas ou mero encontro entre culturas diversas, mas comunicação e mútua fecundação entre perspectivas de seres que vivem em mundos culturais diversos (PANIKKAR, 2002).

Nessa concepção, a interculturalidade questiona o *status quo* e relativiza nossas convicções, isto é, nos convida a superar o absolutismo da nossa própria concepção de mundo e a descobrir que também há concepção absoluta do outro lado, descoberta a partir do contato e do diálogo (PANIKKAR, 2002).

Como se nota, o ponto de partida da interculturalidade advém da constatação de que não há cultura absoluta e universal. Santos (2001) complementa esse caminho, e reafirma que há necessidade de se superar a falsa dicotomia entre as concepções de universalismo e de relativismo cultural, por meio de diálogos interculturais. Na mesma linha de Panikkar (2002), ele elucida que o diálogo intercultural não é apenas uma troca entre diferentes saberes, mas entre diferentes universos incomensuráveis.

Para Santos (2001), compreender determinadas concepções de uma cultura pode ser muito difícil, senão impossível e por isso propõe um procedimento hermenêutico intercultural para tentar superar essas dificuldades, o qual denomina “hermenêutica diatópica”.

Ela deve ser aplicada a partir do momento em que as culturas se reconhecem como incompletas em suas próprias concepções, incompletude esta que adviria da própria existência de uma pluralidade de culturas (SANTOS, 2001). A interculturalidade em Santos, assim como em Panikkar (2002), tem como base o pluralismo.

Nesse contexto plural, a condição “*sine qua non*” (indispensável) para um diálogo intercultural é o “reconhecimento de incompletudes mútuas” (SANTOS, 2001, p. 23) e a hermenêutica diatópica aparece como um suporte a essa constatação.

Diante disso, seu objetivo não é acolher os argumentos e concepções de apenas uma cultura e nem de atingir a completude a partir de duas culturas incompletas, mas sim “ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua através do diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra” (SANTOS, 2001, p. 21).

A fim de exemplificar como os direitos humanos podem abandonar sua vertente universalista e adotar uma concepção cosmopolita compatível com a hermenêutica diatópica, Santos (2001) estabelece as premissas para um diálogo intercultural a partir da concepção de dignidade humana.

Nesse intuito, o autor define que a primeira premissa para o diálogo intercultural é abandonar o debate dicotômico entre universalismo e relativismo cultural; a segunda, é compreender que todas as culturas possuem uma concepção própria de dignidade humana; a terceira, é identificar que a concepção de dignidade humana de sua cultura é incompleta; a quarta, é constatar que cada cultura tem uma concepção de dignidade humana diversa da outra; e a quinta e última, é reconhecer

que todas as culturas tendem a distribuir as pessoas entre os princípios da igualdade e da diferença, hierarquizando-os, ao passo em que eles não precisam, necessariamente, se sobrepor.

A partir desse exemplo, o diálogo intercultural afasta a concepção universal-ocidental dos direitos humanos, e permite que surja uma “concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e se constitui em redes de referências normativas capacitantes” (SANTOS, 2001, p. 20). Nesse aspecto, a dignidade humana tem significado único para cada sistema lógico-normativo diferente.

Aqui, do mesmo modo que em Panikkar (2002), identifica-se um ponto comum sobre o exercício da interculturalidade e da hermenêutica diatópica, qual seja, a ausência de uma teorização *a priori* do resultado do diálogo intercultural, revestindo-se muito mais da natureza de “atitude” em descobrir o novo, o sentido local concretamente definido a partir de um diálogo. Afasta-se a interculturalidade de algo previamente teorizado.

Sob essas condições, a interculturalidade acaba por não estabilizar novos sentidos ao Direito que está em crise, mas por mostrar que o Direito em sua crise de sentidos somente encontrará estabilização no caso concreto, dialogicamente construído, e não mais em suas formulações abstratas e generalizantes.

Attard Bellido (2019) explica esse fenômeno ao mostrar que a proposta da interculturalidade leva à superação da tendência do Direito à normas objetivas, abstratas e gerais, para revelar novas concepções jurídicas e assimetrias de poder que possam existir num caso concreto. Ferraz Júnior e Borges (2020) identificam uma tendência de superação do Direito enquanto norma estabilizadora de sentidos pré-concebidos.

Quando incorporados ao Direito, a interculturalidade e o diálogo intercultural não servem apenas como estudo de outras culturas, mas como um cenário de um futuro em que os agora sujeitos, antes, “Outros”, não sejam mais vistos como objeto, ou submetidos a um processo externo e unilateral do Estado moderno (SEGATO, 2006).

A interculturalidade permite uma inversão no processo, na lógica de homogeneização dos indivíduos e, no caso do Direito, significa que o “Estado nacional começa a render-se às modificações impostas pelas novas juridicidades legitimadas

no interior das nações e se expõe ao impacto de uma nova concepção pluralista de nação” (SEGATO, 2006, p. 228)

Heeman (2017) assevera que nessa ótica da interculturalidade, uma série de palavras e expressões originadas pela padronização de sentidos na matriz do Estado eurocentrado tornaram-se obsoletos e não mais deveriam fazer parte do vocabulário dos aplicadores do Direito que lidam com o tema, a exemplo de “selvagens”, “silvícolas” ou mesmo “índios”.

Além disso, ele defende que a hermenêutica diatópica de Santos (2001), antes mencionada, seria extensível aos intérpretes do Direito, no sentido de que ela serviria não só para identificar a incompletude das culturas, mas para conscientizá-los para adotar essa incompletude entre todas as culturas também no mundo jurídico.

Barreto e Bragato (2017) sustentam que a noção de interculturalidade irá relativizar o legado europeu que impôs as bases e padronizações éticas e epistemológicas no Direito, sobretudo na seara dos direitos humanos.

Na sequência, abre a possibilidade de formação de novas bases éticas e epistemológicas para a área jurídica, mas a partir da perspectiva de indivíduos e grupos diferenciados que foram, por muito tempo, vulnerabilizados e estigmatizados (BARRETO; BRAGATO, 2017).

Importa destacar que, segundo Walsh (2009), existem dois tipos de interculturalidade, a funcional e a decolonial. Para a interculturalidade funcional, há uma inter-relação entre culturas em que se reconhece e se conhece o Outro, mas sem assumir seus esquemas de pensar e saber, sem abandonar o espaço hegemônico que se ocupa (WALSH, 2009).

Já na interculturalidade crítica, o elemento decolonial é demandado. Trata-se de uma ferramenta para não só reconhecer e conhecer o Outro, mas também para permitir a manifestação da Outra maneira de pensar e agir no mundo.

A interculturalidade crítica vislumbra um projeto significativo de quem se localiza de “baixo” para “cima”, propõe o debate e o conhecimento crítico com o objetivo de se pensar em alternativas fora dos limites impostos pelo sistema-mundo da modernidade (WALSH, 2009).

De um lado, a interculturalidade funcional é compatível com o sistema-mundo-modelo e com o constitucionalismo eurocêntrico, pois ela inclui o Outro, mas não modifica sua lógica operativa. Nesse sentido, a interculturalidade funcional age como uma multiculturalidade (WALSH, 2009).

De outro lado, a interculturalidade crítica não é funcional no modelo societal vigente, mas, ao contrário, é seu forte questionador. Ela não se limita a ser um projeto étnico e nem é essa a sua diferença principal. A interculturalidade crítica, por ser decolonial, caracteriza-se por ser um projeto de resistência e de vida, pois tem como base o pensar e materializar outras possibilidades (WALSH, 2009).

É somente essa perspectiva crítica de diálogo intercultural decolonial que se amolda ao que vimos até agora sobre a proposta de interculturalidade. Isso porque, como aprendido de Walsh (2009), Santos (2001) e Panikkar (2002), a interculturalidade funcional não passa de uma multiculturalidade, isto é, a constatação de culturas diversas dentro de um Estado sem o reconhecimento de que a cultura hegemônica é universalizante e excludente.

A interculturalidade, em sua essência pluralista, como já demonstrado, pressupõe o não universalismo, a incompletude existencial de uma cultura frente aos mais diversos agrupamentos culturais existentes e, por conseguinte, um diálogo de fecundação entre eles (PANIKKAR, 2002), um contato genuíno que permita a construção de um único mundo, mas interculturalizado, e onde haja paz entre as culturas.

Compreende-se, portanto, quando Walsh (2009) menciona que a interculturalidade decolonial visa a possibilitar a construção de um mundo diferente, isto é, um mundo cosmopolita, construído a partir das inter-relações culturais, e suas cosmovisões e percepções diferentes, em tentativa de integração.

Não sendo, portanto, a interculturalidade um estudo de culturas, mas uma proposta de inclusão de sujeitos, perspectivas e visões de mundo, ao contraponto do Direito estritamente monista, homogeneizante e antropocêntrico, também se entende quando Borges (2017, p. 127) defende que ela pode ser o “catalisador necessário para a transição a um novo modelo econômico, menos desigual e mais próximo da realidade latina”, mas desde que na perspectiva crítica e emancipatória da interculturalidade decolonial.

A quebra da visão universalista do Direito, sobretudo na área dos direitos humanos de grupos culturalmente diferenciados, impõe que os marcos do pluralismo, do decolonialismo e da interculturalidade passem a coexistir para a resolução de casos jurídicos (ATTARD BELLIDO, 2017).

O caso concreto passa a demandar uma solução em harmonia com os valores e as cosmovisões casuisticamente identificados e, por conta disso, são necessárias

reformulações teóricas no diálogo multinível, isto é, nas mais diversas instâncias protetoras de direitos humanos, com fins à proteção da interculturalidade que passa a estar incorporada – e demandada - na seara jurídica (ATTARD BELLIDO, 2017).

Na mesma linha de Santos (2001), Attard Bellido (2017) identifica que a doutrina da interculturalidade busca o respeito à diversidade cultural e à consagração da complementariedade entre as culturas, no sentido de não existir cultura superior à outra, mas culturas complementares e harmônicas que atuam na construção do Estado e na construção plural dos direitos.

Essa construção plural de direitos “deve sempre partir do caso concreto e olhar para a realidade sociocultural em que se geram os problemas jurídicos que a questão coloca”, deve “considerar valores da cosmovisão dos povos e valores plurais supremos” (ATTARD BELLIDO, 2017, p. 285, tradução nossa).

A interculturalidade ocorre quando a clássica imagem de Deusa da Justiça – vendada – retira sua venda, e se torna aberta a um diálogo intercultural, primeiramente dando seu relato [e tornando-se ciente] sobre sua matriz estruturante do Direito constitucional eurocêntrico, com propostas já prontas de argumentação jurídica para solução de conflitos e, no momento seguinte, passa a ouvir o relato representativo da cosmovisão alheia ao seu mundo²⁸ (ATTARD BELLIDO, 2019).

Há, portanto, um avanço na própria teoria do Estado e na teoria do Direito. Como explica Grijalva (2008), há o constitucionalismo e seu Estado liberal questionado pelo constitucionalismo e seu Estado social e, na sequência, se tem os atuais desafios de um constitucionalismo e seu Estado intercultural, enquanto passo a mais nesse processo constitucionalizante dos Estados.

O Estado intercultural não implica em secessão, mas em transformação estrutural (GRIJALVA, 2008), em permitir um âmbito interno de íntegra soberania e território, com relação igualitária e respeitosa entre povos e culturas, com diferenças entre si legitimadas sob ideia de que a unidade não é excludente ou homogeneizante, mas garantia de diversidade.

Como explica o Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, em sua sentença nº 0300/2012, naquele país, a Constituição determina a interpretação intercultural sistemática de princípios axiológicos e históricos da cultura jurídica

²⁸ Attard Bellido (2019) exemplifica que esse diálogo de Themis - a figura mítica da Deusa clássica da Justiça - pode ocorrer com Mama Ocllo - a figura mítica de construção dos pilares da cultura inca nos Andes.

monista com novos valores indígenas incorporados ao sistema jurídico (BOLÍVIA, 2012c).

Nesse sentido, ideias clássicas como igualdade, inclusão, dignidade, solidariedade, harmonia, equilíbrio, equidade e justiça social estão destinadas a se integrarem aos axiomas indígenas como “*suma qamaña*”, “*ñandereko*”, e “*teko kavi*”, os quais foram incorporados ao ordenamento constitucional boliviano visando a uma construção coletiva de Estado intercultural (BOLÍVIA, 2012c).

Como explica também Llasag Fernández (2018, p. 90, tradução nossa), assim como na Bolívia, também houve a “kichwização”²⁹ da Constituição no Equador, isto é, houve a inclusão de “princípios das culturas andinas ou comunidades, povos, nacionalidades e nações indígenas e originárias orais, como o ‘*sumak kawsay*’, ‘*Pachamama*’, ‘*suma qamaña*’, ‘*ama llula*’, ‘*ama killa*’, ‘*ama shuwa*’”.

Esse processo de “kichwização” tem um risco quando os Estados não utilizam os novos valores para fortalecimento da vida comunitária das comunidades. Deve ser rechaçada a utilização quando enviesada para reprodução e funcionalização das concepções monistas de poder já existentes, ou para imposição desses valores positivados a outras comunidades para as quais eles não têm significado algum, por exemplo, impor valores indígenas as comunidades que sequer se identificam como indígenas.

Alerta Llasag Fernández (2018) que a simples tentativa de tradução dos seus significados para a língua oficial do Estado e sua correspondente lógica jurídica se torna situação complexa quando se pensa que, em muitos casos, tais valores não encontram correspondentes lógicos ou sequer traduzíveis.

Nas Constituições atuais do Equador e Bolívia se realiza essa dupla tarefa: a primeira, prever os princípios andinos em *kichwa* (Equador) e em *aymara* (Bolívia), e a segunda, traduzir tais valores para o castelhano³⁰ (LLASAG FERNÁNDEZ, 2018).

O problema é que nessa tradução já pronta e pré-concebida, mantém-se a repetição da lógica colonial:

[...] porque se traduz o intraduzível, uma concepção comunitária e vivencial a um sistema de organização social vertical, individualista, neocolonial,

²⁹ O autor adota esse termo como remissão à língua “*kichwa*” ou outras línguas e dialetos originários.

³⁰ Tal fato se constata, por exemplo, a partir da leitura do artigo 8º da Constituição da Bolívia, em que *ama suwa*, *suma qamaña*, *ñandereko*, *teko kavi*, *ivi maraei* e *qhapaj ñan* foram traduzidos para castelhano, respectivamente, como *no seas flojo*, *no seas mentiroso ni seas ladrón*; *vivir bien*; *vida harmoniosa*; *vida buena*; *tierra sin mal e camino o vida noble*.

capitalista e racionalista. Por exemplo o *sumak kawsay*, que é um sistema de vida comunitário, se traduz como *buen vivir*, que pode ser interpretado desde diferentes formas de acordo aos diversos contextos e espaços.

[...] Portanto a *kichwização* ou *aymarização* das Constituições não significa, como assinalado, *descolonizar*, *despatriarcalizar* e *descapitalizar*. Por isso há uma luta para manter a conceituação a partir da comunidade e a reconceituação para funcionalizar o sistema neocolonial y capitalista (LLASAG FERNÁNDEZ, 2018, p. 93, tradução nossa).

Sob esse ponto de vista, somente é possível aplicar o viés da interculturalidade quando se busca a conceituação equivalente a partir da própria comunidade, e não por traduções concebidas por pessoas localizadas fora desses grupos. Por consequência, há necessidade de fortalecer e permitir que tais espaços comunitários continuem reproduzindo suas próprias cosmovisões e significados culturais (LLASAG FERNÁNDEZ, 2018).

Assim também pensa Santos (2010), quando defende que a tradução intercultural deve levar em consideração que a relação entre direitos e deveres não será uma constante universal, mas sim uma variação de cultura jurídica à cultura jurídica.

Nessa linha de pensar, também se mostra que a interculturalidade não se amolda à lógica abstrata e generalizante do Direito quando tenta tecer os sentidos pré-concebidos dos valores indígenas, exigindo-se, para sua correta aplicação, que a interculturalidade seja concebida na perspectiva apenas do caso concreto e variável, a partir do diálogo do contato.

3.2 Implicações da interculturalidade na proteção de direitos indígenas: os destaques para a autodeterminação e a consulta prévia

A interculturalidade, na refundação do Estado da América Latina, realiza-se a partir de uma democracia intercultural (SANTOS, 2010). Nessa arquitetura democrática, ela está disposta em alguns fenômenos³¹ dentro dos ordenamentos internos, dentre eles, (i) o reconhecimento de direitos coletivos dos povos como condição para efetivo exercício de seus direitos individuais e (ii) a existência de

³¹ Os demais requisitos são 1) a coexistência de diferentes formas de deliberação democrática (demodiversidade); 2) diferentes critérios de representação democrática; 3) reconhecimento de novos direitos fundamentais como: o direito à água, à terra, à soberania alimentícia, aos recursos naturais, à biodiversidade, aos bosques e aos saberes tradicionais; e 4) para além de direitos, uma educação voltada para formas de vida intercultural (sociabilidade e subjetividade assentadas na reciprocidade cultural).

mecanismos de deliberação democrática.

No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em seu Relatório “Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales” (2021a), considera que o desafio primordial para evolução na proteção de direitos relativos aos povos indígenas seja o fortalecimento do direito coletivo da livre determinação dos povos e a implementação do direito de consulta prévia.

O vínculo entre autodeterminação e consulta prévia se destaca ao se considerar que o maior obstáculo para garantia da livre determinação é o contexto de projetos econômicos em que os povos indígenas têm direito a serem consultados (CIDH, 2021a).

Dentre os enfoques da autodeterminação analisados no referido relatório da CIDH (2021a), destacam-se os relativos ao efeito reparador, à transversalidade e à interculturalidade³², a fim de que se mantenha a pertinência com o tema-problema estudado.

O efeito reparador consiste em reconhecer que o direito à livre determinação é um elemento central para a reparação coletiva pelas violações históricas e sistemáticas que foram cometidas contra os direitos humanos dos povos indígenas, fatos estes reconhecidos nos preâmbulos das Declarações sobre seus direitos no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU)³³ (ONU, 2008) e da Organização dos Estados Americanos (OEA)³⁴ (OEA, 2016).

O aspecto da transversalidade significa que a autodeterminação é a base para garantia de todos os demais direitos humanos dos povos e que deve estar sempre presente para a perspectiva de sua promoção (CIDH, 2021a).

Já no aspecto da interculturalidade, a autodeterminação terá duas dimensões: a primeira, permitir uma distribuição do poder para tomada de decisões sobre suas prioridades de desenvolvimento econômico e da própria vida; e a segunda, reforçar

³² Os enfoques adotados pela CIDH (2021a) são o efeito reparador (reparação histórica), a interculturalidade, a transversalidade, o gênero e a solidariedade intergeracional. No presente trabalho, não serão abordadas questões relativas ao gênero e à solidariedade intergeracional, a fim de não escapar à temática relacionada a megaprojetos econômicos.

³³ Preâmbulo: Preocupada com o fato de os povos indígenas terem sofrido injustiças históricas como resultado, entre outras coisas, da colonização e da subtração de suas terras, territórios e recursos, o que lhes tem impedido de exercer, em especial, seu direito ao desenvolvimento, em conformidade com suas próprias necessidades e interesses [...].

³⁴ Preâmbulo: Preocupados com o fato de que os povos indígenas sofreram injustiças históricas como resultado, entre outros aspectos, da colonização e de terem sido despojados de suas terras, territórios e recursos, o que os impediu de exercer, em especial, seu direito ao desenvolvimento, de acordo com suas próprias necessidades e interesses [...].

que existem diferenças culturais, sem que isso seja motivo de exclusão ou discriminação (CIDH, 2021a).

O direito à consulta prévia, por sua vez, deverá ser implementado sob o paradigma da autodeterminação já compreendida com o enfoque de interculturalidade (CIDH, 2021a), o que implicará, segundo os parâmetros internacionais de direitos humanos, num processo de consulta em que seja possível a distribuição do poder na tomada de decisões, inclusive diante de interesses conflituosos em casos de megaprojetos econômicos.

O direito à autodeterminação está previsto expressamente na Declaração Americana³⁵ e na Declaração da ONU³⁶ sobre os direitos dos povos indígenas (OEA, 2016; ONU, 2008) e nos tratados internacionais de 1966: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³⁷ e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁸, ratificados e incorporados pelo Estado brasileiro por meio dos Decretos nº 591/1992 e nº 592/1992 (BRASIL, 1992a, 1992b).

Além disso, a autodeterminação é o elemento constitutivo da Convenção 169 da OIT e da doutrina e da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (CIDH, 2021a). É a dedução óbvia do direito do povo de ser e de estar em seu lugar – direitos estes reconhecidos no artigo 231³⁹ da Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988), enquanto direito de ser e de permanecer indígenas em seus territórios (MARÉS, 2019).

³⁵ Artigo 3. Os povos indígenas têm direito à livre determinação. Em virtude desse direito, definem livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

³⁶ Artigo 3. Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Artigo 4. Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

³⁷ Artigo 1. 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. 2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência.

³⁸ Artigo 1. 1. Todos os povos têm direito a autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. 2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.

³⁹ 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.

Assim como a autodeterminação é dedução óbvia do direito de existência culturalmente diferenciada, o direito à autodeterminação, por sua vez, implica em outra dedução óbvia, que é o direito de serem consultados diante de interferência no ser social ou na territorialidade (MARÉS, 2019).

A autodeterminação dá lugar às aspirações de cada povo e é a base do diálogo para uma nova relação com os Estados, motivo fundante para edição da Convenção 169 OIT e para a construção da ideia de realização da consulta aos povos (CIDH, 2021a; PALOMINO, 2015; ONU, 2009).

Por muito tempo se difundiu a concepção equivocada sobre o direito à autodeterminação relacionada aos povos indígenas como se o intuito fosse atentar contra a integridade territorial do Estado ou a declaração de sua independência (NOGUEIRA, 2016; SANTOS, 2010).

Na época da revisão da Convenção 107 e da edição da Convenção 169 da OIT, os Estados visavam a impedir que essa autonomia dos povos autorizasse a criação de um Estado dentro de outro Estado (PALOMINO, 2015), tanto é que a Convenção 169, naquele momento em 1989, sequer previu expressamente esse direito em seu texto⁴⁰.

Até o século XIX, a concepção de autodeterminação era vinculada à de Estado, à de soberania e de à nacionalidade, e somente a partir da Segunda Guerra Mundial ganhou novos contornos no contexto de descolonização no cenário internacional, mas não sem bastante controvérsia (NOGUEIRA, 2016).

Houve gradativa mudança na compreensão da autodeterminação para que deixasse de ser exclusivamente uma questão de Estado, e passasse a ser também uma questão de direitos humanos (NOGUEIRA, 2016).

Nesse sentido, a defesa da autodeterminação implica apenas na ruptura com processos de exclusão ou de dominação por um Estado integracionista, e não na vontade de se constituir em um novo Estado. É um meio de resguardar a racionalidade culturalmente diferenciada frente à gênese ideológica do Estado-Liberal, do Estado-Nação, e garantir aos povos a liberdade em decidir sobre sua forma de organização política, social, jurídica e suas relações entre si e com a natureza (NOGUEIRA, 2016).

⁴⁰ O direito à autodeterminação não está previsto expressamente na Convenção 169 OIT. Todavia, como destaca a própria OIT (2009, p. 26, tradução nossa), “apesar de a Convenção núm. 169 não mencionar a questão da autodeterminação, estabelece a participação, consulta e autogestão e o direito dos povos indígenas de decidir suas próprias prioridades, que constituem importantes mecanismos para a realização do direito à autodeterminação”.

Na elaboração da Convenção 169 da OIT, o medo em declarar a autodeterminação também foi acompanhado do medo em conceder maior participação aos povos. Tentou-se compatibilizar a ideia de autonomia sem que importasse em risco para a soberania territorial do Estado, possibilitando maior participação sobre seu desenvolvimento, mas sem o controle ou direito de dar a última palavra (PALOMINO, 2015).

Como identifica a CIDH (2021a), a fim de responder à essa preocupação internacional, as Declarações da ONU⁴¹ (2008) e da OEA⁴² (2016) sobre povos indígenas, já posteriores à Convenção 169 da OIT, contêm disposições específicas que advertem que a compreensão do direito à autodeterminação não implica em ação para afetar a integridade territorial ou unidade política dos Estados.

Nesse sentido, a autodeterminação passou a ser entendida como o direito dos povos em determinar seu próprio destino, em condições de igualdade e de participação efetiva no processo de tomada de decisões das mais diversas questões que os afetem. É um direito fundamental sem o qual não podem exercer plenamente os demais direitos coletivos e individuais que lhe são garantidos (CIDH, 2021a).

O exercício da autodeterminação sob o enfoque da interculturalidade requer que se tenha em mente que ela dá lugar a diferentes medidas em contextos diferentes e, no caso dos povos, aliada às suas aspirações atuais e concretas (CIDH, 2021a).

Do mesmo modo, deve-se conceber que a autodeterminação não tem parâmetros pré-definidos ou uniformizantes, nem uma forma específica de ser exercida. O resultado do exercício desse direito dependerá do contexto histórico, político, social e cultural de cada povo (CIDH, 2021a).

Além disso, a autodeterminação possui elementos constitutivos vários, como a autoidentificação e o reconhecimento do povo, o que importará numa identidade específica e num impositivo de não discriminação, bem como em peculiaridades sobre como exercem seu direito de propriedade, direitos políticos, de participação, direitos

⁴¹ Artigo 46 1. Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.

⁴² Artigo 4. Nenhuma disposição da presente Declaração será interpretada no sentido de que se confere a um Estado, povo, grupo ou pessoa direito algum de participar de atividade ou realizar ato contrários à Carta da Organização dos Estados Americanos e à Carta das Nações Unidas, nem se entenderá no sentido de que se autoriza ou promove ação alguma destinada a prejudicar ou depreciar, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.

econômicos, sociais, culturais e ambientais e, por fim, como encaram e exercem o direito de consulta (CIDH, 2021a).

A consulta prévia, por sua vez, compreendida sob o paradigma da autodeterminação, também será base para promoção de todos os demais direitos dos povos indígenas porque, a partir dela, se pode considerar os seus pontos de vista, necessários para se ponderar a construção de toda e qualquer atividade administrativa, legislativa ou política pública estatal que os afetem.

Como caracteriza Baniwa (2015, p. 126), a consulta prévia, “longe de ser um direito-privilégio, é um direito vital, pois é a única possibilidade de coexistência e de convivência harmoniosa e pacífica, visto que permite aos povos indígenas se sentirem e se perceberem reconhecidos e aceitos”.

É ela que permite, hoje, a ideia de autodeterminação dos povos, o direito de externarem seu pensamento, sua cosmovisão sobre o mundo e projetos de vida e existência. Repudia-se o ponto de vista assimilacionista, em que o Estado era o próprio planejador e idealizador do rumo da vida desses povos e se luta pela efetivação da consulta prévia.

Como explica Duprat (2015), a consulta prévia é um instrumento jurídico de correção de assimetrias e continua sendo vista como uma formalidade desnecessária ou, quando muito, uma formalidade que rapidamente pode ser superada.

Para que a consulta garanta sua finalidade, é necessário que ela seja tomada em consideração por meio de um pensamento descolonizado (NASCIMENTO; NOGUEIRA, 2021), o que irá exigir um procedimento material e não meramente formalista.

Isso porque não se deve primar apenas por garantir a realização da consulta prévia e para que sejam observadas todas as suas características, mas, sobretudo, que ela seja um meio efetivo de fala e exercício do poder dos sujeitos indígenas envolvidos (NASCIMENTO; NOGUEIRA, 2021).

Durante as reuniões preparatórias para edição da Convenção 169 da OIT, os representantes dos Estados já concordavam entre si que procedimentos de consulta meramente formalistas seriam muito frágeis para garantir a devida participação indígena (PALOMINO, 2015). A mera formalidade perpetuaria a desconsideração dos povos e de suas necessidades.

As propostas para revisão da Convenção 107 pela Convenção 169 tomavam em consideração que os povos indígenas deveriam ter o direito de participarem de um

processo de tomada de decisão que os “brindasse a oportunidade de se fazer escutar e de influenciar nas decisões adotadas” e “a possibilidade efetiva de expressar seu ponto de vista” (PALOMINO, 2015, p. 134, tradução nossa).

No que se refere ao termo “consulta”, as organizações indígenas e seus apoiadores sustentavam, perante a OIT, que ele não era o mais adequado para ampliar sua participação e garantir o direito de terem um desenvolvimento autodeterminado. Nesse sentido, defendiam que o termo mais adequado era “consentimento” e que ele fosse exigido quando houvesse programas e atividades que lhe afetassem (PALOMINO, 2015).

A proposta do termo “consentimento”, todavia, foi vista com temor pelos Estados e tendenciava a ser um obstáculo para a aprovação da Convenção 169. Houve resistência até mesmo para aceitar a inclusão da expressão “consulta com objetivo de se chegar a um acordo e conseguir consentimento”⁴³, constante do texto aprovado (PALOMINO, 2015).

Considerando o contexto daquela época e essas questões políticas para revisão da Convenção 107, consagrou-se a ideia de que a “consulta” já representava um avanço consistente para aquele momento, que era garantir o diálogo intercultural entre Estado e povos indígenas (PALOMINO, 2015; ONU, 2009; ANTUNES, 2019).

Adotou-se uma solução intermediária para a questão dos termos “consulta” ou “consentimento”. Isso porque apesar de a regra ser apenas a consulta, previu-se uma gradação entre consulta e consentimento de acordo com o grau de impacto mais severo ou duradouro para a comunidade indígena (RODRÍGUEZ, 2014, p. 48).

