



O direito à participação dos povos originários e o STF¹⁻²

The right to participation of indigenous peoples and the STF

El derecho a la participación de los pueblos indígenas y el STF

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia³

Universidade Federal de Ouro Preto (Ouro Preto, MG, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5461-7848>

E-mail: alexandre@ufop.edu.br

Diogo Bacha e Silva⁴

Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9748-0714>

E-mail: diogobacha@gmail.com

Resumo

O texto discute como o Supremo Tribunal Federal aplica a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT quanto à necessidade de consulta e participação dos povos originários e tradicionais na tomada de decisões por parte do Estado brasileiro. Argumenta-se que o Supremo Tribunal Federal não tem tido uma única orientação quando decide tais casos, ora conferindo efetividade à Convenção Internacional, ora entendendo que a consulta seria ato meramente protocolar e não vinculativo. Procura mostrar a melhor interpretação da exigência de consulta prévia e argumenta que sua compreensão a partir da Constituição de 1988 e da Convenção n. 169 é proteger e dar voz aos povos originários e comunidades tradicionais e que nenhum argumento pode, a priori, se sobrepor àqueles que serão diretamente afetados. O texto se vale de

¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo. O direito à participação dos povos originários e o STF. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 1, p. 119-155, jan./jun. 2022.

² Fomento de Bolsa de Produtividade de Pesquisa do CNPq.

³ Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Associado na UFOP e IBMEC-BH. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFOP. Bolsista de Produtividade do CNPq. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2877462978948032>.

⁴ Doutor em Direito UFRJ, Mestre em Direito FDSM, estágio de pós-doutorado em direito na UFMG, advogado e professor. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0134685542487401>.

metodologia reconstrutiva e de técnicas de pesquisas documentais, doutrina e jurisprudência, nacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e tem como marcos teóricos teorias de(s)coloniais em um diálogo com a teoria discursiva de Habermas.

Palavras-chave

Convenção n. 169; Supremo Tribunal Federal; consulta prévia; povos originários.

Sumário

1. Introdução. 2. Compreendendo o direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado: a Convenção n. 169 da OIT e a cidadania integral para os povos originários e tradicionais. 3. O Controle de convencionalidade da Convenção n. 169 da OIT no âmbito da jurisdição do Supremo Tribunal Federal. 4. Conclusão.

Abstract

The text discusses how the Brazilian Supreme Court (STF) applies Convention n. 169 of the ILO regarding the need for consultation and participation of indigenous and traditional peoples in decision-making by the Brazilian State. It is argued that the Brazilian Supreme Court has not had a single orientation when deciding such cases, sometimes giving effect to the International Convention, sometimes understanding that the consultation would be a merely protocol and non-binding act. It seeks to show the best interpretation of the prior consultation requirement and argues that its understanding from the Constitution of the 1988 and Convention 169 is to protect and give voice to indigenous peoples and traditional communities and that no argument can, *a priori*, override those who will be directly affected. The text uses reconstructive methodology and techniques of documentary research, national and Inter-American Court of Human Rights doctrine and jurisprudence, and has de(s)colonial theories as theoretical frameworks in a dialogue with Habermas' discursive theory.

Keywords

Convention n. 169; Brazilian Supreme Court; prior examination; native peoples.

Contents

1. Introduction. 2. Understand the right to consultation and prior, free and informed consent: Convention 169 of the OIT and the full citizenship of indigenous and traditional peoples. 3. Control of conventionality of Convention 169 of the OIT in the scope of the jurisdiction of the Federal Supreme Court. 4. Conclusion.

Resumen

El texto discute cómo el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) aplica el Convenio n. 169 de la OIT sobre la necesidad de consulta y participación de los pueblos originarios y tradicionales en la toma de decisiones del Estado brasileño. Se argumenta que el STF no ha tenido una única orientación al momento de decidir tales casos, a veces dando cumplimiento a la Convención Internacional, a veces entendiendo que la consulta sería un acto meramente protocolar y no vinculante. Busca mostrar la mejor interpretación del requisito de consulta previa y argumenta que su entendimiento desde la Constitución 1988 y el Convenio 169 es proteger y dar voz a los pueblos indígenas y comunidades tradicionales y que ningún argumento puede, *a priori*, anular a quienes verse directamente afectado. El texto hace uso de metodología reconstructiva y técnicas de investigación documental, doctrina y jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y tiene como marcos teóricos teorías decoloniales en diálogo con la teoría discursiva de Habermas.

Palabras clave

Convenio 169; Supremo Tribunal Federal de Brasil; consulta previa; pueblos originarios.

Índice

1. Introducción. 2. Comprender el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado: el Convenio 169 de la OIT y la ciudadanía plena de los pueblos indígenas y tradicionales. 3. Control de convencionalidad del Convenio 169 de la OIT en el ámbito de la competencia del Supremo Tribunal Federal. 4. Conclusión.

1. Introdução

A Constituição de 1988 promoveu intensas e profundas modificações no espectro da cidadania, considerando o desenvolvimento histórico de nosso constitucionalismo. Ao lermos os artigos 231 e 232, assim como o 216 do texto e o 68 da Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, podemos cair no risco de esquecer que os direitos dos povos originários e tradicionais foram produto de intensa luta social no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Luta essa que incluía, por um lado, os militares, tutelando o governo Sarney (1985-1990), e, de outro, a articulação das nações indígenas com instituições da sociedade civil como aliadas.

Contra o “espírito de integração”⁵ que orientou as políticas oficiais desde, ao menos, o período da independência e todo o século XIX e meados do século XX, que na prática significava um movimento de etnocídio, e as intenções do “nacional-desenvolvimentismo”, que buscava explorar as riquezas do solo e subsolo das terras dos povos originários e mesmo sem um representante como constituinte, os povos indígenas lutavam pela sobrevivência física e cultural com a luta para o reconhecimento do caráter multicultural do Estado brasileiro.

A luta simbolizada por Ailton Krenak, coordenador da campanha dos índios na Constituinte de 1987-1988, em seu histórico discurso na 23ª Reunião extraordinária da Comissão de Sistematização, possibilitou uma intensa mobilização para a aprovação das Emendas Populares propostas pela Associação Brasileira de Antropologia, a Coordenação Nacional dos Geólogos e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência que foram articuladas em conjunto com os povos originários e pelo Conselho Indigenista Missionário – CIMI (FERNANDES, 2015).

Foi, então, em virtude dessa luta que a Constituição de 1988 pôde ser classificada como um documento jurídico multicultural (YRIGROYEN FAJARDO, 2012). Essas lutas também ocorriam no âmbito internacional, não sendo uma realidade exclusiva do contexto brasileiro. A Convenção n. 169 da OIT, adotada em 7 de junho de 1989, representa esse esforço de constituir o multiculturalismo no âmbito dos estados-nacionais.

Esse documento internacional, em seu preâmbulo, busca abandonar o assimilacionismo adotado na Convenção sobre populações indígenas e tribais de número 107 e reconhece o direito à autodeterminação de sujeitos que são minorias culturais no âmbito do estado nacional. Nesse caso, a Convenção n. 169 da OIT identifica as diferenças de tratamento jurídico, político, social e econômico em relação aos sujeitos ali identificados, os povos originários e tradicionais, com os demais membros da população.

Trata-se de um arcabouço jurídico que reorienta os Estados a adotar políticas de reconhecimento dos direitos dos povos originários e tradicionais para que criem condições de igualdade de oportunidades, além da efetividade dos

⁵ Um bom exemplo está no “Estatuto do Índio” (Lei 6.001/1973), cujo art. 1º estabelece que a política do Governo durante a ditadura para com os “índios ou silvícolas” e “comunidades indígenas” tinha como objetivo “preservar a sua cultura”, mas, ao mesmo tempo, também: “integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

direitos sociais, econômicos e culturais, respeitada a identidade social e cultural com a finalidade de eliminação das diferenças socioeconômicas historicamente construídas entre os povos originários e tradicionais e os demais membros da comunidade nacional. É uma exigência normativa de cidadania integral.

A Convenção n. 169 da OIT é considerada uma convenção atípica de direito internacional do trabalho em virtude do tema e da participação em sua redação, isto é, foi construída por atores indígenas para além das organizações de trabalhadores ou empregadores e governos e trata de temática que vai além da relação de trabalho (LEARY, 1999).

Um dos inegáveis avanços da Convenção n. 169 da OIT é a previsão do direito à consulta prévia, livre e informada dos povos originários e tradicionais em relação às políticas públicas, às medidas administrativas e legislativas e instituições que, de alguma forma, atinjam a esfera dos povos originários e tradicionais. Trata-se de uma inovação jurídico-institucional que possibilita diretamente o exercício do direito à autodeterminação dos povos originários e tradicionais. Nosso intuito aqui é, justamente, analisar como a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal restou impactada pela previsão do direito à consulta em ato normativo internacional de direitos humanos.

