

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL**  
**ÁREA DE CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO MESTRADO ACADÊMICO**

**MATEUS VINICIUS KAISER**

**PROTOCOLOS DE CONSULTA E PLANOS DE GESTÃO TERRITORIAL E  
AMBIENTAL DOS POVOS INDÍGENAS: ANÁLISE A PARTIR DO PLURALISMO  
JURÍDICO E DO PRINCÍPIO POLÍTICO DO COMUM**

**Caxias do Sul**

**2024**

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL**  
**ÁREA DE CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO MESTRADO ACADÊMICO**

**MATEUS VINICIUS KAISER**

**PROTOCOLOS DE CONSULTA E PLANOS DE GESTÃO TERRITORIAL E  
AMBIENTAL DOS POVOS INDÍGENAS: ANÁLISE A PARTIR DO PLURALISMO  
JURÍDICO E DO PRINCÍPIO POLÍTICO DO COMUM**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira.

**Caxias do Sul**

**2024**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Universidade de Caxias do Sul  
Sistema de Bibliotecas UCS - Processamento Técnico

K13p Kaiser, Mateus Vinicius

Protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental dos povos indígenas [recurso eletrônico] : análise a partir do pluralismo jurídico e do princípio político do Comum / Mateus Vinicius Kaiser. – 2024.

Dados eletrônicos.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2024.

Orientação: Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira.

Modo de acesso: World Wide Web

Disponível em: <https://repositorio.ucs.br>

1. Índios - Estatuto legal, leis, etc.. 2. Pluralismo jurídico. 3. Gestão ambiental. 4. Direito ambiental. 5. Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais. I. Silveira, Clóvis Eduardo Malinverni da, orient. II. Título.

CDU 2. ed.: 342.7(=1-82)

Catalogação na fonte elaborada pela(o) bibliotecária(o)  
Márcia Servi Gonçalves - CRB 10/1500

**“PROTOCOLOS DE CONSULTA E PLANOS DE GESTÃO TERRITORIAL E  
AMBIENTAL DOS POVOS INDÍGENAS: ANÁLISE A PARTIR DO PLURALISMO  
JURÍDICO E DO PRINCÍPIO POLÍTICO DO COMUM”**

**Mateus Vinicius Kaiser**

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Sociedade.

Linha de pesquisa: Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico.

Caxias do Sul, 07 de novembro de 2024.

Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira (Orientador)  
Universidade de Caxias do Sul

Profa. Dra. Talissa Truccolo Reato  
Universidade de Caxias do Sul

Profa. Dra. Ana Paula Atz  
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Carlos Frederico Marés  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Airton Guilherme Berger Filho  
Universidade Federal do Pampa

## APRESENTAÇÃO

A finalidade do presente tópico é (1) descrever qual tem sido a posição ocupada pelo objeto deste manuscrito dentro do quadro hegemônico do Direito, (2) explicar o motivo pelo qual se trabalha o Direito indígena dentro de um programa de pós-graduação em Direito ambiental e (3) realizar uma mirada retrospectiva das pesquisas já realizadas até o momento, envolvendo povos indígenas e o Direito.

A presente dissertação trata de temas que podem ser classificados, sem maiores dificuldades, como periféricos, porque definitivamente não estão colocados entre os principais objetos estudados nas faculdades de Direito.

Protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental são documentos jurídicos produzidos pelos povos indígenas, com o objetivo de estabelecer uma comunicação democrática entre povos indígenas e a sociedade envolvente. Protocolos e PGTAs, portanto, estão vinculados com o tema da participação (instrumentos de aperfeiçoamento da democracia) e são, como se demonstrará, grandes exemplos de pluralismo jurídico.

Trata-se de uma dissertação a respeito do Direito indígena (e Direito indigenista)<sup>1</sup>. Os povos indígenas e o seu próprio Direito, ao longo da história do Brasil, sempre foram invisibilizados, tratados como sujeitos e instituições que deveriam ser "assimilados" e, com o tempo, desaparecer. Em relação ao tratamento, até agora dispensado aos povos indígenas pelo Direito estatal, é significativo o título do livro de Marés (2018): "O renascer dos povos indígenas para o Direito". Esse título denota a tentativa dos povos de ocupar um espaço, ter voz e reconhecimento dentro do universo jurídico.

Ainda com preocupações a respeito da marginalidade dos temas desta dissertação, verifica-se, também, que os seus dois aportes teóricos principais não gozam de grande receptividade nos círculos doutrinários<sup>2</sup> tradicionais: (1) o pluralismo jurídico é combatido pela corrente monista que coloca o Direito estadualista como personagem principal (único?) de um monólogo do "dizer o

---

<sup>1</sup> Conforme Antunes (2019, p. 1), "Direito Indigenista é o direito produzido pela sociedade envolvente para disciplinar a relação com os indígenas. Direito indígena é o Direito costumeiro de cada povo indígena". O reconhecimento dessa diferença abre o caminho para a aceitação do pluralismo jurídico, que será discutido em capítulo próprio.

<sup>2</sup> Em relação ao pluralismo jurídico, Hespanha (2019, p. 31) comenta que "A doutrina ou dogmática jurídica, elaborada pelos juristas com base no modelo de um Direito estadual, raramente se adequaria bem a este novo Direito fracamente ligado ao Estado, pois os princípios que orientavam esses saberes tinham justamente como axioma a ligação indissolúvel entre Direito e Estado".

direito" e (2) o princípio político do Comum e as formas de gerenciar bens a partir de seus valores são sempre confrontados pela "onipotência do Estado e do Mercado" (Silveira, 2019, p. 18), da mesma forma que a cultura indígena é "vilipendiada pelos referenciais da propriedade privada, por um lado, e da soberania (no plano do direito público<sup>3</sup>)" (Silveira; Demori; Kaiser, 2023, p. 75).

No entanto, a falta de prestígio que esses assuntos (protocolos de consulta, pluralismo jurídico etc.) têm recebido dos centros de debate jurídico parece, em alguma medida, demonstrar a necessidade de trabalhá-los de maneira dedicada e técnica, a partir do ponto de vista de valorização do Sul global.

A luta dos povos indígenas é a luta por liberdade, por território, por autodeterminação e pelo direito de existir como povo culturalmente diferenciado; essas lutas são compartilhadas ao redor do globo por inúmeros povos que carregam os infortúnios do colonialismo sobre as costas. Cita-se, em razão da similaridade das privações experienciadas, a questão do povo palestino, que luta (1) pela manutenção de sua cultura, (2) dos seus territórios, (3) da sua autodeterminação, (4) pelo direito de falar e ser representado nos fóruns internacionais, (5) contra o apagamento de suas subjetividades e (6) contra o preconceito e o rótulo de "terrorista" (Said, 2012). Não obstante a violação de direitos básicos (causados pelo sionismo), os palestinos ainda devem suportar o silêncio dos intelectuais, que pouco têm a dizer a respeito de sua condição (Said, 2012, p.131).

Constatada a alegada falta de prestígio dos assuntos jurídicos dos povos indígenas, é natural que surjam (e, de fato, surgiram) objeções relacionadas com a pertinência temática de trabalhar o assunto "povos indígenas" em um programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito ambiental. Considero a questão indígena um problema socioambiental por excelência, de modo que não há, no Brasil, pensar em políticas públicas ou grandes investimentos envolvendo recursos naturais, que não afetem povos indígenas e tradicionais. Como exemplo, pode-se citar a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, que causou inúmeros prejuízos ambientais e deslocamentos de comunidades indígenas (Silveira; Kaiser; Cadó, 2024).

Talvez por esse motivo, a maioria dos doutrinadores de Direito ambiental incluem curtos capítulos sobre os povos indígenas em seus manuais. Nesses termos, Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 398) referem que as terras indígenas são

---

<sup>3</sup> No mesmo sentido, Marés (2018, p. 65) afirma que "nesta dicotomia público e privado, os Direitos territoriais dos povos indígenas ficam no meio, e por ser uma dicotomia, excluídos".

fundamentais para a proteção dos bens jurídicos ambientais<sup>4</sup> e que existe "forte conexão entre a proteção dos direitos indígenas e a tutela ecológica". No mesmo sentido, Ricoveri (2012, p. 88) aponta que "a destruição das economias locais e de subsistência, em todos os países do mundo do Sul e do Norte [...], passa pelo desmantelamento da legislação sobre o meio ambiente". Seja como for, a questão da pertinência temática está considerada superada.

Por fim, cumpre realizar um breve exercício de retrospectiva (inclusive com tom de agradecimento) dos estudos que me conduziram ao mestrado e a escolher, entre tantas alternativas, trabalhar com o Direito dos povos indígenas.

Em 2021, ainda no período de graduação (UCS), entrei, como bolsista voluntário, no grupo de pesquisa Direito Ambiental Crítico (DAC) e fui orientado pelo professor Dr. Clóvis Malinverni da Silveira. Naquele período, tive contato com alguns livros e ideias de José Lutzenberger e, em paralelo, comecei a estudar patrimônio genético (PG) e conhecimentos tradicionais associados (CTA), com o auxílio da Mestre Marciana Magni, participante do nosso grupo de pesquisa e egressa do programa de pós-graduação do qual atualmente faço parte. Claramente eu havia me interessado pelo tema e, por esse motivo, quando chegou o momento de produzir trabalho de conclusão de curso, fui apresentado ao tema dos protocolos de consulta indígenas. Aceitei a proposta do orientador mesmo sem saber a potencialidade criativa do tema.

O vínculo entre protocolos de consulta e conhecimentos tradicionais associados e patrimônio genético é direto: quando uma empresa deseja acessar o patrimônio genético e conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, o consentimento deles é essencial. Esse consentimento coletivo é extraído (ou não) a partir de uma consulta prévia, que, obrigatoriamente, deverá seguir o procedimento descrito no protocolo de consulta de cada povo. O trabalho de conclusão de curso foi apresentado com o título "Protocolos de consulta: natureza jurídica, força vinculante e consentimento" e certamente constituiu uma base segura a partir da qual o presente trabalho pôde avançar.

---

<sup>4</sup> No mesmo sentido, Marés (2016, p. 39): "A luta dos povos tradicionais por território, assim, sempre se complementa com a proteção da natureza".

Momento significativo, que ampliou os horizontes dessa pesquisa, aconteceu durante uma "oficina de projetos"<sup>5</sup> em que, após apresentar minhas ideias, recebi a indicação (do professor Dr. Airton Guilherme Berger Filho) de incluir no projeto algo relacionado ao tema do pluralismo jurídico, que parecia ter vínculo com o fato de os próprios povos indígenas produzirem documentos jurídicos<sup>6</sup>. Essa sugestão fez a pesquisa vislumbrar novos horizontes e, por esse motivo, tenho que agradecer a todos aqueles que estiveram comigo durante a caminhada acadêmica (que jamais pode ser feita sem amigos).

---

<sup>5</sup> Reunião do grupo Direito Ambiental Crítico na qual os participantes apresentam suas ideias, independentemente do estágio (incipiente ou avançado) da pesquisa, para uma banca de professores e alunos. Depois da apresentação, cada ouvinte dá sua impressão do trabalho e procura dar contribuições.

<sup>6</sup> De fato, "Em suas lutas pela defesa de seus direitos, as populações indígenas constituem sua própria identidade firmando nacionalmente um Direito autônomo e ancestral, rompendo com a lógica alienante da juridicidade abstrata da modernidade iluminista" (Wolkmer, 2015a, p. 224).



## RESUMO

O presente trabalho trata de protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental, que são documentos jurídicos produzidos por povos indígenas. Esses documentos são instrumentos importantes para a defesa de direitos substanciais dos povos indígenas e estão ligados a um movimento de ampliação da participação desses povos no debate público. Protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental são analisados a partir dos aportes teóricos do pluralismo jurídico e do princípio político do Comum: faz-se uma subsunção entre os aportes teóricos e os aqui denominados documentos jurídicos descentralizados dos povos indígenas. Essa pesquisa verifica a potencialidade do pluralismo jurídico e do Comum para incrementar a democracia, no sentido de proporcionar vez e voz aos povos indígenas. Busca-se novas formas de deliberação e decisão, que prestigiam os sujeitos afetados/implicados na *práxis*, em detrimento de maiorias sufragísticas. O objetivo geral do presente trabalho consiste em analisar os protocolos de consulta e os planos de gestão territorial e ambiental de maneira a verificar em que medida eles podem ser considerados expressões do pluralismo jurídico e do princípio político do Comum, num contexto histórico de ruptura com o paradigma integracionista, com a finalidade de demonstrar a importância desses documentos autônomos para o incremento da participação democrática dos povos originários. O trabalho foi desenvolvido na forma monográfica, valendo-se de revisões bibliográficas, com apoio de doutrina, jurisprudência, artigos, e análises documentais de protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo. Conclui-se que o pluralismo jurídico e o princípio político do Comum são aportes teóricos privilegiados para compreender o movimento de aumento da participação política dos povos indígenas verificado após o surgimento, no plano internacional, da Convenção 169 da OIT. Pluralismo jurídico e Comum estabelecem relações simbióticas entre si e favorecem olhares renovadores sobre a participação indígena, que não pode ocorrer sem respeito aos protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental.

**Palavras-chave:** Povos indígenas; Convenção 169 da OIT; direito de consulta; protocolo de consulta; plano de gestão territorial e ambiental; pluralismo jurídico; princípio político do Comum.

## ABSTRACT

This work deals with consultation protocols and territorial and environmental management plans, which are legal documents produced by indigenous peoples. These documents are important instruments for defending the substantial rights of indigenous peoples and are linked to a movement to expand the participation of these peoples in public debate. Consultation protocols and territorial and environmental management plans are analyzed based on the theoretical contributions of legal pluralism and the political principle of the Common: a subsumption is made between the theoretical contributions and the decentralized legal documents of indigenous peoples. This research examines the potential of legal pluralism and the Commons to increase democracy, in the sense of giving indigenous peoples a voice. It seeks new forms of deliberation and decision-making that give prestige to the people affected/involved in the practice, to the detriment of majorities. The general objective of this work is to analyze consultation protocols and territorial and environmental management plans in order to verify to what extent they can be considered expressions of legal pluralism and the political principle of the Commons, in a historical context of rupture with the integrationist paradigm, with the purpose of demonstrating the importance of these autonomous documents for increasing the democratic participation of indigenous peoples. The work was developed in monographic form, using bibliographic reviews, with support from doctrine, jurisprudence, articles, and documentary analyses of consultation protocols and territorial and environmental management plans. The method used was hypothetical-deductive. It is concluded that legal pluralism and the political principle of the Commons are privileged theoretical contributions to understand the movement of increased political participation of indigenous peoples observed after the emergence, at the international level, of ILO Convention 169. Legal pluralism and the Commons establish symbiotic relationships with each other and favor renewed perspectives on indigenous participation, which cannot occur without respect for consultation protocols and territorial and environmental management plans.

**Keywords:** Indigenous peoples; ILO Convention 169; right of consultation; consultation protocols; territorial and environmental management plans; legal pluralism; political principle of the Common.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2 HISTÓRIA DO DIREITO INDÍGENA NO BRASIL</b>	<b>14</b>
2.1 A SITUAÇÃO DOS POVOS ORIGINÁRIOS DURANTE A COLONIZAÇÃO DO BRASIL	14
2.1.1 O contato com o europeu	15
2.1.2 Instituições de proteção ao indígena no século XX	20
2.1.3 A manutenção da cultura indígena no contexto brasileiro	24
2.1.4 A violência sofrida pelos povos indígenas na atualidade	25
2.2 NOVOS CAMINHOS DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO	28
2.2.1 A importância da Convenção 169 da OIT na proteção dos direitos indígenas	29
2.2.2 A busca pela igualdade material e a efetivação dos direitos positivados	33
2.2.3 A Convenção 169 e a autonomia dos povos	36
<b>3 APORTES TEÓRICOS: PLURALISMO JURÍDICO E PRINCÍPIO POLÍTICO DO COMUM</b>	<b>41</b>
3.1 O PLURALISMO JURÍDICO	41
3.1.1 O monismo jurídico	43
3.1.2 O positivismo, além de uma teoria, é uma ideologia?	47
3.1.3 O conceito de pluralismo jurídico	51
3.1.4 Povos indígenas e pluralismo jurídico	59
3.1.5 Relacionamento entre ordenamentos jurídicos	61
3.1.6 Pluralismo jurídico e América Latina	68
3.1.7 Pluralismo jurídico: apontamentos e reflexões	74
3.2 O PRINCÍPIO POLÍTICO DO COMUM	79
3.2.1 A díade soberania/propriedade privada	80
3.2.2 Cercamentos e despossessão	84
3.2.3 O conceito de Comum	88
3.2.4 Comum e povos indígenas	92
3.2.5 Direito e Comum: uma relação com inclinação pluralista	94
3.2.6 O elemento "regra" ou "protocolo social"	97

<b>4 DOCUMENTOS JURÍDICOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS</b>	<b>101</b>
4.1 PROTOCOLOS DE CONSULTA	101
4.1.1 Representação dos povos indígenas	102
4.1.2 Novos espaços de representação política	104
4.1.3 O direito de consulta e o aumento da participação dos povos	107
4.1.4 A consulta e o direito à diferença	112
4.1.5 Principais características dos protocolos de consulta	115
4.1.6 Protocolos e a formação do consentimento dos povos	118
4.1.7 Instituições financeiras, povos indígenas e poder de veto	122
4.2 PLANO DE GESTÃO TERRITORIAL E AMBIENTAL	127
4.2.1 Propriedade comum e especial: dois perfis	127
4.2.2 O regime jurídico das terras indígenas	131
4.2.3 Gestão autônoma das terras indígenas	136
4.2.4 Plano de gestão territorial e ambiental	140
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>146</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>154</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda um tema específico localizado no âmbito do Direito dos povos indígenas: os documentos jurídicos produzidos pelos povos indígenas (protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental); esses documentos simbolizam a afirmação da autonomia dos povos originários no cenário político brasileiro.

Enquanto os protocolos de consulta estão ligados aos temas da representação coletiva e da participação política, os planos de gestão vinculam-se ao tema da gestão comunitária dos recursos ambientais de subsistência.

O surgimento de protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental só foi possível em razão da ratificação da Convenção 169 e da promulgação da Constituição Federal de 1988, que (ao menos no plano formal) superaram o paradigma assimilacionista (que pretende integrar totalmente o indígena na sociedade envolvente).

Os povos indígenas, com seus modos de vida, mantêm diferenças insuprimíveis em relação à sociedade brasileira; suas práticas culturais descentralizadas chamam a atenção dos juristas que se valem das lentes do pluralismo jurídico e seus modos de gestão coletiva da terra são notados com interesse pelos pesquisadores do Comum.

A percepção de que o pluralismo jurídico e o Comum são aportes teóricos apropriados para visualizar os documentos jurídicos produzidos pelos povos indígenas presidiu a organização dos capítulos deste trabalho.

O objetivo geral do presente trabalho consiste em analisar os protocolos de consulta e os planos de gestão territorial e ambiental de maneira a verificar em que medida eles podem ser considerados expressões do pluralismo jurídico e do princípio político do Comum, num contexto histórico de ruptura com o paradigma integracionista, com a finalidade de demonstrar a importância desses documentos autônomos para o incremento da participação democrática dos povos originários.

São quatro os objetivos específicos: (1) selecionar e analisar, no ordenamento jurídico, os diplomas legislativos que conferem autonomia e abertura pluralista aos povos indígenas; (2) discutir em que medida as práticas jurídicas dos povos indígenas são expressões de um pluralismo jurídico (de tipo emancipador) e do princípio político do Comum; (3) a partir da prática dos povos indígenas, analisar

os vínculos existentes entre os aportes teóricos do pluralismo jurídico e do princípio político do Comum; e (4) verificar a existência de vínculo entre pluralismo jurídico e Comum com o incremento da democracia, no sentido de aumentar a participação política dos povos originários.

O problema de pesquisa é, portanto, a verificação do vínculo existente entre os aportes teóricos e os documentos jurídicos produzidos pelos próprios povos indígenas, com a intenção de compreender a repercussão desse movimento no plano da participação democrática dos povos indígenas. Procura-se responder às seguintes questões: (1) quais são os diplomas legislativos que conferem autonomia e abertura pluralista aos povos indígenas?; (2) existem vínculos possíveis entre os aportes (pluralismo jurídico e Comum) e os documentos jurídicos (PGTAs e protocolos de consulta)?; (3) há vínculos entre os aportes teóricos do pluralismo jurídico e do princípio político do Comum?; e (4) há relação entre pluralismo jurídico e Comum com o incremento da democracia, no sentido de aumentar a participação política dos povos originários?

O primeiro capítulo trata de contextualizar a condição dos povos indígenas brasileiros. Para este fim, o capítulo foi dividido em duas partes: a primeira apresenta brevemente a história dos povos indígenas no Brasil e a segunda aborda os fundamentos legais que deram condições de autonomia e de continuidade da cultura indígena (destaque para a Convenção 169 da OIT).

O segundo capítulo é destinado a apresentar os dois aportes teóricos a partir dos quais serão analisados os documentos jurídicos dos povos indígenas. O pluralismo jurídico e o princípio político do Comum têm inúmeros pontos de convergência: ambos carregam em si uma potência renovadora (e descentralizadora), capaz de torná-los especialmente ricos para atacar as questões que envolvem Direito e povos indígenas.

Por fim, o terceiro capítulo trabalha de modo mais detalhado os protocolos de consulta (abordando também a representação coletiva dos povos indígenas, o direito de consulta e a formação de consentimento) e os planos de gestão ambiental (abordando também o regime de propriedade especial étnica, o conceito de terra indígena e a importância da gestão autônoma dos territórios).

O trabalho foi desenvolvido na forma monográfica, valendo-se de revisões bibliográficas, com apoio de doutrina, jurisprudência, artigos, e análises documentais de protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo; e houve uma tentativa de explicitar essa opção com a estrutura lógica dos capítulos: o primeiro capítulo teve o objetivo de contextualizar historicamente a discussão, abrindo espaço para que, no segundo capítulo, fossem abordados os aportes teóricos (geral) utilizados para compreender, no terceiro capítulo, os documentos jurídicos indígenas (particular).

Dito de outra forma: o objetivo principal deste trabalho é realizar um exercício de subsunção, para "ler" os protocolos de consulta e os planos de gestão territorial ambiental à luz do pluralismo jurídico e do princípio político do Comum. Portanto, o segundo capítulo tem o objetivo de descrever os aportes teóricos para que seja possível verificar se os protocolos de consulta e os planos de gestão territorial e ambiental realmente trabalham a partir das diretrizes fornecidas por eles.

O trabalho dá grande relevância a alguns autores, tais como Carlos Marés, Antônio Wolkmer, Antonio Hespanha, Darcy Ribeiro, Paulo de Bessa Antunes, José Isaac Pilati, Norberto Bobbio, Clóvis Malinverni da Silveira, Giovanna Ricoveri, Pierre Dardot, Christian Laval, David Bollier, Marcelo Grondin, Moema Viezzer e Manuela Cunha. Cada um dos autores mencionados teve papel fundamental na formação (em sentido amplo) do autor deste trabalho, fato que pretende justificar o motivo de haver, no corpo do manuscrito, tantas citações de um mesmo autor. Não obstante, houve esforço no sentido de diminuir o "aspecto de monocultura" das fontes, com a pesquisa de artigos publicados em revistas acadêmicas.

Discute-se, agora, a convergência do trabalho à área de concentração e às linhas de pesquisa do programa. A área de concentração do programa de pós-graduação em Direito (UCS) é denominada "Direito Ambiental e Sociedade", opção que conota a importância de uma aproximação metodológica entre o meio ambiente e os problemas sociais a ele relacionados:

No recorte temático proposto pela área de concentração, objetiva-se debater, elucidar e problematizar a contribuição do Direito para um projeto de sustentabilidade da sociedade e da natureza, independentemente da divisão que se possa fazer em termos didáticos [...] (Silveira, 2016, p. 276).

Adotando-se essa perspectiva, os temas envolvendo povos indígenas ganham relevância: daí surge uma miríade de relações que exigem um olhar "socioambiental".

A respeito da aderência às linhas de pesquisa do programa de pós-graduação em Direito (UCS), este manuscrito insere-se na linha "Direito

ambiental e novos direitos"; essa aderência fica clara quando se verifica que o presente trabalho aborda a emergência dos documentos jurídicos dos povos indígenas e o incremento da autonomia dos povos indígenas no cenário político, ligados ao direito de consulta (de terceira geração): a implementação de um protocolo de consulta é, ela mesma, o exercício de um "novo direito", que funciona como instrumento de participação coletiva no debate político. Não é necessário demonstrar, aqui, que a garantia da participação dos povos indígenas nos debates democráticos repercute positivamente na manutenção do meio ambiente.

Nesses termos, entende-se que direitos socioambientais e etnoculturais estão albergados pela linha de pesquisa Direito ambiental e novos direitos:

se amoldam, na linha de pesquisa [Direito ambiental e novos direitos], os **direitos socioambientais e etnoculturais**; os direitos dos refugiados climáticos; [...]. De maneira geral, cabem, nessa demarcação, as discussões sobre direitos ou **demandas por direitos associadas à proteção do ambiente na perspectiva dos grupos/classes sociais vulneráveis da América Latina e do Sul global** (Silveira, 2016, p. 288).

Reitera-se, também, a adequação temática do trabalho aos "grupos/classes sociais vulneráveis da América Latina e do Sul global".

Ainda com o objetivo de relacionar o presente trabalho a elementos externos justificadores (ou legitimadores), menciona-se a vinculação existente entre o objeto da pesquisa e os ODSs 10 (Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles) (Nações Unidas Brasil, 2024a) e 16 (Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis) (Nações Unidas Brasil, 2024b). Em especial, o objetivo 10.2: "até 2030, empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra" e o objetivo 16.7 "garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis".



## 2 HISTÓRIA DO DIREITO INDÍGENA NO BRASIL

Este capítulo tem o objetivo de contextualizar a condição dos povos indígenas brasileiros, para que seja possível trabalhar adequadamente aquilo que foi aqui chamado de "documentos jurídicos dos povos indígenas". Para este fim, o capítulo foi dividido em duas partes: a primeira apresenta brevemente a história dos povos indígenas no Brasil e a segunda aborda os fundamentos legais que deram condições de autonomia e de continuidade da cultura indígena (destaque para a Convenção 169 da OIT).

Apesar de não tocar diretamente nos objetivos desta dissertação, o debate a respeito da história da colonização do Brasil não pode ficar alheio às discussões: é exatamente o passado que nos legou um sistema político excludente, que justifica a luta em busca da igualdade material dos povos indígenas; é o passado que explica a necessidade de positivar direitos coletivos de participação e manutenção da cultura indígena.

O Direito (e os direitos), se descontextualizado, se alheado do plano do *ser*, pode rapidamente desbotar e perder sua força e legitimidade. Daí a importância de trabalhar as conquistas legislativas ao lado das condições materiais que as engendraram.

### 2.1 A SITUAÇÃO DOS POVOS ORIGINÁRIOS DURANTE A COLONIZAÇÃO DO BRASIL

Schwarcz e Starling (2018, p. 21) colocam a difícil questão de pensar o impacto e significado de descobrir um mundo totalmente diferente, que desafia, pelo simples fato de existir, todas as bases da cultura europeia; um mundo novo:

Novo, porque ausente dos mapas europeus; novo, porque repleto de animais e plantas desconhecidos; novo, porque povoado por homens estranhos, que praticavam poligamia, andavam nus<sup>7</sup> e tinham por costume fazer a guerra e comer uns aos outros. Eram canibais, afirmavam os primeiros relatos, cheios de curiosidade, exotismo e imaginação (Schwarcz; Starling, 2018, p. 21).

---

<sup>7</sup> "No aspecto mais positivo, a desnudez confirmava a suposição da existência física do Paraíso naquele continente. No aspecto mais negativo, havia a presença de gentios danados vivendo no mais nefando estado de pecado com sua nudez" (Caldeira; Sekula; Schabib, 2020, p. 31).

Este tópico pretende descrever, de maneira resumida, para preparar o ambiente para as posteriores discussões, os principais efeitos da colonização do Brasil em relação aos povos indígenas.

### **2.1.1 O contato com o europeu<sup>8</sup>**

Antes da chegada do europeu, viviam na costa atlântica inúmeros povos indígenas (Ribeiro, 2006, p. 26), organizados de forma singela e estrutura social igualitária; não possuíam castas superiores ou "camadas inferiores condicionadas à subordinação", de modo que não constituíam algo semelhante a um Estado (Ribeiro, 2006, p. 30). Habitavam nessa terra<sup>9</sup> sociedades marcadas "pela diversidade de povos e idiomas", vivendo em aldeias (Grondin; Viezzer, 2021, p. 121).

Em 1500, uma expedição<sup>10</sup> portuguesa, chefiada por Pedro Álvares Cabral, chega ao que hoje é o litoral do Brasil. Ao chegarem, "foi celebrada a primeira missa<sup>11</sup>, à qual assistiram os portugueses, acompanhados por indígenas que observavam o ritual do começo ao fim" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 121). Após a missa, Cabral promove uma troca de presentes<sup>12</sup> com alguns índios, "marcando o suposto início de relações amigáveis entre portugueses e nativos" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 121).

O "enxame de invasores" europeus, ao contrário dos povos originários, faziam parte de uma "vetusta civilização urbana e classista" (Ribeiro, 2006, p. 34). Quando se defrontaram, índios e europeus, no litoral brasileiro de 1500, ficaram "pasmados de se verem uns aos outros tal qual eram": os navegantes eram barbudos e "fedentos de meses de navegação oceânica", enquanto os nativos vestiam-se da nudez e eram "esplêndidos de vigor e de beleza" (Ribeiro, 2006, p. 39).

---

<sup>8</sup> "São os 'descobridores' que inauguram e conferem aos gentios uma entrada - de serviço - no grande curso da História" (Cunha, 2012, p. 8).

<sup>9</sup> "Os relatos, oficiais ou não, em toda a América repetem a beleza, a saúde e a mansidão dos índios e a quantidade de gente encontrada, desfazendo qualquer ideia de terra desabitada" (Marés, 2018, p. 28).

<sup>10</sup> "O motor dessa expansão era o processo civilizatório que deu nascimento a dois Estados nacionais: Portugal e Espanha, que acabavam de constituir-se, superando o fracionamento feudal que sucedera à decadência dos romanos" (Ribeiro, 2006, p. 35).

<sup>11</sup> "Eles se davam ao luxo de propor-se motivações mais nobres que as mercantis, definindo-se como expansores da cristandade católica sobre os povos existentes e por existir no além-mar" (Ribeiro, 2006, p. 35).

<sup>12</sup> "Não podendo produzi-las [mercadorias], tiveram de encontrar e sofrer todos os modos de pagar seus preços, na medida em que elas se tornaram indispensáveis" (Ribeiro, 2006, p. 44).

Assim, "abriu-se um novo capítulo da história que marcaria os séculos seguintes, levando a Europa a sentir-se o 'centro do mundo' e a tratar os territórios e povos que viria a encontrar como 'sua periferia'" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 30).

Tanto Cristóvão Colombo quanto Américo Vespúcio, ao verem "a beleza inocente da indiada pelada" e a natureza amena e verde e florida e sonora e passarinhada, acreditavam que essa nova terra era o Paraíso<sup>13</sup> Terrestre (Ribeiro, 2017a, p. 57); entretanto, com o passar do tempo, "a figura do índio idílico em seu Éden tropical, dá lugar à do antropófago no Inferno Verde" (Ribeiro, 2017a, p. 59). A duplicidade de significados em relação à figura do indígena foi constante durante a história do Brasil:

No século XVI, os índios eram ou *bons selvagens* para uso na filosofia moral europeia, ou abomináveis antropófagos para uso na colônia. No século XIX, eram, quando extintos, os símbolos nobres do Brasil independente e, quando de carne e osso, os ferozes obstáculos à penetração que convinha precisamente extinguir. Hoje, eles são ora os puros paladinos da natureza, ora os inimigos internos, instrumentos da cobiça internacional sobre a Amazônia (Cunha, 2012, p. 122).

Nos 30 primeiros anos da colonização, os portugueses não constituíram povoados na nova terra, apenas construíram feitorias para o armazenamento de pau-brasil; os portugueses utilizavam mão de obra indígena para cortar as árvores e carregá-las até os navios em troca de utensílios básicos: essa foi a primeira relação de trabalho que se estabeleceu entre eles (Grondin; Viezzer, 2021, p. 123). Ribeiro (2017a, p. 23) refere que o projeto colonialista teve metas muito claras, de modo que "conseguiu, quase de imediato, subjugar a sociedade preexistente, paralisar a cultura original e converter a população em uma força de trabalho submissa".

A exportação do pau-brasil cresceu significativamente, de modo que a exploração desordenada da floresta causou "grande impacto ambiental e a quase extinção do pau-brasil" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 123). Os negócios latino-americanos se expandiram em qualidade e quantidade, de modo que foi "seguramente, o conjunto de empresas mais próspero do mundo de 1550 a 1800" (Ribeiro, 2017a, p. 78). Aparece uma nova América Latina como a "grande fazanha ultramarina europeia para seguir cumprindo seu velho papel de provedora de toda

---

<sup>13</sup> Vale mencionar o livro "Brasil: Paraíso restaurável", dos autores Caldeira, Sekula e Schabib: O substantivo paraíso\* faz referência, justamente, às primeiras impressões que tiveram os colonizadores europeus, no momento em que chegaram na América Latina. No entanto, a interpretação edênica do "novo mundo" se dissipou tão logo essa ideia deixou de ser conveniente para o imaginário dominador eurocêntrico; também a nudez dos povos autóctones, em termos gerais, passou a representar a ausência de civilização (Caldeira; Sekula; Schabib, 2020).

riqueza e toda gostosura tropical que pudesse produzir" para enriquecer cofres distantes (Ribeiro, 2017a, p. 78).

Ribeiro (2006, p. 43) argumenta que a incompreensão entre eles (nativos e europeus) era recíproca: "Nada que os índios tinham ou faziam foi visto com qualquer apreço, senão eles próprios, como objeto diverso de gozo e como fazedores do que não entendiam, produtores do que não consumiam".

Grodin e Viezzer (2021, p. 119) apontam que a relação entre as civilizações que no Brasil se encontraram é uma história de continuada guerra de conquista, mas também é uma história de resistência, daqueles que, até hoje, lutam pelo direito de viver e preservar seus modos de vida. Diz-se que "o Brasil foi invadido pela cruz e pela espada": de um lado, um poder secular buscando riquezas e lucros; de outro, um conjunto de instituições religiosas com o objetivo de amansar os nativos pagãos de acordo com a doutrina da igreja católica, "contribuindo fortemente para seu genocídio cultural e físico" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 122).

De fato, verifica-se que a Coroa portuguesa "quase sempre fez vista grossa à escravidão indígena, que desse modo se tornou inevitável, dado o caráter da própria empresa colonial" (Ribeiro, 2006, p. 49), enquanto que "quase todas as ordens religiosas aceitaram, sem resistência, o papel de amansadoras de índios [...]" (Ribeiro, 2006, p. 49).

Nessa linha, o conjunto normativo do século XVI é considerado, por Marés (2018, p. 53), "pendular", de modo que determinava "bom tratamento aos indígenas que se submetessem à catequese, e guerra, certamente justa, aos que se mostrassem inimigos. A ordem era destruir as aldeias, levar em cativeiro e matar para exemplo dos demais" (Marés, 2018, p. 53).

Conforme Ribeiro (2006, p. 27), o conflito entre índio e europeu se dá em vários níveis: (1) no biótico, "com uma guerra bacteriológica travada pelas pestes<sup>14</sup> que o branco trazia no corpo e eram mortais para as populações indenes"; (2) no ecológico, pela disputa das terras, florestas e riquezas naturais; (3) no econômico e

---

<sup>14</sup> "A branquitude trazia da cárie dental à bexiga, à coqueluche, à tuberculose e ao sarampo. Desencadeia-se, ali, desde a primeira hora, uma guerra biológica implacável. De um lado, povos peneirados, nos séculos e milênios, por pestes a que sobreviveram e para as quais desenvolveram resistência. Do outro lado, povos indenes, indefesos, que começavam a morrer aos magotes. Assim é que a civilização se impõe, primeiro, como uma epidemia de pestes mortais. Depois, pela dizimação através de guerras de extermínio e da escravização" (Ribeiro, 2006, p. 42).

social, "pela escravização do índio, pela mercantilização das relações de produção [...]".

Esse trágico contato cultural fez com que os indígenas que ainda reuniam condições, fugissem para o interior do Brasil, "muitos deles levando nos corpos contaminados as enfermidades que os iriam dizimando a eles e aos povos indenes de que se aproximassem" (Ribeiro, 2006, p. 39). Como resultado, em poucas décadas, simplesmente desapareceram, da costa brasileira, as populações que lá estavam no momento do seu descobrimento (Ribeiro, 2006, p. 48). O amálgama de catequese, doenças, guerra de extermínio e escravidão resultou em uma importante redução da população indígena no Brasil: "dos 5 a 6 milhões de índios de 1500 restam hoje algo como 250 mil [*dado do texto original de 1982*]" (Ribeiro, 2017a, p. 61).

Assim, naturalmente as terras indígenas são expropriadas e, no lugar das relações tradicionais com a terra<sup>15</sup>, instala-se o sistema de capitanias hereditárias<sup>16</sup>:

sem respeito pelo direito tradicional dos povos nativos às suas terras, na qualidade de primeiros ocupantes, num gesto arbitrário apoiado por sua supremacia militar, o rei decidiu dividir e repartir todo o território da colônia em quinze capitanias hereditárias, as quais estendiam-se desde o litoral até o limite indicado pelo Tratado de Tordesilhas<sup>17</sup> (Grondin; Viezzer, 2021, p. 124).

Essas terras foram destinadas ao capital produtivo, que delas expulsaram "as gentes e as naturezas", para torná-las economicamente rentáveis (Marés, 2016, p. 27). "A natureza [...] com uma extraordinária diversidade, era considerada um empecilho ao processo colonial, chamado mais tarde de desenvolvimento, que não era senão a possibilidade de produzir monoculturas de exportação [...]" (Marés, 2016, p. 24). Com isso, portugueses e espanhóis, "como se estivessem praticando a expansão de suas fronteiras agrícolas", extraíram as riquezas da terra, levaram ouro e o pau-brasil da mesma forma que também levaram "a prata, o tomate, o milho, a batata, o guano e o cobre" (Marés, 2018, p. 33).

---

<sup>15</sup> "É importante lembrar outro aspecto essencial para a cultura indígena, que é a sua ligação com a natureza e o que pode significar, para uma nação indígena, perdê-la" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 147).

<sup>16</sup> "A filosofia era simples: como a Coroa tinha recursos e pessoal limitados, delegou a tarefa de colonização e de exploração de vastas áreas a particulares, doando lotes de terra com posse hereditária" (Schwarcz; Starling, 2018, p. 30).

<sup>17</sup> "O tratado seria ratificado pela Espanha em 2 de junho e por Portugal em 5 de setembro de 1494, como se o mundo - real ou tantas vezes imaginado - pudesse ser dividido em dois, em duas metades, e sem maiores contestações" (Schwarcz; Starling, 2018, p. 24).

Nesses termos, Grondin e Viezzer (2021, p. 125) listam as formas de exploração a que foram submetidos os povos indígenas durante o período colonial, quais sejam, (1) os aldeamentos ou aldeias de repartição; (2) as guerras justas; (3) a escravidão através das bandeiras; (4) a expropriação de territórios; (5) a fome; (6) a contaminação de doenças transmitidas pelos brancos; e (7) "toda sorte de maus-tratos, incluindo, por vezes, políticas anti-indigenistas" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 119). "Tanto as aldeias de repartição quanto a escravidão declarada através das 'guerras justas'<sup>18</sup>, e de outras formas de exploração, significam, para os indígenas, um genocídio sistemático, demográfico e cultural" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 125).

A descrição da vida dos índios tornados escravos é desoladora:

As famílias eram divididas, mulheres e crianças vendidas e forçadas a trabalhar em plantações ou nas residências, sete dias por semana. Os homens, por sua vez, literalmente trabalhavam até morrer, devido à alimentação precária e ao esforço contínuo e pesado. A aglomeração de tanta gente em espaços reduzidos e as péssimas condições de vida favoreceram sobremaneira enfermidades como a varíola e o sarampo, que se convertiam facilmente em epidemias (Grondin; Viezzer, 2021, p. 127).

Daí que a "extinção de povos inteiros, pela morte ou pela assimilação cultural", efeito da expansão dos impérios espanhol e português, "não pode ser considerada um acidente, mas uma consequência possível, aceita e até mesmo desejada" (Marés, 2018, p. 42).

No mesmo sentido, Marés (2016, p. 24) comenta que os modos coloniais de exploração, baseados no trabalho alienado, não levavam em conta a natureza e a cultura locais. Os nativos, por sua vez, lutavam pela manutenção de seus modos de vida, "sobretudo depois de perderem as ilusões dos primeiros contatos pacíficos, quando perceberam que a submissão ao invasor representava sua desumanização como bestas de carga" (Ribeiro, 2006, p. 44).

Nesse processo histórico, muitos povos desapareceram, outros conseguiram manter suas culturas, muitas vezes em situações constrangedoras, "como se vivessem em permanente clandestinidade cultural" (Marés, 2019, p. 42). Marés

---

<sup>18</sup> "Eram várias as causas que legitimam a 'guerra justa': a recusa à conversão, hostilidades contra vassallos e aliados portugueses, a quebra de pactos e a antropofagia. Considerada uma 'ofensa à lei natural' a antropofagia era passível de guerra, entendida como um direito e um dever para salvar almas que seriam sacrificadas ou comidas" (Schwarcz; Starling, 2018, p. 41); Cunha (2012, p. 73) afirma que a "guerra justa [...] é usada do século XVI ao início do XVIII no Brasil para dar fundamento à escravização de índios livres".

(2019, p. 42) refere que no final do século XX, aqueles que conseguiram sobreviver, finalmente "começam a recuperar o orgulho de povo, falar a língua em praça pública" e lutar por direitos; inclusive reivindicam o direito de aplicar seu próprio Direito.

Sempre houve pressão estatal para que os indígenas esquecessem a "ideia de povo" e se tornassem cidadãos livres, indivíduos assimilados (Marés, 2018, p. 62):

A ideia de que [...] todo o indivíduo teria direito a se tornar cidadão, traduzia-se na assimilação, absorção ou integração dos povos culturalmente diferenciados. Esta integração que do ponto de vista dos dominantes era o oferecimento de 'conquistas do processo civilizatório', sempre foi vista pelos dominados como política de submissão dos vencidos (Marés, 2018, p. 63).

Marés refere que a ideia de integrar os nativos, que talvez tenha começado com boas intenções, logo transformou-se em uma prática de desprezo pelos índios; a "integração" passou a fazer parte da gramática dos discursos eruditos e dos textos legais. No entanto, o resultado concreto desse discurso foi uma cristalina discriminação (Marés, 2018, p. 63). Essa ideologia do "progresso" entendia a condição indígena como passageira, com a certeza de que, quando os índios degustassem "os bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce, e vivessem debaixo das justas e humanas leis que regem os povos", abandonariam contentes a indianidade (Marés, 2018, p. 83).

### **2.1.2 Instituições de proteção ao indígena no século XX**

Em 1910, cria-se o Serviço de Proteção aos Índios<sup>19</sup> (SPI): apesar da laicização das políticas públicas relacionadas aos indígenas, manteve-se o espírito integracionista, que visava, em outras palavras, a transformação de todos os indígenas em "cidadãos" (Marés, 2019, p. 89). No início, o SPI gerou esperanças nos povos indígenas, que acreditavam que, por meio de um órgão estatal, teriam seus direitos respeitados (Grondin; Viezzer, 2021, p. 138).

Ribeiro (2017b, p. 164) refere que a obra da pacificação interessava mais àqueles que expandiam as fronteiras da sociedade nacional do que aos nativos (que

<sup>19</sup> Conforme Ribeiro (2017b), o SPI foi chamado a resolver duas ordens de problemas: "(1) os problemas da sociedade brasileira em expansão, que encontra seu último obstáculo para a ocupação do território nacional nos bolsões habitados por índios hostis" e "(2) os problemas da população indígena envolvida nessa expansão, a qual se esforça por sobreviver e acomodar-se às novas condições de vida em que vai sendo compulsoriamente integrada".

sofriam com a perda de territórios). A assistência social, essa sim seria benéfica aos povos; "todavia, no campo da assistência e da proteção, o SPI falhou frequentemente", de modo que não conseguiu impedir que os índios fossem "conduzidos a condições de extrema penúria", perdendo, assim, a autonomia e a alegria de viver (Ribeiro, 2017b, p. 164).

As expectativas em relação ao SPI restaram frustradas: "O período de 1930 a 1968 foi, sem sombra de dúvida, um dos mais trágicos do genocídio indígena no Brasil no decorrer do século XX" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 140). Marés (2019, p. 89) argumenta que, apesar de um conjunto normativo avançado (para a época), o Serviço de Proteção aos Índios passou por um processo de "decadência administrativa" a partir de 1950.

Neste processo, relata-se a prática de venda de "atestados de inexistência de índios"<sup>20</sup>, que possibilitava o extermínio e legitimava a usurpação das terras" (Marés, 2019, p. 89). Esses atestados permitiam a concessão de terras "supostamente desabitadas", fazendo com que o SPI se tornasse um meio de explorar os povos: passam a existir declarações fraudulentas de inexistência de povos indígenas nos territórios almejados pelos colonizadores (Brasil, 2014). Após a exclusão documental (declarações fraudulentas), o apagamento físico torna-se uma consequência natural, conforme Ramos (1993, p. 5):

O efeito perverso dessa atitude resulta de um componente de auto-confirmação, self-fulfilling prophecy, que lhe é inerente, ou seja: com um pouco de esforço, o vazio inventado passará a ser o vazio de fato. Se, por um lado, tal postura advoga o vazio que justifica a ocupação dessas terras por nacionais, por outro lado, ela também reconhece que existe uma presença indígena na região. Mas, ao invés de considerar essa presença indígena como uma ocupação demográfica legítima, ela vê as populações indígenas como inimigas da nação brasileira e, portanto, passíveis de conquista.

Grondin e Viezzer (2021, p. 139) apontam que a atuação do SPI<sup>21</sup> foi objeto de diversas denúncias, que resultaram na criação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (em 1963) para "avaliar a violência contra os índios no Brasil e sua relação com o órgão":

---

<sup>20</sup> A falácia dos espaços vazios, associada ao suposto perigo da cobiça estrangeira, é um inesgotável manancial que alimenta a imaginação da conquista (Ramos, 1993, p. 4).

<sup>21</sup> O Serviço de Proteção ao Índio "é considerado o maior escândalo administrativo do Brasil envolvendo populações indígenas" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 139).



Para fazer frente à pressão internacional da imprensa e das embaixadas brasileiras, o ministro [general Albuquerque Lima] criou uma Comissão de Inquérito, sob a coordenação do procurador Jader de Figueiredo Correia, para analisar as denúncias sobre o SPI. [...] Ele [o Relatório Figueiredo] abarca o período de 1940 a 1968 e detalha assassinatos em massa, tortura, escravidão, guerra bacteriológica, abuso sexual, roubo de terras e negligência contra as populações indígenas do Brasil (Grondin; Viezzer, 2021, p. 140).

No entanto, com a promulgação do AI-5 em 1968, o Relatório Figueiredo foi silenciado, houve até notícias de que havia sido destruído por um incêndio que afetou o Ministério do Interior em Brasília, em 1967; posteriormente, o relatório foi transferido<sup>22</sup> para o Museu Nacional do Índio do Rio de Janeiro (Grondin; Viezzer, 2021, p. 142).