Como exemplo, tem-se no artigo 16, item 2, da Convenção 169 da OIT⁴⁴, a adoção do termo “consentimento” e não “consulta” quando for o caso de traslado e reassentamento necessário dos povos, medidas muito gravosas por retirarem completamente os povos indígenas de suas terras.

Essa discussão sobre os termos “consulta” e “consentimento” ainda é muito presente na realidade indígena. Em muitos casos os debates sobre “consulta” e

⁴³ Prevista no artigo 6º, item 2 da Convenção 169 OIT: 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.

⁴⁴ Artigo 16. [...] 2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

“consentimento” giram em torno da existência, ou não, de um “direito de veto” da comunidade indígena (ONU, 2009).

Isso afastou até mesmo o foco na tarefa institucional de adotar meios para fortalecer o direito de consulta; aplicá-lo em casos concretos, e estabelecer o diálogo intercultural, antes mesmo de se cogitar se o seu resultado seria, ou não vinculante. A Convenção 169 da OIT, como destaca Fajardo (2009), foi desde seu início concebida com a ideia de que seria um grande desafio de implementação.

A CIDH (2021a) demonstra que, na atualidade, houve uma certa evolução na perspectiva sobre esse direito, de modo que as Declarações da ONU (2008)⁴⁵ e da OEA⁴⁶ (2016) já avançam na utilização do termo “consentimento” e nas hipóteses em que ele é exigido.

De todo modo, a consulta, para garantir um diálogo intercultural, deve ser um procedimento material de efetiva participação, no qual se tem em mente que os indígenas foram historicamente excluídos dos processos de tomada de decisão sobre assuntos estatais (YAMADA; OLIVEIRA, 2013) - o que inclui os empreendimentos e as atividades institucionais em suas terras.

A consulta prévia material passa a ser uma virada na relação unilateral de decisão sobre empreendimentos econômicos, pois se torna um instrumento de participação que permite aos indígenas se “aproximarem, participarem, influenciarem nas decisões e acompanharem tudo antes que as coisas aconteçam” (YAMADA; OLIVEIRA, 2013, p. 13).

Por meio dela, não só se permite o acesso às propostas e aos estudos de

⁴⁵ Artigo 10. Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

Artigo 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.

Artigo 29. 2. Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir que não se armazenem, nem se eliminem materiais perigosos nas terras ou territórios dos povos indígenas, sem seu consentimento livre, prévio e informado.

Artigo 32 [...] 2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

⁴⁶ Artigo 23. [...] 2. 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.

impactos, mas também que os indígenas possam manifestar suas próprias análises sobre o que lhes for apresentado (YAMADA; OLIVEIRA, 2013).

Nessa nova relação dialógica, objetiva-se a superação do passado de opressão pela escuta ativa dos povos e o direito de consulta, desde que material e não meramente formal, passa a representar uma guinada na importância que se dá à existência, ao ponto de vista e à própria participação dos povos (NASCIMENTO; NOGUEIRA, 2021).

Como explica Zamora (2018), propostas democráticas de uma ética discursiva e participativa como a de Habermas não são suficientes para a participação indígena. Isso porque, na lógica habermasiana compreendida pelo citado autor, haveria possibilidade de consenso entre dois polos de interesses contrários pela via da comunicação e de construção de um conhecimento compartilhado quando as partes têm iguais possibilidades de participação.

Ocorre que na participação pela consulta prévia, a igualdade entre os sujeitos envolvidos não está presente, visto que ainda é concebida como uma relação vertical entre comunidade indígena e Estado, e o direito de consentimento sequer vem sendo admitido, como já pontuado.

Zamora (2018, p. 30) também destaca que a exigência de um consenso na comunicação entre os sujeitos demandaria um “condicionamento cultural”. E se a finalidade da consulta é garantir a autodeterminação e o diálogo intercultural, precisa ser um meio em que se aceita a diferença cultural, a possibilidade de diversas visões sobre o mundo e no qual se possa gerar diferentes respostas a depender de cada povo.

No caso de setores historicamente marginalizados, para haver mudanças sociais, necessita-se do equilíbrio de poder na esfera da comunicação, o que é muito mais complexo do que a mera possibilidade de comunicação e de externalizar opiniões (ZAMORA, 2018).

Para que o equilíbrio de poder ocorra na consulta prévia, enquanto diálogo intercultural, torna-se necessário, por exemplo, que se modifique certos pressupostos sobre esse direito, em especial que se considere as assimetrias entre grupos culturalmente diferenciados (PERUZZO, 2017).

Deve-se ter em mente que o entendimento entre os dois lados, numa relação de comunicação em geral, não se limita ao “sim” e ao “não”. Compreender essa premissa terá reflexo em aceitar que a consulta prévia deve ser considerada para além

do debate sobre gerar um “direito de veto” ou de “não” (PERUZZO, 2017).

A participação material pela consulta vai além da ideia de direito de fala ou de opinião pois, como visto, a comunidade política consultada (o povo indígena), no caso concreto, deve poder conhecer argumentos sobre propostas e estudos de impactos e ter espaço para propor mudanças ao que for apresentado (PERUZZO, 2017; YAMADA; OLIVEIRA, 2013; NASCIMENTO; NOGUEIRA, 2021).

Diante disso, tem-se que o entendimento entre os dois lados pressupõe que se admita o dissenso, que os povos possam, após serem consultados, dizer “não” e que este “não” possa ser considerado não como um simples “veto”, mas como uma proposição a ser considerada para reformulação das propostas apresentadas. Assim, a tentativa de obtenção de um consenso requer uma postura de integração nas proposições em questão (PERUZZO, 2017).

Além disso, encarar a consulta prévia como esfera de comunicação que admite o dissenso significa, do mesmo modo, verificar os pontos de vista envolvidos e, dentre eles, permitir a prevalência do melhor argumento – ainda que seja o do ponto de vista não estatal (PERUZZO, 2017). Trata-se de compreender os resultados da consulta na esfera concreta de comunicação do diálogo intercultural e não como um direito absoluto no plano jurídico abstrato.

Desse modo, a consulta prévia não deve ter uma relação vertical entre comunidade indígena-Estado, mas sim uma relação horizontal, em que a ela seja considerada como instrumento de diálogo intercultural (PERUZZO, 2017), no qual o ponto de vista deve ser efetivamente considerado.

3.3. As implicações da interculturalidade em conflitos sobre megaprojetos econômicos segundo os parâmetros do SIDH

Passando-se à análise dos parâmetros para proteção de direitos humanos dos povos indígenas no sistema regional interamericano, serão apresentados aqueles aferidos da jurisprudência e da Opinião consultiva nº 23/2017⁴⁷ (OC-23/2017) da Corte IDH e os constantes do Relatório temático da CIDH “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el

⁴⁷ O Estado da Colômbia solicitou que a Corte IDH apresentasse a correta interpretação sobre a CADH, no que se refere a danos ambientais e outros tratados internacionais de direitos humanos em matéria ambiental, cujos fatos estavam relacionado à construção de grandes obras de infraestrutura.

contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo” (2015).

Deu-se preferência em apresentar os parâmetros delineados pela interpretação da Corte IDH e, naquilo que lhe complementasse, foram indicados os parâmetros defendidos pela CIDH, diante da natureza vinculante dos primeiros.

Sobre a jurisprudência da Corte IDH acerca dos direitos dos povos indígenas, é importante que se mencione, desde logo, que ela se utiliza da Convenção 169 da OIT para atribuir sentido à sua interpretação dos direitos dispostos na CADH, o que fora realizado, por exemplo, no julgamento do caso Comunidade Indígena Yake Axa v. Paraguai (2005).

Isso decorre da cláusula de abertura de interpretação extensiva constante dos tratados internacionais de direitos humanos que, no caso da CADH, está prevista na norma disposta no artigo 29, alínea “d”: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza” (BRASIL, 1992c).

Ainda previamente, destaque-se que alguns dos casos a seguir citados se referem as comunidades consideradas por aquela Corte como tribais⁴⁸ ou afrodiaspóricas e que, apesar disso, suas orientações, quando gerais - e não específicas -, também são aplicáveis aos povos indígenas, visto que ambas as organizações sociais são reconhecidas por suas identidades diferenciadas e por possuírem os mesmos direitos sob o prisma da Convenção 169 da OIT.

Na sentença do caso Povo Saramaka v. Suriname, a Corte IDH (2007) esclarece sobre essa reciprocidade na jurisprudência, pois os povos indígenas e os tribais compartilham o fato de serem sociedades com características sociais, culturais e econômicas que os diferenciam do restante da sociedade.

No Caderno de Jurisprudência nº 11 sobre povos indígenas e tribais (CORTEIDH, 2021), explica-se que as formulações gerais sobre os direitos dos povos indígenas e tribais decorrem dos princípios da igualdade, da não discriminação e do impacto da identidade cultural no processo interpretativo.

Outra premissa inicial que se deve ter em consideração é que o direito de

⁴⁸ O termo “povos tribais” foi utilizado apenas para guardar correlação com o utilizado na Convenção 169 da OIT de 1989. Reconhece-se que atualmente deve se dar preferência para outros termos mais respeitosos e adequados às individualidades, segundo a própria autoidentificação do grupo, como por exemplo, quilombolas, povos afrodiaspóricos, populações tradicionais, caiçaras, coletores, ribeirinhos, ciganos etc.

propriedade na CADH está previsto como “propriedade privada” e, muito embora remeta ao pensamento de propriedade individual, a Corte IDH (2021) começou a interpretá-lo como direito coletivo, ao considerar que os usos e os costumes dos povos devem compor a interpretação dos direitos ali previstos.

Sob essa hermenêutica, o artigo 21 da CADH passou a abranger não só a propriedade privada individual, mas também a coletiva, consuetudinária, imaterial e ancestral, titularizada pelos povos culturalmente diferenciados.

No caso *Comunidade Indígena Yake Axa v. Paraguai* (CORTE IDH, 2005), esclarece-se que a proteção dos direitos humanos tem natureza dinâmica, a qual impõe primar pela adoção de critérios interpretativos que correspondam à evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana no direito internacional contemporâneo.

A complementação do conteúdo da CADH pelos demais instrumentos internacionais de proteção dos povos indígenas permitiu à Corte IDH firmar orientações também sobre o direito de consulta prévia, enquanto consectário das situações em que se pretende interferir no direito de propriedade indígena garantido no artigo 21 da CADH.

Sobre os tratados internacionais utilizados pela Corte IDH, não se trata somente daqueles específicos - Convenção 169 da OIT e Declarações da ONU e da OEA sobre os direitos dos povos indígenas.

No caso do *Povo Saramaka v. Suriname* (2007), o Estado surinamês não havia ratificado a Convenção 169 da OIT, mas havia ratificado os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais, como visto no tópico anterior, preveem o direito à autodeterminação dos povos e o respeito por sua gerência de território e recursos naturais.

No que se refere ao direito territorial indígena, a jurisprudência da Corte IDH é no sentido de que não se exige título formal de propriedade, bastando que os Estados tenham mecanismos de permitir efetivo uso e gozo do território e dos seus recursos naturais.

Isso porque, ao analisar pela primeira vez a norma do artigo 21 em relação aos povos indígenas e tribais, no caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni v. Paraguai* (2001), a Corte IDH considerou o contexto histórico e a intenção dos Estados que finalizaram o texto da CADH, no qual se decidiu por utilizar a expressão “uso e gozo dos seus bens”, no lugar de “propriedade privada”.

Por essa razão, o conteúdo protetivo não deve ser limitado por um título formal

específico para permitir esse uso e gozo de um bem. No caso *Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros v. Honduras*, a Corte IDH (2015b) explicou que o reconhecimento da propriedade indígena pode ocorrer por outra forma similar à de um título de propriedade, desde que haja reconhecimento estatal e segurança jurídica do povo indígena frente às ações de terceiros e do próprio Estado.

Em decisão mais recente, no caso *Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) v. Argentina*, considerou-se que o conteúdo do direito garantido pelo artigo 21 da CADH inclui não só o uso e gozo de terras, mas também de recursos naturais e alimentícios ligados à cultura, aos costumes e à subsistência dos povos (CORTE IDH, 2020).

Sobre o ordenamento brasileiro, a Corte IDH se manifestou especificamente no caso do *Povo Indígena Xucuru v. Brasil* (2018), e de sua sentença fez constar que não há problema na normativa brasileira em que não há concessão de um título formal de propriedade, mas sim no fato de não se garantir a titularidade de direitos por meio de um efetivo e célere processo de demarcação.

Isso porque o Estado se autodeclara garantidor dos direitos dos povos, mediante demarcação de terras indígenas em bens públicos da União; e a Constituição prevê que não haverá efeitos jurídicos nos atos de terceiro tendentes a minorar os direitos territoriais indígenas.

No referido caso, o Brasil foi condenado por violação de direitos humanos pela demora não razoável no prazo de finalização do processo demarcatório e não por conta da natureza jurídica da terra indígena. Para a Corte IDH (2018), a importância deve ser em ter uma efetiva medida de direito interno para garantir o uso e gozo do território e não a estrita questão da natureza jurídica de propriedade.

Ciente da possibilidade de proteção territorial indígena por diversos institutos jurídicos possíveis (posse, propriedade, demarcação, entre outros) – desde que se garanta, de maneira efetiva, o uso e gozo do território e dos recursos naturais pela comunidade – passa-se a indicar os parâmetros para se considerar possível a intervenção ou minoração desse direito.

Sobre o tema de limitação do direito ao território, a Corte IDH considera que é convencional a possibilidade de intervenção, mas desde que de modo excepcional e respeitados certos requisitos.

No caso *Povos Kaliña e Lokono v. Suriname*, a Corte IDH (2015a) manifestou-se no sentido de que a regra é o exercício pleno de direitos sobre a terra pelos povos

indígenas sem qualquer interferência externa, seja de terceiros, seja do Estado.

Outro requisito definido no caso *Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai* (2005), é de que o Estado pode intervir sob justificativa de um “interesse público imperativo”, mas desde que tal interesse não se confunda com um simples propósito útil ou oportuno.

Além disso, definiu-se que se essa razão de interesse público for pleiteada para intervir no território indígena, ela deve a) estar prevista em lei; b) ser necessária; c) ser proporcional e d) deve ter como fim um objetivo legítimo numa sociedade democrática (CORTE IDH, 2005). Esses requisitos foram confirmados no caso *Povo Saramaka v. Suriname* (2007).

O juízo de proporcionalidade sobre esse interesse público deve questionar (i) se a consecução de objetivos coletivos deve realmente preponderar no caso concreto e (ii) se a interferência na terra indígena será na menor medida possível (CORTE IDH, 2005).

Também deve refletir se 1) os recursos naturais afetados são utilizados pelas comunidades de modo tradicional ou para subsistência; 2) haverá a denegação da identidade cultural da comunidade; ou 3) haverá risco para subsistência dos povos (CORTE IDH, 2007).

Para aferir os requisitos anteriores, devem ser observadas três salvaguardas específicas que, por sua vez, atribuem três deveres aos Estados: 1) a participação efetiva mediante consulta prévia; 2) a participação na repartição de benefícios econômicos; e 3) a realização de estudo de impacto socioambiental (CORTE IDH, 2007).

Essas salvaguardas devem ser aplicadas, segundo a Corte IDH (2015b), mesmo quando não se refira à exploração econômica da terra, ou seja, a qualquer caso em que se adote uma medida que vise restringir o direito de uso e gozo dos bens na terra indígena⁴⁹.

Em relação à vinculatividade da consulta, é interessante observar que a Corte IDH chegou a se posicionar, no caso *Povo Saramaka v. Suriname*, quanto à necessidade de se obter o consentimento do povo indígena a depender do nível de impacto da atividade no território, sob a lógica de que há um nível máximo de impacto

⁴⁹ Por exemplo, a hipótese de afetação da área indígena para fins de se instituir área ambientalmente protegida que não admita intervenção humana, devendo-se realizar um juízo de ponderação e análise da compatibilidade do povo com a proteção da natureza na área ambiental (CORTE IDH, 2015).

tolerado, conforme melhor esclarecido posteriormente na Opinião Consultiva nº 23 de 2017.

O nível de impacto aceito deve ser aferido caso a caso, mas, como critério geral, o nível tolerado é aquele que não negue a capacidade dos membros da comunidade de sobreviverem como um povo – sobrevivência esta que vai muito além da sobrevivência física. Como esclarece a Corte IDH (2008):

A frase “sobrevivência como uma comunidade tribal” deve ser entendida como a capacidade dos Saramaka de "preservar, proteger e garantir a relação especial que [eles] têm com seu território", para que possam "continuar a viver seu modo de vida tradicional e que sua identidade cultural distinta, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições serão respeitados, garantido e protegido...". O termo "sobrevivência" significa, portanto, neste contexto, muito mais do que a sobrevivência física (CORTE IDH, 2008, p. 10, tradução nossa).

Nesse sentido, a CORTE IDH (2007) estabelece que quando se tratar de plano de desenvolvimento ou de investimento em grande escala, que impacte profundamente, que afete a integridade das terras e dos recursos naturais da comunidade, o Estado poderá se defrontar com a obrigação não só de consultar, mas também de obter o consentimento.

Para a CIDH (2015), não é conveniente apresentar uma definição fechada sobre o que seria projeto de “grande escala”, de modo que esse conceito deveria ser suficientemente flexível para incluir diversos tipos de atividades. Apesar disso, entende possível identificar alguns cenários em que são claramente exigíveis o consentimento e determinar certos critérios aplicáveis para definição de quando é uma hipótese de consulta ou de consentimento.

Em relação aos cenários que tendem a ser um projeto de grande escala, estão atividades como megaprojetos de mineração e de exploração de petróleo e gás quando há remoção de altas quantidades de matéria ou ocupação de amplas superfícies, bem como de construção de represas que impliquem em inundação permanente ou impactos em sítios sagrados (CIDH, 2015).

Sobre os critérios de aferição de um projeto de grande escala, estão, de um lado, a magnitude ou dimensão do projeto, e de outro, o impacto humano e social da atividade frente aos povos. Por meio do primeiro critério (magnitude e dimensão), afere-se o volume e a intensidade de material produzido, comercializado ou de matéria-prima, a variar dependendo do recurso extraído, bem como a intensidade

ambiental do projeto, sobretudo quando os volumes são pouco significativos, mas os impactos ambientais altos (ecotoxicidade, contaminação, uso de substâncias tóxicas, emprego de explosivos, efeitos negativos sobre espécies em risco ou endêmicas, emissão de gases de efeito estufa, entre outros).

Por meio do segundo critério (impacto humano ou social), está a dimensão do projeto em termos numéricos e a profundidade dos impactos na população, quando se analisa as peculiaridades do povo e os impactos acumulados de outros projetos sobre a mesma localidade (CIDH, 2015).

Além desses casos, a CIDH (2015) ressalta as hipóteses de deslocamento forçado, conforme previsão legal no artigo 16 da Convenção 169 da OIT⁵⁰ (BRASIL, 2019a) e no artigo 10 da Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas⁵¹ (ONU, 2008), bem como de depósito de armazenamento de materiais perigosos ou atividades militares, salvo, neste último caso, se justificado por motivo de interesse público pertinente⁵², por solicitação dos povos ou por acordo livremente firmado, nos termos dos artigos 29 e 30 da mesma Declaração da ONU⁵³ (ONU, 2008).

Sobre os parâmetros da consulta prévia, a Corte IDH começa a defini-los a partir do caso citado *Saramaka v. Suriname* (2007), no seguinte sentido:

[...] a Corte afirmou que, ao garantir a participação efetiva dos membros do povo Saramaka em planos de desenvolvimento ou investimentos dentro de seu território, o Estado tem o dever de consultar ativamente essa comunidade, de acordo com seus costumes e tradições [...]. Este dever exige que o Estado aceite e forneça informações, e envolve comunicação constante

⁵⁰ Artigo 16. [...] 2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

⁵¹ Artigo 10. Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

⁵² Destaca a CIDH (2015, p. 102), que a presença militar não pode ser utilizada apenas para garantir a “viabilidade de planos e projetos de extração, exploração ou desenvolvimento que não tenham sido consultados ou tenham o consentimento dos povos indígenas”.

⁵³ Artigo 30 1. Não se desenvolverão atividades militares nas terras ou territórios dos povos indígenas, a menos que essas atividades sejam justificadas por um interesse público pertinente ou livremente decididas com os povos indígenas interessados, ou por estes solicitadas. 2. Os Estados realizarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, por meio de procedimentos apropriados e, em particular, por intermédio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares.

⁵⁴ Artigo 29. [...] 2. Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir que não se armazenem, nem se eliminem materiais perigosos nas terras ou territórios dos povos indígenas, sem seu consentimento livre, prévio e informado.

entre as partes. As consultas devem ser realizadas de boa-fé, por meio de procedimentos culturalmente adequados e devem visar chegar a um acordo. O povo Saramaka também deve ser consultado, de acordo com suas próprias tradições, nos estágios iniciais do plano de desenvolvimento ou investimento e não apenas quando surge a necessidade de obter a aprovação da comunidade, se for esse o caso. O alerta antecipado proporciona um tempo para discussão interna dentro das comunidades e para dar uma resposta adequada ao Estado. O Estado também deve garantir que os membros do povo Saramaka estejam cientes de potenciais riscos, incluindo riscos ambientais e à saúde, a fim de aceitar o plano de desenvolvimento ou investimento proposto com conhecimento e em uma base voluntária. Por fim, a consulta deve levar em conta os métodos tradicionais do povo Saramaka para a tomada de decisões (CORTE IDH, 2007, p. 42, tradução nossa).

No caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador, define-se que os Estados devem organizar adequadamente o aparato governamental e suas instituições, a fim de que observem os padrões internacionais para aplicação da consulta prévia e que sejam “canais de diálogos sustentados, eficazes e confiáveis para os povos indígenas e suas instituições representativas” (CORTE IDH, 2012, p. 49).

Estabelece-se que cabe ao Estado ser o órgão de fiscalização, controle, aplicação e garantia de realização da consulta, e que ela é, além de um direito do povo indígena, também um dever estatal de consultar dentro do âmbito da responsabilidade do Estado, e que tal dever não pode ser delegado à terceiros, menos ainda à empresa interessada na exploração econômica da área (CORTE IDH, 2012).

Na mesma sentença, a Corte IDH (2012) aborda os parâmetros internacionais para os adjetivos da consulta: ela deve ser prévia, livre, informada, de boa-fé, acessível e culturalmente adequada, e com vistas à obtenção de um acordo.

Sobre a característica “prévia”, definiu-se que a consulta deve ser garantida em todas as fases do projeto, e desde a primeira delas, quando ainda se está na elaboração ou no planejamento das medidas a serem propostas, e não apenas quando surgir a necessidade de aprovação da comunidade (CORTE IDH, 2012).

Isso porque aos indígenas deve ser garantido o direito de participar e de influenciar no processo de decisões, e seus direitos não podem ser ignorados frente a atividades ou acordos bilaterais do Estado com terceiros (CORTE IDH, 2012).

Sobre a característica “informada”, o Estado deve assegurar que os indígenas tenham conhecimento não só dos benefícios da atividade econômica, mas também de todos seus riscos, para que então possam fazer uma adequada avaliação sobre o projeto de desenvolvimento (CORTE IDH, 2012).

Dentre os riscos que as comunidades indígenas têm direito a ter conhecimento, estão aqueles presentes no estudo de impacto socioambiental, no qual se deve incluir tanto os impactos ambientais como os de insalubridade. O adjetivo “informado” também implica numa comunicação constante entre as comunidades e o Estado (CORTE IDH, 2012).

Sobre as características “livre, de boa-fé e com vistas à obtenção de um acordo”, indicam que a consulta não pode se reduzir a um mero trâmite formal, mas sim representar “um verdadeiro instrumento de participação” (CORTE IDH, 2012, p. 57).

Ela deve ser garantida como um diálogo entre as partes com respeito mútuo, com vistas a alcançar o consenso entre si, mediante um clima de confiança e ausência de qualquer tipo de coerção por parte do Estado. Como proibição de coerção, estão incluídas as condutas que desintegram a coesão das comunidades, a corrupção de líderes, o apoio as lideranças paralelas ou as negociações com membros individuais (CORTE IDH, 2012).

Sobre a característica “acessível e culturalmente adequada”, prevê-se que a consulta deve se realizar mediante procedimentos culturalmente adequados, que respeitem suas próprias tradições, e em relação às quais os parâmetros internacionais não definem um modelo padrão (CORTE IDH, 2012), e nem poderiam, a fim de respeitar a interculturalidade e a autodeterminação.

No Brasil, os procedimentos que respeitam essa característica e se mostram legítimos para realizar um diálogo intercultural decolonial são os protocolos autônomos de consulta, nos quais cada comunidade explica os métodos culturalmente adequados para serem consultados e quem são suas lideranças reconhecidas como representantes de suas comunidades (SILVA, 2020).

Como explica Marés (2019, p. 39), “os protocolos são a tradução escrita dos consensos internos de cada povo para se relacionar com os Estados nacionais” ou, ainda, “a expressão escrita dos usos, costumes e tradições de cada povo para responder às consultas a serem feitas pelo Estado nacional em cumprimento à Convenção 169 da OIT”.

Sobre a característica “culturalmente adequada”, deve-se estar presente não só no momento informativo ou comunicacional, mas também no momento de tomada de decisões (CORTE IDH, 2012), inclusive quanto aos benefícios econômicos que serão compartilhados.

Quanto à salvaguarda nº 2) - a repartição razoável de benefícios - a Corte IDH (2007) entende devida tanto em casos em que houver total privação da propriedade, quanto em casos de privação do seu uso e gozo regular.

Esse dever de partilhar benefícios econômicos, segundo a Corte IDH (2007), decorre do artigo 21.2 da CADH⁵⁵ (BRASIL, 1992c) e dos artigos 32.2 da Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas⁵⁶ (ONU, 2008) e do artigo 15.2 da Convenção 169 da OIT⁵⁷ (BRASIL, 2019a) e se constitui como indenização razoável e equitativa pela exploração das terras e dos recursos naturais utilizados de modo tradicional, cultural ou para subsistência da comunidade.

Na interpretação da sentença do caso do Povo Saramaka v. Suriname, a Corte IDH (2008) estabeleceu que os beneficiários devem ser identificados em consulta ao povo e não de maneira unilateral pelo Estado, o que, por consequência, também exige que sejam resolvidos de acordo com os costumes e tradições de cada comunidade.

Isso significa que nem sempre uma medida de reparação será apenas ou simplesmente econômica, devendo-se atentar para que “a justa indenização” e os seus beneficiários sejam também definidos por meio da consulta prévia (CORTE IDH, 2008).

Esse entendimento também vale para casos em que há o dever de reparar, excepcionalmente, mediante concessão de terras alternativas ou similares para aqueles povos que já foram deslocados ou reassentados contra sua vontade (CORTE IDH, 2005).

No quesito reparações, o viés da interculturalidade exige que se compreenda que elas podem ter dimensão coletiva e foco na satisfação de necessidades específicas do grupo étnico como um todo (CIDH, 2015).

⁵⁵ Artigo 21. [...] 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

⁵⁶ Artigo 32. [...] 2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

⁵⁷ Artigo 15. [...] 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Além disso, deve-se ter em mente que um dos objetivos que se busca com a concessão de repartição dos benefícios é que as condições de vida dos povos melhorem, sem que, todavia, elas sejam utilizadas como justificativa para condicionamentos ou pressões contra os povos ou para que aceitem, a qualquer custo, os projetos em suas terras (CIDH, 2015). A repartição de benefícios, na ótica intercultural, deve ter forte viés emancipatório.

Quanto à salvaguarda nº 3) – realização de estudo de impacto socioambiental (EISA) – é condição prévia para emissão de concessão de atividades no território indígena (CORTE IDH, 2007) e para qualquer outro projeto econômico ou obra de infraestrutura que possa gerar impactos ambientais, sejam eles dentro ou fora de territórios indígenas (CORTE IDH, 2017).

Na interpretação da sentença do caso *Saramaka v. Suriname*, a Corte IDH (2008) manifestou-se com maior precisão sobre esse dever estatal e explicou que o EISA está relacionado à própria salvaguarda nº 1 (direito de participação mediante consulta prévia), de modo que o EISA, assim como a consulta, deve ocorrer na fase prévia à concessão estatal. Posteriormente, na OC nº 23, a Corte IDH (2017) melhor esclareceu que o direito à consulta também deve ser garantido durante o EISA e não somente após a sua conclusão.

Na mesma sentença, explicou-se que o EISA deve ser realizado conforme normas internacionais e boas práticas na área⁵⁸; deve respeitar as tradições e cultura da comunidade; e deve servir para avaliar e informar sobre impactos e danos potenciais, inclusive impactos acumulativos:

Avaliar os danos potenciais ou impactos que um projeto de desenvolvimento ou investimento pode ter sobre a propriedade e a comunidade em questão. O objetivo das EISAs não é apenas ter alguma medida objetiva do impacto potencial sobre a terra e as pessoas, mas também [...] “garantir que os membros do povo Saramaka estejam cientes dos potenciais riscos, incluindo riscos ambientais e à saúde, a fim de aceitar o desenvolvimento ou plano de investimento proposto de forma consciente e voluntária” [...]

Por fim, um dos fatores que devem ser abordados no estudo de impacto socioambiental é o impacto acumulativo gerado pelos projetos existentes e aqueles que serão gerados pelos projetos que foram propostos. Essa análise permitiria concluir com mais precisão se os efeitos individuais e acumulativos das atividades existentes e futuras podem colocar em risco a sobrevivência dos povos indígenas ou tribais (CORTE IDH, 2008, p. 11, tradução nossa).

⁵⁸ Como um dos mais completos e utilizados estândaes para EISA e povos indígenas e tribais, a Corte IDH (2008) cita o “*Akwé: Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities*”.