Deve-se partir da premissa de que o Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável, em última instância, pela realização do controle de convencionalidade das leis e medidas administrativas. Embora não seja o único órgão a exercer o controle de convencionalidade, certamente exerce um papel preponderante na proteção direta dos direitos humanos afetados pelas medidas e também na persuasão dos Poderes Legislativo, Executivo e demais órgãos do Poder Judiciário em relação a eventuais atos futuros que possam impactar os direitos humanos como um todo.

Alicerçados em tal perspectiva, relevante compreendermos como a *práxis* da jurisdição constitucional vem incorporando o direito à consulta e consentimento livre, prévio e informado dos povos originários e tradicionais. Através da técnica de análise de casos no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁶ e de

⁶ A seleção dos casos no STF se deu através do sítio eletrônico daquele Tribunal se valendo dos termos de busca “Convenção 169” e “OIT”. Foram encontradas 23 referências. Entre estes foram utilizados aqueles nos quais o Tribunal discutiu sobre o direito à consulta prévia, mas sem pretensão de se fazer uma análise exaustiva de todos os casos, apenas selecionando-se exemplos para mostrar a forma como o STF aplica (ou não) tal direito fundamental.

pesquisa bibliográfica, adotamos uma metodologia hipotético-dedutiva em que buscamos explicitar como o direito à consulta prévia, livre e informada vem sendo compreendida de modo a fortalecer ou não o direito coletivo à autodeterminação dos povos originários e tradicionais.

2. Compreendendo o direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado: a Convenção n. 169 da OIT e a cidadania integral para os povos originários e tradicionais

A Convenção n. 169 da OIT foi adotada em 1989 e somente em 2002 foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo 143, de 25 de julho de 2002. No âmbito internacional, a Convenção entrou em vigor em 5 de setembro de 1991. No Brasil, apenas vigorou em 25 de julho de 2003. Seu texto foi publicado pelo Decreto 5.051/2004, atualmente revogado pelo Decreto 10.088/2019, que consolidou no âmbito nacional os textos normativos em vigor da OIT.

Nosso texto constitucional já anunciava uma mudança de paradigma em relação aos povos originários e tradicionais. Abandonando o regime assimilacionista que marcou a primeira regulamentação da questão indígena na República pela Constituição de 1934 – e se manteve nas Constituições de 1946 e de 1967, assim como o regime tutelar da EC 01/1969 e do citado Estatuto do Índio, a Lei 6.001/1973 (ALMEIDA, 2018), que ainda está em vigor –, adotou um modelo de cidadania integral indígena, reconhecendo a autodeterminação dos povos originários e tradicionais.

O regime constitucionalmente adotado pela Constituição de 1988 para os povos originários e tradicionais insere-se dentro da exigência do reconhecimento dos direitos coletivos em decorrência do caráter multi ou pluricultural que constituem, sobretudo, os Estados Latino-americanos, cujo desenvolvimento histórico foi marcado pela invisibilização e o etnocídio dos povos originários (DUSSEL, 1993). A abertura ao caráter multicultural dos estados nacionais

Além disso foi escolhida a ADI. 3.573, pois que, apesar de anterior à incorporação da Convenção n. 169-OIT, é um caso paradigmático sobre a discussão do referido direito fundamental.

e monoculturais⁷ também impeliu ao reconhecimento da autodeterminação desses povos, com a proteção aos seus costumes, às suas práticas, à sua cultura e, ainda, ao seu próprio direito.

Nesse contexto, o regime jurídico adotado pela Constituição de 1988, mormente na redação do art. 231, com o reconhecimento aos povos indígenas *de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*, era bastante inovador à época e se coadunava com o movimento internacional dos direitos indígenas e precedeu inclusive o estabelecido na Convenção n. 169 da OIT.

São duas as chaves de interpretação para o regime jurídico dos povos originários e tradicionais: a autodeterminação e o multiculturalismo como direitos coletivos que se entrelaçam. No caso, como bem anota Carlos Marés de Souza Filho (2004), a criação dos estados nacionais latino-americanos seguiu o modelo europeu e as suas respectivas constituições adotaram um rol de direitos individuais que significava o esquecimento dos povos originários e a impossibilidade de reconhecimento de quaisquer outros direitos que não fossem aqueles do modelo liberal-tradicional de aquisição patrimonial individual. Aos povos originários, portanto, restava a sua integração apenas como indivíduos, isto é, sujeitos individuais de direitos. Assim, enquanto indivíduos desse modelo de estado, os povos originários e tradicionais tinham apagado seu pertencimento enquanto povo, de forma que tal não reconhecimento dos seus direitos coletivos desfigurava suas lutas existenciais (SOUZA FILHO, 2004).

Se o reconhecimento do multiculturalismo significou romper com as barreiras impostas pelos direitos individuais do Estado Liberal, a autodeterminação demandava uma modificação na própria forma de compreensão jurídico-política do Direito Internacional da soberania dada aos povos. O Estado é um ente reconhecido no plano internacional, constituído pelos elementos de território, povo e soberania. A autodeterminação dos povos significava, exclusivamente, nas

⁷ “A própria formação dos Estado-nação na Europa mostra a violência feita por governos e legitimada pelo Direito na eliminação e/ou assimilação de povos/culturas diversos daquele que se nomeou como sendo a ‘nação’, como se pode ver nos processos de “reconquista” na Península Ibérica ou na formação de qualquer um dos outros Estados Nacionais no restante da Europa e América ou na forma de divisão aleatória de territórios na formação da África Moderna. Nada mais violento que a afirmação da ‘nação’, como homogeneidade, para a definição do status jurídico de cidadania. Ademais, todos aqueles que não eram europeus (ou seus descendentes direitos e sem misturas, como os ingleses na América ou na Austrália e Nova Zelândia, por exemplo) estavam automaticamente excluídos do usufruto de pleno direito do Direito Moderno. Caso suas diferenças fossem ‘toleráveis’ eles seriam assimilados, caso não, seriam eliminados e/ou escravizados/colocados à margem da ‘civilização” (BAHIA, 2020, p. 37).

décadas 60 e 70 do século passado, a possibilidade dada pela comunidade internacional de que cada povo pudesse se constituir em Estado. A partir daí, apenas se poderia falar em um povo ou nação que corresponderia a toda a população dentro de determinado Estado. Assim, toda a população dentro desse espaço territorial ficaria submetida às regras do Estado. Essa foi a lógica imperante do Direito Internacional (SOUZA FILHO, 2012, p. 77-78) e o que gerou tanta desconfiança dos países quanto à questão da autodeterminação preconizada pela Convenção da OIT, pois temiam que sua adoção poderia legitimar reivindicações de “novas nações soberanas” dentro dos Estados.

O pluralismo inerente à sociedade contemporânea fez implodir a ideia de que os povos, em qualquer caso, pretendiam exercer sua autonomia para construir um estado nacional. Via-se que a soberania era produto e produtora da exclusão de indivíduos que não comungavam dos mesmos valores. Exercia-se sobre determinados povos uma violência simbólica que se articulava em torno da colonialidade de poder (QUIJANO, 2005). O *nomos* da terra e sua divisão territorial, articulada a partir da modernidade eurocêntrica, tinham por nítido objetivo dominar e dividir.⁸

Essa lógica sofre fissura a partir do movimento dos povos originários, em especial latino-americanos, que passam a reivindicar a possibilidade de manter seus valores, sua cultura, seus princípios, sua visão de mundo dentro do Estado moderno, eurocêntrico, monocultural. Essa perspectiva de(s)colonizadora abre a possibilidade de se pensar para além desse Estado (BACHA E SILVA, 2020) e redimensionar a lógica estruturante do Direito Internacional para assegurar efetivamente direitos humanos que sejam universais.

Dessa forma, o direito de autodeterminação dos povos, previsto logo de início no art. 1º, § 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, significa, a partir do ponto de vista internacional, que os povos podem constituir estados nacionais, fazendo com que o povo seja um só, mas também, do ponto de vista do próprio povo, a possibilidade de autodeterminação coletiva de um grupo socialmente determinado (SOUZA FILHO, 2012, p. 80).

Essa fissura nos direitos individuais provocada pelo reconhecimento dos direitos sociais, culturais e econômicos levou à expansão da noção de

⁸ Um autor como Carl Schmitt (2014) capta bem quais eram os objetivos. Sua perspectiva ideológica, no entanto, não o permitiu ver como essa divisão estava centrada em uma característica totalitária para os diferentes.

autodeterminação como direito dos povos na seara internacional, que desembocou na Convenção n. 169 da OIT. A histórica formação dos estados latino-americanos não deixava dúvidas da dificuldade de se efetivar a normativa internacional. Essa dificuldade está determinada pelo tipo de sociedade que é engendrada no sistema econômico capitalista e pelo caráter que esse sistema assume em *Nuestra America*.