O SPI foi extinto em 1967 e, em seu lugar foi criada a Fundação Nacional do Índio (FUNAI)<sup>23</sup>, mas a política indigenista continuou "atrelada ao Estado e a suas prioridades" (Cunha, 2012, p. 21), visto que a FUNAI dependia do Ministério do Interior:

Como Dalmo Dallari enfatizava à época, era uma contradição flagrante colocar um órgão que devia defender os direitos dos índios sob a autoridade de um ministério cuja missão era o "desenvolvimento", entendido da forma mais predatória possível. Os custos ambientais e sociais, para a população em geral e para os índios em particular, eram considerados secundários, quando não simplesmente ignorados (Cunha, 2012, p. 100).

Cunha (2012, p. 102) indica que a FUNAI não se preocupava em "garantir as terras, as condições de saúde, de educação" dos povos indígenas; antes, estava "mais interessada em 'critérios de indianidade' que a livrasse de uns quantos índios 'a mais'".

Durante o período da ditadura militar, o diálogo entre o Estado e os povos foi marcado por um paternalismo amalgamado com tentativas de integração forçada, "um processo que se chamou de emancipação (Marés, 2018, p. 90)". Grondin e Viezzer (2021, p. 142) argumentam que, desde o início, a FUNAI não conseguiu se desprender dos traços assimilacionistas, demonstrando caráter ambivalente:

<sup>22</sup> "Em 2013, o Relatório Figueiredo foi ali 'descoberto' por Marcelo Zelic, vice-presidente do grupo Tortura Nunca Mais. Posteriormente, entregue à Comissão Nacional da Verdade do Brasil, que investigou as violações de direitos humanos ocorridas no Brasil entre 1947 e 1988, tendo Maria Rita Khel como relatora do capítulo relativo aos camponeses e indígenas" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 142).

<sup>23</sup> "Como uma das medidas que se sucederam à divulgação do Relatório Figueiredo no Brasil, em 1967, o governo federal extinguiu o Serviço de Proteção do Índio (SPI), substituindo-o pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI)" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 142).

Durante o regime militar, investiu significativamente contra as nações indígenas, particularmente quando anunciou que pretendia 'ajustar os interesses e anseios dos índios às necessidades do Programa de Integração Nacional', tornando-se mais um mecanismo para preparar a penetração em massa de grandes empresas nacionais e internacionais no 'paraíso' da Amazônia.

Cunha (2012, p. 21) refere que os anos 1970<sup>24</sup> são "os do 'milagre', dos investimentos em infraestrutura e em prospecção mineral [...]. Tudo cedia ante a hegemonia do 'progresso', diante do qual os índios eram empecilhos"; assim, os indígenas isolados eram forçados a se deslocar para que os tratores pudessem abrir rodovias.

A partir dos anos 1980 houve a "militarização da questão indígena" e os povos indígenas, antes empecilhos, passaram a ser considerados riscos à segurança nacional (Cunha, 2012, p. 21).

Com o restabelecimento da democracia no Brasil, a Constituição<sup>25</sup> de 1988 garantiu um capítulo para os povos indígenas, "reconhecendo seus direitos, suas terras, seus costumes, suas línguas" (Marés, 2018, p. 76) e a possibilidade de permanecerem na condição de indígenas (recusa ao assimilacionismo).

Entre os avanços, pode-se citar: (1) o reconhecimento da organização social, usos, costumes, religiões, línguas e crenças dos povos indígenas; (2) o reconhecimento do caráter originário do direito à terra; (3) a ampliação do conceito de terra indígena; (4) a admissão da existência de direitos indígenas coletivos; (5) a proibição da remoção dos povos de suas terras, salvo exceções pontuais; entre outros (Marés, 2018, p. 90). No mesmo sentido, Grondin e Viezzer (2021, p. 143) referem que "o novo marco para pensar a vida dos povos indígenas e sua relação com a sociedade brasileira em geral só se deu com a nova Constituição<sup>26</sup>".

---

<sup>24</sup> Em 1973 foi promulgado o Estatuto do Índio.

<sup>25</sup> "Até 1988, a marca mais característica das políticas e leis voltadas para os indígenas foi a constante busca de integrá-los à chamada comunidade nacional e, portanto, fazer com que eles perdessem a condição de indígenas, transformando-os em brasileiros genéricos" (Antunes, 2019, p. 20).

<sup>26</sup> Em relação às Constituições anteriores: "As várias Constituições brasileiras após a Independência do Brasil (1824) e as que se escreveram após a Proclamação da República (1891, 1934, 1937, 1946) sempre trataram os indígenas como seres inferiores a serem tutelados, e considerados como indivíduos, não como povos" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 132).

### 2.1.3 A manutenção da cultura indígena no contexto brasileiro

Apesar da promulgação de uma Constituição reconhecedora dos direitos indígenas, Fernández (2024, p. 14) coloca que, para os povos, o processo constituinte não se encerrou, visto que eles precisam, continuamente, enfrentar o poder econômico, congressos e governos para manter seus próprios direitos já positivados. Hoje, a manutenção das culturas indígenas é tarefa das mais difíceis, visto que a sociedade envolvente impõe seus modos de vida por meio de meios de comunicação sofisticados que "transmitem prioritariamente os valores próprios da civilização 'branca' e da língua portuguesa" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 153).

Apesar de várias conquistas no plano do *dever ser*, os povos originários estão longe de verem seus direitos plenamente atendidos. Grondin e Viezzer (2021, p. 144) argumentam que as violências amargadas pelos povos atualmente têm vínculo com as políticas desenvolvimentistas dos governos, que teimam em visualizar as terras indígenas como obstáculos ao progresso.

Sobre o debate a respeito da causas do "atraso" brasileiro (em termos de desenvolvimento), Ribeiro (2017a, p. 50) afirma que "o principal fator causal de nosso atraso reside não em deficiências da terra ou do povo, como fizeram crer, por décadas, tantos teóricos, mas no caráter retrógrado das classes dominantes", que, segundo ele, organizam o Estado de modo a fazê-lo favorecer seus próprios interesses, em detrimento do bem comum.

Ribeiro (2017a, p. 61) refere que, "naturalmente, após quinhentos anos, ninguém, nem os índios, são os mesmos de antes"; ao longo da trajetória de resistência dos povos originários, apesar da manutenção de seus modos de vida, eles se tornam "cada vez mais aculturados<sup>27</sup> e assemelhados à população geral do país em que vivem". Não obstante, são e serão índios, "ainda e sempre", tanto porque assim se autoidentificam, quanto porque são "vistos como índios pelas gentes com quem convivem" (Ribeiro, 2017a, p. 61):

Havendo conseguido sobreviver até agora, debaixo de condições tão difíceis, os índios seguramente prosseguirão existindo daqui para diante. Isso significa que no futuro teremos mais e não menos índios do que hoje. Ainda que todos sejam cada vez menos índios no plano da tipicidade cultural. Não obstante, serão índios (Ribeiro, 2017a, p. 62).

---

<sup>27</sup> "Somos a resultante de empreendimentos econômicos exógenos que visavam a saquear riquezas, explorar minas ou promover a produção de bens exportáveis, sempre com o objetivo de gerar lucros pecuniários" (Ribeiro, 2017a, p. 67).

Reitera-se que esta é uma interpretação de Darcy Ribeiro, com a qual não necessariamente há que se concordar. Grondin e Viezzer (2021, p. 153) afirmam, também, que os povos indígenas, "reduzidos, mas não vencidos", aumentam em termos demográficos e fortalecem seus direitos na arena política na atualidade.

No mesmo sentido, Cunha (2012, p. 122) argumenta que "desde os anos 1980, a previsão do desaparecimento dos povos indígenas cedeu lugar à constatação de uma retomada demográfica geral. Ou seja, os índios estão no Brasil para ficar". Certo é que, em termos jurídicos, a ideologia integracionista vai perdendo força e, aos poucos, aqueles que conseguiram sobreviver, "começam a recuperar o orgulho de povo, falar a língua em praça pública" (Marés, 2019, p. 42).

#### **2.1.4 A violência sofrida pelos povos indígenas na atualidade**

O objetivo deste tópico é descrever, de maneira sucinta, a atual situação da questão indígena no Brasil. Para isso, utiliza-se, como fontes de pesquisa, os relatórios do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) dos anos de 2023 e 2024, que apresentam e discutem a violência sofrida pelos povos originários na atualidade.

Uma das grandes obrigações constitucionais não cumpridas é a demarcação de terras indígenas. O relatório do CIMI (2023, p. 8) aponta que "o ano de 2022 [...] encerrou um ciclo de quatro anos no qual nenhuma terra indígena foi demarcada pelo governo federal"; além de não haver demarcações de terras indígenas por quatro anos, verificou-se tentativas de flexibilização dos direitos territoriais indígenas "por meio de Projetos de Lei (PLs) e de medidas administrativas voltadas a liberar a exploração de terras indígenas" (Cimi, 2023, p. 8). Isso repercute e fragiliza vários aspectos dos direitos territoriais indígenas:

A grilagem e a invasão de terras públicas, inclusive indígenas, não foram combatidas. Longe disso. Registramos, apenas em 2022, 309 casos de invasões possessórias, danos ao patrimônio e exploração ilegal de recursos naturais, que atingiram ao menos 218 territórios indígenas em 25 estados do país (Rangel; Liebgott, 2023, p. 17).

Oliveira (2023, p. 13) considera que o aumento da violência contra os povos indígenas, de 2019 a 2022, estava vinculado a um "projeto de governo que foi disseminado por toda a sociedade brasileira". No mesmo sentido, Verдум (2023, p. 37) afirma que a política indigenista do período mencionado consistiu em:

(a) paralisar o processo de demarcação das terras indígenas; (b) estender às terras indígenas homologadas e à política indigenista o seu modo neoliberal de governança e protagonismo empreendedor; e (c) fazer avançar, com um mínimo de concessões às populações locais, o acesso de agentes econômicos privados aos 'recursos naturais' presentes nos territórios indígenas – se possível com a legitimação legal do Poder Legislativo e/ou Judiciário.

Chama a atenção, entre vários dados documentados pelo relatório, que "3.552 crianças indígenas de até quatro anos de idade morreram nestes quatro anos [de 2019 a 2022]" (Oliveira, 2023, p. 13). São preocupações constantes a contaminação de rios, animais e pessoas por mercúrio e a contaminação por agrotóxicos<sup>28</sup>, decorrente das práticas de monocultura do agronegócio (Rangel; Liebgott, 2023, p. 20).

Além disso, as terras indígenas são afetadas por "desmatamento, extração ilegal de madeira, caça e pesca ilegais, garimpo e mineração"; não se pode esquecer do "desaparecimento<sup>29</sup> do indigenista Bruno Pereira e do repórter britânico Dom Phillips no Vale do Javari, em junho [de 2022]" (Rangel; Liebgott, 2023, p. 20).

Ainda no contexto de 2022, Rangel e Liebgott (2023, p. 21) apontam que as políticas públicas de saúde, educação e assistência aos povos são essenciais, ao lado da retomada das demarcações e do abandono da tese do marco temporal, para superar a situação pela qual passam os índios.

Em 2023, já sob o governo Lula, não obstante a "retomada de ações de fiscalização e repressão às invasões em alguns territórios indígenas", o cenário é de "continuidade das violências e violações contra os povos originários e seus territórios" (Cimi, 2024, p. 8). A demarcação das terras indígenas e a assistência social aos povos "permaneceram insuficientes" e verifica-se a continuidade dos índices de "assassinatos, suicídios e mortalidade na infância entre estes povos" (Cimi, 2024, p. 8).

Menciona-se, em razão da importância simbólica, a presença do cacique Raoni na posse do presidente Lula, a criação do Ministério dos Povos Indígenas e a

<sup>28</sup> Foram registrados [em 2022], além disso, casos de danos e contaminação de pessoas e do ambiente por uso de agrotóxicos em 23 TIs" (Rangel; Liebgott, 2023, p. 20).

<sup>29</sup> "A brutalidade do caso, ligado à pressão de caçadores e pescadores que atuavam ilegalmente na TI localizada na fronteira do Brasil com a Colômbia e o Peru, expôs ao público a diversificada e profunda rede criminosa à qual as invasões de terras indígenas se vinculam, com a omissão planejada do governo Bolsonaro. São esquemas que envolvem de facções criminosas a grupos econômicos e que movimentam montantes, literalmente, bilionários" (Rangel; Liebgott, 2023, p. 20).

nomeação de lideranças indígenas para cargos importantes no poder executivo (Cimi, 2024, p. 8); no ano de 2023 foram demarcadas oito terras indígenas:

Oito terras indígenas foram homologadas no primeiro ano do novo governo, um número aquém das expectativas, mesmo sendo maior que o dos últimos anos. Os poucos avanços nas demarcações refletiram-se na intensificação de conflitos, com diversos casos de intimidações, ameaças e ataques violentos contra indígenas, especialmente em estados como Bahia, Mato Grosso do Sul e Paraná (Cimi, 2024, p. 8).

Fernández (2024, p. 16) classifica a atuação do Estado brasileiro como insuficiente em relação à demarcação de terras. Os avanços foram tímidos e incompatíveis com a expectativa gerada durante a campanha de Luiz Inácio Lula da Silva: definitivamente as demarcações não ocupam *concretamente*, agora, uma centralidade correspondente ao "espaço simbólico destinado aos povos indígenas na nova gestão" (Cimi, 2024, p. 41). Grondin e Viezzer (2021, p. 151) explicam que a demarcação de terras indígenas, infelizmente, é um capítulo inconcluso da história brasileira; os problemas são complexos e cada terra indígena enfrenta situações particulares:

algumas foram demarcadas e contam com registros em cartórios; outras estão em fase de reconhecimento; ainda há terras indígenas sem nenhuma regularização. E muitas terras, demarcadas ou por demarcar, estão envolvidas em conflitos e polêmicas infundáveis, envolvendo não só empresários, mas também o poder público (Grondin; Viezzer, 2021, p. 151).

No início do ano de 2023, a condição do povo Yanomami recebeu muita atenção: "após anos de abandono e omissão ativa de governos anteriores frente à presença ilegal de garimpeiros na Terra Indígena (TI), o povo foi levado ao extremo da vulnerabilidade" (Cimi, 2024, p. 8); por esse motivo, houve a declaração estado de emergência em saúde pública e a desintrusão dos garimpeiros ilegais (Cimi, 2024, p. 8).

Menciona-se, também, que a disputa jurídico-política a respeito da tese do marco temporal ainda não encontrou solução definitiva e continua ameaçando os direitos constitucionais dos povos indígenas." (Cimi, 2024, p. 42). Daí que Grondin e Viezzer (2021, p. 151) afirmam que "a exigência maior e mais urgente das populações indígenas continua sendo a recuperação ou a demarcação das terras, uma exigência básica para a garantia de seus direitos políticos".

## 2.2 NOVOS CAMINHOS DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO

Depois de séculos de políticas destinadas a assimilar<sup>30</sup> e afastar os povos originários do espaço público, a década de 1980<sup>31</sup> nos oferece uma série de episódios simbólicos<sup>32</sup> que indicam a organização dos movimentos indígenas e a sua luta para ocupar ambientes "dentro" do Estado:

Na década de 1980, os indígenas foram protagonistas de várias cenas marcantes no cenário político nacional, as quais, registradas por fotógrafos e cinegrafistas, ganharam manchetes nos jornais e telejornais: o cacique Mário Juruna (Xavante) com seu gravador, registrando promessas de políticos em Brasília, o gesto marcante de Ailton (Krenak) ao pintar o rosto de preto durante discurso no plenário do Congresso Nacional Constituinte, ou ainda o de advertência de Tuíra (mulher kayapó), em Altamira no Pará, ao tocar a face de um diretor da Eletronorte com a lâmina do seu terçado (Ricardo, 1996).

Pode-se citar, também, o encontro, ocorrido em 1984, entre Raoni<sup>33</sup> e o então ministro do interior Mário Andreazza, para negociar a demarcação das terras caiapós: durante a conversa, Raoni puxou a orelha do ministro e falou "aceito ser seu amigo, mas você tem de ouvir índio" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 149).

Grondin e Viezzer (2021, p. 156) argumentam que "o imperativo mais forte para as populações indígenas é a sua organização<sup>34</sup>, tarefa nada simples no imenso território brasileiro", quando se verifica a diversidade de povos que compõem o cenário brasileiro, as distâncias e dificuldades de transporte, as diferenças linguísticas e outras particularidades de cada povo.

<sup>30</sup> No século XIX, novas teorias afirmam que os índios constituem a "infância da humanidade"; eles seriam "testemunhos de uma era pela qual já teríamos passado: fósseis, de certa forma, milagrosamente preservados nas matas e que, mantidos em puerilidade prolongada, **teriam, no entanto, por destino acederem a esse télos que é a sociedade ocidental**" (Cunha, 2012, p. 60).

<sup>31</sup> Na década de 1980, pela primeira vez, organiza-se "um movimento indígena de âmbito nacional. Essa mobilização explica as grandes novidades obtidas na Constituição de 1988" (Cunha, 2012, p. 22).

<sup>32</sup> "Ficou conhecida mundialmente, entre outras questões, sua [os Caiapós] atuação relacionada com as grandes usinas hidrelétricas, em particular a de Belo Monte, que os afeta diretamente. Vale lembrar a audiência histórica realizada em Altamira (PA) em 1989, durante a qual a indígena caiapó Tuíra, incomodada pela pouca importância dada aos gritos dos guerreiros de seu povo, enfrentou diretamente o presidente da Eletronorte colocando a lâmina de seu facão no rosto dele, exigindo respeito" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 136).

<sup>33</sup> "Devemos destacar também o papel de algumas lideranças que, principalmente desde o cacique Raoni, se constituíram em verdadeiros embaixadores dos povos indígenas: Ailton Krenak, Marcos Terena, Sonia Guajajara, Kaká Verá Jecupé, Ladio Veron Guarani Kaiowá, entre muitos outros" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 154).

<sup>34</sup> "A APIB - Articulação dos Povos Indígenas do Brasil é um marco importante na organização dos povos indígenas no âmbito nacional". Foi criada em 2005, para, entre outros objetivos, "mobilizar os povos e organizações indígenas do país contra as ameaças e agressões aos direitos humanos dos indígenas" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 157).

Nesse caminho de fortalecimento da organização indígena, os jovens têm papel fundamental; muitos deles estão se tornando participativos (dentro e fora das comunidades) e frequentando universidades: "espera-se que, daqui a poucos anos, os líderes tradicionais das comunidades indígenas possam contar mais e mais com o apoio de professores, engenheiros, advogados, médicos e outros profissionais indígenas" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 156), que garantirão os direitos e a sobrevivência de suas culturas.

Visualiza-se um longo caminho em busca de vez e voz dentro de um quadro que sempre tratou de excluí-los. Não há dúvidas que a Constituição Federal de 1988 e a Convenção 169 da OIT (ao lado de outros diplomas) têm papel fundamental na tentativa de consolidar meios de diálogo entre os povos originários e a sociedade envolvente. Atualmente, os povos indígenas têm reivindicações concretas:

Reclamam que se respeitem seus direitos coletivos sobre suas terras e o usufruto exclusivo de suas riquezas; que possam decidir sobre seu futuro e participar das decisões que os afetam; **que sejam reconhecidos seus direitos à organização e a canais de representação**, direitos individuais, por exemplo o de ir e vir livremente (Cunha, 2012, p. 115).

Esse caminho parece culminar na simbólica subida da rampa do Planalto do cacique Raoni, ao lado do recém-empossado presidente Lula: "pela primeira vez, a política voltada para os povos indígenas se anunciava como central para uma gestão do governo federal" (Saraiva; Rosas, 2024, p. 21). Espera-se que esse ato simbólico repercuta, de alguma forma, em ações concretas de proteção dos povos indígenas.

### 2.2.1 A importância da Convenção 169 da OIT na proteção dos direitos indígenas

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho<sup>35</sup> (OIT), aprovada em 1989, é um tratado internacional que tem como objetivo superar as práticas discriminatórias decorrentes de ideário integracionista em relação aos povos indígenas, assegurando, assim, que esses povos participem de quaisquer tomadas de decisão quando as matérias discutidas lhes dizem respeito. É uma convenção

---

<sup>35</sup> "A Organização Internacional do Trabalho - OIT, fundada em 1919, estuda desde 1921 as condições de trabalho das populações indígenas, que representavam parte da força de trabalho sujeitam ao domínio das potências imperialistas" (Brzezinski, 2016, p. 131).



que visa estabelecer canais de diálogo entre os povos originários e a sociedade envolvente.

No Brasil, a Convenção 169 foi internalizada em 25 de julho de 2002, pelo Congresso Nacional, por meio do decreto legislativo nº 143, de 20 de julho de 2002. Neste tópico, serão apresentadas as principais decorrências dessa que é a mais importante convenção internacional sobre povos indígenas e tradicionais. Brzezinski (2016, p. 132) refere que, por meio da Convenção 169, o Estado brasileiro se compromete a garantir a integridade dos povos, de modo que eles possam "desfrutar plenamente de direitos humanos e liberdades fundamentais, sem qualquer impedimento ou discriminação".

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho surge no plano internacional inaugurando um novo paradigma em relação à questão indígena e ao modo de garantir os direitos dos povos originários e tradicionais. Ela revoga, desta maneira, a convenção 107 da OIT, aprovada no ano de 1957. Sobre esse aspecto, Duprat (2015, p. 53) afirma que a Convenção 169 da OIT promove uma forma de relacionamento entre os Estados nacionais e os povos que neles vivem; assim, resta revogada a Convenção 107 da OIT, que ainda tinha como objetivo a integração das minorias étnicas à comunidade nacional.

Antunes (2019, p. 34) indica que a Convenção 107 "não se preocupava com o ponto de vista indígena sobre os seus problemas e, claramente, adotava perspectivas integracionistas e assimilacionistas que buscavam dissolver os povos indígenas nas sociedades nacionais". Nessa mesma linha, Figueroa (2009, p. 31) refere que a Convenção 107 da OIT não obrigava os Estados a consultarem povos originários, muito menos considerava a colheita de algum tipo de consentimento; o artigo 5º Convenção 107 da OIT apenas sugeria a obtenção da "colaboração" das populações nos processos de integração.

Aos poucos, as organizações indígenas se mobilizam em busca do reconhecimento da autodeterminação (Brzezinski, 2016, p. 131) e as críticas<sup>36</sup> ao paradigma integracionista tornam insustentável a manutenção da Convenção 107:

Em 1986, a Convenção 107, sob severa crítica dos povos indígenas, teve iniciado o seu processo de revisão, o qual pela primeira vez contou com a participação de duas organizações não governamentais vinculadas aos direitos dos indígenas [Survival International e The World Council of Indigenous Peoples] (Antunes, 2019, p. 34).

Para compreender a superação do paradigma integracionista e a relevância da Convenção 169 para promover uma nova forma de diálogo entre povos e Estados, é importante, também, verificar a ultrapassada abordagem do Estatuto do Índio (anterior à Constituição Federal e à Convenção 169 da OIT). Com a finalidade de entender essa evolução histórica, colaciona-se a crítica de Araújo (2006, p. 32) ao Estatuto do Índio:

Baseado numa concepção que em nada se diferenciava daquela que existia desde o início da colonização, o Estatuto do Índio anunciava o seu propósito logo no primeiro artigo: 'integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva'.

Araújo (2006, p. 32) argumenta que o objetivo do Estatuto do Índio era fazer com que os indígenas perdessem a condição de indígenas para que se integrassem na sociedade envolvente; essa lei tinha como destinatários, portanto, "sujeitos em trânsito" com direitos temporários (enquanto permanecessem na condição de indígenas). A crítica é também feita por Colaço (2012, p. 106), ao analisar a transitoriedade dos direitos concedidos aos povos indígenas e a tentativa de eliminação da cultura indígena (que era o fundamento da concessão dos direitos).

Com a aprovação da Convenção 169 da OIT e a promulgação da Constituição Federal de 1988, sepultou-se a teoria segundo a qual os indígenas seriam mera categoria transitória, fadada ao desaparecimento, na medida em que se integrassem à sociedade hegemônica. Araújo (2006, p. 38) destaca que os constituintes de 1988 além de positivarem (pela primeira vez) um capítulo próprio

---

<sup>36</sup> Dá-se grande importância às pressões sociais que, juntamente com outros fatores, tornaram possível a aprovação da Convenção 169 da OIT: "O modelo integracionista corroborado pela OIT, na Convenção 107 de 1957, permaneceu por mais de trinta anos. Com as pressões sociais ocorridas nos anos 1960 e 1970, uma reformulação desse instrumento se fez necessária, e a partir de 1989 a Convenção n. 169 revisou as normas anteriores, e determinou que os signatários dispensassem tratamento diferenciado aos povos indígenas abrangidos em seus territórios, respeitando seus aspectos étnicos, coletivos, suas instituições e territórios e suas aspirações de desenvolvimento" (Dremiski; Lini, 2013, p. 76).

destinado aos povos indígenas, asseguraram a eles o "direito à diferença"; isto é, o direito de não serem integrados. Daí a importância da Constituição Federal de 1988 e da Convenção 169 da OIT como símbolos do processo de avanço e transformação dos direitos dos povos.

Para continuar a discussão a respeito da Convenção 169, colaciona-se uma tabela de Garavito (2012, p. 51) com o objetivo de abordar três concepções (ou abordagens) da questão indígena; iniciando com o paradigma integracionista, passando pelo multiculturalismo neoliberal e culminando no paradigma do multiculturalismo contra-hegemônico, em que os povos seriam sujeitos de seu próprio desenvolvimento e poderiam usufruir da plenitude de seus direitos:

Figura 1 - Enfoques Jurídicos sobre os povos indígenas

**Cuadro I.**  
**Enfoques jurídicos sobre los pueblos indígenas**

	<b>Integracionismo</b>	<b>Multiculturalismo neoliberal</b>	<b>Multiculturalismo contrahegemónico</b>
<b>Principio rector</b>	Asimilación	Participación	Autodeterminación
<b>Paradigma jurídico</b>	Regulación	Gobernanza	Derechos colectivos
<b>Modalidad de participación</b>	Ninguna	Consulta	Consentimiento
<b>Estatus jurídico de los pueblos indígenas</b>	Objetos de políticas	Objetos de políticas/ sujetos de derechos	Sujetos de derechos
<b>Fuentes legales</b>	Convenio 107 OIT, constituciones nacionales.	Convenio 169 OIT (interpretación débil), constituciones multiculturales.	Convenio 169 de la OIT (interpretación fuerte), Declaración derechos indígenas ONU, jurisprudencia (CIDH, Colombia), constituciones pluriculturales (Bolivia, Ecuador), sistemas legales indígenas.
<b>Actores centrales</b>	Gobiernos	Gobiernos, cortes, OIT, ETN, bancos multilaterales.	Organizaciones indígenas y comunidades, ONG de derechos humanos, cortes, OIT, organismos ONU (Relatoría pueblos indígenas; Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas).

Fonte: Garavito (2012, p. 51).

Esta tabela tem um grande potencial didático e de sistematização da luta dos povos indígenas em relação ao Direito. A opção entre uma ideologia assimilacionista e uma ideologia capaz de assegurar aos indígenas o direito à diferença é, antes de mais nada, uma questão ética. Nesse ponto, é importante não esquecer os ensinamentos de Lutzenberger (1980, p. 54) que sempre advogou a necessidade de se abandonar o pensamento integracionista, para preservar o meio

ambiente e a cultura indígena<sup>37</sup>; ele afirma que não se pode impor aos povos indígenas a "nossa maneira de viver" e que "a única proteção que o índio necessita é o respeito a seus direitos como ser humano, como cultura autônoma, como nação"; ou seja, antes deve-se garantir aos povos originários o "abrigo das agressões e da cobiça do 'homem civilizado' que quer despojá-lo de suas terras".

Pode-se dizer que este é o espírito da Constituição de 1988. Nesses termos, Marés (2013, p. 15) refere que a promulgação da Constituição Federal amplia os direitos indígenas e propõe uma nova relação de diálogo entre o Estado nacional e os povos originários. A convenção 169 da OIT e a promulgação da Constituição de 1988 representam a tentativa de escrever de modo diverso os novos capítulos da história dos povos tradicionais, que até agora foram manchados pelas mazelas do desrespeito.

Os desafios sempre se renovam. Antunes argumenta que a Convenção 169 da OIT e a Convenção sobre Diversidade Biológica devem ocupar posições destacadas no plano jurídico latino-americano nos próximos anos, em razão de que "a biotecnologia é uma das fronteiras da ciência moderna e os chamados conhecimentos tradicionais associados, cada vez mais, se tornam relevantes no contexto da indústria farmacêutica e da propriedade intelectual" (Antunes, 2019, p. 1).

### **2.2.2 A busca pela igualdade material e a efetivação dos direitos positivados**

A Convenção 169 prevê medidas especiais com o objetivo de garantir igualdade material<sup>38</sup> e efetiva entre os povos indígenas e todos os outros setores da comunidade nacional, seguindo a tendência da especificação do sujeito de direitos, como preconizado por Piovesan (2006, p. 22). Nos termos de Piovesan (2006, p.

---

<sup>37</sup> Daí a importância da luta de militantes e ambientalistas para fazer avançar a história em defesa do meio ambiente e dos povos indígenas. José Lutzenberger é um exemplo de organizador de coletivos que lutavam pela causa do meio ambiente. Nascido em dezembro de 1926, foi um ecologista porto-alegrense que trabalhou em favor das causas ambientais desde os anos 1970 até 2002, quando faleceu. Foi um dos fundadores da Associação Gaúcha de Proteção ao Ambiente Natural (AGAPAN) e da Fundação GAIA. Ganhou reconhecimento como escritor e em 1990 foi chamado pelo presidente Fernando Collor de Melo para assumir o cargo de secretário nacional do meio ambiente, cargo que ocupou até 1992.

<sup>38</sup> "A igualdade material (de facto equality) toma a igualdade como um resultado ao qual se pretende chegar, acenando para uma atuação estatal marcada pelo protagonismo, tendo como base o impacto e efeito concreto e real de leis e políticas públicas no exercício de direitos, considerando os diversos grupos e suas desvantagens e vulnerabilidades" (Piovesan, 2023, p. 353).

22), é insuficiente tratar juridicamente os indivíduos de maneira geral e abstrata; antes, é necessário analisar concretamente os sujeitos, levando em conta as particularidades e diferenças (direito à diferença<sup>39</sup>).

Pode-se dizer, seguindo a linha da busca pela igualdade material, que a Convenção 169 da OIT faz parte desse movimento maior de especialização e especificação do sujeito de direitos, iniciado nomeadamente após a segunda guerra mundial, como forma de conferir direitos específicos aos setores mais vulneráveis da sociedade civil. Esse novo paradigma de proteção dos direitos humanos (igualdade material) encontra amparo na célebre frase de Boaventura de Sousa Santos (2016, p. 30):

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

No sentido de conferir direitos específicos a indivíduos ou grupos diferenciados, entende-se que uma das grandes inovações da Convenção 169 da OIT (1989) seja a positivação do direito à consulta livre, prévia e informada, que garante aos povos indígenas a ampliação de sua participação política:

Artigo 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

Não obstante, há um longo caminho entre a positivação dos direitos no plano internacional e sua efetivação no âmbito dos Estados nacionais, principalmente se estiverem em pauta direitos que contrastam com os ditames da sociedade hegemônica. Nesses termos, Brzezinski (2016, p. 130) coloca que as reivindicações dos povos indígenas costumam ser consideradas obstáculos ao desenvolvimento do Brasil, de modo que cumprir o dever jurídico da consulta prévia é "reputado não somente desnecessário, como contraproducente".

No mesmo sentido, Duprat (2015, p. 54) indica que, apesar de "uma disciplina bastante extensa e do endosso do direito constitucional interno, o instituto da consulta, disposto na Convenção n. 169, é considerado uma formalidade

---

<sup>39</sup> Conforme Piovesan (2006, p. 22), "neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os migrantes, as pessoas portadoras de deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social."

desnecessária"; a autora vislumbra que ainda há traços remanescentes do paradigma anterior, que entendia a figura do Estado como um sujeito com competência para, por si, ditar o "interesse comum".

É exatamente nesse ponto que se vê a dificuldade que os Estados nacionais e seus respectivos ordenamentos jurídicos (rígidos e monistas) têm para respeitar o "diferente". Wolkmer (2018, p. 84) descreve a falta de representatividade de que padecem as minorias nas democracias representativas, uma vez que as intenções universalizantes do Direito estatal raramente se compatibilizam, por exemplo, com os desígnios dos sujeitos de direitos destinatários da Convenção 169 da OIT; ele indica que o Direito estatal costuma regulamentar, por meio de seus códigos, apenas os interesses dos proprietários burgueses, camuflando as contradições sociais sob o véu de uma retórica liberal "conciliadora" (espaço público centralizador).

Vislumbrando-se as dificuldades de efetivação dos direitos positivados na Convenção 169 da OIT, descritas acima por Brzezinski (2016) e Duprat (2015), e as falhas representativas das democracias atuais (ausência de representação das minorias), denunciadas por Wolkmer (2018), ainda é bastante atual a lição de Bobbio (1992, p. 25) sobre os desafios que estão diante de nossos olhos: ele argumenta que o grande problema da (falta) de efetivação dos direitos fundamentais não é filosófico, mas político, no sentido de que não se trata de discutir teoricamente quais são, qual a natureza ou o fundamento dos direitos; resta agora definir formas concretas de garantir os direitos e evitar que solenes declarações sejam continuamente violadas. Parece ser esse o atual estágio das lutas dos povos indígenas por direitos.

Nessa linha, Peruzzo (2017) afirma que o desafio atual consiste em se buscar formas de implementação do direito de consulta. Busca-se a reestruturação do conceito de cidadania, a fim de consolidar a participação ativa dos cidadãos nos assuntos do Estado. Peruzzo (2017) entende o direito de consulta como fundamental para a concretização de uma cidadania de "baixo para cima"; o autor indica que a consolidação da democracia deve ir além da "representatividade indireta".

Vislumbrando o problema da concretização de direitos já positivados, o recente fenômeno dos protocolos de consulta, um dos objetos desta dissertação, tem chamado a atenção por ser uma ferramenta com potência de fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas e quilombolas (meio para

ampliar os canais de comunicação entre povos tradicionais e a sociedade envolvente). Justamente por se tratar de um instrumento de participação e solução consensual das controvérsias (com respeito às diferenças), Lima e Silva (2016) acreditam que os protocolos de consulta têm um papel fundamental para assegurar e defender os direitos indígenas.

### **2.2.3 A Convenção 169 e a autonomia dos povos**

Os protocolos de consulta, que fortalecem a consulta prévia, fundamentam-se na autonomia e no respeito às culturas e aos modos de vida dos povos, auxiliando-os a definir suas próprias prioridades para o desenvolvimento. É no sentido de afirmação da autodeterminação dos povos que Silva (2019a, p. 91) entende a Convenção 169 da OIT, e, nesses termos, aponta a importância do artigo 7<sup>40</sup> da Convenção 169 da OIT para o fortalecimento da autodeterminação dos povos indígenas, ao dispor que os povos têm o direito de decidir suas próprias prioridades (o que envolve a organização de suas próprias instituições e terras que ocupam).

No mesmo sentido, Duprat (2009, p. 66) afirma que a Convenção 169 reconhece a pluralidade de culturas existentes dentro de cada Estado nacional e o direito de cada segmento da população de viver conforme seus próprios modos de vida. A convenção 169 da OIT surge para devolver aos povos o direito à autodeterminação.

Outro elemento importante da Convenção 169 que merece destaque é a previsão do autorreconhecimento como critério fundamental para identificação dos povos destinatários de suas normas. Ela é aplicada (1) aos povos cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial e (2) aos povos considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação

---

<sup>40</sup> Convenção 169 da OIT (1989), artigo 7.1: "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. [...]".

jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

No artigo 1 da Convenção 169 está posto que a consciência da identidade indígena ou tribal é critério fundamental para haver o reconhecimento dos grupos aos quais se aplica a Convenção<sup>41</sup>. Sobre o autorreconhecimento, Duprat (2015, p. 64) entende que essa seria a única forma de reconhecimento compatível com a situação almejada, em que não existe hierarquia entre integrantes da sociedade envolvente e povos tradicionais; ela argumenta que a competência de atribuição das "definições identitárias" deve pertencer aos próprios grupos, sob pena de subsistir poder de um grupo sobre os outros (o que não pode ocorrer numa situação de horizontalidade).

Nesses termos, Cunha (2012, p. 103) refere que "a antropologia social chegou à conclusão de que os grupos étnicos só podem ser caracterizados pela própria distinção que eles percebem entre eles próprios e os outros grupos com os quais interagem. Existem enquanto se consideram distintos"; no plano individual, a pertinência ao grupo étnico depende da identificação do próprio sujeito somada ao reconhecimento do grupo de que, realmente, aquele indivíduo lhe pertence (Cunha, 2012, p. 103).

A autoidentificação está relacionada com a consciência da própria condição de indígena e torna-se o critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplica a referida Convenção. De acordo com o que foi decidido na ADI 3.239<sup>42</sup>:

A eleição do critério de autoatribuição não é arbitrária [...]. Além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, estampa uma opção de política pública legitimada pela Carta da República, na medida em que visa a interrupção do processo de negação sistemática da própria identidade dos grupos marginalizados (Brasil, 2018).

Sem dúvida o autorreconhecimento e a consulta prévia, ambos positivados na convenção 169 da OIT, aparecem no cenário doméstico como inovações favoráveis à defesa dos direitos indígenas, e dão relevância à norma internacional

<sup>41</sup> Convenção 169 da OIT (1989), artigo 1.2: "A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção".

<sup>42</sup> Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade do Decreto n. 4887, julgada improcedente por maioria, para reconhecer como constitucional o critério de autoatribuição da identidade de quilombola previsto no Decreto n. 4887/2003 para a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação de suas terras prevista no artigo 68 do ADCT. A decisão invocou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, internalizada ao direito brasileiro, bem como a não exclusividade de tal critério, dado que sujeito a controles institucionais (CNJ, 2023, p. 76).



ora debatida. Pelos motivos ventilados no presente capítulo, constata-se a importância deste tratado internacional de direitos humanos, que inaugurou uma nova forma de pensar os direitos dos indígenas, conferindo-lhes autonomia e garantindo-lhes participação política.

Visualiza-se a "abertura" dos Estados latino-americanos no sentido de permitir cada vez mais o pluralismo jurídico (que será discutido em capítulo posterior), reconhecendo tanto tratados internacionais sobre direitos humanos quanto manifestações normativas consuetudinárias dos povos tradicionais (Duprat, 2015, p. 76).

Compreende-se que a Convenção 169 da OIT é o diploma internacional que simboliza "a passagem do Estado nacional de matiz hegemônico para a sua vertente de pluralismo cultural e étnico"; a Convenção tem o mérito de tornar visíveis setores periféricos da sociedade, a partir do "reforço de suas liberdades expressivas" (Duprat, 2015, p. 76).

Cumpram-se mencionar a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas. A ONU adotou, no dia 13/09/2007, a Declaração<sup>43</sup> das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007), um documento que, apesar de não ser vinculante, representa um consenso entre os seus signatários (Antunes, 2019, p. 45).

Na mesma linha, Oliveira e Aleixo (2014, p. 6) consideram que a Declaração da ONU é o documento que mais avançou na proteção do consentimento prévio, livre e informado dos povos e, embora seja considerada "*soft law*", representa um compromisso político dos Estados signatários. Garavito (2012, p. 49) afirma que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas avançou em reação à Convenção 169 em matéria de consentimento dos povos indígenas, aumentando, potencialmente, a autonomia dos povos.

Logo no preâmbulo, essa Declaração indica o protagonismo dos povos indígenas em relação aos seus planos de futuro (aspirações e necessidades), à manutenção de suas terras e promoção de suas instituições, cultura e modos de vida, sem esquecer da contribuição das práticas tradicionais para o desenvolvimento

---

<sup>43</sup> Conforme Brzezinski (2016, p. 134), "Essa resolução foi elaborada no âmbito do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da Comissão de Direitos Humanos da ONU e resultou de 25 anos de estudos e controvérsias. Foi aprovada pela Assembleia Geral com 143 votos a favor (inclusive do Brasil), 11 abstenções e 4 votos contrários".

sustentável e gestão adequada dos recursos ambientais. A Declaração das Nações Unidas também se preocupa com a consulta e o consentimento: ela determina (1) que povos indígenas não poderão ser removidos de seus territórios sem seu consentimento e indenização justa e equitativa (artigo 10) e (2) que quando houver medidas administrativas ou legislativas que incidam sobre interesses indígenas, a consulta às instâncias representativas indígenas é imprescindível (artigo 19) (Antunes, 2019, p. 45).

Da análise do artigo 18<sup>44</sup> da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, percebe-se que ele é capaz de fundamentar juridicamente a implementação dos protocolos de consulta (matéria que será discutida em capítulo posterior).

Voltada para o contexto americano, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos aprovou a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, no dia 14/06/2006. Seus fundamentos seguem a linha inaugurada pela Convenção 169 da OIT e reafirmam a necessidade de consulta culturalmente adequada (Antunes, 2019, p. 46). Essa Declaração estabelece, também, o dever estatal de adotar medidas de proteção ao patrimônio cultural e propriedade intelectual dos povos originários (Antunes, 2019, p. 47).

Anaya (2013) indica que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Convenção 169 da OIT formam parte de um novo regime do Direito internacional relativo aos povos indígenas. Certamente a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas integra esse quadro jurídico de proteção dos povos. Nesses termos, Anaya (2013):

En este nuevo régimen del derecho internacional se plantea un nuevo relacionamiento entre los estados y los pueblos indígenas dentro del modelo plurinacional o pluricultural. Y dentro de este modelo, los pueblos indígenas deben poder determinar sus propios destinos en pie de igualdad con los demás, participar en la toma de las decisiones que les afectan, y estar seguros en sus derechos individuales y colectivos.

Tendo delineado o contexto histórico do surgimento da Convenção 169 da OIT, suas inovações e a consequente mudança de paradigma, passa-se agora a

---

<sup>44</sup> Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, Artigo 18 "Os povos indígenas têm direitos, a participar na adoção de decisões em questões que afetem seus direitos, vidas e destinos, através de representantes eleitos por eles, **em conformidade com seus próprios procedimentos, assim como manter e desenvolver suas próprias instituições de adoção de decisões**" (ONU, 2007).

analisar, de forma mais aprofundada, os aportes teóricos com os quais serão visualizados os protocolos de consulta e os planos de gestão territorial e ambiental.

### 3 APORTES TEÓRICOS: PLURALISMO JURÍDICO E PRINCÍPIO POLÍTICO DO COMUM

O presente capítulo é destinado a analisar os dois aportes teóricos a partir dos quais serão analisados os documentos jurídicos dos povos indígenas. O pluralismo jurídico e o princípio político do Comum têm inúmeros pontos de convergência que serão debatidos ao longo do texto; ambos os aportes carregam em si uma potência renovadora (e descentralizadora), capaz de torná-los especialmente ricos para atacar as questões que envolvem Direito e povos indígenas.

Pluralismo jurídico e Comum podem, juntos, fortalecer Direitos que estão fundados em novos critérios de legitimação, "tendo sua razão de ser na ação de sujeitos coletivos que, conscientes e mobilizados num espaço de conflituosidade, reivindicam, através de formas múltiplas de pressão e lutas, a satisfação de suas necessidades humanas" (Wolkmer, 2015a, p. 98). O direito dos povos indígenas às suas terras e o direito de propriedade coletiva dos quilombolas estão vinculados a essas lutas (Wolkmer, 2015a, p. 98). Esses movimentos devem ser conscientes dos limites "do sistema normativo vigente [que] propicia condições favoráveis para a emergência da multiplicidade de confrontos coletivos inerentes ao acesso à terra nas áreas rurais e urbanas" (Wolkmer, 2015a, 126).

#### 3.1 O PLURALISMO JURÍDICO

Este capítulo, que tem o objetivo de descrever o horizonte pluralista, será baseado preponderantemente em dois autores, quais sejam, Hespanha (2019) e Wolkmer (2015a). Essa opção não é sem propósito: ambos os autores têm amplo reconhecimento e trabalham o Direito a partir de dois elementos fundantes (legitimidade e consenso); tornam-se, com isso, adequados para servirem de aportes teóricos para compreender os documentos jurídicos produzidos pelos povos indígenas<sup>45</sup>. As obras "Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI" de António Hespanha e "Pluralismo jurídico: fundamentos de

---

<sup>45</sup> Quando se fala (teoricamente) a respeito do pluralismo, não se pode perder de vista o problema dos protocolos de consulta e dos PGTAs (objeto prático). Nesses termos, tem-se em conta que "as preocupações políticas contribuem para perspetivar as questões teóricas" (Hespanha, 2019, p. 17).

uma nova cultura do direito" de Antonio Wolkmer foram muito estudadas e debatidas, de modo que serão recorrentemente citadas ao longo deste manuscrito.

Ao longo do estudo sobre pluralismo jurídico, surgem alguns termos caros ao desenvolvimento da matéria: (1) fragmentação jurídica, (2) direito insurgente, (3) *derecho profano*, (4) justiça multicultural, (5) direito extraestatal, (6) direito vivo e (7) direitos espacial e temporalmente concomitantes. Evidentemente a lista não é exaustiva.

Entre tantas vertentes de pluralismo, firma-se a opção por um pluralismo jurídico de tipo libertador e emancipatório, "de base democrático-participativa, fortemente inspirado em matrizes descoloniais latino-americanas" (Wolkmer, 2015a, p. 81), capaz de justificar, no plano teórico, o fortalecimento dos direitos dos povos indígenas no contexto brasileiro.

Não obstante, o exercício de defesa dos direitos dos povos indígenas a partir do pluralismo jurídico pode realizar satisfatoriamente seus objetivos com a harmonização entre o Direito estadualista e o Direito indígena<sup>46</sup>. Bobbio fala em relações de coordenação e subordinação (Bobbio, 1999, p. 165) ou relações de indiferença, recusa e absorção (Bobbio, 1999, p. 169) entre ordenamentos jurídicos.

Nesses termos, o presente trabalho toma a posição de que um dos caminhos possíveis para o fortalecimento do respeito aos direitos indígenas é a recepção de seu Direito tradicional pelo Direito estadual<sup>47</sup>.

Fala-se em "pluralismo como marco de ruptura e denúncia dos mitos sacralizados do instituído" (Wolkmer, 2015a, p. 184). A luta dos movimentos sociais por direitos deve ocorrer, também, dentro do paradigma monista, a partir (1) da exigência para tornar efetivos os direitos já reconhecidos pela legislação estatal e (2) da reivindicação do reconhecimento de novos direitos que emergem das necessidades coletivas (Wolkmer, 2015a, p. 99).

---

<sup>46</sup> Pensando a partir de um pluralismo de contraponto ou conformação (não radical), que busca o diálogo e uma adequação recíproca entre o Direito oficial e o Direito insurgente, com todas as cautelas para que esse diálogo não se desvirtue em assimilação.

<sup>47</sup> Sem apego aos meios (embate entre pluralismo e monismo) que conduzem ao resultado, desde que os fins (respeito aos povos indígenas) sejam alcançados.

### 3.1.1 O monismo jurídico

Em cada período histórico da civilização, "domina um certo tipo de ordenação jurídica", de modo que o Direito da sociedade moderna (eurocêntrica) está desenhado a partir das necessidades da classe burguesa e do modo de produção capitalista, com traços ideológicos liberais e individualistas e organização institucional do poder centrada na figura do Estado soberano (com pretensões unificadoras e universalistas), que se vale de uma racionalidade burocrática (Wolkmer, 2015a, p. 24).