Em casos de megaprojetos econômicos, os direitos dos povos indígenas acabam por estar alinhados às mesmas salvaguardas que deverão ser garantidas para a proteção de um meio ambiente sadio, tendo em vista que possuem direito à proteção e acesso aos recursos naturais, pois são usados para suas próprias sobrevivências, desenvolvimento e continuidade dos seus modos de vida (CORTE IDH, 2017).

Haverá, nesse aspecto, uma estrita vinculação entre a proteção dos recursos naturais, enquanto direitos territoriais, com a proteção do direito à vida digna. Desse modo, a proteção do meio ambiente está estritamente relacionada com o resguardo dos direitos dos povos indígenas de proteção à vida, à integridade, à propriedade e mesmo ao seu projeto de vida, tanto em sua esfera individual como coletiva (CORTE IDH, 2017).

Nesse prisma, os povos indígenas devem ser considerados enquanto grupo de especial vulnerabilidade no cenário de potenciais danos ao meio ambiente. A falta de acesso a seus territórios e aos recursos naturais que utilizam podem lhes expor a uma condição de vida sub-humana e à desproteção extrema (CORTE IDH, 2017).

Diante disso, as salvaguardas ambientais determinadas pela Corte IDH na OC-23/17 também lhes são aplicáveis quando diante de megaprojetos econômicos causadores de impactos ambientais significativos. Diante de uma situação como essa, os Estados possuem determinados deveres decorrentes do princípio ambiental da prevenção (que incide nos casos em que a atividade humana gera impactos ambientais conhecidos).

São eles os deveres de (i) regulação de atividades causadoras de impactos ambientais; (ii) supervisão e fiscalização de projetos sob sua jurisdição, o que deve incluir tanto medidas preventivas, como medidas de sanção e de reparação de danos; (iii) exigência de realização do estudo de impacto ambiental; (iv) estabelecimento de um plano de contingência para dispor de medidas de segurança e procedimentos de mitigação de graves acidentes ambientais; (v) mitigação do dano ambiental, utilizando-se a melhor tecnologia e ciência disponível (CORTE IDH, 2017).

Os itens (iv) e (v) acima dependem de peculiaridades concretas e possíveis diante do empreendimento. Mas quanto aos demais deveres, há disposições mínimas pré-estabelecidas que devem ser observadas.

Quanto ao dever de regulação (i), cabe ao Estado adotar uma normativa clara

sobre quais atividades e impactos são analisados; como deve ser o procedimento do estudo de impacto ambiental (requisitos, procedimentos e sua relação com o processo de decisão); as responsabilidades, deveres e sanções dos envolvidos para tomada de decisões e para os responsáveis durante a implementação e operação da atividade (CORTE IDH, 2017).

No que se refere ao dever de supervisão e fiscalização (ii) a Corte IDH (2017) disciplina que ele precisa ser independente e não se encerra com o estudo de impacto, devendo ser realizado também quanto ao cumprimento ou implementação das normas, investigações e sanções pertinentes, de modo contínuo e gradativo ao nível de impacto, numa espécie de controle administrativo e monitoramento sobre os agentes públicos e privados envolvidos e os efeitos do projeto ao longo do tempo.

Sobre os estudos de impacto ambiental (iii), na OC-23/17, a Corte IDH reiterou que, nos casos de empreendimentos em terras indígenas, o EISA (a) deve ser realizado por instituição estatal ou privada, mas independente e sob sua supervisão; (b) de modo prévio; (c) mediante participação do povo por meio da consulta prévia; (d) respeitando a natureza diferenciada dos impactos que eles podem vir a sofrer em razão de suas tradições, cultura e relações próprias com a área e os recursos naturais; e (e) considerando o impacto acumulado de outros projetos, conforme acima citado.

Todavia, para além dessas confirmações, na OC-23/17, a Corte IDH ampliou a análise sobre questões relacionadas ao estudo de impacto, tomando em consideração, sobretudo, que para os indígenas, ele não serve apenas para o dever de informação durante a realização da consulta prévia, mas também para seu direito de participação na tentativa de obtenção de acordo após serem informados dos riscos e dos benefícios do empreendimento.

Nesse sentido, a Corte IDH (2017) estabeleceu que os Estados não podem conceder nenhuma atividade relacionada à execução do projeto até que o EISA seja aprovado pela autoridade competente, sendo preferível sua realização antes da decisão final sobre a localização e o desenho do empreendimento. Quando a concessão da atividade já tiver sido outorgada, o EISA deve ser realizado antes da fase de execução.

Ainda, a Corte IDH (2017) estabeleceu que devem ser estudadas e discutidas as alternativas à proposta de exploração que forem levantadas, o que é elucidado pela CIDH (2015) no seguinte sentido:

Os povos indígenas e tribais devem ser capazes de influenciar de maneira significativa no processo e nas decisões tomadas nele mesmo, o que inclui a acomodação de suas perspectivas e preocupações por exemplo, por meio de mudanças demonstráveis e comprováveis a respeito dos objetivos do projeto, parâmetros e desenho, assim como de qualquer preocupação que possam ter sobre a aceitação do projeto em si mesmo (CIDH, 2015, p. 96, tradução nossa).

No caso de contrapropostas apresentadas pelo povo indígena ou em rotas alternativas para sua proteção, o procedimento de consulta deve ser tratado como:

Um meio de garantir os direitos que podem ser afetados, eles devem envolver evidências de modificação de planos ou projetos com base nas opiniões, preocupações e contribuições dos povos indígenas e tribais. A CIDH já se referiu ao *dever de acomodar*, tendo em vista que o dever de consulta exige, de todas as partes envolvidas, flexibilidade para acomodar os diferentes direitos e interesses em jogo, uma vez que os planos ou projetos de extração, exploração ou concessão de atividades extrativistas afetam substancialmente os direitos de propriedade indígena e outros direitos relacionados.

Assim, indicou que é dever dos Estados “ajustar ou mesmo cancelar o plano ou projeto com base nos resultados da consulta com os povos indígenas, ou, na falta de tal acomodação, fornecer razões objetivas e razoáveis para não ter feito.” Dessa forma, aquelas decisões relacionadas à aprovação desses planos, que não expressam os motivos que justificam a falta de acomodação dos resultados do processo de consulta, podem ser consideradas contrárias às garantias de devido processo estabelecidas pelas normas de o sistema Direitos Humanos Interamericanos.

Nessa mesma linha, a Comissão lembra que “[o] fato de que o consentimento dos povos indígenas não seja exigido ao final de todos os processos de consulta não implica que o dever de consulta do Estado se limite ao cumprimento de procedimentos formais” (CIDH, 2015, p. 97, tradução nossa, grifo no original).

Verifica-se, portanto, que encarar a consulta pela via do diálogo intercultural importa no dever de tentativa de integração e proteção dos povos por meio de vias alternativas no empreendimento, sem ao menos se falar sobre questão de veto ou de consentimento até esse momento. O dever de acomodação entre os interesses e os conflitos está presente como implicação jurídica da interculturalidade.

Durante a fase de aprovação do estudo de impacto ambiental, o Estado deve examinar não só o preenchimento específico de normas ambientais, mas também se ele está compatível com as obrigações internacionais de direitos humanos, sobretudo se é o caso de garantia e promoção de direitos de povos e comunidades indígenas.

Como consequência, em casos envolvendo interesses indígenas, o impacto social também deverá ser analisado para além do impacto ambiental. A análise social do projeto em si não é parte do EISA, mas deve compor um dos itens a serem considerados pelo Estado em sua supervisão sobre o empreendimento.

Os impactos acumulados, por sua vez, devem fazer parte do EISA, e eles se referem aos projetos existentes e os que vão existir quando um projeto está relacionado a outro. Sobre os projetos existentes, a Corte IDH (2017) entende que os impactos já gerados por eles servem de parâmetro para considerar os efeitos individuais e acumulados das atividades que já se sabe gerar impacto significativo.

E sobre os projetos que ainda vão existir, a Corte IDH (2017) exemplifica que, na hipótese de construção de uma estrada para dar acesso ao empreendimento, o EISA deve abarcar tanto o impacto do projeto principal (empreendimento), como o projeto a ele associado (a estrada).

Ultrapassados todos esses trâmites, é que se passaria a realizar o questionamento se há ou não direito ao consentimento ou ao veto, por meio de um juízo de proporcionalidade na colisão dos direitos, sobretudo porque a premissa básica da jurisprudência interamericana é que as medidas restritivas devem interferir na menor medida possível no outro direito.

Ao contrário do que ocorre em outras sentenças que profere⁵⁹, a Corte IDH não realiza efetivamente o juízo de proporcionalidade nos casos envolvendo os direitos territoriais indígenas.

O primeiro caso identificado sobre definição do teste de proporcionalidade em casos de interferência em terras indígenas foi o Caso Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai (2005). Nele, o governo paraguaio vendeu para empresários britânicos parte de terras originárias em que vivem os membros da Comunidade Yakye Axa, o que os obrigou a sair de suas terras ancestrais, impondo uma condição de vulnerabilidade socioeconômica que ocasionou as mais diversas violações de direitos humanos (exploração sexual de mulheres indígenas, falta de água e alimentos etc.).

Como as terras foram adquiridas por terceiros, no caso em questão, estava-se diante do conflito de propriedade comunal indígena e de propriedade privada particular, o que, para a Corte IDH (2005), pode vir a ser um conflito real ou aparente, a depender o caso concreto.

Para resolver o impasse, a Corte IDH (2005) estabeleceu, como já exposto, que a restrição de um direito deve estar prevista em lei e visar a um objetivo legítimo de uma sociedade democrática, mas também deve ser necessária e proporcional.

⁵⁹ Cita-se como exemplo a sentença *Kimel vs. Argentina*, na qual a Corte IDH realizou um juízo de proporcionalidade e aferiu que o direito de liberdade de expressão do Sr. Kimel foi desproporcionalmente violado em relação à proteção do direito à honra da outra parte envolvida.

A restrição no direito à propriedade privada do particular pode ser necessária para viabilizar o objetivo coletivo de preservar as comunidades indígenas e suas identidades culturais dentro de uma sociedade democrática e plural, bem como pode ser proporcional à exigência de pagamento de uma justa quantia indenizatória (CORTE IDH, 2005), dependerá do caso concreto.

Para a Corte IDH, não significa que sempre haverá conflito entre os direitos territoriais particulares ou estatais e os direitos territoriais indígenas, e nem que uns prevaleçam sempre em relação aos outros (CORTE IDH, 2005).

Na verdade, para ela, deve-se verificar, caso a caso, e justificadamente, as medidas possíveis de manter os povos em seus territórios ou de compensação, tendo como norte a orientação principal do que significa a terra para a comunidade (CORTE IDH, 2005).

Dito isso, a Corte IDH (2005) determinou ao Estado do Paraguai que identificasse o território tradicional da Comunidade Yakye Axa; entregasse-o de volta à comunidade e, no caso de se encontrar em posse de terceiros, determinou que o Estado avaliasse a legalidade, necessidade e proporcionalidade da expropriação ou não das terras, e se o fim dessa espoliação era um objetivo legítimo numa sociedade democrática.

No segundo caso em que se menciona o critério de proporcionalidade, Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, também inserido nesse contexto de venda das terras do Chaco paraguaio para empresários britânicos, a Corte IDH (2006) expressamente mencionou que não poderia decidir qual direito à propriedade prevaleceria no caso concreto (o coletivo da comunidade indígena ou o privado dos que compraram o terreno).

A justificativa da Corte IDH é de que ela não é um tribunal de direito interno que dirime as controvérsias entre particulares, de modo que tal tarefa seria atribuição exclusiva do Estado paraguaio, restando para si, enquanto Corte internacional, a atribuição de analisar a garantia de direitos humanos aos membros daquela comunidade (CORTE IDH, 2006).

Assim, na referida sentença, a Corte IDH (2006) analisou apenas as justificativas do Estado para não devolver as terras ancestrais à comunidade indígena (serem privadas; serem produtivas; e terem sido alienadas por tratado bilateral entre Paraguai e Inglaterra), e concluiu que elas não eram legítimas para justificar o interesse social imperioso de uma sociedade democrática, o qual, como visto, é

exigido para restrição de direito às suas terras.

O terceiro caso, *Povo Saramaka vs. Suriname* (2007), não se refere ao povo indígena, mas sim à comunidade tribal afrodiáspórica. O caso se referia, dentre outras questões, à concessão pública para construção de hidrelétrica dentro do território Saramaka.

Nesse contexto, a Corte IDH (2007) estabeleceu que o teste da proporcionalidade deveria aferir se era necessária uma restrição ao direito de propriedade privada (e à concessão pública que se queria outorgar), para preservar a subsistência física e cultural do povo Saramaka.

Nesse sentido, a Corte IDH reconheceu que o Estado de Suriname, antes da outorga de concessão para exploração e extração de recursos naturais dentro do território Saramaka, deveria ter garantido, primeiramente, as três salvaguardas: participação efetiva do povo; a repartição dos benefícios; e a avaliação de impacto socioambiental.

Além disso, deveria ter estabelecido garantias para assegurar que as atividades econômicas não produzissem um dano maior e desnecessário às terras tradicionais e aos recursos naturais, bem como a possibilidade de se exigir o consentimento diante de um empreendimento de grande escala (CORTE IDH, 2007).

No caso em concreto, os requisitos prévios à concessão da exploração do território sequer estavam preenchidos e o Suriname foi condenado por não ter respeitado as salvaguardas dos direitos indígenas (CORTE IDH, 2007).

Para a CIDH (2015), em casos de empreendimentos econômicos nas terras indígenas, o juízo de proporcionalidade também deve estar presente no momento da tentativa de acomodação dos interesses divergentes:

Como já se afirmou, do ponto de vista substantivo, “os Estados têm o dever de levar em conta as preocupações, demandas e propostas expressas pelos povos ou comunidades afetadas, e dar a devida consideração a tais preocupações, demandas e propostas no desenho final do plano ou projeto consultado”. Dessa forma, nos casos em que “a acomodação não seja possível por razões objetivas, razoáveis e proporcionais a um interesse legítimo em uma sociedade democrática, a decisão administrativa que aprovar o plano de extração ou desenvolvimento deve argumentar, de forma fundamentada, quais são esses motivos” (CIDH, 2015, p. 97, tradução nossa).

Cabe ao Estado o ônus de provar que tentou fazer adaptação no projeto, a fim de conformar os interesses em conflito, bem como de demonstrar que as razões de impossibilidade são justificativas proporcionais.

Também sobre a inversão do ônus da prova contra o Estado, tem-se a sua obrigação em demonstrar que todos os requisitos da consulta prévia foram satisfeitos. Nesse sentido, previu a Corte IDH no caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador. (2012, p. 55, tradução nossa): “é necessário esclarecer que é dever do Estado – e não dos povos indígenas – demonstrar efetivamente, no caso concreto, que todas as dimensões do direito à consulta prévia foram efetivamente garantidas”.

Por fim, cita-se o caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil (2018) que, apesar de não versar sobre o contexto de megaprojeto econômico e sim sobre o prazo irrazoável de demarcação de terra indígena, foi um importante precedente para a questão do juízo de proporcionalidade no ordenamento brasileiro.

Em sua sentença, a Corte IDH (2018) estabeleceu que o conflito entre os direitos de propriedade privada ou estatal e o de propriedade comunal indígena deve passar, primeiramente, pelas ferramentas jurídicas estabelecidas em sua jurisprudência, acima mencionada, para, então, passar ao exercício do teste de proporcionalidade.

Na sequência, a Corte IDH (2018) ressaltou que, no caso do ordenamento brasileiro, só haveria a necessidade de ponderação durante o processo de reconhecimento, demarcação e titulação dos direitos territoriais dos povos interessados, mas não no processo de desintrusão, no qual a propriedade coletiva já tiver sido definida.

Além disso, também não haveria necessidade de ponderação se considerado que o artigo 231, § 6^o, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), atribui natureza declaratória ao processo de demarcação das terras indígenas, nulifica e extingue os atos de terceiros que tenham por objeto ocupação, domínio, posse ou exploração das riquezas naturais do solo, rios e lagos nelas existentes.

Desse modo, segundo essa previsão constitucional, a Corte IDH (2018) entendeu que haveria, no ordenamento brasileiro, a prevalência dos direitos de povos indígenas ou originários frente a terceiros de boa-fé e ocupantes não indígenas, o que deveria ser protegido pelo Estado sem aplicação da ponderação no caso concreto.

⁶⁰ Art. 231. [...] § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Dito isso, nota-se que os parâmetros do SIDH acabam por garantir a autodeterminação indígena pelo viés da interculturalidade, no sentido de que obriga a realização de consulta prévia material sobre a proposta de interferência em terras indígenas, bem como deixa de realizar um juízo pré-determinado sobre a ponderação entre eventual conflito de interesses, determinando, ato contínuo, que seja realizado pelo juiz do caso concreto à luz das peculiaridades do resultado da consulta prévia.

Essa conclusão remete à importância do controle de convencionalidade a ser realizado pelas autoridades públicas no âmbito interno, durante o qual, em caso de não obtenção do consentimento da comunidade, a autoridade judicial deverá realizar o juízo de proporcionalidade no caso concreto sob o viés do diálogo intercultural.

3.4 As implicações da interculturalidade para a argumentação jurídica em soluções de litígios

Além de mudar a própria lógica sistemático-estruturante e estabilizadora de sentidos do Direito, e de conferir conteúdo material a direitos-base na proteção dos direitos indígenas (a autodeterminação e a consulta prévia), também se identifica reflexos da interculturalidade na teoria da argumentação jurídica e nas suas propostas de solução de casos concretos perante o sistema Judiciário.

Da perspectiva da teoria da argumentação jurídica clássica, surgida na vertente neoconstitucionalista como proposta pós-positivista para o Direito, destacam-se os princípios da razoabilidade, da objetividade e da proporcionalidade, enquanto propostas de solução ante a colisão de direitos de natureza principiológica (ATTARD BELLIDO, 2017).

Apesar de sua origem neoconstitucional, a autora demonstra que eles continuam sendo utilizados para compatibilizar direitos previstos em tratados de direitos humanos e mesmo pelo Tribunal Plurinacional da Bolívia, a qual reconhecidamente tenta implementar o viés da interculturalidade dentro do Estado Plurinacional Boliviano (ATTARD BELLIDO, 2017, 2019; BORGES, M., 2017).

Os supracitados métodos clássicos de solução de conflitos entre normas (razoabilidade, objetividade e proporcionalidade) passam a ser aplicados com enfoque de interculturalidade, no intuito de evitar decisões ou interpretações arbitrárias e universalizantes, o que demanda alguns pressupostos novos para sua aplicação (ATTARD BELLIDO, 2017).

Em relação ao princípio da razoabilidade, a autora destaca que terá enfoque intercultural se a interpretação dele decorrente respeitar os princípios da dignidade, da igualdade e da não discriminação; tiver especial ênfase no direito internacional dos direitos humanos; e reconhecer a existência de setores em situação de vulnerabilidade, mediante, ainda, adoção de uma interpretação a mais favorável e protetiva possível desses setores historicamente vulneráveis e discriminados.

O princípio da objetividade, por sua vez, sob um enfoque intercultural, demanda da decisão ou da interpretação do direito que esteja isenta de estereótipos, prejuízos ou conceitos discriminatórios, e preenchida da ótica de que haverá especificidade cultural no caso concreto (ATTARD BELLIDO, 2017).

Já em relação ao princípio da proporcionalidade, enquanto instrumento de interculturalidade, implica que seus requisitos (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade estrita, assumam novos contornos, segundo os seguintes parâmetros:

- 1) A análise da legitimidade da decisão ou interpretação do direito, seguindo um enfoque intercultural, deve considerar a legitimidade não em termos da sociedade em geral, mas também uma legitimidade desde a ótica da plurinacionalidade e da diversidade cultural;
- 2) A estrita necessidade, não só de uma concepção globalizada de sociedade, mas desde a realidade do povo onde se gera o caso, no marco de sua cosmovisão, valores, cultura, situação particular etc., se estabeleça a necessidade ou não da medida analisada para avaliar sua proporcionalidade.
- 3) O custo da limitação de outros direitos e o benefício da medida ou da interpretação assumida a partir da construção plural de direitos e as especificidades culturais do caso concreto (ATTARD BELLIDO, 2017, p. 288, tradução nossa).

Sobre a proporcionalidade, também se encontrou contornos novos para sua remodelação em Neves (2013) e em Ferraz Júnior e Borges (2020). Começa-se a apresentar a proposta do primeiro autor.

Ao tratar da teoria dos princípios de Robert Alexy, Marcelo Neves, em seu livro “Entre Hidra e Hércules”, reconhece que a “exigência de ponderação ou sopesamento em caso de colisão entre princípios constitucionais (e, em geral, entre normas) é, *tout court* [simplesmente], inafastável” (NEVES, 2013, p. 141).

Todavia, Neves (2013) faz uma crítica à sua utilização como única técnica de aplicação consistente de princípios constitucionais, e defende que a lógica otimizante da proporcionalidade e da ponderação subestima a complexidade de determinados casos constitucionais.

Essa complexidade está relacionada com a própria lógica do dissenso entre os princípios colidentes, na qual pode estar inserida diversas perspectivas jurídicas de pessoas e grupos envolvidos no dilema constitucional – no qual estão incluídos, por exemplo, os membros do Poder Judiciário e os povos indígenas (NEVES, 2013).

Na pluralidade de perspectivas envolvidas e na colisão de seus princípios, podem estar inseridas “perspectivas diversas de observação da ordem jurídica” (NEVES, 2013. p. 142) ou mesmo sistemas sociais diferentes, que se “relacionam conflituosamente em uma sociedade hipercomplexa” (NEVES, 2013, p. 144).

Sob essa linha de pensar, a visão do povo indígena sobre a realização de um projeto de desenvolvimento econômico dentro de seu território pode estar associada a uma perspectiva diversa do interesse do Poder Executivo e mesmo da compreensão sobre a ordem jurídica por parte do Poder Judiciário.

Como retrata Marés (2012), certos povos indígenas se regem por regras tradicionais da própria comunidade indígena e não compreendem a lógica do Direito nacional, de modo que o sistema jurídico da sociedade envolvente pode ser, para eles, ordem jurídica alheia, desconhecida ou mesmo incompreendida.

Nesse raciocínio, os povos indígenas podem representar, na colisão dos princípios, esse sujeito ou grupo social de perspectiva diferenciada, que busca o direito de ter autodeterminação em seu território, e que, nesse propósito, torna o conflito entre princípios inserido numa realidade hipercomplexa.

É sob esse viés que o autor questiona qual o sentido de falar em otimização de princípios, senão levar em conta que essa otimização legitima apenas uma das duas instâncias subjetivas, e a legitima como instância “intersubjetiva supraordenada, capaz de determinar o que cabe definitivamente a cada esfera de vida” (NEVES, 2013, p. 149).

O problema de determinar somente a uma instância subjetiva a definição da esfera de vida da outra é que elas não são mutuamente intercambiáveis, conforme explicado no início do capítulo. Sobre isso, explica Ribeiro (2017) que:

Jamais uma cultura indígena e a nacional se confrontam – com suas qualidades culturais intrínsecas – como elementos livremente comparáveis e intercambiáveis. Os índios, compelidos a redefinir suas crenças, não o fazem atentos [...] às razões do funcionário chamado a protegê-los e que lhes quer impingir suas próprias concepções [...]. Essas diversas representações não se oferecem ao índio como alternativas racionais dentre as quais ele deva ou possa optar, mediante a crítica de suas concepções anteriores e a adoção da que lhe pareça mais acertada ou mais adequada.

Na verdade, cada um desses corpos ideológicos, assim como aquele que o próprio indígena traz dentro de si, é a cristalização de uma mentalidade, de uma consciência que se desenvolveu e se alterou condicionada por certas circunstâncias peculiares e que só dentro desse contexto alcança significação. [...] No caso do índio, essa consciência [...] será espúria se for induzida de fora, pela interiorização de elementos da consciência do 'outro', e, portanto, se opera não para servir ao grupo [...] (RIBEIRO, 2017, p. 328).

É possível compreender, portanto, a crítica de Neves quando afirma que “a principiologia constitucional dominante supõe uma realidade social pouco complexa” (NEVES, 2013, p. 166) e que “a tentativa de buscar modelos internos de otimização, nos termos da teoria dos princípios alexyana, pode ser desastrosa nessas circunstâncias”, porque “desconsidera que a otimização dos direitos fundamentais pode levar à desintegração de formas de vida [...] das respectivas comunidades [indígenas]” (NEVES, 2013, p. 168).

Assim, o autor conclui que o atual modelo constitucional de ponderação otimizante, “mediante a instância judicial do Estado é subcomplexo para o enfrentamento de questões dessa magnitude em sociedade supercomplexa” (NEVES, 2013, p. 168).

Como contraposição à ponderação otimizante, Neves (2013) propõe uma ponderação comparativa, que considere a diferença hipercomplexa da sociedade, e que construa, a partir de cada perspectiva de observação, as respectivas comparações, sem que seja realizada por uma única instância subjetiva que defina o seu caráter último, de modo supraordenado. Nesse sentido, explica:

Evidentemente, não se deve confundir incomensurabilidade com a incomparabilidade. Entretanto, daí não decorre que o comparável seja sempre otimizável. Para se falar de otimização impõe-se que se pressuponha não apenas comparabilidade, mas também comensurabilidade. Assim sendo, o conceito de ponderação ou sopesamento não deve ser vinculado necessariamente à otimização. É possível falar de uma ponderação comparativa, em contraposição à ponderação com pretensão otimizante. Mas, nesse caso, considerando a diferenciação da sociedade, constroem-se, a partir de cada perspectiva de observação, as respectivas comparações, não sendo possível uma superinstância racional (monológica ou dialógica) para definir em caráter último os critérios de comparação (ideais ou normas), nem mesmo como “medidas de aproximação”. O que se pode desenvolver são entrelaçamentos que viabilizem a emergência de racionalidades transversais, mediante as quais há a possibilidade de se construírem mecanismos de reentries [sic] entre as diversas comparações. Nesse contexto, ao observar-se (de uma perspectiva também parcial) diversas perspectivas de comparação entre si conflitantes, pode-se oferecer um caminho para a “compatibilização de dissensos” e promoção da heterogeneidade. Mas essa comparação não é otimizante, ela está disposta a enfrentar uma pluralidade de possibilidades comparativas, não podendo frear o surgimento de novas possibilidades imprevisíveis no contexto contingente do direito da sociedade

moderna (ou pós-moderna?!). Nesses termos, admitido o problema da incomensurabilidade das diversas leituras da Constituição e dos direitos fundamentais, pode-se admitir uma ponderação comparativa que encontre caminhos além da autorreferência, viabilizando a observação recíproca a partir de perspectivas diversas. A argumentação, dentro desses parâmetros, reduz o “valor-surpresa” da decisão, mas implica sempre uma solução contingente, que não só pode provocar desilusão, mas também desencadear uma avalanche de críticas a partir de outras leituras da Constituição (NEVES, 2013, p. 151).

Assim sendo, o autor defende que a ponderação comparativa pode permitir a compatibilização de dissensos e a promoção das heterogeneidades, de modo que se “encontre caminhos além da autorreferência, viabilizando a observação recíproca a partir de perspectivas diversas” (NEVES, 2013, p. 152).

Nesse aspecto, a viabilização de caminhos novos, além da sua própria autorreferência, assemelha-se à perspectiva de interculturalidade crítica de Walsh (2009), a qual defende a construção de novas alternativas de existência, inclusive para as finalidades estatais, que sejam possíveis a partir da observação desse encontro entre as culturas.

A outra proposta de modificação do postulado da proporcionalidade à luz da interculturalidade é de Ferraz Junior e Borges. (2020). Os autores, em seu livro “A superação do Direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do Direito brasileiro” (2020), propõe uma modificação no postulado da proporcionalidade no momento da terceira fase da ponderação, ao que denominaram “ponderação de segunda ordem”, a qual assim explicam:

É preciso, após a ponderação, e após a escolha do meio menos ofensor aos demais princípios envolvidos, que se passe por uma nova ponderação, eis porque uma “ponderação de segunda ordem”, em que o valor preponderante seja passado pelo filtro descolonizador, e, portanto, seja novamente ponderador [sic] se ele mantém, então, este valor preponderante diante da cultura marginal em questão eventualmente discutida. Explica-se. Diante de um conflito entre proteção do “bem-estar coletivo” e da “dignidade humana”, que um eventual ato praticado pelo estado tenha gerado, caso se chegue à conclusão que o bem estar coletivo deva preponderar, sem aniquilar a dignidade humana, naturalmente, se ele está ou não de acordo com os valores informantes da cultura historicamente negligenciada em questão. Primeiro, chega-se ao valor vencedor no rito tripartite da ponderação, em seguida, pondera-o, agora novamente, com o valor da cultura subalterna envolvida, para saber se realmente deve ser vencedor ou não, a fim de se analisar se a colonialidade e o colonialismo não estão de modo algum se perpetuando. (FERRAZ JUNIOR; BORGES, G., 2020, p. 158)

Nessa proposta, verifica-se a preocupação com a interculturalidade crítica, que também é decolonial, estando a análise da ponderação de segunda ordem dependente dos resultados concretos do diálogo intercultural para ser realizado.

4 MEGAPROJETOS ECONÔMICOS EM TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL E OS DESAFIOS DO DIÁLOGO INTERCULTURAL

Neste último capítulo, investiga-se especificamente o tema-problema da presente pesquisa, qual seja, a realização de megaprojetos econômicos em terras indígenas brasileiras e como ele se relaciona com o diálogo intercultural a ser estabelecido no ordenamento interno.

Inicia-se a abordagem por meio de uma retrospectiva histórico-jurídico sobre a relação conflituosa da realização de projetos desenvolvimentistas em terras indígenas, que se constituiu como política pública do Estado brasileiro.