O capital monopolista e o capital agrário se articulam como estrutura econômica para conferir a base material sobre a qual se assentam os Estados latino-americanos. Ao lado disso, como base social, associam-se os interesses da burguesia comercial e dos latifundiários para formar um Estado oligárquico que exerce exploração e dominação sobre os camponeses, proletários e indígenas (QUIJANO, 2007. p. XIX – XXII). Por isso, José Carlos Mariátegui (2007), há quase um século, colocava a questão indígena no centro de sua reflexão, isto é, pensava na emancipação dos povos indígenas na América Latina como condição para uma revolução transformadora de criação de uma sociedade e Estado democráticos.

A articulação dos interesses das classes dominantes tensiona qualquer possibilidade de transformação dessa ordem social, econômica e política, incluindo, como é óbvio, a emancipação dos direitos dos povos originários e tradicionais. Sob um regime econômico capitalista, o Estado representa os interesses das classes dominantes (MARX; ENGELS, 2008, p. 14). Essa oposição hegeliana de Estado-Sociedade Civil na qual a entidade estatal figuraria como uma etapa superior do desenvolvimento histórico conduz, implicitamente ao menos, à superioridade dos interesses particulares sobre os gerais, isto é, dos interesses da classe dominante sobre os interesses da classe dominada (MARINI, 2016).

Portanto, ainda mais no contexto de economias dependentes como no caso da América Latina, os poderes constituídos são um amálgama dos interesses agrários, do capital estrangeiro e do nacional representados pela burguesia nacional, dos grandes proprietários de terra e dos agentes financeiros. Do ponto de vista político-jurídico, regra geral, esses atores utilizam o expediente funcional do Estado para refrear os ímpetus revolucionários dos setores dominados.⁹

⁹ Nesse caso, não devemos nos esquecer o caráter contraditório que assume a Constituição no seio de uma sociedade moderna e capitalista. Ao mesmo tempo em que são normatizadas as condições de possibilidade da emancipação das classes dominadas, também são reguladas as condições para a produção e reprodução do capital. É dentro dessa tensão que se desenvolvem as lutas sociais. Cf. GOMES (2020a, p. 239); GOMES (2020b, p. 149-187; OLIVEIRA (2021, p.112 e p. 121-139).

Por essa razão, os movimentos sociais foram o único espaço de lutas encontrado pelos povos originários e tradicionais.

A Convenção n. 169 da OIT demorou mais de década para ser incorporada ao ordenamento jurídico nacional. Na década de 90 imperou a ideologia neoliberal e, por isso, a vigência da Convenção restou bloqueada pela conjunção de fatores como os interesses econômicos que recaíram sobre as riquezas naturais presentes no solo e subsolo das terras dos povos originários e tradicionais e os interesses políticos das classes burguesas que defendiam esses interesses. Assim, a eficácia vinculante dos direitos dos povos originários e tradicionais estabelecidos na Convenção n. 169 da OIT¹⁰ no Brasil restou bloqueada pela omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo (FERNANDES, 2015).

Com a onda dos governos progressistas do início do século XXI na América Latina, o debate público passa a tratar a autonomia dos povos originários e tradicionais como paradigma dominante no debate da questão indígena na região, até o ponto de se converter em um projeto político que promove uma profunda e crucial reforma no Estado nacional e monocultural (SVAMPA, 2016. p. 103-108). A Convenção n. 169 da OIT impulsionou o debate e, por consequência, esses projetos políticos na região. A incorporação ao ordenamento, além de possibilitar sua força normativa vinculante, também consolidou a ideia do reconhecimento da autonomia e do pluralismo jurídico-político dos povos originários e tradicionais (YRIGOYEN FAJARDO, 2004).

A pedra de toque e a inovação jurídico-política da Convenção n. 169 da OIT é, sem dúvida, o direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado como forma de estabelecimento da autonomia dos povos originários e tradicionais e o reconhecimento do direito coletivo à autodeterminação e ao território. De toda forma, foi preciso romper com o padrão hegemônico e uniformizador do Direito Internacional para adotar a perspectiva de pluralismo epistemológico que reconhece o direito à diversidade também como um direito coletivo/social/cultural (MAGALHÃES, 2012, p. 133.).

¹⁰ Sobre a natureza vinculante da Convenção n. 169 da OIT ver Liana Amim Lima da Silva (2017. p. 175-176). Isso é fazer jus à cláusula aberta dos direitos fundamentais ou o *unenumerated rights* como um caráter principiológico (DWORKIN, 1992, p. 381-432), assim como integrar os tratados internacionais sobre direitos humanos ao bloco de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, os sujeitos de direito internacional, no âmbito da Convenção n. 169 da OIT, são os chamados povos “tribais”, cujas condições econômicas, sociais e culturais os distingam em relação às demais coletividades e estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições (art. 1º, a, da Convenção n. 169 da OIT). Evitamos empregar o termo “tribais” por conotar um sentido pejorativo e, dessa forma, usamos o termo “tradicionais”.¹¹

De outro lado, a própria Convenção determina sua aplicação aos povos independentes considerados “indígenas” pelo fato de descenderem de populações que habitavam o território do país na época da conquista ou da colonização ou, ainda, do estabelecimento das fronteiras e que conservam suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais ou políticas ou parte delas (art. 1º, b, da Convenção n. 169 da OIT). A utilização de “povos” no seio do texto decorreu de lutas dos movimentos indígenas que repudiavam o uso de “população” e constituiu um passo decisivo para a constituição da subjetividade dos povos originários (SOUZA FILHO; LIMA; OLIVEIRA, 2021, p. 88).

Importante esclarecer que o critério fundamental para definir os sujeitos de direito é a própria consciência de sua identidade indígena ou tribal, isto é, cuida de respeitar a própria autodeterminação dos povos originários e tradicionais (art. 1º, 2, da Convenção n. 169 da OIT). No Brasil, o Decreto 6.040/2007 instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento dos Povos e Comunidades Tradicionais e incorporou os conceitos da Convenção n. 169 da OIT em seu art. 3º:

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

Em 2016, pelo Decreto Federal n. 8.750, foi criado o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais – CNPCT, vinculado ao Ministério dos Direitos Humanos. Os grupos que compuseram o CNPCT eram: povos

¹¹ O conceito de povos tradicionais é utilizado no Decreto Federal 6.040/2000 e definido como “[...] grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (Art. 3º). Assim, é essa definição dada à expressão de povos tradicionais para o presente trabalho.

indígenas, comunidades quilombolas, povos e comunidades de terreiro e de religião de matriz africana, povos ciganos, pescadores artesanais, extrativistas, caiçaras, benzedeiros, raizeiros, caatingueiros, veredeiros, pantaneiros, etc. As comunidades quilombolas foram definidas no Decreto 4.887/2003, que, em seu art. 2º, assim estabeleceu:

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.¹²

Com o reconhecimento constitucional, as comunidades quilombolas tornaram-se visíveis perante o Estado, a partir de sua sobrevivência e resistência em relação à opressão sofrida, como categoria jurídica de acesso de direitos coletivos e reparação histórica, ou seja, o direito à existência que sempre lhes foi denegado (SILVA, 2018, p. 66).

A fórmula normativa aberta de estabelecer a definição dos povos tradicionais e originários possibilita que se reconheça a inclusão de novos sujeitos constitucionais. A própria tensão constitutiva da sociedade moderna no âmago do constitucionalismo faz com que sempre haja lutas por novas inclusões, isto é, a cada exclusão, surge a possibilidade de inclusão, fazendo com que sejamos uma identidade aberta (ROSENFELD, 2003 e CARVALHO NETTO, 2020, p. 101-102).

O direito à consulta e participação prévia, livre e informada tem duas previsões no corpo do texto da Convenção n. 169 da OIT. A primeira, de caráter geral, no art. 6º, na qual se estabelece a exigência da consulta aos povos interessados, mediante procedimento adequado, através de suas instituições representativas, cada vez que medidas legislativas e administrativas afetá-los

¹² Em decisão histórica, o STF declarou a constitucionalidade material do Decreto 4.887/2003 ao julgar a ADI 3.239. Estabeleceu a Suprema Corte que o Decreto é autônomo e retira sua validade diretamente da Constituição no art. 68 da ADCT e que, em virtude da incorporação da Convenção n. 169 da OIT, o critério da autodeterminação para identificar as comunidades quilombolas e seus territórios especialmente protegidos é medida que atende ao comando constitucional da exigência de construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos *Moiwana v. Suriname* (ORGANIZAÇÃO..., 2005) e *Saramaka v. Suriname* (ORGANIZAÇÃO..., 2007), reconhece o direito de propriedade das comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantém relação. Portanto, o processo de demarcação e medição das terras não se submete ao arbítrio dos interessados, mas garante que eles sejam ouvidos e tenham suas considerações levadas em consideração.

diretamente (art. 6º, 1, a); a obrigatoriedade de que os governos possam participar livremente na adoção das decisões de instituições que sejam responsáveis pelas políticas que lhes sejam concernentes (art.6º, 1, b); estabelecer os meios para o desenvolvimentos dos povos originários e tradicionais (art. 6º, 1, c). Tais consultas, segundo dispõe o art.6º, 2, da Convenção n. 169 da OIT, devem ser realizadas de boa-fé com vistas a alcançar o consentimento dos povos nas medidas adequadas. A segunda previsão, de caráter específico, diz respeito à exigência de consulta dos povos interessados no caso de exploração de minérios e recursos do solo e subsolo quando a propriedade for do Estado e será realizada antes de se autorizar a exploração dos recursos existentes em suas terras (art. 15, 2) (BANIWA, 2012, p. 52).

A Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2007 (ORGANIZAÇÃO..., 2008) prevê apenas o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado quando da adoção de projetos que afetem suas terras e os recursos em seus territórios (art. 32, 2). Dessa forma, trata-se de disposição mais restritiva do que a prevista na Convenção n. 169 da OIT.

Dessa forma, são características e princípios do direito à consulta que seja prévio, livre e informado e de boa-fé e, pois, visa a alcançar um consenso em relação aos povos interessados nas medidas legislativas, administrativas ou na adoção de políticas públicas que lhes sejam inerentes. O direito à consulta está inter-relacionado com o consentimento, isto é, não existe uma consulta apenas como mero procedimento formal, algo que já vem pronto e acabado para buscar apenas a ratificação dos povos (ou apenas lhes dar ciência), mas como necessidade de que os povos originários e tradicionais efetivamente possam participar da discussão e deliberação das medidas administrativas, legislativas e das políticas públicas que lhes sejam inerentes (SILVA, 2017, p. 200).

Cuida-se de um direito fundamental dos povos originários e tradicionais que se desdobra na: 1) exigência dos governos e Estados de implementar processos de diálogo de boa-fé com os povos antes de adotar medidas administrativas e legislativas que os afetem; 2) exigência de participação em todas as fases de elaboração, aplicação e valoração de políticas e programas que os afetem. Em breve síntese, Raquel Yrigoyen Fajardo explicita:

El objetivo sustantivo del derecho de participación es que a través de la intervención de los pueblos se asegure que en las políticas, programas o proyectos a adoptarse por el Estado estén plasmadas las prioridades de desarrollo de tales pueblos, que los proyectos prioricen el mejoramiento de la vida de dichos pueblos, y que no se afecte su integridad (YRIGOYEN FAJARDO, 2009, p. 381).¹³

O direito à consulta, por outro lado, pressupõe a necessidade de que os Estados obtenham consentimento dos povos afetados pelas medidas administrativas e legislativas. A consulta não pode ser apenas um mero ato para obter uma votação, mas uma garantia substantiva processual e de boa-fé na qual há uma fase de pré-consulta em que o Estado e os povos, em um esforço conjugado, estabeleçam um plano conjunto para o processo. Nessa etapa informativa, o Estado deve apresentar estudos informacionais das medidas a serem adotadas de tal modo a iniciar um diálogo intercultural (SOUZA FILHO; LIMA; OLIVEIRA, 2021, p. 114). A questão, então, é que os Estados devem sempre realizar um diálogo de tal modo que as medidas a serem adotadas sempre sejam benéficas para os povos (YRIGOYEN FAJARDO, 2009, p. 384).

Veja-se que a garantia estabelecida na Convenção n. 169 da OIT é mais ampla do que aquilo que estabelece o § 3º do art. 231 da CR/1988, que exige autorização do Congresso Nacional e oitiva das comunidades afetadas no caso de exploração dos recursos hídricos, inclusive potenciais energéticos, pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas.

A Convenção n. 169 da OIT, de igual forma, abrange um maior número de sujeitos de direito, já que inclui os tradicionais, mas também é maior na própria extensão e profundidade do direito reconhecido aos povos originários e tradicionais. A oitiva exigida pela Constituição refere-se a medidas administrativas de exploração econômica dos recursos naturais, enquanto a Convenção n. 169 da OIT exige a consulta para qualquer lei ou ato normativo que atinja diretamente os povos originários e tradicionais e também na adoção de políticas públicas que lhes sejam pertinentes. No plano horizontal, portanto, um número maior de atos do poder público deve observar o direito coletivo à autodeterminação dos povos originários e tradicionais.

¹³ O objetivo substantivo do direito de participação é que, por meio da intervenção dos povos, se garanta que as prioridades de desenvolvimento desses povos se reflitam nas políticas, programas ou projetos a serem adotados pelo Estado, que os projetos priorizem a melhoria da vida desses povos, e que sua integridade não seja afetada (tradução nossa).

No plano vertical, e talvez ainda mais importante, o direito à consulta e ao consentimento implica o poder de veto ou de aprovação quando se tratar de projetos de desenvolvimento ou intervenção de grande impacto nos territórios dos povos originários e tradicionais, isto é, a possibilidade de os povos originários e tradicionais rejeitarem a medida administrativa e/ou legislativa assim como eventual política pública se tal não trouxer um benefício coletivo para a identidade desses povos, ou seja, não basta apenas a consulta nos casos de megaprojetos, mas o efetivo consentimento prévio, livre e informado (SOUZA FILHO; LIMA; OLIVEIRA, 2021, p. 128).

A exigência de que a consulta seja prévia é que seja antecedente às medidas administrativas e legislativas. Uma consulta livre significa livre de qualquer coerção ou intimidação – inclusive de coerção moral como quando as obras já se iniciaram e sua paralisação causaria graves prejuízos. Por último, a consulta informada é aquela em que os dados e estudos estejam abertos ao conhecimento dos povos originários e tradicionais (SILVA, 2017, p. 201).

Dando contornos ao direito à consulta e ao consentimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos definiu, no caso *Suramaka versus Suriname*, que os povos originários têm o direito de serem consultados sempre que houver projetos de desenvolvimento ou investimento dentro do território dos povos impactados. As consultas devem ser realizadas através de procedimentos compartilhados, observando-se os costumes e tradições desse povo, e ter como objetivo alcançar um acordo. No entanto, em se tratando de projetos de desenvolvimento ou investimento de grande escala que tenham significativo impacto no território do povo, a obrigação não é só consultar, mas obter o consentimento, daí que se extrai a possibilidade de veto ao projeto (ORGANIZAÇÃO..., 2007).

É importante observar que o texto da Convenção n. 169 da OIT não distingue quantitativamente o impacto. Não há relativização do consentimento em caso de baixo impacto. A Corte Interamericana realiza essa distinção com expressa menção ao art. 32 da “Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas”.¹⁴ Também esse texto normativo não realiza a distinção pretendida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁴ “1. Os povos indígenas têm o direito de determinar e de elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos. 2. Os Estados realizarão consultas e cooperação 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,

A interpretação que se deve extrair do direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado é de acordo com a finalidade de sua norma. A exigência é de que os povos originários e tradicionais tenham seus interesses e reivindicações atendidas pelo Estado. Historicamente são indivíduos excluídos das escolhas políticas importantes no âmbito do Estado monocultural. Assim, faz sentido supor que as medidas legislativas e administrativas assim como as decisões políticas que lhes afetem devam ser tomadas com a oitiva dos povos interessados, mas também desde que com sua concordância. É que o diálogo intercultural supõe também a alteridade, isto é, a cultura colonizadora da modernidade deve se abrir ao aprendizado, ao diálogo com aquele que sempre foi oprimido.

Faz sentido falar, então, desde uma perspectiva habermasiana (HABERMAS, 2005 e 2010), que os povos originários e tradicionais não podem ser apenas destinatários das medidas administrativas e legislativas e das políticas públicas, mas devem ser coautores como forma de mediação e legitimação no Estado Democrático de Direito que leve em conta as minorias.¹⁵ Nesse ponto, o caráter deontológico das normas depende de uma cooriginalidade entre facticidade e validade, assim como também de um “agir para um entendimento mútuo” no âmbito da elaboração e execução das políticas públicas.

3. O controle de convencionalidade da Convenção n. 169 da OIT no âmbito da jurisdição do Supremo Tribunal Federal

É certo que o Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos do Poder Judiciário no Brasil têm historicamente uma resistência na utilização de atos normativos internacionais como fundamento para suas decisões. Pouco a pouco, no entanto, o reconhecimento da exigência de que os Estados, por meio do Poder Judiciário, implementem e efetivem o controle de convencionalidade exige uma mudança na forma com que os direitos humanos são aplicados no ambiente interno.

hídricos ou de outro tipo. 3. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa dessas atividades, e serão adotadas medidas apropriadas para mitigar suas consequências nocivas nos planos ambiental, econômico, social, cultural ou espiritual” (ORGANIZAÇÃO..., 2008).

¹⁵ Ver também: ARATO (1998) e OLIVEIRA (2016 e 2021).