Inicia-se o presente tópico com a (já muito repetida) constatação de que o Direito é histórico e, por esse motivo, poderia não ser do modo que atualmente é. Antes de debater o pluralismo jurídico, pretende-se fazer uma breve descrição (e crítica) do monismo jurídico.

Antes de tudo, cumpre referir que o estatismo jurídico ocidental monista desenvolveu-se dogmaticamente e realizou conquistas teóricas importantes, que culminam no positivismo jurídico de Hans Kelsen (e tantos outros). Para as correntes do positivismo jurídico, haveria uma identidade entre Estado e Direito, de modo que se poderia "considerar o Estado essencialmente como a ordem jurídica politicamente centralizada" (Wolkmer, 2015a, p. 59). Nesses termos, "o Estado encarna o próprio Direito em determinado nível de ordenação, constituindo um todo único, em uma completude lógica e congruente" (Wolkmer, 2015a, p. 59).

Há aí a formação de um sistema realimentado, onde o Estado é capaz de colher legitimidade<sup>48</sup> do Direito, enquanto o Direito adquire o atributo da "força vinculante" justamente em razão do respaldo proporcionado pelo Estado (Wolkmer, 2015a, p. 60). "Assim, a primeira e essencial especificidade do Direito moderno é a natureza de sua estatalidade" (Wolkmer, 2015a, p. 62). Nesse horizonte, consolida-se o dogma de que existe um único Direito, "instrumentalizado por regras neutras"<sup>49</sup> positivamente postas", produzido e oficializado pelo Estado (Wolkmer,

---

<sup>48</sup> Essa estrutura realimentada é percebida no momento em que se vê que "a pretensão da exclusividade da legalidade oficial e sua eficácia real 'para absorver ou neutralizar as manifestações normativas não estatais' [...] está condicionada pelo grau de legitimidade da estrutura de poder" (Wolkmer, 2015a, p. 259). Em sentido oposto, a baixa legitimidade estatal abre espaços para "o surgimento de manifestações normativas não estatais, sendo notório que tais manifestações não são necessariamente contra o regime" (Wolkmer, 2015a, p. 259).

<sup>49</sup> Conforme Hespanha (2019, p. 45), "A própria forma geral e abstrata do Direito, bem como sua organização segundo uma lógica rigorosa (formalismo e logicismo jurídicos) constitui elementos de neutralização dos pontos de vista particulares e das pulsões egoístas ou corporativas".

2015a, p. 63). Nesses termos, Hespanha (2019, p. 219) enfatiza o papel do conceito de Constituição<sup>50</sup> no fortalecimento da perspectiva monista: "a referência à Constituição como norma suprema impede que as normas jurídicas tenham que 'responder' perante sistemas normativos não jurídicos".

Hespanha (2019, p. 189) afirma que a lei estadual reclamou para si a competência de representar a vontade geral (e racional) e o interesse geral, não aceitando compartilhar o campo de regulação da vida política com qualquer outra fonte de Direito. A implicação dogmática da monopolização do Direito pelo Estado é que a aplicação do Direito se resumiria em "submeter à lei os casos concretos", num exercício simples de subsunção ou silogismo (em que a Lei ocupa o lugar da premissa maior) (Hespanha, 2019, p. 189).

Justamente por ser produzido unicamente pelas instituições do Estado, "desconsideram-se [...] as múltiplas manifestações de exteriorização normativa (direito espontâneo, indígena, informal, extraestatal etc.), representados pelos corpos sociais autônomos" (Wolkmer, 2015a, p. 72).

Não obstante a desconsideração das manifestações descentralizadas e informais, a legitimidade exclusiva do Estado estava associada a representação da vontade popular: o Estado corporizava o povo (ou a nação) e "detinha em exclusivo a legitimidade para superar as contradições dos interesses particulares, combinando-os num interesse geral ou público" (Hespanha, 2019, p. 45).

Se a sociedade medieval era pluralista, na medida em que era "constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio" (produzido pela sociedade civil), o surgimento do Estado moderno impõe "uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes" (Bobbio, 1995, p. 27); Bobbio (1995) chama esse processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

Vinculado a esse movimento, o positivismo<sup>51</sup>, estritamente monista, aponta na direção do princípio da onipotência do legislador; este princípio rejeita todo o tipo de Direito "diferente daquele posto pela lei" (Bobbio, 1995, p. 86). Nessa linha, a teoria do ordenamento jurídico desenvolve-se com base em três dogmas, quais

---

<sup>50</sup> A teoria da interpretação em conformidade com a Constituição parte da ideia piramidal e hierárquica do Direito, em desconformidade com a perspectiva plural (Hespanha, 2019, p. 243).

<sup>51</sup> Bobbio (1995, p. 26) afirma que "o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo" e, a partir da consolidação dessa doutrina, "o acréscimo do adjetivo 'positivo' ao termo 'Direito' torna-se um pleonismo".

sejam, a unidade, a coerência e a completude. O atributo da completude é especialmente interessante para a discussão da díade monismo/pluralismo:

Nos tempos modernos o **dogma da completude** tornou-se parte integrante da concepção estatal do Direito, isto é, daquela concepção que faz da **produção** jurídica um monopólio do Estado. Na medida em que o Estado moderno crescia em potência, iam-se acabando todas as fontes de direito que não fossem a Lei ou o comando do soberano. **A onipotência do Estado reverteu-se sobre o Direito de origem estatal, e não foi reconhecido outro Direito senão aquele emanado direta ou indiretamente do soberano** (Bobbio, 1999, p. 120).

Do reconhecimento do dogma da completude irradiam muitos efeitos: um ordenamento jurídico dotado de completude indica que sua regulação não deixa lacunas, isto é, não há espaço (nem utilidade) para um direito extraestatal:

Onipotente como o Estado do qual emanava, o Direito estatal devia regular cada caso possível: havendo lacunas, o que deveria ter feito o juiz senão recorrer a fontes jurídicas extraestatais, como o costume, a natureza das coisas, a equidade? **Admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente, quebrar o monopólio da produção jurídica estatal** (Bobbio, 1999, p. 120).

Conforme Bobbio (1999, p. 128), "A completude<sup>52</sup> não era um mito, mas uma exigência de justiça, não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a certeza". Nesses termos, relativizar a completude "significava quebrar a barreira do princípio da legalidade, que havia sido colocado em defesa do indivíduo, [significava] abrir as portas ao arbítrio, ao caos e à anarquia" (Bobbio, 1999, p. 128).

Com essas preocupações, a dogmática jurídica exige que "as lacunas (aparentes) devem sofrer uma correção num ato interpretativo [...]" (Ferraz Junior, 2019, p. 54). Uma coisa é certa: "toda e qualquer lacuna é efetivamente uma aparência. O sistema jurídico é necessariamente manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada" (Ferraz Junior, 2019, p. 54).

É nesses termos que Ferraz Junior (2019, p. 54) argumenta que "a ideia de sistema fechado, marcado pela ausência de lacunas, acaba assim ganhando o caráter de ficção jurídica necessária". A dogmática jurídica constrói a si mesma,

<sup>52</sup> Inspirado pela corrente que dá grande importância aos princípios jurídicos (pós-positivismo), Dworkin (com fundamentos próprios, sem recorrer ao positivismo), entende que "o direito teria uma capacidade elástica, que o tornava capaz de responder com uma norma a qualquer situação. Isso aconteceria porque cada ordem jurídica [...] assentaria sobre princípios muito gerais, continuamente aplicados, apurados e atualizados pela própria prática do Direito. E seria justamente essa generalidade dos princípios e a sua sensibilidade aos mutáveis contextos sociais que permitiria ao Direito essa contínua capacidade de responder à vida" (Hespanha, 2019, p. 148).



transformando-se numa elaboração abstrata (valendo-se de inúmeras ficções garantidoras de sua lógica interna); evidentemente, essa abstração gera alguns efeitos positivos e outros negativos. Sobre o distanciamento (abstração) da dogmática jurídica, Ferraz Junior (2019, p. 55):

Paga-se um preço por isso: o risco de um distanciamento progressivo da realidade, pois a ciência dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seus próprios conceitos.

Muitas são as críticas feitas ao Direito estatal; critica-se o seu distanciamento em relação aos conflitos sociais, a sua lentidão na resolução dos conflitos e sua incapacidade de reconhecer as culturas periféricas. O modelo de inspiração iluminista dá sinais de esgotamento<sup>53</sup>, "não suportando as profundas transformações [...] geradas pela complexidade dos conflitos coletivos, as demandas sociais [...]" (Wolkmer, 2015a, p. 25).

Nesses termos, o paradigma pluralista do Direito aparece para fazer uma leitura mais precisa do fenômeno jurídico:

**El pluralismo jurídico es un concepto con gran capacidad explicativa acerca del derecho realmente existente en Nuestra América**, pues logra dar cuenta de la pervivencia de varias formas distintas de concebir, producir y aplicar el discurso del derecho en nuestra región, relacionando esta diversidad con diferencias culturales, políticas, sociales y económicas profundas e irreductibles (Cervantes, 2016, p. 213).

O próprio Ferraz Junior (2019, p. 7) aponta a contínua transformação da sociedade, que exige "novas formas de manifestação do fenômeno jurídico"; ele complementa indicando que é possível que, num futuro não tão distante, "essa forma compacta do Direito [...] sob a forma estatal de organização venha a implodir, recuperando-se, em manifestações espontâneas e localizadas, um Direito de muitas faces, peculiar aos grupos e às pessoas que os compõem" (Ferraz Junior, 2019, p. 8).

---

<sup>53</sup> Wolkmer (2015a, p. 249) entende que "a pluralidade de manifestações normativas não estatais se deve, em grande parte, de um lado, à 'baixa eficácia da legalidade estatal' e, de outro, ao nível da 'crise de legitimidade' que atinge o regime político".

### 3.1.2 O positivismo, além de uma teoria, é uma ideologia?

A teoria estadista, vinculada ao positivismo jurídico, considera Direito apenas o Direito estatal. Esta forma monista de visualizar o fenômeno jurídico ganha força com o surgimento do Estado moderno, conforme Bobbio (2016, p.32):

A teoria estatista do direito é produto histórico da formação dos grandes Estados modernos, erigidos sobre a dissolução da sociedade medieval. [...] O Estado moderno foi formado por meio da eliminação ou da absorção dos ordenamentos jurídicos superiores ou inferiores pela sociedade nacional, por meio de um processo que se poderia chamar de monopolização da produção jurídica.

Nesses termos, o Estado nacional soberano exigia uma configuração institucional que concedesse a ele o monopólio legislativo, o monopólio de jurisdição e o monopólio de uso legítimo da força. Segundo Bobbio (2016, p. 33):

A máxima consagração teórica desse processo [identificação do Direito com o Direito estatal] é a filosofia do direito de Hegel<sup>54</sup>, na qual o Estado é considerado o Deus terreno, ou seja, o sujeito último da história, que não reconhece, nem abaixo nem acima de si, qualquer outro sujeito, e a quem os indivíduos e grupos devem obediência incondicional.

Com isso, ocorre a supervalorização da lei ("primado da lei"), que se torna a "principal fonte de Direito nos Estados ocidentais" (Hespanha, 2019, p. 93). Foi o primado da lei que fundamentou "a teoria do Direito e da norma jurídica dominante durante os séculos XIX e XX" (Hespanha, 2019, p. 93).

Esse processo de centralização de poder em busca de uma unidade nacional afeta de modo especialmente grave as populações periféricas, que possuem modos de vida e cosmovisões inconciliáveis com o modelo europeu, conforme Duprat (2015, p. 56):

O fato é que esses grupos menores não tinham como resistir a todo o instrumental concebido para chegar à pretendida homogeneidade. A começar pela adoção de uma única língua administrativa, o seu uso obrigatório nas relações entre o indivíduo e o Estado, seguindo-se a alfabetização pública em larga escala. Os não falantes da língua oficial, nesse ambiente, estavam condenados a ficar à margem da sociedade nacional.

<sup>54</sup> No mesmo sentido, Hespanha (2019, p. 45) afirma que "o Estado passou a ser considerado como um fator, neutral e acima dos interesses privados, de racionalização dos múltiplos interesses setoriais em conflito na sociedade. Essa visão do Estado - que nasceu da **dialética hegeliana** entre o real (a sociedade) e o racional (a ideia de Estado e de Direito) [...]" e "competiria ao Estado (ao soberano) a tarefa de arbitrar e harmonizar a pluralidade de pretensões dos indivíduos e dos grupos, de modo a manter a coesão nacional [...]" (Hespanha, 2019, p. 45).

No mesmo sentido, Varella (2018, p. 176) refere que o processo de adoção de um idioma único<sup>55</sup>, no Brasil, teve vários pontos negativos, como por exemplo a perda de vários elementos culturais locais e a desvalorização de regionalismos. Dito de outra forma: a unificação de cima para baixo prejudica a diversidade cultural e linguística.

O caso brasileiro é marcado, desde o início da colonização, por um Direito estatal "segregador e discricionário com relação à população nativa", que se impôs sobre a pluralidade de culturas existentes (Wolkmer, 2015a, p. 89). O Brasil colonial (construído com base na monocultura e mão de obra escrava) desenvolveu um aparato político "desvinculado das necessidades da maioria de sua população, montado para servir [...] o governo real da Metrópole" (Wolkmer, 2015a, p. 90).

Vê-se que o Estado nacional, quando centraliza em si todas as funções legislativas, administrativas e judiciárias, também passa a interferir na cultura, tradição e costumes dos cidadãos que são administrados por ele. Essa interferência estatal nos modos de vida dos cidadãos (processos de assimilação) visa a construção de uma identidade nacional. Esse processo de monopolização<sup>56</sup> (identificação completa entre Estado e Direito) é compatível com os modos juspositivistas de visualizar o fenômeno jurídico. De acordo com Mascaro (2022, p. 51):

Por juspositivismo compreende-se uma associação necessária do fenômeno jurídico ao fenômeno da autoridade estatal. As raízes históricas de tal pensamento já vêm de há muito, mas a construção sistemática de um modelo de identificação do direito ao Estado surge, vigorosamente, apenas no século XIX. Nessa época os Estados nacionais europeus já se encontram sob controle da burguesia, que então dita seus interesses por meio de normas jurídicas estatais.

Com essa breve discussão a respeito das implicações da teoria juspositivista no plano do *ser* (sua tendência monista e unificadora), discute-se, agora, se o positivismo jurídico, além de uma teoria, pode ser identificado como uma ideologia.

Bobbio (1995) afirma que a característica fundamental da ciência é o atributo da *avaliatividade*. Ele esboça uma linha abissal entre juízos de fato e juízos de valor, excluindo os juízos de valor do âmbito da ciência: "a ciência consiste somente

<sup>55</sup> "Grupos indígenas, sobretudo os de contato mais antigo com a população neobrasileira, foram induzidos a falar [...] português, por imposição expressa do Diretório dos Índios pombalino (artigo 6.)" (Cunha, 2012, p. 106).

<sup>56</sup> "Na verdade, sobretudo a partir do momento em que surgiram códigos e se estabilizou a lei feita pelos parlamentos [...], o Direito passou a ser identificado com a lei, pelo menos para os juristas menos inquietos" (Hespanha, 2019, p. 11).

em juízos de fato" (Bobbio, 1995, p. 135). Nesse sentido, a ciência se interessa por um conhecimento puramente objetivo<sup>57</sup> da realidade (Bobbio, 1995).

Bobbio (1995, p. 223) distingue, utilizando esses mesmos parâmetros (avaliatividade e objetividade), teoria e ideologia:

[...] dissemos que a teoria é a expressão da atitude puramente cognoscitiva que o homem assume perante uma certa realidade e é, portanto, constituída por um conjunto de juízos de fato, que têm a finalidade de informar os outros acerca de tal realidade. A ideologia, em vez disso, é a expressão do comportamento avaliativo que o homem assume face a uma realidade [...].

Uma atividade avaliativa pressupõe, evidentemente, um juízo de valor. É nesses termos que Bobbio (1995) afirma que uma teoria pode ser classificada como verdadeira ou falsa, enquanto que esse modo de classificação não é adequado para realizar a avaliação das ideologias: as ideologias podem ser classificadas como progressistas ou conservadoras, por exemplo.

Para Bobbio (1995), o positivismo jurídico surge da tentativa de analisar o Direito de acordo com os métodos próprios das ciências físico-matemáticas, ou seja, o positivismo busca uma "[...] atitude neutra diante do direito, para estudá-lo assim como é, e não como deveria ser: isto é, ser uma teoria e não uma ideologia" (Bobbio, 1995, p. 223).

No entanto, Bobbio (1995, p. 224) discorre sobre as dificuldades de desvincular a teoria da ideologia. Segundo ele, os positivistas não conseguiram dispensar os componentes ideológicos de suas formulações: grandes autores do positivismo não se limitavam a descrever e observar a realidade, eles também teciam juízos de valor:

O momento ideológico tem, enfim, uma importância notável junto aos juspositivistas alemães da segunda metade do século transcorrido, que sofreram a influência da concepção hegeliana do Estado. Segundo esta concepção (dita do Estado ético), o Estado não tem um puro valor técnico, não é um simples instrumento de realização dos fins dos indivíduos (como é no pensamento liberal), mas um valor ético, é a manifestação suprema do Espírito no seu devir histórico [...] (Bobbio, 1995, p. 224).

Com a centralidade do Estado moderno, o Direito torna-se o único sistema de regulamentação do comportamento do homem em sociedade. O positivismo aparece acoplado a uma ideologia de obediência irrestrita à lei (há uma obrigação jurídica e uma obrigação moral de respeitar a lei): obediência por constrição

---

<sup>57</sup> Alguns entendem que "nada se oferece neutralmente, em espetáculo; antes é posto em espetáculo de acordo com as particulares interrogações de quem observa" (Hespanha, 2019, p. 132).

(obrigação heterônoma) e obediência por convicção (obrigação autônoma) (Bobbio, 1995, p. 226).

Disso decorre que, apesar de sua busca por objetividade e neutralidade, a doutrina positivista não consegue se desvencilhar totalmente de componentes ideológicos e avaliativos. O positivismo ganha força com a ascensão dos Estados nacionais e é um elemento útil para a formação das identidades nacionais, na medida em que identifica o Direito com a vontade estatal e promove uma estrutura monista e centralizada. Dito de outra forma: apesar de ter compromissos com a neutralidade, o positivismo jurídico se coloca a serviço do Estado moderno e do monismo jurídico.

Uma atitude ideológica pode ser percebida, também, na conduta dos juristas franceses da escola da exegese (fetichismo pela lei): "são não apenas intérpretes, mas também admiradores do Código de Napoleão" (Bobbio, 1995, p. 224).

Sobre esse aspecto, Mascaro (2022, p. 33) refere que "as concepções sobre o Direito que se reputam 'puras' ou neutras envolvem, na verdade, uma perspectiva particular, uma situação histórica, social e ideológica daqueles que as definem. Não há uma neutra ciência universal do Direito". Daí que as ideologias acompanham as mais variadas escolas de pensamento jurídico. Este também é o posicionamento de Wolkmer (2004, p. 154):

Até que ponto é possível estabelecer uma investigação científica rigidamente isenta dos interesses, das necessidades fundamentais e das condições reais de um dado momento político-social? [...] O Direito é a projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos (certeza, segurança, completude) e as formas de controle do poder de um determinado grupo social.

Disso decorre que o Direito é um instrumento que, durante o desenvolvimento da sociedade e do Estado, foi objeto de disputas e representou as opções dos grupos e classes dominantes em cada período histórico, que se valiam dele para perpetuar o *status quo*.

A teoria do Direito natural também não consegue se afastar dos terrenos axiológicos e subjetivos: para Wolkmer (2015b), a doutrina do Direito natural, produto das elaborações racionalistas do século XVIII, está vinculada e promove os anseios da burguesia. Essa doutrina, defensora de um ideal de justiça universal e imutável, acaba por propagar uma gramática meramente formal a respeito do que seja liberdade, igualdade e fraternidade (mote da revolução francesa). Nesses

termos, as principais correntes do pensamento jurídico, porque historicamente delimitadas e construídas a partir de aspirações das classes que delas se beneficiam, não conseguem se desvencilhar de componentes ideológicos.

Nessa linha, Hespanha (2019, p. 13) coloca a seguinte questão: "de que critérios seguros dispomos para avaliar a justiça das normas?" e responde: "Critérios seguros, acho eu..., nenhuns". Hespanha (2019, p. 13) indica que esse tem sido o problema de sempre na história do Direito e quando a sociedade acredita que podem existir

padrões certos e seguros de justiça - como a ordem divina, o poder da razão ou a autoridade carismática dos juristas -, o que daí resultou foram culturas jurídicas autocráticas ou autoritárias, contra as quais a sensibilidade comum acaba por se revoltar.

De fato, a dificuldade de se vislumbrar o "justo" deve fazer pensar sobre a necessidade de legitimação e democratização das instituições e práticas jurídicas.

### **3.1.3 O conceito de pluralismo jurídico**

Wolkmer (2015a, p. 199) refere que antes do fenômeno da monopolização do Direito pelo Estado nacional soberano, "subsistiu uma rica e longa trajetória histórica de práticas autônomas de elaboração legal comunitária, ou de ordens normativas espontâneas de caráter consuetudinário".

A estatização do Direito ocorreu na Europa durante os séculos XVII e XVIII (racionalização política centralizadora) a partir de um processo de uniformização burocrática que "eliminaría a estrutura medieval das organizações corporativas, bem como reduziria o pluralismo legal e jurídico" (Wolkmer, 2015a, p. 201). Wolkmer (2015a, p. 201) aponta que foi com a república francesa pós-revolucionária<sup>58</sup> que se acelerou o processo de centralização (na figura do Estado) das manifestações jurídicas, "sob a base da igualdade de todos perante uma legislação comum".

Reconhecedor da historicidade das práticas plurais, Hespanha (2019, p. 15) aponta que

---

<sup>58</sup> Principalmente com a promulgação das reformas administrativas napoleônicas e a promulgação do código civil francês (Wolkmer, 2015a, p. 201).

este pluralismo jurídico a que nos referimos, antes de ser algo que surgiu nos nossos dias, por circunstâncias particulares dos tempos e das políticas, é antes algo de sempre, pois tem a ver com a maneira de ser dos próprios grupos humanos - a diversidade das suas maneiras de ver o mundo, as relações dele com os homens e as que os homens mantêm entre si - *ubi societas, ibi iura* (onde há uma sociedade aí há direitos, no plural).

Há o reconhecimento de que, por mais monopolizante que seja a regulamentação estatal, sempre subsistirá espaço<sup>59</sup> para que se desenvolvam manifestações jurídicas informais (Wolkmer, 2015a, p. 330). Com essa breve constatação histórica a respeito do pluralismo jurídico, pretende-se, agora, discutir a sua definição.

Apesar de não ser apropriado fixar um conceito único a respeito do que seja pluralismo, é adequado afirmar que todas as correntes pluralistas convivem com o fato de que "em qualquer sociedade, antiga ou moderna, ocorrem múltiplas formas de juridicidade conflitantes ou consensuais, formais ou informais" e de que "o Direito não se identifica e não resulta exclusivamente do Estado" (Wolkmer, 2015a, p. 253). Daí decorre que, para a corrente pluralista, "o Direito surgiria de vários polos, níveis, esferas de discussão ou instâncias reconhecidas pela comunidade como idóneas para o declarar" (Hespanha, 2019, p. 72).

Sendo fundamental a clareza a respeito do termo "pluralismo jurídico" para o presente trabalho, os próximos parágrafos tratarão de discutir sua definição a partir do entendimento de alguns autores.

Para Jacques Vanderlinden, pluralismo jurídico é a convivência, em determinado espaço social, de sistemas jurídicos distintos que se aplicam a situações idênticas; como exemplo de pluralismo, o mencionado autor indica "a aplicação e a prática, num país colonizado<sup>60</sup>, do Direito autóctone<sup>61</sup>, concomitantemente com o Direito imposto da Metrópole" (Wolkmer, 2015a, p. 254).

Nessa mesma linha, Joaquim Falcão refere que o pluralismo jurídico é um esforço teórico que tem como objetivo descrever o relacionamento (contraditório e

<sup>59</sup> Nesses termos, Hespanha (2019, p. 12) refere que o fenômeno do pluralismo jurídico "tem sido uma constante, mais visível ou mais encoberta, de toda a história do Direito ocidental".

<sup>60</sup> Conforme Wolkmer (2015a, p. 258), "o pluralismo jurídico desenvolve-se em países que foram dominados economicamente e politicamente, sendo obrigados a aceitar padrões jurídicos das metrópoles (colonialismo inglês, português etc.)".

<sup>61</sup> O pluralismo que estuda o amálgama entre Direito europeu e o Direito autóctone em contextos coloniais é designado de pluralismo jurídico "clássico", em oposição ao "novo" pluralismo jurídico, que trabalha com "manifestações heterogêneas das sociedades capitalistas modernas industrializadas e pós-industrializadas. Aqui insere-se o direito da favela enquanto insurgência [...]" (Wolkmer, 2015a, p. 264).

consensual) entre os vários Direitos observáveis num mesmo território (Wolkmer, 2015a, p. 254).

Wolkmer (2015a, p. 257), por seu turno, conceitua pluralismo jurídico da seguinte forma: "multiplicidade de manifestações e práticas normativas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interligadas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais".

Wolkmer (2015a) dá muito valor ao fator "necessidades", que dão a direção das lutas dos sujeitos insurgentes. Conforme Cervantes (2016, p. 207), o pluralismo comunitário se distingue em razão de sua autonomia frente ao Estado e pelo caráter coletivos dos sujeitos que o sustentam; desse modo, o pluralismo comunitário "choca contra el carácter individualista que caracteriza al derecho moderno-capitalista<sup>62</sup>" (Cervantes, 2016, p. 207).

Cumpre, também, trazer a percepção de Fajardo (2006, p.1), em razão de sua objetividade: "El pluralismo jurídico es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, por ende, se dan múltiples conflictos de interlegalidad" (Fajardo, 2006, p. 1).

O pluralismo, que tem como pressuposto a coexistência (com o diferente), não tem, necessariamente, a pretensão<sup>63</sup> de negar o Direito estatal, mas reconhecer que ele é apenas uma das muitas formas de manifestação jurídica que podem florescer numa sociedade (Wolkmer, 2015a, p. 254). O pluralismo jurídico "constitui uma fonte ininterrupta de modelos democráticos, nunca prontos e terminados, mas recriados permanentemente, sempre na diferenciação e na diversificação" e permite imaginar um cenário jurídico associado a uma *práxis* concreta, espontânea, dinâmica e flexível (Wolkmer, 2015a, p. 388).

O pluralismo busca a formação de um consenso possível (em igualdade de condições), a partir das particularidades de cada espaço político concreto<sup>64</sup> (rejeitando sociedades abstratas e idealizadas), com o auxílio de procedimentos praticáveis (Hespanha, 2019, p. 16).

<sup>62</sup> "El pluralismo jurídico nos permite observar la manera en que sociedades con una estructura comunitaria y de clase distintas a las capitalistas, también tienen un discurso del derecho diferente e irreductible al moderno" (Cervantes, 2016, p. 207).

<sup>63</sup> "O pluralismo jurídico pode ter como objetivo a denúncia, a contestação, a ruptura e a implementação de 'novos' direitos" (Wolkmer, 2015a, p. 261).

<sup>64</sup> No Brasil, isso implica dar vez e voz aos povos indígenas e tradicionais (lentes do Sul global).



Rejeitando fundamentos abstratos e idealizados, é possível dizer que o paradigma pluralista também rejeita a ideia de legitimidade a partir de uma vontade geral proveniente de um pacto social (de tonalidade iluminista):

A insistência que se põe no consenso como elemento de legitimação do Direito [para o paradigma pluralista] não tem a ver com uma concepção individualista e pactista da sociedade, como a que foi desenvolvida pela filosofia política dos finais do séc. XVIII e que, em geral, está na base da democracia representativa. É hoje bem claro que a legitimação do Direito a partir de um hipotético contrato social que desse origem a uma vontade geral é, a vários títulos, um mito (Hespanha, 2019, p. 68).

Hespanha (2019, p. 53) constata que a imagem da sociedade foi alterada: antes, falava-se em indivíduos abstratos, idealizados, isolados, todos orientados pelos mesmos princípios e racionalidade; agora, reconhece-se a complexidade de uma sociedade desigual, diversa, que se relaciona e é capaz de criar laços de solidariedade:

Estas novas formas de identidade e de relacionamento social exigem e criam novas formas de expressão política, **mais diversas e mais ricas do que o voto e o sufrágio**. Daí que tenha surgido a preocupação de encontrar modelos novos de construção da democracia e de um direito democrático, admitindo novos padrões de democracia que multipliquem as modalidades e os níveis de participação política [...].

Daí se percebe que o problema do pluralismo é o problema da legitimidade e da participação popular. Essa constatação parece dar margem a um diálogo com o conceito de "movimentos sociais" ("novos sujeitos históricos" ou "novos atores coletivos"), trabalhado por Wolkmer (2015a).

Conforme Caleiro e Wandscheer (2016, p. 170), a maior crítica endereçada à teoria do pluralismo jurídico é referente ao reconhecimento (legitimidade) dos Direitos extraoficiais: "Qual a suposta autoridade de quem pratica este reconhecimento?"; argumentam os autores que "Se considerarmos que tal reconhecimento é praticado pelas instâncias oficiais de poder, resta como nítida uma suposta hierarquia superior desta para com as demais fontes de normatividade ditas extraoficiais". Wolkmer (2015a) parece, para responder a essas indagações, recorrer ao conceito de novos sujeitos históricos.

Trata-se de um paradigma que retira a normatividade dos preceitos "não mais e apenas das fontes<sup>65</sup> ou canais habituais clássicos representados pelos

---

<sup>65</sup> "Este pluralismo legal ampliado e de 'novo tipo', '*desde abajo*', ou desde o Sul, impõe a rediscussão de questões [...] como as 'fontes', os 'fundamentos', e o 'objeto' do Direito" (Wolkmer, 2015a, p. 275).

processos legislativo e jurisdicional do Estado". Antes, retira a potencialidade normativa da ação concreta (*práxis*<sup>66</sup>) dos atores coletivos, independentemente de rituais formais (Wolkmer, 2015a, p. 127). Wolkmer (2015a, p. 281) conceitua esses novos sujeitos históricos da seguinte forma:

identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomos, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e autodeterminação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de processos democráticos, participativos e pluralistas.

Os novos movimentos sociais estão associados à democracia de base, direito à diversidade, autogestão... (Wolkmer, 2015a, p. 139). Eles "agem, espontaneamente, para responder às necessidades humanas existenciais e culturais, como ecologia, pacifismo, feminismo, antirracismo, minorias e direitos difusos" (Wolkmer, 2015a, p. 157).

A ação concreta dos novos sujeitos/movimentos sociais<sup>67</sup> (sujeitos históricos com legitimidade para produzir Direito não estatal) é importante na obra de Wolkmer (2015a) e, em alguma medida, pode ser relacionada com os povos indígenas e tradicionais na luta pela efetivação de seus direitos. Pode-se dizer que a mera existência da "condição indígena" problematiza<sup>68</sup> as bases do Direito estatal e do Estado em si<sup>69</sup> (Marés, 2018, p. 75).

O conceito proposto de novos movimentos sociais "exige uma participação constante do corpo social, seja na tomada de decisões, seja na concretização<sup>70</sup> das

<sup>66</sup> É justamente esse elemento legitimador (*práxis*) que é capaz de unir os dois aportes teóricos principais do presente trabalho (pluralismo jurídico e princípio político do Comum), visto que ambos tentam garantir zonas de regulação que prescindem da figura do Estado e procuram legitimidade não nas fontes autorizadas de legislação, mas na ação participativa dos movimentos e nas necessidades sociais.

<sup>67</sup> Conforme Wolkmer (2015a, p. 130), novos movimentos sociais são "sujeitos históricos transformadores (em sentido individual e coletivo), advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com reduzido grau de 'institucionalização', imbuídos de princípios valorativos comuns, resistentes às estruturas oficiais de poder, e objetivando a realização de necessidades fundamentais".

<sup>68</sup> "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? [...]" (Marés, 2019, p. 75).

<sup>69</sup> Sobre isso, Krenak (1999, p. 30) refere que Pierre Clastres, depois de conviver com os Nhandevá e M'biá, concluiu que os povos indígenas são "sociedades que naturalmente nos organizamos de uma maneira contra o Estado; não tem nenhuma ideologia nisso, somos contra naturalmente, assim como o vento vai fazendo o caminho dele, assim como a água do rio faz o seu caminho, nós naturalmente fazemos um caminho que não afirma essas instituições como fundamentais para a nossa saúde, educação e felicidade".

<sup>70</sup> "o 'novo sujeito coletivo' [...] é um sujeito vivo, atuante e livre, que se autodetermina, participa e modifica a mundialidade do processo histórico-social" (Wolkmer, 2015a, p. 278).

execuções" (Wolkmer, 2015a, p. 143) e evita, de certo modo, o paradigma clássico do "comando e controle".

Nesses termos, os movimentos sociais aparecem como "reveladores de uma outra fonte diferenciada de produção jurídica" (Wolkmer, 2015a, p. 162), proporcionando "o alargamento dos centros geradores de produção jurídica, mediante outros meios normativos não convencionais" (Wolkmer, 2015a, p. 162). No interior dos grupos comunitários ocorre uma regulação autônoma e espontânea, paralela ao Direito estatal (Wolkmer, 2015a, p. 165).

Como se percebe, a opção por um modelo pluralista de Direito irrita os conceitos clássicos de fontes<sup>71</sup> de Direito, regras de nomogênese, legitimidade e princípio da legalidade, estabelecendo a "supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais" (Wolkmer, 2015a, p. 199). A partir do ideário do pluralismo jurídico, "a fonte<sup>72</sup> jurídica por excelência encontra-se interligada às relações sociais e às necessidades cotidianas [...]" (Wolkmer, 2015a, p. 163).

Na mesma linha, Hespanha (2019, p. 195), sem necessariamente utilizar a gramática dos novos sujeitos históricos de Wolkmer (2015a), aponta que o Direito sofre influências do seu ambiente (estímulos não jurídicos provenientes do exterior, dos movimentos sociais, por exemplo), de modo que "campanhas públicas" têm papel fundamental para propor a "alteração do Direito" e consolidar "o reconhecimento jurídico de valores que não eram tidos como tal". Sobre isso, entende-se que a gramática do pluralismo (e dos novos movimentos sociais) pode servir de elemento renovador, inclusive sob uma perspectiva monista.

Também é importante mencionar algumas críticas correntes ao paradigma pluralista. Miguel Reale, "favorável à ordem estatal dogmática", refere que os pluralistas cometem o erro de não admitir que determinadas funções do Estado não podem ser delegadas sem graves prejuízos à soberania, de modo que funções essenciais, tais como "defesa do território, segurança interna, legislação e jurisdição" jamais podem ser descentralizadas (Wolkmer, 2015a, p. 268).

Norberto Bobbio menciona que a retórica do pluralismo jurídico perdeu grande parte de seu potencial e, atualmente, pode revelar-se tanto como

---

<sup>71</sup> Para Hespanha (2019, p. 65), "o saber jurídico tem usado a expressão 'fontes de direito' para designar as vias de manifestação ou de formação do direito num certo ordenamento jurídico".

<sup>72</sup> Conforme Wolkmer, "os centros geradores de Direito não se reduzem, de forma alguma, às instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado" (Wolkmer, 2015a, p. 164).

instrumento de promoção de um conservadorismo reacionário e desregulamentador, quanto de uma ideologia revolucionária de indivíduos oprimidos (argumento que ressalta a ambiguidade do pluralismo) (Wolkmer, 2015a, p. 268). Critica-se, também, aqueles autores que, com a intenção de endereçar objeções ao formalismo jurídico, tendem a considerar regras morais, religiosas, costumes e rituais como se normas jurídicas fossem.

De fato, existem várias correntes (e gerações) de pluralismo jurídico; cada uma delas tem suas próprias preocupações e está inserida no vocabulário da área com a qual tem mais afinidade. Para ter uma ideia da diversidade de manifestações que estão inseridas no rótulo "pluralismo jurídico" lista-se algumas delas: (1) organizações da vida corrente (regras de convívio cotidiano); (2) práticas estabelecidas; (3) leis dos negócios (nova *lex mercatoria*); (4) regras da arte (dos médicos, por exemplo); (5) boas práticas das organizações; regras de desporto (que afastam inclusive normas de Direito penal); (6) regras de internet; (7) normas de Direito supraestadual (tratados internacionais); (8) consensos e acordos privados (contratos, cláusulas de arbitragem); (9) comunidade de especialistas em Direito (doutrina) (Hespanha, 2019, p. 25), (10) "normas de grupos com uma forte identidade cultural ou religiosa (imigrantes, minorias [ou majorias] étnicas ou religiosas)" (Hespanha, 2019, p. 41) e muitas outras; nessa lista, não se pode deixar de incluir as normas técnicas e de gestão, trabalhadas por Frydman (2018).

Com essa constatação, é natural que existam correntes mais progressistas e correntes mais conservadoras de pluralismo jurídico. Evidentemente, para os fins do presente trabalho (que debate o fortalecimento dos direitos dos povos indígenas), não se faz qualquer aproximação com o pluralismo jurídico de tipo neoliberal, adequado às potências do norte global e ao capitalismo monopolista globalizado (Wolkmer, 2015a, p. 81):

Interessa aos blocos hegemônicos defender e propagar tal pluralismo de teor conservador [...], pois a liberalização, privatização e livre mercado, em contextos periféricos dominados por elites opressoras e colonizadoras (que estão a serviço do capital internacional), é o sintoma trágico do desajuste estrutural, do conflito mundializado e da crise cultural permanente (Wolkmer, 2015a, p. 81).

Wolkmer recomenda, na conjuntura da América Latina, prudência ao lidar com a retórica "anti-Estado", visto que a "orquestração da crise estatal e da expansão do poder privado interessa aos novos rearranjos de forças transnacionais

identificadas com o poder midiático e com as leis do mercado globalizados" (Wolkmer, 2015a, p. 409).

Daí a importância da distinção entre o modelo dito "neocolonial" e o modelo (ou corrente) pluralista que está ligado com a "emancipação"<sup>73</sup> das sociedades dependentes e dos segmentos excluídos" (Wolkmer, 2015a, p. 410). Wolkmer (2015a, p. 410) vê com preocupação o pluralismo de tipo neocolonial (ou neoliberal<sup>74</sup>):

Ora, tal modalidade de pluralismo vinculado a projetos da "pós-modernidade" é mais um subterfúgio para escamotear a concentração violenta do grande capital nas metrópoles avançadas (Norte global), excluindo em definitivo a periferia marginalizada ou fazendo dela uma forma mais perversa de colônia.

Nesses termos, Hespanha (2019, p. 12) propõe a discussão de "questões decisivas para a dogmática jurídica, como para a política do direito", no sentido de verificar os riscos e vantagens do pluralismo jurídico, do ponto de vista da democratização do Direito. Em relação a democraticidade<sup>75</sup> do Direito, é necessário visualizar o fenômeno das normas técnicas e de gestão:

Essa nova dimensão do Direito, **que não é produto do trabalho dos legisladores**, desenha um universo normativo que, de um lado, não cessa de ampliar-se e, de outro, impõe-se pela força dos fatos advindos das exigências dos campos muito específicos do mundo globalizado, como o da Internet, do meio ambiente, da propriedade industrial, dos contratos internacionais e dos investimentos, das patentes, do mercado de carbono, dos sistemas de justiça, entre outros (Saldanha; Moraes, 2018, p. 12).

Durante muito tempo as normas técnicas foram, de certa forma, desprezadas pelos estudantes de Direito; aparentemente as normas técnicas "não podem pretender um lugar na majestosa 'pirâmide das normas', senão em um nível muito inferior que escapa quase completamente à observação e ao estudo" (Frydman, 2018, p. 20).

Não obstante, constata-se a crescente proliferação de *standards* técnicos e dos indicadores administrativos, de modo que há que se indagar sobre a validade e

<sup>73</sup> "Este pluralismo ha sido fundamental para la resistencia a las políticas neoliberales en toda nuestra región y, específicamente, para el desarrollo de los procesos políticos a partir de los cuales fueron posibles las nuevas constituciones de Ecuador y de Bolivia" (Cervantes, 2016, p. 199).

<sup>74</sup> "Para além de que o pluralismo neoliberal costuma converter-se paradoxalmente em centralismo e absolutismo quando lida com formas subalternas ou alternativas de pluralismo" (Hespanha, 2019, p. 28).

<sup>75</sup> "Tudo se passa, portanto, como se as normas de gestão, depois de terem sido por muito tempo auxiliares das regras jurídicas, encarregadas das medidas técnicas e dos detalhes, tornaram-se instrumentos de pilotagem do próprio Direito" (Frydman, 2018, p. 77).

legitimidade dessas normas, assim como perceber "a necessidade de repensar e reorganizar as relações que o Direito mantém com elas" (Frydman, 2018, p. 81).

### **3.1.4 Povos indígenas e pluralismo jurídico**

Com a percepção da diversidade cultural dos povos indígenas, há que se reconhecer a parcialidade da Constituição Federal, que "não alcança toda a população, mas somente a que está integrada, ainda que de forma relativa, ao sistema" (Marés, 2018, p. 195). Daí decorrem muitas preocupações, tais como essa: "E o que fazer com esta outra ou outras sociedades que vivem à margem do Estado e da Constituição, representadas especialmente pelos povos indígenas?" (Marés, 2018, p. 195).

Nos primeiros anos da colonização do Brasil, o europeu não concebia a possibilidade de os povos originários serem regidos por um Direito próprio: "os relatos querem fazer crer, portanto, que eram gentes sem Deus e sem Lei, apesar de alguma organização social" (Marés, 2018, p. 29). Não só havia Direito entre os nativos, como cada povo possuía formas jurídicas diferenciadas, porque diferentes eram suas cosmovisões (Marés, 2018, p. 30). Atualmente, essa discussão está pacificada: "não há mais dúvida que as sociedades indígenas pré-colombianas ou atuais, têm uma organização social e são regidas por normas jurídicas próprias" (Marés, 2018, p. 31), mas nem sempre foi assim.

A discussão a respeito da existência de um Direito próprio entre os indígenas não é recente: inicia-se logo nos primeiros anos da invasão (Marés, 2019, p. 72). Esse debate a respeito da colonização da América (que toca diretamente no tema do pluralismo) foi travado entre Bartolomé de Las Casas e Ginés de Sepúlveda<sup>76</sup>:

A polêmica de Las Casas com Sepúlveda foi em defesa da liberdade dos povos indígenas e do reconhecimento da existência de nações e sociedades organizadas segundo seus próprios critérios. A conquista de territórios seria uma consequência da violação dos direitos dos povos, segundo Las Casas, ou da necessidade de evangelização, segundo Sepúlveda (Marés, 2018, p. 48).

Em outras palavras: debatia-se a política de exploração dos povos originários e de suas terras. Isso envolvia a dominação espiritual (conversão ao

---

<sup>76</sup> Las Casas e Sepúlveda foram os protagonistas da chamada "controvérsia de Valladolid" (Antunes, 2019, p. 7).

cristianismo) e a dominação temporal (subserviência aos Estados europeus). A controvérsia versava, portanto, sobre a questão da diversidade cultural e da livre manifestação dos povos (Antunes, 2019, p. 7).

Las Casas<sup>77</sup>, a partir de um olhar pacifista e respeitador das diversidades culturais, entendia que seria possível uma convivência harmônica entre os colonizadores espanhóis e os habitantes da América (Marés, 2018, p. 46). Las Casas argumentava que, a partir do Direito natural e do Direito das gentes, cada povo teria direito a uma jurisdição própria, um chefe e um império (mesmo se fossem infiéis<sup>78</sup> do ponto de vista religioso). De certa forma, Las Casas defendia que todos os povos teriam autodeterminação para eleger seus modos de vida e suas formas de governo, de modo que, por serem livres, não precisariam reconhecer, fora de sua organização, nenhum superior (Marés, 2018, p. 47).

Marés (2018, p. 48) refere que Las Casas "deixava claro que o respeito à diferença era essencial no relacionamento entre povos" e que nenhum povo teria direito de impor seus costumes a outros povos (ainda que possuíssem nas mãos a "verdade revelada"). A consequência deste argumento é que os indígenas teriam o direito à sua terra e sua própria jurisdição: essa "teoria não servia aos interesses dominantes da época" (Marés, 2018, 48).

Fazendo a defesa da manutenção das políticas de conquista da coroa espanhola, Sepúlveda afirmava que os reis cristãos (amparados pelas escrituras sagradas) teriam a obrigação de "tirar os povos indígenas do estado de idolatria"; essa obrigação legitimava o processo de colonização e conquista: "aqueles que não acatassem a lei, haveriam de sofrer guerra justa [...]" (Marés, 2018, p. 49).

Sepúlveda recomendava a usurpação das propriedades indígenas aplicando a teoria da guerra justa, dada a suposta inferioridade dos indígenas. O fato de os indígenas não compartilharem as noções ocidentais de posse e propriedade foi considerado um sinal de sua inferioridade (Silva Filho, 2010, p. 649).

Felizmente, como se disse anteriormente, hoje é pacífico o entendimento da existência de manifestações jurídicas extraestatais indígenas. Não obstante, isso não significa que não exista resistência ao fortalecimento dos direitos dos povos

---

<sup>77</sup> Las Casas chegou na América no ano de 1502 e forjou seu pensamento ao acompanhar a "iniquidade dos procedimentos de conquista dos espanhóis" (Marés, 2018, p. 46).

<sup>78</sup> "A ideia universal de Las Casas era baseada em um Direito natural, preexistente ao homem e de inspiração divina, mas tão amplo e tão profundo que mesmo os infiéis, isto é, aqueles que desconheciam a divindade inspiradora, eram por ele regidos" (Marés, 2018, p. 48).

originários. Marés (2018, p. 40) comenta a dificuldade de trabalhar com as matérias que envolvem Direito e povos indígenas:

A dificuldade de tratá-lo [o tema da questão indígena] juridicamente só é comparada à grandeza e relevância humana que pode ter o Direito destes povos, negado durante cinco séculos em nossa América e que agora, [...] quando a "modernidade" imaginava tê-los sepultados, renascem com a força de verdade incontável porque vivem na consciência, na esperança e nos sonhos dos homens e mulheres que são, antes e acima de tudo, povos livres (Marés, 2018, p. 40).

O Direito dos povos indígenas é fortemente vinculado aos seus modos de vida e "é o resultado de uma vivência aceita e professada por todos os integrantes", diferente, portanto, do Direito estatal, que "é fruto de uma sociedade profundamente dividida, onde a dominação de uns pelos outros é o primado principal" (Marés, 2018, p. 74). Daí decorre outra notável diferença: enquanto o Direito indígena goza de certa estabilidade, "porque nascido de uma práxis de consenso social", o Direito estatal não ostenta esse atributo (Marés, 2018, p. 74).

Direito indígena e Direito estatal, inevitavelmente, terão de dialogar e estabelecer um relacionamento, que será mais ou menos amistoso, variando conforme os humores da política em matéria de respeito à diversidade cultural; essa matéria será tratada no tópico subsequente.