Na sequência, realiza-se uma análise crítica e comparativa do artigo 231 da Constituição Federal e a interpretação a ela conferida pelo STF em relação aos parâmetros de convencionalidade delineados na seção 3.3.

Ainda, apresenta-se um atual cenário que denota um prognóstico ruim sobre graves violações de direitos dos povos indígenas que continuam a ocorrer no Estado brasileiro, relacionadas à temática estudada.

Por fim, faz-se uma análise crítica e comparativa entre a postura do Estado boliviano e a do Estado brasileiro na promoção do diálogo intercultural, frente a dois casos típicos do tema estudado: a construção da estrada Villa Turaní na Bolívia, por meio do Território Indígena e Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS) e a passagem de uma linha de transmissão de eletricidade elétrica, Linhão de Tucuruí, no Brasil, por meio do território indígena dos Waimiri Atroari.

4.1 Um breve retrospecto histórico-jurídico sobre a política desenvolvimentista em terras indígenas: do regime tutelar integracionista ao direito à autodeterminação

Tratar sobre megaprojetos econômicos em terras indígenas na atualidade, sob o aspecto jurídico, e considerando a diretriz do diálogo intercultural, exige repensar, historicamente, a política indigenista brasileira à luz da política estatal desenvolvimentista.

Ao longo de mais de 500 (quinhentos) anos de relação entre os povos indígenas e o Estado, houve mudanças significativas no que se refere ao seu papel

nesse espaço público, acompanhadas de mudanças paradigmáticas no âmbito jurídico, após conquistas formais e paulatinas de novos direitos (SOUZA LIMA, 2010).

Para fazer valer os atuais instrumentos jurídicos de proteção dos povos, sobretudo em situações de megaprojetos econômicos, é necessário que se compreenda o seu teor protetivo, que exige o respeito pela autodeterminação e pelo diálogo intercultural. Isso irá demandar reflexões históricas quanto à postura institucional que se requer da atualidade. Como ressalta Baniwa (2006):

[...] é importante também que as organizações indígenas articulem e exijam que os técnicos não-indígenas, que atuam junto aos povos indígenas, estejam capacitados para essa complexa tarefa. Dito de outra forma, não são somente as lideranças indígenas que precisam estar capacitadas para trabalhar com o mundo dos brancos, os brancos também devem estar aptos a trabalhar com os povos indígenas. Só assim a ideia da interculturalidade será praticada e vivida, o que é essencial para que o Brasil seja verdadeiramente democrático e pluriétnico (BANIWA, 2006, p. 70).

Para uma breve trajetória histórica sobre o tema, utiliza-se da sistematização realizada por Souza Lima (2010) no artigo “Povos indígenas no Brasil contemporâneo: De tutelados a ‘organizados’”, no qual se aborda a relação entre Estado, desenvolvimento econômico e povos indígenas num período de 100 (cem anos), desde a criação do Sistema de Proteção aos Índios (SPI), em 1910, até o ano de 2010.

Para iniciar sua abordagem, Souza Lima (2010) destaca que a criação do SPI no início do período republicano brasileiro tem origem no que denomina “arquivo colonial”. Referido arquivo trata-se do fato histórico de que o Brasil possuía como herança da colonização um espaço territorial enorme, com ampla área de fronteira e de litoral, habitado por uma população formada por diversos contingentes humanos – indígenas, negros africanos, negros crioulos, imigrantes e mestiços – e que precisava, aos moldes dos Estados soberanos europeus, se tornar uma “nação soberana” para o “povo brasileiro”.

Havia a necessidade de se pensar uma metodologia para fixar as fronteiras nacionais e temia-se que os indígenas em áreas de fronteiras fossem um risco à soberania do país. Somado a esse temor, vivia-se um período de inúmeros conflitos territoriais em um Estado em expansão, cujas atividades econômicas penetravam nas terras ocupadas por indígenas (SOUZA LIMA, 2010).

Os conflitos territoriais geraram uma onda de confrontos inter-raciais violentos no início do século XX, conforme esclarece Davis (1978):

[...] índios e colonos disputavam vastos territórios ao longo das novas áreas abertas à exploração. Na área de florestas ao sul do Rio Doce e nos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, os índios Botocudos resistiram à invasão de seu território tribal e quase conseguiram forçar o abandono da colônia de italianos em São Mateus. No Estado de São Paulo, os índios Kaingáng interromperam a construção da Ferrovia Noroeste e mantiveram o controle sobre uma área de 500 km² entre os rios Tietê, Feio, Peixe e Paranapanema. Mais ao sul, no Paraná e em Santa Catarina, as companhias de colonização pagaram a índios, que matavam por dinheiro, para que massacrassem a tribo Xoklêng (DAVIS, 1978, p. 23).

No contexto de criação do SPI, também se vivia o período rondonista⁶¹, conhecido por propagar políticas de Estado pró-índio, por ser abertamente defensor do não uso da violência, e por conceber o indígena não como um selvagem, mas como pertencente a um estágio inferior de desenvolvimento da civilização humana (SOUZA LIMA, 2010; DAVIS, 1978).

Cândido Rondon foi nomeado o primeiro diretor do SPI, e esse órgão tinha como finalidade institucional proteger os indígenas contra atos de perseguição e opressão nas áreas pioneiras, seguindo-se a visão pacifista do período rondoniano (DAVIS, 1978).

A legislação que estabeleceu o SPI “declarava explicitamente ser obrigação do Governo brasileiro proteger os índios dos efeitos destrutivos da colonização interna e defender sua vida, liberdade e direito de propriedade diante do extermínio e da exploração” (DAVIS, 1978, p. 25).

O SPI conseguiu manter os ideais pacifistas somente em seu período inicial, em que realizava contato com comunidades, oferta de presentes e atuação do órgão como mediador. Essa estratégia institucional, todavia, foi pouco eficaz para impedir a invasão de territórios indígenas por seringueiros, fazendeiros de gado e colonos e o próprio órgão deixou de garantir, junto ao governo, a titulação legal de terras indígenas. Nas áreas em que o SPI atuava, “os índios foram varridos pelas doenças ou tornaram-se populações marginalizadas em minúsculas parcelas de terra” (DAVIS, 1978, p. 27).

⁶¹ O período é chamado “rondonista” em razão do símbolo que Cândido Rondon se tornou nas relações do Estado com os povos indígenas. Ficou conhecido como o porta-voz da corrente humanista, que se horrorizou com as histórias de massacres a comunidades, e se firmou contrária a teorias racistas que surgiram no Brasil. Rondon foi encarregado, pelo governo brasileiro, em 1890, “de realizar uma série de expedições militares e científicas nas regiões inexploradas do interior do país, o que ele fez ao longo de 25 anos” (DAVIS, 1978, p. 25).

Soma-se a isso o fato de que o SPI e o período rondonista permitiu a propagação de uma política indigenista assimilacionista e de regime tutelar, na qual se considerava o indígena em estágio atrasado de civilização (SOUZA LIMA, 2010) – o que também se refletia para além do senso comum da época, visto que o indígena era considerado relativamente incapaz no artigo 6º, IV, Código Civil de 1916⁶² (BRASIL, 1916).

Esse período também foi responsável pelas principais fontes de peças etnográficas e das bases antropológicas brasileiras, e teve como consequência uma ampla exposição midiática unilateral da imagem do “índio” (SOUZA LIMA, 2010).

Naquele período, não se pretendia mais converter “almas indígenas”, mas a formar “cidadãos brasileiros”, futuros indígenas que estavam no caminho de uma dita emancipação – era a ótica de assimilação à cultura e aos modos de vida da comunhão nacional. Como destaca Souza Lima (2010):

[...] a Comissão Rondon deu ensejo à produção de abundante material fotográfico, posteriormente do índio feroz, inimigo, canibal e assassino assomava o aliado, protótipo do brasileiro sertanejo, do mestiço caboclo. Também índice reportável a um estoque de representações de matiz colonial, imagem retomada pela literatura do Brasil da primeira metade do XIX pós-independência na figura do índio herói romântico, princípio nativista dessa nova pátria que se pretendia criar, a passagem do *hostil, arredio e errante, preguiçoso e inútil para o manso, agremiado e sedentarizado, trabalhador e guarda dos sertões* seria possível através dos métodos que esses missionários do Estado Nacional puseram em ação. Era necessário atrair com presentes em abundância, gerando dívidas e uma suposta imagem de esplendor e riqueza; pacificar, demonstrando capacidade técnica de resistir aos embates guerreiros, mostrando-se tecnologicamente superior, dando tiros para o alto, como a dizer “matá-lo-emos se o quisermos, mas desejamos vivos, porque somos benévolos, porque nos propomos irmãos”. Desde os primeiros contatos, pois, lançavam-se as bases de uma dependência, clientelística e inferiorizante, dos povos indígenas para com os agentes do Estado. De resto, o uso desta técnica de generosidade excessiva e assimétrica vinha desde o período colonial (SOUZA LIMA, 2010, p. 27, grifo no original).

O regime tutelar assimilacionista foi firmado com essas bases, sob a imagem de um indígena amigável, mas transitório, porque seu futuro seria invariavelmente virar um cidadão brasileiro da “civilização” – pois a “ela adeririam pelo puro efeito de imitação e pelas vantagens evidentes que havia em ser ‘civilizado’” (SOUZA LIMA, 2010, p. 27).

⁶² Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: IV. Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará á medida que se forem adaptando á civilização do paiz [sic].

Como afirma Marés (2012, p. 83), “as concepções de avanço, progresso, desenvolvimento só podiam entender os índios como passageiros, provisórios, em situação de mudança”, uma vez que se presumia que no momento que conhecessem as coisas boas da comunhão nacional, “imediatamente deixariam, felizes, de ser índios para ser, cada um, cidadão integrado à cultura constitucional”.

Destituía-se, assim, os indígenas de uma plena cidadania em diversidade; eles eram pensados “como os índios, e não os Xavante, os Ticuna etc.” (SOUZA LIMA, 2010, p. 28), e, dessa perspectiva, somente iriam exercer cidadania quando completada sua homogeneização, quando houvesse a perda das suas diferenças culturais que estaria bem próxima. A sua integração era esperada tão logo assimilados à cultura nacional e suposta era a sua emancipação.

Ocorre que os resultados do regime tutelar não foram completados como esperado. “O exercício tutelar impôs aos seus executores o conhecimento da diversidade de situações históricas vividas pelos indígenas no país” (SOUZA LIMA, 2010, p. 28) e escancarou que não seria possível o caminho único, unidirecional, almejado para a integração.

Os indígenas resistiram a ser de seus próprios modos, com suas próprias tradições, línguas e relações históricas muito diferenciadas entre si, inclusive quanto ao colonizador, o que se tornou o ponto de partida para o cenário um pouco menos colonialista que havia de surgir décadas depois (SOUZA LIMA, 2010; MARÉS, 2012).

O exercício do regime tutelar do SPI no Brasil se somou ao contexto internacional do pós-Segunda Guerra Mundial, do pós-colonialismo, e da detecção de novos elementos nas relações de poder (SOUZA LIMA, 2010), ao que se denunciaria, mais tarde, na década de 90, como “colonialidade do poder” pelos estudos decoloniais anteriormente apresentados.

No cenário do pós-Segunda Guerra, surge o primeiro⁶³ tratado internacional específico sobre a situação jurídica de povos indígenas e tribais, a Convenção 107 da OIT de 1957 - cujo processo de criação contou com a participação do SPI (SOUZA LIMA, 2010) -, a qual foi internalizada no âmbito interno em 1966, por meio do Decreto nº 58.824 (BRASIL, 1966).

⁶³ Aplica-se aos povos indígenas as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, uma vez que é universalista, isto é, aplicável a todas as pessoas humanas. Contudo, referida declaração não se referia especificamente a esses povos, o que ocorreu somente na Convenção 107 da OIT.

Na Convenção 107 da OIT, o paradigma internacional de proteção aos povos indígenas era compatível com a visão integracionista do regime tutelar brasileiro. Aos governos cabia promover não só o desenvolvimento social, econômico e cultural dos povos, como a sua integração nacional, conforme expressamente autorizado nos artigos 2º, itens 1 e 2 “c”, e 4º “c”, da referida Convenção (BRASIL, 1966):

Artigo 2º

1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países.
2. Tais programas compreenderão medidas para:
 - (...)
 - c) criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações.

Artigo 4º Na aplicação das disposições da presente convenção relativas à integração das populações interessadas, será preciso:

- (...)
- c) empenhar-se em aplainar as dificuldades experimentadas por essas populações na adaptação a novas condições de vida e trabalho (BRASIL, 1966).

A Convenção 107 representava a política que vigia mundialmente, no século XX, e ela visava ao desaparecimento e à dissolução do indígena quando convertido em cidadão. No contexto latino-americano comparado, os povos indígenas eram tratados como “camponeses”, e relacionados à questões de trabalho e de produção rural, mas não como povos indígenas enquanto uma identidade (FAJARDO, 2009).

Na vigência dessa Convenção no Brasil, deu-se lugar à política de expansão sobre a Amazônia e à política desenvolvimentista de integração nacional da ditadura militar. Em 1967, o SPI foi extinto – após revelação de escândalos de corrupção e sadismo burocrático⁶⁴ - num momento em que as questões econômicas passaram a ditar as atividades da instituição, substituída a sua inicial finalidade humanitária (DAVIS, 1978). No mesmo ano, criou-se a sua instituição sucessora, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Conforme aborda o autor, considerando as disposições do regulamento da FUNAI, entendia-se que ela reconhecia as inadequações do SPI e refletia aspectos

⁶⁴ Sadismo burocrático é uma expressão de Davis (1978), ao explicar sobre as denúncias apontarem para utilização desumana de armas biológicas e convencionais contra comunidades indígenas que geraram massacres a dinamite e a metralhadoras, envenenamento por entrega de açúcar misturado com arsênico, introdução deliberada de doenças, escravização de crianças indígenas, entre outros crimes em que funcionários do SPI foram apontados como cúmplices. Para saber mais sobre as graves violações de direitos humanos desse período, consultar o “Relatório Figueiredo” de 1967.

para a política indigenista ser mais protetiva. Todavia, a partir de 1970, houve uma guinada na política daquele órgão, nos mesmos moldes de mudança institucional do SPI ao longo do tempo.

Naquela época, afirmou-se publicamente que a proteção da FUNAI seria coordenada com vistas à ocupação e à colonização da Amazônia, de modo que a instituição passaria a orientar minorias étnicas para um planejamento que as incluíssem no progresso nacional, mediante sua integração como produtores de bens (DAVIS, 1978).

A FUNAI, portanto, tão logo se tornou funcional para as finalidades expansionistas (SOUZA LIMA, 2010), o que Davis (1978, p. 85) elucida com a informação de que a FUNAI trabalhou para a “pacificação de quase trinta tribos indígenas que viviam ao longo do traçado projetado para a Transamazônica”, mediante garantia de que eles “não serviriam de obstáculo à rápida ocupação da Amazônia”, e nem seriam uma ameaça aos operários das obras.

Antes da construção da Transamazônica, as principais ameaças econômicas aos territórios indígenas eram “pequenos seringueiros, castanheiros, garimpeiros, roceiros, caçadores e negociantes”, mas o programa rodoviário desenvolvimentista da Amazônia acabou por inaugurar outros dois elementos econômicos – o próprio governo brasileiro e empresas privadas, estatais e multinacionais (DAVIS, 1978, p. 106).

O governo brasileiro passou a ser uma ameaça ao iniciar seu “programa maciço de construção de estradas, exploração mineral, e colonização agrícola na Região Amazônica”; já as empresas privadas, estatais e multinacionais, ao objetivar “ganhar acesso aos grandes recursos agrícolas, minerais e madeireiros da região” (DAVIS, 1978, p. 106).

Nesse período desenvolvimentista houve impactos significativos sobre os povos indígenas brasileiros, o que ficou internacionalmente conhecido e denunciado entre os anos de 1960 e 1980 (SOUZA FILHO, 2010; HOFFMANN, 2009).

Sobre esse período, a Comissão Nacional da Verdade revelou as graves violações de direitos humanos que os povos indígenas sofreram no período de 1946 a 1988. A conselheira Maria Rita Kehl, responsável pelo Relatório referente aos povos indígenas, concluiu que essas violações não foram esporádicas ou acidentais, mas estruturais, em razão de escolhas políticas do próprio Estado brasileiro, sobretudo por questões econômicas e o objetivo desenvolvimentista (BRASIL, 2014).

Nesse período de quatro décadas, constatou-se que houve dois momentos característicos de violações estatais (BRASIL, 2014): o primeiro, na época da política indigenista enquanto existente o SPI (1946-1968); e o segundo, na época da FUNAI durante o período de governo militar (1968-1988); cujo marco de transição entre os dois períodos foi o Ato Institucional nº 5.

No primeiro momento, a União – durante a existência do SPI - “estabeleceu condições propícias ao esbulho de terras [...] e se caracterizou majoritariamente (mas não exclusivamente) pela omissão, acobertando o poder local, interesses privados e deixando de fiscalizar a corrupção em seus quadros” (BRASIL, 2014, p. 204).

Na década de 40, a “Marcha para o Oeste” foi lançada no governo Vargas como política estatal de exploração e ocupação do Centro-Oeste. Nessa época, os povos indígenas isolados estavam sendo contatados pelo SPI sob a ideia de que seriam integrados assim que civilizados (BRASIL, 2014).

Era uma política de colonização dirigida, e há exemplos de atuação estatal em realizar o esbulho de terras indígenas, seja por titulação de terras a terceiros responsáveis pelas atividades na nova fronteira agrícola; seja por meio de medidas legislativas que as declaravam devolutas; seja pela expedição fraudulenta de certidões de inexistência de indígenas em determinadas áreas; ou mesmo por arrendamento de terras e do trabalho dos povos (BRASIL, 2014).

Sobre esse primeiro período, cita-se, dentre tantas outras denúncias, a tentativa de extinção dos Xetá no Paraná; o genocídio dos Avá-Canoeiro no Araguaia; os massacres contra os Cinta-Larga no Mato Grosso, dos Kayapó no Pará; e o realocamento forçado dos Guarani e Kaiowá em Mato Grosso e dos Krenak em Minas Gerais (BRASIL, 2014).

No segundo período, a União – já com a existência da FUNAI - torna-se mais protagonista das violações, sobretudo em razão do Plano de Integração Nacional, em que grandes interesses privados foram diretamente favorecidos pelo próprio Estado (BRASIL, 2014).

A FUNAI foi criada como órgão do Ministério do Interior, que também era o responsável pelo projeto desenvolvimentista. Há denúncias de servidores da própria FUNAI sobre o órgão funcionar, naquela época, sob a política de concessão de áreas indígenas para interesses econômicos, e sobre pressão de empresas para que os funcionários expedissem certidões de inexistência de indígenas, ainda que eles existissem (BRASIL, 2014).

Nesse segundo momento, os impactos aos povos indígenas decorriam de grandes projetos e obras desenvolvimentistas, a exemplo do Projeto Grande Carajás, sua Estrada de Ferro e a Hidrelétrica de Tucuruí, no Pará, dos quais se pode citar os danos aos Assuriní e aos Akrãtikatejê e os deslocamentos forçados dos Parakanã; o Projeto Radam e a construção da Perimetral Norte, que direcionaram a mineração de ouro às terras Yanomamis; a Hidrelétrica de Itaipu, que alagou e permitiu o esbulho das áreas dos Guarani no Paraná; e a construção da BR-174 que atravessou as terras dos Waimiri-Atroari no Amazonas, dentre tantos outros casos (BRASIL, 2014).

Entre 1970 e 1971, foram realizadas três missões internacionais no Brasil, inclusive uma delas pela Cruz Vermelha, as quais fizeram visitas em diversas áreas indígenas na Amazônia e atestaram internacionalmente o abandono e a miséria dos povos (HOFFMAN, 2009; OLIVEIRA FILHO, 1985).

Anos antes, campanhas internacionais em defesa de povos indígenas na Amazônia haviam sido iniciadas em razão das denúncias envolvendo os grandes projetos econômicos do governo, mediante o trabalho de organizações internacionais, como o “Internacional Work Group for Indigeous Affairs (IWGIA)”, fundado em 1968, a “Survival International”, fundada em 1969, e a “Cultural Survival”, fundada em 1972 (HOFFMAN, 2009, p. 25).

Também nessa década, igrejas europeias cristãs passaram a apoiar as primeiras organizações indigenistas brasileiras voltadas para defesa dos direitos indígenas, e constituiu-se o Conselho Missionário Indigenista (CIMI) no Brasil em 1972 (HOFFMAN, 2009; SOUZA LIMA, 2010).

No âmbito interno, nesse mesmo momento, surge o Estatuto do Índio, em 1973, cujo fator decisivo para sua edição foi a preocupação do governo brasileiro com os credores e as denúncias internacionais de violações de direitos humanos (SOUZA LIMA, 2010; OLIVEIRA FILHO, 1985).

As denúncias envolvendo o governo brasileiro e as práticas cometidas contra os Waimiri Atroari, Yanomami, Nambikwara e Kaingang de Mangueirinha, foram enviadas ao Tribunal Russel II⁶⁵ (1974-1976 e 1980), e o Brasil foi condenado pela

⁶⁵ O Tribunal Russel constituía-se como um “Tribunal de Opinião”, composto por eminentes personalidades da área científica e cultural, que tinham reconhecido prestígio internacional. O Tribunal Russel I foi pensado para abordar a questão dos crimes internacionais dos Estados Unidos no Vietnã e o Tribunal Russel II para julgar somente as denúncias da ditadura militar no Brasil. Todavia, após a instauração da ditadura militar chilena, também se ocupou do caso do Chile e, em seguida, passou-se a considerar que tal modelo de governo se estendia por toda América Latina, passando, então, a ser um “Tribunal para Repressão no Brasil, Chile e América Latina” (TOSI; FERREIRA, 2014).

opinião pública internacional pelas graves violações a eles cometidas (BRASIL, 2014).

Conforme explicam Tosi e Ferreira (2014, p. 17), essas sessões tiveram “grande eco na imprensa internacional e entre os estudiosos de direito e política internacional, além dos historiadores, dirigentes e militantes políticos”. Com a opinião pública internacional a favor dos indígenas, a década de 80 coincide com o período em que o próprio Banco Mundial passa a condicionar empréstimos à projetos de desenvolvimento desde que observadas as salvaguardas específicas de seus direitos.

Nesse sentido, o “Operational Manual Statement 2.34: Tribal People in Bank Financed Projects” (Declaração de Manual Operacional 2.34: Povos Tribais em Projetos Financiados pelo Banco, tradução nossa), de 1982, já reconhecia que tribos indígenas eram mais vulneráveis a serem prejudicadas do que ajudadas por projetos de desenvolvimento, e que havia a necessidade de planos específicos para mitigar os riscos desses povos, inclusive de se considerar que eles mesmos poderiam oferecer à sociedade conhecimento a respeito de determinadas áreas ambientais (BANCO MUNDIAL, 2011).

O Banco Mundial (2011) também estabeleceu expressamente que não concordaria com projetos que não providenciassem garantias específicas aos povos e que fossem aptas a respeitar sua integridade e seu bem-estar. Do mesmo modo, não seriam mais financiados projetos que exigissem medidas extremas, isolamento, aculturação forçada ou acelerada dos povos contra sua vontade.

Na década de 80 também se consolida a atuação sistemática de antropólogos no âmbito internacional, em especial com vistas à superação do viés integracionista que vigia até mesmo nas normas protetivas de povos indígenas até então (Convenção 107 da OIT e OMS 2.34 do Banco Mundial).

Hoffman (2009) explica que o movimento de antropólogos fundamentou a luta pela quebra da visão integracionista na base normativa do artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, segundo o qual as minorias étnicas, religiosas e linguísticas, dentro dos Estados signatários, não poderiam ser privadas do direito de ter sua própria vida cultural, de professar e de praticar sua própria religião, ou de usar sua própria língua.

Hoffman (2009) cita que, naquele momento, houve a criação do “Working Group on Indigenous Populations – WGIP” (Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas, tradução nossa), na Subcomissão contra Discriminações na ONU, em 1982, e que ele se tornou responsável por abrir condições inéditas de defesa dos

povos indígenas no sistema global de direitos humanos, bem como por firmar as bases para, mais tarde, permitir a revisão da Convenção 107 de 1957 na OIT e a sua substituição pela Convenção 169 em 1989.

As discussões para revisão da Convenção 107 começam a partir de 1987, e a OIT propicia que os próprios povos indígenas, eles mesmos, por meio de representantes e lideranças, e por organizações não-governamentais de apoio, passassem a compor a discussão naquele organismo internacional (FAJARDO, 2009; PALOMINO, 2015).

No âmbito interno, como dito, a década de 70 é marcada pela atuação de organizações internacionais e pela instituição do CIMI no Brasil, num período denominado por Pereira e Ferreira (2018) como “indigenismo não governamental”.

Nele, indivíduos indígenas específicos passam a obter apoio para suas lutas (por meio de ONGs, da academia, de setores anti-hegemônicos da FUNAI e de organizações religiosas), a nível nacional e internacional, articulando-se na tentativa de um projeto, de um associativismo pan-indígena, que permitisse uma via para a autodeterminação (SOUZA LIMA, 2010).

É um período que marca o que Souza Lima (2010) denomina “*lobby* pró-índio”, em que se lança as bases de coalizão, de apoio, e de forças reunidas durante a Assembleia Constituinte para a Constituição de 1988 que, como já mencionado na presente dissertação, revolucionou o tratamento constitucional dos povos indígenas não só a nível brasileiro, mas também latino-americano.

No ano seguinte à Constituição brasileira de 1988, surge a Convenção 169 da OIT no âmbito internacional e, por meio dela, garante-se a participação indígena, mediante consulta livre, prévia, informada, de boa-fé e obrigatória para realização de projetos de desenvolvimento econômico que lhes causem danos.

Referida normativa foi ratificada a nível nacional em 2004, por meio do Decreto nº 5.051 e, hoje, possui status de supralegalidade, seguindo-se a lógica da tese vencedora no STF no julgamento do RE 466.343/SP (BRASIL, 2008) – conforme expressamente citado no âmbito do STJ em julgamento do AgInt no REsp 1.704.452/SC (BRASIL, 2020b).

Tanto a Constituição, quanto a Convenção 169 da OIT coincidem com o terceiro e atual momento de mobilização do movimento indígena denominado por Pereira e Ferreira (2018) como “indigenismo governamental contemporâneo”. Ele é marcado pela ampliação da relação dos povos indígenas com o Estado, pelo imperativo de

participação indígena em diferentes instâncias e em diversas temáticas políticas, bem como por se realizar mediante as próprias organizações indígenas, sem “interlocutores brancos” (SOUZA LIMA, 2010).

Sabendo-se dessa evolução, cabe, hoje, aos gestores institucionais e às autoridades públicas questionarem-se acerca da evolução jurídica protetiva dos povos indígenas no país, uma vez que, se mantido um quadro institucional incompatível, há o risco de esse avanço:

[...] significar a subsunção a relações clientelísticas agora não mais com a Funai, ou mediadas por aqueles que Gersem Baniwa chama de líderes carismáticos, mas sim por novos segmentos profissionalizados em direta relação com instâncias executoras de políticas setorializadas (educação, saúde, meio ambiente etc.) e suas organizações, por vezes muito voltadas para demandas mais de seus setores profissionais que para um movimento político onde os direitos diferenciados e a cidadania indígena estejam em jogo (SOUZA LIMA, 2010, p. 41).

Na atualidade, passa-se a demandar a própria participação indígena – e seu protagonismo – nas mais diversas discussões políticas que os afetem. Essa participação deve ser garantida, inclusive - e sobretudo - na temática de megaprojetos econômicos em seus territórios, a fim de se evitar a perpetuidade de graves violações de direitos humanos contra esses povos.

4.2 Megaprojetos econômicos em terras indígenas no Brasil e a participação do povo afetado: compatibilização da Constituição de 1988 com a Convenção 169 da OIT

A Constituição brasileira de 1988 reconhece aos indígenas, em seu artigo 231, *caput*⁶⁶, o direito à organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e o uso tradicional da terra que ocupam (BRASIL, 1988).

Esse “uso tradicional” a que o *caput* do artigo 231 se refere, é explicado no § 1º do mesmo dispositivo⁶⁷, como o uso para habitação em caráter permanente, para

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Art. 231. [...] § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

atividades produtivas, para atividades imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural, tudo, segundo os próprios usos, costumes e tradições de cada organização indígena (BRASIL, 1988).

Desse § 1º já é possível notar que a relação constitucionalmente protegida do povo indígena com seu território não se confunde integralmente com ideias jurídicas clássicas sobre o uso da terra, como a produção econômica, função social, ou o direito de moradia, pois se inclui novas relações com o território - preservação de recursos ambientais, bem-estar e reprodução física e cultural (BRASIL, 1988).

Segundo José Afonso da Silva, em seu livro “Comentário contextual à Constituição”, a questão da terra é o ponto central dos direitos constitucionais indígenas, “pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural” (2014, p. 889).

Nos §§ 2º e 4º do artigo 231⁶⁸, a Constituição brasileira considerou que aos indígenas cabe tanto a posse permanente, quanto o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos das terras por si tradicionalmente ocupadas. Também torna suas terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (BRASIL, 1988).

Aqui, o constituinte utilizou-se de concepções jurídicas do direito civil referente a direitos reais, tais como posse, usufruto, inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade de direitos, sendo a tarefa do aplicador do direito compatibilizá-los à existência indígena e ao uso tradicional da terra do parágrafo anterior.

Apesar de se garantir apenas a “posse” e não a “propriedade”, haja vista que a terra indígena é considerada bem da União, “a outorga constitucional dessas terras ao domínio federal visa precisamente preservá-las [...], cria-se aí, uma *propriedade vinculada* ou *propriedade reservada*, com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela” (SILVA, José, 2014, p. 889, grifo do autor).