O termo “controle de convencionalidade” foi utilizado expressamente pelo Conselho Constitucional da França na decisão 74-54 DC/1975. O caso tratava da análise de constitucionalidade de uma lei de interrupção voluntária da gravidez que poderia violar o direito à vida assegurado no art. 2º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No contexto francês, o art. 55 reconhece que os tratados e acordos ratificados têm hierarquia superior às leis. Nesse caso, o Conselho Constitucional da França discutia a necessidade de análise da compatibilidade das leis e atos normativos sob dois ângulos ou controles diferentes: o de constitucionalidade e o de convencionalidade (CHAVES; SOUSA, 2016).

Lá, portanto, o fundamento da discussão para a análise do controle de convencionalidade é o movimento de constitucionalização dos direitos humanos, na medida em que o texto constitucional é enfático em reconhecer a primazia dos tratados internacionais. Repeliu-se, naquela decisão, a defesa dos tratados e acordos internacionais que já contava com um órgão próprio, o Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens (CHAVES; SOUSA, 2016, p. 92-93). Assim, o Conselho Constitucional da França entendeu que não era sua função aplicar os tratados e acordos internacionais, mesmo os relacionados aos direitos humanos.

Dessa forma, a decisão foi a de que a incumbência de aplicar os tratados e acordos internacionais, na decisão do Conselho Constitucional da França, era estanque da análise da constitucionalidade das leis e atos normativos. Esse olhar lançado pelo Conselho Constitucional da França é de uma visão estanque e não compartimentalizada na relação entre o Direito Internacional e o Direito interno.

Pouco a pouco, como disserta Antônio Cançado Trindade (1997, p. 434), o Direito Internacional e o Direito interno passaram efetivamente a interagir, a partir de dois movimentos: de um lado, por força das disposições de tratados de direitos humanos atribuindo expressamente funções de proteção aos órgãos do Estado; de outro, a abertura do Direito Constitucional aos direitos humanos internacionalmente consagrados. Assim, descartou-se a velha discussão da primazia do Direito Internacional ou do Direito interno para o primado da norma que melhor protege os direitos humanos. Há, portanto, uma relação de complementariedade.

Coube ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos desenvolver o controle de convencionalidade e dar contornos à exigência de que os órgãos internos dos Estados assumam uma postura de salvaguarda dos tratados que versem sobre direitos humanos. Assim, por exemplo, no caso “Almonacid Arellano

vs. Chile” de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos adotou a ideia de que, sob pena de responsabilização do Estado¹⁶, cabe ao Poder Judiciário exercer o controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas aplicadas ao caso concreto e a Convenção Americana de Direitos Humanos, inclusive a interpretação que faz a Corte Interamericana de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO..., 2006).

A partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP o Supremo Tribunal Federal reconheceu o *status* de supralegalidade dos tratados internacionais que versem sobre os direitos humanos; ademais, com a inserção do art. 5º, § 3º, no texto constitucional, da possibilidade de aprovação de tratados e acordos internacionais que versem sobre direitos humanos com força de Emenda à Constituição, institucionaliza-se a exigência de se levar a sério o controle de convencionalidade ao lado do controle de constitucionalidade.¹⁷

Assim, muito embora não se tenha nenhuma regulamentação jurídica interna, seja constitucional ou infraconstitucional, acerca do direito à consulta e o consentimento prévio, livre e informado, a força normativa da Convenção n. 169 da OIT exige que o Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, realize o controle de convencionalidade sobre eventuais medidas administrativas, legislativas e sobre a adoção de políticas que impactem os povos originários e tradicionais.

Um dos primeiros casos que aportou ao Supremo Tribunal Federal diz respeito à Usina Belo Monte e o aproveitamento energético em trecho localizado no Rio Xingu. Mesmo com o Decreto n. 5.051/2004, que promulgou a Convenção n. 169 da OIT, e o texto expresso da Constituição em seu art. 231, § 3º, o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo n. 788/2005 para autorizar o Poder Executivo a implantar o aproveitamento energético no trecho do Rio Xingu, denominado Volta Grande do Xingu do Estado do Pará, após a realização de estudos de viabilidade sem consulta prévia dos povos originários. A Procuradoria-Geral da República interpôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.573 alegando a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo exatamente em virtude da ausência de consulta prévia às populações dos povos originários impactadas.

¹⁶ No julgamento do caso “Gomes Lund vs. Brasil”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi enfática em determinar que o Poder Judiciário está obrigado a exercer um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana de Direitos Humanos no âmbito de suas competências internas (ORGANIZAÇÃO..., 2010).

¹⁷ É preciso ressaltar a necessidade de um diálogo das Cortes como forma de efetivar os direitos humanos e fundamentais (RAMOS, 2009 e NEVES, 2014).

O voto do então Ministro Eros Grau, seguido pela maioria, considerou que o Decreto Legislativo não tinha densidade normativa suficiente para ser objeto de controle de constitucionalidade pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade. No entendimento do STF, tratava-se de *lei-medida*, isto é, lei apenas em sentido formal, sem a generalidade e abstração suficiente para o exame de sua inconstitucionalidade.¹⁸ Nesse caso, a Corte coloca um óbice formal como fundamento para não reconhecer a inconstitucionalidade material da autorização do empreendimento com a exigência da consulta dos povos originários afetados por medidas do poder público. Em síntese, o Supremo Tribunal Federal, além de não reconhecer a vigência da Convenção n. 169 da OIT, ainda afrontou texto expresse da Constituição (art. 231, § 3º).¹⁹

O primeiro enfrentamento explícito dos contornos da normatividade da Convenção n. 169 da OIT foi realizado pelo Supremo Tribunal Federal no famoso caso da Petição n. 3.388²⁰ sobre a demarcação da terra indígena Raposa Terra do Sol. Incidentalmente ao caso concreto, o STF interpretou as disposições constitucionais acerca do direito dos povos originários sobre as terras *tradicionalmente ocupadas*. Assim, decidiu que o direito dos povos originários não se sobreporia aos interesses da defesa nacional; instalação de bases e unidade militares; expansão estratégica da malha viária; expansão das alternativas de aproveitamento energético, conforme interesses dos órgãos competentes que seriam implementadas independentemente da consulta aos povos originários,

¹⁸ Transcrevemos a ementa do julgado: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO N. 788, DE 2005, DO CONGRESSO NACIONAL. AUTORIZAÇÃO AO PODER EXECUTIVO PARA IMPLEMENTAR O APROVEITAMENTO HIDROELÉTRICO BELO MONTE NO TRECHO DO RIO XINGU, LOCALIZADO NO ESTADO DO PARÁ. ATO CONCRETO. LEI-MEDIDA. AUSÊNCIA DE ABSTRAÇÃO E GENERALIDADE NECESSÁRIOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. ARTIGO 102, INCISO I, “a”, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [artigo 102, I, “a”, CB/88]. Os atos normativos que se sujeitam ao controle de constitucionalidade concentrado reclamam generalidade e abstração. 2. Não cabe ação direta como via de impugnação de lei-medida. A lei-medida é lei apenas em sentido formal, é lei que não é norma jurídica dotada de generalidade e abstração. 3. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida” (STF, ADI 3573, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. para acórdão Min. Eros Grau, j. 1 dez. 2005).

¹⁹ É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal analisa, caso a caso, os atributos de generalidade, abstração e impessoalidade dos atos normativos objeto de controle. No entanto, tal exame não é discricionário, seja pelo fato de que o art. 49 da CF/88 disciplina as espécies legislativas no plano formal, seja, ainda, pelo prisma da integridade de sua própria jurisprudência. Assim, por exemplo, o STF conheceu de Decreto-Legislativo emitido por entidade federativa que se limitava a declarar intempestivo o veto a projeto de lei de Governador (STF, ADI 1254, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 9 dez., 1999). Ora, se um Decreto-Legislativo declaratório de um ato/fato pretérito no âmbito da Assembleia Legislativa tem as características normativas necessárias para o conhecimento de sua (in) constitucionalidade, quanto o mais o Decreto-Legislativo emitido com fulcro no art. 231, § 3º da CF/88.

²⁰ STF, Pet 3388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19 mar. 2009, voto do Min. Gilmar Mendes.

assim como também seria a atuação da Polícia Federal e das Forças Armadas em territórios indígenas. Dando parâmetros concretos, o voto do Min. Gilmar Mendes estabelece:

É preciso deixar claro que a consulta e comunicação, com o auxílio da FUNAI, às comunidades indígenas é fundamental, inclusive para que elas manifestem sua opinião e contribuam para a construção conjunta de metas e restrições de uso das terras, a garantir a proteção ambiental das áreas de unidades de conservação. Isso não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade, mas que a sua participação na construção de uma decisão potencializa a eficácia da conservação ambiental.¹⁹

Após, o voto do ministro deixa evidenciada a posição interpretativa acerca da relação entre tratados internacionais sobre direitos humanos e a Constituição:

Deixo claro que a Declaração dos Povos Indígenas deve se submeter ao filtro interpretativo da Constituição Federal, não pode servir de parâmetro para fomentar direitos de secessão ou autonomia política no âmbito internacional e se refere exclusivamente ao direito de autodeterminação cultural interna de seus costumes e tradições.¹⁹

Veja-se que o Min. Gilmar Mendes submete o direito à consulta a duas restrições que impedem o efetivo reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos originários. A primeira é a forma como se deve realizar a consulta. Exigir que a consulta aos povos originários se dê com o auxílio de órgãos públicos como a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) é um retorno à política tutelar pré-Constituição de 1988 e encara os povos originários como cidadãos de segunda categoria que dependem do auxílio do Estado para manifestar sua vontade. No caso, é jogar a Constituição contra ela mesma. A Funai deve, claro, mediar a consulta, mas não é um órgão do próprio Estado quem deve ter o poder de dizer, em nome de outrem.