### **3.1.5 Relacionamento entre ordenamentos jurídicos**

Inicia-se o presente tópico com a constatação de que "a jusdiversidade existe independentemente do querer do Estado-Nacional, uma vez que é um fato e existe em face da sociodiversidade" (Caleiro; Wandscheer, 2016, p. 170). Não há necessidade, por exemplo, de uma lei que "reconheça" a existência da pluralidade de ordenamentos em um mesmo espaço geográfico, "porque la validez y la eficacia de ninguno de los dos [ordenamentos jurídicos] tiene la necesidad de ser validada por el reconocimiento del otro para existir<sup>79</sup>" (Cervantes, 2016, p. 199). Daí que a aferição de uma situação pluralista se dá, basicamente, no plano do *ser*.

Uma das grandes questões do pluralismo jurídico e, mais especificamente, das formas de convivência entre diversos ordenamentos jurídicos é "como podemos compatibilizar a preservação das diferenças com a inevitabilidade de interação e de

---

<sup>79</sup> Principalmente quando se pugna pela ausência de hierarquia entre os sistemas.



solidariedade social?" (Hespanha, 2019, p. 15). No momento de harmonizar os anseios e necessidades da coletividade, percebe-se que

O que uns grupos acham ser um uso das suas faculdades jurídicas outros acham que é um abuso. O que uns pensam dever fazer outros acham que é apenas uma possibilidade, mas não forçosa. O que uns acham que é uma manifestação de egoísmo ou de ganância outros creem ser um direito seu - mesmo um direito fundamental (Hespanha, 2019, p. 15).

O debate da contextualização, ou seja, "do modo como cada sistema de Direito é sensível ao ambiente, incluindo os outros sistemas jurídicos aí existentes" (Hespanha, 2019, p. 175) é de fulcral importância para este trabalho. Fala-se em (1) "influência do ambiente"; (2) "abertura" dos sistemas jurídicos aos impactos dos outros, que estão à sua volta; (3) permeabilidade a estímulos e (4) irritações (Hespanha, 2019, p. 179).

Essa discussão abre espaço para visualizar a "diferenciação dos sistemas comunicacionais", engendrados em razão da "complexidade crescente da comunicação humana" (Hespanha, 2019, p. 178). Constata-se o atributo de *autopoiesis* dos sistemas, que formulam "suas próprias regras de funcionamento interno", isto é, uma capacidade dos ordenamentos de se fecharem em si mesmos<sup>80</sup>, para não se influenciarem (na medida do possível) por regras alienígenas (existe aí um momento de autorreferência) (Hespanha, 2019, p. 179). Assim, o Direito cria para si, inclusive, uma metalinguagem (teoria do Direito, doutrina...) (Hespanha, 2019, p. 180).

Ao se aceitar a teoria pluralista, o problema do relacionamento entre ordenamentos torna-se mais complexo, visto que passam a interessar, além das relações entre ordenamentos estatais, as relações entre estes e ordenamentos diferentes dos estatais (Bobbio, 1999, p. 164). Bobbio cita a existência de ordenamentos acima do Estado (ordenamento internacional); ordenamentos abaixo do Estado (ordenamentos sociais, que podem ser limitados ou absorvidos); ordenamentos ao lado do Estado (Igreja Católica?); e ordenamentos contra o Estado (associações de malandros) (Bobbio, 1999, p. 164).

Hespanha (2019, p. 12) aponta que a dogmática jurídica (aquela que se desenvolveu a partir do modelo do Direito único), tem dificuldades para lidar com uma ordem jurídica composta por diferentes Direitos, visto que, nesse contexto, há

---

<sup>80</sup> Daí decorre o fato de que "é o Direito que define quais são as normas que ele reconhece como jurídicas (só o Direito determina o que é Direito)" (Hespanha, 2019, p. 179).

"a necessidade de saber acomodar entre si estes vários direitos, sem os reduzir artificialmente à unidade, mas também sem que se perca um grau mínimo de unidade" (Hespanha, 2019, p. 13).

Quando entram em contato, ordenamentos jurídicos podem se comportar de diferentes maneiras uns em relação aos outros. Essas relações podem ser (1) de indiferença, (2) de recusa ou (3) de absorção<sup>81</sup> (Bobbio, 1999, p. 168). Bobbio (1999, p. 169) exemplifica da seguinte forma:

Por situação de indiferença entendemos aquela em que um ordenamento considera lícito aquilo que num outro ordenamento é obrigatório [...]. Por situação de recusa entendemos aquela em que um ordenamento considera proibido aquilo que num outro ordenamento é obrigatório [...]. Por situação de absorção, enfim, entendemos aquela em que um ordenamento considera obrigatório ou proibido aquilo que noutro ordenamento é também obrigatório ou proibido.

Entre as formas de absorção há o reenvio e a recepção. *Reenvio* significa o procedimento pelo qual um ordenamento jurídico deixa de regular determinada matéria e respeita a regulamentação posta por outro ordenamento; a *recepção* ocorre quando um ordenamento jurídico "incorpora no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria assim como foi estabelecida num outro ordenamento" (Bobbio, 1999, p. 169).

Pode-se dizer que a situação dos protocolos de consulta e PGTAs foram absorvidos pelo Direito estatal pelo método do reenvio, visto que são produzidos pelos povos e (apenas) aceitos pelo ordenamento hegemônico. Ou seja, o Estado "limita-se a reconhecer a sua plena validade no próprio âmbito" (Bobbio, 1999, p. 171). Parece ser esse o caso de incorporação dos protocolos de consulta:

Em dezembro de 2017, tivemos no Brasil a importante e inédita decisão que reconheceu juridicamente o caráter vinculante dos protocolos. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu o dever do estado do Pará de consultar o povo Juruna, suspendendo o processo de licenciamento ambiental da mineradora Belo Sun, pois **a consulta prévia deverá ocorrer em conformidade com as regras de consulta estabelecidas no Protocolo Juruna e deverá ser realizada previamente à licença de instalação de qualquer empreendimento** (Silva, 2019a, p. 104).

---

<sup>81</sup> Na mesma linha, Wolkmer (2015a, p. 406): "Não sendo ainda o Direito plural comunitário suficientemente forte e eficaz, poderá ser cooptado, absorvido ou integrado ao ordenamento altamente institucionalizado do Estado".

Diz-se, portanto, que "nos encontramos frente a regras de conduta formadas fora e independentemente do ordenamento estatal, às quais o Estado empresta a própria proteção<sup>82</sup>" (Bobbio, 1999, p. 171).

Ainda sobre os tipos de relacionamento entre ordenamentos jurídicos, J. Griffiths refere que há (1) o pluralismo jurídico débil (aquele permitido pelo Estado), vinculado ao centralismo legal: "é o falso pluralismo que ocorre dentro do direito estatal, no qual distintos corpos normativos são consentidos ou permitidos pelo próprio Estado"; e (2) o pluralismo jurídico forte, que "rejeita os conceitos de legalidade e o sistema jurídico da tradição positivista" (Wolkmer, 2015a, p. 220).

Nesses termos, para manter o monopólio da produção normativa, o Estado pode recorrer a duas abordagens distintas: ou trata de eliminar as práticas pluralistas a partir da redução de suas competências ou trabalha no sentido de incorporar as manifestações jurídicas dos "grupos sociais, populações indígenas e minorias étnico-culturais" (Wolkmer, 2015a, p. 220).

Como se percebe da análise do pluralismo jurídico forte, "o reconhecimento estadual de outros direitos é irrelevante para a inclusão destes no quadro das fontes de Direito" (Hespanha, 2019, p. 59). Diz-se que o reconhecimento da legitimidade do pluralismo pelo ente estatal é aparente, limitado e supérfluo<sup>83</sup>:

Aparente porque subordina as ordens jurídicas não estatais à constituição e à lei, para além de implicitamente não lhes reconhecer senão uma legitimidade derivada. Limitado, porque apenas se refere às ordens jurídicas tradicionais, mas não já a outras esferas de produção normativa, constantemente em processo de emersão. Supérflua, pois, como se disse, os contornos do Direito não podem, logicamente, ser globalmente definidos por uma das várias ordens jurídicas que o compõem (Hespanha, 2019, p. 59).

Aparece a dualidade entre um "pluralismo jurídico estatal" e um "pluralismo jurídico comunitário", em que o primeiro traduz práticas reconhecidas, permitidas e controladas pelo Estado, enquanto o segundo "age num espaço formado por forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomia próprias, subsistindo independentemente do controle estatal" (Wolkmer, 2015a, 265). Em relação ao assim designado pluralismo jurídico estatal, pode-se admitir

<sup>82</sup> "As decisões dos tribunais [...] constituem um lugar privilegiado para verificar empiricamente se uma determinada norma foi recebida no ordenamento jurídico de uma certa comunidade" (Hespanha, 2019, p. 88).

<sup>83</sup> Conforme Hespanha (2019, p. 60), "se supomos que há mais Direito que o estadual [...] como vamos atribuir justamente ao Direito estadual a legitimidade para declarar que Direito é esse? Por outro lado, é o próprio Direito estadual que, quase sempre, prevê que certos casos jurídicos não possam ser resolvidos pelas suas normas, devendo sê-lo por outra forma prescrita pelo Direito".

a presença de inúmeros 'campos sociais semiautônomos', com relação a um poder político centralizador, bem como múltiplos sistemas normativos estabelecidos vertical e hierarquicamente através de graus de eficácia, sendo atribuída à ordem jurídica estatal uma positividade maior. Perante isso, os direitos não estatais representam uma função residual e complementar, podendo sua competência ser minimizada ou incorporada pela legislação estatal (Wolkmer, 2015a, p. 265).

No mesmo sentido, Hespanha refere que se a eficácia dos outros Direitos estiver vinculada ao Direito oficial, este terá uma capacidade muito forte de influência (irritação<sup>84</sup>) em relação a eles (Hespanha, 2019, 207). Cita-se, a título de exemplo, o relacionamento entre o Direito estadual e aquele praticado pelos povos indígenas:

a legislação brasileira contemporânea respeita os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas nas relações de família, sucessões e negócios entre índios, assim como **aceita**, nos crimes intra-étnicos, a punição da comunidade, **desde que** não seja com pena infamante ou de morte (Marés, 2019, p. 74).

Com as expressões "aceita" e "desde que", percebe-se a influência que um sistema causa no outro. Há um caso importante de aceitação da jurisdição indígena em matéria penal (Processo Criminal nº. 0000302-88.2010.8.23.0090, Tribunal de Justiça do Estado de Roraima) que merece menção; conforme Segundo Neto (2015, p. 83):

A autoridade judiciária prolatora da decisão, no que chamou de "*Duplo jus Puniendi*", declarou que não poderia ser aplicado o direito estatal quando a Comunidade indígena soluciona o caso aplicando seus usos e costumes (direito consuetudinário indígena).

Segundo Neto (2015, p. 84) entende que o atual desenvolvimento dos direitos humanos implica no reconhecimento da jurisdição dos povos indígenas, inclusive em matéria penal<sup>85</sup>:

<sup>84</sup> Por outro lado, como explica Hespanha (2019, p. 221), pode haver "Direito setorial" insensível, por desenvolver "capacidades de imunização".

<sup>85</sup> Sobre isso, "é de se notar também que a divisão civil/penal é típica do Direito ocidental; nas sociedades indígenas, em geral, esta diferença não é acentuada e somente pode ser vista a partir das categorias do Direito ocidental" (Marés, 2018, p. 118); "Dentro de cada comunidade ou povo, existe um complexo sistema penal que reprime condutas consideradas anti-sociais. Muitas vezes o próprio conceito de crime e pena são diferentes nas comunidades, já que estes conceitos são históricos e sociais [...]" (Marés, 2018, p. 118).

No atual desenvolvimento dos direitos humanos<sup>86</sup> impõe-se a aceitação de um sistema normativo próprio a uma comunidade indígena, como reflexo de uma sociedade multicultural, reconhecendo essa comunidade enquanto sujeito político, capaz, inclusive de criação de norma jurídica de natureza penal, de forma autônoma, independente e, talvez, antagônica ao sistema penal vigente no Estado nacional" (Segundo Neto, 2015, p. 84).

Marés refere que os diplomas jurídicos nacionais (e a Convenção 169 da OIT) declaram que a aplicação das regras jurídicas indígenas tem aplicação secundária (ou subsidiária), toleradas quando a lei for omissa ou não necessária (Marés, 2019, p. 74). Marés (2019, p. 74) explica que os Estados admitem a existência do Direito indígena, mas deixam clara sua posição de inferioridade em relação ao Direito oficial ou aos direitos humanos: "isto equivale a dizer que estes Direitos não têm autonomia frente ao nacional". Cita-se, como exemplo desta prática de inferiorização<sup>87</sup> do Direito indígena, o artigo 8.2 da Convenção 169 da OIT (1989):

Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, **desde que** eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

A parte final do artigo supracitado demonstra a importância do desenvolvimento de formas de comunicação entre os sistemas jurídicos oficiais e não oficiais.

A respeito do relacionamento entre Direito estatal e Direito indígena, Fajardo (2006, p. 23) faz referência a uma decisão<sup>88</sup> da corte constitucional da Colômbia, que "se ha pronunciado por una interpretación favorable al principio del pluralismo y la búsqueda de un 'consenso intercultural'". Conforme a corte colombiana, a jurisdição especial indígenas apenas está obrigada a respeitar "unos mínimos fundamentales (no matar, no esclavizar y no torturar, y respetar el principio de legalidad de las penas, según su propio derecho)" (Fajardo, 2006, p. 23). Sem esta

<sup>86</sup> É interessante notar que uns entendem que a aceitação de um ordenamento jurídico indígena é decorrência do respeito aos direitos humanos; outros argumentam que o ordenamento jurídico indígena só pode "valer" se ele respeitar os direitos humanos.

<sup>87</sup> "Podemos afirmar que um critério de validade jurídica ou fonte do Direito é supremo se as normas identificadas mediante referência a ele são ainda reconhecidas como normas do sistema mesmo que conflitem com outras normas identificadas mediante referência aos outros critérios" (Hart, 2009, p. 136).

<sup>88</sup> Corte Constitucional de Colômbia, sentencia n°T-523/97. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>.

autonomia "el reconocimiento del principio del pluralismo quedaría vacío" (Fajardo, 2006, p. 23).

Wolkmer (2015a, p. 333) indica a impossibilidade de negar a convivência entre o Direito oficial do Estado (nem sempre democrático) e um "Direito informal inerente às práticas reais da população [...] operando à margem da Legalidade oficial", que, muitas vezes, pode influenciar o Direito positivo estatal (Wolkmer, 2015a, p. 334). Nessa linha, Wolkmer (2015a, p. 395) indica um pluralismo que busca o diálogo<sup>89</sup> entre os diversos tipos de ordenamentos jurídicos:

Um pluralismo ampliado que no contexto da complexidade regional latino-americana e brasileira não rompe com a presença do poder estatal (e sua institucionalidade), e muito menos a exclui, **mas busca em uma nova institucionalidade (refundação do Estado) compatibilizar certa unicidade com a multiplicidade nas diferenças.**

A busca pela acomodação (ao invés de ruptura com o Direito estadual) parece ser o melhor caminho. Nesse sentido, Hespanha (2019, p. 70) reconhece que há um consenso na opinião pública dos países democráticos no sentido de atribuir grande importância à constituição e à legalidade democrática (que tem guiado as forças políticas e sociais), de modo que a comunidade tenderá a negar o status de Direito àquelas manifestações insurgentes que forem declaradas inconstitucionais. Ou seja, não há como negar o papel central que hoje ocupa o Direito oficial<sup>90</sup> no imaginário do cidadão comum.

Parece ser esse o caso da implementação e do respeito dos protocolos de consulta e dos PGTAs. Apesar de não significar ruptura, não é sem algum grau de esperança que se assiste a esse movimento de absorção (e respeito) do direito comunitário indígena. Wolkmer e Wolkmer (2020, p. 151) discorrem a respeito da necessidade de se refundar o Estado a partir de conceitos e cosmovisões próprios da América Latina:

Em definitivo, é imperativo reconhecer que, ao refundar o Estado com novos valores e ressignificar o Direito em uma visão relacional e organizar a vida em torno do "comum", potencializado pelo "*buen vivir*" e pela interculturalidade, forja-se uma nova orientação constitucional [...]

<sup>89</sup> Wolkmer (2015a, p. 404) refere que "o 'novo' está em captar o que já existe subjacentemente na realidade e não a idealização utópica [...]. É uma tradição errônea da modernidade concluir que a criação do 'novo' implica destruição e ruptura total com o presente [...]".

<sup>90</sup> Em várias passagens, Hespanha tece elogios às Constituições e leis infraconstitucionais: "essas fontes são caracterizadas por um processo de feitura muito regulado, dialógico, exposto à avaliação pública, e tendendo a gerar consensos alargados e refletidos e, logo, muito legitimadores" (Hespanha, 2019, p. 86).

O reconhecimento do pluralismo jurídico no âmbito da questão indígena passa a ter grande notoriedade com a consolidação do direito à diferença. O elemento pluralista traz consigo a imagem de um novo modelo de Estado, que passa a respeitar expressões normativas descentralizadas, provenientes das minorias, "de baixo para cima".

### 3.1.6 Pluralismo jurídico e América Latina

Sabe-se que os movimentos que engendraram as primeiras manifestações constitucionais do século XVIII foram informados pelas ideias liberais vigentes na Europa, à época. Os limites ao soberano, a teoria da separação de poderes, o reconhecimento de direitos individuais e o louvor ao instituto da propriedade privada (absoluta) eram compatíveis com as pretensões da classe revolucionária burguesa iluminista.

A produção teórica do Direito sempre veio de fora da América Latina e ostentou forte caráter eurocêntrico. Isso fica claro quando se percebe que a criação dos Estados nacionais latino-americanos foi engendrada a partir da imagem do colonizador:

O século XIX foi marcado na América Latina pela criação de Estados nacionais, alguns majoritariamente indígenas, mas construídos à imagem e semelhança dos antigos colonizadores: Estado único e Direito único, na boa proposta de acabar privilégios e gerar sociedades de iguais, mesmo que para isso tivesse que reprimir de forma violenta ou sutil as diferenças culturais, étnicas, raciais, de gênero, estado ou condição (Marés, 2018, p. 63).

Nesse sentido, Marés relata que o Direito latino-americano (com raras exceções) tratou os povos indígenas apenas com o silêncio<sup>91</sup> (que dizia muito), demonstrando que os países latino-americanos "não eram e nem queriam ser nações indígenas" (Marés, 2019, p. 86). Aos poucos, movimentos periféricos do Sul global, passam a ressignificar sua história e potencialidades, de modo a valorizar seus próprios conhecimentos e modos de vida:

---

<sup>91</sup> Não obstante, "não há país na América Latina que possa se dizer constituído de um único povo, a diversidade cultural é imensa e cada povo mantém com maior ou menor rigor sua idiossincrasia e sua organização social e jurídica" (Marés, 2018, p. 71).

[...] as epistemologias do Sul promoveram a recuperação dos saberes populares e vernaculares mobilizados nas lutas, que nunca foram reconhecidos pelo conhecimento científico e acadêmico - quer se trate de filosofia, das artes ou das ciências humanas e sociais - como contribuições relevantes a uma melhor compreensão do mundo (Santos, 2022, p. 52).

Nessa perspectiva, fala-se de pluralismo jurídico, participação política dos povos indígenas e tribais, práticas comunitárias, Convenção 169 da OIT, novo constitucionalismo latino-americano<sup>92</sup>, natureza como sujeito de direitos (*Pachamama*), bem viver e tantos outros aportes que dão conta de pensar o Direito a partir da América Latina. Se não é possível construir um Direito livre de ideologias, como haviam ponderado Mascaro (2022) e Wolkmer (2004), tenta-se, então, construir um Direito vinculado a um ideário compatível com a América do Sul.

Cita-se, a título de exemplo, a Constituição equatoriana<sup>93</sup> de 2008: ela avançou muito em termos ambientais (*lato sensu*) e recepcionou em seu texto aportes das cosmovisões andinas (Antunes, 2019, p. 69). Adota-se o conceito de *Buen Vivir* (*Sumak Kawsay*) e há o reconhecimento constitucional da natureza (*Pachamama*) como sujeito de direitos, no artigo 71 da Constituição equatoriana: "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos" (Ecuador, 2008).

Na mesma linha, Wolkmer (2015a, p. 244) refere que a Constituição do Equador é "referência obrigatória em termos de avanços ecológico-ambientais, por seu 'giro biocêntrico' ao admitir os direitos da natureza (*Pachamama*) e os direitos ao desenvolvimento do '*buen vivir*' (*Sumak Kawsay*)".

Resumidamente, o *bem viver*, segundo Alberto Acosta (2016, p. 32), é "essencialmente um processo proveniente da matriz comunitária de povos que vivem em harmonia com a Natureza". É um conceito que preza pela cultura dos povos originários e confronta o modo eurocêntrico de entender o progresso e o bem-estar: "não se pode mais sustentar o discurso do desenvolvimento, que, com

<sup>92</sup> O pluralismo jurídico está fortemente vinculado ao movimento do novo constitucionalismo latino-americano, como se vê em Caleiro e Wandscheer (2016, p. 163): "Não há de se negar que a forma de constitucionalismo observada nos dois países, quais sejam, Bolívia e Equador, se apresenta como o primeiro passo de uma possível ruptura contra-hegemônica no continente latino-americano, pois há inclusive o reconhecimento do pluralismo jurídico como fundamento dos referidos Estados".

<sup>93</sup> Especificamente a Constituição do Equador (2008) é a referência obrigatória em termos de avanços ecológicos-ambientais, por seu audacioso "giro biocêntrico" ao admitir os direitos próprios da natureza (*Pachamama*) e os direitos ao desenvolvimento do "*buen vivir*" (*sumak kawsay*) (Wolkmer; Wolkmer, 2020, p. 27).



suas raízes coloniais, justifica visões excludentes. Requeremos um discurso contra-hegemônico que subverta o discurso dominante e suas correspondentes práticas de dominação" (Acosta, 2016, p. 42).

Amparado nos aportes teóricos do *bem viver*, o Estado deve perder a sua rigidez eurocêntrica e realizar uma abertura, de forma a recepcionar os modos de vida de seu povo, que tem características próprias, merecedoras de consideração e respeito:

O Estado plurinacional exige a incorporação dos códigos culturais dos povos e nacionalidades indígenas. Ou seja, há que se abrir as portas a um amplo debate para transitar a outro tipo de Estado que não esteja amarrado às tradições eurocênticas. Nesse processo, em que será necessário repensar as estruturas estatais, há que se construir uma institucionalidade que materialize o exercício horizontal do poder. [...] A própria democracia tem de ser repensada e aprofundada (Acosta, 2016, p. 34).

Com isso, objetiva-se demonstrar este processo de eleição consciente de aportes culturais latino-americanos para refundar o Estado (e consequentemente o Direito) e modificar as formas de diálogo entre as comunidades periféricas e o ente estatal.

Essas conquistas certamente eram almeçadas pela "primeira geração pluralista"<sup>94</sup>, bastante ligada ou a antropólogos do Direito ou a juristas ligados às correntes críticas" (Hespanha, 2019, p. 61), que objetivavam dar voz, no plano do Direito oficial, aos ordenamentos periféricos (mormente dos povos indígenas): "em sociedades coloniais ou pós-coloniais, o reconhecimento do pluralismo inseria-se numa estratégia de alargamento do Direito de modo a incluir, ao lado do direito do colonizador, os das populações colonizadas" (Hespanha, 2019, p. 62).

A teoria do pluralismo jurídico vem, justamente, para dar vez e voz para as culturas até então tidas como subalternas. O pluralismo tem como finalidade o combate àquele Estado centralizador e promotor de uma cultura que se entende hierarquicamente superior. Mascaro (2022, p. 49) descreve muito bem a forma de Estado e de produção do Direito que o pluralismo jurídico tem como objetivo confrontar:

---

<sup>94</sup> Menciona-se, também (a título de ilustração), a corrente "antagônica", o "pluralismo de segunda vaga" (com viés neoliberal e sem preocupações democráticas): com o objetivo de "tornar o Direito 'nacional' permeável a ordens jurídicas globais, nascidas de vários planos de globalização (mundo globalizado dos negócios, leis do 'mercado livre' [*free trade*, *nova lex mercatoria*], etc.)" (Hespanha, 2019, p. 62).

o Estado adquire um papel central e proeminente na construção do Direito [...]. Dada tal concentração do fenômeno jurídico nas mãos do Estado, a primeira tendência do pensamento jurídico contemporâneo é a de proceder à imediata identificação entre essas duas instâncias. **O Direito seria um fenômeno contido nos limites do Estado.**

Nesses termos, Fajardo (2003, p. 3) discorre sobre a diversidade cultural dentro de um mesmo Estado nacional e propõe a possibilidade de grupos descentralizados possuírem “o direito de ter seu próprio direito” como decorrência da superação das práticas monistas:

Se quiebra la idea de que el Estado representa una nación homogénea (con una sola identidad cultural, idioma, religión), y pasa a reconocerse la diversidad cultural, lingüística y legal. Al cuestionarse el monopolio de la producción jurídica por el Estado, se admiten diversos grados de pluralismo legal, **reconociéndose a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas el derecho de tener su propio derecho, autoridades y formas de justicia.**

Nesse sentido, fica claro, em Wolkmer (2019, p. 19), o liame existente entre as correntes de pluralismo jurídico e o abandono de uma estrutura rígida e impositiva de Estado. A partir da abertura proporcionada pelo paradigma plural, começam a aparecer e ganhar legitimidade justiças comunitárias e consuetudinárias, voltadas às necessidades dos povos:

Na insurgência contemporânea das “teorias críticas” no Direito, o pluralismo jurídico de tipo descolonial e transformador surge como uma de suas variantes mais significativas, pois em sua especificidade se inserem experiências múltiplas de normatividades que vão além do Estado, compreendendo uma extensa gama de vivências subjacentes particulares, entre tantas, como justiça comunitária, indígena, de quilombolas, consuetudinárias, “campesinas” e itinerantes.

Quando se fala em pluralismo jurídico latino-americano, merece destaque a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, o mais importante tratado internacional sobre povos indígenas. Com a diminuição das políticas declaradamente integracionistas (que visavam criar uma unidade nacional por meio da destruição das culturas subalternas), começa a acontecer um movimento de abertura pluralista nas constituições da América do Sul.

Fajardo (2003, p. 3) lista alguns dos países latinos que fizeram inclusões pluralistas em seus textos constitucionais e acrescenta que todos esses países têm em comum a internalização da Convenção 169 da OIT: “Los países andinos que han reformado la Constitución, incluyendo alguna fórmula de reconocimiento del derecho

y la jurisdicción especial indígena son: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999)".

Daí se extrai o protagonismo da Convenção 169 para os povos indígenas (em particular) e para o pluralismo (em geral): ela (1) é o símbolo da superação do paradigma integracionista (Duprat, 2015); (2) positiva o direito de consulta (Oit, 1989); (3) inova na formulação dos critérios de identificação dos sujeitos destinatários de suas prescrições, adotando a autoidentificação (Antunes, 2019); (4) fornece as condições para que a Corte Interamericana consiga operar diretamente nos assuntos que envolvam diversidade étnica e multiculturalismo (Oliveira, 2012); e (5) engendra um movimento de abertura pluralista nas constituições da América do Sul (Fajardo, 2003).

Nessa linha, Marés (2018, p. 186) também lista importantes conquistas<sup>95</sup> das Constituições latino-americanas (relacionadas com o pluralismo jurídico):

Como um sinal dos tempos, as novas Constituições americanas vão reconhecendo a sociodiversidade: a Colômbia reconhece e protege sua diversidade étnica e cultural (1991); o México (1992) assume que tem uma "composição pluricultural"; Paraguai (1992), além de reconhecer a existência dos povos indígenas, se declara como um país pluricultural e bilíngue, considerando as demais línguas patrimônio cultural da Nação; O Peru, em sua Constituição outorgada de 1993, não vai tão longe e apenas admite como línguas oficiais ao lado do castelhano, o quechua, o aimara e outras línguas "aborígenes"; finalmente em 1994, a Bolívia com sua fulgurante maioria indígena admite romper a tradição de silêncio integracionista e se define como multiétnica e pluricultural e a Argentina determina a seu Congresso reconhecer a preexistência de povos indígenas.

Para ilustrar esse movimento, pode-se citar a Constituição da Bolívia (2009): vislumbra-se um texto constitucional que inaugura uma forma de Estado pluralista e, portanto, respeitadora dos direitos comunitários e descentralizados. Colaciona-se o artigo 1. da carta constitucional boliviana:

Bolívia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. **Bolívia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico**, dentro del proceso integrador del país (Bolívia, 2009).

Em razão de sua importância para o pluralismo e para a autodeterminação, faz-se, também, uma especial e devida menção ao artigo 2. da Constituição boliviana:

---

<sup>95</sup> Essa lista já se encontra um pouco desatualizada, em razão da promulgação de novas Constituições no continente.

Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley (Bolivia, 2009).

Ao comentar a Constituição da Bolívia, Wolkmer (2015a, p. 244) refere que ela "representa o marco fundamental da institucionalização do pluralismo jurídico e traz as inovações da 'refundação' do Estado boliviano, essencialmente indígena, anticolonialista e plurinacional".

A leitura desses processos de ressignificação das culturas comunitárias e os avanços positivados nas Constituições latino-americanas indicam que estamos diante de um horizonte pluralista, que visa romper com as ideologias hegemônicas (iluministas, burguesas e eurocêtricas) e produzir uma cultura democrática, de baixo para cima. Pode-se elencar 3 movimentos que se fortalecem reciprocamente nessa luta:

(1) a busca da igualdade material e a especialização do sujeito de direitos, (2) a derrocada do pensamento integracionista, que abriu espaço para o reconhecimento da autodeterminação dos povos [indígenas] e (3) a abertura das constituições latinoamericanas, que permitiu a ascensão do pluralismo jurídico (Silveira; Burgel; Kaiser, 2023, p. 144).

Disso decorre que, apesar de não haver uma ruptura radical com as formas jurídicas eurocêtricas, é possível identificar uma importante construção teórica do Direito, amparada nas práticas sociais latino-americanas, que tem como objetivo, não se desvencilhar de ideologias, mas afirmar uma ideologia que (pela primeira vez) acolha as cosmovisões da América do Sul. A teoria do pluralismo jurídico vem, justamente, para dar vez e voz para as culturas até então tidas como subalternas e garantir o respeito à diversidade. Nesses termos, Wolkmer e Wolkmer (2020, p. 12) constata as reivindicações de reestruturação dos espaços políticos, para atender os anseios dos povos excluídos:

Diferentemente da história do Constitucionalismo do Iluminismo Ocidental, que expressa a voz da burguesia por meio de seu projeto universal e hegemônico em defesa de seus interesses individualistas, agora, pela primeira vez, surgem a reivindicação e as **manifestações da comunidade dos povos excluídos e colonizados para a construção de um espaço plural, participativo e democrático.**

Conclui-se que o pluralismo jurídico, fundado nos aportes (e ideologias) latino-americanos, aparece como uma teoria apta a renovar as formas de diálogo

entre as comunidades periféricas e o ente estatal, fazendo evoluir, dessa forma, os conceitos de democracia e participação política.

### 3.1.7 Pluralismo jurídico: apontamentos e reflexões

Hespanha (2019) propõe uma reflexão a respeito do funcionamento de um Direito<sup>96</sup> pós-estadualista: o que é Direito? quem diz o Direito? Quem diz quem diz o Direito?<sup>97</sup> Hespanha (2019, p. 23) comenta que antes, todas essas questões eram claras, visto que o Direito era o aglomerado de normas produzidas pelo Estado. O Estado seria a única entidade legitimada a dizer o Direito.

Atualmente, as pessoas parecem dispostas a procurar o Direito fora do Estado. Somos colocados diante de uma vasta gama de centros de produção de normas com pretensão de juridicidade (Hespanha, 2019, p. 40): (1) organizações da vida corrente (regras de convívio cotidiano); (2) práticas estabelecidas; (3) leis dos negócios (nova *lex mercatoria*<sup>98</sup>); (4) regras da arte<sup>99</sup> (dos médicos, por exemplo); (5) boas práticas das organizações; regras de desporto (que afastam inclusive normas de direito penal); (6) regras de internet; (7) normas de Direito supraestadal<sup>100</sup> (tratados internacionais); (8) consensos e acordos privados (contratos, cláusulas de arbitragem<sup>101</sup>); (9) comunidade de especialistas em Direito (doutrina<sup>102</sup>) (Hespanha,

<sup>96</sup> Levando em conta que o "Direito é um fenômeno mutável nas suas fronteiras, plural nas suas fontes de criação ou revelação, complexo na sua lógica interna, não consistente nem harmônico nos seus conteúdos, e, finalmente, nada afeito a um saber que pretenda certezas e formulações seguras e não opináveis" (Hespanha, 2019, p. 25).

<sup>97</sup> "Nestes termos, a ideia de ir buscar ao Direito do Estado uma norma de reconhecimento do direito em geral envolve a mesma falha lógica que constituiria pedir à parte uma definição do todo" (Hespanha, 2019, p. 58).

<sup>98</sup> "A *lex mercatoria* era o Direito mercantil medieval, usado pelos comerciantes nos negócios realizados entre as grandes praças comerciais da Idade Média (portos ou cidades com feiras), que gozavam, para estas transações, de um estatuto jurídico de extraterritorialidade" (Hespanha, 2019, p. 78).

<sup>99</sup> "Regras da arte', ou seja, a conformidade em relação às normas técnicas, examinadas no âmbito de uma competência. Isto se aplicaria a quase todos os domínios do Direito para apreciar o respeito pelo profissional das 'práticas corretas', inclusive em matéria médica" (Frydman, 2018, p. 20).

<sup>100</sup> Na Europa, o desenho da União Europeia, de certa forma, enfraqueceu a figura do Estado nacional, "que passa a ser frequentemente considerado como uma instituição obsoleta e portadora de interesses paroquiais" (Hespanha, 2019, p. 49).

<sup>101</sup> "O acordo de auxílio a Portugal pelo BCE, FMI e CE incluía a obrigatoriedade de promulgação de uma lei favorecendo a arbitragem, como justiça acomodada à vontade das partes e fechada à intervenção de terceiros. A Lei n. 63/2011, de 14 de dezembro, deu realização a esta diretiva, estabelecendo um regime de arbitragem de tipo neoliberal [...]" (Hespanha, 2019, p. 31).

<sup>102</sup> Hespanha (2019, p. 57) entende que "princípios de natureza doutrinal" como o conceito de "Estado de direito democrático" exigem uma elaboração (e preenchimento de significado) que não pode ser dada pela lei, logo, exigem uma contribuição (num plano extralegal) da doutrina.

2019, p. 25), (10) "normas de grupos com uma forte identidade cultural<sup>103</sup> ou religiosa (imigrantes, minorias [ou majorias] étnicas ou religiosas)" (Hespanha, 2019, p. 41) e muitas outras; nessa lista, não se pode deixar de incluir as normas técnicas<sup>104</sup> e de gestão, trabalhadas por Frydman (2018).

Levando em conta as práticas normativas listadas no parágrafo anterior e a dinâmica da comunicação (e da criação de saber) da sociedade informacional, percebe-se que é "ilusório que uma só entidade - mesmo tão complexa como o Estado - pudesse reunir o saber necessário para regular apropriadamente a complexidade crescente da sociedade" (Hespanha, 2019, p. 49).

Hespanha (2019), valendo-se de uma perspectiva empírica e realista, constata que a pluralidade de fontes de Direito verifica-se no plano da realidade:

da análise das razões de decidir usadas por quem usa o Direito para regular ou para dirimir os conflitos, confirma que, independentemente de visões **ideológicas**, as sentenças [...], se fundam, de fato, num espectro de fundamentos jurídicos muito mais largo do que a lei.

Para entender esse fenômeno pluralista, pode-se utilizar uma "posição realista quanto à identificação do Direito", que teria as seguintes vantagens: (1) supera um "legalismo fechado"; (2) permite que o Direito realmente coincida com a *práxis* (*law in action*); (3) possibilita que normas de origem não estatal sejam efetivamente reconhecidas como jurídicas; (4) evita uma concepção valorativa (a de definir o Direito com base em valores: "justiça", "direito natural", "direitos humanos"), que dá margem para subjetivismos (Hespanha, 2019, p. 145).

A partir da ótica realista, ganha importância o conceito de "norma de reconhecimento<sup>105</sup>", que não pode ser confundida com a Constituição, elas trabalham em planos distintos: enquanto a primeira atua no plano do *ser*, a outra atua no plano do *dever ser* (Hespanha, 2019, p. 145). A norma de reconhecimento é "o produto de uma observação do ordenamento jurídico que nos dá conta das regras segundo as quais uma certa comunidade o constrói [...]". Nesses termos, "dizer que determinada norma é válida equivale a reconhecer que esta satisfaz a todos os

<sup>103</sup> Hespanha (2019, p. 57) dá o exemplo da Constituição brasileira (artigo 231), que reconhece o "direito cuja definição não pertence ao Estado brasileiro, como os usos e costumes indígenas sobre o uso e transmissão das terras tradicionais da comunidade".

<sup>104</sup> "As regras jurídicas clássicas estão cada vez mais em concorrência com outros tipos de normas, em particular com normas técnicas e de gestão, que parecem encontrar, especialmente no contexto supra ou transnacional, um terreno de desenvolvimento favorável em detrimento das regras e das instituições jurídicas clássicas" (Frydman, 2018, p. 17).

<sup>105</sup> As normas de reconhecimento descrevem o que é o Direito, as Constituições prescrevem o que deve ser o Direito (Hespanha, 2019, 145).

critérios propostos pela norma de reconhecimento e é, portanto, uma norma do sistema" (Hart, 2009, p. 133).

Percebe-se que a ótica realista coloca o seguinte enunciado: o grau de compatibilidade entre a Constituição e a norma de reconhecimento é o grau de estabilidade do Direito oficial em relação aos outros Direitos. Apenas a título de reflexão, indaga-se: qual é o grau adequado de coincidência entre Constituição e norma de reconhecimento? Qual é o grau adequado de centralização (ou protagonismo) do Direito estadual?

Conforme Hespanha (2019, p. 146), dentro da perspectiva pluralista pode-se verificar a existência de outras fontes de Direito reconhecidas<sup>106</sup> pela sociedade (e pelas instâncias socialmente competentes para identificar o Direito). Nessa linha, "a Constituição passa a ser apenas 'dirigente'" (na esfera oficial), mas não determina o que acontece fora do âmbito estadualista, visto que nesse campo a legitimidade pouco tem a ver com o Estado (Hespanha, 2019, p. 146). Não obstante a (relativa?) independência das esferas oficiais e não oficiais, as normas constitucionais (nos modernos Estados constitucionais) exercem fortes influências<sup>107</sup>, de modo que as instâncias de definição do Direito "tendem a não aceitar como Direito as normas que não sejam conformes à constituição<sup>108</sup>" (Hespanha, 2019, p. 146).

Nesses termos, não se pode negar a importância do Direito posto pelo Estado; a constituição passa, então, a ser um fator de consolidação do consenso, quer pela reflexividade que se espera de uma assembleia constituinte, quer pela imagem de que goza um texto constitucional na atualidade (Hespanha, 2019, p. 147).

Hespanha (2019, p. 85) sustenta que a doutrina possui um papel de destaque na conformação (e até mesmo na formação) do Direito: refere o autor que o caráter meramente explicativo da doutrina em relação à lei é uma ficção, visto que verifica-se que "a doutrina inova, criando regras autônomas de Direito". Para fortalecer seu argumento, Hespanha (2019, p. 85) reitera a importância e indispensabilidade do momento da interpretação (e integração), como tarefas

---

<sup>106</sup> Fato que as normas de reconhecimento devem registrar (Hespanha, 2019, p. 146).

<sup>107</sup> Hespanha fala em "questão da contextualização": o "modo como cada sistema de Direito é sensível ao ambiente, incluindo os outros sistemas jurídicos aí existentes" (Hespanha, 2019, p. 175).

<sup>108</sup> Hespanha (2019, p. 146) comenta que a verificada subordinação do Direito à Constituição é um fato que interessa à sociologia do Direito (não à teoria constitucional ou à teoria do Direito).

doutrinais: "são os jurisconsultos quem, afinal, fixam e consolidam o sentido com que as leis hão-de ser aplicadas"<sup>109</sup>.

Em momentos de autoconfiança, a doutrina se distancia da Lei e coloca "soluções próprias"<sup>110</sup>, muitas vezes provenientes de ambientes estrangeiros (Hespanha, 2019, p. 86). Todavia, a função principal da doutrina, para Hespanha (2019, p.86) é a de interpretação, que, para ele, é de "criação do Direito". É incontroverso que a doutrina se posiciona num lugar privilegiado no "quadro das razões de decidir"<sup>111</sup> das instâncias jurisdicionais<sup>112</sup> (Hespanha, 2019, p. 87). Em relação a sua democraticidade, Hespanha (2019, p. 86) comenta que ela é "hermética, [...] imune à sindicância pública"<sup>113</sup>. No entanto, tem como qualidade a sua estrutura argumentativa e reflexiva.

Sobre a doutrina<sup>114</sup>, Ferraz Junior (2019, p. 58) refere que ela é "um corpo de fórmulas persuasivas que influem no comportamento dos destinatários, mas sem vinculá-los, [...] tendo em vista a decidibilidade de possíveis conflitos"; a doutrina pretende "iluminar aquele que deve tomar uma decisão, dando-lhe elementos cognitivos suficientes"; pretende fornecer "proposições persuasivas que pretendem acautelar aquele que vai decidir"; e também exortar os julgadores, "apelando a sentimentos sociais, valores [...]" (Ferraz Junior, 2019, p. 58).

Não fica tão claro, para Ferraz Junior (2019), o caráter criador (direto, explícito) da doutrina. Não obstante, é visível, para ele, a proximidade da doutrina com o julgador, que a buscará como argumento para apoiar sua decisão. Didier (2024, p. 99), de uma perspectiva teórica<sup>115</sup>, toma uma posição mais "sistematizadora", indicando que, apesar da inevitabilidade da relação entre os "níveis de linguagem" (dogmática jurídica e direito positivo), "é preciso que fiquem

<sup>109</sup> Hespanha (2019, p. 57) entende que "princípios de natureza doutrinal" como o conceito de "Estado de direito democrático" exigem uma elaboração (e preenchimento de significado) que não pode ser dada pela lei, logo, exigem uma contribuição (num plano extralegal) da doutrina.

<sup>110</sup> Hespanha (2019, p. 86) utiliza a expressão "ativismo doutrinário".

<sup>111</sup> Não apenas como *obiter dictum*, conforme Hespanha (2019, p. 87).

<sup>112</sup> "É o que acontece quando fundam a decisão fundamentalmente na 'doutrina pacífica' ou 'doutrina dominante' [...]" (Hespanha, 2019, p. 87).

<sup>113</sup> Pode que a lei seja engendrada por processos democráticos, mas como fazer para que a sua interpretação seja fruto de consensos de base (não elitistas)? "A ideia de que o Direito corresponde a uma ordem consentida pela comunidade é incompatível com a ideia de que a declaração dos conteúdos dessa ordem esteja monopolizada por uma elite [...]" (Hespanha, 2019, p. 102).

<sup>114</sup> Não se pode esquecer o caráter pedagógico da doutrina, principalmente entre os estudantes de Direito (Ferraz Junior, 2019, p. 59).

<sup>115</sup> Didier (2024) traça linhas firmes, que separam as camadas da linguagem da teoria geral do Direito (TGD), da linguagem da ciência do Direito e do Direito positivo.



sempre claras as suas diferenças". Essa discussão é muito interessante, mas seu detalhamento parece escapar dos objetivos do presente tópico.

A crítica que se endereça à doutrina é a mesma que se faz aos procedimentos jurídicos de revelação dos princípios: a arte de colher significado dos princípios seria uma maneira de "substituir o consenso alargado e inclusivo pelos consensos internos de um grupo corporativo" (Hespanha, 2019, p. 103).

Daí se constata que o Direito tem atributos capazes de estancar a "discussão pública de questões políticas". Cita-se, como exemplo, o fato de um debate político poder ser interrompido com base nos seguintes argumentos: "'isso é inconstitucional', 'ofende direitos adquiridos', 'não é juridicamente possível', 'afeta o princípio da confiança', 'corresponde à aplicação retroativa da lei', 'está em segredo de justiça', 'já está fixado pelos tribunais'" e "o que não consta do processo não existe no mundo" (Hespanha, 2019, p.166). Sem entrar no mérito da oportunidade das referidas objeções jurídicas aos debates políticos (até porque muitas delas são consideradas garantias), reconhece-se que a gramática jurídica pode causar algum grau de *déficit* democrático. Como diferenciar uma "garantia jurídica" de uma "arrogância formal"?

Isso favorece a apropriação do Direito pelo grupo social dos juristas: "o Direito tende a transformar-se no produto de uma autoridade ligada a um saber (*auctoritas*) de um grupo muito limitado" (Hespanha, 2019, p. 152). Vê-se os perigos do principialismo<sup>116</sup> e do aumento da criatividade dos tribunais. A apropriação do Direito pelos *experts* passa, também, pelo domínio da linguagem<sup>117</sup>. A linguagem diferenciada afasta aqueles que não a compreendem e, com isso, cria-se "o monopólio de um saber decisivo sobre a vida quotidiana" (Hespanha, 2019, p. 166).

Depois de muitas críticas aos modos de relacionamento dos juristas, reconhece-se que, tanto a (esfera comunicativa da) doutrina quanto a jurisprudência, carregam elementos interessantes, tais como "discussão por pares, contraditório judicial, igualdade das partes, função neutral do julgador, suscetíveis de influir de forma positiva o diálogo social" (Hespanha, 2019, p. 162).

<sup>116</sup> "A aceitação alargada que o principialismo tem tido nos EUA gerou, a partir dos anos 90 do séc. XX uma reação contra o Direito judicial, acusado de se ter apropriado do Direito, nomeadamente, do Direito constitucional" (Hespanha, 2019, p. 152).

<sup>117</sup> "Esse 'discurso imperial' utiliza ainda outras técnicas retóricas, como as formulações impessoais, o uso de locuções latinas (ou também alemãs, ou outra língua pouco acessível), um sobre-vestimento na linguagem técnica e, mesmo, certos tiques de gestualidade, postura e vestir, que pretendem enfatizar a autoridade de quem fala e o caráter exclusivo, distinto, não comum, daquilo que é dito" (Hespanha, 2019, p. 166).

### 3.2 O PRINCÍPIO POLÍTICO DO COMUM

O objetivo deste capítulo é apresentar o princípio político do Comum como uma ferramenta para visualizar, não só os documentos jurídicos dos povos indígenas (especialmente o PGTA), mas também a relação que os povos mantêm com seus territórios (em sentido amplo). Sempre que possível as analogias possíveis entre o aporte teórico do Comum e a prática concreta dos povos originários será explicitada.

Parte-se da hipótese de que o princípio político do Comum tem potencial, como aporte teórico, de fornecer importantes ferramentas para a manutenção dos bens comuns indígenas<sup>118</sup>. Reconhece-se, portanto, o Comum como resistência à "'pilhagem', realizada pelo Estado e pelos oligopólios privados, daquilo que até então era de domínio público, do Estado social, ou estava sob controle das comunidades locais" (Dardot; Laval, 2017, p. 104). Nesse mesmo sentido, Bollier (2016, p. 7) refere que "[Los comunes] nos ayudan a identificar el despojo, la desigualdad y la destrucción ecológica de los cercamientos del Mercado".

O princípio político do Comum é uma ferramenta abrangente que une, em torno de suas práticas, os mais variados sujeitos: programadores de computador, jardineiros urbanos, povos indígenas, pesquisadores acadêmicos, permacultores, usuários de bibliotecas e parques públicos; esses sujeitos vinculados ao Comum nem sempre nutrem com ele um vínculo intelectual (Bollier, 2016, p. 40). Para muitos, o Comum não é um sistema de gestão (ou uma estrutura de governança) e sim "una identidad cultural, una forma y medio de vida propios. Es un modo de resucitar la práctica democrática<sup>119</sup>, de vivir una vida más plena" (Bollier, 2016, p. 40).