Nesse caso, a terra da União se encontra vinculada ao cumprimento dos direitos indígenas sobre elas e consagra uma relação jurídica fundada no instituto do

⁶⁸ Art. 231. [...] § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. [...] § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

indigenato⁶⁹, o que também irá justificar o “princípio constitucional de irremovibilidade dos índios de suas terras” previsto no aludido § 4º (SILVA, José, 2014, p. 889).

Ainda sobre a questão da posse, é importante destacar que o fato de o ordenamento jurídico brasileiro não prever a terra indígena como propriedade particular da comunidade – nem mesmo quando finalizado o processo demarcatório – não há inconveniência em razão apenas da natureza de direito civil de “usufruto” ou “posse”, pois, como visto na seção 3.3, a natureza jurídica formal não é um problema em si à luz da CADH, mas sim os meios de efetivação do uso e gozo do território.

No § 6º⁷⁰, o constituinte estipulou como regra que serão considerados nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras que são tradicionalmente ocupadas por indígenas, bem como a exploração de riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, que, como visto, são de usufruto exclusivo indígena (BRASIL, 1988).

A Constituição, todavia, deixou de reconhecer expressamente os povos indígenas como nações ou de conferir soberania às comunidades sobre seus próprios territórios. Tratou-os como detentores de terras dentro de um território maior, o Estado brasileiro, e definiu, nessas condições, exceções constitucionais específicas à intangibilidade da terra indígena.

Como situações excepcionais à soberania territorial indígena, o § 6º previu, no que se refere às riquezas do solo, dos rios e dos lagos, a hipótese de haver “relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar” (BRASIL, 1988). O § 3º⁷¹, por sua vez, estabeleceu como outras exceções o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos e a pesquisa de riquezas

⁶⁹ Explica José Afonso da Silva (2014, p. 890) que o indigenato é uma velha instituição jurídico luso-brasileira, cuja origem remonta ao Alvará de 1º de abril de 1680, no Brasil-Colônia, confirmado posteriormente pela Lei de 06 de junho de 1755, os quais firmaram o “princípio de que ainda que houvesse terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios enquanto seus primários e naturais senhores”.

⁷⁰ Art. 231. [...] § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

⁷¹ Art. 231. [...] § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

minerais (BRASIL, 1988).

Como condicionantes de intervenção na terra indígena, a Constituição exige, no mesmo § 3º do artigo 231, a autorização do Congresso Nacional e a oitiva da comunidade indígena, e garante, ainda, o direito à participação nos resultados da lavra de riquezas minerais, na forma da lei (BRASIL, 1988).

Além dessas exceções, o § 5º do artigo 231⁷² estabelece como regra que os grupos indígenas não serão removidos de suas terras, salvo três situações de risco específicas: catástrofe, epidemia ou no interesse da soberania do país, observados, em cada caso, a participação do Congresso Nacional (por referendo ou por autorização), e direito de retorno imediato logo que cessado o risco (BRASIL, 1988).

Dos artigos acima citados, observa-se que o Constituinte estabeleceu como regra a posse permanente e o usufruto exclusivo da terra indígena pelos próprios indígenas. As exceções foram taxativamente previstas: aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos; pesquisa e lavra de riquezas minerais; exploração das riquezas do subsolo; situação de risco decorrente de catástrofe ou epidemia; interesse de soberania do país; e relevante interesse público da União, segundo o que dispuser a lei complementar.

A primeira questão que ora se destaca é que tanto a lei sobre o direito de participação dos indígenas nos resultados da lavra de minérios, quanto a lei complementar sobre o interesse público da União para intervir em terras indígenas, não foram editadas. Isso não impediu que o próprio Estado autorizasse intervenção em terras indígenas, inclusive pesquisas e exploração de minérios.

A segunda questão é que o objetivo do Constituinte foi, desde o início, realizar a busca de um equilíbrio que resguardasse o interesse de todos os envolvidos e, nesse sentido, acabou por imputar ao Congresso Nacional “o julgamento de cada situação concreta, para sopesar os direitos e interesses dos índios e a necessidade da prática daquelas atividades, reconhecido que o princípio é o da prevalência de interesses indígenas” (SILVA, José, 2014, p. 892).

A terceira questão é que a Constituição prevê duas hipóteses de megaprojetos econômicos em terras indígenas (aproveitamento hídrico e mineração), mas deixa o

⁷² Art. 231. [...] § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

texto constitucional aberto para situações futuras e incertas, por meio de conceitos jurídicos indeterminados (“interesse de soberania do país” e “relevante interesse público da União”).

Nesse cenário de amplitude do texto constitucional, o STF agiu como legislador e definiu, durante o julgamento da Petição 3388 – conhecido como o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol – quais seriam as situações de interesse público a serem consideradas no mesmo patamar hierárquico dos direitos indígenas (BRASIL, 2009).

As salvaguardas que o STF estabeleceu visaram à proteção do “interesse público relevante da União” e não à proteção dos povos indígenas, apesar de a regra, como visto, ser a posse permanente e o usufruto exclusivo da comunidade indígena, e as exceções, as situações específicas em que somente a Constituição - e a lei que ela exige - prever a intervenção nas suas terras.

Nessa atitude, o STF se distanciou sobremaneira da postura da Corte IDH, pois ainda que esta entenda possível a exploração econômica do território diante do interesse social imperativo, democrático e proporcional, estabeleceu salvaguardas para garantia de direitos indígenas e determinou uma ponderação concreta e estrita sobre os interesses em conflito, e não a prevalência abstrata do interesse estatal.

Nessa mesma linha de raciocínio, parte da doutrina considera que o julgamento da Petição 3388 foi um precedente apenas parcialmente favorável para a proteção de direitos territoriais indígenas, visto que houve um “ativismo judicial conservador” por parte do STF (SARMENTO, 2018), ao estabelecer 19 (dezenove) condicionantes às terras indígenas que não foram previstas constitucionalmente.

O STF autorizou, por exemplo, que o interesse público da União a ser previsto em lei complementar poderia ser “genérico” (BRASIL, 2009) - e não “relevante”, como exige o artigo 231, § 6º (BRASIL, 1988) - e que o usufruto também era excepcionado por garimpagem e fisco de riquezas minerais (indo além das hipóteses de “pesquisa e lavra” do artigo 231, § 3º).

No que se refere à “soberania do país”, o artigo 231, § 5º, como visto, permite a remoção apenas temporária de grupos indígenas de suas terras, uma vez que garante, ao mesmo tempo, o direito de retorno imediato logo que cessado o risco (BRASIL, 1988).

Apesar disso, o STF, sem considerar a temporariedade da medida, estabeleceu que o usufruto indígena estava condicionado ao interesse da política de

defesa nacional e considerou constitucional a intervenção abstrata em terra indígena para (i) instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares; (ii) expansão estratégica da malha viária; (iii) exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico; e (iv) o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional) (BRASIL, 2009).

Do mesmo modo, excepcionou o usufruto para atuação genérica das Forças Armadas e da Polícia Federal, no âmbito de suas atribuições; e para a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte e construções necessárias à prestação de serviços públicos federais, especialmente os de saúde e educação (BRASIL, 2009).

Foram estabelecidas, ainda, condicionantes no caso de sobreposição de terras indígenas com unidades de conservação e a vedação de arrendamento, interdição ou bloqueio de estradas, cobrança de pedágio e inibição de funcionamento de repartições públicas (BRASIL, 2009), sem que o caso concreto ou a Constituição versasse especificamente sobre esses temas.

No julgamento ora em análise, o Ministro Menezes Direito considerou que as questões debatidas eram “extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas” e votou para que a decisão consolidasse o entendimento do STF com repercussão para o futuro (BRASIL, 2009, p. 57).

Ao julgar os embargos de declaração, o STF afirmou que as condicionantes não se limitavam como pressupostos para o caso concreto, visto que deveriam ser consideradas como diretrizes básicas para dirimir graves controvérsias territoriais com povos indígenas naquela região (BRASIL, 2013).

Além disso, o STF, mesmo considerando que aquele julgamento se tratava de uma ação popular - a qual não deveria ter efeito vinculante a outros processos sobre igual matéria -, estabeleceu que a sua decisão estava dotada de força moral e persuasiva e que para superação jurisprudencial seria necessário um elevado ônus argumentativo (BRASIL, 2013).

Sob esses parâmetros, concluiu-se que as condicionantes, ao mesmo tempo em que não deveriam ser aplicadas automaticamente a outros processos judiciais sobre conflitos territoriais indígenas, também foram definidas num contexto de precedente da própria Corte Constitucional brasileira, que autorizou ao aplicador do Direito supor a prevalência abstrata de outros bens jurídicos sobre o território indígena

(ARAUJO JUNIOR, 2018), em especial o que estiver considerado sob “interesse público da União”.

Essa situação se mostra problemática porque a definição de prevalência abstrata do interesse público sobre o território indígena é inconveniente, bem como o afastamento por completo do direito à consulta prévia em hipóteses pré-estabelecidas.

No âmbito interamericano de direitos humanos, permite-se até questionar as hipóteses de consentimento, mas nunca o direito a ser consultado. À luz da convencionalidade, o afastamento desse direito somente seria possível em caso de não adentrar ao território indígena, mas não seu afastamento completo sem considerar o direito do povo à autodeterminação e à participação nas medidas estatais que afetem sua vida de algum modo.

Para além disso, essa conclusão do STF de afastar o direito à consulta prévia em hipóteses pré-determinadas é contraditória com o próprio posicionamento do STF no mesmo caso, quando declarou falsa a premissa de incompatibilidade ou de antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento econômico no país.

Na ementa do julgamento, o STF deixa claro que o Poder Público, em todas as suas esferas federativas, não pode subestimar ou hostilizar os povos indígenas diante de projetos econômicos e, além disso, firma a premissa de que as comunidades indígenas contribuem para diversificar o potencial econômico-cultural nos territórios por si ocupados (BRASIL, 2009).

Além do mais, definir a prevalência abstrata do interesse público da União invisibiliza o direito que o Constituinte estabeleceu, no artigo 231, § 3º, de as comunidades indígenas afetadas serem ouvidas nos casos daquelas hipóteses de projetos de desenvolvimento econômico autorizados:

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.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, **ouvidas as comunidades afetadas**, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A participação indígena nos projetos de desenvolvimento econômico foi garantida com força de comando constitucional, e se amolda à citada premissa do

STF de ausência de incompatibilidade ou de antagonismo entre a matéria de desenvolvimento econômico e os direitos dos povos indígenas⁷³.

Um instrumental adequado e convencional para exercício desse direito de oitiva dos povos é a consulta prévia, livre, informada e de boa-fé prevista na Convenção 169 da OIT, que passou a ser considerada “princípio geral de Direito Internacional” (CORTE IDH, 2012, p. 49), aplicável mesmo por países que não ratificaram a referida convenção, e direito-base para exercício de todos os demais direitos que exigem a participação do povo indígena.

Uma interpretação literal da Constituição brasileira, que considere obrigatória a consulta apenas naquelas hipóteses e no procedimento específico constitucional de oitiva da comunidade do artigo 231, § 3º, não se mostra convencional.

Sobre o procedimento de oitiva do artigo 231, § 3º, da Constituição, é necessário, a fim de respeitar o diálogo intercultural, que seja compreendido aos moldes da consulta prévia e segundo o protocolo de consulta de cada comunidade (SILVA, 2020).

Também não se mostra convencional o entendimento segundo o qual o STF teria decidido por não caber consulta prévia em toda e qualquer situação que se enquadre como “interesse da política de defesa nacional”. O próprio Ministro Roberto Barroso, no julgamento dos Embargos de Declaração na Petição 3388 (BRASIL, 2013), esclareceu a questão:

Naturalmente, o acórdão embargado não sugere – nem poderia sugerir – que a expressão “defesa nacional” possa ser usada como rótulo para qualquer tipo de fim, apenas como subterfúgio para afastar a participação dos indígenas. Via de regra, o planejamento das operações militares não envolverá a necessidade de prévia consulta. Situação inversa ocorrerá, por exemplo, em relação à construção de uma estrada, ainda que ela seja estrategicamente relevante para o País. Caberá às autoridades competentes e, conforme o caso, ao Poder Judiciário, fazer valer as disposições da Convenção, ponderando os interesses em jogo à luz do princípio da razoabilidade-proporcionalidade (BRASIL, 2013, p. 48).

No que se refere à aplicabilidade da consulta prévia, o Brasil não possui legislação interna específica que a discipline, de modo que as orientações da

⁷³ Importante mencionar que a presente dissertação não visa a discutir sobre a situação específica dos povos indígenas isolados, cuja lógica de imposição de contato é ainda mais complexa ante a situação de isolamento e cuja regra jurídica primordial é a do princípio do não contato (CIDH, 2015). Brevemente se mencionou os parâmetros da CIDH sobre a matéria na seção 3.4, quando se mencionou sobre o Relatório de Mérito n. 152/2019 em relação ao Estado do Equador.

jurisprudência da Corte IDH também se tornam parâmetro para validade do que se exige desse procedimento, segundo a Convenção 169 da OIT e a CADH.

E uma das orientações é de que a consulta observe o disposto no artigo 6º, item 1, alínea “a”⁷⁴ da Convenção 169 OIT (BRASIL, 2019a), que determina a observância de seus procedimentos apropriados e de suas instituições representativas, de modo que a consulta se mostre acessível e culturalmente adequada.

Nesse prisma, como visto na seção 3.3, a Corte IDH (2012) estabelece que ela se realize mediante procedimentos culturalmente adequados, que respeitem suas próprias tradições, e em relação às quais os parâmetros internacionais não definem um modelo padrão, e nem poderiam, a fim de respeitar a interculturalidade e a autodeterminação.

No Brasil, os procedimentos que respeitam essa característica e, ainda, se mostram legítimos para realizar um diálogo intercultural decolonial, são os protocolos autônomos de consulta, nos quais cada comunidade explica os métodos culturalmente adequados para serem consultados e quem são suas lideranças reconhecidas para representarem as suas comunidades (SILVA, Jamilly, 2020).

Como explica Marés (2019, p. 39), “os protocolos são a tradução escrita dos consensos internos de cada povo para se relacionar com os Estados nacionais”; são “a expressão escrita dos usos, costumes e tradições de cada povo para responder às consultas a serem feitas pelo Estado nacional em cumprimento à Convenção 169 da OIT”.

No ordenamento brasileiro, referida Convenção é norma de natureza supralegal, a qual tem sido reiteradamente exigida pelo Ministério Público Federal em demandas sobre megaprojetos econômicos iniciados sem a oitiva dos povos, nas quais têm sido proferidas decisões judiciais que paralisam, ao menos temporariamente, obras públicas ou particulares de fins econômico-desenvolvimentistas.

No caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o STF afastou o direito de consulta aos indígenas em casos de interesse da defesa nacional e de atuação das

⁷⁴ Artigo 6. 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;

Forças Armadas e da Política Federal⁷⁵ (BRASIL, 2009), todavia, não a afastou em casos de megaprojetos de desenvolvimento.

No âmbito político, tramita um Projeto de Decreto Legislativo nº 177/2021, submetido à Câmara dos Deputados, no intuito de autorizar o Presidente da República a denunciar a Convenção 169 da OIT, sob a justificativa de que o dever de consulta aos indígenas “inviabiliza o projeto de crescimento do Brasil” (BRASIL, 2021a).

Essas posturas, todavia, não só visam a tolher os direitos dos povos indígenas sob equivocado pretexto de que, por si só, impedem o desenvolvimento nacional (sem lhes dar a oportunidade de participação, retrocedendo à lógica que imperava no paradigma integracionista, de viés colonialista), como mostram-se incompatíveis com a atual evolução conceitual do direito ao desenvolvimento nacional.

Isso porque quando se fala em direito ao desenvolvimento, também se está diante de um avanço histórico de seu conteúdo intrínseco à Teoria do Estado. Conforme explica Anjos Filho (2013), geralmente costuma-se associar, de maneira equivocada, a ideia de “desenvolvimento econômico” com “crescimento econômico”.

O crescimento econômico é indicador de riqueza quantitativa, ao passo em que o desenvolvimento econômico é indicador de riqueza qualitativa, o que exige um estágio mais moderno de economia, na qual seja eficiente, mas também inclusiva, e mediante alteração de estruturas econômicas, produtivas, sociais, institucionais e políticas existentes (ANJOS FILHO, 2013).

Na atual ideia de desenvolvimento econômico do século XXI, o ético reaproxima-se do econômico e traz à tona novos debates, dentre eles, o pluralismo cultural e o reconhecimento de identidades como parte da satisfação de necessidades humanas e ideia de justiça (ANJOS FILHO, 2013).

Conforme explica Bercovici (2003), no cenário internacional, a temática de desenvolvimento gradualmente perdeu seu enfoque economicista e hoje é consagrado como direito fundamental.

A ideia de desenvolvimento enquanto direito fundamental emerge a partir do século XX e modifica o próprio papel do Estado. Ele passa a ser considerado o

⁷⁵ Como visto, esse posicionamento do STF não é compatível com o atual entendimento da Corte IDH, que insere a consulta prévia como fase obrigatória em toda questão que possa afetar direitos das comunidades envolvidas. Além disso, cabe refletir se esse entendimento jurisprudencial de 2009 ainda permanece válido, ante o reconhecimento, pelo próprio STF, no julgamento da Medida Cautelar em ADPF nº 709, em 2020, acerca da obrigatoriedade do diálogo intercultural em todas as questões referente a povos indígenas.

principal formulador das políticas públicas desenvolvimentistas e, sob a perspectiva de direito fundamental, passa a ser o promotor de direitos sociais e não mais o mero poder soberano de um Estado liberal (BERCOVICI, 2003).

A transição da perspectiva estatal de Estado liberal para Estado social gera uma falsa antinomia entre dois paradigmas jurídicos que costumeiramente são considerados como se não pudessem coexistir (o social e o liberal). Isso tem relação com a ideologia de que a Constituição representa apenas uma limitação do poder estatal e, por conseguinte, garantidora de liberdades individuais, ao passo em que se propaga que o Estado social seria contrário a essas liberdades (BERCOVICI, 2003).

Essa visão é limitada, pois o Estado social emerge dentro do próprio Estado liberal, como um passo a mais de democratização e demandas populacionais, de modo que a regulação de setores econômicos teria o condão de pôr a ordem econômica e social à serviço da vontade popular, de direitos fundamentais e das finalidades democráticas (BERCOVICI, 2003).

Segundo o autor, essa opção ideológica de Estado social e de desenvolvimento como direito fundamental foi escolhida pelo Constituinte brasileiro de 1988, ao ter inserido o desenvolvimento no artigo 3º como objetivo fundamental da República. Desse modo, seria dever do intérprete reconhecer que a ideologia da Constituição não é neutra, mas política e, ainda, vinculativa.

O paradigma de desenvolvimento como direito fundamental e a mudança do papel do Estado liberal para o Estado social são recentes, e são aceitos com certa resistência ideológica (BERCOVICI, 2003). O Direito, nessa perspectiva, deve ser compreendido não apenas como local de proteção de direitos contra o Estado (liberdades individuais), mas também como instrumental a ser por ele utilizado na promoção de mudanças estruturais na sociedade.

É nesse cenário que ganha destaque a citada premissa do STF no caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol: a de que não se deve supor impossibilidade de coexistência entre o desenvolvimento e a tutela dos direitos dos povos indígenas, sobretudo porque, desde o final do século XX, impera uma ideia de desenvolvimento econômico que se reaproxima da ética e impõe o reconhecimento de identidades, pluralidades e do ideal de justiça. Em pleno século XXI, não se legitima arbitrárias violações de direitos humanos em nome da ultrapassada ideia de desenvolvimento economicista.

Por fim, destaca-se que o artigo 231 da Constituição Federal, em seu § 3º⁷⁶ (BRASIL, 1988), se mostra convencional quanto à repartição de benefícios econômicos ao prever o direito de participação nos resultados da lavra. Todavia, deve-se conceder uma interpretação extensiva a esse artigo, junto à previsão do artigo 5º, § 2º, também da Constituição⁷⁷ (BRASIL, 1988), para que englobe o direito à repartição razoável de benefícios nos demais projetos econômicos e empreendimentos, a fim de se compatibilizar com os parâmetros do SIDH.

Além disso, observar os parâmetros da Corte IDH a respeito da repartição razoável de benefícios permite sanar a ausência da lei a que remete o § 3º, e, por conseguinte, minimamente minorar a insegurança jurídica dos povos indígenas sobre seu direito de participação nos benefícios econômicos.

4.3 O Brasil no contexto de garantia de direitos dos povos indígenas no caso de megaprojetos econômicos na América Latina

Nos últimos anos, houve um notável aumento na extração de recursos naturais, na monocultura de exportação e na exploração de mineração e petróleo por parte de países da América Latina. Esse fenômeno está associado a um ciclo de alta global de preços de matérias-primas, à forte demanda internacional e à escolha política estratégica de desenvolvimento econômico nessa região do mundo (CIDH, 2015).

Também houve a ampliação nas demandas e nas implementações de “grandes projetos de infraestrutura, como estradas, canais, represas, centrais hidroelétricas, parques eólicos, portos, complexos turísticos e similares” (CIDH, 2015, p. 15), associados à presença de diversas configurações econômicas responsáveis pela execução desses projetos.

No cenário latino-americano, surgiu um padrão de outorga de concessão de megaprojetos a empresas transnacionais ou estrangeiras, com destaque para a atuação de empresas canadenses e brasileiras. Esse também é o padrão no qual mais se identifica denúncias de impunidade, visto a dificuldade em se definir

⁷⁶ Artigo 231. [...] § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

⁷⁷ Art. 5º. [...] § 2º 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.

responsabilidades decorrentes de jurisdição e dos deveres compartilhados (CIDH, 2015).

Com certa frequência, as áreas em que esses projetos são desenvolvidos coincidem com territórios indígenas. Mesmo diante de um cenário de crescente ampliação da base normativa e das garantias de proteção dos povos, é no contexto dos megaprojetos que mais se observa o retrocesso ou a violação dos seus direitos (CIDH, 2021a, 2015).

O padrão latino se enquadra no que a ONU (2013) identifica como o modelo desenvolvimentista atualmente predominante na exploração de recursos naturais em territórios indígenas: o modelo em que uma empresa externa, com apoio do Estado, controla a operação de extração, e reserva às comunidades afetadas apenas uma parcela pequena e insignificante dos benefícios econômicos do empreendimento.

Em outra direção, há o modelo que seria o preferível: aquele em que a extração e o desenvolvimento econômico da área seriam realizados mediante iniciativas e empresas dos próprios povos. Segundo a ONU (2013, p. 5), esse modelo preferido “tem ganhado terreno em vários países onde os povos indígenas adquiriram a necessária capacidade empresarial e técnica”.

Como exemplo, a ONU destaca que na América do Norte, alguns povos:

Possuem e administram empresas que produzem petróleo e gás, operam redes elétricas ou investem em energia alternativa. Em muitos desses casos, os povos indígenas fizeram parcerias com empresas não indígenas para criar empresas extrativistas nas quais possuem ou, com o tempo, obtêm participação majoritária (ONU, 2013, p. 5).

Há um contraste e um desequilíbrio muito grande entre os dois modelos. O contexto é multidimensional e há múltiplos deveres a serem cumpridos por todo aparato estatal e pelas próprias empresas interessadas no modelo dominante.

Durante o procedimento de consulta, cabe aos Estados identificar sistematicamente os desequilíbrios de poder e, uma vez constatados, devem adotar medidas deliberadas para corrigi-los (ONU, 2013).

Se, por exemplo, o Executivo não cumprir com o dever de consulta e permitir ou começar um megaprojeto, aos povos também deveria ser garantido o acesso a uma autoridade judicial para que controlasse se houve a violação dos seus direitos e estabelecesse as medidas de reparação (ONU, 2013).

As empresas, por sua vez, possuem um dever de devida diligência antes de

começarem a operação. Se os requisitos para a proteção dos direitos dos povos não estiverem preenchidos, o empreendimento não deveria ser levado a cabo até que a empresa os sanasse, independentemente se obtiveram anuência ou colaboração dos Estados quanto à sua conduta inadequada (ONU, 2013).

Num cenário ideal, a negociação direta com as empresas seria a melhor maneira de garantir a integração dos interesses conflituosos e, por via de consequência, de se permitir um procedimento que respeitasse os seus direitos (ONU, 2013).

Todavia, o que se identifica é que muitos casos de megaprojetos econômicos em terras indígenas estão envolvidos com denúncias de pressão, coação e negativa de participação (CIDH, 2015). Nesse aspecto, o sistema interamericano de proteção de direitos humanos complementa o sistema da ONU, com foco na hipervulnerabilidade dos povos na América Latina, vedando, por exemplo, a delegação completa da consulta à empresa interessada.

Geralmente os megaprojetos econômicos são adotados como proposta de desenvolvimento econômico em países com baixo nível de desenvolvimento humano e os principais afetados nesse modelo de exploração econômica são os povos originários, não somente por estarem sujeitos a impactos e danos à sua vida, mas também porque a maioria dos beneficiados com o empreendimento são outros e não eles (CIDH, 2015).

Como exemplo, cita-se o projeto de lei nº 191/2020 que visa, dentre outros temas, a regulamentar o artigo 231, § 3º⁷⁸, da Constituição Federal, no que se refere à participação nos resultados da lavra e de atividades econômicas (BRASIL, 2020a).

Segundo o artigo 18, I⁷⁹, do referido projeto de lei, na hipótese de aproveitamento de potenciais de energia hidráulica, seria garantido aos povos apenas 0,7% (sete décimos por cento) do valor da energia elétrica produzida, excluídos tributos ou encargos. (BRASIL, 2020a)

⁷⁸ Art. 231. [...] § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

⁷⁹ Art. 18. A lavra de recursos minerais e o aproveitamento de potenciais de energia hidráulica em terras indígenas ensejam, a partir da operação comercial dos empreendimentos, o pagamento, a título de participação nos resultados, às comunidades indígenas afetadas, dos seguintes valores: I na hipótese de aproveitamento de potenciais de energia hidráulica, sete décimos por cento do valor da energia elétrica produzida, a serem pagos pelo titular da concessão ou da autorização para exploração de potencial hidráulico, excluídos tributos e encargos, com base na tarifa atualizada de referência, nos termos do § 2º do art. 3º da Lei no 7.990, de 28 de dezembro de 1989;

Pelo inciso II⁸⁰ do mesmo artigo, na hipótese de lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, estariam garantidos entre 0,5% e 1% (cinco décimos a um por cento) da produção de petróleo ou gás natural, a critério da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (BRASIL, 2020a).

E pelo inciso III⁸¹, na hipótese de lavra dos demais recursos minerais, seriam devidos 50% (cinquenta por cento) do valor de compensação financeira pela exploração de recursos minerais devido aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União que, por sua vez, não ultrapassam o limite de 4% (quatro por cento) previsto no artigo 2º da Lei nº 8.001/90⁸² (BRASIL, 2020a, 1990).

Nessa última hipótese, mesmo quando o percentual de compensação financeira da exploração seja fixado em seu máximo, aos indígenas isso corresponderia a apenas 2% (dois por cento) sobre a base de cálculo produtiva vinculada à mineração.

Sem adentrar no mérito da convencionalidade ou não dos dispositivos do referido projeto de lei, nota-se que o percentual garantido aos povos indígenas é ínfimo, ficando a maior parte destinada às empresas detentoras da concessão de exploração econômica, sem, contudo, haver transparência a respeito do percentual de lucro dos empreendimentos.

O problema, como destaca a CIDH (2015), não é o projeto desenvolvimentista em si. O desenvolvimento econômico é, como visto, um direito humano que visa à prosperidade dos povos e, além disso, um dever do Estado para a promoção dos mais diversos direitos humanos dos seus cidadãos.

O que se repudia é o modelo de projeto desenvolvimentista que privilegia a ganância (ONU, 2013), e que não se preocupa em observar os direitos ambientais e dos povos necessários para sua implementação (CIDH, 2015; CORTE IDH, 2017).

Deve-se defender, de todo modo, a desvinculação da ideia de que proteção de

⁸⁰ Art. 18. [...] II na hipótese de lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, entre cinco décimos por cento e um por cento da produção de petróleo ou gás natural, a critério da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, nos termos do disposto no art. 52 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997;

⁸¹ Art. 18. [...] III na hipótese de lavra dos demais recursos minerais, cinquenta por cento do valor da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, nos termos do disposto no art. 11, caput, alínea b e § 1o, do Decreto Lei no 227, de 28 de fevereiro de 1967.

⁸² Art. 2º. As alíquotas da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) serão aquelas constantes do Anexo desta Lei, observado o limite de 4% (quatro por cento), e incidirão: [...]

direitos dos povos indígenas, como a consulta prévia, é um obstáculo ou impeditivo ao desenvolvimento, quando, na verdade, é uma condição para sua execução (CIDH, 2015).

A luta é por associar os empreendimentos em terras indígenas na lógica de “*accountability*”, de responsabilidade social corporativa, na qual as próprias empresas se comprometem a cumprir com suas obrigações legais e de proteção dos direitos humanos.

Ciente sobre os riscos significativos do empreendimento ao meio ambiente e aos povos indígenas, cabe ao Estado adotar e assegurar medidas preventivas. Deve-se ter em mente que os danos decorrentes dos projetos de desenvolvimento se tornam ilegais e os Estados, uma vez constatados, têm o dever suspender a execução do empreendimento, de reparar os danos ambientais e de investigar e sancionar os culpados pelos danos (CIDH, 2015).