A segunda restrição é quanto ao próprio conteúdo jurídico da consulta. Entender que os atos e decisões do Estado que digam respeito aos interesses e direitos dos povos originários não dependam da aceitação dos povos originários impactados e que a exigência da consulta apenas potencializa a decisão é interpretar o direito à consulta sem o consentimento, isto é, transformar a

consulta em ato *pro forma* que ratificará uma decisão previamente estabelecida. Não parece ser esse o comando jurídico contido, seja na Constituição de 1988, seja na Convenção n. 169. No fundo, essa interpretação do Min. Gilmar Mendes está fundada em uma visão compartimentalizada ou estanque da relação entre o Direito Internacional e o Direito interno, sobretudo em matéria de direitos humanos, e não em uma relação de complementariedade na qual prevalece o princípio *pro hominem*, como exposto na sua interpretação da Declaração dos Povos Indígenas da ONU acima transcrita.

A Procuradoria-Geral da República levantou a questão de que o acórdão estaria contrariando a Convenção n. 169 da OIT ao colocar restrições e condições ao direito à consulta. No voto, o Min. Luís Roberto Barroso voltou a afirmar que nenhum direito é absoluto e está condicionado a eventuais outros direitos colidentes. Dessa forma, interpreta que, via de regra, o planejamento de operações militares e a construção de infraestrutura necessária não dependerão de consulta prévia. De outro lado, entendeu que a consulta não induziria o veto, mas apenas que seus interesses devam ser honestamente considerados.²¹

O caso Raposa Terra do Sol tem continuidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Entidades ligadas aos interesses da agropecuária, assim como o setor correspondente, pretendem discutir a questão do marco temporal. Para eles, apenas seriam demarcadas as terras indígenas que fossem ocupadas pelos mesmos na Constituição de 1988. Esse seria o sentido constitucionalmente pretendido pela expressão “terras tradicionalmente ocupadas”. A tese do marco temporal está sob julgamento no Recurso Extraordinário n. 1.017.365 e poderá, acaso acolhida, restringir os direitos dos povos originários que a Constituição de 1988 pretendeu tutelar.

A decisão na Petição n. 3.388²² permeia a interpretação da Convenção n. 169 da OIT no Supremo Tribunal Federal. Embora tenha aparecido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF,²³ o direito à consulta dos povos tradicionais da Convenção n. 169 da OIT foi compreendido pela Corte

²¹ Nesse sentido: “Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios” (STF, Pet 3388 ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 23 out. 2013).

²² STF, Pet 3388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19 mar. 2009.

²³ STF, ADI 3239, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso. Rel. para acórdão Min. Rosa Weber, j. 8 fev. 2018.

como o direito à participação nos procedimentos necessários à demarcação das terras por eles ocupadas, diretamente ou por meio de representantes. A visão meramente procedimental do direito à consulta serve como mecanismo para afastar a efetiva participação dos povos originários e tradicionais quando os seus interesses os contrapõem a uma visão de desenvolvimento econômico fulcrada no capitalismo em que o meio ambiente constitui objeto para a exploração.

Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal usa de argumentos procedimentais para não aplicar o direito fundamental à consulta quando este viabiliza-se como óbice a determinado empreendimento. No julgamento do Agravo Regimental na Ação Cautelar n. 4.128/AM, rel. Min. Luiz Fux, discutia-se a obra de interligação do Estado de Roraima ao Sistema Nacional de Energia Elétrica. Na primeira instância da Justiça Federal do Amazonas, a obra foi paralisada por decisão liminar, em razão da ausência de consulta do povo Waimiri Atroari. A União e a Aneel conseguiram suspensão de liminar para dar continuidade ao empreendimento. O Estado de Roraima ajuizou Ação Cautelar alegando que a discussão ocasionava conflito federativo. O Supremo Tribunal Federal se negou a conhecer da demanda ao argumento que se deve distinguir o conflito entre entes federados e o conflito federativo e, no fundo, a aplicar a Convenção n. 169 da OIT.²⁴

Um bom exemplo de como o Supremo Tribunal Federal desconsidera a normatividade do direito à consulta em favor de empreendimentos foi o julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Liminar 995/AM²⁵. O caso subjacente tratava de uma Ação Civil Pública para forçar a União a fazer consulta prévia a uma comunidade de povo originário antes de dar licença ambiental para a

²⁴ A diferença pode ser visualizada no seguinte julgado: “[...] Diferença entre conflito entre entes federados e conflito federativo: enquanto no primeiro, pelo prisma subjetivo, observa-se a litigância judicial promovida pelos membros da Federação, no segundo, para além da participação desses na lide, a conflituosidade da causa importa em potencial desestabilização do próprio pacto federativo. Há, portanto, distinção de magnitude nas hipóteses aventadas, sendo que o legislador constitucional restringiu a atuação da Corte à última delas, nos moldes fixados no Texto Magno, e não incluiu os litígios e as causas envolvendo municípios como ensejadores de conflito federativo apto a exigir a competência originária da Corte” (STF, ACO 1295 AgR-segundo, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14 out. 2010).

²⁵ Cuja ementa é a seguinte: “Agravo regimental na suspensão de liminar. Pretendida interrupção de licenciamento ambiental e de obras de construção de linhas de transmissão elétrica. Lesão à ordem econômica, à saúde ou segurança públicas não demonstrada. Anterior ordem de suspensão proferida há vários anos pela corte regional. Obra em estado adiantado. [...] 1. A suspensão do licenciamento e das obras de construção de linha de transmissão elétrica, de forma abrupta, tem o potencial de acarretar graves lesões à economia pública. 2. A concessão, pela Corte Regional, da pretendida suspensão, permitiu que referida obra atingisse avançado estágio, sendo certo que não houve efetiva demonstração da presença dos requisitos legais para fundamentar a pretendida suspensão (...)” (STF, SL 995 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 5 nov. 2019).

construção de linhas de transmissão elétrica. Foi dada liminar em 1º grau, mas revista pelo TRF-1. Daí se requereu a suspensão da negativa da liminar, o que foi indeferido pela presidência do STF. Assim, ao julgar o Agravo, argumenta o Relator, entre outras coisas, que:

as obras relacionados [sic] ao licenciamento descrito nos autos seguem seu curso regular há já alguns anos, devendo ser reconhecido, então, que sua abrupta interrupção acarretaria grave lesão à ordem econômica do estado de Roraima, o qual, como se sabe, é a única unidade da federação não interligada ao sistema nacional de energia elétrica, o que acarreta inúmeros problemas a sua população. Destaco, outrossim, que em hipóteses semelhantes, ocorridas em processos oriundos do estado do Mato Grosso, proferi decisões no mesmo sentido. Assim, por uma questão de coerência interna, devem ser aplicados à solução da controvérsia aqui instaurada os mesmos fundamentos por mim então utilizados. Vide: “No presente caso, entendeu-se que a suspensão do licenciamento e da respectiva obra, que possibilitaria um melhor aproveitamento do potencial hidrelétrico do país, poderia acarretar graves prejuízos à economia pública; por isso, entendeu-se que mais adequado se mostraria o acolhimento do pleito de suspensão, com o consequente prosseguimento dessa obra” (SL n.ºs 368, 722, 723 e 724).²²

Em nenhum momento do voto aparece menção à Convenção n. 169 da OIT, que foi totalmente desconsiderada pelo Relator e pela maioria que o seguiu. Em sentido diverso, vale a ressalva do voto vencido do Min. Edson Fachin:

Efetivamente, ressalto a impossibilidade de se desconsiderar as questões ambientais e mais especificamente indígenas, ao se tratar de questões econômicas, a ponto de considerar estas últimas como suficientes à concessão de suspensão de liminar pelo Poder Judiciário. Ora, na medida em que se trate de matéria atinente à manutenção da vida dessas comunidades, com grande impacto ambiental e sanitário, a desconsideração da consulta prévia, determinada pela Convenção n. 169 da OIT, como meio de informar os índios e de buscar um consenso em relação às obras a serem realizadas em seus territórios, de modo a sobrelevar a ordem e a economia pública como valores absolutos, não parece se coadunar com os princípios constitucionais atinentes ao tema. [...] A consulta preconizada pela Convenção, portanto, **é prévia** à realização de qualquer obra ou empreendimento que possa afetar as comunidades indígenas, e não se pode desconsiderá-la ao

argumento de que há outras formas de participação posteriores dos índios, já durante a realização de estudos ou mesmo das obras, restando de todo evidente que, os efeitos deletérios desses empreendimentos podem atingir de forma irreversível o modo de vida das comunidades que ali vivem²⁶.