O Comum é um discurso e marco intelectual que celebra a cooperação humana (Bollier, 2016, p. 170), que trata de criar espaços afastados da lógica mercantil (Bollier, 2016, p. 40); pode-se dizer que é "un verbo activo, no solo un sustantivo inerte" (Bollier, 2016, p. 171).

---

<sup>118</sup> "A ideia de comuns se tornou global em dois sentidos: ela compreende tipos extremamente variados de recursos, atividades e práticas e **diz respeito a todas as populações do mundo**" (Dardot; Laval, 2017, p. 102).

<sup>119</sup> "Los comunes ofrecen un modo de revitalizar la práctica democrática en una época en la que las instituciones políticas convencionales son disfuncionales" (Bollier, 2016, p. 169).

### 3.2.1 A díade soberania/propriedade privada

Ricoveri (2012, p. 23) aponta que o debate do tema dos bens comuns materiais naturais, na atualidade, apresenta duas facetas distintas: pode ser considerado fácil porque a crise do capitalismo e de seus axiomas favorece a reproposição do princípio político do Comum como alternativa aos modelos da economia clássica; mas também pode ser considerado difícil, principalmente quando se percebe que o "mercado capitalista penetrou profundamente em todos os aspectos da sociedade. Isso apagou não apenas o conhecimento de outros modos de pensar e agir, mas também a percepção das alternativas possíveis<sup>120</sup> [...]".

É nesses termos que se verifica as práticas do Comum: estão sufocadas e invisibilizadas em função da díade soberania/propriedade privada, que se comporta de maneira semelhante à díade de que fala Bobbio (2011) em seu livro sobre a distinção política direita/esquerda. Os polos da díade, soberania e propriedade privada, se comportam (e se pretendem) como termos antitéticos, reciprocamente excludentes e conjuntamente exaustivos, de modo que conturbam o debate e limitam as alternativas que não são redutíveis a um desses pólos<sup>121</sup>.

Trata-se, aqui, de reavaliar e renovar a díade público/privado proposta por Bobbio (2021, p. 24):

Como se trata de dois termos que no uso descritivo comum passam por ser contraditórios, no sentido de que **no universo por ambos delimitado um ente não pode ser simultaneamente público e privado, ou nem público e nem privado**, também o significado valorativo de um tende a ser oposto ao do outro, no sentido de que, quando é atribuído um significado valorativo positivo ao primeiro, o segundo adquire um significado valorativo negativo, e vice-versa.

Dardot e Laval (2017, p. 145) argumentam que o desafio não é pequeno: "reside na superação de uma distinção constitutiva do nosso modo de pensar jurídico e econômico: a distinção entre bens privados e bens públicos, propriedade privada e propriedade pública, mercado e Estado". Para isso, é necessário, de

<sup>120</sup> "Al privilegiar y priorizar los intereses de la propiedad privada, el capital y los mercados, nuestro propio lenguaje margina la idea de trabajar juntos en pos de un objetivo común" (Bollier, 2016, 149).

<sup>121</sup> O Comum coloca "em questão a onipotência de dois dos grandes princípios reguladores da vida social moderna: a soberania estatal e a propriedade privada" (Silveira; Ruschel, 2023, p. 27).

algum modo, reavaliar as bases de pensamento da filosofia política e da economia clássica:

Assim, tanto na filosofia política como na economia clássica, as entidades 'Mercado' e 'Estado' foram consideradas os dois pólos necessários e suficientes para o bom funcionamento da sociedade. **A economia política dos comuns pretende justamente sair dessa oposição entre Estado e mercado, tanto no plano prático quanto no plano teórico.**

Bollier (2016, p. 12) argumenta que qualquer coisa de valor é geralmente associada ao livre mercado ou ao governo; a ideia de que as pessoas podem organizar de maneira eficaz (por si mesmas) acordos duradouros para o gerenciamento de seus próprios recursos e que este paradigma gera valor não parece muito prática: a ideia de que o espaço comunitário pode ser um veículo para emancipação política e transformação social, como sugerem alguns defensores do Comum, não parece realizável (Bollier, 2016, p. 12). É justamente essa desconfiança em relação aos comuns que deve ser superada.

As disputas ideológicas sobre o tema do Comum são controvertidas: "para muitos economistas<sup>122</sup>, os bens comuns são 'trágicos' por definição, enquanto expostos - afirmam eles - a um uso sem critérios" (Ricoverti, 2012, p. 59). Essa posição é defendida por Garrett Hardin<sup>123</sup> em um conhecido artigo publicado pela revista Science em 1968. Hardin entendia que a deterioração dos recursos comuns só poderia ser evitada com a "apropriação individual ou pela nacionalização e centralização do recurso comum. Em resumo, afora o mercado e o Estado, não existe terceiro termo" (Dardot; Laval, 2017, p. 156). Não obstante a respeitável argumentação de Hardin, ele partia da premissa de que sobre os bens comuns não incidem regras de utilização/gestão (Ricoverti, 2012, p. 59).

Ao contrário das bases sobre as quais Hardin fundava seu argumento, não se pode falar em "acesso ilimitado" de bens comuns: só a instituição de um conjunto

<sup>122</sup> "A lo largo de las últimas décadas la tragedia de los comunes se ha establecido como tópico económico. El ensayo de Hardin es ya algo esencial en la educación universitaria en los Estados Unidos, no solo en las ciencias económicas sino también en las ciencias políticas, la sociología y otros campos de estudio. Por lo tanto, no es de extrañar que tantas personas contemplen los comunes con un desdén tan superficial. Los comunes = caos, ruina y fracaso" (Bollier, 2016, p. 31).

<sup>123</sup> Conforme Silveira e Ruschel (2023, p. 29), "Hardin vale-se da parábola de um pasto [...]: a liberdade de explorar de forma ilimitada levará inexoravelmente à ruína coletiva caso não haja a limitação do acesso ao comum, seja mediante intervenção de um poder externo (paradigma da soberania?) ou mediante divisão do pasto em porções exclusivas para cada pastor, caso em que o cálculo utilitário levaria à exploração racional (paradigma da propriedade privada?)".

de regras de utilização é capaz de proporcionar o "uso sustentável" (Ricoveri, 2012, p. 59).

No mesmo sentido, Bollier (2016, p. 31) afirma que "el escenario ficticio de Hardin establece un sistema en el que no existen límites en torno a los pastos ni normas que los regulen, no hay sanciones a la sobreexplotación ni una comunidad propia de usuarios". Definitivamente, essa não é a descrição de um comum: "es un régimen de acceso libre donde impera la ley de la selva"<sup>124</sup>. Un común tiene límites, reglas, normas sociales y sanciones contra los oportunistas" (Bollier, 2016, p. 31).

Uma das características marcantes do Comum é que essas regras são produzidas pelos próprios agentes utilizadores do recurso: "aqueles que os usam estão interessados em sua conservação, e justamente por isso definem regras de gestão adequadas para garantir que eles sejam utilizados de maneira sustentável" (Ricoveri, 2012, p. 59).

As correntes filiadas ao Comum tendem a concluir que os sujeitos mais adequados para regular determinada atividade são os próprios sujeitos que interagem na *práxis*:

Os bens comuns também são sistemas locais, podendo ser gerenciados com eficácia somente por aqueles que possuem um conhecimento detalhado e preciso daquela dada área e realidade, conhecendo sua história, cultura, vegetação, [...] situação específica e língua (Ricoveri, 2012, p. 34).

Pode-se dizer, portanto, que o princípio político do Comum carrega em si uma crítica ao modelo desejado (ou desejável) de legislador para o iluminismo na medida em que valoriza os saberes práticos e os consensos formados horizontalmente, no relacionamento dos comuneiros. O Comum idealiza um modelo de nomogênese que não combina com os moldes "de cima para baixo", próprios da soberania estatal ou com as estruturas provenientes da propriedade privada.

A partir dos anos 1990, nos ambientes acadêmicos e de militância política, ressurgiu a gramática do Comum para realizar a contestação da ordem estabelecida: a "ênfase crítica [do Comum] recaiu sobre a 'apropriação', pelo capital, dos recursos naturais, dos espaços públicos, das propriedades do Estado" (Dardot; Laval, 2017, p. 59). Fala-se de "um paradigma 'outro' com relação ao mercado, que favorece o local e não o global; a solidariedade e não a concorrência; os consumos coletivos e não os individuais", centrado em agricultura de ciclos curtos, proteção da

---

<sup>124</sup> "Hardin confunde un terreno comunal con la tierra de nadie" (Bollier, 2016, p. 31).

biodiversidade, da segurança alimentar e dos saberes tradicionais (Ricoveri, 2012, p. 108).

Para oxigenar o debate em relação ao Comum, as pesquisas empíricas de Elinor Ostrom têm grandes méritos, conforme apontam Dardot e Laval (2017, p. 60):

As pesquisas empíricas de Ostrom, assim como sua teoria institucionalista da ação coletiva, mostram que o mercado e o Estado não são os únicos sistemas possíveis de produção, que formas institucionais muito diversas em todo o mundo podem propiciar a seus membros recursos duradouros e em quantidades satisfatórias, por meio da criação e da renovação instituída de regras de gestão comum.

Com o trabalho de Ostrom<sup>125</sup>, o Comum voltou a figurar como uma opção: "não há necessidade de privatizar os comuns, impondo o quadro exclusivo dos direitos de propriedade, como queriam os institucionalistas neoliberais, tampouco recorrer ao Leviatã para controlar e forçar os indivíduos a obedecerem ao soberano" (Dardot; Laval, 2017, p. 159). Verifica-se, na sociedade, forças coletivas capazes de diálogo e criação de regras de cooperação que escapam do duopólio Estado/mercado; a práxis demonstra que há casos de sucesso que prescindem de coerção de cima para baixo e do ideário da propriedade privada para evitar a propalada "tragédia dos comuns" (Dardot; Laval, 2017, p. 159).

Silveira e Ruschel (2023, p. 27) referem que "o argumento da ruína dos bens comuns foi evocado em defesa da privatização de quase tudo nas últimas décadas" e, que Ostrom teve grande importância na contestação desses movimentos neoliberais:

Elinor Ostrom, Nobel de Economia em 2009, contrapõe essa tese ao evidenciar que a gestão coletiva dos recursos comuns (*common pool resources*) pode, em muitos casos, ser mais eficiente e sustentável do que a gestão privada e estatal. Um sem-número de grupos sociais, nos quatro quadrantes, exploram coletivamente recursos escassos com grande diversidade e riqueza organizacional, transcendendo o binômio centralismo burocrático vs. propriedade privada individual.

Bollier (2016, p. 14) nota que, atualmente, os termos da díade, além de sufocar as alternativas, trabalham de forma conjunta, a partir da eleição de objetivos compartilhados; Estado e mercado (la pareja Mercado/Estado) se beneficiam reciprocamente:

---

<sup>125</sup> "Su proceder [de Ostrom] pretende ser ante todo pragmático, viendo así en lo real numerosas combinaciones que no corresponden a dicotomías (público/privado, Estado/mercado)" (Jourdain, 2023, p. 85).

El mercado y el Estado, en el pasado instancias bien separadas de moralidad y política, son ahora uña y carne: una alianza férrea con una visión compartida del progreso tecnológico, del dominio corporativo y con una idea de expansión irrefrenable del crecimiento económico y el consumo.

Bollier (2016, p. 67) afirma que essa aliança entre Estado e mercado fica evidente na forma como o governo estadunidense se comportou durante a crise econômica de 2008: enquanto o governo resgatava os bancos e instituições financeiras, expulsava milhões de cidadãos das suas casas.

Apesar da periferização<sup>126</sup> do debate do Comum, a proteção dos recursos comuns é um dos grandes desafios do século XXI. Silveira e Ruschel (2023, p. 32) lamentam o fato de a cultura jurídica ocidental ser muito centrada nas figuras do Estado e do mercado, dando ênfase para os direitos privados individuais e para os deveres do Estado (poder de polícia), de modo que as ferramentas legais são bastante limitadas "seja para garantir uma gestão eficiente desses bens [comuns] ou para definir claramente as condições de exercício e de tutela dos direitos a eles relacionados" (Silveira; Ruschel, 2023, p. 32). Daí que alguns bens, como o meio ambiente, que não se encaixam bem na lógica privatista, não recebem a tutela adequada<sup>127</sup>.

### 3.2.2 Cercamentos e despossessão

Ricoveri (2012, p. 31), vinculada à gramática do Comum, refere que as comunidades locais lutam para evitar o cercamento dos bens comuns, em oposição às atuais tendências privatizadoras, que consideram os *commons* apenas "um legado indesejado do passado, algo que hoje não serve mais e do qual é melhor se desfazer". Parece ser essa a condição enfrentada pelos povos indígenas na manutenção dos seus direitos territoriais.

O cercamento é um processo a partir do qual as corporações, muitas vezes com apoio e autorização dos governos, despojam os recursos comuns, trazendo-os para dentro da lógica de mercado e atribuindo a eles um preço; assim, os recursos

<sup>126</sup> "Para cientos de millones de personas en todo el mundo los comunes nunca han estado ocultos, sino que han formado parte de sus vidas durante siglos y les nutren cada día en forma de alimento, leña, agua de riego, pesca, caza, frutos y bayas silvestres, entre muchas otras cosas. Estos comunes, como los de todos los pueblos indígenas, se suelen considerar invisibles o de poca importancia, incluso a día de hoy" (Bollier, 2016, p. 21).

<sup>127</sup> "Ya hemos visto en numerosas crisis sociales y ambientales que el Estado y el mercado, de la forma en que están constituidos, no están a la altura de las circunstancias" (Bollier, 2016, p. 156).

compartilhados por muitos passam ao controle privado (propriedade privada) e são tratados como bens de consumo individual (Bollier, 2016, p. 43).

Conforme Ricoveri (2012, p. 91), "o colonialismo praticado pelos Estados europeus, a partir da conquista - ou invasão - da América em 1492, apresenta como característica constante o cercamento<sup>128</sup> dos bens comuns pertencentes às comunidades indígenas"; a violência e a guerra sofridas pelos povos indígenas, portanto, podem ser visualizadas a partir dessa gramática: "as formas assumidas pelo colonialismo [...] tiveram todas como traço comum a espoliação/deportação das comunidades locais" (Ricoveri, 2012, p. 91).

Os cercamentos aparecem com um véu de progresso, eficiência e desenvolvimento, que acaba mascarando o aspecto violento da expropriação sofrida pelos comuneiros, que se veem desvinculados de suas práticas e de seus bens, "los cercamientos transforman un sistema basado en la gestión colectiva y la reciprocidad social en un orden de mercado que favorece la propiedad privada, los precios, las relaciones comerciales y el consumismo" (Bollier, 2016, p. 46).

Como se percebe, um dos efeitos mais maléficos dos cercamentos é a erradicação das culturas e memórias locais que estavam vinculadas às práticas comuns (*las costumbres sociales*), que davam coesão aos membros de uma determinada comunidade (e entre ela e a paisagem) (Bollier, 2016, p. 83). Tudo isso é perdido em detrimento de uma "cultura de mercado totalizadora": os costumes coletivos dão lugar a um indivíduo sem história e tradição e "poco a poco, las coloridas personalidades y saberes populares particulares de una comunidad empiezan a desvanecerse" (Bollier, 2016, p. 83).

Daí que, com o desaparecimento dos costumes e práticas associados aos direitos de acesso e uso da terra, surgem as condições ideais para o surgimento do "indivíduo" e sua racionalidade (*Homo economicus*), que não participa de uma coletividade e que trabalha a partir dos conceitos de salário e prosperidade material (Bollier, 2016, p. 95).

Resumidamente, pode-se dizer que os cercamentos geram despossessão, privatizam e expandem a "cosmovisão da mercadoria" e "desmantelan la cultura basada en lo comunal (la coproducción y la cogobernanza igualitarias)"; isso se dá

---

<sup>128</sup> "No sul do mundo, o cercamento dos bens comuns foi muito diferente daquele da revolução industrial na Inglaterra, porque fundado no racismo, ou seja, na pretendida superioridade dos colonizadores, que tomavam para si o direito natural de propriedade das terras ocupadas apelando para as teorias de John Locke" (Ricoveri, 2012, p. 92).



porque os mercados tendem a não ter compromissos com as culturas locais, "cuestiones estas indispensables para el procomún" (Bollier, 2016, p. 174).

Apesar de os povos originários terem ocupado suas terras e recursos como comuns desde tempos imemoriais, os colonizadores ocidentais as consideravam "terra pertencente a ninguém", valendo-se de um aparato teórico fundado nas concepções de Locke sobre o conceito "propriedade privada", o que justificava os cercamentos: "La lógica de la *res nullius*<sup>129</sup> justifica el expolio privado desenfrenado" (Bollier, 2016, p. 107). Esse modelo de cercamentos permanece, em maior ou menor medida, até hoje:

Quanto à questão da transformação das terras de índios ou das terras indígenas [...] em propriedade privada, ressalte-se que é um problema que já vem ocorrendo de longa data, inclusive, favorecido pelo poder instituído, seja pela via legislativo-parlamentar, seja mesmo pela via judiciária (Campos, 2011, p. 216).

Dardot e Laval (2017), ao lado do conceito de cercamento, também trabalham o conceito de "desposseção", principalmente em Rosa Luxemburgo e David Harvey. Verifica-se que o capitalismo, além da exploração dos sujeitos que já operam a partir da lógica do capital, "segue praticando uma pilhagem contínua dos recursos das zonas não capitalistas ou pré-capitalistas" (Dardot; Laval, 2017, p. 134); há aí uma subordinação (e um convite) gradual das regiões, bens e comunidades ao sistema capitalista; essa expansão capitalista<sup>130</sup> não faz parte do passado, é algo presente, é a condição permanente do capitalismo:

É isso que torna necessários o imperialismo e a luta feroz que as potências capitalistas desenvolvidas travam entre si para tomar o controle dos territórios ainda não estruturados pelo mecanismo capitalista de exploração. É isso também que explica o colonialismo doméstico das zonas rurais, que cada Estado nacional pratica no território sob seu domínio (Dardot; Laval, 2017, p. 134).

Reitera-se que a desposseção é um "efeito contínuo da expansão<sup>131</sup> do capital sobre a vida, a cultura, as relações sociais" (Dardot; Laval, 2017, p. 136).

<sup>129</sup> "A terra foi assim esvaziada de seus habitantes e de *terra mater* tornou-se *terra nullius*, um território vazio que os colonizadores podiam transformar em propriedade privada sem pôr-se nenhum problema moral e a qualquer custo em termos de vidas humanas" (Ricoverti, 2012, p. 92).

<sup>130</sup> Quando se pensa a respeito da expansão permanente do capitalismo, não há como não pensar nas lutas atuais dos povos indígenas pela manutenção dos seus territórios (tese do marco temporal).

<sup>131</sup> "A 'acumulação por desposseção' é um incremento de valor que se produz não por meio dos mecanismos endógenos clássicos da exploração capitalista, mas do conjunto dos meios políticos e econômicos, que permite à classe dominante apossar-se – se possível sem custos – do que não era de ninguém ou do que era até então propriedade pública ou patrimônio cultural e social coletivo" (Dardot; Laval, 2017, p. 137).

Para ilustrar a contínua (e sempre renovada) força expansiva do capital, pode-se mencionar o fato de que os movimentos vitoriosos de independência dos países do terceiro mundo, ocorridos na segunda metade do século XX, não tiveram "o êxito esperado" (Ricoveri, 2012, p. 92): o que se verificou foi a abertura para "uma nova fase de neocolonialismo ou neoimperialismo, caracterizada pelos 'planos de ajuste estrutural'" (Ricoveri, 2012, p. 93).

Nesses procedimentos de despossessão ocorre a "pilhagem dos recursos locais, desenraizamento das populações e formação de novos proletários"<sup>132</sup> (Dardot; Laval, 2017, p. 134). Harvey refere que a despossessão acelera a concentração da propriedade nas mãos de poucos e está ligada à destruição das culturas periféricas (Dardot; Laval, 2017, p. 136).

Não se pode deixar de mencionar os novos cercamentos que afetam a biodiversidade (patenteamento de sementes e saberes de cultivo), da qual os povos indígenas e tradicionais foram (e são) guardiões<sup>133</sup> (Ricoveri, 2012, p. 82). Sobre isso, faz-se uma especial e devida menção aos trabalhos desenvolvidos por Shiva<sup>134</sup> (2020); a autora enfatiza a necessidade de proteger a biodiversidade e o conhecimento tradicional associado das tentativas de patenteamento e de privatização (Shiva, 2020). Shiva (2020) se vale dos aportes teóricos do Comum para fundamentar a crítica e organizar a resistência dos agricultores tradicionais indianos frente aos monopólios das sementes<sup>135</sup>. Nesses termos, Dardot e Laval (2017, p. 126) debatem o liame existente entre cercamentos, patentes e biopirataria:

---

<sup>132</sup> Aqui, não há como não trazer ao debate os conceitos de assimilação e integração, discutidos no primeiro capítulo deste trabalho.

<sup>133</sup> "Essa conservação não é obra simplesmente da natureza: gerações de cultivadores foram cruciais para descobrir o valor das espécies, selecioná-las e mantê-las até nossos dias" (Cunha, 2012, p. 133).

<sup>134</sup> A obra "Reclaiming the Commons" é resultado do trabalho da autora indiana Vandana Shiva, numa jornada pela recuperação dos bens comuns (biológicos e intelectuais). Apesar da base de sua ação política estar situada na Índia, suas lutas inspiram todas as comunidades tradicionais, ao redor do mundo, que trabalham de maneira coletiva.

<sup>135</sup> Shiva (2020) afirma que, para as comunidades, a conservação da biodiversidade e de seus conhecimentos tradicionais significa a garantia da sua sobrevivência. De outro lado, os interesses comerciais dos monopólios vislumbram a biodiversidade apenas como matéria-prima para suas atividades, com fins lucrativos.

A corrida pelas patentes é o princípio da "biopirataria", que leva empresas do Norte a explorar as "reservas biológicas e genéticas" dos países do Sul e registrar patentes de substâncias ou genes para garantir a propriedade dos usos comercializáveis que eventualmente possam ser extraídos delas. Essa patenteação consiste em transformar saberes indígenas em invenções de empresas ocidentais, de modo que, em consequência de acordos comerciais internacionais, as populações locais se veem impedidas de usar as propriedades das plantas como bem entenderem.

Nos anos 1980, empresas monopolistas como a Monsanto, a partir da "apropriação dos seres vivos", impuseram-se sobre milhões de agricultores, que foram forçados a depender de sementes patenteadas; Dardot e Laval (2017, p. 127) afirmam que esse controle do mercado de sementes teve consequências trágicas para os trabalhadores:

Na Índia, a Monsanto controla 95% da produção de algodão. O aumento dos custos, como consequência dos royalties acumulados pela empresa, levou muitos camponeses a se endividar até quebrar. Essa dependência extrema provocou uma onda de suicídios que obrigou as autoridades indianas a se questionarem sobre a desregulamentação do mercado de sementes.

A valorização da biotecnologia e da bioeconomia tenderá a intensificar as pressões à biodiversidade e conhecimentos tradicionais a ela associados, de modo que os cercamentos ao patrimônio dos povos indígenas se atualizam constantemente e adquirem formas cada vez mais sofisticadas.

### 3.2.3 O conceito de Comum

O vocábulo "comum" é capaz de expressar uma miríade de significados, de modo que é útil discutir a sua interpretação e estabelecer alguns parâmetros para conter os efeitos negativos da polissemia.

Dardot e Laval (2017, p. 101) indicam que o termo "Comum" serve para "traduzir lutas, práticas, direitos e formas de viver que se apresentam como contrários aos processos de privatização e às formas de mercantilização": os autores explicam que o Comum passou a simbolizar uma palavra de mobilização e resistência a esses processos<sup>136</sup>. Percebe-se, de plano, que o Comum é capaz de inspirar certo engajamento participativo/democrático.

---

<sup>136</sup> "Ela torna visível a maneira como se esboçam formas de poder e movimentos que contestam tanto as relações sociais capitalistas baseadas na propriedade privada dos recursos naturais quanto os modos tradicionais de gestão burocrática dos 'bens públicos'" (Dardot; Laval, 2017, p. 115).

Fala-se em "agir comum", para ressaltar "o fato de que homens se engajam numa mesma tarefa e, agindo desse modo, produzem normas morais e jurídicas que regulam sua ação" (Dardot; Laval, 2017, p. 25). A reciprocidade e o diálogo entre sujeitos estão marcados na própria estrutura formativa da palavra:

A palavra comum deriva dos radicais latinos *múnus* (que indica, simultaneamente, os deveres e as vantagens ligadas ao exercício de um cargo) e *cum* (que indica reciprocidade e, portanto, o compartilhamento de responsabilidades e de benefícios dela derivados). Portanto, reciprocidade nos deveres e nos benefícios com relação a algo: *cum-múnus* (Silveira; Ruschel, 2023, p. 27).

Na mesma linha, acrescenta-se que "o termo 'comum', pela própria raiz etimológica latina da palavra (*cum* + *munus*, obrigação), parece apto a reivindicar o princípio político da coobrigação" (Afonso da Silva, 2021, p. 352).

O Comum é um princípio político<sup>137</sup>, "no sentido de ordenar, comandar e reger toda a atividade política" (Dardot; Laval, 2017, p. 616) e sua abrangência permite trabalhar tanto com recursos físicos, quanto com objetos intangíveis (Bollier, 2016, p. 24).

Pode-se dizer que há a incidência de práticas que respeitam o princípio político do Comum quando se verifica uma comunidade se relacionando para gerenciar e explorar determinado bem a partir de um conjunto de regras produzidas de modo participativo pelos próprios sujeitos implicados nessas práticas: "dicho de otra manera, el procomún es un recurso + una comunidad + un conjunto de protocolos sociales"<sup>138</sup>. Los tres elementos conforman un todo integrado e interdependiente" (Bollier, 2016, p. 24). Reitera-se a importância do elemento regra (protocolo social), que será abordado com mais atenção em um dos próximos tópicos.

Bollier (2016, p. 154) destaca que um dos atributos do Comum é o fortalecimento da autodeterminação no nível local. De fato, a possibilidade de reunir uma comunidade e fazê-la gerenciar um recurso de maneira comum amplifica os

<sup>137</sup> "Princípio é o que vem primeiro e fundamenta todo o resto" (Dardot; Laval, 2017, p. 615); e "político", tendo a política como "atividade de 'tomar parte' da deliberação, de 'expor em comum palavras e pensamentos'" (Dardot; Laval, 2017, p. 616).

<sup>138</sup> No mesmo sentido, "Nas ciências humanas e sociais, fala-se do comum (*commons*, no mundo anglófono) quando determinados bens, recursos ou valores são mantidos ou produzidos em regime de corresponsabilidade e usufruto recíproco pela atividade de um grupo de pessoas unidas por um laço social agindo segundo determinadas regras ou protocolos, explícitos ou tácitos" (Silveira; Ruschel, 2023, p. 27).

laços sociais<sup>139</sup>. As pessoas se sentem atraídas pelo Comum porque veem nele uma forma "de celebrar y proteger sus circunstancias locales particulares" (Bollier, 2016, p. 154). O ideário do Comum empodera as pessoas para que elas assumam a responsabilidade sobre os recursos da terra (autodeterminação), proporcionando, com isso, uma resistência ao mercado (Bollier, 2016, p. 157).

Ricoveri (2012, p. 29), conceitua bens comuns<sup>140</sup> da seguinte forma:

Os bens comuns são recursos coletivos compartilhados, administrados e autogerenciados pelas comunidades locais, que encarnam um sistema de relações sociais fundado na cooperação e na dependência recíproca. Nem sempre, porém, trata-se de recursos em sentido próprio, isto é, de bens físicos ou materiais - um campo para cultivo, um pasto, um curso de água, uma região pesqueira. Trata-se também de direitos de uso comum ou coletivo sobre os frutos originados por um bem natural.

Destaca-se o protagonismo dos bens comuns na garantia de acesso a bens indispensáveis à reprodução da vida, tais como "água, o ar, a comida, a casa, os combustíveis e os remédios" (Ricoveri, 2012, p. 33). Não obstante, não se pode definir um 'bem comum' pelos atributos e qualidades da coisa em si mesma; "naturalizar"<sup>141</sup> os bens comuns, isto é, entender que um bem é comum em razão de suas qualidades intrínsecas é um equívoco:

O comum requer um contexto social em que seja estabelecido um regime de corresponsabilidade sobre um recurso material ou simbólico. Discute-se, no plano jurídico, a conveniência e a possibilidade do reconhecimento legal dos comuns; não obstante, o seu fundamento encontra-se, sobretudo, na *práxis*" (Silveira; Ruschel, 2023, p. 32).

Dito de outro modo: o bem comum deve ser instituído, nada é naturalmente Comum: "somente a atividade prática dos homens pode tornar as coisas comuns, do mesmo modo que somente essa atividade prática pode produzir um novo sujeito coletivo" (Dardot; Laval, 2017, p. 25). Dardot e Laval referem que "o comum é, acima de tudo, uma questão de instituição e governo" (Dardot; Laval, 2017, p. 618); a

<sup>139</sup> "O comum não reúne consumidores do mercado ou usuários de uma administração exteriores à produção, mas coprodutores que juntos estabelecem regras coletivas para si mesmos" (Dardot; Laval, 2017, p. 160).

<sup>140</sup> "Alguns exemplos de 'bens comuns' de grande relevância para o Direito seriam o meio ambiente, o conhecimento, a cidade enquanto local de convívio, a cultura, a linguagem, a informação, o patrimônio histórico e turístico, o patrimônio genético e a biodiversidade enquanto valores intangíveis e os chamados 'comuns do conhecimento' como os *softwares* livres, a educação aberta e a própria internet. Muitos desses valores possuem algum reconhecimento jurídico (seja como bens públicos não estatais ou como direitos transindividuais)" (Silveira; Ruschel, 2023, p. 30).

<sup>141</sup> "Pode-se dizer que ela [a refundação conceitual do Comum por Dardot e Laval] opõe ao discurso da **diversidade institucional naturalizada**, baseada nos interesses do mercado, o discurso da diversidade da *práxis* instituinte do Comum, baseada nas práticas coletivas e nas lutas políticas [...]" (Afonso da Silva, 2021, p. 354).

instituição de que falam os autores, que deve ser contínua e renovadora de si, é chamada de *práxis instituinte*:

Cada comum deve ser instituído por uma prática que abra certo espaço ao definir as regras de seu funcionamento. Essa instituição deve continuar para além do ato pelo qual o comum é criado. Deve ser sustentada ao longo do tempo por uma prática que tenha a possibilidade de modificar as regras por ela própria estabelecidas. Chamamos essa prática de *práxis instituinte*" (Dardot; Laval, 2017, p. 618).

Na mesma linha, Afonso da Silva (2021, p. 352) referem que "o Comum não é legenda reservada a um conjunto predefinido de 'bens'", é "uma qualidade que deriva da ação e não das coisas".

Deixa-se claro que não existe uma única forma de gerenciar os bens comuns. Não obstante, há um conjunto de fatores que deve estar presente em um comum para que ele tenha estabilidade e longevidade, tais como (1) limites claros e comunidade identificável; (2) regras bem adaptadas às necessidades dos comuneiros e condições do ambiente; (3) os sujeitos devem participar com regularidade das deliberações; (4) deve haver um sistema sólido de monitoramento e sanção e (5) um sistema eficaz de resolução de conflitos (Dardot; Laval, 2017, p. 159).

Afirmar que o comum é instituído na *práxis* significa advogar contra a tese segundo a qual determinados bens reúnem condições específicas (e intrínsecas) que os tornam aptos a serem gerenciados como comuns; esse argumento da naturalização dos bens comuns retira, em alguma medida, o aspecto democrático da construção dos comuns. Nessa linha, Dardot e Laval (2017, p. 167) fazem ver que a instituição de um comum vai muito além de "racionalismo econômico":

Supor que a escolha da gestão coletiva depende de cálculos de indivíduos racionais é esquecer que o comum não é decretado a partir de fora, assim como não é resultado de um agregado de decisões individuais tomadas isoladamente, mas decorre de um processo social com lógica própria.

Mais além do ponto de vista estritamente econômico<sup>142</sup>, o Comum é um processo comunitário que permite uma gestão voltada para o benefício coletivo, baseada na "participación de abajo arriba, la transparencia y la responsabilidad personal y colectiva autorregulada" (Bollier, 2016, p. 174).

<sup>142</sup> "Como paradigma, el procomún consiste en modelos evolutivos y funcionales de autoabastecimiento y gestión **que combinan lo económico y lo social, lo colectivo y lo individual**" (Bollier, 2016, p. 14).

### 3.2.4 Comum e povos indígenas

Atualmente, na contramão da ofensiva privatista, percebe-se diversos movimentos "que procuram proteger suas formas coletivas de manejo de áreas de uso comum ameaçadas de desestruturação pela expansão do agronegócio, da exploração madeireira, da pecuária e da grande mineração" (Acselrad, 2012, p. 12). Dentro desses movimentos de resistência encontram-se os povos indígenas que, com seus modos tradicionais de viver, gerenciam de maneira coletiva seus territórios e os recursos naturais neles situados.

Parte-se do argumento de que as culturas indígenas construíram modos de vida que muito têm a ensinar àqueles que se ocupam de estudar o Comum, de modo que fazer a leitura do Comum a partir dos povos indígenas é salutar para o robustecimento da teoria, além de favorecer uma oxigenação decolonial (daquelas com que se preocupa Afonso da Silva (2021, p. 357)). Bollier (2016) é um dos autores que deu grande importância aos comuns tradicionais e de subsistência dos povos indígenas.

Nessa linha, Campos (2011, p. 213) refere que as terras indígenas não são apenas de "uso comum"; constituem-se, antes, em um "viver em comum", "cuja perda ou transformação de alguns de seus valores básicos pode representar sérias dificuldades à sua continuidade". Isso denota que as práticas (ligadas ao Comum) dos povos originários ultrapassam a mera gestão dos recursos naturais.

O Comum funciona, segundo Bollier (2016, p. 21), porque as pessoas experimentam as condições concretas de um recurso (e de sua gestão), desenvolvem relações de mútua dependência e estabelecem toda ordem de vínculos com seus territórios. Essas relações estabelecidas entre os comuneiros são fundamentais para a gestão do recurso, assim como as circunstâncias históricas e normas culturais:

Los comunes crecen y persisten porque un grupo específico de personas desarrollan prácticas sociales y corpus de conocimiento propios con el fin de gestionar un recurso dado. Todos los bienes comunes son especiales porque cada uno ha evolucionado con respecto a un recurso o paisaje específico y a una historia local y unas tradiciones particulares (Bollier, 2016, p. 21).

Bollier (2016, p. 128) faz menção aos comuns tradicionais, que tendem a se estabelecer em torno dos recursos naturais de subsistência<sup>143</sup>, tais como a água, os bosques, as zonas de pesca, as terras cultiváveis e os estoques de caça silvestre; esses recursos "necesitan de una gestión activa para la supervivencia y el bienestar de todos" (Bollier, 2016, p. 128). Essa gestão dos comuns, no caso dos povos originários brasileiros, é feita a partir dos planos de gestão territorial e ambiental, como se debaterá em capítulo próprio.

As experiências do Equador e da Bolívia apresentam o discurso do "*buen vivir*" que, de certa forma, favorece a instituição de comuns, principalmente quando propõe novas perspectivas de desenvolvimento baseadas na autonomia comunitária, na reciprocidade social e no respeito pelos ecossistemas naturais (Bollier, 2016, p. 157). As culturas tradicionais, informadas pelo "*buen vivir*", buscam expressar uma cosmovisão que supere a "mentalidad económica del capitalismo", deixando claro que o Comum "es mucho más que la gestión de recursos: es una ética y una sensibilidad interna" (Bollier, 2016, p. 157). Vistos de fora, esses processos que caracterizam "el derecho de los comunes" no seio das culturas indígenas pode parecer estático, mas está reiteradamente se modificando em uma "escala discreta y progresiva" (Bollier, 2016, p. 90).

Daí que os comuns dos povos tradicionais refletem uma "percepción de la tierra como ente animado"; está clara a ideia de que os territórios são formadores das identidades daqueles que neles vivem (Bollier, 2016, p. 131). Nesse caldo, forma-se uma cosmovisão que tem preocupações, inclusive, com as futuras gerações:

Los pueblos indígenas han desarrollado modelos socio-ecológicos extraordinariamente estables precisamente porque ponen el énfasis en construir **relaciones** sociales a largo plazo y no en transacciones mercantiles irregulares. Los occidentales tienden a descartar automáticamente los comunes de los pueblos aborígenes porque no se basan a rajatabla en el individualismo, la propiedad privada o las nociones de "valor" que maneja el mercado (esto es, que todo tenga un precio) (Bollier, 2016, p. 131).

De outro lado, o pensamento econômico convencional não costuma dar importância aos pilares que sustentam os comuns de subsistência, quais sejam, autogestão, resiliência ambiental, equidade social e conexão cultural com o território;

---

<sup>143</sup> "Los comuneros de subsistencia toman únicamente lo que necesitan y simultáneamente protegen el recurso. Un logro peculiar en los tiempos que corren sería desarrollar una ética de la suficiencia" (Bollier, 2016, p. 129).



não obstante, é esse sistema que garante a reprodução da vida de "aproximadamente dos mil millones de personas en todo el mundo, según la Asociación Internacional para el Estudio de los Comunes" (Bollier, 2016, p. 129).

Reitera-se a diversidade existente entre os comuns de subsistência: eles também não estão isentos de apresentar problemas (Bollier, 2016, p. 129). Muitos necessitam melhorar os modos de gestão, outros lutam para sobreviver em contextos políticos desfavoráveis, "Aun así, siguen siendo medios de sustento y dignidad que se esfuerzan por respetar los límites ecológicos. Y ese es un logro impresionante que el mercado y el Estado no logran imitar" (Bollier, 2016, p. 129).

Dardot e Laval (2017, p. 100) são firmes ao afirmar a importância de a gestão dos comuns partir dos próprios comuneiros, quando referem que "a pretensa 'realização' do comum na forma de propriedade do Estado só pode ser a destruição do comum pelo Estado".

De toda forma, a gestão de baixo para cima não exclui a necessidade da presença do Estado na forma de políticas públicas (democráticas) de assistência, saúde e educação<sup>144</sup>. Sobre isso, Bollier (2016, p. 160) entende que o modelo mais apropriado de apoio governamental aos comuns deve consistir em "políticas estatales al servicio de la configuración y la gobernanza de comunes"; ou seja, o Estado<sup>145</sup> deve partir do reconhecimento de que um comum organizado consegue ter resultados mais efetivos do que se fosse organizado pelo duopólio Estado/mercado, porque conta com mais "legitimidad, equidad y participación" (Bollier, 2016, p. 160).

### 3.2.5 Direito e Comum: uma relação com inclinação pluralista

Pode-se perceber uma relação simbiótica entre o princípio político do Comum e o pluralismo jurídico; também é certo que o pluralismo jurídico vai se interessar pela *práxis* dos comuneiros, da qual surge um conjunto de regras que prescinde do Estado (embora possa incluí-lo) e que busca sua legitimidade nos consensos e no contexto locais. Wolkmer (2015a) caminha nessa direção (da

<sup>144</sup> "Muitas vezes as políticas que nos afetam são definidas e executadas sem nossa participação e desrespeitando nossas reivindicações e lutas. Às vezes, essas políticas não são específicas para os povos indígenas e não recebem nenhuma adaptação para respeitar a nossa diversidade – mas mesmo assim os órgãos do governo querem aplicá-las para nossa população, dentro ou fora da nossa terra indígena" (Povo Wajãpi, 2017, p. 68).

<sup>145</sup> "En lugar de concebir el gobierno como una entidad que 'simplemente se encarga de todo', necesitamos pensar en un papel más amplio y significativo para la ciudadanía en las burocracias estatales en cuanto al diseño y la aplicación de políticas" (Bollier, 2016, p. 140).

simbiose entre pluralismo jurídico e Comum) quando discute o conceito de "novos sujeitos históricos" ou "novos atores coletivos" e sua disposição para tensionar as bases monistas do Direito estadualista. Da mesma forma, Ostrom, uma das grandes pesquisadoras do Comum, verifica que muitas regras não são escritas e que muitas leis escritas não são seguidas; essa percepção se inclina para o debate de "un derecho social y de un **pluralismo jurídico** que no asimila el derecho al Estado" (Jourdain, 2023, p. 64).

Uma teoria do autogoverno dos bens comuns não pode prescindir de uma teoria jurídica que, para resolver os conflitos, descarta simultaneamente "julgamentos estatais" e uma "anarquia mercantil" (em que o Direito se reduz a uma relação de força) (Jourdain, 2023, p. 69). Ora, aí está o vínculo que une pluralismo e o Comum: o pluralismo jurídico vai fornecer ao Comum fundamentos importantes em matéria de produção normativa descentralizada.

Tanto pluralismo jurídico (de teor comunitário-participativo) quanto o Comum são capazes de críticas aos modelos hegemônicos da sociedade e se encontram, com muita vitalidade, nos modos de viver dos povos indígenas e tradicionais, de modo que se pode pensar os povos indígenas a partir desses aportes; mas também há a possibilidade de trilhar o caminho inverso, e pensar o pluralismo e o Comum a partir da prática dos povos indígenas.

Certamente ler o pluralismo e o Comum a partir dos povos indígenas favorece uma oxigenação decolonial (daquelas com que se preocupa Afonso da Silva (2021, p. 357)). Afonso da Silva (2021, p. 357) argumenta que, apesar da qualidade, a "arqueologia do Comum de Dardot e Laval permanece dentro dos limites do cânone ocidental". Para sustentar sua posição, o autor comenta que Dardot e Laval abordam o estudo da "longa história" do comum a partir das "metanarrativas eurocêntricas, com antigos gregos e latinos", sem dar a devida importância às experiências que extrapolam os limites geográficos da Europa; a essas raízes (grega e latina) "é atribuído um sentido especial, prototípico ou matricial, para a política do Comum" (Afonso da Silva, 2021, p. 357).

A relação entre Comum e Direito pode ser harmônica e institucionalizada<sup>146</sup>; no entanto, pode haver tensões quando o Direito formal não fornece espaços para a

---

<sup>146</sup> "A lo largo de la historia, el derecho estatal ha reconocido ocasionalmente el 'derecho vernáculo' de los comuneros (o, al menos, las necesidades públicas en general) al formalizar sus principios dentro del aparato jurídico del Estado" (Bollier, 2016, p. 91).

prática criativa dos comuns (Bollier, 2016, p. 91). As mesmas perguntas que preocupam os estudiosos do pluralismo jurídico, parecem também interessar aqueles que trabalham o Comum: "¿Resulta el derecho estatal formal demasiado estricto o rígido? ¿O está abierto al cambio mediante políticas pacíficas y los debidos procedimientos?" (Bollier, 2016, p. 91).

Bollier (2016, p. 88) refere que a orientação mercantil do Direito contemporâneo eclipsou os princípios jurídicos que emanaram dos comuns porque "la tradición jurídica occidental tiende a concebir el derecho como un sistema escrito de reglas y sanciones, administrado por instituciones civiles como son las asambleas legislativas, los tribunales o los presidentes"; além disso, a lógica orientada aos direitos individuais (que combinam com o Estado liberal) tem dificuldades de fazer com que se cumpram interesses coletivos (Bollier, 2016, p. 88).

Nesses termos, o "derecho de los comunes" representa uma ameaça<sup>147</sup> (tem capacidade de contraponto<sup>148</sup>, no sentido de causar desconforto no que está "estabelecido") para a legislação formal, porque sua legitimidade é proveniente das práticas sociais; o fazer comum (*commoning*) é mais receptivo do que a rígida lei estatal (Bollier, 2016, p. 89). A ideia de permitir que floresçam "decisiones tomadas desde abajo" no seio da comunidade pode ser preocupante para as instituições de controle convencionais (Bollier, 2016, p. 156).

Pode-se dizer que o princípio político do Comum carrega em si uma crítica ao modelo desejado (ou desejável) de legislador para o iluminismo. Para os iluministas, o legislador ideal deveria ter uma racionalidade, um afastamento e uma imparcialidade próprios de uma entidade divina:

Para descobrir as melhores regras de sociedade que convêm às nações, seria preciso uma inteligência superior, que compreendesse todas as paixões dos homens e não sentisse nenhuma, que não tivesse relação alguma com nossa natureza e a conhecesse a fundo, cuja felicidade fosse independente de nós e, não obstante, aceitasse ocupar-se da nossa; enfim, que pudesse, contando com uma glória distante no progresso dos tempos, trabalhar num século e usufruí-la num outro. Seria preciso deuses para dar leis aos homens (Rousseau, 2019, p. 55)

<sup>147</sup> "No es de extrañar por lo tanto que, en general, a los jefes de Estado no les agrade tener que reconocer los comunes como un ámbito independiente de recursos, con autoridad moral y protección legal propias más allá de su control" (Bollier, 2016, p. 92).

<sup>148</sup> "El ejercicio del procomún continúa siendo fundamental como baluarte contra los abusos del derecho formal porque representa uno de los pocos medios capaces de exigir que este rinda cuentas a la población" (Bollier, 2016, p. 93).

Definitivamente, o Comum subverte a ideia iluminista de legislador e aposta em um tipo de democracia popular e local. Nesses termos, Recoveri (2012, p. 96) critica a prática de "confiar a gestão destes [os bens comuns] a especialistas internacionais que não conhecem, nem o tecido local, nem os hábitos e as atitudes das populações locais, e muitas vezes nem falam sua língua". Trata-se de reconhecer a limitação dos especialistas que operam a partir de critérios e modelos abstratos, "com base em presumidas leis gerais de desenvolvimento" (Recoveri, 2012, p. 96). De outro lado, uma gestão local é pensada a partir das necessidades da comunidade:

Una comunidad determinada crea su propia legislación (informal y social) **en función de sus necesidades** y luego la perpetúa mediante las actividades sociales cotidianas. Así fue como surgieron comunes dedicados al software de código abierto, a Wikipedia [...]: como comunidades autoorganizadas **con una ética social y unas normas propias que se aplican ellas mismas** (Bollier, 2016, p. 89).

Nada impede que os comuneiros formalizem (ou positivem) suas deliberações/costumes no âmbito do Direito estatal (Bollier, 2016, p. 89).

Os costumes são elementos fundamentais para o Direito dos comuns, visto que proporcionam uma "ética social unificadora", que vincula a comunidade às gerações anteriores e preserva a sabedoria sobre os recursos locais e a maneira mais adequada de gerenciá-los (Bollier, 2016, p. 90). Nesses termos, diz-se que o Direito dos comuns não é estático: ele captura os anseios dos indivíduos dialogantes que realizam a gestão de seus recursos e estabelecem normas (inclusive para sancionar os oportunistas) (Bollier, 2016, p. 90).

### 3.2.6 O elemento "regra" ou "protocolo social"

Um dos aspectos mais interessantes do debate do Comum (principalmente para os estudantes de Direito) é o elemento<sup>149</sup> "regra" ou "protocolo social", como prefere Bollier (2016, p. 24). No momento de deliberar a respeito da gestão dos recursos, surgem algumas perguntas: "¿cómo debe gestionarse el acceso y el uso de recursos compartidos? ¿Cómo se pueden prevenir el oportunismo y el abuso de los comunes? ¿Qué sistemas de gobernanza funcionan mejor?" (Bollier, 2016, p. 128).