Trata-se de alinhar a perspectiva do desenvolvimento econômico com a sustentabilidade e com a promoção dos povos. Todos são princípios e direitos fundamentais constitucionalmente protegidos no ordenamento brasileiro, e impõem, igualmente, deveres funcionais aos Estados, isto é, todos deveriam compor o interesse público vinculado aos deveres estatais constitucionais.

Aqui, destaca-se a crítica que Nogueira (2019) faz em relação à perspectiva do interesse público, que acaba por ficar reduzido ao interesse econômico não só de capital, mas também de poder político que legitima políticas estatais.

O interesse público, no aspecto de megaprojetos que desconsideram a sustentabilidade e o direito dos povos, representa, na verdade, o interesse de direitos específicos e particulares, vinculados a grupos economicamente poderosos e hegemônicos que determinam a política brasileira (NOGUEIRA, 2019).

No mesmo sentido, alerta a CIDH (2015) sobre determinadas empresas serem agentes econômicos influentes nos países onde operam suas explorações, sobretudo no cenário latino-americano, onde se encontram países com economias altamente dependentes de atividades dessa natureza.

Os megaprojetos econômicos geram os mais diversos danos e impactos ambientais e aos povos que habitam em polígonos geográficos coincidentes. São impactos múltiplos, dependentes do local e do tipo de empreendimento, e que se somam à vulnerabilidade e à pobreza dos povos, incidindo de modo diferenciado sobre mulheres, crianças, adultos maiores ou indígenas com deficiência (CIDH, 2015).

Para os povos indígenas, os impactos de megaprojetos econômicos são de ordem pessoal, ambiental, social e cultural. Há casos sérios de afetação da saúde, alteração nas relações comunitárias, na qualidade da vida e da água, migrações e deslocamentos forçados, trocas e intervenções nos seus padrões de economia e de projeto de vida (CIDH, 2015).

Os impactos em direitos territoriais são particularmente profundos, já que suas concepções sobre desenvolvimento econômico, social e cultural estão vinculadas à sua terra, sem contar que o uso daquele território em específico inclui as suas formas de subsistência econômica, de identidade e de exercício de modo de vida e de religião, isto é, formas de existências físicas e culturais (CIDH, 2015).

Os impactos sobre o território e seus recursos naturais relacionam-se à afetação nos recursos hídricos (quantidade e qualidade); ao empobrecimento dos solos agrícolas e alteração em seus sistemas e ciclos temporais-produtivos (agricultura de subsistência); à diminuição de acesso a alimentos (caça, pesca e coleta), bem como a fauna, flora e biodiversidade em geral, o que afeta o próprio equilíbrio do território que constitui a base étnica e cultural de sua constituição enquanto povo (CIDH, 2015).

No caso da Usina de Belo Monte, foi utilizada uma técnica de sistema de represamento de águas para abastecer as suas turbinas que levou à denúncias sobre a redução do nível de água do rio Volta Grande Xingú e sobre o consequente impacto nas comunidades locais (CIDH, 2019b).

Outro exemplo foram as propostas de usinas hidrelétricas de Tapajós, planejadas para a região amazônica de Jacareacanga, na qual se inundaria um milhão de hectares. O IBAMA indicou sobre danos ambientais irreversíveis, tendo em vista ser uma área com um dos ecossistemas da Amazônia mais completos em biodiversidade. Das 43 plantas do projeto, 22 afetariam comunidades indígenas, destacando-se danos diretos aos Apiaká, Munduruku e as comunidades de Pimental, Montanha e Mangabal, e danos indiretos aos Sateré-Mawé da Terra Indígena Andirá-Marau e as comunidades de São Luiz do Tapajós e Vila Rayol (CIDH, 2019b).

Os danos de megaprojetos também podem indicar risco não só à vida e à integridade física, mas também cultural e coletiva de povo diferenciado. Nesse aspecto, as comunidades indígenas afetadas pela Usina de Belo Monte possuíam uma relação cultural com a natureza não só para fins de subsistência, mas também como parte de suas lendas e crenças (CIDH, 2019b).

Cita-se as cosmovisões afetadas pelas alterações propostas para o rio Xingu pela construção daquela usina. Para o povo Juruna (Yudjá), o rio Xingu estava ligado à sua própria cosmovisão sobre a origem do mundo, e para o povo Jurunu (Yudjá), nele habitavam divindades, seres encantados que teriam que deixar aquele território. Para esses povos, o rio Xingu era um elemento constitutivo de suas culturas, em suas dimensões material e espiritual, visto que eram habitat de seres mitológicos e sobrenaturais (CIDH, 2019b).

Sobre o aspecto de risco à integridade cultural do povo, as comunidades do Baixo Tapajós constantemente precisam reafirmar sua relação com o território frente a projetos de exploração de recursos naturais, o que levou à criação da Reserva Extrativa Tapajós-Arapiuns e ao associativismo indígena para resistir a planos para o agronegócio e seus empreendimentos associados, como o Porto de Maicá e o Ferrogrão (CIDH, 2019b).

Outros impactos aos povos indígenas são de ordem cultural ou religiosa, como por exemplo a construção ou afetação de áreas destinadas a lugares sagrados, religiosos ou mesmos cemitérios ancestrais.

No caso de Belo Monte, denuncia-se que duas barragens afetaram substancialmente lugares sagrados do povo Munduruku: na barragem de Teles Pires, a explosão de uma cachoeira sagrada (Karobixexe) e a remoção de doze urnas funerárias; e na barragem de San Manoel, a destruição de um local sagrado chamado Morro dos Macacos (Dekoka's). No caso do complexo hidrelétrico do rio Teles Pires, para os Mundurukus, o espaço em que habitavam também era a terra sagrada de seus antepassados (CIDH, 2019b).

Os direitos de natureza econômica, social, cultural e ambiental dos povos também podem ser afetados. Especial relevância se atribui à saúde, ao desenvolvimento e ao meio ambiente saudável. Aqui, destaca-se o risco de contrair doenças e a falta de acesso ou longas distâncias para postos de saúde, não só pelo contato mais próximo com um quantitativo de pessoas, como pela contaminação de seus recursos hídricos e alimentícios (CIDH, 2015).

Nesse sentido, tem-se a urgente e grave situação de saúde dos Yanomamis, que não possuem forte imunidade imunológica a enfermidades como sarampo e malária; vivem em áreas muito distantes dos centros de saúde; e nas quais já foi detectada contaminação por mercúrio nos cabelos de mais de 90% de seus habitantes. Corre-se o risco dos Yanomamis moxateteus serem completamente

extintos (CIDH, 2019b).

Ressalte-se que, apesar dos principais ricos aos Yanomamis serem decorrentes, predominantemente, do garimpo ilegal, o acesso a suas terras decorreu da construção de uma série de estradas que possibilitaram a famosa busca pelo ouro (DAVIS, 1978; BRASIL, 2014).

No aspecto social, importante destacar Altamira, cidade mais próxima da Usina de Belo Monte, a qual foi considerada a cidade mais violenta do país em 2017, exemplo de processo de desorganização social decorrente do êxodo populacional para o período de construção da hidrelétrica (CIDH, 2019b). Cita-se, ainda, o crescimento de invasões por madeireiros na terra indígena Arara, situada na área de influência direta de Belo Monte (CIDH, 2021b).

Os megaprojetos econômicos também podem impactar na própria vida e integridade pessoal de natureza individual, como ameaça, morte e criminalização de indígenas, sobretudo quando se opõem à exploração dentro de seus territórios (CIDH, 2015).

Segundo a CIDH (2019), o Brasil é um dos países amazônicos que demandam maior preocupação nesse tema, havendo informação de que 110 indígenas foram assassinados em 2017, de um total de 235 no período de 2007 a 2018, geralmente associados aos conflitos de interesse sobre seus territórios.

Identifica-se, ainda, alguns impactos específicos a depender de cada tipo de megaprojeto. Por exemplo, em casos de mineração, há riscos de destruição de ecossistemas, de afetação do sistema hidrológico, de contaminação da água, de explosões e emissão de poeira e de efeitos nocivos à saúde decorrentes de uso de materiais químicos tóxicos, como mercúrio ou cianeto, e que, se contaminarem o ambiente e forem consumidos pelos povos, podem levar a sérios problemas de saúde de ordem neurológicos, malformações de fetos, doenças de pele, deficiências etc. (CIDH, 2015).

Já em casos de projetos petrolíferos, os riscos podem estar relacionados a aberturas de novas áreas de acesso, alterações sísmicas, contaminação por derramamentos ou perdas (rompimento de oleodutos e tubulações), e a danos decorrentes de obras de infraestrutura associadas (CIDH, 2015).

Apesar de muitos países latino-americanos terem uma legislação ambiental forte e visarem à previsão e controle dos riscos, poucos fortalecem seus aparatos de fiscalização, controle e monitoramento ou mesmo são omissos sobre isso (CIDH,

2015).

O problema se acentua quando se pensa na repressão e invisibilização do protesto e luta de lideranças e defensores, bem como nas barreiras de acesso e lentidão na justiça. Para que os povos questionem o empreendimento no Judiciário há necessidade de provas que demandam amplas informações sobre atividades, estrutura e impactos que, muitas vezes, ficam restritas ao âmbito de documentação da própria empresa (CIDH, 2015).

Ainda, é muito comum denúncias de compra de vontades, coação ou induzimento de lideranças a enganos, e o contexto geral aponta para sequer os Estados estarem cumprindo o dever de consulta prévia ou estarem cumprido sem um rito válido (CIDH, 2015).

Apesar dela se apresentar como uma via para equilíbrio entre o direito de propriedade indígena e o interesse estatal de exploração de recursos naturais, sua implementação tem se mostrado como tarefa incompleta ou enviesada na maior parte dos Estados do continente americano (CIDH, 2015).

Em países nos quais já há um corpo jurídico mais robusto sobre a consulta ou exploração de recursos (como Peru, Chile e Bolívia), identificam-se problemas nos aspectos materiais da consulta prévia ou mesmo no cumprimento do acordado a título de participação nos benefícios econômicos, ao passo em que países sem essa base normativa (como é o caso do Brasil), o cenário é mais para ausência de iniciativas por parte do Estado para cumprimento desse dever estatal (CIDH, 2015).

Há, também, problemas estruturais generalizados sobre o cumprimento dos requisitos da consulta válida. Identificam-se a outorga de concessões econômicas sem sua realização ou com sua realização posterior; a vinculação de consulta apenas a determinados setores e atividades escolhidos pelos Estados; a mera entrega aos indígenas do EISA, em muitos casos, sequer traduzidos; e um contexto de desarticulação e enfraquecimento de representações indígenas para impor o resultado já previamente estabelecido pelos Estados (CIDH, 2015).

A nível comparativo com os países Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala e Peru, o Brasil e o Chile são os únicos Estados que não outorgam status constitucional imediato aos tratados de direitos humanos em seu ordenamento jurídico (FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO, 2015), o que torna conflituosa a relação da Constituição com a Convenção 169 da OIT e da CADH quando se adota perspectiva meramente formalista.

Além disso, o Brasil é apontado, dentre os citados Estados latinos, como aquele que enfrenta as maiores dificuldades de regulamentação desse direito, o que ensejou ao desenvolvimento dos protocolos de consulta no ordenamento interno. Apesar disso, não se tem definida uma entidade específica para os processos de consulta e há vazios normativos que tornam extremamente insegura a situação (FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO, 2015).

Por consequência, instalam-se conflitos intersetoriais; vazios de competências; superposição de setores interessados e de marcos regulamentares (ambiental, indígena, minerário etc.); imprecisões sobre o momento do início da consulta e seus caracteres; insuficiência orçamentária; ausência de práticas uniformes entre os órgãos encarregados da consulta, dentre outros (FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO, 2015).

Muito embora os protocolos sejam uma alternativa em grande destaque no contexto brasileiro, também carecem de institucionalização pelo Estado, o que deveria ser repensado para se criar, a partir deles, uma prática jurídica a ser cumprida e implementada em todos os casos de consulta (CIDH, 2021b).

O cenário é ainda mais negativo se considerado que, só no final de 2018, havia mais de 100 projetos de lei para restrição ou minoração de direitos indígenas (CIDH, 2021b) e que as Cortes Superiores no Brasil não possuem um número significativo de decisões favoráveis aos povos ou que protejam e delineiem parâmetros para realizar a consulta prévia (FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO, 2019) – fato este que apenas reforça a urgente necessidade de se adotar os parâmetros interamericanos antes vistos.

Pior ainda é quando se constata que, embora haja decisões de juízes e desembargadores em primeira e segunda instância favoráveis aos povos, determinando-se, por exemplo, a paralização de obras para realização da consulta prévia, a tendência do STF é de modificar tais premissas, inclusive utilizando-se do instrumento jurídico “suspensão da segurança” (FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO, 2015)⁸³. Por meio dele:

A Procuradoria Geral da União e o Ministério de Minas e Energia vêm

⁸³ Trata-se de medida jurídica em que, assim como na “suspensão de liminar”, o presidente do tribunal pode suspender os efeitos de uma decisão judicial por motivos de “manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade, a fim de evitar lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública”. Nesse sentido, o artigo 4º da lei nº 8.437/92.

sistematicamente solicitando que as medidas cautelares concedidas em primeira instância em favor das populações atingidas por megaprojetos, especialmente hidrelétricas, sejam levantadas pelas instâncias superiores do Judiciário (FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO, 2015, p. 42).

A título de exemplo, a CIDH (2021b, p. 36) relata que dentre os efeitos dessa medida “suspensão da segurança”, está o caso do “complexo hidrelétrico do rio Teles Pires, onde foram destruídos espaços sagrados para as aldeias Munduruku, Kayabi e Apiaka, causando danos irreversíveis ao patrimônio cultural e espiritual das comunidades indígenas da região.

Questionar esse tipo de conduta da Suprema Corte é mais do que urgente, visto a iminência de planos para implementação de diversos megaprojetos econômicos no território brasileiro.

Conforme relata a CIDH (2021b), em 2016, de um total de 44.911 propostas de projetos de mineração, 4.181 incidiriam total ou parcialmente em terras indígenas. Além disso, há diversos projetos de asfaltamento e construção de estradas que atravessam a Amazônia e que podem vir a afetar povos indígenas, dentre os quais se destacam o da BR-319 (Manaus-Porto Velho) e o da BR-163 (Cuiabá-Santarém) (CIDH, 2019b).

Soma-se a isso os dados de que, em 2018, existiam 123 obras de infraestrutura, dentre elas, hidrelétricas, termelétricas, ferrovias, hidrovias e rodovias, previstas de serem implementadas e que, ao que tudo indica, incidirão em 58 territórios de povos em isolamento. Paralelamente, o planejamento energético do país prevê a intenção de operar vinte novas centrais hidrelétricas na Amazônia, região com maior população e territórios indígenas no Brasil (CIDH, 2019b).

São muitos os casos em que o Ministério Público Federal tem que acionar o Poder Judiciário para intervir e determinar, ao menos, que seja observada a consulta prévia, sem sequer alcançarmos decisões que já possam se aprofundar sobre a vinculatividade dos resultados da consulta ou se foram observados os requisitos para um diálogo intercultural.

Como analisaram Vieira e Tuma (2016), não foram realizadas as consultas prévias em casos emblemáticos de megaprojetos hidrelétricos no Brasil, como na construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, Usina Hidrelétrica Teles Pires, Usina Hidrelétrica de PHC Salto Belo/Sacre 2 e Usina Hidrelétrica de São Luís de Tapajós, em relação aos quais a falta da consulta (que deveria ser prévia) precisou ser

judicializada.

Nesse cenário de inobservância da consulta prévia, com busca do direito perante o Poder Judiciário, ela passa a ser aplicada somente de maneira repressiva, como mero “freio” ao projeto econômico e, por isso, é vista politicamente como entrave ao desenvolvimento economicista por parte de instituições que não levam referido direito a sério. Como já mencionado, deve-se mudar a ótica para entender a consulta como um condicionante e não freio do empreendimento.

Com essa abordagem, está-se diante de duas lutas bem definidas: a primeira, a luta pela garantia do direito de consulta; e a segunda, sua consequente batalha para que haja uma consulta material e não meramente formalista, que respeite o diálogo intercultural.

4.4 Perspectivas de direito comparado: os casos-exemplos TIPNIS (Bolívia) e Linhão de Tucuruí (Brasil)

Como antecipado no tópico sobre a metodologia desta dissertação, o problema da presente pesquisa adveio após leitura de Araújo Júnior (2018), na qual o autor cita que, apesar da Bolívia e Equador serem países expoentes do novo constitucionalismo latino-americano e terem mandato constitucional impositivo para realizar a interculturalidade, enfrentam desafios e impasses na promoção de direitos dos povos indígenas diante de projetos de desenvolvimento.

Nesse sentido, o autor cita dois casos-exemplos: na Bolívia, a construção de uma estrada que atravessaria a TIPNIS, e no Equador, a exploração de petróleo na área ambiental protegida do Parque Yasuní e no território de três povos indígenas sem contato inicial (Ishpingo, Tiputini e Tambococho).

No caso TIPNIS, a Bolívia é acusada de não ter observado adequadamente o direito à consulta prévia e de ter procedido à repressão violenta de protestos do movimento indígena. Já no caso Yasuní, o Equador solicitou uma compensação financeira à comunidade internacional em troca de não realizar a exploração econômica na área, todavia, diante do fracasso de adesão, suspendeu sua iniciativa e determinou a exploração petroleira. Justificou que os povos amazônicos seriam partícipes de benefícios econômicos e a exploração seria limitada a apenas 1% do parque ambiental (ARAÚJO JÚNIOR, 2018).

Os dois países, nesses dois casos-exemplos, foram denunciados perante a

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual expediu o Relatório de Admissibilidade⁸⁴ nº 113/20 em relação ao caso TIPNIS e o Relatório de Mérito nº 152/2019⁸⁵ em relação a fatos relacionados ao caso Yasuní.

Inicialmente, será brevemente tratado sobre o caso Yasuní, visto que a CIDH e a Corte Constitucional do Equador estão em sintonia quanto à violação de direitos indígenas no processo de exploração econômica naquela área. O foco de análise comparativa será a partir do caso TIPNIS.

Sobre o caso equatoriano, a CIDH (2019a), em seu relatório de mérito nº 152/2019, anunciou seu entendimento de que foram violados vários direitos dos povos indígenas que habitam a região do Parque Yasuní, pois houve afetação de seus territórios, formas de vida e ameaça de existência, inclusive de forma direta, mediante atos de violência em conflitos com madeireiros no local.

No que se refere aos povos isolados, a CIDH (2019a) considerou que a melhor forma de garantir os seus direitos seria respeitando o princípio do não contato, de modo que a questão não estaria subordinada à consulta prévia, mas sim à própria intangibilidade da área indígena.

Nesse sentido, estabeleceu que caberia ao Estado ter apresentado uma justificativa de excepcional e estrita necessidade de intervenção naquela área, sem contar seu dever de adotar diligências específicas para promoção dos direitos dos povos, a começar pela demarcação do território (CIDH, 2019a).

A Corte Constitucional do Equador, por sua vez, na sentença do caso nº 28-19-IN/22, firmou o mesmo entendimento da CIDH no sentido de que prevalece o direito de não-contato e de intangibilidade para os povos em isolamento voluntário.

Para tanto, utilizou-se não só da análise constitucional sobre o artigo 57⁸⁶ da Constituição do Equador (EQUADOR, 2008), claro a respeito da vedação de atividades extrativas no território de posse de povos indígenas em isolamento voluntário, como de parâmetros do SIDH (tanto da CIDH como da Corte IDH).

⁸⁴ No caso de Relatório de Admissibilidade, a CIDH não antecipa questões sobre o mérito do caso, isto é, não firma seu entendimento sobre se considera ou não violados os direitos da CADH. Trata-se de procedimento inicial para verificar se a petição preenche todos os requisitos processuais para ser processada no SIDH, e expedido após resposta preliminar do Estado, nos termos dos artigos 30-36 do Regulamento da CIDH.

⁸⁵ No Relatório de Mérito, a CIDH estabelece seu entendimento sobre se houve, ou não, violação da CADH em determinada denúncia. Ato contínuo, se o Estado aceitar a competência contenciosa da CORTE IDH, submeterá, após votação, o caso para julgamento, conforme artigos 37-45 do Regulamento da CIDH.

⁸⁶ Art. 57. [...] Os territórios dos povos em isolamento voluntário são de posse ancestral irredutível e intangível, e neles estará vedada todo tipo de atividade extrativa. [...] (tradução nossa).

Além disso, em relação aos povos de contato inicial, reconheceu-se a violação do seu direito à consulta prévia no processo legislativo que fora parcialmente declarado inconstitucional naquele julgamento, e o qual havia modificado zonas de exploração econômica na zona de amortecimento do Parque Yasuní (EQUADOR, 2022).

A zona de amortecimento em questão é uma área adicional à zona intangível, que contribui para proteção de grupos indígenas em isolamento voluntário, e na qual se proíbe a realização de atividades extrativas com propósitos comerciais e a outorga de concessões para mineração.

Nesse cenário, a Corte Constitucional do Equador, em recente decisão de janeiro de 2022, ratificou a proibição de exploração econômica da zona de amortecimento do Parque Yasuní, firmando o entendimento de que, para expedição de uma medida legislativa tendente a modificar tal zona, deve ser respeitado, previamente, o direito de consulta pré-legislativa aos povos de contato inicial habitantes da região (EQUADOR, 2022).

Passa-se à análise sobre o Caso TIPNIS.

Em seu relatório de Admissibilidade nº 113/20, a CIDH menciona que o caso tem origem na petição nº 211/2012, apresentada em favor de 64 comunidades que vivem em área maior que um milhão de hectares no Parque Isiboro Sécuré, integrantes dos povos Mojeño, Yuracaré e Tsmimane, dentre as quais há cerca de 20 famílias de povos em isolamento voluntário (CIDH, 2020).

Nela, foi informado que desde 1965, o TIPNIS era declarado um Parque Nacional; que em 1990, reconheceu-se os povos indígenas que habitavam o local; e que, em 2009, a eles foi entregue a propriedade coletiva demarcada.

Os fatos narrados denunciam o Estado da Bolívia por (i) não ter realizado a consulta prévia para a execução do projeto de construção da estrada que atravessaria o TIPNIS; (ii) ter repreendido brutalmente a marcha de protesto de 1.600 indígenas contra o empreendimento⁸⁷; (iii) ter realizado consulta extemporânea após a execução das obras já terem se iniciado; e (iv) haver indicativos de vícios no consentimento obtido, visto que os povos se negam a reconhecer as lideranças e os representantes que fecharam os acordos com os Estados.

A construção da rodovia está associada ao projeto denominado “Proyecto

⁸⁷ A denúncia relata espancamentos, separação de famílias, 37 desaparecimentos, incluindo 7 crianças e um bebê e uma grande quantidade de feridos (CIDH, 2020).

Carretero Villa Turaní”, o qual tinha como objetivo comunicar os departamentos de Cochabamba e Trinidad, enquanto parte do corredor bioceânico Brasil-Bolívia-Chile e Peru, associado a projetos de integração regional sul-americana e exploração de petróleo⁸⁸ (CIDH, 2020).

Os danos relatados pelos peticionantes, em razão da execução das obras, são os seguintes: a) aumentou o número de empresas de turismo vendendo pacotes para observação de comunidades em isolamento voluntário, o que estaria afetando seus modos de vida e gerando um risco de etnocídio; b) aumentou o número de camponeses no local para cultivo ilegal de coca, o que teria levado ao deslocamento forçados das comunidades sem respeito da área demarcada; e c) aumentou o desmatamento massivo e a degradação ambiental, sem contar que o território indígena estaria dividido em duas partes (CIDH, 2020).

Para execução do referido projeto, em 2008, a Bolívia celebrou contrato com a construtora brasileira OAS, e o cronograma de trabalho foi dividido em três seções, nas quais a seção I e III, correspondentes às extremidades da estrada, foram iniciadas em 2011, enquanto a seção II, que afetaria o núcleo do TIPNIS, ficou temporariamente suspensa após repressão do protesto indígena e determinação judicial para realização da consulta.

Segundo os peticionantes (CIDH, 2020), a suspensão da Seção II esteve relacionada a um pedido de desculpas públicas por parte do governo, e levou à promulgação, pela Assembleia Legislativa nacional, da lei nº 180/2011, e da lei nº 222/2012.

A lei nº 180/2011 versava, em síntese, sobre a intangibilidade do TIPNIS, e a lei nº 222/2012, sobre a convocação do processo de consulta prévia em relação à exploração da econômica do território e ao estabelecimento de medidas de proteção. (BOLÍVIA, 2011, 2012b)

O sistema de justiça da Bolívia foi acionado para declarar a invalidade das leis nº 180 e nº 222. Mediante a Sentença nº 0300/2012, o Tribunal Constitucional da Bolívia reconheceu que a lei nº 180, apesar de não realizada mediante consulta prévia, era protetiva dos povos, e que a consulta estabelecida pela lei nº 222 poderia ter sua validade condicionada (BOLÍVIA, 2012c).

Na sequência, o governo iniciou a consulta em 22 de junho de 2012, e publicou

⁸⁸ O projeto de infraestrutura é demanda dos setores de transporte, energia e comunicação, e seu objetivo é que a estrada seja uma rota alternativa para unir os dois oceanos sul-americanos.

como resultado que 69 comunidades foram consultadas, das quais, 11 não quiseram participar e 58 exerceram seu direito de participação. Dentre elas, 55 teriam sido a favor da construção da rodovia; e 3 se opuseram à construção da estrada, especificamente as comunidades de San Miguelito⁸⁹, Concepción del Ichoa⁹⁰ e Puerto Totorá⁹¹ (BOLIVIA, 2012a).

O principal ponto controvertido é que algumas comunidades alegaram não reconhecer as lideranças e os representantes que assinaram acordos com o governo ou que teriam dado seus consentimentos. Nesse cenário, o sistema judicial foi novamente acionado, visando à suspensão da consulta e nulidade de todo o trâmite, todavia, o TCP, na sentença nº 0212/2013, entendeu que a via utilizada não era adequada e que deveria ter sido manejada uma ação popular para questionar as violações do processo de consulta (BOLÍVIA, 2013).

A versão do Estado para a CIDH (2020) é de que a construção da Estrada Villa Turaní, no trecho do TIPNIS, é uma necessidade pública e histórica de integração do departamento de Beni com o restante do país, bem como demanda de integração nacional e regional sul-americana. Informou que procedeu a um chamamento público para licitar o empreendimento, do qual a OAS brasileira sagrou-se vencedora, findando no contrato ABC nº 218/08 GCT-OBR-BNDS.

O Estado boliviano defendeu que observou alto grau de proteção aos direitos dos povos indígenas, visto que editou as leis nº 180/2011 e 222/2012, e que obteve o consentimento de 58 das 69 comunidades para a realização da obra (CIDH, 2020).

No âmbito interno, importante entender o que restou decidido nas sentenças nº 0300/2012 e nº 0212/2013 pelo Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), a fim de analisar o nível de proteção dos direitos indígenas frente ao projeto de construção da estrada no TIPNIS.

Na sentença nº 0300/12 FUN, de 18 de junho de 2012, o TCP estabeleceu que as bases do constitucionalismo plurinacional e intercultural na Bolívia impõem uma interpretação conjunta da parte dogmática (em que previstos os direitos materiais) e

⁸⁹ A comunidade San Miguelito se opôs à construção da estrada no desenho em que atravessa o TIPNIS. Propôs a construção de um novo desenho de estrada que bordeasse o TIPNIS e a limpeza de rios para garantir a navegação e melhoramento de caminhos secundários (BOLIVIA, 2012a, p. 302).

⁹⁰ A comunidade Concepción del Ichoa também não se opôs à construção da estrada, mas tão somente no desenho que atravessa o TIPNIS (BOLIVIA, 2012a, p. 304).

⁹¹ A comunidade Puerto Totorá se opôs à construção da estrada, por entender que as leis e os acordos não são cumpridos e que sua proposta serviria para novos assentamentos ilegais sobre as terras. Requereu que a estrada passasse por fora do TIPNIS e defendeu que, para eles, o território é sagrado e a estrada é o rio (BOLIVIA, 2012a, p. 305).

da parte orgânica (em que estabelecidas as instituições) da Constituição daquele Estado (BOLÍVIA, 2012c).

Isso significa que os órgãos públicos estão encarregados não só de tornar efetivos os direitos dos povos indígenas previstos constitucionalmente, mas também de estabelecer um diálogo intercultural com os diferentes grupos culturais e suas respectivas conjunções lógicas, cosmovisões, saberes, valores, princípios e direitos.

Esse diálogo deve permitir uma influência recíproca entre a lógica ocidental e a indígena, no sentido de se construir um novo marco jurídico, um novo Direito e um novo Estado progressista que prime pela sua unidade, mas considerando a diversidade existente (BOLÍVIA, 2012c).

Sob esse prisma institucional, o Judiciário na Bolívia estaria desenhado, em sua justiça constitucional, em especial pelo TCP, como instituição encarregada de estabelecer um diálogo intercultural. Isso porque o TCP, além de ser órgão composto de representantes de ambos os sistemas de justiça (o monista estatal e o pluralista indígena originário), também é competente para fazer o controle sobre ambas as jurisdições e para realizar a interpretação segundo o enfoque intercultural que se impõe para a realização dos comandos constitucionais.

Naquele caso concreto, preocupou-se em estabelecer o diálogo entre outras instituições e determinou o diálogo intercultural por outras institucionalidades, o Legislativo e o Executivo (BOLÍVIA, 2012c). O pano de fundo dessa determinação do TCP estava relacionado à análise da constitucionalidade de artigos das Leis nº 180/2011 e nº 222/2012 da Bolívia, supracitadas.