É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal concedeu tutela de urgência em Ação Rescisória para desconstituir decisão contra acórdão da própria Corte que não conhecia de Agravo em Recurso Extraordinário interposto contra acórdão que deu provimento a procedimento anulatório de demarcação de terras indígenas que tramitou sem a citação do povo originário interessado, a comunidade indígena do povo Kaingang da Terra Indígena de Toldo de Boa Vista. No fundamento, foi exigido que a comunidade envolvida fosse citada para participar do processo de anulação.^{27, 28}

A ideia de que a consulta e o consentimento aos povos originários não são necessários em caso de instalação de equipamentos de infraestrutura necessários ao desenvolvimento, o que contraria a concepção ideológica albergada pela Constituição de 1988. Diferenciando o crescimento modernizante e o desenvolvimento econômico, as lições de Giovani Clark e Leonardo Alves Corrêa:

A diferença entre “crescimento modernizante” e “desenvolvimento”, portanto, está também associada ao processo metodológico de avaliação. Por um lado, o crescimento econômico é medido por meio da análise quantitativa do PIB em uma determina época; por outro, a avaliação do desenvolvimento inclui instrumentos de avaliação das alterações estruturais da sociedade e da economia, bem como a mudança na qualidade de vida da população (CLARK; CORRÊA, 2009, p. 44).

²⁶ O Min. também lembra que, no caso da discussão sobre a Reserva Raposa Serra do Sol (STF, Pet 3388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19 mar. 2009), se “rechaçou a possibilidade de contraposição entre desenvolvimento econômico e a correta tutela do patrimônio imaterial indígena” (STF, SL 995 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 5 nov. 2019).

²⁷ STF, AR 2750 MC-Ref, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, j. 31 ago. 2020.

²⁸ De fato, a nulidade da decisão encontraria fundamento até mesmo na dogmática processual com a categoria do litisconsórcio passivo necessário unitário. Contudo, a própria normatividade da Convenção n. 169 da OIT determina que a oitiva processual se dê diretamente ao povo interessado, independentemente da existência ou não de personalidade jurídica formalmente constituída dos povos originários e tradicionais. O que estamos dizendo é que a Convenção n. 169 da OIT reforça a necessidade de superação de eventuais óbices formais para concretizar um direito fundamental.

Ou seja, a concepção ideológica é que o crescimento econômico não induz a alterações nas estruturas sociais quando, em verdade, a concepção de desenvolvimento econômico adotada na Constituição de 1988 é de alteração qualitativa na estrutura social, econômica e política da sociedade brasileira (BERCOVICI, 2005).

Portanto, a partir dessa visão, o Governo do Estado de Roraima ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5905, pedindo a declaração parcial de inconstitucionalidade do Decreto n. 5.051/2004, que promulgou a Convenção n. 169 da OIT para excluir da sua interpretação a exigência de consulta prévia aos povos originários nos casos de instalação, pela União, de equipamentos e torres de transmissão e distribuição de energia elétrica, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente de saúde e educação, assim como o zoneamento ecológico-econômico.

O pedido busca tensionar os limites da Constituição ao jogar ela contra ela mesma, na medida em que é a partir de sua própria normatividade que introduz as convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos. O objetivo é impor uma determinada concepção de desenvolvimento econômico e necessidades que não contemplem os povos originários e tradicionais e, com isso, erodir o direito à autodeterminação desses povos originários e tradicionais. Até o momento da redação deste texto, a demanda ainda não foi julgada.

Contudo, no referendo da medida cautelar concedida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709/DF, em que a Articulação dos Povos Indígenas e alguns partidos alegavam falhas e omissões do governo federal na adoção de medidas de combate à pandemia da COVID-19 em relação aos povos originários, o Supremo Tribunal Federal condicionou a validade e eficácia na adoção de medidas epidemiológicas à consulta e consentimento dos povos originários (e não de suas entidades representativas) como forma de diálogo intercultural que propicia melhoramento no direito à saúde.²⁹

²⁹ O tema ficou assim exposto na ementa do acórdão: “[...]3. Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção. 4. Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção n. 169 da OIT, que é norma interna no Brasil” (STF, ADPF 709 MC-Ref, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 5 ago. 2020).

A análise dos julgados no Supremo Tribunal Federal revela uma contradição importante que faz com que não se efetive plenamente, no plano interno, o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado dos povos originários e tradicionais como previsto e incorporado na Convenção n. 169 da OIT. De uma parte, em algumas decisões e medidas que impactem diretamente os interesses dos povos indígenas e tradicionais relacionados a temas como direito à saúde, o STF interpreta a consulta em conjunto com o consentimento. De outra parte, quando se trata de interesses financeiros e do capital, a consulta, quando é exigida, afigura-se como medida meramente formal, ou seja, sem relação com o consentimento. Por isso, a utilização da perspectiva habermasiana da ação orientação para o consenso, nos termos da crítica feita por Dussel (2007, p. 348 e ss.): contenta-se com uma legitimidade formal, representada pela ética discursiva, de um princípio normativo-ético formal que é subsumido no campo político e que constitui o campo da política.

Desse modo, a concepção de fundo é a de que os povos originários e tradicionais não podem participar do desenvolvimento econômico, isto é, o direito à autodeterminação coletivo desses povos é um entrave e colidente aos interesses do crescimento modernizante. Há, portanto, a ideia de que esses povos não têm legitimidade para contribuir com o desenvolvimento econômico. Esse pano de fundo na contradição da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal revela, assim, um resquício da ideia de que os povos originários e tradicionais ainda são cidadãos de segunda categoria e/ou que seus interesses legítimos de ser/existir apenas são relevantes quando não afetem interesses econômicos automaticamente tomados como mais importantes. Seja como for, isso infringe diretamente a Constituição de 1988.

4. Conclusão

Como podemos ver, a mera incorporação da Convenção n. 169 da OIT ao nosso ordenamento jurídico não significou que o direito à consulta e o consentimento prévio, livre e informado fosse amplamente efetivado. Antes, ao contrário, a promulgação da Convenção n. 169 da OIT foi o estopim para o início de um processo de disputa em torno do sentido e da normatividade do direito à autodeterminação coletiva dos povos originários e tradicionais.

Sabemos bem que apenas a forma jurídica é insuficiente para assegurar a eficácia e a efetividade de disposições normativas que buscam mudar a estrutura

social, econômica e política. A forma jurídica fornece condições para a modificação da estrutura, contudo ela mesma não é condição suficiente, ou seja, embora seja necessária, não é suficiente. Por isso, há necessidade de mobilizações sociais e disputas políticas em torno do próprio sentido normativo.

Em suma, nosso artigo bem demonstra que houve avanços no direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado a partir de sua incorporação na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Todavia, esses avanços não significam, de modo algum, que o referido direito é plenamente atendido em todos os casos. Foi possível perceber que esse importante direito para os povos originários e tradicionais como mecanismo de autodeterminação coletiva, embora formalmente reconhecido, está em um constante processo de disputa e conflito com os interesses financeiros. É exatamente isso o que acontece com o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado estabelecido na Convenção n. 169 da OIT. Após sua incorporação, houve uma disputa em torno do sentido normativo que, inexoravelmente, acaba por desaguar no Supremo Tribunal Federal.

A atuação do Supremo Tribunal Federal na eficácia do direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado tem sido contraditória. Em primeiro lugar, como afirmado na Petição n. 3.388³⁰, embora essencial à validade, a consulta não resulta necessariamente em obtenção de consentimento. Como alerta, tal modo de compreender a normatividade da Convenção n. 169 da OIT acaba por dar natureza jurídica formal à consulta, e não substancial. Lado outro, entende o Supremo Tribunal Federal que, em alguns casos de construção de obras e investimentos, a consulta não será nem mesmo necessária. Contrariando o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Saramaka vs. Suriname” (ORGANIZAÇÃO..., 2007), o Supremo Tribunal Federal adota uma concepção econômica modernizante que desconsidera o direito à autodeterminação dos povos originários e tradicionais.

Dessa forma, respeitar e efetivar o direito fundamental à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado dos povos originários e tradicionais significa desfazer essas contradições e adotá-la em sua integridade, isto é, tanto para medidas legislativas e administrativas e decisões de políticas públicas que afetem seus territórios, quanto àquelas que lhes digam respeito diretamente,

³⁰ STF, Pet 3388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19 mar. 2009.

independentemente de eventuais outros interesses ou âmbitos materiais quaisquer. Devemos pensar que os povos originários e tradicionais são também agentes econômicos – embora com uma concepção de economia que refoge à lógica capitalista –, sociais e políticos, que atuam em prol do progresso e desenvolvimento nacional.