<sup>149</sup> "El procomún es un recurso + una comunidad + un conjunto de protocolos sociales. Los tres elementos conforman un todo integrado e interdependiente" (Bollier, 2016, p. 24).

Partindo do pressuposto e da constatação das diferenças insuprimíveis dos povos indígenas (quando comparados com a sociedade hegemônica), aparecem outros questionamentos que abrem o caminho para uma gestão comunitária e respeitadora da cultura dos comuneiros: "¿Por qué debería una burocracia o economía abstracta e insaciable prevalecer automáticamente cuando la experiencia y tradiciones locales pueden ser más confiables, receptivas y prácticas?" (Bollier, 2016, p. 154).

O Comum tende a reconhecer a diversidade e apostar em um tipo de democracia direta para regular os problemas de uma comunidade; há o reconhecimento, portanto, da legitimidade dos próprios sujeitos envolvidos nas práticas cotidianas para produzir as normas que regem sua própria conduta. Esse modelo que aposta em elementos de democracia direta (produzir suas próprias regras) favorece a cooperação dos sujeitos envolvidos: "a ênfase no estabelecimento coletivo de regras de ação prática - em que, segundo Ostrom, consistem as instituições - introduz uma concepção governamental dos comuns concebidos como sistemas institucionais de incitação à cooperação" (Dardot; Laval, 2017, p. 157).

Assim, os comuneiros convencionam "resoluciones satisfactorias para alcanzar sus propósitos comunes sin la intromisión de mercados ni burocracias gubernamentales" (Bollier, 2016, p. 24). Compreende-se, internamente, a necessidade de prevenir a sobreexploração dos recursos que vão garantir a longevidade e a subsistência dos comuns (Bollier, 2016, p. 24). "Los comunes locales son capaces de proporcionar tipos de gestión<sup>150</sup> y orden que las burocracias gubernamentales y las leyes formales no son capaces" (Bollier, 2016, p. 26).

O eixo central do trabalho de Ostrom (e de tantos outros pesquisadores do Comum) tem sido "la manera en que las comunidades de usuarios de bienes comunales **promueven normas sociales (y a veces incluso legislación formal)** que les permita el uso de dichos recursos de forma sostenible a largo plazo" (Bollier, 2016, p. 35). Nas pesquisas empíricas, são catalogados diversos comuns que prosperaram durante centenas de anos e superaram muitas crises; essa longevidade dos comuns é atribuída à capacidade das comunidades de se

---

<sup>150</sup> "Generalmente cuentan con grandes reservas de conocimiento, imaginación, ingenio y compromiso. Es probable que su gobernanza informal funcione mejor que las formas oficiales de gobierno" (Bollier, 2016, p. 27).

desenvolverem por meio de normas<sup>151</sup> próprias (em constante evolução), que administram o acesso, uso e as sanções<sup>152</sup> dos infratores (Bollier, 2016, p. 35). Os comuns não podem prescindir de sistemas de controle de abusos e de mecanismos de resolução de conflitos:

Los comuneros deben estar dispuestos a controlar el uso (o abuso) de sus recursos y deben idear un sistema punitivo para sancionar a cualquiera que viole las normas, preferiblemente mediante una escala de sanciones cada vez más graves. En el momento en que surjan las disputas, deben poder acceder fácilmente a mecanismos de resolución de conflictos (Bollier, 2016, p. 36).

No momento em que os grupos sociais se reúnem para dirimir controvérsias por meio de suas próprias instituições, ficam evidentes os vínculos existentes entre os dois aportes teóricos abordados neste capítulo (pluralismo jurídico e o Comum).

Uma instituição de sucesso, para Dardot e Laval (2017, p. 158), é aquela que é capaz de se adequar às circunstâncias e que encontra meios de solucionar os problemas internos. Nesse ponto, os autores fazem referência aos estudos de Ostrom e referem que "há um vínculo estreito entre a perenidade do comum, a faculdade de ensinar a evolução das regras e a 'diversidade institucional'". É notória a relação entre as regras e a manutenção dos bens comuns:

Os recursos comuns podem ser explorados por grupos de tamanhos diferentes, mas, **para durar, precisam obedecer a um sistema particular de regras coletivas que dizem respeito às "operações" produtivas, aos limites do grupo e aos procedimentos pelos quais as regras são elaboradas e modificadas**. Essas "regras constitucionais" determinam as condições institucionais de discussão e elaboração das "regras operacionais" (Dardot; Laval, 2017, p. 158).

Anota-se o fato de que os comuns e os protocolos sociais produzidos diferem (no método) dos modelos estatais mas não necessariamente são avessos a eles; muitas vezes há o reconhecimento (e incentivo), por parte do Estado, das regras produzidas de maneira comunitária. Aqui, pode-se citar o Decreto n. 7.747, de 05 de junho de 2012, que institui a Política Nacional de Gestão Ambiental e Territorial das Terras Indígenas (incentivador das práticas de gestão comum) e os planos de gestão territorial e ambiental (regras de gestão produzidas pelos próprios povos indígenas), que surgem nesse contexto "favorável", proporcionado pelo decreto mencionado.

<sup>151</sup> "El éxito de la acción colectiva es en gran medida dependiente del respeto de las reglas por los participantes" (Jourdain, 2023, p. 79).

<sup>152</sup> "En el seno de los comunes, las sanciones son atribuidas no por autoridades externas sino por los mismos participantes" (Jourdain, 2023, p. 71).



## 4 DOCUMENTOS JURÍDICOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS

A partir do surgimento da Convenção 169 da OIT, os povos indígenas passam a produzir, descentralizadamente, documentos jurídicos para se relacionar com os Estados nacionais. Entre esses documentos estão os Protocolos de Consulta e os Planos de Gestão Territorial e Ambiental.

Juntos, protocolos de consulta e planos de gestão, "têm sido elaborados em encontros, oficinas, discussões comunitárias e assembleias, envolvendo diferentes etapas e procedimentos" (Joca *et al.*, 2021, p. 158). Esses documentos jurídicos produzidos pelos povos indígenas "são propostos ao governo e para outros atores não governamentais, como instrumentos em que tornam públicas estratégias de gestão sustentável e de governança socioambiental de seus territórios" (Joca *et al.*, 2021, p. 158).

De uma análise geral dos protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental (PGTAs), verifica-se que são documentos que têm preocupação com a clareza e organização de suas disposições; normalmente são ilustrados com mapas e fotos que dão conta de apresentar o povo indígena para aqueles com quem vão dialogar. Nos tópicos inaugurais, costuma haver uma apresentação do povo indígena, com a indicação de fatos históricos que marcaram a sua trajetória, como por exemplo o momento da conquista da demarcação de seus territórios.

No caso dos protocolos de consulta, há a descrição das etapas do procedimento de consulta<sup>153</sup> e dos modos de deliberação tradicional do povo; nos PGTAs, são positivados os modos de gestão sustentável dos territórios indígenas, sempre respeitando as formas e vínculos tradicionais que são estabelecidos entre o indígena e a terra.

### 4.1 PROTOCOLOS DE CONSULTA

Os protocolos de consulta são normas consuetudinárias dos povos indígenas, produzidas descentralizadamente pelos próprios povos, com a finalidade de regular os procedimentos a serem seguidos nas consultas, para que estas sejam

---

<sup>153</sup> Geralmente são descritas as reuniões informativas, as reuniões internas e as reuniões deliberativas (para a tomada de decisões), que compõem a consulta.



culturalmente adequadas. Os procedimentos descritos nos protocolos vinculam os consulentes, ou seja, o Estado é obrigado a realizar a consulta de acordo com os protocolos produzidos pelos próprios povos.

Este subcapítulo tem o objetivo de, além de apresentar os protocolos de consulta, propor um debate mais amplo, que envolve representação coletiva dos povos indígenas, direito de consulta e formação de consentimento.

#### **4.1.1 Representação dos povos indígenas**

Uma das mais importantes discussões a respeito da questão indígena é a da sua representação. Isto é, interessa saber como se verifica a legitimidade de determinada pessoa ou instituição para falar em nome de uma comunidade indígena. Esta foi a indagação de Ricardo<sup>154</sup> (1996) em seu ensaio intitulado "Quem fala em nome dos povos indígenas?": "Mas como assim? Quem fala em nome 'dos índios'? Aparentemente simples, essa pergunta é de difícil resposta".

Ricardo (1996) refere que [na década de 1990] quando se cruzava as fronteiras do nível local, "a política indígena tende a aparecer nos cenários regional, nacional e internacional como uma ação intermitente associada a intermediários não-indígenas<sup>155</sup>".

Com o tempo, após a promulgação da Constituição de 1988, aumenta a formalização das organizações indígenas (o que inclui a constituição de diretorias, estatutos registrados e contas bancárias). Os povos indígenas passam a sentir a necessidade de estabelecer diálogo com a sociedade envolvente:

Trata-se, a rigor, da incorporação, por alguns povos indígenas, de mecanismos de representação política por delegação, para poder lidar como mundo institucional, público e privado, da sociedade nacional e internacional e tratar de demandas territoriais (demarcação e controle de recursos naturais), assistenciais (saúde, educação, transporte e comunicação) e comerciais (colocação de produtos no mercado) (Ricardo, 1996).

Ricardo (1996) afirma que no nível local funcionavam instituições políticas tradicionais, que realizavam a mediação com as interferências externas. Essas

---

<sup>154</sup> Apesar das mudanças (fáticas e jurídicas) que ocorreram entre a data de publicação deste artigo e o momento atual, suas contribuições históricas são relevantes, assim como a pergunta que serviu de combustível para a pesquisa. Muitos dos problemas mencionados por ele permanecem em discussão e interessam ao presente trabalho de mestrado.

<sup>155</sup> Ricardo (1996) descreve uma situação posterior à promulgação da Constituição de 1988 e anterior ao movimento que engendrou a implementação dos primeiros protocolos de consulta.

instituições tradicionais sofriam pressões de agências governamentais, que estavam "sempre à procura de 'um chefe' com quem tratar" e acabavam nomeando "capitães" em desconformidade com as formas de decidir e as autoridades tradicionais: "são formas de cooptação, que agências de contato estabelecem para 'entrar' com a sua política numa determinada área indígena" (Ricardo, 1996).

Essas tentativas de cooptação permanecem atuais. Cunha (2012, p. 136) refere que a pressão externa sobre os recursos naturais localizados nas terras indígenas é grande e pode tomar a forma de "cooptação ou divisão de lideranças":

No dia 14 de agosto de 1993, o chefe nambikwara Pedro Mamaindé, que impedia a venda de madeira da área indígena Vale do Guaporé, foi assassinado por outro índio, Sebastião Pareci, o qual, pelo que se sabe, tinha ligações com madeireiras da cidade de Comodoro, no estado do Mato Grosso (Cunha, 2012, p. 136).

Reconhece-se a importância da valorização das formas tradicionais de organização dos povos indígenas, nomeadamente em razão de que a "Constituição Federal em vigor prevê consultas prévias a comunidades indígenas sobre projetos de exploração de recursos minerais por terceiros em seus territórios" (Ricardo, 1996). Essas consultas devem, se possível, ser realizadas *in loco*, com condições adequadas de comunicação em língua nativa, fato que favorece o diálogo, no sentido de se compreender as posições de um determinado povo indígena (Ricardo, 1996).

Pode-se dizer que o aumento da organização institucional dos povos indígenas (para se comunicar com a sociedade envolvente) repercute na sua representação "dentro" do sistema político dos Estados nacionais. Esse acréscimo de representação também ocorre no âmbito do poder judiciário<sup>156</sup> (Antunes, 2019, p. 2).

Marés (2018, p. 195) aponta para o crescimento do número de indígenas na política, principalmente dentro das casas parlamentares, em toda a América Latina. Esse cenário de esperança não tem a ver com "sorte na política branca"; antes, trata-se do resultado da mobilização dos movimentos indígenas, "com reivindicações concretas e propostas claras" (Marés, 2018, p. 196). Conforme Marés (2018, p. 196), os povos indígenas passam a ganhar experiência no diálogo institucional próprio das

---

<sup>156</sup> "Os povos indígenas e tribais, cada vez mais, têm buscado fazer valer os seus direitos perante os tribunais nacionais e internacionais, obtendo significativos êxitos. De fato, atualmente existe amplo conjunto jurisprudencial que se espalha pelos mais diferentes países, tais como Canadá, Nova Zelândia, Austrália, Papua Nova Guiné e, em especial, os países da América Latina" (Antunes, 2019, p. 2).

democracias representativas e, "pela primeira vez na história das américas, os povos indígenas se preocupam em propor alternativas aos Estados, dentro do Estado".

Reitera-se que, neste tópico, até aqui, tratou-se de descrever uma situação posterior à promulgação da Constituição de 1988 e anterior ao movimento que engendrou a implementação dos primeiros protocolos de consulta. Atualmente, há uma tendência de aumento da participação dos povos indígenas nas discussões políticas que os afetam de alguma forma; essa tendência é confirmada (e possibilitada) pela positivação do direito de consulta aos povos em várias constituições da América do Sul (Antunes, 2019, p. 3).

#### 4.1.2 Novos espaços de representação política

Para o debate do presente tópico, acerca dos espaços de representação política no presente contexto, convém iniciar com a seguinte pergunta, nos dizeres de Marés (2018, p. 75): "como impor a representação - fundamento democrático da sociedade estatal - a grupos cujo poder é exercido por aceitação coletiva e necessariamente consensual?".

Interessa, aqui, a discussão sobre a criação de novos espaços de representação política (especialmente de minorias étnicas); para tanto, fala-se em um novo olhar sobre o conceito de democracia, a partir da dialética possível entre Estado e comunidade:

Há séculos que - como se disse - se afirma como princípio jurídico que "o que toca a todos deve ser aprovado por todos" (*quod ad omnes tangit, ab omnibus approbari debet*). E isso implica um tipo de diálogo em que todos possam participar. Isto leva a que, no plano do Direito, **uma forte corrente de constitucionalistas empenhados na democracia política proponha que se instituem modelos constitucionais e jurídicos que promovam que o *imperium* da comunidade**, que se entendia ter sido delegado no Estado, seja reassumido pela comunidade possibilitando que seja esta a declarar, de modos mais variados, os seus sentimentos sobre o Direito (Hespanha, 2019, p. 102).

Hespanha (2019, p. 114) refere a importância de serem observadas, nos processos de produção legislativa, "práticas destinadas a promover a aceitação consensual [das normas]" para que elas sejam estabilizadoras. Essas práticas não necessariamente precisam seguir os ritos propostos pelo Direito oficial; devem,

antes, garantir "o melhor conhecimento da realidade a regular" e incluir os pontos de vista de todos interessados<sup>157</sup> (Hespanha, 2019, p. 114).

Com a preocupação de aferir requisitos para a produção de normas estabilizadoras, Hespanha (2019, p. 115) alega que uma norma de Direito é "boa" "(i) se se baseia num conhecimento de qualidade da situação a regular; (ii) se se funda em consensos informados e refletidos; se corresponde à satisfação das expectativas gerais e, por isso, é consensual e estabilizadora". Hespanha (2019, p. 115) indica que isso pode ser alcançado com o respeito ao processo legislativo, mormente se a ele se somarem "processos de recolha de informação, de participação<sup>158</sup> [...]". Esses processos de que fala Hespanha (2019) muito bem poderiam ser as consultas prévias, reguladas pelos respectivos protocolos de consulta.

Hespanha (2019, p. 227) fala da importância de um alargado consenso dos afetados por determinada decisão (em detrimento de uma "maioria sufragística"). Nesses termos, o peso de cada cidadão no "cálculo dos consensos" deve variar de acordo com a proximidade/afetação dos seus interesses em relação ao objeto da discussão política (Hespanha, 2019, p. 227). É justamente esse argumento que fundamenta o poder de veto absoluto (dentro de um procedimento de consulta) quando a matéria for de interesse exclusivo de determinado povo indígena<sup>159</sup>.

A diferença insuperável entre os povos e a sociedade hegemônica, que exige respeito e alteridade, é um dos fundamentos éticos que tornam necessário o direito à consulta, conforme explica Baniwa (2015, p. 125):

O desencontro das racionalidades indígenas e não indígenas colonizadoras é uma razão forte para a necessidade de se estabelecer instrumentos adequados e eficazes de participação dos povos indígenas nas tomadas de decisões no âmbito do Estado e da sociedade nacional sobre o que diz respeito a eles e ao seu país.

<sup>157</sup> Conforme Hespanha (2019, p. 114), "uma norma [...] não é boa apenas por o seu processo de feitura ter obedecido aos requisitos formais previstos nas constituições dos Estados democráticos, tão pouco é boa apenas por na sua feitura terem intervindo os melhores técnicos de direito, os melhores consultores jurídicos, os mais famosos escritórios de advocacia".

<sup>158</sup> É importante "el reconocimiento de diversas formas de participación, consulta y representación directa de pueblos indígenas, campesinos y afro-descendientes. **Ello supera la idea que sólo los funcionarios públicos representan y pueden formar la voluntad popular**" (Fajardo, 2006, p. 21).

<sup>159</sup> Para Duprat (2015, p. 72), se houver interesse exclusivo dos povos indígenas, haverá poder de veto: "Primeiro, e por óbvio, **a decisão do grupo é definitiva quanto às medidas que lhes digam respeito com exclusividade**. Assim, a implementação de uma determinada política pública ou de uma obra dentro de seu território depende de sua anuência. O veto, aqui, é de natureza absoluta e decorre da autodeterminação do grupo, da autonomia na estipulação e gerência de seus projetos de desenvolvimento".

No mesmo sentido, Brzezinski (2016, p. 133) reconhece a importância do procedimento de consulta para garantir a participação daqueles que não estão inseridos no modelo cultural hegemônico:

Se, em geral, as decisões do Estado devem ser adotadas por meio de um processo democrático, em que os interesses do público sejam representados, quando as decisões do Estado afetam os interesses específicos dos povos indígenas há necessidade de procedimentos especiais de consulta. Isso porque os povos indígenas não estão inseridos no mesmo modelo cultural de organização e representação política; pelo contrário, em geral, os povos indígenas estão marginalizados da esfera pública.

Hespanha (2019, p. 160) argumenta que, em uma sociedade marcada por desigualdades (como é a brasileira) e por distorções no plano da ação comunicativa, não se deve ter a esperança de que os debates políticos sejam "neutros, igualitários, inclusivos, não hegemônicos". Uma prova disso é a manipulação que ocorre nos programas de televisão e nas redes sociais (desigualdades de acesso aos meios comunicacionais mais eficazes).

Daí a importância de debater instrumentos de aprimoramento dos consensos, que se somem às tradicionais formas sufragistas e parlamentaristas próprias das democracias representativas. Hespanha (2019, p. 198) argumenta que os processos de nomogênese devem incluir a oitiva de todos os interessados/afetados e com eles dialogar. Nesses termos, o autor lista elementos constitutivos de um processo legislativo consensuado e democrático:

1. **ouvir todos, e não apenas os que estão integrados no universo eleitoral**; isto remete para a promoção das formas de democracia mais complexa, **em que as opiniões relevantes não são apenas as dos indivíduos isolados, mas também as dos agregados comunitários que são portadores de interesses relevantes**; 2. ouvir por processos mais ricos de informação (direta, empenhada) do que o sufrágio; daí o interesse atual pela democracia participativa [...]. 3. **treinar o ouvido para ouvir todos**, nos vários dialetos em que os interesses se exprimem, não circunscrevendo o diálogo aos que entendem a linguagem tecnocrática [...]. 4. **promover uma política inclusiva de diálogo**, tomando atitudes ativas - no sentido de tornar audíveis - as mensagens das maiorias ou minorias silenciosas [...] (Hespanha, 2019, p. 198).

Com isso, "a formulação da democracia desloca-se de uma análise a partir do *pedigree* democrático dos agentes da regulação, para se colocar do ponto de vista da qualidade consensual dos resultados da regulação" (Hespanha, 2019, p. 200).

Não há dúvidas que, em relação aos povos indígenas, os procedimentos de consulta trabalham no sentido de conferir consensualidade às decisões políticas.

#### 4.1.3 O direito de consulta e o aumento da participação dos povos

O direito de consulta interfere diretamente no incremento dos processos democráticos, na medida em que promove o diálogo entre o Estado e aqueles que serão potencialmente afetados pelos projetos propostos.

Han (2017, p. 109), em termos gerais, ressalta o caráter comunicativo do qual uma democracia jamais pode se desvincular, e a importância do diálogo para alcançar acordos livres de violência, justamente para que as minorias tenham condições de participar efetivamente das decisões.

A violência, por outro lado, promove a "mudez absoluta" e uma mentalidade avessa ao acordo; dito de outra forma: enquanto a democracia vale-se do atributo comunicativo, a ditadura "proíbe o falar" (Han, 2017, p. 109). Nesses termos, o que se pretende argumentar é que o direito de consulta está intimamente ligado ao direito de participação<sup>160</sup>: cumpre indicar a possibilidade de vincular as reivindicações indígenas pelo direito de consulta com um movimento mais amplo de luta pelo acesso à informação, participação<sup>161</sup> e acesso à justiça.

Conforme Kerbrat e Bolopion (2022, p. 257), "a participação prevista na Declaração do Rio<sup>162</sup> está intimamente ligada aos direitos humanos e ao direito a um meio ambiente saudável". Esse vínculo entre participação e direito a um meio ambiente saudável fica claro nas convenções de Aarhus e Escazù<sup>163</sup>: ambas indicam que o direito de acesso à informação (sempre ao lado do direito à participação e acesso à justiça) é fundamental para a cidadania e fortalecimento da democracia (Kerbrat; Bolopion, 2022, p. 257).

<sup>160</sup> La consulta y el consentimiento funcionan para asegurar e implementar el derecho de participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que les conciernen, de manera coherente con su derecho a la libre determinación [...]" (Anaya, 2013).

<sup>161</sup> "Assim, é importante destacar a condição do direito à consulta como medida especial desenvolvida pelo Direito internacional para efetivar o direito fundamental de participação cidadã de povos indígenas e tribais" (Joca et al, 2021, p. 55).

<sup>162</sup> Kerbrat e Bolopion (2022, p. 257) indicam que os direitos de participação dos povos indígenas no plano internacional (Convenção 169 da OIT surgida em 1989) são anteriores à Declaração do Rio (de 1992), que traz a participação como um de seus princípios.

<sup>163</sup> "O princípio da participação pública, conforme estabelecido na Declaração do Rio, teve grande influência no Direito após 1992. Os direitos à informação, à participação e ao acesso à justiça foram, de fato, retomados e consolidados em numerosos tratados. Eles foram objeto de desenvolvimentos particularmente avançados nas convenções de Aarhus e Escazù, celebrados especificamente para garantir sua implementação" (Kerbrat e Bolopion, 2022, p. 265). "Os direitos de participação também aparecem com destaque nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) estabelecidos no contexto da Agenda 2030" (Kerbrat e Bolopion, 2022, p. 247).

A Convenção 169 da OIT se destaca, entre outras razões, pela positivação do direito à consulta<sup>164</sup> livre, prévia e informada. Esse direito abre espaço para o incremento da participação dos povos indígenas e tradicionais nas deliberações políticas que possam afetá-los, fazendo com que, pela primeira vez, sejam ouvidos pela sociedade envolvente.

É nesses termos que Duprat (2015, p. 54) vislumbra o protagonismo do direito à consulta no plano normativo internacional: ela refere que a Convenção 169 da OIT aponta para o sentido do fortalecimento da liberdade expressiva dos povos, que sempre tiveram dificuldades de fazer valer seus pontos de vista no debate público; nesse movimento emancipatório, "a consulta é um elemento central, e não periférico". Graças a essas mudanças na percepção dos direitos indígenas, engendrada pela Convenção 169 da OIT, percebe-se o avanço dos direitos de participação democrática dos povos indígenas.

Entende-se que o direito de consulta é capaz de ampliar os espaços consensuais e participativos, principalmente nos países latino-americanos, onde há a incidência de significativa diversidade de povos destinatários da Convenção 169 da OIT. Grabner (2015, p. 359) afirma que é por meio da "participação", termo utilizado em vários dispositivos da Convenção 169, que os povos poderão exercer um controle mínimo sobre seus próprios interesses.

Com o aumento da participação e abertura do debate político às minorias, anteriormente silenciadas, vislumbra-se uma descentralização salutar na busca de um Estado plural: Baniwa (2015, p. 126) entende que os povos indígenas começam a se tornar sujeitos de seu próprio destino, buscando ambientes (no interior dos Estados nacionais) que possibilitem o "desenvolvimento de espaços de autonomia".

Nesse sentido, o direito à consulta torna-se elemento central para o desenvolvimento de um Estado plurinacional, respeitador e garantidor das culturas indígenas, anteriormente subalternizadas. Baniwa (2015, p. 126) argumenta que a consulta é um direito essencial para o exercício da cidadania indígena, não podendo

---

<sup>164</sup> O presente trabalho apresenta a consulta como um campo de diálogo, mas também de luta e conflito, no qual as discussões a respeito da força vinculante dos protocolos e do poder de veto dos povos (necessidade de consentimento) são fatores essenciais para saber a quais interesses serve o direito de consulta.

ser confundido com um privilégio<sup>165</sup>; é, antes, uma ferramenta possibilitadora do trânsito entre a aldeia e a política da cidade (convivência harmoniosa e pacífica). Longe de ser um privilégio, o direito de consulta faz com que os povos se sintam aceitos, no diálogo com a sociedade-nação.

A consulta tem, portanto, a qualidade de trazer ao debate o entendimento das populações afetadas pelos projetos de desenvolvimento. Silva e Maciel (2018) ressaltam a importância de ouvir aqueles que mais serão afetados pelas obras de grande porte, para aferir os impactos socioambientais decorrentes desse tipo de projeto; certamente os efeitos dos projetos não serão todos positivos.

Reconhecida a importância da consulta para o sistema protetivo dos povos tradicionais na busca de uma democracia substancialmente plural, cumpre agora trabalhar a definição da consulta, tanto a partir do ponto de vista da academia, quanto no entendimento dos próprios povos destinatários desse direito.

Primeiramente, cumpre localizar a consulta, esse dever do Estado e direito subjetivo dos povos indígenas, entre os direitos fundamentais de terceira dimensão (direitos de solidariedade ou fraternidade), conforme Grabner (2015, p. 385). Para fundamentar o argumento, a autora refere que o direito de consulta tem a titularidade "ao menos em princípio, outorgada à coletividade (ou entes coletivos) e não à pessoa individual, embora esta não possa ser também descartada em casos específicos".

Percebe-se, portanto, que a consulta (direito fundamental de 3ª dimensão) é capaz de interferir positivamente nos direitos de participação política (direito fundamental de 1ª dimensão) dos povos indígenas. Nesse ponto, prestigia-se a teoria da indivisibilidade das gerações (ou dimensões) de direitos fundamentais, que afirma que ao se reforçar determinada geração de direitos as demais dimensões também serão fortalecidas (Santos, 2016).

Entre os dias 09/10/2011 e 12/10/2011 foi realizada uma oficina sobre a aplicação do direito à consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas e comunidades tradicionais no Brasil. Neste evento, que contou com a participação de associações interessadas, representantes da sociedade civil, lideranças dos povos

---

<sup>165</sup> "O que deveria estar claro é que a posição especial dos índios na sociedade brasileira lhes advém de seus direitos históricos nesta terra: direitos constantemente desrespeitados, mas essenciais para sua defesa e para que tenham acesso verdadeiro a uma cidadania da qual não são os únicos excluídos. **Direitos, portanto, e não privilégios, como alguns interpretam**" (Cunha, 2012, p. 104).



indígenas, pesquisadores, Ministério Público Federal, entre outros, produziu-se a "Proposta de Diretrizes para a Regulamentação dos Procedimentos de Consulta Livre, Prévia e Informada aos Povos Indígenas no Brasil" (Rede de cooperação alternativa, 2011), que conceitua o direito à consulta da seguinte forma:

Para as organizações participantes do evento o Direito de Consulta Livre, Prévia e Informada é compreendido como um instrumento de diálogo entre os povos indígenas e o Estado, que visa garantir o direito à participação efetiva no processo de tomada de decisões legislativas e administrativas que envolvam direitos coletivos dos povos indígenas. Portanto, sua natureza é estritamente instrumental e acessória ao conjunto de direitos substantivos reconhecidos aos povos indígenas, tanto na Constituição Federal como nas demais normas e instrumentos nacionais e internacionais sobre povos indígenas vigentes no país.

Vê-se que o objetivo principal da consulta é inserir a voz dos povos indígenas no debate político; o direito de consulta é um direito de natureza instrumental<sup>166</sup>, que deve se relacionar com os direitos substantivos dos povos. Nesse mesmo documento, os participantes da oficina descreveram os princípios gerais que devem reger o processo de consulta, quais sejam, (1) princípio do diálogo, (2) princípio da flexibilidade (no sentido de se adequar à cultura do povo consultado), (3) princípio da boa-fé, (4) princípio da transparência (na divulgação e na informação), (5) princípio da liberdade (ausência de pressão política, econômica ou moral), (6) princípio da vinculatividade (respeito à decisão dos povos), (7) princípio da participação, (8) princípio da responsabilidade pública (o Estado deve garantir os recursos necessários para a execução de todo o procedimento de consulta) e (9) princípio da representatividade indígena (deve-se respeitar as formas próprias de tomada de decisão tradicionais dos povos originários) (Rede de cooperação alternativa, 2011).

Para trazer o ponto de vista de um povo indígena, colaciona-se o entendimento do povo indígena Wajãpi, do Amapá, que tem importância simbólica por ser o primeiro povo brasileiro a produzir o seu protocolo de consulta, no ano de 2014. Do protocolo de consulta do Povo Wajãpi (2014) retira-se a seguinte definição de consulta prévia:

---

<sup>166</sup> Consulta como instrumento de proteção dos direitos substantivos: "[La consulta] se presenta en el Derecho internacional como una salvaguarda para el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por las decisiones administrativas o legislativas de los Estados" (Anaya, 2013).

A Consulta Prévia é uma obrigação do Estado brasileiro de perguntar, adequada e respeitosamente, aos povos indígenas sua posição sobre decisões administrativas e legislativas capazes de afetar suas vidas e seus direitos. A Consulta Prévia é um direito dos povos indígenas de serem consultados e participarem das decisões do Estado brasileiro por meio do diálogo intercultural marcado por boa-fé.

No mesmo sentido, Silva (2019b, p. 13) indica que "a consulta prévia deve ser compreendida como um processo participante legítimo que garante a vida, integridade física e cultural dos povos e de seus territórios, de modo a prevenir e superar conflitos socioambientais".

A consulta (direito de natureza coletiva) está intimamente ligada ao direito de participação na tomada de decisões que afetam direitos fundamentais de povos tradicionais: busca-se a incorporação, ao processo de tomada de decisão, do ponto de vista dos povos culturalmente diferenciados (pluralizar a decisão). Nesses termos, conforme Antunes (2019, p. 57), a consulta deve ser (1) culturalmente adequada, (2) representativa, (3) efetivada com boa-fé, (4) contínua, (5) em idioma indígena, (6) com antecedência razoável para a construção do consenso e (7) em locais que permitam a ampla participação das comunidades.

Antunes (2019, p. 94) identifica alguns padrões (de consulta prévia) aos quais estão submetidos os Estados no seu relacionamento com Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Entre eles, cita-se (1) a necessidade de garantir a participação dos povos indígenas nos assuntos que afetem seus direitos; (2) a consideração da relação diferenciada que os povos nutrem com o seu território; (3) a consulta deve ocorrer conforme "as instituições, valores, usos, costumes e formas de organização" indígenas (Antunes, 2019, p. 95); (4) devem ocorrer previamente à execução dos projetos (para que possam ser alterados); (5) a imprescindibilidade do consentimento<sup>167</sup> dos consultados quando "se tratar de planos de desenvolvimento e de investimento em grande escala que tenham impacto significativo nos territórios indígenas e tribais" (Antunes, 2019, p. 95).

Verifica-se que há um forte componente ético que acompanha a consulta, exigindo adequação, respeito, diálogo e boa-fé no sentido de buscar consensos. Oliveira e Aleixo (2014, p. 5) argumentam que o instituto da consulta é voltado para

---

<sup>167</sup> "A exigência de consentimento deve ser interpretada como uma 'salvaguarda reforçada' dos direitos dos povos indígenas e tribais" (Antunes, 2019, p. 95). A exigência de consentimento tem vez quando os projetos propostos afetam significativamente o núcleo dos direitos fundamentais indígenas.

a autodeterminação, no sentido de prestigiar a vontade dos povos e influenciar as decisões políticas<sup>168</sup> capazes de afetar seus modos de vida.

Há, portanto, que se manter o rigor, para que a consulta seja realmente um “direito dos povos” e tenha um papel de resistência dentro do debate político, contra o avanço de interesses descompromissados com a diversidade cultural e a preservação do meio ambiente. O maior ou menor respeito à vontade dos povos indígenas engendra o debate a respeito do poder de veto dos povos dentro dos procedimentos de consulta.

Do direito à consulta surge o dever de consultar por parte do Estado, que deverá fazê-lo sempre que estiver diante da tomada de decisões legislativas e administrativas que envolvam direitos coletivos dos povos indígenas. Lima e Silva (2016, p. 779) argumentam que é o poder público o responsável por realizar a consulta, porque é quem tem competência para decidir a respeito das autorizações e licenças de políticas e projetos de desenvolvimento.

Empresas privadas, por serem diretamente interessadas nos empreendimentos, não poderiam discutir e decidir questões de interesse público de forma “imparcial”. No caso de uma decisão administrativa, o dever de consultar recai sobre o órgão competente vinculado ao poder executivo e, tratando-se de promulgação de textos legais, deverá o poder legislativo consultar os povos interessados. No entanto, não raras vezes, o poder público desrespeita os processos de consulta ou simplesmente deixa de realizá-la mesmo quando a matéria envolvida afeta direitos dos povos interessados.

#### 4.1.4 A consulta e o direito à diferença

Para ilustrar a importância do direito de consulta, menciona-se um mote muito utilizado por minorias e movimentos sociais, qual seja, “nada sobre nós sem nós<sup>169</sup>”. A partir dessa frase, consegue-se perceber a coerência da ideia de consultar e ouvir aqueles que serão afetados pelas decisões estatais.

<sup>168</sup> Aqui, vale lembrar a definição de “problemas políticos” de Bobbio (2011, p. 58): “chamo de problemas políticos os que requerem soluções por meio dos instrumentos tradicionais da ação política, isto é, da ação que objetiva formar **decisões coletivas que, uma vez tomadas, passam a vincular toda a coletividade**”.

<sup>169</sup> “Nada sobre nós, sem nós” (‘Nothing about us without us’) é um lema muito utilizado entre as pessoas com deficiência (PcD) [...]. O slogan entoado pelas pessoas com deficiência em diversos países do mundo é **uma reivindicação e uma luta daqueles que sabem o que é melhor para si e para a sua comunidade**” (UNB notícias, 2023).

No entanto, especialmente no Brasil, em razão de sua formação histórica, sempre houve dificuldades de se respeitar a cultura dos povos indígenas. Desde a colonização, os indígenas foram despojados de seus territórios e tradições para serem submetidos a um paradigma monista e eurocêntrico. Sobre isso, Wolkmer (2018, p. 82) argumenta que o Estado brasileiro surge antes da formação de sua sociedade civil com uma estrutura "fundamentalmente semifeudal, patrimonialista y burocrática"; nesse contexto as elites locais rejeitam "las prácticas normativas más antiguas de tradición consuetudinaria, nativa y comunitaria, imponiendo, por el contrario, una cultura legal procedente de Europa y de la Corona portuguesa".

Foram séculos de desrespeito até que se entendesse a importância de dialogar e conferir autonomia aos indígenas; em um país tão plural quanto o Brasil, a consulta demonstra-se uma exigência democrática de primeira necessidade.

Para que a consulta seja válida é necessário que ela cumpra um conjunto de requisitos, no sentido de tornar-se culturalmente adequada<sup>170</sup>. Entre as exigências, está o respeito à diferença, visto que é inegável que em muitos momentos os representantes do Estado não estarão valendo-se das mesmas "lentes" que os povos para compreender a situação material objeto da consulta. Krenak (2019, p. 21) sintetiza a dificuldade de compatibilização do diálogo, com o exemplo do Rio Doce:

O rio Doce, que nós, os Krenak, chamamos de Watu, nosso avô, é uma pessoa, não um recurso, como dizem os economistas. Ele não é algo de que alguém possa se apropriar; é uma parte da nossa construção como coletivo que habita um lugar específico, onde fomos gradualmente confinados pelo governo para podermos viver e reproduzir as nossas formas de organização (com toda essa pressão externa).

Enquanto uns entendem que o Rio Doce tem personalidade e é tão importante a ponto de ser considerado um integrante da família, outros só enxergam nele um recurso a ser explorado. A partir dessa constatação, aparece a importância do respeito à diferença, sem o que a consulta se esvazia.

A diferença de entendimentos também se faz notar nas matérias relacionadas com a terra e a propriedade: a regulamentação dos direitos reais, disposta nos códigos civis dos Estados nacionais, não é adequada para regular a relação dos povos com seus territórios, pela simples razão de que, para eles, os

---

<sup>170</sup> "A consulta tem caráter substancial e não se confunde com mera formalidade burocrática ou administrativa. Daí, se segue que a consulta deve ser realizada de boa fé e deve buscar alcançar um acordo entre as partes" (Antunes, 2019, p. 98).

territórios vão muito além da questão patrimonial<sup>171</sup>. Araújo (2006, p. 49) lembra que do direito à terra "dependem todos os demais direitos e a própria continuidade e reprodução cultural desses povos".

Peruzzo (2017, p. 21) argumenta sobre a importância de todas as fases do procedimento de consulta e afirma que as consultas não podem se resumir a um "sim" ou a um "não"<sup>172</sup>. Peruzzo (2017, p. 18) dá ênfase ao "entendimento", que surge no decorrer de uma consulta válida; para ele, numa consulta entre interlocutores culturalmente diferenciados não se pressupõe necessariamente a concordância, mas o entendimento, que é resultado de uma convivência plural e harmônica entre setores culturalmente diferenciados, no interior de um único Estado nacional.

Além do respeito à diferença, para que a consulta seja válida, é necessário que ela seja livre, prévia e informada, conforme o artigo 19 da Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas (Lima; Silva, 2016, p. 774). Reitera-se que deverá a consulta ser realizada sem qualquer tipo de coação: muitos protocolos de consulta dispõem que não será permitida a presença do exército ou de qualquer outro tipo de segurança armada, para que esse tipo de constrangimento não afete o resultado da consulta.

Quanto à informação, é necessário que o Estado, nas reuniões de consulta, explique de modo detalhado todas as particularidades e efeitos da implementação de seus projetos, ressaltando, inclusive, os impactos negativos. Segundo o Povo Munduruku (2014), em seu protocolo:

Nós, o povo Munduruku, queremos ouvir o que o governo tem para nos falar. Mas não queremos informação inventada. Para o povo Munduruku poder decidir, precisamos saber o que vai acontecer na realidade. E o governo precisa nos ouvir.

É imprescindível que a consulta ocorra antes da finalização do projeto, visto que é importante que os povos participem da formulação das ideias e encontrem as melhores soluções em conjunto com os representantes do Estado. A consulta não

<sup>171</sup> Théo Marés (2013, p. 169) refere que o capitalismo moderno transformou a terra em uma *commodity* que pode ser comprada e vendida como forma de investimento; de outro lado, para os povos indígenas, a terra se apresenta com um significado denso de conexão e respeito, uma vez que é o *locus* de sua sobrevivência física e cultural.

<sup>172</sup> No mesmo sentido: "La consulta no se trata de la mera transmisión de información ni de la búsqueda de un 'sí' o 'no' a una medida ya determinada. Sino se trata de un diálogo de buena fe en que se intercambia información y perspectivas, y en que se exploran varias alternativas para la medida propuesta, con el fin de llegar a una decisión consensuada" (Anaya, 2013).

cumprirá com suas funções se ocorrer apenas quando o projeto já estiver finalizado; é esse o entendimento do Povo Juruna (2017), de acordo com seu protocolo de consulta: "A consulta precisa ser prévia para ser útil. Em outras palavras, o resultado da consulta deve servir para influenciar a decisão e não apenas para legitimá-la".

Duprat (2015, p. 68) ressalta a pertinência do diálogo para se chegar a uma solução conformadora. A consulta de um projeto já acabado esvazia o direito de consulta: sempre deverá existir possibilidades práticas de alteração do projeto, ou mesmo de sua não realização. Conforme Duprat (2015, p. 68), "a consulta traz em si, ontologicamente, a possibilidade de revisão do projeto inicial ou mesmo de sua não realização".

Em resumo, como debatido ao longo do presente tópico, a consulta válida deve ser livre, prévia, informada, de boa-fé, realizada com respeito e culturalmente adequada. Para que seja culturalmente adequada, o Estado deverá seguir os procedimentos estabelecidos nos protocolos de consulta de cada povo.

#### **4.1.5 Principais características dos protocolos de consulta**

Até o presente momento, buscou-se demonstrar que a questão dos protocolos de consulta não surge de maneira casual no âmbito de discussão dos direitos indígenas; houve um longo caminho de transformações históricas, jurídicas e sociais que possibilitaram o surgimento desse instrumento que expressa a jusdiversidade dos povos originários.

Reconhecido e positivado o direito de consulta na Convenção 169 da OIT, surge a dúvida de como realizar esse procedimento de forma culturalmente adequada, sempre tendo em vista a multiplicidade de culturas, idiomas e organização dos povos. É com essas preocupações que surge a possibilidade de cada povo produzir seu próprio protocolo autônomo de consulta.

Pontes Jr. (2019, p. 12) ressalta a dificuldade de saber como fazer uma consulta<sup>173</sup>, tendo em vista que no Brasil habitam "mais de 300 etnias, além de milhares de comunidades quilombolas e tradicionais que também são sujeitos desse

---

<sup>173</sup> "Diante da necessidade de desenvolver maiores detalhamentos sobre os processos de consulta e a previsibilidade de sua aplicação, os Protocolos de Consulta, elaborados por povos indígenas e tribais têm demonstrado ser o melhor instrumento de detalhamento das orientações gerais estabelecidas nos dispositivos internacionais" (Joca *et al.*, 2021, p. 57).

mesmo direito, e cada uma com processo próprio de tomada de decisão<sup>174</sup>". Os protocolos de consulta "são instrumentos relativamente novos. Especialmente no Brasil, os protocolos têm emergido desde 2014<sup>175</sup> e, portanto, ainda estão em processo de construção e aperfeiçoamento" (Joca *et al.*, 2021, p. 147).

Dada a centralidade dos protocolos de consulta para o presente trabalho, passa-se a trabalhar a sua definição. Marés (2019, p. 39) conceitua protocolos de consulta da seguinte forma: "são, assim, a tradução escrita dos consensos internos de cada povo para se relacionar com os Estados nacionais"; ou seja, o protocolo de consulta é a formalização dos costumes de cada coletividade culturalmente diferenciada "para responder às consultas a serem feitas pelo Estado nacional em cumprimento à Convenção n. 169 da OIT" (Marés, 2019, p. 39).

No mesmo sentido, Joca et al (2021, p. 138) referem que "os processos de elaboração dos protocolos possibilitam a construção coletiva de um instrumento legítimo e representativo, que determina as regras mínimas as quais devem ser cumpridas em processos de consulta e consentimento [...]".

Silva (2019a, p. 101) percebe o liame existente entre protocolos de consulta e pluralismo jurídico, quando menciona que os protocolos expressam o *Direito próprio* de cada povo: "é um instrumento em que as comunidades expressam sua voz e seu Direito próprio, como exercício da jusdiversidade e autodeterminação"; segundo a autora, é a partir do protocolo de consulta que o Estado conhecerá as "jurisdições próprias e formas de organização social [dos povos] em um processo de consulta prévia".

Compreende-se os protocolos como "**instrumentos jurídico-políticos**" (Joca *et al.*, 2021, p. 147) que têm como finalidade fazer com que a consulta respeite os modos de decidir e os modos de vida dos povos e comunidades tradicionais (Pontes Jr., 2019, p. 13). Entre as matérias que costumam estar reguladas nesses documentos estão:

---

<sup>174</sup> "A sua [direito à consulta] qualificação e detalhamento devem permanecer ampla o suficiente para abranger a extensa diversidade sociocultural que se propõe proteger e promover" (Joca *et al.*, 2021, p. 57).

<sup>175</sup> "No caso do Brasil, o primeiro protocolo de consulta foi lançado em 2014, pelo povo Wajãpi, que vive no Amapá [...]" (Joca *et al.*, 2021, p. 20).

1) quem participa do processo [de consulta]; 2) como é construído o consentimento; 3) qual é a língua em que a consulta deve se passar; 4) quais são os prazos envolvidos; 5) quais são os locais onde deverão ser realizadas as reuniões; 6) quem financia o processo; 7) distinções entre fases internas e externas; 8) considerações sobre a qualidade da informação, estudos necessários e respeito aos conhecimentos tradicionais" (Joca *et al.*, 2021, p. 101).

Cumpre, também, trazer o conceito "legal" de protocolo de consulta, nos termos do artigo 2, VII, da lei 13.123/2015:

protocolo comunitário - norma procedimental das populações indígenas, comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais que estabelece, segundo seus usos, costumes e tradições, os mecanismos para o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios de que trata esta Lei (Brasil, 2015).

Vê-se que a lei 13.123/2015 trata dos protocolos de consulta no contexto exclusivo do acesso ao patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados.

Yamada, Grupioni e Garzón (2019, p. 35) apontam a natureza consuetudinária dos protocolos de consulta ao mencionar que, embora o fenômeno de feitura dos protocolos seja recente, as regras postas nesses documentos são práticas tradicionais consolidadas dos povos. A única diferença é que agora esses "costumes" estão postos no papel; Joca et al (2021, p. 168) fortalecem essa posição: "os protocolos são apenas instrumentos que coletam, organizam e publicam - em suma, sistematizam - as regras de organização social e representação política que existiam desde antes do processo de elaboração desse documento".

Sendo o protocolo uma formalização (escrita) das práticas e normas consuetudinárias, fica evidente a necessidade de cada povo produzir seu próprio protocolo de consulta, dada a diversidade de usos, costumes e tradições existentes entre eles. É justamente essa "descentralização normativa" um dos traços do "movimento de ruptura com as práticas monistas, com a qual a emergência dos povos indígenas e outras minorias para o Direito tem íntima relação" (Silveira, Kaiser, Magni, 2024, p. 16). Surge, portanto, a correspondência entre o aporte teórico do pluralismo jurídico e os protocolos de consulta:

pode-se dizer que protocolos de consulta são expressões por excelência de pluralismo jurídico, ao passo que refletem as práticas consuetudinárias dos povos, são elaborados descentralizadamente (sem a presença do órgão legislativo estatal) e surgem vinculados a um contexto de luta pela afirmação de direitos fundamentais, principalmente do direito à diferença (Silveira; Kaiser; Magni, 2024, p. 17).



Os protocolos, assim como os planos de gestão territorial e ambiental, representam uma nova fase na afirmação dos direitos dos povos indígenas; durante muito tempo era evidente o "desrespeito" com que o Direito estadual tratava as manifestações normativas comunitárias: elas "eram apenas toleradas, desde que não colidissem com as normas estatais nem com o processo de integração" (Marés, 2019, p. 23)

No entanto, felizmente já está superado, ao menos no plano teórico, o processo de integração e, atualmente, "luta-se pela paridade do Direito vivo dos povos em relação ao Direito estatal" (Silveira; Kaiser; Magni, 2024, p. 17). Os protocolos exercem função importante nessa luta: têm protagonismo na organização dos povos originários, conforme Oliveira (2019, p. 109):

Para além da elaboração de um documento juridicamente vinculante, que deve ser observado nos processos de consulta prévia, livre e informada, a construção do Protocolo é um momento de articulação, organização e formação que deve levar a posições consensuadas da comunidade.