Em relação ao direito de consulta aos povos indígenas, o TCP adotou interpretação ampliativa de seu conteúdo, numa perspectiva de complementariedade entre o conteúdo constitucional da consulta prevista na Constituição da Bolívia, na Convenção nº 169 da OIT e na Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas (BOLÍVIA, 2012c).

Na mesma linha, adotou o marco jurisprudencial da Corte IDH e o marco jurisprudencial de direito comparado em relação aos parâmetros de consulta estabelecidos pela Corte Constitucional da Colômbia e pelo Tribunal Constitucional do Peru.

Nesse sentido, o enfoque constitucional conferiu conteúdo material à consulta, no sentido de ser um elemento de democracia comunitária, meio constitucional idôneo para designação de representantes e autoridades indígenas para tomada de decisões

e definição de normas e procedimentos próprios.

Segundo o TCP (BOLÍVIA, 2012c), um Estado constitucional pluralista e intercultural requer uma conduta estatal que se pautar sob o prisma da igualdade, em que o relacionamento entre Estados e povos indígenas se dê de modo horizontal e não vertical, mediante reconhecimento da livre determinação dos povos, reconhecimento das instituições próprias e consolidação de suas entidades territoriais.

Reconheceu-se a dupla natureza jurídica da consulta que é, ao mesmo tempo de um direito fundamental dos povos indígenas, um dever de caráter obrigatório e indelegável do Estado. Seu objetivo é buscar a paz social e evitar conflitos sociais, sobretudo em casos que existam projetos em grande escala ou de grande impacto (BOLÍVIA, 2012c).

Também se definiu que, no processo de consulta, deve-se garantir que os povos indígenas se envolvam na tomada de decisões e que sua participação seja efetiva e passível de influenciar a decisão, dentro de um diálogo intercultural que garanta o respeito aos princípios e normas da Constituição e da Convenção 169 da OIT (BOLÍVIA, 2012c).

No que se refere ao conteúdo internacional dos direitos humanos e internacional comparado, foi determinado, na primeira sentença, que ela fosse realizada de modo prévio, livre, informado, de boa-fé, mediante instituições representativas e meios culturalmente apropriados, e com vistas à obtenção de um acordo, além de outros caracteres adicionais, como por exemplo a flexibilidade (apropriada às circunstâncias de acordo com a diversidade de cada povo).

Além disso, o direito de consulta, segundo o TCP (BOLÍVIA, 2012c), possui um valor-chave de “concertação”, isto é, que seus procedimentos, sujeitos e conteúdo sejam previamente pactuados entre o Estado e os povos indígenas.

Estabelecidas essas premissas, o TCP (BOLÍVIA, 2012c) considerou, primeiramente, que não seria possível estabelecer se os artigos impugnados da Lei nº 180/2011 seriam ou não inconstitucionais, pois a questão da intangibilidade do TIPNIS, enquanto algo bom ou ruim para os povos indígenas, somente poderia ser aferido após a realização da consulta prévia, concretamente, e não de maneira geral e abstrata por aquela Corte.

No que se refere à ausência de consulta prévia para a edição da lei nº 180/2011 e da lei nº 222/2012, o TCP entendeu que, apesar de não ter sido realizada de modo prévio, como deveria, estava-se diante de uma situação que garantiria uma reparação

ainda que tardia da violação desse direito, sob pena de se postergar um estado de coisa inconstitucional de ausência de consulta.

Além disso, o TCP definiu que essa reparação pela consulta tardia deve ser determinada ainda que o projeto de desenvolvimento econômico esteja em plena implementação, pois, no sentido contrário, levaria ao raciocínio equivocado de que não seria possível remediar a violação do dever de consulta após iniciada a implementação do projeto, o que acabaria por reduzir sua relevância e sua natureza de direito inalienável (BOLÍVIA, 2012c).

Na sequência, o TCP declarou que os procedimentos, prazos e cronogramas estabelecidos nos artigos 1, segunda parte, 3, 4, alínea “a” e 9 da lei nº 222/2012 deveriam ter sua constitucionalidade condicionada ao processo de “concertação” entre o Estado e os indígenas, em pé de igualdade, sem prevalecer um ou outro, mas a horizontalidade na definição dos ritos (BOLÍVIA, 2012c).

Ressalte-se que, segundo o TCP, a interculturalidade desse prisma da “concertação”, impõe que nem os Estados decidam unilateralmente, nem os indígenas pretendam realizar a consulta sem participação alguma dos Estados (BOLÍVIA, 2012c).

Como consequência, o TCP estabeleceu que a Assembleia Legislativa Plurinacional, ainda que se constitua de representantes democraticamente eleitos, deva permitir o processo de “concertação” para modificar os procedimentos unilaterais definidos em sua própria lei, enquanto mero coadjuvante do diálogo realizado entre Estado e povo indígena diretamente afetado no caso concreto.

O TCP declarou que ainda que se tenha um órgão específico do Executivo pré-definido para realizar a consulta prévia, deve a instituição concertar-se às instituições representativas dos povos indígenas (BOLÍVIA, 2012c).

Nesse processo, trata-se de Legislativo e Executivo propiciarem a estrutura para realizar a consulta, enquanto dever privativo do Estado, mas como coadjuvantes da metodologia e do modo de realização, o que deve ser “concertado” em diálogo intercultural com os povos mediante construção de um protocolo de consulta sobre os ritos, procedimentos, conteúdo, sujeito e objeto.

Após a realização da consulta prévia, o Judiciário foi novamente acionado, oportunidade em que os peticionantes suscitaram que o governo não teria dado cumprimento àquela sentença anterior, de nº 0300/2012, especificamente no dever de “concertação” com os povos, de respeitar procedimentos culturalmente apropriados e

os seus legítimos representantes, o que teria ocasionado, em seu entender, a violação da boa-fé exigida da consulta prévia. Ainda, alegava-se a violação ao direito ao meio ambiente sadio.

Para o TCP, todavia, ao expedir a sentença nº 0212/2013, entendeu que a via escolhida para acionar o Judiciário estava equivocada, pois os peticionantes deveriam ter utilizado a ação popular, não somente pelo tipo de tutela requerida, mas também porque assim tinha ficado definido na sentença nº 0300/2012.

Em relação ao direito ao meio ambiente sadio, o TCP considerou que os peticionantes não apresentaram nenhuma fundamentação sobre como ele teria sido violado ou sobre a relação entre a lesão a esse direito e a falta de estudo de impacto ambiental, motivo pelo qual não apreciou o mérito da questão.

Como se nota, ainda que o TCP tenha se pautado com base na interculturalidade em sua sentença nº 0300/2012, questões processuais e formalistas do Direito impediram nova manifestação de mérito sobre a consulta realizada no caso TIPNIS.

De todo modo, analisando o ocorrido pelos parâmetros de interculturalidade delineados no capítulo anterior da presente dissertação, pode-se entender que esse paradigma foi violado em determinados momentos durante aquele empreendimento, até mesmo antes de acesso à via judicial.

O estudo técnico de viabilidade econômica e ambiental apresentado pela construtora brasileira OAS não considerou outras opções possíveis para a estrada, limitando-se ao planejamento do trajeto mais curto, mesmo tendo ocorrido mobilização de outros agentes para propositura e estudo de viabilidade econômica de quatro rotas alternativas (LORA, 2010).

O Tribunal Internacional por los Derechos de la Naturaleza (TIDN) declarou a Bolívia culpada sobre as violações ao direito de natureza no referido caso. De sua sentença, consta a informação de que na segunda parte do projeto, a qual atravessava o TIPNIS, não fora realizado o devido estudo de impacto ambiental (2019).

Também na referida sentença, encontra-se a confirmação da inexistência de uma avaliação integral ambiental do projeto rodoviário Villa Tunarí – San Ignacio de Moxos, na qual se ponderasse as observações feitas pelo Serviço Nacional de Áreas Protegidas sobre a necessidade de considerar o projeto como um todo e não como três trajetos separados (TRIBUNAL INTERNACIONAL POR LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA, 2019).

Diante disso, tem-se que a Bolívia violou o paradigma da interculturalidade, pelos parâmetros delineados na seção 3.3, (i) ao não realizar a consulta prévia antes da definição e da concessão para realização da obra de infraestrutura; (ii) ao não considerar as propostas alternativas para o desenho da estrada levantadas pelos povos e defensores aliados; (iii) ao não produzir um estudo de impacto socioambiental referente à obra como um todo e dentro TIPNIS, capaz de investigar qual o nível de dano ambiental e social que poderia recair sobre as comunidades indígenas ali habitantes, inclusive o risco sobre sua subsistência física, cultural e enquanto povo; e, ao que tudo indica, (iv) ao não respeitar os procedimentos próprios das comunidades e seus próprios representantes.

A título de comparação com um caso-exemplo no cenário brasileiro, investiga-se o projeto de construção da Linha de Transmissão Lechuga – Boa Vista, conhecido como Linhão de Tucuruí. Nele, planejou-se passar uma linha de transmissão de eletricidade por dentro do território indígena dos Waimiri Atroari, a fim de transmitir e distribuir energia elétrica para o estado de Roraima, único não integrado ao sistema elétrico brasileiro.

Para proteger o direito do povo, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública nº 0018032-66.2015.4.01.3200 perante a Justiça Federal, demonstrando em sua petição inicial que o projeto desse empreendimento já nasceu com vícios desde o seu início.

Os Waimiri-Atroari, que se autodenominam Kinja, vivem na fronteira dos Estados do Amazonas e Roraima. Em seu passado, já foram vítimas e quase completamente dizimados por outros dois megaprojetos econômicos, a BR-174 e a Usina Hidrelétrica de Balbina, que inundou cerca de 30 mil hectares de seu território.

Pelas violações deste segundo empreendimento, estabeleceu-se um programa de ressarcimento aos índios, com as mais diversas medidas de reparações, dentre elas, o Programa Waimiri-Atroari, promotor de ação indigenista para áreas da saúde, educação, atividades produtivas e vigilância dos limites territoriais, a serem custeados pela Eletronorte, cujo fim estava previsto para 2012.

Ante o decurso do prazo de vigência do Programa, propôs-se a sua renovação, no período de 2013 a 2023, e foi estabelecido como condicionante que o povo concordasse com estudos de impacto ambiental e com o empreendimento de um novo projeto econômico, desta feita, o Linhão de Transmissão Manaus-Boa Vista.

O MPF também destacou que, após Estudo do Componente Indígena do

empreendimento, realizado pela empresa Ecology Brasil, conclui-se que o empreendimento era inviável do ponto de vista de proteção dos direitos indígenas (mas não se sabia ainda a opinião dos próprios Kinja), tendo em vista os riscos sobre a reprodução das condutas territoriais necessárias à sua sobrevivência, segundo a interpretação de suas narrativas, do contexto, das percepções, interações e relações etnoecológicas por eles mantidas.

Na sentença em primeira instância, o juízo federal considerou que, apesar de terem sido realizadas quatro audiências públicas antes da expedição da Licença prévia, nenhuma delas correspondia ao procedimento de consulta e, ato contínuo, julgou procedente o pedido da Ação Civil Pública, declarando a nulidade da licença prévia nº 522/2015 expedida pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e determinando a imediata realização do procedimento de consulta prévia nos moldes da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2017).

Em carta da presidente do IBAMA, à época, aos Waimiri-Atroari, explica-se que o Estudo de Impacto Ambiental realizado avaliou quatro alternativas de traçado da linha de transmissão no percurso Manaus-Boa Vista. Os traçados de 1 a 3 passariam pela terra indígena, sendo que o traçado 1 seria pelo acostamento da BR-174, mas também pelas áreas das aldeias. No traçado 4, o maior em extensão, não passaria pelas aldeias, mas implicaria na abertura de uma nova estrada em área preservada na Amazônia (TRAJANO, 2016).

Na mesma carta, informou-se aos indígenas que se descartou completamente o traçado 4, diante dos graves danos ambientais, e que se considerou o traçado 1 como melhor trajeto, diante da já existente BR-174, que se mostra como um corredor de infraestrutura consolidada. Todavia, não se explicou os motivos pelos quais os traçados 2 e 3, que também passariam pelas áreas indígenas, foram descartados (TRAJANO, 2016).

Após recursos contra a sentença, e posicionamento do Tribunal Regional Federal favorável à continuidade do empreendimento, a FUNAI, o Ministério da Justiça e o Ministério de Minas e Energia se comprometeram em realizar a consulta prévia, respeitando, inclusive, o protocolo de consulta do povo Waimiri-Atroari (MPF, 2019).

Após o procedimento de consulta, mediante nova Ação Civil Pública proposta pelo MPF sob nº 1030014-50.2021.4.01.3200, suspendeu-se a Licença de Instalação nº 1400/2021, até que se obtenha o consenso e o acordo com o povo Waimiri-Atroari

acerca da proposta de compensação por ele apresentado.

Em sua decisão, afirmou a juíza que os danos gerados ao Kinja vão muito além de prejuízo patrimonial, incidindo em restrição de uso de recursos naturais e impactos irreversíveis (impossibilidade de ritualizar em alguns locais sagrados e destinados a cultura e tradição) (BRASIL, 2021c).

Diante disso, “se em alguma fase o povo indígena Waimiri-Atroari concordou com o empreendimento denominado Linhão, parte da concordância está contida na proposta expressa de compensação ambiental” (BRASIL, 2021c, p. 3), a qual, no caso concreto, parte é monetizado em R\$ 133.089.870,00 (cento e trinta e três milhões, oitenta e nove mil e oitocentos e setenta reais).

Considerando que o lucro líquido anual de 2020 da Amazonas Energia foi cerca de 500 (quinhentos) milhões de reais e o da Companhia Elétrica de Minas Gerais cerca de 2,87 (dois vírgula oitenta e sete) bilhões de reais, entendeu a magistrada que o valor pleiteado a título de reparação era passível de cumprimento (BRASIL, 2021c).

A controvérsia ainda continua existente, tendo em vista que a empresa responsável pelo pagamento disse publicamente que “é impossível fazer o pagamento do valor solicitado pela associação indígena” (BORGES, A., 2022).

Além do mais, alegou que a implantação de demais benfeitorias do acordo de compensação para as comunidades demanda cerca de seis meses de trabalho adicionais e três reuniões com os indígenas, as quais, todavia, não estariam ocorrendo porque se exigiu o pagamento integral da medida pecuniária (BORGES, A., 2022).

No STF, está pendente de julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5905, proposta pela ex-governadora do estado de Roraima. Nela, questiona-se a constitucionalidade do direito de consulta previsto na Convenção 169 da OIT em casos de obras de desenvolvimento de “interesse público”.

O pano de fundo da ação relaciona-se ao projeto da linha de transmissão do Linhão de Tucuruí e o “interesse público” decorreria do fato de que o estado de Roraima não está interligado ao restante do sistema energético do país. Alegou a governadora que exigir a consulta “atrasa” o desenvolvimento determinado pela Constituição Federal.

Nesse panorama, caberia ao STF retratar-se sobre o “ativismo judicial conservador” realizado no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e observar o dever de coerência com sua decisão mais recente a partir da Medida Cautelar da

ADPF nº 709 mencionada no primeiro capítulo da dissertação, e adotar o viés do diálogo intercultural para todas as questões envolvendo o direito dos povos indígenas, inclusive as que versam sobre projetos econômicos.

Assim, mediante o julgamento da ADPF nº 5905, o STF poderia interpretar a Constituição Federal pela hermenêutica intercultural, firmar as bases da interculturalidade no ordenamento brasileiro, e determinar a observância dos parâmetros internacionais sobre a consulta prévia, avançando na proteção dos povos nos mesmos moldes que a Corte Constitucional do Equador e o Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia.

Caberá, precipuamente, afastar a ideia de preponderância abstrata da concepção de “interesse público” enquanto interesse meramente econômico, firmando um precedente para as demais instituições do país de que os direitos dos povos indígenas são condicionantes e não obstáculos ao desenvolvimento no país.

Essa postura se torna de extrema urgência e importância, tendo em vista que de uma breve análise sobre o caso do Linhão de Tucuruí, à luz dos parâmetros de interculturalidade delineados na seção 3.3., constata-se que o diálogo intercultural foi violado em vários aspectos, tais como a) imposição de consentimento ao projeto do Linhão como condicionante para manutenção de programa Waimiri-Atroari, que já decorria de danos acumulados de violações anteriores; b) ausência de consulta prévia sobre o projeto e para o estudo de impacto socioambiental realizado pelo IBAMA; c) ausência de informação clara e acessível sobre o porquê não se adotou as rotas 2 e 3 dos traçados do empreendimento ou trajetos alternativos solicitados pelos indígenas; d) descon sideração, para a viabilidade do projeto, dos danos acumulados, sociais, existenciais e culturais para os Kinja; e e) resistência ao pagamento das reparações condicionadas pelo povo, enquanto justa medida equitativa pela restrição em seus territórios.

Assim sendo, nota-se que a ADPF nº 5905 é uma ótima oportunidade para o STF rever sua jurisprudência conservadora, ratificar a diretriz do diálogo intercultural, demonstrar cumprimento ao controle de convencionalidade e diminuir a desigualdade na promoção de direitos humanos no contexto latino-americano, realinhando a orientação do Estado brasileiro à sua fase revolucionária inaugurada com a Constituição Federal de 1988.

5 CONCLUSÃO

O objetivo geral da presente dissertação foi responder ao seguinte problema de pesquisa: Como o diálogo intercultural se relaciona com a realização de megaprojeto econômico em terra indígena dentro do ordenamento jurídico brasileiro?

A investigação foi pautada por um raciocínio predominantemente indutivo, no qual se objetivou traçar implicações gerais sobre os direitos e deveres decorrentes do diálogo intercultural e, na sequência, inseri-los dentro do contexto desenvolvimentista brasileiro.

Para guiar a pesquisa, foram definidas três perguntas norteadoras que ficaram assim definidas: Como o reconhecimento constitucional das pluralidades indígenas resulta na adoção do viés da interculturalidade no Direito brasileiro? Quais os parâmetros para um diálogo intercultural no contexto de megaprojetos econômicos em terras indígenas? Que implicações o diálogo intercultural traz para a questão sobre megaprojetos econômicos no ordenamento brasileiro?

Por meio delas, visou-se compreender, num primeiro momento, a base teórica que impõe ao Estado realizar um diálogo intercultural; num segundo momento, os direitos e deveres dele decorrentes para a promoção dos direitos indígenas no contexto de megaprojetos econômicos; e no momento final, de que modo inserir tais parâmetros alcançados dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Definiu-se três objetivos específicos relacionados a cada uma das perguntas norteadoras, sendo eles: 1 - Demonstrar que o reconhecimento das pluralidades indígenas introduz o viés da interculturalidade no Direito brasileiro; 2 – Estabelecer parâmetros para a realização de diálogo intercultural no tema megaprojetos econômicos em terras indígenas; e 3 – Inferir implicações da diretriz do diálogo intercultural para a questão de megaprojetos econômicos dentro do ordenamento brasileiro.

Aliado ao raciocínio predominantemente indutivo, adotou-se o método de pesquisa empírico. Procedeu-se à coleta de dados considerando o contexto histórico, social e de resistência dos povos, bem como no intuito de traçar abstrações generalizantes que pudessem ser utilizadas em outras pesquisas ou para reflexões complexas acerca dos deveres estatais e das políticas públicas que deveriam ser desenvolvidas na área estudada.

A coleta de dados foi realizada por meio de levantamento bibliográfico em

doutrina (livros, teses, dissertações e artigos científicos) e documentos (legislações, processos judiciais, relatórios de organismos internacionais de proteção de direitos humanos, jurisprudência brasileira, jurisprudência internacional da Corte IDH e jurisprudência internacional de direito comparado, especificamente nos países Equador e Bolívia).

A técnica de coleta dos dados bibliográficos foi a documentação indireta (fichamentos) e a análise crítico-comparativa foi realizada a partir de casos-exemplo e de grande repercussão: TIPINS (Bolívia) e Linhão de Tucuruí (Brasil).

Os procedimentos utilizados para realizar as observações e inferências apresentadas na seção 3.3 foram retiradas do site oficial da Corte IDH. Foram realizadas análises nos casos contenciosos referentes à violação do artigo 21 da CADH na perspectiva de direito coletivo de povos culturalmente diferenciados, especificamente os seguintes: Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua (2001); Comunidade Moiwana v. Suriname (2005); Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai (2005); Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai (2006); Povo Saramaka v. Suriname (2007); Comunidade Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai (2010); Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador (2012); Povo Indígena Kuna de Madungandí e Povo Indígena Emberá de Byano e seus Membros v. Panamá (2014); Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros v. Honduras (2015); Comunidade Garífuna de la Cruz e seus membros v. Honduras (2015); Povo Kaliña e Lokono v. Suriname (2015); Povo Indígena Xucuru e seus membros v. Brasil (2018) e Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina (2020).

Os resultados alcançados foram confrontados com o “Cuardenillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 11: Pueblos indígenas y tribales”, com a OC-23/17 e com os relatórios da CIDH denominados “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo” (2015), “Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía” (2019) e “Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales” (2021), momento em que se buscou por revalidação dos dados coletados.

Na seção 2, inseriu-se o Brasil nos temas do novo constitucionalismo latino-americano, do pluralismo jurídico, do decolonialismo e da interculturalidade.

Entendeu-se pertinente fazer o levantamento desse referencial teórico e associá-lo à diretriz do diálogo intercultural, tendo em vista que, no Brasil, não há uma norma constitucional expressa que remeta a esse termo ou a “interculturalidade”.

Ela foi adotada pelo STF na Medida Cautelar em ADPF nº 709 e por meio da Resolução nº 230/2021 do CNMP, como dever implícito decorrente dos tratados internacionais de proteção aos povos indígenas e do imperativo constitucional que lhes reconheceu como sujeitos de direito diferenciados.

Nesse sentido, demonstrou-se que o reconhecimento das pluralidades indígenas permitiu inserir o Brasil no horizonte pluralista do novo constitucionalismo latino-americano, cujas bases teóricas se alinham ao elemento decolonial na tentativa de fazer valer um constitucionalismo mais legítimo, democrático e localizado ao lado dos sujeitos historicamente invisibilizados.

Além disso, mostrou-se que o reconhecimento das pluralidades desafia o Direito enquanto instituição pensada para ser estabilizadora dos sentidos do Estado monista, o qual se vê sem bases fixadas quando demandado a promover direitos pautados na interculturalidade.

Na seção 3, investigou-se se era possível estabelecer parâmetros para auxiliar no desafio jurídico de aplicar o diálogo intercultural em todas as questões sobre os direitos dos povos indígenas.

Iniciou-se demonstrando as bases doutrinárias sobre a interculturalidade, segundo as quais decorrem do reconhecimento de que existem outras culturas e de que a nossa própria cultura possui limitações. O diálogo intercultural, por sua vez, não pode ser fixado teoricamente e mostra-se como uma atitude genuína em se descobrir, no caso concreto, como harmonizar os valores e as cosmovisões casuisticamente identificados.

Na sequência, demonstrou-se que para essa diretriz do diálogo intercultural ser posta em prática, deve-se dar especial conteúdo para o direito coletivo de autodeterminação e para o instrumento jurídico de sua promoção, a consulta prévia. Nesse sentido, quando forem consultados, a autodeterminação intercultural permite que os povos não só participem, mas também influenciem na tomada de decisões sobre seu futuro.

A consulta prévia, por sua vez, deve ter forte conteúdo material e ser compreendida sob a lógica comunicacional do dissenso e da acomodação de vieses, ao invés de se insistir em questões referentes ao direito de veto ou de consentimento,

que acaba por propagar a concepção de que ela atrasa os empreendimentos.

Ao se sistematizar a interpretação da Corte IDH sobre os direitos territoriais indígenas, vinculados ao artigo 21 da CADH, verificou-se que há diversos direitos e deveres a serem cumpridos pelos Estados e que são compatíveis com a lógica da interculturalidade e do diálogo intercultural.

Nesse sentido, identificou-se uma sequência lógica de salvaguardas a serem cumpridas para dar validade não só ao diálogo intercultural no contexto de projetos econômicos, mas também ao controle de convencionalidade no ordenamento interno, as quais foram indicadas especificamente na seção 3.3. Elas podem ser sistematizadas da seguinte maneira:

a) a intervenção no território indígena até é possível, à luz da CADH, mas de modo excepcional;

b) deve-se ter uma justificativa de interesse social coletivo imperativo, prevista em lei, que se mostre proporcional e estritamente necessária para preponderar no caso concreto, e que corresponda a um objetivo legítimo numa sociedade democrática, com interferência na menor medida possível no território indígena;

c) para aferir se o interesse público se mostra proporcional, deve-se tomar em consideração se os recursos naturais afetados são utilizados pelas comunidades de modo tradicional ou para subsistência; se haverá a denegação da identidade cultural da comunidade; ou se haverá risco para subsistência dos povos;

d) no caso de a justificativa de intervenção preencher os requisitos, deve-se aplicar três salvaguardas específicas aos povos indígenas e que demandam três deveres aos Estados: 1 – realizar consulta prévia; 2 – realizar um estudo de impacto socioambiental em casos de danos significativos; e 3 – repartir os benefícios econômicos ou pagar justa indenização pela intervenção em seu território.

d.1.) sobre a consulta prévia:

d.1.1) tem que ser prévia, ainda na fase de elaboração ou planejamento do projeto e garantida em todas as suas fases (planejamento, estudo de impacto, definição de implementação e definição das compensações ou das repartições de benefícios);

d.1.2) tem que ser livre, informada e de boa-fé, de modo a permitir aos indígenas o conhecimento não só dos benefícios da atividade econômica, mas também de todos seus riscos, para que, então, possam fazer uma livre e adequada avaliação sobre o projeto e garantido seu direito de influenciar

na tomada de decisão, sem qualquer forma de pressão ou cooptação para consentimento forçado;

d.1.3) tem que ser com vistas à obtenção de um acordo, o que tem forte relação com a possibilidade de influenciar na tomada de decisões, no sentido de conformar os pontos de vista em conflito;

d.1.4) tem que ser acessível e culturalmente adequada, isto é, realizada mediante seus procedimentos e seus representantes, bem como permitir que medidas de reparação e de compensação também sejam culturalmente conformadas;

d.1.5) em relação à vinculatividade, a exigência de consentimento varia a depender de quanto mais grave o nível de impacto, o qual deve ser aferido caso a caso;

d.2) sobre o dever de repartição de benefícios, possui natureza jurídica de indenização pela privação do território ou pela privação do seu uso regular ou dos recursos naturais utilizados para sua subsistência, a qual deve ser fixada por meio do critério de equidade, o que não prejudica os demais tipos de obrigações compensatórias culturalmente adequadas e definidas com os povos;

d.3) sobre o estudo de impacto socioambiental:

d.3.1.) deve ser realizado mediante participação dos povos, alinhado à consulta prévia, e respeitadas as tradições culturais no momento de sua realização e de informação dos resultados;

d.3.2) por meio dele, deve-se possibilitar aos povos a obtenção das informações adequadas sobre os riscos e os danos do empreendimento, sejam físicos, culturais, potenciais ou acumulativos (de outros projetos já existentes ou dos demais empreendimentos que serão construídos em conjunto);

d.3.3) deve estar alinhado aos deveres estatais decorrentes das normas de proteção ao meio ambiente;

e) em caso de judicialização do conflito, há garantias processuais que devem ser respeitadas, sendo elas:

e.1.) os povos devem ser considerados grupos de especial vulnerabilidade;

e.2.) o ônus da prova é do Estado para comprovar que o empreendimento é estritamente necessário e sua justificativa proporcional, bem como que

foram preenchidos todos os requisitos da consulta;

e.3) a lógica convencional de intervenção não é a de abstratizar o interesse público e nem de colocá-lo em condição de preponderância, mas de questionar se é realmente proporcional e necessário, haja vista que a regra é a de não intervenção do território. Permite-se questionar se, em prol dos direitos mais básicos dos povos (dignidade humana e existência), deve ser impedido o empreendimento – uma espécie de veto judicial;

f) somente após preenchidos os requisitos anteriores, é que se passaria a realizar um teste de proporcionalidade da colisão de direitos envolvidos, conduta esta atribuída às autoridades públicas no exercício do controle de convencionalidade.

Sistematizados os direitos e deveres decorrentes da interpretação da Corte IDH, constatou-se que eles são compatíveis com o exercício da interculturalidade e do diálogo intercultural, sobretudo porque aquele Tribunal preocupou-se em (i) atribuir significado cultural para compreensão do direito de propriedade; (ii) estabelecer balizas em que os povos tenham possibilidade de influenciar no exercício do direito de participação; (iii) não realizar um juízo pré-determinado sobre a ponderação do conflito de interesses, determinando, na verdade, que seja realizado no caso concreto, à luz das informações e das peculiaridades constatáveis a partir do estudo de impacto socioambiental e do resultado da consulta prévia.

Observou-se, ainda, que a CIDH estabelece parâmetros ainda mais progressistas que a Corte IDH em específicos pontos. Nesse sentido, a CIDH define parâmetros para se aferir quando um empreendimento é em grande escala e ressalta que o consentimento também é exigido em casos de deslocamento ou reassentamento forçado, armazenamento de materiais perigosos ou em algumas atividades militares sem justificativa de interesse público imperativo.

Além disso, a CIDH defende que, para além de uma justa indenização equitativa, a salvaguarda de repartição de benefícios também tem que ter um viés emancipatório de melhorar as condições de vida dos povos afetados, assim como que cabe ao Estado o ônus de provar que tentou fazer adaptação no projeto, a fim de conformar os interesses em conflito (dever de acomodação).

Ao final da seção 3, especificamente na 3.4, levantou-se questões pertinentes às implicações da interculturalidade para a argumentação jurídica, especificamente para reflexões acerca da utilização dos postulados clássicos de proporcionalidade e razoabilidade em eventual solução de conflitos.