Por isso, não faz nenhum sentido relativizar referido direito quando a questão envolver um suposto direito ao desenvolvimento econômico. Em primeiro lugar, porque a própria expressão “desenvolvimento econômico” é imposta por uma lógica que refoge à cultura dos povos originários e tradicionais e, assim, sequer há como realizar um processo de consulta e consentimento prévio, livre e informado. Em segundo lugar, trata-se de uma concepção que, muitas vezes, é utilizada como mecanismo de afirmação da colonialidade de poder, saber e ser dos dominantes, no caso o padrão eurocêntrico, sobre os dominados.

Além do mais, em um plano normativo, o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado não tem condicionantes. Suas condições são estabelecidas no caso concreto, ou seja, no próprio processo consultivo. Por isso, a fundamental importância dos Protocolos Autônomicos de Consulta, que também devem ser estabelecidos de comum acordo entre as partes, ou seja, o Estado e os povos originários e tradicionais.

Enquanto imperar a razão na jurisdição do Supremo Tribunal Federal de que este pode estabelecer, à revelia do texto convencional e do texto constitucional, certas condições que interessem aos imperativos da “defesa” nacional e do livre “desenvolvimento econômico”, o direito fundamental à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado é relativizado e encontra-se sob a dependência da vontade dos agentes do poder público de ocasião e, como vimos, determinado pelos interesses financeiros e econômicos que continuam a exploração nas terras e recursos naturais que têm sua titularidade reconhecida e protegida pelo Direito Internacional e pelo Direito interno aos povos originários e tradicionais.

Referências

ALMEIDA, Antonio C. Aspectos das políticas indigenistas no Brasil. **Interações**, Campo Grande, MS, v. 19, n. 3, p. 611-626, jul./set. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/inter/a/rQk3vztRBF6WNbwCdwPTPFQ/?format=pdf&lang=pt>, acesso em: 25 de janeiro de 2022.

ARATO, Andrew. Procedural law and civil society: interpreting the radical democratic paradigm. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org.) **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Los Angeles: University of California Press, 1998.

BACHA E SILVA, Diogo. **Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o tribunal constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

BAHIA, Alexandre; EISAQUI, Daniel; BARROSO, Henrique. Crise e retrocesso dos direitos fundamentais em uma democracia iliberal e a necessidade de afirmação do Poder Judiciário como função contramajoritária. In: BAHIA, Alexandre; EISAQUI, Daniel; BARROSO, Henrique (org.) **Democracia e direitos fundamentais: reflexões críticas a partir da (in)tolerância**. Londrina: Thoth, 2020. p. 29-51.

BANIWA, André Fernando. O direito de consulta prévia dos povos indígenas no Estado da República Federativa do Brasil. In: AMELLER, V. *et al.* (org.) **El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina**. La Paz: Fundação Konrad Adenauer, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: CARVALHO NETTO, Menelick de. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional: escritos selecionados**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. v. 1.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 87-113, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/43787/27888>. Acesso em: 21 abr. 2022.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves. Direito Econômico e análise do discurso: uma avaliação do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC) e seu conteúdo ideológico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 55, p. 33-62, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/102/95>. Acesso em: 21 abr. 2022.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro – a origem do mito da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1993.

DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación II: Arquitectónica**. Madri: Ed. Trotta, 2007.

DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. **The University of Chicago Law Review**, v. 59, n. 1, p. 381-432, 1992.

FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. **Revista InSURgência**, Brasília, ano 1, v. 1, n. 2, p. 142-175, 2015.

GOMES, David. Sobre o conceito moderno de constituição: proposta de uma nova abordagem. In: OLIVEIRA Marcelo A. Cattoni de. (org.). **Constitucionalismo e história do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020a.

GOMES, David. Constitucionalismo e dependência: em direção a uma Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade. In: CUNHA, José Ricardo (org.). **Teorias críticas e crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020b. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. 6ª ed. Madrid: Trotta, 2010.

HABERMAS, Jürgen. O filósofo como verdadeiro professor de direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 179-190, jun./dez. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35234/34034>. Acesso em: 21 abr. 2022.

LEARY, Virginia A. **La utilización del Convenio n. 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

MAGALHÃES, José L. Quadros. Pluralismo epistemológico e modernidade. *In*: MAGALHÃES, José L. Quadros (org.). **Direito à diversidade e o estado plurinacional**. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

MARIÁTEGUI, José Carlos. **7 ensayos de interpretación de la realidad peruana**. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 2007. Disponível em: https://www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana/contador/sumar_pdf.php?id_libro=1771. Acesso em: 21 abr. 2022.

MARINI, Ruy Mauro. A Constituição de 1988. **Revista InSURgência**, Brasília, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/19036/17606>. Acesso em: 21 abr. 2022.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Expressão popular, 2008.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958>. Acesso em: 15 fev. 2022.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. **Teoria da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro, março de 2008. 107^a Sessão Plenária, em 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 15 fev. 2022.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 7-24. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624092356/4_Lander.pdf. Acesso em: 21 abr. 2022.

QUIJANO, Aníbal. José Carlos Mariátegui: reencuentro y debate. *In: MARIÁTEGUI, José Carlos. 7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 2007. Disponível em: https://www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana/contador/sumar_pdf.php?id_libro=1771. Acesso em: 21 abr. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 104. p. 241-286, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857/70465>. Acesso em: 21 abr. 2022.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SCHMITT, Carl. *O nomos da terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

SILVA, Liana Lima Amim. *Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: re-existir para co-existir*. 2017. Tese (Doutorado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

SILVA, Liana Amin Lima da. Convenção 169 da OIT e a livre determinação dos povos: protocolos autônomos de consulta como estratégia jurídica diante das ameaças aos territórios tradicionais. *Revista InSURgência*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 56-77, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/28875/25159>. Acesso em: 21 abr. 2022.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. *In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Porto, Portugal: Afrontamento, 2004.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; LIMA, Liana Amin; OLIVEIRA, Rodrigo. *Protocolos autonómicos de consulta previa y el derecho a la libre determinación*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2021. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2021/05/protocolos-de-consulta-em-espanhol-WEB.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

SVAMPA, Maristella. **Debates latinoamericanos**: indianismo, desarrollo, dependência, populismo. Buenos Aires: Edhasa, 2016.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El otro derecho**, Bogotá, n. 30, p. 174-195, jul. 2004. Disponível em: <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/128elotrdr030-06.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. **Amazônica**, v. 1, n. 2, p. 368-405, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/view/294/461>. Acesso em: 21 abr. 2022.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El Derecho en America Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2012.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.254/RJ**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 9 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385459>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239/DF**. Relator: Min. Cezar Peluso. Relatora para acórdão: Min. Rosa Weber, 8 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.573/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Relator para o acórdão: Min. Eros Grau, 1º de dezembro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395720>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.905/RR**. Relator: Min. Luiz Fux. Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5365245>. Acesso em: 24 abr. 2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental na Ação Cautelar 4.128/AM**. Relator: Min. Luiz Fux, 1º de dezembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14207638>. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 995/AM**. Relator: Min. Dias Toffoli, 5 de novembro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751512012>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração na Petição 3.388/RR**. Relator: Min. Roberto Barroso, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Acesso em: 21 abr. 2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Petição 3.388/RR**. Relator: Min. Carlos Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 466.343/SP**. Relator Min. Cezar Peluso, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 24 abr. 2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Rescisória 2.750/RS**. Relatora: Min^a. Rosa Weber, 31 de agosto de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753953097>. Acesso em: 24 abr. 2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 21 abr. 2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Segundo Agravo Regimental na Ação Cível Originária 1.295/SP**. Relator: Min. Dias Toffoli, 14 de outubro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617537>. Acesso em: 24 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname**. Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas) Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf. Acesso em: 24 abr. 2022.

FRANÇA. **Décision 74-54, DC du 15 janvier 1975**. Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse. [Paris]: Le Conseil Constitutionnel, 1975. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>. Acesso em: 24 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso “Almonacid Arellano e outros Vs. Chile”**. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname**. Sentença de 28 de novembro de 2007 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/ccl1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 8 fev. 2022.

Legislação citada

BRASIL. **Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003.** Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília: Presidência da República, 2003. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Disponível em: Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 24 abr. 2022. Revogado pelo Decreto nº 10.088, de 2019.

BRASIL. **Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007.** Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto 8.750, de 9 de maio de 2016.** Institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8750.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto 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. Brasil: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.001%2C%20DE%2019,sobre%20o%20Estatuto%20do%20C3%8Dndio.&text=Art.,e%20harmoniosamente%2C%20C3%A0%20comunh%C3%A3o%20nacional. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto legislativo 788, de 12 de julho de 2005.** Autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás. Brasília: Congresso Nacional, 2005. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=14/07/2005&txpagina=33757&altura=700&largura=800. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.