É consenso entre os defensores dos direitos indígenas que os protocolos de consulta aparecem como garantias capazes de conter o retrocesso em matéria de direitos fundamentais indígenas:

Em meio a tantas ameaças e retrocessos aos direitos étnicos já conquistados, os Protocolos de Consulta são instrumentos que amplificam a luta pela existência física, cultural, territorial e jurídica dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais (Joca *et al.*, 2021, p. 236).

Delineadas as principais características dos protocolos de consulta, passa-se a tratar especificamente da reflexão interna dos povos a respeito de suas formas de representação e formação de consensos.

#### **4.1.6 Protocolos e a formação do consentimento dos povos**

Um dos grandes problemas dos protocolos é o de detalhar como determinada comunidade se reúne, dialoga e "toma a sua decisão coletiva". O protocolo deve, preferencialmente, informar como um povo se faz representar; dito de outra forma: "o protocolo deve responder à pergunta de como se extrai a vontade coletiva do grupo, para que ao final do processo de consulta o Estado consulente conheça o posicionamento do povo consultado" (Silveira; Burgel; Kaiser, 2023, p. 118).

Joca *et al.* (2021) referem que entre as fases fundamentais da implementação dos protocolos está o debate sobre as regras internas relacionadas à representação política, organização social e legitimidade/competências para tomar decisões coletivas. Nesses termos, "é importante que o protocolo seja fiel aos modos consuetudinários de decisão dos povos, para que estes ganhem a devida publicidade em relação aos consulentes" (Silveira; Burgel; Kaiser, 2023, p. 119).

Oliveira (2019, p. 120) faz referência ao exercício de autopercepção (dos povos) em relação aos modos tradicionais de decidir (e os questionamentos que daí surgem), numa oficina interna do povo Munduruku: "quem decide pelo povo Munduruku? Quem participa das discussões e decisões? Como o povo Munduruku decide? Os questionamentos provocaram uma reflexão coletiva entre os indígenas acerca de sua própria organização política e social". Nessa linha, Joca *et al.* (2021, p. 234) argumentam que

Regras de organização social e representação política relevantes para a interação com terceiros nem sempre são explícitas para aqueles que as praticam, por esse motivo a reflexão sobre elas e sua explicitação demanda um exercício político interno altamente complexo.

Ou seja, o procedimento de formação de vontade dos povos indígenas nem sempre são cristalinos para aqueles que estão acostumados (e inseridos) com as práticas comunitárias; daí que "elaborar protocolos autônomos passa por uma profunda reflexão sobre o próprio ser coletivo de cada povo" (Joca *et al.*, 2021, p. 235).

É fundamental que os protocolos de consulta sejam produzidos pelo próprio povo<sup>176</sup>, para que a integralidade da comunidade se envolva e possa debater, a fim de produzir um documento que, de fato, descreva as instituições de representação e tomada de decisão de cada povo. Por essa razão, não pode o Estado participar da produção dos protocolos; o Estado deve, ao contrário, "reconhecer que desconhece" as estruturas de organização interna de cada povo: "o Estado, quando utiliza esses termos, reconhece a juridicidade da organização social de cada povo, ao mesmo tempo que a desconhece - quer dizer, sabe que existe, mas não pode sequer imaginar como ele é realmente" (Marés, 2019, p. 39). Daí que uma regulamentação genérica dos procedimentos de consulta seria prejudicial à diversidade sociocultural

---

<sup>176</sup> "Só quem pode expressar, pois, como devem ser consultados acerca de suas terras, territórios e recursos são os povos que exercem seus direitos territoriais sobre esses ambientes e espaços, sendo os protocolos uma fonte legítima dessa expressão" (Joca *et al.*, 2021, p. 53).

dos povos. Por esta razão, as coletividades começaram a elaborar de forma independente seus próprios protocolos de consulta (Yamada; Grupioni; Garzón, 2019, p. 12).

Oliveira (2019, p. 110) ressalta que não há apenas uma maneira de produzir protocolos de consulta, visto que cada comunidade tem sua própria organização interna; não obstante, "protocolos elaborados por consultorias, empresas, membros do governo ou qualquer agente estranho à comunidade devem ser considerados inválidos e nulos". Ou seja, tratando-se especialmente do direito de consulta, os Estados não poderão interferir no desenvolvimento dos protocolos de consulta, justamente porque são incapazes de entender a organização interna dos povos tradicionais. O ente estatal deve, antes, "reconhecer que desconhece", em respeito à *jusdiversidade*.

Pode-se fazer uma analogia (com fins de ilustração) com o conceito rousseauiano de *vontade geral*, muito embora Rousseau estivesse, no período que antecedeu a revolução francesa, distante de aplicá-lo aos povos indígenas. Tal releitura deve ser cuidadosamente considerada: busca-se apenas dar visibilidade ao fato de que, com os protocolos, os povos devem se preocupar em formar, sempre que possível, um consenso interno (unitário) e manifestá-lo adequadamente no momento da consulta.

Colaciona-se trecho do livro "O Contrato Social", que evidencia a pertinência temática entre *vontade geral* (de uma nação ou de um grupo particularmente considerado), participação e soberania. A palavra "soberania" poderia ser substituída por "autodeterminação dos povos", a fim de se adequar ao contexto do presente trabalho: "Digo, pois, que a soberania, sendo apenas o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se, e que o soberano, não passando de um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo; pode transmitir-se o poder - não, porém, a vontade" (Rousseau, 1999, p. 33).

O que se buscou evidenciar por meio da releitura do conceito de Rousseau é que o protocolo de consulta tem compromisso com a unificação da vontade interna de um povo indígena ou tradicional.

Aproveitando o quadro da revolução burguesa na França, cita-se um pensamento de Sieyès (1997, p. 63), célebre político francês, sobre representação política. Para contextualizar, naquele momento histórico, os cidadãos comuns,

representado pela figura do "terceiro estado", mesmo participando das assembleias dos Estados Gerais, não tinha força política para fazer valer seus desígnios:

Mas de que serviria participar dos Estados Gerais se ali predomina interesse contrário ao seu. Só iria consagrar, com sua presença, a opressão de que seria a eterna vítima. Desse modo, é certo que não possa ir a votar nos Estados Gerais, se não tiver uma influência pelo menos igual à dos privilegiados e um número de representantes igual ao das outras duas ordens juntas.

É essa a situação em que se encontram os povos tradicionais no atual cenário político brasileiro. Sieyès (1997), não encontrando meios para conferir autonomia ao Terceiro Estado (burguesia ascendente) com as ferramentas de participação jurídica disponíveis, propõe a formação de uma assembleia constituinte originária, em busca de representatividade. É basicamente o que ocorre atualmente, *mutatis mutandis*, com os povos tradicionais e seus respectivos protocolos autônomos, nas matérias em que o Estado tem o dever de consultá-los. Ambas as situações tratam de representatividade e participação. É evidente que, no caso indígena, a participação política pelos meios da "política comum" (plataformas disponíveis) não é suficiente para conferir representatividade efetiva aos povos.

É precisamente com o aporte dos protocolos de consulta que os indígenas se organizam politicamente (consensuam regras de tomada de decisão e representação política) e são ouvidos pelo Estado (Yamada; Grupioni; Garzón, 2019, p. 14).

Da análise dos protocolos de consulta, percebe-se o valor que os povos indígenas dão ao diálogo e aos consensos; apenas como forma subsidiária, na impossibilidade de formar uma posição desejada por todos, os indígenas optam pelo sistema de votação. Com a finalidade de ilustrar o modo de formação dos consensos, serão colacionados trechos de quatro protocolos de consulta.

O povo Munduruku explicita a necessidade de discussão para chegar a um consenso:

Nenhuma associação Munduruku decide pelo povo Munduruku, nenhuma associação responde pelo nosso povo. As decisões do nosso povo são tomadas em assembleia geral, convocada por nossos caciques. São os nossos caciques, reunidos, que definem a data e o local da assembleia geral e convidam os Munduruku para participar dela. Nas assembleias, as nossas decisões são feitas depois de discussão: nós discutimos e chegamos a um consenso. Se for preciso, discutimos muito. Nós não fazemos votação. Se não houver consenso, é a maioria que decide (Povo Munduruku, 2014).

O povo Juruna também promove o diálogo e, na impossibilidade de consenso, elege representantes experientes, que realizam a votação: "nós conversaremos até tomarmos uma única decisão. Nas reuniões deliberativas internas buscaremos o consenso. Se o consenso não for possível, dez representantes adultos de cada aldeia, escolhidos por nós, votarão" (Povo Juruna, 2017).

O povo Wajãpi, também preferindo o consenso, exige uma maioria qualificada de três quartos em caso de votação; é interessante observar que há expressa menção de que só eles podem indicar o momento de desistir da tentativa de consenso e realizar a votação:

Nas nossas reuniões internas sempre tentamos chegar a um consenso, por isso às vezes fazemos várias reuniões antes de tomar uma decisão. Só quando não conseguimos chegar ao consenso, fazemos votações. Decidimos que uma decisão por votação só vale quando é aprovada por uma maioria de  $\frac{3}{4}$  (três quartas partes) dos participantes. A decisão dessa maioria será respeitada por todos, mas nós não gostamos de decidir por votação, preferimos chegar ao consenso. Só nós mesmos podemos decidir se vamos fazer votação ou se vamos continuar discutindo o assunto da consulta (Povo Wajãpi, 2014).

Por fim, o protocolo Krenak segue a linha dos demais: "nós tomamos nossas decisões de forma coletiva, buscando o consenso. Caso não seja possível alcançar o consenso, a decisão será da maioria. Somos nós que definimos se o assunto diz respeito a todo o povo Krenak ou apenas a um grupo" (Povo Krenak, 2017).

#### **4.1.7 Instituições financeiras, povos indígenas e poder de veto**

Os diferentes tratados, convenções e declarações sobre os povos indígenas repercutem sobre as agências internacionais de fomento econômico integrantes do sistema das Nações Unidas e, também, incidem sobre as instituições privadas, "trazendo a 'questão indígena' para o centro do debate econômico quando se trata do financiamento de atividades extrativistas a serem realizadas (ou que tenham influência) sobre territórios indígenas ou tribais" (Antunes, 2019, p. 49).

Nesses termos, o desrespeito aos direitos indígenas e a ausência de procedimentos válidos de consulta passam a engendrar uma série de riscos e instabilidades para os agentes financiadores, relacionados, principalmente, com o desgaste da imagem institucional (julgamentos por parte da opinião pública internacional). Essas exigências fazem com que os mercados se adéquem e

busquem respeitar direitos fundamentais por motivos econômicos (Antunes, 2019, p. 49).

É nesse contexto que estão inseridos o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. A partir da década de 1970 ocorreu uma onda de "críticas bastante severas aos empréstimos concedidos pelos Bancos de Desenvolvimento, pois segundo os críticos, tais empréstimos estavam contribuindo para a implantação de projetos que eram social e ambientalmente desastrosos [...]" (Antunes, 2019, p. 50).

De fato, os povos indígenas são os que mais agudamente sofrem as mazelas do desenvolvimento, "que, até então, era visto apenas pelos seus lados positivos, sem que se considerassem as externalidades negativas por ele causadas" (Antunes, 2019, p. 51). Surge aí uma discussão sobre racismo ambiental.

Com o reconhecimento de que, até agora, o desenvolvimento se deu em desfavor dos povos originários, as instituições financeiras internacionais começam a se movimentar no sentido de criar "critérios ambientais e sociais para a concessão de financiamentos de projetos de impacto sobre populações tradicionais" (Antunes, 2019, p. 54). Também há o reconhecimento de que grandes projetos em terras indígenas têm potencial de causar graves danos à identidade, saúde, modos de vida e exaurir recursos naturais essenciais para a sobrevivência dos povos. Daí a necessidade da criação de mecanismos de gerenciamento de riscos socioambientais (Antunes, 2019, p. 56).

Pelos motivos narrados no parágrafo anterior são arquitetadas políticas que buscam criar processos de desenvolvimento éticos, "que respeite inteiramente a dignidade, os direitos humanos, a economia e cultura dos povos indígenas" (Antunes, 2019, p. 56), para evitar impactos, mitigá-los ou então compensá-los de maneira justa.

Para deliberar a respeito dos riscos, impactos, indenizações e compensações de grandes projetos que afetam a condição dos povos indígenas, ganha relevância o procedimento de consulta culturalmente adequado, com o fim de incorporar ao processo de tomada de decisão (estatal) os pontos de vista das comunidades afetadas.

Neste ponto, César Rodríguez Garavito (2012, p. 58) ressalta (com ceticismo) o protagonismo que têm as indenizações pecuniárias nos acordos de consulta: grande parte da discussão consiste, justamente, na apuração do dano e na

liquidação do valor a ser ressarcido aos povos pelos prejuízos socioculturais gerados.

Garavito (2012) refere que quando a consulta é reduzida a mera formalidade<sup>177</sup> voltada para a quantificação de indenizações, a mediação de interesses inconciliáveis (dinheiro vs. cultura) abre espaço para a mercantilização da cultura<sup>178</sup>. A mercantilização da cultura<sup>179</sup>, por definição, proporciona a confusão de elementos heterogêneos; isto é, tenta-se inserir em uma mesma escala valores culturais dos povos e quantias pecuniárias, o que se torna problemático.

Essa discussão toca em dois pontos cruciais, quais sejam, a "vinculatividade dos protocolos" e o "poder de veto" (ao cabo dos procedimentos consultivos). Discutir a força vinculante dos protocolos significa analisar se o consulente (aquele que consulta) tem a obrigação de realizar a consulta seguindo os procedimentos descritos nos protocolos produzidos pelos próprios povos interessados. Se ficar constatada essa obrigatoriedade, diz-se que os protocolos são vinculantes.

Quando se fala em "poder de veto" surgem as seguintes perguntas: "qual é o nível de respeito que darão os governos e tribunais ao consentimento dos povos indígenas?"; dito de outra forma: "qual é a real eficácia dos protocolos de consulta para obstar projetos prejudiciais aos modos de vida e direitos fundamentais indígenas?"; ou ainda: "em quais casos haveria 'poder de veto' dos povos para barrar os projetos consultados?".

Em relação a vinculatividade dos protocolos, Joca et al (2021, p. 163) argumentam que "o reconhecimento dos e o respeito aos protocolos por parte dos Estados nacionais pode ser mais ou menos consolidado, dependendo se o Estado adotou ou não a Convenção 169". No Brasil, "os protocolos de consulta têm sido reconhecidos principalmente pelo judiciário, que admite a necessidade de aplicar protocolos para certificar a validade de processos de consulta livres, prévios, informados e de boa-fé" (Joca *et al.*, 2021, p. 164).

---

<sup>177</sup> Sobre isso, Wolkmer (2015a, p. 270) refere que "o Direito espontâneo popular não está isento de manipulação do poder instituído", podendo, de fato, ser cooptado; de modo que, sob um véu de aparente insurgência, sejam esvaziados conflitos sociais e mascaradas as "genuínas expressões populares".

<sup>178</sup> "Para los propósitos que interesan aquí, la indemnización ilustra, de forma tan vívida como dolorosa, el efecto de desplazamiento generado por la consulta y su imbricación con la mercantilización de la cultura" (Garavito, 2012, p. 60).

<sup>179</sup> "No obstante, una vez que aprendemos a identificar los comunes y a entender su dinámica, resulta evidente que la privatización y mercantilización de nuestra riqueza común es uno de los mayores escándalos de nuestra época que pasan inadvertidos y cuyos efectos perniciosos podemos encontrar en todas partes" (Bollier, 2016, p. 43).

Se, em relação à força vinculante dos protocolos de consulta, se afirma que o assunto está pacificado na doutrina e na jurisprudência, não se pode dizer o mesmo em relação aos efeitos da consulta (existência ou não do poder de veto). Garavito (2012, p. 52) refere que as interpretações da Convenção 169 da OIT não são uniformes: ora aparecem como expressões de "*multiculturalismo neoliberal*", ora estabelecem condições exigentes (favoráveis aos povos), em direção a um "*multiculturalismo contrahegemónico*".

Garavito (2012, p. 47) põe o foco no atrito existente entre a "*legalidad de la gobernanza*"<sup>180</sup> e a "*legalidad de los derechos indígenas*"<sup>181</sup>; enquanto a primeira favorece os desígnios dos Estados e empresas privadas, a segunda interessa aos povos indígenas e tradicionais. Garavito (2012, p. 46) aponta que o modelo liberal de interpretar o direito de consulta não alcança a igualdade contratual entre os interessados. Afirma-se que a ausência de garantias processuais, que mitiguem as profundas desigualdades entre as comunidades e as empresas e Estados, fazem com que os povos indígenas tenham escasso poder de negociação<sup>182</sup> e decisão (Garavito, 2012, p. 46).

No debate sobre a existência de poder de veto, Duprat (2015, p. 72) indica a presença de duas correntes de pensamento divergentes: aquela que entende que a consulta é mera formalidade, sem capacidade para influenciar nas decisões estatais e, a que afirma a existência de poder de veto incondicional dos consultados. Duprat (2015, p. 72) argumenta que a discussão é delicada e não comporta "posições extremas": se é certo que os indígenas não terão poder de veto em todas as matérias, isso não significa que a opinião dos povos indígenas poderá ser simplesmente descartada.

Sempre que se verificar uma matéria de exclusivo interesse dos povos indígenas, haverá poder de veto (Duprat, 2015, p. 72):

---

<sup>180</sup> Legalidad de la gobernanza: "centrada en el procedimiento de la consulta, como expresión de la libertad contractual entre partes supuestamente iguales" (Garavito, 2012, p. 47).

<sup>181</sup> Legalidad de los derechos indígenas: "que evalúa esos procedimientos en función de su resultado, esto es, del grado en que permitan que los pueblos indígenas libremente acepten o rechacen el proyecto o decisión de que se trate, en ejercicio de su derecho a la autodeterminación" (Garavito, 2012, p. 47).

<sup>182</sup> "Seria, entretanto, ingênuo acreditar que os povos indígenas e tribais gozam de um direito de veto aos empreendimentos e projetos concebidos para implementação em seus territórios. A correlação de forças políticas, simplesmente, torna a hipótese impensável" (Antunes, 2019, p. 97).



Primeiro, e por óbvio, a decisão do grupo é definitiva quanto às medidas que lhes digam respeito com exclusividade. Assim, a implementação de uma determinada política pública ou de uma obra dentro de seu território depende de sua anuência. O veto, aqui, é de natureza absoluta e decorre da autodeterminação do grupo, da autonomia na estipulação e gerência de seus projetos de desenvolvimento.

Quando não se verificar a exclusividade de interesse indígena, os consultados não terão poder de veto, mas isso não significa que a opinião dos povos indígenas poderá ser simplesmente descartada. Courtis (2009, p. 65) refere que "as comunidades afetadas devem ser ouvidas e, se não existir acordo, a atuação da administração não deve ser autoritária ou arbitrária, mas objetiva, razoável e proporcional". Ou seja, mesmo quando não há poder de veto, os argumentos dos consultados devem ser levados em consideração e, na medida do possível, influenciar as decisões políticas; essa também é a percepção de Duprat (2015, p. 73):

Significa dizer que eventuais objeções oferecidas pelo grupo devem ser levadas a sério e superadas com razões melhores. Se estas não se apresentarem, as objeções têm que ser incorporadas ao processo decisório, com alteração, no todo ou em parte, do projeto.

Até o presente momento, o direito de consulta e os protocolos de consulta foram apresentados como grandes conquistas dos povos indígenas; no entanto, esse movimento não está livre de críticas. Garavito (2012, p. 70) refere que os procedimentos de consulta podem camuflar as reivindicações "fortes" (ou substanciais):

El resultado es una disolución, al menos parcial, de la política en el derecho: la conversión de los reclamos políticos fuertes (relativos a la autodeterminación, el consentimiento etc.) en reclamos más débiles (relativos a la participación, los requisitos de la consulta etc.). En el camino, la subjetividad política indígena es transformada. **En lugar del sujeto contestatario de los movimientos indígenas, la consulta exige un sujeto dócil, dialogante.**

Garavito (2012, p. 71) aponta o risco de retirar o protagonismo das mãos dos povos originários e colocá-lo nas mãos de seus assessores jurídicos e organismos internacionais representativos. É significativo o fato de que o direito de consulta tenha sido acolhido de bom grado pelos atores do chamado "neoliberalismo global", principalmente os bancos, que encontraram nela um mecanismo amigável para responder às críticas "referentes al impacto de sus operaciones sobre los pueblos indígenas" (Garavito, 2012, p. 44).

Levando em consideração as percepções de Garavito (2012) a respeito da consulta, deve-se redobrar a atenção para que ela não perca o caráter de "direito" dos povos:

é necessário manter um olhar crítico para a questão e assegurar que a consulta não se subverta em ferramenta de docilização dos indígenas, bem como de camuflagem de suas lutas materiais, mormente se as instâncias de poder passarem a enfraquecer a necessidade de consentimento dos consultados" (Silveira; Kaiser; Burgel, 2023, p. 129).

Pode-se dizer, portanto, que a existência ou não de poder de veto é o fator determinante, que define "a quais interesses serve o direito de consulta, se respalda os interesses do multiculturalismo neoliberal ou do multiculturalismo contrahegemônico" (Silveira; Kaiser; Burgel, 2023, p. 142). Se os procedimentos de consulta não forem suficientes para fazer valer a voz do indígena, os protocolos de consulta e as indenizações oferecidas aos povos contribuirão para a continuidade da "mercantilização da cultura", nos termos propostos por Garavito (2012).

## 4.2 PLANO DE GESTÃO TERRITORIAL E AMBIENTAL

Os planos de gestão territorial e ambiental são consensos coletivos sobre como administrar territórios de acordo com os modos de vida comunitários. Mostram-se como documentos protetivos, essencialmente vinculados aos espaços físicos de reprodução da cultura indígena, com potencialidade de valorizar conhecimentos dos povos e auxiliar nos processos de proteção dos ecossistemas. Apresentam-se como respostas às diversas pressões que os povos vêm sofrendo.

Este subcapítulo tem o objetivo de, além de apresentar os planos de gestão territorial e ambiental, propor um debate mais amplo, que envolve o regime de propriedade especial étnica, o conceito de terra indígena e a importância da gestão autônoma dos territórios.

### 4.2.1 Propriedade comum<sup>183</sup> e especial: dois perfis

Esse tópico tem como objetivo apresentar a classificação, proposta por Pilati (2013), a respeito dos perfis de propriedade, positivados tanto no código civil quanto

---

<sup>183</sup> Pilati (2013) usa o termo "propriedade comum" no sentido de "ordinária": aquela que está positivada no código civil e está de acordo com a modernidade individualista.

na Constituição Federal. Para tanto, colaciona-se uma pergunta feita por Pilati (2013, p. 201): "seria natural e aceitável o fato de os ordenamentos jurídicos não darem conta dos principais conflitos que hoje angustiam a civilização e colocam em risco a própria espécie?". Pilati (2013, p. 201) argumenta que a Constituição Federal de 1988 reúne em si "os elementos da futura ordem, mas por alguma razão não se consegue avançar e superar de vez a modernidade". Pilati (2013, p. 201) indica a dificuldade de buscar um ponto de vista que permita vislumbrar o que há para além do paradigma hegemônico: "é necessário derrubar os biombos e cortinas da modernidade [...] para descortinar o novo, e ver o que nunca se viu antes". É o fortalecimento dos sujeitos coletivos, dos bens coletivos, da função social da propriedade e da democracia participativa que interessa ao modelo que deverá superar o paradigma da modernidade.

Conforme Pilati (2013, p. 42), o artigo 98 do código civil brasileiro qualifica os bens em duas categorias: "públicos"<sup>184</sup> (os do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito interno) e privados: *todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem*. Nesses termos, "o direito das coisas reduz a propriedade ao campo dos direitos reais - complementando, assim, o quadro jurídico de um modelo de propriedade"<sup>185</sup> que se institui isolado do coletivo e descompromissado com a função social" (Pilati, 2013, p. 42).

Já o constitucionalismo brasileiro contemporâneo conforma dois sistemas, "que se fundem na pós-modernidade": o da propriedade comum, que, justamente, representa as conquistas modernas da liberdade individual; e o das propriedades especiais<sup>186</sup>, "orientadas pelo coletivo e pela função social" (Pilati, 2013, p. 44). Esses paradigmas "possuem titular, objeto, exercício e tutela diferenciados, mas convivem em harmonia" (Pilati, 2013, p. 44).

A propriedade comum, regida pelo código civil (artigo 1.228), "classifica-se pelas categorias tradicionais: móvel e imóvel, plena e restrita, perpétua e resolúvel. É avessa ao condomínio, que tolera como uma situação transitória" e reduz os

---

<sup>184</sup> "Propriedade pública, regida pelo Direito administrativo: nela o Estado exerce sobre os bens públicos uma função, vinculada à lei. Com o poder de polícia protege os bens de uso comum do povo, serve-se dos bens de uso especial [...] e dispõe dos bens dominicais nas suas necessidades" (Pilati, 2013, p. 55).

<sup>185</sup> "A conformação política da propriedade moderna [...] é obra da revolução burguesa de 1789, costurada no atelier do constitucionalismo" (Pilati, 2013, p. 20).

<sup>186</sup> Exemplos de propriedades especiais: propriedade quilombola, terra indígena, reserva extrativista (Pilati, 2013).

sujeitos ao indivíduo proprietário e ao Estado pessoa; "no plano do objeto, restringe os bens jurídicos às duas categorias: públicos e privados" (Pilati, 2013, p. 44).

Pilati (2013, p. 45) refere que o perfil da propriedade moderna coloca o Estado em evidência, fazendo com que ele tenda a "desautorizar qualquer outro centro de poder que fuja desse padrão codificado"; o Estado monopoliza a competência para produzir o Direito e reduz "as formas de propriedade privada a uma só, a individual" (Pilati, 2013, p. 45). Nesse processo, o paradigma dominialidade proprietária individualista invade espaços que trabalham a partir de formas coletivas, como as terras indígenas, e reservas naturais (Pilati, 2013, p. 46).

Não obstante, o ideário individualista "vem sendo questionado e relativizado por diversos modelos novos de autorregulação, os quais refletem o caráter pluralístico das atuais sociedades [...]" (Pilati, 2013, p. 46). De fato, o "rompimento do paradigma de *la propriété* abre horizonte à pluralidade de formas proprietárias" (Pilati, 2013, p. 48).

O perfil da propriedade especial escapa da díade Estado/indivíduo e acrescenta as titularidades coletivas. Ao contrário do "voluntarismo individualista", as titularidades coletivas pedem/exigem procedimentos e decisões compartilhadas<sup>187</sup> (Pilati, 2013, p. 47).

Pode que as propriedades coletivas contem com "entes de apoio e mediação", tais como INCRA, FUNAI, Fundação Cultural Palmares ou agências reguladoras (Pilati, 2013, p. 48). Essas instituições são auxiliares e não excluem a autonomia de povos indígenas ou quilombolas, por exemplo.

Entre as propriedades especiais étnicas<sup>188</sup>, destacam-se três espécies, quais sejam, a propriedade quilombola, a propriedade indígena e a propriedade de reserva extrativista de populações tradicionais<sup>189</sup> (Pilati, 2013, p. 58); Pilati (2013, p. 58) argumenta que as diretrizes fundamentais do direito étnico estão positivadas nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988 e "bem assim, [a Constituição] cria modelos especiais de propriedade, que fogem tanto do padrão do código civil,

<sup>187</sup> As decisões compartilhadas a respeito das terras indígenas, como se verá na sequência do trabalho, são reunidas nos planos de gestão territorial e ambiental.

<sup>188</sup> "A propriedade étnica caracteriza-se como reparatória afirmativa, em favor de negros e índios, principalmente - tão prejudicados pelo processo civilizatório nacional -, os quais passam a ter assegurado o direito de reprodução sociocultural das tradições ancestrais; sem necessidade de se submeter ao modelo hegemônico da propriedade comum" (Pilati, 2013, p. 58).

<sup>189</sup> Um dos atributos distintivos das culturas tradicionais é o seu modo de trabalho, que ainda não se tornou mercadoria e depende significativamente dos recursos e ciclos naturais (Alexandre, 2012, p. 86).

quanto do figurino administrativo da propriedade pública". Antes, fala-se de uma "propriedade diferenciada, especial, que importa reconhecimento e legitimação de uma territorialidade", vinculada a uma identidade cultural e saberes de grupos étnicos, "seja de índios, seja de quilombolas, seja, por extensão, de comunidade de pescadores ou ribeirinhos, seringueiros, coletores de frutos" (Pilati, 2013, p. 58).

Essas modalidades de propriedade possuem regime jurídico diferenciado e, sobre elas, não se aplicam institutos clássicos do direito civil, tais como a usucapião e a compra e venda; sobre elas são aplicados "outros modos de aquisição e outras formas de exercício e tutela do direito" (Pilati, 2013, p. 58).

Com a valorização dos modos de vida tradicionais, pelo fortalecimento dos atributos da propriedade especial étnica, a Constituição, indiretamente, garante a "preservação da natureza, com a sustentabilidade e o resgate de valores milenares" (Pilati, 2013, p. 58).

Em uma propriedade étnica quilombola, o próprio grupo é quem define o conteúdo do seu direito (coletivo) territorial, podendo reproduzir sua cultura e seus conhecimentos tradicionais de maneira relativamente independente da "lógica civilizatória que o cerca" (Pilati, 2013, p. 59). A propriedade especial quilombola está posta no ADCT da Constituição Federal e destina-se aos remanescentes das comunidades de quilombos<sup>190</sup> ocupantes de tais terras.

Em relação à propriedade especial coletiva indígena<sup>191</sup>, Pilati (2013, p. 60) indica que "o regime jurídico da propriedade indígena não é de domínio propriamente dito, mas de posse permanente, com usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos" e a inamovibilidade dos povos que nos territórios habitam só pode ceder em caso de "epidemia que ponha em risco a sua população ou de interesse da soberania do país", com retorno imediato assim que as causas justificadoras da remoção deixem de persistir (Pilati, 2013, p. 60). A propriedade indígena será trabalhada com mais detalhes no próximo tópico.

---

<sup>190</sup> Conforme o Decreto 4.887/2003, artigo 2: "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".

<sup>191</sup> Silva (2021, p. 343) comenta que "não é fácil traduzir nos termos da cultura jurídica ocidental a relação dos povos indígenas com suas terras, especialmente por meio do conceito de direito de propriedade".

A propriedade coletiva extrativista<sup>192</sup> ou "propriedade de unidades de uso sustentável por populações tradicionais" é estabelecida sobre áreas de dominialidade pública, por um ente federativo, em benefício de comunidades extrativistas que retiram da terra a sua subsistência (Pilati, 2013, p. 64). Essas unidades integram o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) e, de forma semelhante às terras indígenas, não conferem o domínio aos grupos que nela vivem, mas "posse e o uso dos recursos naturais de forma limitada e sustentável" (Pilati, 2013, p. 65). Seu objetivo é, ao mesmo tempo, garantir a continuidade de meios de vida tradicionais (sociodiversidade) e "assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade de conservação" (biodiversidade) (Pilati, 2013, p. 65).

#### 4.2.2 O regime jurídico das terras indígenas

Antes de entrar no tema dos planos de gestão territorial e ambiental cumpre trabalhar, de maneira breve, o conceito de terra indígena e sua posituação no ordenamento jurídico brasileiro. Para engendrar o debate, colaciona-se provocação de Marés (2018, p. 75) a respeito da posituação dos direitos territoriais indígenas no ordenamento jurídico brasileiro: "Como enquadrar a ideia de território indígena aos limites individualistas do direito de propriedade?".

Parte-se do pressuposto de que "as terras e os territórios de povos indígenas são lugares primordiais e vitais de exercício de sua autonomia e autodeterminação" (Joca *et al.*, 2021, p. 51); é dentro do território que se desenvolve a cultura indígena, é nele que há condições para um "autorreconhecimento enquanto povo". Daí que a violação de "direitos territoriais acarreta uma série de violências, impactos e consequências que podem mesmo ameaçar a sua existência como povos" (Joca *et al.*, 2021, p. 51).

A questão das terras indígenas é debatida desde o início da colonização do Brasil. A luta pela posse das terras é a principal pauta dos povos originários, "por ser o fundamento de sua subsistência biológica e de sua sobrevivência como povo" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 144). A situação torna-se mais difícil quando visualiza-se

---

<sup>192</sup> "O movimento seringueiro por ele [Chico Mendes] liderado objetivava a consolidação de práticas sustentáveis de uso dos recursos naturais amazônicos, como, por exemplo, a criação de reservas extrativistas, de modo a combater o avanço das fronteiras agrícolas e pecuárias sobre a área florestal, o que, consequentemente, conduzia ao desmatamento da floresta e destruição dos recursos naturais" (Sarlet; Fensterseifer, 2023, p. 67).

uma postura de omissão estatal em relação à obrigação constitucional de demarcação das terras (Grondin; Viezzer, 2021, p. 144).

Desde a segunda metade do século XIX, intensificou-se a pressão aos territórios indígenas por rodovias e ferrovias; assim, a violência aos indígenas também aumentou: "invasões acompanhadas de despojos, assassinatos de líderes indígenas e de populações inteiras, sem que houvesse intervenção do governo a favor dos índios" (Grondin; Viezzer, 2021, p. 144). No mesmo sentido, Santos (2016, p. 64) destaca a visibilidade e a polêmica em torno dos direitos e territórios das coletividades:

No continente latino-americano, o reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas e afrodescendentes tem tido especial visibilidade política e torna-se particularmente polêmico sempre que se traduz em ações afirmativas, em revisões profundas da história nacional, dos sistemas de educação e saúde, em autonomias administrativas, **em direitos coletivos à terra e ao território**.

Antunes (2019, p. 25) afirma que o tema das terras indígenas torna-se cada vez mais relevante, em razão da intensificação da pressão que elas sofrem para serem incorporadas ao sistema econômico nacional. Buscando amenizar essa pressão, no sentido de conter as fronteiras da colonização, o Estado cuida de demarcar áreas para a posse exclusiva dos povos originários. (Antunes, 2019, p. 25).

A luta pela terra, o direito à terra, "entendida como espaço de vida e liberdade de um grupo humano", é a principal reivindicação dos povos indígenas na América Latina (Marés, 2018, p. 119). Isso se dá porque a "territorialidade" é fundamental para a continuidade física e cultural dos povos, de modo que um povo alienado do seu território perde as referências de seus modos de vida e, aos poucos, deixa de ser povo (Marés, 2018, p. 120). Na mesma linha, Ribeiro (2017b, p. 173) reitera a importância da posse dos territórios como condição fundamental para a manutenção da sobrevivência indígena:

Tanto quanto todas as outras medidas protetórias, ela [a posse dos territórios] opera porém como barreira à interação e à incorporação. Permitindo ao índio refugiar-se num território onde pode garantir ao menos sua subsistência, faculta-lhe escapar às compulsões geradas pela estrutura agrária vigente, as quais, de outro modo, o compeliram a incorporar-se à massa de trabalhadores sem-terra, como seu componente mais indefeso e mais miserável.

Nesse sentido, a Convenção 169 da OIT reconhece que os territórios "têm uma importância especial para as culturas<sup>193</sup> e valores espirituais dos povos indígenas" (Brzezinski, 2016, p. 132) e, por esse motivo, "obriga que os Estados reconheçam os direitos de propriedade e posse dos territórios indígenas e adotem as medidas necessárias para garantir a efetiva proteção<sup>194</sup> dos direitos" (Brzezinski, 2016, p. 132).

O julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol é considerado um caso paradigmático em matéria de direitos indígenas, especialmente quando se fala em direito à terra. A terra indígena Raposa Serra do Sol está localizada em Roraima, tem área de 1.747.464 hectares e é habitada por 5 povos indígenas. O caso chegou ao STF via petição (PET n. 3.388 RR), que postulava a anulação da homologação da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, realizada pela Presidência da República em 2005. Do ponto de vista jurídico, o caso é complexo, envolvendo o debate a respeito da fixação da tese do marco temporal.

Trata-se de conflito socioambiental que, antes de tudo, explicita a dificuldade de harmonizar interesses de grupos culturalmente diferenciados. Discute-se, além da tese do marco temporal<sup>195</sup>, (1) a essencialidade da cultura indígena para a formação política brasileira, (2) as terras indígenas como parte fundamental do território brasileiro (e a inconfundibilidade entre as categorias terra indígena e ente federativo), (3) as atribuições e atuação dos entes federativos no próprio interior das terras já demarcadas, (4) o procedimento de demarcação das terras indígenas, (5) o falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento, (6) a importância da demarcação contínua das terras, entre outros tópicos diretamente relacionados com o objeto do julgamento (STF, 2009).

---

<sup>193</sup> Convenção 169 da OIT (1989), artigo 13.1: "Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, **os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios**, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação".

<sup>194</sup> Convenção 169 da OIT (1989), artigo 14.1: "Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles [...]".

<sup>195</sup> Marco temporal é uma tese segundo a qual os povos originários têm direito apenas aos territórios que ocupavam (ou disputavam) na data da promulgação da Constituição de 1988. Discute-se se a delimitação de um "marco temporal" seria (ou não) capaz de mitigar o caráter originário dos direitos dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, nos termos do artigo 231 da Constituição brasileira.



É de extrema importância ter o entendimento de que "não havia, no Brasil, terras de lavradio abandonadas, as terras eram ocupadas por povos indígenas que tinham outras formas de ocupação e de uso", diferentes daquelas praticadas pelos europeus<sup>196</sup> (Marés, 2018, p. 57).

É evidente que as terras indígenas ostentam uma profunda densidade semântica e ocupam papel destacado nas cosmovisões dos povos: essa profundidade também é jurídica, de modo que o ministro Ayres Britto as identifica como "heterodoxo instituto de Direito constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito civil" (Stf, 2009). Ayres Britto, seguindo a mesma linha, refere que "em boa verdade, nem território político nem propriedade privada cabem na definição do regime de apossamento e utilização das terras indígenas. Tudo nelas é juridicamente peculiar"<sup>197</sup> (Stf, 2009).

Desde a época colonial houve forte pressão sobre as terras indígenas para incorporá-las à economia nacional. Em razão disso, o Estado passa a adotar uma política de demarcação de terras exclusivas para os indígenas, com o fim de compensar as violações de direitos fundamentais sofridas por eles, e manter sob determinados limites a expansão da colonização (Antunes, 2019). Tendo em vista a urgência da demarcação de terras indígenas, a Constituição de 1988, no artigo 67 do ADCT<sup>198</sup>, colocou que a demarcação<sup>199</sup> deveria ser concluída no prazo de cinco anos, a partir de sua promulgação. Infelizmente, a norma ainda não logrou concretização (Antunes, 2019, p. 28).

Marés (2019, p. 66) refere que, em todos os Estados nacionais, os territórios indígenas foram regulados de maneira inadequada pelos ordenamentos jurídicos oficiais: a lógica privada e individualista não é compatível com os territórios indígenas, de modo que o problema aumenta na proporção da quantidade de indígenas que habitam uma determinada região.

O reconhecimento constitucional das terras indígenas como categoria jurídica remonta ao ano de 1934: a posse indígena seria "oponível a qualquer ato ou

---

<sup>196</sup> "Os povos indígenas, na sua maioria, mantinham plantações e roças em sistema rotativo, permitindo a regeneração permanente da floresta" (Marés, 2018, p. 57).

<sup>197</sup> "Cada povo indígena tem, portanto, uma ideia própria de território, ou limite geográfico de seu império, elaborada por suas relações internas de povo e externas com outros povos e na relação que estabelecem com a natureza onde lhes coube viver" (Marés, 2018, p. 44).

<sup>198</sup> Art. 67 da CF/88: "A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição" (Brasil, 1988).

<sup>199</sup> "A demarcação não é o ato administrativo que constitui a terra indígena, mas é mero ato de reconhecimento, de natureza declaratória" (Marés, 2018, p. 148).

negócio sobre ela [a terra], inclusive de propriedade, como destacava Pontes de Miranda" (Marés, 2018, p. 128). Afirmava-se que a proibição constitucional de alienação de terras indígenas geraria a nulidade absoluta de qualquer negócio jurídico que versasse sobre elas (Marés, 2018, p. 128).

Conforme Marés (2018, p. 121), o ordenamento jurídico brasileiro classificou terras indígenas como "propriedade pública<sup>200</sup>, estatal, e posse privada, mas coletiva, não identificável individualmente"; esse conceito foi engendrado a partir da realidade e funda-se, preponderantemente, no conceito jurídico posse<sup>201</sup>. "No sistema jurídico brasileiro atual, a terra indígena é propriedade da União Federal<sup>202</sup>, mas destinada à posse permanente dos índios, a quem cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes" (Marés, 2018, p. 121). Para Campos (2011, p. 212), é inegável a presença de *animus domini* dos povos indígenas em relação aos seus territórios.

Importante destacar que a Constituição brasileira<sup>203</sup> reconhece o caráter de direito originário<sup>204</sup> às terras indígenas, isto é, há aí um direito cuja existência é anterior à fundação do próprio Estado brasileiro (nesses casos cabe o *reconhecimento* e *declaração* do direito, e não a sua *constituição*); nos termos de Antunes (2019, p. 21), existe aí um direito preexistente à colonização.

As terras indígenas compreendem as habitadas em caráter permanente, utilizadas para atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar e necessárias à reprodução física e cultural dos povos, conforme os seus costumes, usos e tradições (Marés, 2018, p. 122).

<sup>200</sup> Não obstante, Marés (2018, p. 66) refere que "evidentemente que as terras indígenas não são públicas à luz do sistema jurídico, porque não estão destinadas a um fim estatal, nem a um uso público geral. Muito menos são privadas, porque não há sobre elas um ou muitos titulares de direitos definidos. Sobre ela não incidem nem podem incidir os institutos clássicos do Direito privado, como a compra e venda, sucessão hereditária, prescrição, registro etc.". Percebe-se, portanto, o caráter *sui generis* das terras indígenas.

<sup>201</sup> Marés (2018, p. 122) indica que a "posse não individual" é o fator determinante do conceito de terra indígena.

<sup>202</sup> "Está afastada a possibilidade de apropriação individual das terras indígenas, seja por um índio ou não. E para afastar a possibilidade de apropriação individual, o sistema atribuiu essa 'propriedade' à União [...]" (Marés, 2018, p. 123).

<sup>203</sup> "Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os **direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens" (Brasil, 1988).

<sup>204</sup> Para não reconhecerem os direitos originários sobre as terras que ocupam "toda a sorte de subterfúgios será usada. Será dito, por exemplo, que os índios são errantes, que não se apegam ao território, que não têm a noção de propriedade, não distinguindo o 'teu' do 'meu'" (Cunha, 2012, p. 73).

Marés (2018, p. 123) defende a vigência do Direito consuetudinário indígena dentro dos limites das terras indígenas.

Antunes (2019, p. 28) resume muito bem as principais características constitucionais protetivas das terras indígenas:

As terras indígenas são terras públicas federais e pertencentes ao domínio exclusivo da União. A própria União, entretanto, sofreu limitação de seus direitos de proprietária, haja vista que o constituinte instituiu um usufruto exclusivo dos índios sobre as riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. E mais: determinou a inalienabilidade e a indisponibilidade das terras indígenas, sendo imprescritíveis os direitos sobre as mesmas. (Antunes, 2019, p. 28)

Tendo delineado as principais características das terras indígenas, passa-se, agora, a tratar da autonomia e usufruto dos povos indígenas sobre seus territórios e da importância de uma gestão territorial consensuada para a manutenção da sociobiodiversidade característica desses territórios.

#### 4.2.3 Gestão autônoma das terras indígenas

Marés (2018, p. 145) refere que o usufruto de que dispõem os povos indígenas sobre suas terras significa a possibilidade de utilizá-las para o seu próprio proveito: "os indígenas podem fazer roça, aldeia, extrair lenha e alimentos para o uso da comunidade [...]". Antunes (2019, p. 82), no mesmo sentido, afirma que o "instituto do usufruto constitucional indígena" exige que todas as atividades realizadas em terras indígenas devem, necessariamente, contar com o consentimento prévio dos povos que as habitam, sem olvidar da repartição dos benefícios econômicos delas decorrentes. Esse direito de fruição dos povos originários encontra respaldo no artigo 15 da Convenção 169 da OIT (1989):

Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

Tendo em vista o direito de fruição indígena sobre suas terras, Kerbrat e Bolopion (2022, p. 257) indicam que "o artigo 32 [da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos indígenas] proclama o direito dos povos de definir suas prioridades e estratégias para o uso de suas terras". O artigo 32.1 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas coloca que **"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" (ONU, 2007).

Com as mesmas preocupações, o artigo 7.4 da Convenção 169 da OIT dispõe que "os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam" (Oit, 1989).

No sentido de proteger e elaborar planos para os territórios dos povos originários, cita-se a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI), instituída pelo decreto 7.747/2012. Esse decreto "é fruto de um processo participativo de deliberação e construção de uma política pública com os povos indígenas, representados pelas suas organizações indígenas" (Bavaresco; Menezes, 2014, p. 14). De plano, visualiza-se que a PNGATI tem o condão de promover a autonomia e a participação dos povos indígenas:

Diferentemente das leis indigenistas do período pré-Constituição Federal de 1988, a PNGATI parte de pressupostos democráticos como o direito à consulta, permitindo desse modo, o protagonismo por meio de uma metodologia de governança participativa que reconhece as organizações sociais e políticas representativas dos povos indígenas, com o objetivo de promover a proteção territorial e ambiental das TIs" (Porto Júnior *et al.*, 2021, p. 5).

Cita-se algumas das diretrizes da Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas, contidas no artigo 3 do decreto 7.747/2012: "reconhecimento e valorização das organizações sociais e políticas dos povos indígenas e garantia das suas expressões, dentro e fora das terras indígenas"; "protagonismo e autonomia sociocultural dos povos indígenas, inclusive pelo fortalecimento de suas organizações, assegurando a participação indígena na governança da PNGATI, respeitadas as instâncias de representação indígenas [...]"; "reconhecimento, valorização e desenvolvimento da gestão ambiental como instrumento de proteção dos territórios e das condições ambientais necessárias à reprodução física, cultural e ao bem-estar dos povos e comunidades indígenas" (Brasil, 2012).

Bavaresco e Menezes (2014, p. 18) argumentam que os povos indígenas, desde os tempos antigos, organizam seus territórios a partir de seus próprios conhecimentos; com isso, garantem para si alimentação, manutenção de suas culturas e preservação do meio ambiente. Verificando que os povos sempre

realizaram a gestão de seus territórios, Bavaresco e Menezes (2014, p. 18) colocam as seguintes perguntas:

Então, por que se faz necessário elaborar uma política pública para promover a gestão dos ambientes e dos territórios das terras indígenas brasileiras? O conjunto de tradições, de regras e leis nativas dos povos indígenas não é suficiente? Por que foi necessário que Estado e povos indígenas pensassem juntos uma Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas?

Para responder, Bavaresco e Menezes (2014, p. 19) argumentam que a "pressão crescente exercida no entorno<sup>205</sup> das terras indígenas, tem transformado os territórios indígenas em verdadeiras ilhas", que sofrem com invasões e a retirada de recursos naturais<sup>206</sup>. Nessa linha, o povo Wajãpi, em seu PGTA, indica o aumento da pressão sobre seus territórios:

Antigamente o nosso território era bem maior, nós não precisávamos ter as preocupações que temos hoje para cuidar de uma terra demarcada. Hoje em dia nós intensificamos nossas relações com os não-índios, nossa população está crescendo e temos uma terra limitada. [...] Hoje, nós estamos muito preocupados com a nossa terra e nos perguntamos como vamos continuar vivendo dentro dela sem perder a riqueza dos nossos modos de vida (Povo Wajãpi, 2017, p. 12).