Na seção 4, apresentou-se um contexto histórico e atual sobre graves violações de direitos humanos de povos indígenas no Brasil, e realizou-se três análises comparativas com os parâmetros da Corte IDH delineados no capítulo anterior, momento em que se constatou que:

1 - A interpretação conferida pelo STF ao artigo 231 da Constituição Federal no julgamento da Petição nº 3388 (caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol) não é em seu todo convencional, pois estabeleceu salvaguardas a favor do Estado e não dos povos indígenas, e hipóteses em que não seria necessário respeitar o direito de consulta prévia;

2 – A Bolívia violou garantias do diálogo intercultural na implementação do projeto da construção da estrada Villa Turaní por meio do TIPNIS;

3 – O Brasil violou garantias do diálogo intercultural na implementação do projeto de passagem da linha de transmissão Linhão de Tucuruí por meio do território dos Waimiri-Atroari.

Ao final da seção 3.4, defendeu-se que o STF, por meio do julgamento da ADPF nº 5905, tem a chance de repensar sua jurisprudência firmada no julgamento da Petição nº 3388 (caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol) e de confirmar seu atual entendimento após a ADPF nº 709: a de aplicação da diretriz do diálogo intercultural para as questões que envolvem os direitos dos povos indígenas, mas desta vez em casos de megaprojetos econômicos.

Diante de tudo exposto, concluiu-se que a pesquisa alcançou seu objetivo geral e todos os seus objetivos específicos, restando demonstrado que o diálogo intercultural traz implicações de direitos e deveres concretos para casos de implementação de megaprojetos econômicos no ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALTERIO, A. M. **Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch. 2020.

ANJOS FILHO, R. N. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANTUNES, P. B. **A convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ARAÚJO JÚNIOR, J. J. **Direitos territoriais indígenas: Uma Interpretação Intercultural**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

ASSIS, F. J. S.; VIEIRA, J. R. Do neoconstitucionalismo ao novo constitucionalismo latino-americano: um processo de luta das minorias. *In*: SOUSA, A. C.; LEGALE, S.; CYRILLO, C. (org.) **Constitucionalismo latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020. p. 18-46.

ATTARD BELLIDO, M. E. A. Entre la diosa Themis y Mama Ocllo: la propuesta de argumentación jurídica plural desde la filosofía intercultural andina de la Chakana. **Diálogos de saberes**, Bogotá, n. 50, p. 79-100, 2019. Disponível em: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/5553>. Acesso em: 13 fev. 2022.

ATTARD BELLIDO, M. E. A. Repensando los diálogos inter-jurisdiccionales desde el Abya Yala: La construcción plural de los derechos en un contexto multinivel. *In*: ACOSTA LÓPEZ, J. I.; ACOSTA ALVARADO, P. A.; RIVAS RAMÍREZ, D. **De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica**. Bogotá: Universidad de la Sabana: Universidad Externado de Colombia: Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, 2017. p. 269-298. Disponível em: <https://carlosesposito.files.wordpress.com/2017/11/de-anacronismos-y-vaticinios-fn.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BALDI, C. A. Comunidades negras e novo constitucionalismo: pluralismo jurídico, territorialidade e buen vivir. *In*: VAL, E. M.; BELLO, E. (orgs.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latinoamericano**. Caxias do Sul: Educus, 2014. p. 26-50. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/pensamento_pos.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

BALDI, C. A. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Considerações Conceituais e Discussões Epistemológicas. *In*: WOLKMER, A. C.; CORREAS, O. (orgs.). **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 90-107. Disponível em: <http://www.nepe.ufsc.br/files/2013/12/Crica-Juridica-na-America-Latina.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BALLESTRIN, L. América Latina e o giro decolonial. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, DF, n. 11, p. 89-117, jul. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/DxkN3kQ3XdYYPbwwXH55jhw/?lang=pt>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BANCO MUNDIAL. Annex 1. Operational Manual Statement 2.34: Tribal People in Bank-Financed Projects (1982). In: OPCS Working Paper 64757: **Implementation of the World Bank's Indigenous Peoples Policy**. A Learning Review (FY 2006-2008), 2011. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/fr/427941468163488772/text/647570WPOBox360s0review0august02011.txt>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BANIWA, G. Autonomia indígena no Brasil: desafios e possibilidades. In: DUPRAT, D. (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. p. 117-138.

BANIWA, G. S. L. **O Índio Brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

BARBOSA, M. L.; TEIXEIRA, J. P. A. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p.1113-1142, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/PWTwbjGs7jQqjGRV7kP44sf/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BARRETO, V. P.; BRAGATO, F. F. Aporias da fundamentação convencional dos direitos humanos e os caminhos da interculturalidade. **Joaçaba**, [Pinhalzinho, SC], v. 18, n. 1, p. 15-30, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8610>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BERCOVICI, G. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BOLÍVIA. **Informe Final del proceso de Consulta Previa, Libre e Informada a los pueblos Moxeño-Trinitario, Yuracaré y Chimane del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS)**. [S. L.]: Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda; Ministerio de Medio Ambiente y Agua, 2012a. Disponível em: <https://tipnisboliviaorg.files.wordpress.com/2018/11/inf-consu-min-00047-2012.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BOLÍVIA. **Ley nº 180, de 24 de octubre de 2011.** Ley de Protección del Território y Parque Nacional Isiboro Sécore – TIPNIS. [La Paz]: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2011. Disponível em: <http://www.tipnisesvida.net/Ley180.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BOLÍVIA. **Ley nº 222, de 10 de febrero de 2012.** Ley de consulta a los Pueblos Indígenas del Território y Parque Nacional Isiboro Sécore – TIPNIS. [La Paz]: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2012b. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/90419/104219/F1680548618/BOL_90419.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional (Sala Plena). Acción de inconstitucionalidade abstracta. **Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012.** Demandantes: Miguel Ángel Ruíz Morales, Zonia Guardia Melgar, Fabián II Yaksic Feraudy y Miriam Marcela Revollo Quiroga. Relatora: Mirtha Camacho Quiroga, 18 de junho de 2012b. Disponível em: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=117>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional (Sala Tercera). Acción de amparo constitucional. **Sentencia Constitucional Plurinacional 0212/2013.** Demandante: Fernando Vargas Mosua. Demandados: Arturo Vladimir Sánchez Escobar, Ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda; Felipe Quispe Quenta, Ministro de Medio Ambiente y Agua; Luis Alberto Arce Catacora, Ministro de Economía y Finanzas Públicas; Amanda Dávila Tórres, Ministra de Comunicación; Lilly Gabriela Montaña Viaña, y Rebeca Elvira Delgado Burgoa, Presidentas de las Cámaras de Senadores y Diputados respectivamente, de la Asamblea Legislativa Plurinacional; y Wilfredo Ovando Rojas, Presidente; Wilma Velasco Aguilar, Vicepresidenta; Irineo Valentín Zuna Ramírez, Ramiro Paredes Zárate, Fanny Rosario Rivas Rojas, Marco Daniel Ayala Soria y Agustina Dina Chuquimia Alvarado. Magistrada Relatora: Dra. Neldy Virginia Andrade Martínez, 5 de marzo de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=11046>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BORGES, A. Dona de Linhão de Tucuruí, na Amazônia, diz que 'é impossível' indenizar indígenas por impacto. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 4 fev. 2022. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,dona-de-linhao-de-tucuru-i-na-amazonia-diz-que-e-impossivel-indenizar-indigenas-por-impacto,70003969651>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BORGES, M. B. M. A. **Diálogo Democrático no Novo Constitucionalismo Boliviano:** Uma Análise Intercultural da Jurisdição Indígena Originária Campesina e do Tribunal Constitucional Plurinacional. 2017. 139 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

BRAGATO, F. F.; CASTILHO, N. M. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. *In:* VAL, E. M.; BELLO, E (org.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latinoamericano.** Caxias do Sul, RS: Educus, 2014. p.11-25. Recurso eletrônico. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/pensamento_pos.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 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. Anexo LXXII Convenção n. 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, [Brasília], 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966**. Promulga a Convenção nº 107 sobre as populações indígenas e tribais. Revogado pelo Decreto nº 10.088, de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58824.html. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, [1992c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990**. Define os percentuais da distribuição da compensação financeira de que trata a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8001.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Portaria Conjunta nº 4.094, de 20 de dezembro de 2018**. Define princípios,

diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato. Brasília, DF: Ministério da Saúde, Fundação Nacional do Índio, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57220459#:~:text=e%20SESAI%2FMS.-.Art.,Isolados%20e%20de%20Recente%20Contato. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Projeto de Decreto Legislativo nº 177/2021**. Autorização ao Presidente da República para denunciar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, e internalizada pelo Decreto 5.051, de 19 de Abril de 2004. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279486>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 191/2020**. Regulamenta o § 1º do art. 176 e o § 3º do art. 231 da Constituição para estabelecer as condições específicas para a realização da pesquisa e da lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e para o aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica em terras indígenas e institui a indenização pela restrição do usufruto de terras indígenas. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236765>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Relatório Textos Temáticos vol. II**. Texto 5: Violações de direitos humanos dos povos indígenas. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. p. 203-262. Disponível: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 230, de 8 de junho de 2021**. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2021b. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resoluo-n-230-2021.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019**. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019b. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1704452/SC**. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONVENÇÃO N. 169/OIT.CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NORMA SUPRALEGAL. COMPETÊNCIA. ZONA DE PENUMBRA. CONSULTA PRÉVIA. MOMENTO PRECISO. TERRA INDÍGENA. NATUREZA INCERTA. SÚMULA 7/STJ. RESOLUÇÃO CONAMA. DECRETOS FEDERAIS. NORMA INFRALEGAL. SÚMULA 284/STF. FUNAI. INTERVENÇÃO. OBRIGATORIEDADE. MERA TRANSCRIÇÃO DAS RAZÕES DO ESPECIAL. DIALETICIDADE. AUSÊNCIA. SÚMULA 182/STJ. Relator: Ministro Og Fernandes, 10 de março de 2020b. Disponível

em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702708531&dt_publicacao=19/03/2020. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 709 MC**. Direitos fundamentais. Povos Indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde face à pandemia da COVID-19. Cautelares parcialmente deferidas. Relator: Roberto Barroso, 05 de agosto de 2020c. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>.

Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração na Petição 3388/RR**. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. Relator: Roberto Barroso, 23 de outubro de 2013. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>.

Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Petição 3388/RR**. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. Relator: Carlos Britto, 19 de março de 2009. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>.

Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 466.343**. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Relator: Cezar Peluso, 03 dezembro de 2008. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>.

Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL.Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. **Sentença**. Processo nº 0018032-66.2015.4.01.3200. 3ª Vara Cível. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Fundação Nacional do Índio - Funai, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, Transnorte Energia S/A e União Federal. Juiz Prolator: Ricardo A. de Sales, 14 de novembro de 2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/abrir.php?tipo=fs&nome=5336dc265cb4b4e52c4dfb03b501d569.pdf&size=245648>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL.Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. **Sentença**. Processo nº 1030014-50.2021.4.01.3200. 1ª Vara Cível. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: União Federal, Fundação Nacional do Índio – Funai, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama e Transnorte Energia S/A. Juíza Prolatora: Jaiza Maria Pinto Fraxe, 17 de dezembro de 2021c. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/decisao-liminar-linhao-compensacao-waimiri>. Acesso em: 13 fev. 2022.

CESAIRE, A. Discurso sobre el colonialismo. Traducción de Mara Viveros Vigoya. In: CESAIRE, A. **Discurso sobre el colonialismo**. Madrid: Ediciones Akal, 2006. p. 13-43 Disponível em: https://enriquedussel.com/txt/Textos_200_Obras/Filosofia_liberacion/Discurso_colonialismo-Aime_Cesaire.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

CIDH. **Informe de Admissibilidad n. 113/20**. Petición 211-12.64 Comunidades de los Pueblos Mojeño, Yuracaré y Tsimane (Bolivia). [Washington]: OAS. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 123, 2020. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2020/boad211-12es.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

CIDH. **Informe de Fondo n. 152/19**. Caso 12.979. Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane (En Aislamiento Voluntario) (Ecuador). [Washington]: OAS. OEA/Ser.L/V/II.173 Doc. 167, 2019a. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2020/EC_12.979_ES.PDF. Acesso em: 13 fev. 2022.

CIDH. **Informe Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales**: Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 28 de diciembre de 2021. [Washington]: OAS documentos oficiales: OEA/Ser.L/V/II. Doc.413/21, 2021a. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2022.

CIDH. **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales**: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. [Washington]: OAS: documentos oficiales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15. 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriasextractivas2016.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

CIDH. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. [Washington]: OAS documentos oficiales: OEA/Ser.L/V/II. Doc.9/21, 2021b. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

CIDH. **Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía**. [Washington]: OAS: documentos oficiales. OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176, 2019b. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

COLLINS, P.; BILGE, S. **Interseccionalidade**. Tradução de Rane Souza. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

CORTE IDH. **Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

CORTE IDH. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

CORTE IDH. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

CORTE IDH. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

CORTE IDH. **Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

CORTE IDH. **Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam**. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

fev. 2022.

CORTE IDH. **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

CORTE IDH. **Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

CORTE IDH. **Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

CORTE IDH. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 11: Pueblos indígenas y tribales**. San José da Costa Rica: Corte IDH, 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia**. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana sobre derechos humanos). 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

DANTAS, F. A. C. A “cidadania ativa” como novo conceito para reger as relações dialógicas entre as sociedades indígenas e o Estado Multicultural Brasileiro. **Hiléia - Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, ano 2, n. 2, p. 215-229, 2004.

DANTAS, F. A. C. El nuevo constitucionalismo latinoamericano como una propuesta jurídica decolonial. In: JULIO-CAMPUZANO, A. (ed.) **Constitucionalismo: Un modelo jurídico para la sociedad global**. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 377-394.

DAVIS, S. H. **Vítimas do Milagre: O Desenvolvimento e os Índios do Brasil**. Tradução de Jorge Alexandre Faure Pontual. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

DUPRAT, D. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: DUPRAT, D. (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. p. 53-78.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro. A origem do mito da modernidade: Conferências de Frankfurt**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993. Disponível em:

<https://enriquedussel.com/txt/Textos Libros/45.1492 O encobramento do outro.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Boitempo, 2019.

EPSTEIN, L.; KING, G. **Pesquisa empírica em Direito**: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013. ISBN 978-85-64678-10-1 [livro eletrônico]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>. Acesso em: 13 fev. 2022.

EQUADOR. [Constituição (2008)]. **Constitución de la República del Ecuador de 2008**. [S. l.]: Poder Legislativo, 2008. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

EQUADOR. Corte Constitucional del Ecuador (Pleno). Acción Pública de Inconstitucionalidad. **Sentencia nº 28-19-IN/22**. En la presente sentencia, la Corte analiza la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo nº. 751, en virtud del cual se amplía la zona intangible Tagaeri Taromenane y se reduce el área de explotación petrolera en el Parque Nacional Yasuní. Luego del análisis correspondiente la Corte declara la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 y la inconstitucionalidad por la forma de los artículos 3-9 del Decreto. Demandantes: Carmen Marisol Rodriguez Perez, Ivette Rossana Vallejo Real, Silvana Del Carmen Murgueytio Jeria, Nathalia Bonilla Cueva y Maria Liliana Cristina Solis Chiriboga. Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo, 19 de enero de 2022. Disponível em: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBIIdGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic3MTc1MzAzNi0yYTgzLTQzNTU0ODcxYy1kYmNhZjhjMDMyZGEucGRmJ30=. Acesso em: 13 fev. 2022.

FAJARDO, R. Z. Y. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (org.). **Povos indígenas, Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioambientais – Inesc, 2009. p. 9-62.

FAJARDO, R. Z. Y. El horizonte del constitucionalismo pluralista del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, C. R. (coord.). **El derecho en América Latina**: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p.139-159. Disponível em: http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.8.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

FAJARDO, R. Z. Y. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO, M. (coord.). **Pueblos indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. p. 537-567. Disponível em: <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

FAJARDO, R. Z. Y. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del

constitucionalismo pluralista. *In*: AHRENS, H. (comp.). **El Estado de derecho hoy en América Latina**: libro en homenaje a Horst Schönbohm. Mexico: Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 171-193. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3740/15.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

FERRAZ JUNIOR, T. S.; BORGES, G. R. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, Brasil, 2020.

FONSÊCA, V. **Processo civil e direitos humanos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO. **Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina**: Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. Washington: Oxfam, 2015. Disponível em: https://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

GARGARELLA, R. COURTIS, C. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano**: promesas e interrogantes. Santiago de Chile: Cepal, 2009. Disponível em: <http://www.oda-alc.org/documentos/1362510955.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

GARGARELLA, R. **La sala de máquinas de la Constitución**: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). 1. ed. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

GARGARELLA, R. Sobre el “Nuevo constitucionalismo latinoamericano”. **Rev. Urug. Cienc. Polít.**, Montevideo, v. 27, n. 1, p. 109-129, jun. 2018.

GOMES, N. C. *et al.* Neoconstitucionalismo, hermenêutica e pós positivismo: uma crítica a partir da teoria estruturante do direito. *In*: X SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2012, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: ABDConst., 2013. p. 111-131. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

GRIJALVA, A. El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008. **Ecuador Debate**, Quito, n. 75, p. 49-62, 2008. Disponível em: <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/4170/1/RFLACSO-ED75-04-Grijalva.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

GROSGOQUEL, R. Actualidad del pensamiento de Cesaire: redefinición del sistema-mundo y producción de utopia desde la diferencia colonial. *In*: CESAIRE, A. **Discurso sobre el colonialismo**. Madrid: Ediciones Akal, 2006. p. 147-172. Disponível em: https://enriquedussel.com/txt/Textos_200_Obras/Filosofia_liberacion/Discurso_colonialismo-Aime_Cesaire.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

GROSGOQUEL, R. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. Tradução de Inês Martins Ferreira. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Coimbra], n. 80, p. 15-147, 2008. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/697>.

Acesso em: 13 fev. 2022.

HEEMANN, T. A. Por uma releitura do direito dos povos indígenas: do integracionismo ao interculturalismo. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, v. 109, n. 1, p. 1-14, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/164>. Acesso em: 13 fev. 2022.

HOFFMANN, M. B. **Fronteiras étnicas, fronteiras de Estado e imaginação da nação**: um estudo sobre a cooperação internacional norueguesa junto aos povos indígenas. Rio de Janeiro: E-papers: Museu Nacional, 2009. Disponível em: http://www.e-papers.com.br/produtos.asp?codigo_produto=1784. Acesso em: 13 fev. 2022.

IGREJA, R. L. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. *In*: MACHADO, M. R. (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 275-320. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

LLASAG FERNÁNDEZ, R. **Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes**. Plurinacionalidad desde abajo y plurinacionalidad desde arriba. Quito: Huaponi Ediciones, 2018. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/36285>. Acesso em: 13 fev. 2022.

LORA, G. J. Carretera cueste lo que cueste. **Pulso**, [S.l.], 23 maio 2010. Disponível em: <http://www.tipnisesvida.net/tipnisdocu/jordan.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

MACHADO, M. R. O estudo de caso na pesquisa em direito. *In*: MACHADO, M. R. (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 357-390. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

MALDONADO-TORRES, N. A topologia do ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, [Coimbra], n. 80, p. 71-114, 2008.

MARÉS, C. F. A força vinculante do protocolo de consulta. *In*: GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo: CEPEDIS, 2019. p. 19-45. Disponível em: <https://rosalux.org.br/product/protocolos-de-consulta-previa-e-o-direito-a-livre-determinacao/>. Acesso em: 13 fev. 2022.

MARÉS, C. F. Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 16-47, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/43751>. Acesso em: 13 fev. 2022.

MARÉS, C. F. **O Renascer dos povos indígenas para o Direito**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

MEDICI, A. Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismo de la Constitución. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. **Gaceta Constitucional**, [S.l.], n. 48, p. 329-348, 2011. Disponível em: [https://www.academia.edu/11845710/Teoria constitucional y giro decolonial narrativas y simbolismo de la constitucion](https://www.academia.edu/11845710/Teoria_constitucional_y_giro_decolonial_narrativas_y_simbolismo_de_la_constitucion). Acesso em: 13 fev. 2022.

MIGNOLO, W. D. A Geopolítica do Conhecimento e a Diferença Colonial. **Revista Lusófona de Educação**, [Lisboa], n. 48, p. 187-224, 2020. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rleducacao/article/view/7324>. Acesso em: 13 fev. 2022.

MIGNOLO, W. D. El giro gnoseológico decolonial: la contribución de Aime Cesaire a la geopolítica y la corpo-política del conocimiento. *In*: CESAIRE, A. **Discurso sobre el colonialismo**. Madrid: Ediciones Akal, 2006. p. 197-221. Disponível em: https://enriquedussel.com/txt/Textos_200_Obras/Filosofia_liberacion/Discurso_colonialismo-Aime_Cesaire.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

MIGNOLO, W. D. **Historias Locais/Projeto Globais** - Colonialidade, Saberes Subalternos. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2003.

MIGNOLO, W. D. Part Two - The Decolonial Option. *In*: MIGNOLO, W. D.; WALSH, E. W. **On decoloniality: concepts, analytics, praxis**. Durham: Duke University Press, 2018. p. 103-244.

MPF. Governo federal e Funai se comprometem a cumprir protocolo de consulta dos waimiri atroari em obra do Linhão. **Jusbrasil**. [S. l.], 2019. Disponível em: <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/757818184/mpf-governo-federal-e-funai-se-comprometem-a-cumprir-protocolo-de-consulta-dos-waimiri-atroari-em-obra-do-linhao?ref=serp>. Acesso em: 13 fev. 2022.

NASCIMENTO, L. F. M.; NOGUEIRA, C. B. C. A consulta aos povos indígenas e o equilíbrio do poder simbólico entre as perspectivas envolvidas. **Revista Direito e Práxis**, [Rio de Janeiro], 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50145>. Acesso em: 13 fev. 2022.

NEVES, M. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NOGUEIRA, C. B. C. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. 2016. 226 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016.

NOGUEIRA, C. B. C. Consulta prévia, livre, informada e vinculante: para além da participação democrática, descolonização. **Empório do Direito**. Coluna Empório Descolonial. Coordenador Marcio Berclaz [S. l.], 16 set. 2019. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/consulta-previa-livre-informada-e-vinculante-para-alem-da-participacao-democratica-descolonizacao>. Acesso em: 13 fev. 2022.

OEA. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Santo Domingo, Dominican Republic: Organization of American States (General Assembly),

2016. 46th Regular Session. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

OLIVEIRA FILHO, J. P. Contexto e horizonte ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. 1983. In: SANTOS, S. C. (org). **As sociedades indígenas e o direito**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985. p. 17-30.

OLIVEIRA, F. C. S.; STRECK, L. L. O novo constitucionalismo latino-americano: reflexões sobre a possibilidade de construção de um direito constitucional comum. In: MORAES, G. O. *et al* (org.). **Para além das fronteiras: o tratamento jurídico das águas na Unasul – Parte II**. Itajaí: Univali, 2012, v. 3. p. 9-40. Recurso eletrônico. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20PARA%20AL%C3%89M%20DAS%20FRONTEIRAS%20O%20TRATAMENTO%20JUR%C3%8DDICO%20DAS%20%C3%81GUAS%20NA%20UNASUL%20%E2%80%93%20PARTE%20II.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

ONU. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. **Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya**. [Genebra]: ONU: Doc. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009. Disponível em: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A%2FHRC%2F12%2F34. Acesso em: 13 fev. 2022.

ONU. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. **Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya**. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. [Genebra]: ONU: A/HRC/24/41. 1 de julio de 2013. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10177.pdf>. Acesso: 13 fev. 2022.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

PALOMINO, M. A. H. **Los trabajos preparatorios del Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes a los 25 años de su adopción**. Lima: Fundação Konrad Adenauer, 2015.

PANIKKAR, R. Decálogo: cultura e interculturalidad. **Cuadernos Interculturales**, Universidad de Playa Ancha Viña del Mar, Chile, vol. 4, n. 6, p. 129-130, 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/552/55200607.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

PANIKKAR, R. **Pace e Interculturalita**: Una riflessione filosofica. A cura di Milena Carrara Pavan. Milano: Editoriale Jaca Book, 2002.

PASTOR, R. V.; DALMAU, R. M. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v.9, n. 2, p. 333-349, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6079>. Acesso em: 13 fev. 2022.

PASTOR, R. V.; DALMAU, R. M. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, Puebla, n. 25, p.7-29, 2010. Disponível em: <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/214>. Acesso em: 13 fev. 2022.

PEREIRA, M. A. G.; FERREIRA, M. A. S. Ainda Invisíveis? Eleições 2018 e a Questão Indígena no Twitter. **Revista Sul-Americana de Ciência Política**, [Pelotas], v. 4, n. 2, p. 213-228, 2018.

PERUZZO, P. P. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, [Rio de Janeiro], v. 8, n. 4, p. 2708-2740, dez. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/24631>. Acesso em: 13 fev. 2022.

POZZOLO, S. Un constitucionalismo ambíguo. Traducción al castellano por Miguel Carbonell. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, [Cidade do México], n. 238, 2002, p. 139-161.

QUIJANO, A. Colonialidade do Poder e Classificação Social. *In*: SOUSA SANTOS, B.; MENESES, M. P. (org.) **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina. SA, 2009. p. 73-117. Disponível em: <https://ayalaboratorio.files.wordpress.com/2017/09/quijano-anibal-colonialidade-do-poder-e-classificac3a7c3a3o-social.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, E. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2005. p. 117-142. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

QUIJANO, A. Globalización, colonialidade y democracia. *In*: GUAL, P. (org.). **Tendencias básicas de nuestra época: globalización y democracia**. Caracas: Instituto de Altos Estudios Diplomáticos, 2001. p. 25-28. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/veiculos_de_comunicacao/NOR/NOR0237/NOR0237_02.PDF. Acesso em: 13 fev. 2022.

RODRÍGUEZ, G. A. **De la consulta prévia al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia**. Bogotá: Universidad del Rosario: GIZ Cooperación Alemania, 2014.

SANTOS, B. S. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 7-34, jan./jun. 2001. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF. Acesso em: 13 fev. 2022.

SANTOS, B. S. **Refundación del Estado em América Latina**. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad: Programa Democracia y Transformación Global, 2010. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

SARMENTO, D. Prefácio. *In*: ARAUJO JUNIOR, J. J. **Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

SEGATO, R. L. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Revista MANA**, [Rio de Janeiro], v. 12, n. 1, p. 207-236, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/tRYDbBv8ZQf9SJmpvSywtjb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 fev. 2022.

SILVA, Jamilly. I. B. **Protocolo autônomo de consulta do povo indígena Krenak: uma releitura de(s)colonial e intercultural da Constituição de 1988**. 2020. 166 f. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2020.

SILVA, José. A. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA LIMA, A. C. Povos indígenas no Brasil contemporâneo: De tutelados a “organizados”. *In*: SOUSA, C. N. I.; ALMEIDA, F. V. R.; LIMA, A. C. S.; MATOS, M. H. **Povos indígenas: Projetos e desenvolvimento II**. Brasília: Paralelo 15, Rio de Janeiro: Laced, 2010. p. 15-50.

TOSI, G.; FERREIRA, L. F. G. (org.). **Brasil, violação dos direitos humanos – Tribunal Russel II**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

TRAJANO, A. Waimiri Atroari não autorizam linhão de Tucuruí em suas terras. **CIMI**. [S.l.], 12 jan. 2016. Disponível em: <https://cimi.org.br/2016/01/38088/>. Acesso em: 13 fev. 2022.

TRIBUNAL INTERNACIONAL POR LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA. **Sentencia final Caso del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (Tipnis)**. 15 maio 2019. Disponível em: <https://tipnisbolivia.org.files.wordpress.com/2019/05/sentencia-tipnis-espanol-version-final.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

UPRIMNY, R. Las transformaciones constitucionales recientes em América Latina: tendencias y desafíos. *In*: GARAVITO, C. R. (org.). **El derecho em América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 109-139. Disponível em: http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.8.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

VIEIRA, L. R.; TUMA, E. F. B. Análise da (in) eficácia do direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Curitiba, v. 2, n.2, p. 21-40, jul./dez. 2016.

WALSH, C. E. Part One – Decoloniality in/as Praxis. *In*: MIGNOLO, W. D.; WALSH, C.

E. **On decoloniality: concepts, analytics, praxis.** Durham: Duke University Press, 2018. p. 13-102.

WALSH, C. **Interculturalidad, Estado, Sociedade:** Luchas (de)coloniales de nuestra época. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Ediciones Abya-Yala, 2009.

WOLKMER, A. C. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. *In:* LEITE, J. R. M.; PERALTA, C. **E.Perspectivas e Desafios para a Proteção da Biodiversidade no Brasil e Costa Rica.** Florianópolis: UFSC, 2014. p. 67-84. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140517170251_1477.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

WOLKMER, A. C. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Simpósio de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional. *In:* IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2010, Curitiba. **Anais [...].** Curitiba: ABDConst., 2011. p. 143-155. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, A. C. Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2711-2735, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/HQPFryhyv6btvKWKXVfPcDj/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

YAMADA, E. M.; OLIVEIRA, L. A. A. (orgs). **A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada.** Brasília: Funai/GIZ. 2013.

ZAMORA, F. J. C. Menos Habermas y más Realpolitik ¿Qué tan eficaces son los procesos participativos en la toma de decisiones? *In:* FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XXIV.** Berlín: Konrad-Adenauer Stiftung e. V; Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2018. p.21-38. Disponível em: <https://www.kas.de/documents/271408/4591369/ANUARIO+DE+DERECHO+CONS+TITUCIONAL+LATINOAMERICNAO.pdf/75b8eaad-39aa-df78-8bb5-dc0862e1123d?version=1.1&t=1551199043115>. Acesso em: 13 fev. 2022.