Também há o aumento das necessidades externas<sup>207</sup> dos povos (alimentos, vestuário, escolas e postos de saúde), que exigem novos tipos de diálogo e organização:

Todas essas mudanças demandam novas formas e estratégias de se pensar o futuro e a sustentabilidade desses territórios. Se o grande desafio dos povos indígenas, ainda atual em muitas situações, é a conquista da terra e de direitos básicos como saúde e educação, nos dias de hoje, há outro grande desafio: a garantia da gestão e da sustentabilidade dos territórios por meio da soma de saberes dos povos indígenas e da ciência dos não indígenas (Bavaresco; Menezes, 2014, p. 19).

Daí surge a possibilidade de construção de planos de gestão territorial e ambiental como "importantes instrumentos de implementação da PNGATI"

---

<sup>205</sup> "Tener en cuenta el entorno actual de los comunes supone integrar las relaciones que pueden tener con los mercados y los Estados analizando las relaciones de fuerza y las combinaciones que pueden ser negativas o positivas para el desarrollo de los comunes" (Jourdain, 2023, p. 85).

<sup>206</sup> O PGTA é "uma prática que tem marcado o amadurecimento da política indígena e seus parceiros da sociedade civil **diante da insegurança legal e jurídica a que são submetidas as terras indígenas no Brasil**" (Grupioni, 2020, p. 10).

<sup>207</sup> De acordo com o plano de gestão territorial e ambiental Wajãpi: "Percebemos que muitas coisas estão mudando. Estamos passando mais tempo nas aldeias onde tem escolas, postos de saúde e acesso fácil às cidades. Estamos indo mais para as cidades, estamos consumindo cada vez mais coisas que não são produzidas por nós, ficando cada vez mais dependentes do dinheiro" (Povo Wajãpi, 2017, p. 13).

(Bavaresco; Menezes, 2014, p. 25), muito embora o termo "plano de gestão" não esteja positivado explicitamente na PNGATI (Miller et al, [202-], p. 36).

Na mesma linha, Joca et al (2021, p. 156) ressaltam que é a partir da instituição do PNGATI que surge "um amplo mosaico de experiências inovadoras de governança cultural e de gestão territorial e socioambiental de terras indígenas, materializado na elaboração e publicação de Planos de Gestão Territorial e Ambiental (PGTA)".

Porto Júnior et al (2021, p. 13) referem que a PNGATI promove a sustentabilidade das terras indígenas a partir do respeito da autonomia dos povos indígenas:

Trata-se de uma política idealizada com legitimidade e participação ativa do movimento indígena, o que, por si só, já representa motivo para investimentos na sua implementação. Ela versa sobre a necessidade de proteção e o apoio ao desenvolvimento sustentável dos povos indígenas em seus territórios e constitui marco legal da proteção e promoção dos direitos indígenas na atualidade em consonância com a Constituição.

De acordo com Porto Júnior et al (2021, p. 12), as bases da PNGATI estão fundadas no diálogo intercultural para a construção de instrumentos de gestão territorial e ambiental; nesse cenário os planos de gestão territorial e ambiental ganham protagonismo.

Os planos de gestão territorial e ambiental "são instrumentos de diálogo intercultural e de planejamento para a gestão territorial e ambiental das terras indígenas brasileiras, elaborados pelos povos indígenas com apoio e em diálogo com outros parceiros e o governo" (Bavaresco; Menezes, 2014, p. 25). Os PGTA's fortalecem as "noções de autonomia, protagonismo e autodeterminação dos povos"; os PGTA's também permitem a construção coletiva de estratégias (incremento dos sistemas próprios de tomada de decisão) (Bavaresco; Menezes, 2014, p. 25).

Para o presente trabalho, interessa o fato de os PGTA's serem produzidos pelos próprios povos indígenas (pluralismo jurídico) e proporcionarem um bom ambiente para a formulação coletiva de regras para a gestão das terras indígenas, que são bens utilizados em comunhão (princípio político do Comum).

O próximo tópico trata de apresentar de forma mais detalhada os planos de gestão territorial e ambiental.

#### 4.2.4 Plano de gestão territorial e ambiental

"Como era a nossa terra antigamente?"; "como entendemos a nossa terra atualmente?"; "o que esperamos da nossa terra para o futuro?". Passado, presente e futuro<sup>208</sup>; como conciliar esses diferentes "tempos" e promover uma continuidade<sup>209</sup> entre eles? Essas são perguntas que surgem a partir dos processos de criação dos planos de gestão territorial e ambiental (PGTA) (Miller *et al.*, [202-], p. 52). As perguntas engendram reflexões coletivas e estão na base da produção dos PGTA; colaciona-se as perguntas que deram o tom dos debates da produção do PGTA Wajãpi:

Para fazer esse Plano de Gestão, começamos a rever e atualizar os diagnósticos socioambientais que produzimos ao longo dos últimos anos. Algumas das questões que trabalhamos foram: Como estamos vivendo hoje em dia? Como nossos jeitos de viver garantem nossa qualidade de vida e dos ambientes? Quais são os problemas que estamos enfrentando para viver do nosso jeito? Como estamos nos relacionando entre nós, com os ambientes da nossa terra e com as políticas públicas? Como vamos nos organizar para trabalhar bem no presente e no futuro, para fortalecer nossos conhecimentos e jeitos de viver na nossa terra? (Povo Wajãpi, 2017, p. 32).

Parte-se do entendimento de que as políticas de demarcação de terras e as pressões desenvolvimentistas do mercado forçam "modificações significativas no padrão de uso e ocupação dos territórios e de utilização dos recursos naturais, na organização social desses povos e na sua relação com outros povos, com a sociedade envolvente e com o meio ambiente" (Funai, 2013, p. 4). Essas pressões externas exigem novas formas de organização dos territórios indígenas.

Não se pode esquecer que o Brasil tem "uma grande diversidade de povos e comunidades tradicionais, cujos modos de vida e formas de gestão de territórios e recursos naturais representam uma contribuição fundamental à conservação<sup>210</sup> da

<sup>208</sup> "[o PGTA] articula a visão particular que um povo indígena tem de sua **própria história** e identidade coletiva" (Grupioni, 2020, p. 9).

<sup>209</sup> Com essas inquietações a respeito da continuidade entre passado e futuro, o povo Jamamadi dispõe em seu PGTA: "queremos que no futuro nossos filhos continuem vivendo do jeito que os Jamamadi sempre viveram. Aprendendo a fazer o roçado, a caçar, a pescar, a coletar frutos, a fazer artesanato, a fazer casa. Do mesmo jeito que aprendemos com nossos pais, queremos ensinar para nossos filhos e queremos que eles vivam da mesma forma" (Povo Jamamadi, 2015, p. 32).

<sup>210</sup> "Imagens de satélite na Amazônia mostram o quanto as Terras Indígenas estão conservadas frente à expansão da fronteira econômica e ao desmatamento, reforçando seu papel estratégico na conservação da biodiversidade e na manutenção de funções ecossistêmicas" (Funai, 2013, p. 5).

biodiversidade<sup>211</sup>" (Miller et al, [202-], p. 9). A ligação com o meio ambiente e o conceito de território<sup>212</sup> são centrais para a cultura indígena (Miller et al, [202-], p. 9), de modo que a gestão de seus territórios deve refletir seus entendimentos e modos de vida. Daí a importância dos planos de gestão territorial e ambiental.

Pode-se conceituar os planos de gestão territorial e ambiental como documentos que publicizam os acordos comunitários dos povos relacionados à gestão, monitoramento e vigilância de seus territórios. Conforme Joca et al (2021, p. 162), os PGTAs objetivam a melhoria da qualidade ambiental dessas áreas e o manejo sustentável da agrobiodiversidade:

Planos de Gestão Territorial e Ambiental [...] têm sido elaborados como um instrumento que orienta o uso dos territórios indígenas e dos recursos naturais neles existentes com o objetivo de atender às necessidades culturais, sociais e econômicas atuais destes povos [...] (Joca *et al.*, 2021, p. 158).

Os PGTAs são, portanto, "compromissos coletivos, pactuados pelas próprias comunidades que assumem o protagonismo de definir prioridades de ações que serão desenvolvidas em seus territórios" (Joca et al, 2021, p. 158). Chama-se a atenção para este movimento em busca de autonomia, em que a própria comunidade, de maneira consensuada, elege as regras de utilização de suas terras. Após a concretização desses documentos, eles jamais podem ser considerados finalizados:

**Sua implantação deve contemplar/implicar um processo contínuo de discussão, negociação,** construção de conhecimentos e estabelecimentos de acordos acerca das formas de convivência, ocupação e uso do território pelos povos indígenas, considerando sua situação atual e aspirações presentes e futuras (Funai, 2013, p. 8).

Conforme Joca *et al.* (2021, p. 160), o PGTA, da mesma forma que o protocolo de consulta, é um "instrumento político e de planejamento que articula a visão particular que um povo indígena tem de sua própria história e identidade coletiva"; os PGTAs engendram uma reflexão sobre o passado, o presente e o futuro, promovendo a formulação de soluções para encarar os variados desafios que

<sup>211</sup> Acrescenta-se que, atualmente, as terras indígenas têm papel fundamental na preservação da qualidade dos ecossistemas. Entre os exemplos de preservação, cita-se o Parque Indígena do Xingu e a Reserva Indígena de Manguelirinha (a mais importante reserva de araucárias do mundo) (Marés, 2019, p. 146). Ressalta-se que a prática sustentável está fortemente vinculada aos hábitos culturais (Marés, 2018, p. 147).

<sup>212</sup> Nesse sentido, "alguns povos mantêm sítios sagrados, onde sequer perambulam, como no caso das montanhas do território yanomami. Aquele povo acredita que os espíritos de seus ancestrais [...] habitam as montanhas" (Marés, 2018, p. 147).



surgem com o contato com a "sociedade nacional e com representantes do Estado" (Joca *et al.*, 2021, p. 160).

Também é importante trazer o entendimento dos próprios povos indígenas a respeito dos PGTA<sup>213</sup>; nesses termos, colaciona-se a percepção do povo Yanomami a respeito do seu plano de gestão:

Uma forma de falar sobre as demandas dos Yanomami e Ye'kwana; Uma forma de dialogar com nossos parceiros; Um jeito de organizar as prioridades de cada uma das regiões de nossa terra; Propostas sobre como cuidar do nosso território; Um acordo coletivo; Um documento feito e gerido pelos Yanomami e Ye'kwana; Um processo, e deve ser atualizado e revisto; Uma ferramenta de gestão da Política Nacional Gestão de Ambiental e Territorial de Terras Indígenas (PNGATI), criada pelo Decreto nº 7.747/12 (Povo Yanomami, 2019, p. 89).

O PGTA é, portanto, um documento dinâmico que tem como objetivo principal registrar as ideias do que é necessário para que todos possam viver bem (Povo Yanomami, 2019, p. 89). Miller *et al.* ([202-], p. 10) reiteram a importância dos PGTA<sup>213</sup> perante "atores externos", principalmente para auxiliar na execução de políticas públicas. Os PGTA<sup>213</sup> têm o condão, justamente, de colocar num mesmo nível de importância as políticas públicas e as políticas indígenas, de modo que possam dialogar de maneira coordenada (FUNAI, 2013, p. 7).

Joca *et al.* (2021, p. 160) reiteram a complementaridade existente entre protocolos de consulta e PGTA<sup>213</sup>, que auxiliam no diálogo entre o Estado e os povos indígenas; eles podem ser entendidos como "ferramentas complementares de governança de base cultural que almejam salvaguardar os territórios indígenas" (Joca *et al.*, 2021, p. 160).

Os PGTA<sup>213</sup> se constituem em instrumentos que aliam conhecimentos "científicos" (tecnologias cartográficas<sup>214</sup>) com saberes culturais dos povos originários. Construídos coletivamente, buscam o consenso a respeito do que seja "uma melhor qualidade de vida, a partir de seu próprio olhar sobre o território e seus recursos naturais" (Miller *et al.*, [202-], p. 9). As demandas apresentadas nas etapas

<sup>213</sup> "O PGTA é para nós como um documento de identidade da nossa terra-floresta, pois traz consigo a sua imagem essencial" (Kopenawa, 2019, p. 84).

<sup>214</sup> Embora a elaboração de PGTA<sup>213</sup> conte com o apoio técnico de diversas instituições parceiras dos povos indígenas, o resultado é produto de um processo participativo que representa, acima de tudo, o protagonismo indígena" (Miller *et al.*, [202-], p. 9).

de etnomapeamento<sup>215</sup> e etnozoneamento<sup>216</sup> fornecem os fundamentos para entender "quais medidas de proteção devem ser adotadas para promover sua [das espécies ou ecossistemas] recuperação ou manter o uso sustentável" (Miller *et al.*, [202-], p. 49). No mesmo sentido, Joca et al (2021, p. 158) colocam que os PGTA's trabalham a partir de "levantamentos e mapeamentos ecológicos, socioambientais, socioeconômicos e culturais".

Miller *et al.* ([202-], p. 9) referem que os PGTA's estão se tornando ferramentas cada vez mais utilizadas pelos povos indígenas: A FUNAI<sup>217</sup> catalogou a presença de PGTA's em 129 terras indígenas. A produção dos PGTA's, no Brasil, acompanha o ritmo de países próximos, tais como Colômbia, que contam com os chamados "Planes de Vida"; esses planos provenientes da Colômbia colocam "ênfase na necessidade de estabelecer um diálogo de saberes entre a gestão territorial exercida simultaneamente pelas comunidades indígenas e o Estado colombiano" (Miller *et al.*, [202-], p. 32).

A respeito da estrutura dos PGTA's (e dos assuntos que são neles tratados), pode-se dizer que eles dispõem de temas do cotidiano dos povos indígenas. Cita-se os temas tratados no PGTA Yanomami: "Nosso jeito de tomar decisões"; "Nosso jeito de proteger a terra"; "Nosso jeito de gerar renda e lidar com o dinheiro"; "Nossos conhecimentos"; "Nosso jeito de cuidar da floresta"; "Nossa saúde"; "Nosso jeito de educar" (Povo Yanomami, 2019, p. 5).

Já o PGTA Wajãpi trata dos seguintes assuntos: "Nossos conhecimentos sobre os ambientes e os donos"; "Nossa mobilidade territorial"; "Nossos jeitos de tomar decisões"; "Como analisamos os problemas"; "Roças e frutíferas"; "Caçadas e pescarias"; "Materiais para fazer casas e utensílios"; "Lixo"; "Participação de todos na gestão territorial"; "Ocupação do entorno da Terra Indígena Wajãpi"; "Nas áreas de educação e saúde"; "Na gestão territorial e ambiental" (Povo Wajãpi, 2017).

Lista-se as principais funções dos planos de gestão territorial e ambiental:

<sup>215</sup> Conforme artigo 2 da PNGATI: "Etnomapeamento: mapeamento participativo das áreas de relevância ambiental, sociocultural e produtiva para os povos indígenas, com base nos conhecimentos e saberes indígenas" (Brasil, 2012).

<sup>216</sup> Conforme artigo 2 da PNGATI: "Etnozoneamento: instrumento de planejamento participativo que visa à categorização de áreas de relevância ambiental, sociocultural e produtiva para os povos indígenas, desenvolvido a partir do etnomapeamento." (Brasil, 2012).

<sup>217</sup> "A publicação de um manual da Funai em 2013, intitulado 'Planos de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas: Orientações para Elaboração' pode ser considerado um marco oficial no reconhecimento dos PGTA's por parte de governo" (Miller *et al.*, [202-], p. 36).

Os PGTAs têm o potencial de contribuir para valorizar o conhecimento dos povos indígenas sobre o seu território; para a transmissão de conhecimento entre gerações; para a redução de conflitos internos e o estabelecimento de acordos para gestão das Terras Indígenas; para auxiliar os processos de reivindicação da defesa e proteção do território e seus recursos naturais; para promover a utilização sustentável dos recursos naturais; para gerar alternativas econômicas e de geração de renda; para a redução das ameaças sobre as Terras Indígenas; para contribuir para a qualificação das reivindicações fundiárias indígenas; para o fortalecimento das organizações indígenas; para as melhorias nos processos relacionados à educação, saúde e promoção social; para a ampliação do diálogo com instituições governamentais e não governamentais e para a promoção do protagonismo e da autonomia dos povos indígenas (Funai, 2013, p. 7).

Com essa lista, é possível verificar a capacidade de organização comunitária que têm os PGTAs dentro das terras indígenas; Os PGTAs têm compromissos com (1) a história e a cultura dos povos; (2) os conhecimentos tradicionais e sua transmissão para as novas gerações; (3) consensos internos e diálogos com atores externos; e (4) com a gestão sustentável dos recursos naturais. Miller *et al.* ([202-], p. 35) apontam o vínculo existente entre PGTAs e o manejo de "recursos de uso comum"<sup>218</sup>:

A consolidação dos PGTAs como instrumento no Brasil vem no momento em que políticas públicas direcionadas aos povos indígenas passam a reconhecer de forma mais incisiva visões de mundo e **formas de organização social que se baseiam em territórios e recursos de uso comum**, com o entendimento de que a demarcação de terras indígenas faz parte dos meios que permitem que esses sistemas continuem a existir.

Não há dúvidas que existe um diálogo interessante entre o princípio político do Comum e os povos indígenas (em geral) e os PGTAs (em particular). Bollier (2016) descreve muito bem a dinâmica dos povos indígenas e sua relação com o Comum.

Campos (2011, p. 213), na mesma linha, refere que as terras indígenas não são apenas de "uso comum"; constituem-se, antes, em um "viver em comum". Daí que fazer a leitura do Comum a partir dos povos indígenas é salutar para o seu robustecimento teórico, além de favorecer uma oxigenação decolonial (daquelas com as quais se preocupa Afonso da Silva (2021, p. 357).

---

<sup>218</sup> Tratando-se de bens comuns, os PGTAs devem ter preocupações em relação aos "possíveis conflitos a respeito do uso predatório e insustentável de recursos naturais e dos atores envolvidos, tanto internos como externos" (Miller *et al.*, [202-]). Miller *et al.* ([202-]) apontam que essa ainda é uma questão pouco estudada.

Se se pode dizer que há a incidência de práticas que respeitam o princípio político do Comum<sup>219</sup> quando se verifica (1) uma comunidade se relacionando para gerenciar e explorar (2) determinado recurso (3) a partir de um conjunto de regras produzidas de modo participativo pelos próprios sujeitos implicados nessas práticas, podemos, por meio de uma subsunção, verificar que as práticas dos povos indígenas se encaixam nesse molde.

Os povos indígenas (comunidade que se relaciona) gerenciam e exploram as terras indígenas (bem ou recurso compartilhado) a partir dos PGTA's (conjunto de regras produzidas de modo participativo pelos próprios sujeitos). Os PGTA's são, justamente, o elemento regra (ou protocolo social) que compõe e identifica um comum. O PGTA, além de estar formalmente alinhado com o elemento "regra", está materialmente conforme a teoria do Comum (dados os objetos que pretende regular). É nesses termos que se compreende o vínculo entre povos indígenas e o princípio político do Comum.

Há outro ponto de coincidência entre indígenas e Comum. Assim como a díade Estado/mercado busca enfraquecer e tornar invisíveis as práticas do Comum, não há como negar que, historicamente, Estado e mercado sempre deram as mãos para espoliar os territórios e afastar a voz indígena dos debates políticos.

---

<sup>219</sup> "El procomún es un recurso + una comunidad + un conjunto de protocolos sociales. Los tres elementos conforman un todo integrado e interdependiente" (Bollier, 2016, p. 24).

## 5 CONCLUSÃO

O objetivo geral do presente trabalho consistiu em analisar os protocolos de consulta e os planos de gestão territorial e ambiental de maneira a verificar em que medida eles podem ser considerados expressões do pluralismo jurídico e do princípio político do Comum, num contexto histórico de ruptura com o paradigma integracionista, com a finalidade de demonstrar a importância desses documentos autônomos para o incremento da participação democrática dos povos originários.

O manuscrito foi estruturado para atacar os seguintes objetivos: (1) selecionar e analisar, no ordenamento jurídico, os diplomas legislativos que conferem autonomia e abertura pluralista aos povos indígenas; (2) discutir em que medida as práticas jurídicas dos povos indígenas são expressões de um pluralismo jurídico (de tipo emancipador) e do princípio político do Comum; (3) a partir da prática dos povos indígenas, analisar os vínculos existentes entre os aportes teóricos do pluralismo jurídico e do princípio político do Comum; e (4) verificar a existência de vínculo entre pluralismo jurídico e Comum com o incremento da democracia, no sentido de aumentar a participação política dos povos originários.

O problema de pesquisa foi, portanto, a verificação do vínculo existente entre os aportes teóricos e os documentos jurídicos produzidos pelos próprios povos indígenas, com a intenção de compreender a repercussão desse movimento no plano da participação democrática dos povos indígenas.

Para responder adequadamente aos problemas propostos, houve necessidade de contextualizar a condição dos povos indígenas no cenário político brasileiro e descrever tanto os aportes teóricos quanto os documentos jurídicos dos povos indígenas. Com base nessas construções, foi possível estabelecer os vínculos entre os elementos; sempre lembrando que as relações de influência (entre a teoria e a prática) são, ainda bem, recíprocas.

Reitera-se que, nesta conclusão, não serão trazidos autores não citados no corpo do texto ou novas informações ao debate, de modo que o que aqui se conclui foi, necessariamente, trabalhado em momento anterior.

**Objetivo 1. Selecionar e analisar, no ordenamento jurídico, os diplomas legislativos que conferem autonomia e abertura pluralista aos povos indígenas:** Sem pretensão de realizar uma pesquisa exaustiva a respeito dos diplomas legais que conferem autonomia e abertura pluralista aos povos indígenas,

pode-se citar, em ordem cronológica, (1) a Constituição Federal de 1988, (2) a Convenção 169 da OIT de 1989, (3) a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 e (4) o Decreto n. 7.747, de 05 de junho de 2012, que Institui a Política Nacional de Gestão Ambiental e Territorial das Terras Indígenas.

Visualiza-se um longo caminho, no plano legislativo, em busca de proporcionar vez e voz para os povos indígenas dentro de um quadro que sempre tratou de excluí-los. Não há dúvidas que a Constituição Federal de 1988 e a Convenção 169 da OIT (ao lado de outros diplomas) têm papel fundamental na tentativa de consolidar meios de diálogo entre os povos originários e a sociedade envolvente. A Convenção 169 da OIT e a promulgação da Constituição de 1988 representam a tentativa de escrever de modo diverso os novos capítulos da história dos povos tradicionais, que até agora foram manchados pelas mazelas do desrespeito.

A Constituição Federal amplia os direitos indígenas e propõe uma nova relação de diálogo entre o Estado nacional e os povos originários. Apesar da existência de inúmeras críticas ao modo como o Direito estatal regula as relações dos povos tradicionais com seus territórios, há um consenso de que a Constituição Federal representa uma conquista para os povos; isso fica claro a partir de uma comparação com a Constituição anterior, inclusive porque a Constituição Federal de 1988 representa, entre outros fatores, o restabelecimento de um regime democrático no Brasil.

Não obstante a oxigenação proporcionada pelos direitos positivados na CF/88, sua efetivação ainda é tarefa inconclusa: o mandamento do artigo 67 do ADCT (demarcação das terras indígenas em 5 anos, contados a partir da data da promulgação da Constituição) e os recentes processos judiciais de competência do STF a respeito da tese do marco temporal dão conta de indicar que muito ainda há de ser feito.

Destaca-se, na Constituição brasileira<sup>220</sup>, (1) o reconhecimento do direito originário às terras indígenas, isto é, há aí um direito cuja existência é anterior à fundação do próprio Estado brasileiro (nesses casos cabe o *reconhecimento* e

---

<sup>220</sup> "Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens" (Brasil, 1988).

*declaração* do direito, e não a sua *constituição*) e (2) o reconhecimento da cultura e organização social dos povos culturalmente diferenciados; certamente é possível extrair daí a necessidade de respeito à diversidade desses povos, que também se manifesta no plano jurídico (pluralismo jurídico).

A Constituição brasileira não está sozinha nesse movimento de aceitação/recepção/abertura ao pluralismo jurídico: outros países da América Latina também fizeram inclusões pluralistas em seus textos constitucionais; todos esses países (reconhecedores do pluralismo jurídico) têm em comum a internalização da Convenção 169 da OIT.

A Convenção 169 da OIT positiva em seu texto o direito de consulta, que tem como objetivo dar relevância ao entendimento dos povos indígenas no âmbito das discussões políticas, desenvolvidas em audiências culturalmente diferenciadas, chamadas "consultas". Isto é, o direito de consulta tem a finalidade de permitir a participação dos povos no debate político quando os projetos debatidos possam afetar seus modos de vida, territórios ou direitos fundamentais.

A questão da representação e participação democrática dos povos indígenas melhorou significativamente a partir da década de 1980: depois de séculos de políticas destinadas a assimilar e afastar os povos originários do espaço público, a década de 1980 nos oferece uma série de episódios simbólicos que indicam o incremento da organização dos movimentos indígenas e a sua luta para ocupar ambientes "dentro" do Estado.

Muitos problemas ainda persistem, tais como as pressões de agências governamentais, que procuram um chefe com quem contratar, em desconformidade com as formas tradicionais de deliberação. Essas tentativas de cooptação fazem parte do procedimento das agências de contato para "entrar" com a sua política nas comunidades. Não raramente essas interferências (pressão externa sobre os recursos naturais localizados nas terras indígenas) dividem as lideranças tradicionais.

De todo modo, a positivação do direito de consulta e o movimento de produção descentralizada de protocolos de consulta (com o aval dos tribunais brasileiros) permitem afirmar que o aumento da participação democrática dos índios é decorrência direta da CF/88 e da Convenção 169. Pode-se discutir se a formalização e "juridicização" das demandas dos povos indígenas seria capaz (ou não) de causar uma docilização dos sujeitos envolvidos nas consultas (risco de

retirar o protagonismo das mãos dos povos originários e colocá-lo nas mãos de seus assessores jurídicos e organismos internacionais representativos). Esse é um debate importante: a consulta jamais pode deixar de ser (e parecer) um direito dos povos. Não obstante, esse debate escapa das propostas do presente manuscrito.

A Convenção 169 da OIT também se destaca por eleger a autoidentificação como critério de atribuição da condição de indígena. A autoidentificação está relacionada com a consciência da própria condição de indígena e torna-se o critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplica a Convenção 169.

Entende-se que a autoidentificação é a única forma de reconhecimento compatível com a situação almejada, em que não existe hierarquia entre integrantes da sociedade envolvente e povos tradicionais; argumenta-se que a competência de atribuição das "definições identitárias" deve pertencer aos próprios grupos, sob pena de subsistir o poder de um grupo sobre os outros (o que não pode ocorrer numa situação de horizontalidade).

Portanto, verifica-se o protagonismo da Convenção 169 para os povos indígenas (em particular) e para o pluralismo (em geral): ela (1) é o símbolo da superação do paradigma integracionista; (2) positiva o direito de consulta; (3) inova na formulação dos critérios de identificação dos sujeitos destinatários de suas prescrições, adotando a autoidentificação; (4) fornece as condições para que a Corte Interamericana consiga operar diretamente nos assuntos que envolvem diversidade étnica e multiculturalismo; e (5) engendra um movimento de abertura pluralista nas constituições da América do Sul.

Também merece destaque a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007. Apesar de ser um diploma "*soft law*" representa um compromisso político dos Estados signatários e não pode ter sua importância diminuída. Considera-se que a Declaração da ONU é o documento que mais avançou na proteção do consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas, aumentando, assim, potencialmente, a sua autonomia.

Em termos de gestão participativa dos territórios indígenas, faz-se uma especial e devida menção ao Decreto n. 7.747, de 05 de junho de 2012, que institui a Política Nacional de Gestão Ambiental e Territorial das Terras Indígenas. Esse decreto reconhece e incentiva práticas de gestão comunitária de terras indígenas. A edição desse decreto favorece a produção dos planos de gestão territorial e



ambiental, que são documentos de gestão produzidos pelos próprios povos indígenas para pensar o futuro de seus territórios.

A PNGATI tem o objetivo de promover a sustentabilidade dos territórios indígenas, de forma a respeitar a sua autonomia. É a partir da instituição do PNGATI que aparecem, no contexto da administração das terras indígenas, experiências inovadoras de governança cultural e de gestão territorial, materializadas na elaboração e publicação de PGTA's. Para o presente trabalho, interessou o fato de os PGTA's serem produzidos pelos próprios povos indígenas (pluralismo jurídico) e proporcionarem um bom ambiente para a formulação coletiva de regras para a gestão das terras indígenas, que são bens utilizados em comunhão (princípio político do Comum).

Não há dúvida de que os diplomas legais aqui trabalhados forneceram condições para o surgimento de protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental.

**Objetivo 2. Discutir em que medida as práticas jurídicas dos povos indígenas são expressões de um pluralismo jurídico (de tipo emancipador) e do princípio político do Comum:** Parte-se do argumento de que os documentos jurídicos produzidos pelos povos indígenas seriam manifestações (ou expressões) dos aportes teóricos do pluralismo jurídico e do princípio político do Comum.

Sem a intenção de voltar a debater, de forma mais detalhada, os aportes teóricos, é necessário tecer algumas considerações antes de realizar a subsunção entre os aportes e PGTA's e protocolos de consulta.

São várias as correntes teóricas de pluralismo jurídico. Cada uma delas tem suas próprias preocupações e está inserida no vocabulário da área com a qual tem mais afinidade. Para ter uma ideia da diversidade de manifestações que estão inseridas no rótulo "pluralismo jurídico", pode-se mencionar (1) as situações que ocorrem em países colonizados, em que o Direito imposto pelos colonizadores convive com o Direito dos povos originários; (2) o convívio, cada vez mais acentuado, entre o Direito estadualista e as normas provenientes do plano internacional (organizações internacionais, Direito comunitário ou "supranacional"), que é consequência da globalização; (3) as manifestações normativas técnicas, de gestão e certificação, engendradas por instituições de normalização internacionais (exemplo: normas ISO), que escapam ao "tratamento" dos parlamentos; entre outros.

Apesar da multiplicidade de correntes pluralistas, pode-se afirmar que todas elas percebem a incapacidade da figura do Estado nacional para regular de maneira exaustiva todos os espaços da vida, daí o reconhecimento de fontes de Direito outras, além das estatais. Outro elemento capaz de unir os diferentes matizes pluralistas é a preocupação com a legitimidade do Direito; por esse motivo o pluralismo jurídico tem importante papel de "contraponto", no sentido de exigir do Direito estatal cuidado especial com a democraticidade de seus processos. Nesses termos, entende-se que a gramática do pluralismo (e dos novos movimentos sociais) pode servir de elemento renovador, inclusive sob uma perspectiva monista.

Para a construção do entendimento de pluralismo jurídico foram fundamentais os autores Wolkmer e Hespanha. Enquanto Wolkmer trabalha a partir de uma perspectiva mais sociológica, denominada comunitário-participativa (com os pés na América Latina), Hespanha (autor português) traz ao debate elementos mais abstratos e busca uma aproximação com a teoria geral do Direito.

A partir de tudo o que foi trabalhado, entende-se que a produção descentralizada de protocolos de consulta, com a posterior aceitação desses documentos pelos tribunais brasileiros é uma expressão de pluralismo jurídico. É nos protocolos de consulta que os povos tradicionais indicam ao Estado como deve ser realizado o procedimento de consulta, bem como quais são as suas formas tradicionais de decidir; isto é, como determinado povo fornece (ou não) o seu consentimento.

Cada povo indígena carrega sua cultura e suas diferenças, de modo que cada um deles produzirá um protocolo de consulta diverso, que não poderá ser aproveitado por nenhum outro. A pluralidade e a descentralização, nesse caso, é a única forma de regular as consultas prévias; há consenso de que uma padronização das consultas, de cima para baixo, desrespeitaria os modos tradicionais de representação e deliberação dos povos originários.

Tudo o que se disse a respeito do atributo pluralista dos protocolos de consulta pode ser aplicado para os PGTAs, em razão de sua forma, também descentralizada, de elaboração. O PGTA é produzido sem a participação do Estado e seu conteúdo tem a pretensão de regulamentar a gestão sustentável das terras indígenas; é um documento pluralista por excelência. Não obstante, pode-se, também, explorar uma profícua aproximação entre os PGTAs e o Comum.

Não há dúvidas de que existe um diálogo interessante entre o princípio político do Comum e os povos indígenas (em geral) e os PGTA's (em particular). Entende-se que as terras indígenas não são apenas de "uso comum"; constituem-se, antes, em um "viver em comum". Daí que fazer a leitura do Comum a partir dos povos indígenas é salutar para o seu robustecimento teórico, além de favorecer uma oxigenação decolonial (daquelas com as quais se preocupam os autores do Sul global). Esse "viver em comum" e os vínculos de natureza espiritual que nutrem com a terra é, de certa maneira, bem ilustrado com a imagem do Bem Viver.

Debate-se, ao longo do trabalho, as relações (muitas vezes conflituosas) entre o princípio político do Comum e a díade soberania/propriedade privada: as comunidades locais lutam para evitar o *cercamento* dos bens comuns, em oposição às atuais tendências privatizadoras, que consideram os *commons* apenas como um legado indesejado do passado; é exatamente essa a condição enfrentada pelos povos indígenas na manutenção dos seus direitos territoriais.

Resumidamente, refere-se que o Comum fortalece práticas de democracia direta em nível local, de modo que são prestigiadas soluções propostas pelos próprios sujeitos implicados nos processos de gestão.

Se se pode dizer que há a incidência de práticas que respeitam o princípio político do Comum<sup>221</sup> quando se verifica (1) uma comunidade se relacionando para gerenciar e explorar (2) determinado recurso (3) a partir de um conjunto de regras produzidas de modo participativo pelos próprios sujeitos implicados nessas práticas, podemos, por meio de uma subsunção, verificar que as práticas dos povos indígenas se encaixam nesse molde.

Os povos indígenas (comunidade que se relaciona) gerenciam e exploram as terras indígenas (bem ou recurso compartilhado) a partir dos PGTA's (conjunto de regras produzidas de modo participativo pelos próprios sujeitos). Os PGTA's são, justamente, o elemento regra (ou protocolo social) que compõe e identifica um comum. O PGTA, além de estar formalmente alinhado com o elemento "regra", está materialmente conforme a teoria do Comum (dados os objetos que pretende regular). É nesses termos que compreende-se o vínculo entre povos indígenas e Comum.

---

<sup>221</sup> "El procomún es un recurso + una comunidad + un conjunto de protocolos sociales. Los tres elementos conforman un todo integrado e interdependiente" (Bollier, 2016, p. 24).

Há outro ponto de coincidência entre indígenas e Comum. Assim como a díade Estado/mercado busca enfraquecer e tornar invisíveis as práticas do Comum, não há como negar que, historicamente, Estado e mercado sempre deram as mãos para espoliar os territórios e afastar a voz indígena dos debates políticos.

**Objetivo 3. A partir da prática dos povos indígenas, analisar os vínculos existentes entre os aportes teóricos do pluralismo jurídico e do princípio político do Comum:** O pluralismo jurídico e o princípio político do Comum têm inúmeros pontos de convergência; ambos os aportes carregam em si uma potência renovadora (e descentralizadora), capaz de torná-los especialmente ricos para atacar as questões que envolvem Direito e povos indígenas.

Merece menção o fato de que tanto o pluralismo quanto o Comum sofrem certo tipo de invisibilização (inclusive teórica) em relação aos sistemas hegemônicos que lhes são antagônicos: (1) o pluralismo jurídico sofre com a dogmática jurídica e com os juristas convencionais que, formados a partir de bases monistas, confinam sua atenção dentro do paradigma estadualista; (2) o princípio político do Comum e as formas de gerenciar bens a partir de seus valores são sempre confrontados pela onipotência da díade Estado/Mercado (ou soberania/propriedade privada); essa tentativa de periferizar o Comum pode ser ilustrada pelo conhecido ensaio "Tragédia dos comuns".

Reconhecido o rótulo "contra-hegemônico" dos aportes teóricos discutidos, vislumbra-se a função de contraponto que são capazes de desempenhar. O *derecho de los comunes* representa uma ameaça (tem capacidade de contraponto, no sentido de causar desconforto no que está "estabelecido") para a legislação formal, porque sua legitimidade é proveniente das práticas sociais; o fazer comum (*commoning*) é mais receptivo do que a rígida lei estatal. A ideia de permitir que floresçam *decisiones tomadas desde abajo* no seio da comunidade pode ser preocupante para as instituições de controle convencionais.

Daí se vê outra conexão entre pluralismo jurídico e o princípio político do Comum: é certo que o pluralismo jurídico vai se interessar pela *práxis* dos comuneiros, da qual surge um conjunto de regras que prescinde do Estado (embora possa incluí-lo) e que busca sua legitimidade nos consensos e no contexto locais. Há um diálogo possível entre pluralismo jurídico e Comum quando se discute o conceito de "novos sujeitos históricos" ou "novos atores coletivos" (presente na obra

de Wolkmer) e sua disposição para tensionar as bases monistas do Direito estadualista.

Uma teoria do autogoverno dos bens comuns não pode prescindir de uma teoria jurídica que, para resolver os conflitos, descarta simultaneamente "julgamentos estatais" e uma "anarquia mercantil". Ora, aí está o vínculo que une pluralismo e o Comum: o pluralismo jurídico é justamente essa teoria que vai fornecer ao Comum fundamentos importantes em matéria de produção normativa descentralizada.

Tanto pluralismo jurídico (de teor comunitário-participativo) quanto o Comum são capazes de críticas aos modelos hegemônicos da sociedade e se encontram, com muita vitalidade, nos modos de viver dos povos indígenas e tradicionais, de modo que se pode pensar os povos indígenas a partir desses aportes; mas também trilhar o caminho inverso, e pensar o pluralismo e o Comum a partir da prática dos povos indígenas (dialética entre teoria e *práxis*).

**Objetivo 4. Verificar a existência de vínculo entre pluralismo jurídico e Comum com o incremento da democracia, no sentido de aumentar a participação política dos povos originários:** Protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental são fundamentais para aumentar a organização interna e a participação democrática (diálogo com as instâncias de poder) dos povos indígenas; refere-se que esses documentos exercem funções instrumentais de defesa dos direitos materiais das coletividades tradicionais.

Pode-se dizer que o movimento de produção descentralizada de protocolos/PGTAs torna-se possível após a positivação do direito de consulta (um direito essencial para o exercício da cidadania indígena, não podendo ser confundido com um privilégio). Deve ficar claro que os direitos vinculados à condição indígena se justificam em razão de fatores históricos, ligados ao tipo de colonização que sofreu o Brasil; eles não podem ser considerados privilégios: a inclusão dos indígenas nos debates políticos ainda é uma tarefa inconclusa.

A consulta (direito de natureza coletiva) está intimamente ligada ao direito de participação na tomada de decisões que afetam direitos fundamentais de povos tradicionais: busca-se a incorporação, ao processo de tomada de decisão, do ponto de vista dos povos culturalmente diferenciados (tentativa de pluralizar a decisão).

Com a abertura do debate político às minorias, anteriormente silenciadas, vislumbra-se uma descentralização salutar na busca de um Estado plural;

pesquisadores ligados à causa indígena têm o entendimento de que os povos começam a se tornar sujeitos de seu próprio destino, buscando ambientes (no interior dos Estados nacionais) que possibilitem o desenvolvimento de sua autonomia.

Há uma preocupação com procedimentos mais diversos e mais ricos do que o voto e o sufrágio; passam a interessar formas capazes de incrementar os processos democráticos. Nessa linha, uma norma não é considerada "adequada" apenas por ter respeitado os requisitos formais do processo legislativo, previstos na Constituição; da mesma forma, não basta, que em sua elaboração tenham trabalhado os melhores técnicos e consultores jurídicos.

Preza-se, ao lado de um olhar técnico, pelos entendimentos da própria comunidade afetada pelos projetos. Interessa, portanto, a discussão sobre a criação de novos espaços de representação política (especialmente de minorias étnicas, no nível local); para tanto, fala-se em um novo olhar sobre o conceito de democracia, a partir da dialética possível entre Estado e comunidade, de modo a promover o *imperium* da comunidade.

Essas práticas não necessariamente precisam se limitar aos ritos propostos pelo Direito oficial; devem, antes, garantir o melhor conhecimento da realidade a regular e incluir os pontos de vista de todos interessados. Nesses termos, a democratização do Direito pode ser alcançada com o respeito ao processo legislativo, mormente se a ele se somarem procedimentos de informação e participação: é justamente esse o fundamento das consultas prévias, reguladas pelos seus respectivos protocolos de consulta.

Reitera-se a necessidade de um alargado consenso dos afetados por determinada decisão (em detrimento de uma "maioria sufragística"): o peso de cada cidadão no "cálculo dos consensos" deve variar de acordo com a proximidade/afetação dos seus interesses em relação ao objeto da discussão política. É precisamente esse argumento que fundamenta o poder de veto absoluto (dentro de um procedimento de consulta) quando a matéria for de interesse exclusivo de determinado povo indígena.

A partir das lentes do Comum e do pluralismo jurídico, os processos de nomogênese devem ter a preocupação de incluir a oitiva de todos os interessados/afetados e com eles dialogar; visualiza-se uma ruptura tal com o paradigma moderno que até a imagem do legislador ideal é modificada: para os

iluministas, o "modelo de legislador" deveria ter uma racionalidade, um afastamento e uma imparcialidade próprios de uma entidade divina; subvertendo a busca por essas qualidades, o princípio político do Comum parece apostar em consensos de base, locais, alcançados por pessoas vulgares (no sentido não pejorativo do termo), que estão inseridas nas próprias práticas sociais que pretendem regular.

Arrisca-se dizer que o prestígio recaia, justamente, sobre atributos que são desvalorizados pelo ideário racional-iluminista. É nesses termos que se afirma que o pluralismo jurídico e o Comum são importantes instrumentos para incrementar os processos democráticos brasileiros; isso fica claro, na perspectiva dos povos indígenas, a partir do estudo dos protocolos de consulta e dos PGTA's. Pluralismo jurídico e Comum podem, juntos, fortalecer Direitos que estão fundados em novos critérios de legitimação, que têm sua razão de ser na ação de sujeitos coletivos.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia. Literária, Elefante, 2016.

ACSELRAD, Henri. Prefácio. In: RICOVERI, Giovanna. **Bens Comuns versus Mercadorias**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2012.

ALEXANDRE, Agripa Faria. **Práticas ambientais no Brasil**: definições e trajetórias. Florianópolis: Editora da UFSC, 2012.

ANAYA, James. El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. **James Anaya**, 2013. Disponível em: <http://unsr.jamesanaya.org/?p=802>. Acesso em: 23 jul. 2024.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **A convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 188 p. ISBN 978-85-519-1128-0.

ARAÚJO, Ana Valéria (Org.). **Povos Indígenas e a Lei dos Brancos**: o direito à diferença. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. 212p. (Coleção Educação Para Todos. Série Vias dos Saberes n. 3). Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154567POR.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BANIWA, Gersem. Autonomia indígena no Brasil: desafios e possibilidades. In: DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/convencao-169-da-oit\\_web.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf). Acesso em: 04 ago. 2024.

BAVARESCO, Andréia; MENEZES, Marcela. **Entendendo a PNGATI**: Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental Indígenas. Brasília: GIZ/Projeto GATI/Funai, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda**: razões e significados de uma distinção política. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: fragmentos de um dicionário político. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2021.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 10 edição, 1999.

BOLÍVIA. Constituição do estado plurinacional da Bolívia. **OAS**, 2009. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf). Acesso em: 07 jul. 2024.

BOLLIER, David. **Pensar desde los comunes**: una breve introducción. Madri: Traficantes de Sueños, 2016.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Violações de direitos humanos dos povos indígenas. In: BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**: textos temáticos. Brasília, DF: CNV, 2014. v. II. Disponível em: <https://www.gov.br/memoriasreveladas/pt-br/assuntos/comissoes-da-verdade/cnv>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 19 jul. 2024.

BRASIL. Decreto n. 7.747, de 05 de junho de 2012. Institui a Política Nacional de Gestão Ambiental e Territorial das Terras Indígenas – PNGATI. **Diário Oficial da União**: Brasília, 2012.

BRASIL. **Lei nº 13.123**, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm). Acesso em: 09 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2018. **STF**. Brasília,



2018. Disponível em:

<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339396721&ext=.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388 Roraima. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. **STF**. Brasília, 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 21 ago. 2023.

BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. A convenção 169 da OIT e uma análise da sua violação pelo estado brasileiro a partir do caso da UHE Belo Monte. In: CAUBET, Christian (org.). **Tratados internacionais, direitos fundamentais, humanos e difusos: os estados contra o bem viver de suas populações**. Florianópolis: Insular, 2016.

CALDEIRA, Jorge; SEKULA, Julia Marisa; SCHABIB, Luana. **Brasil paraíso restaurável**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020. 352p. ISBN: 978-65-5733-002-9.

CALEIRO, Manuel Munhoz; WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Sistemas jurídicos originários: entre o plural e o diverso. In: TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; *et al.* (orgs.). **Estados e povos na América Latina Plural**. Goiânia: Ed. PUC Goiás, 2016. ISBN: 978-85-7103-942-1.

CAMPOS, Nazareno José de. **Terras de uso comum no Brasil: abordagem histórico-socioespacial**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2011.

CERVANTES, Daniel Sandoval. El pluralismo jurídico contrahegemónico en nuestra América. In: TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; *et al.* (orgs.). **Estados e povos na América Latina Plural**. Goiânia: Ed. PUC Goiás, 2016. ISBN: 978-85-7103-942-1.

CIMI. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2022**. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2023. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2023/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2022-cimi.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2024.

CIMI. **Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil: dados de 2023**. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2024. ISSN 1984-7645. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2023-cimi.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2024.

CNJ. **Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – Direito à Igualdade Racial**. Brasília: CNJ, 2023. ISBN: 978-65-5972-085-9. Disponível em: <https://cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/05/cadernos-stf-igualdade-racial-web-23-05-03.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024.

COLAÇO, Thais Luzia. Os “Novos” Direitos Indígenas. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. In: **SUR**, Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: SUR, ano 6, n.10, p. 53-81, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/czXwTF5VFt4m4LCw5Fx4Tdy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 ago. 2024.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Comum**: ensaio sobre a revolução no século XXI. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2017.

DIDIER, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024.

DREMISKI, João Luiz; LINI, Priscila. A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil**: desafios no século XXI. Curitiba, Ed: Letra da Lei, 2013.

DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. Disponível em: [https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/convencao-169-da-oit\\_web.pdf](https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf). Acesso em: 10 sep 2024.

DUPRAT, Deborah. A importância da Convenção 169 da OIT na garantia dos direitos dos povos indígenas e tribais. In: GARZÓN. Biviany Rojas. **Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Oportunidades e Desafios Para sua Implementação no Brasil. São Paulo. Documentos Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em: [http://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2022/03/Convencao-169-da-OIT-sobre-povos-indigenas-e-tribais\\_-oportunidades-e-desafios-para-sua-implementacao-no-Brasil.pdf](http://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2022/03/Convencao-169-da-OIT-sobre-povos-indigenas-e-tribais_-oportunidades-e-desafios-para-sua-implementacao-no-Brasil.pdf). Acesso em: 10 set. 2024.

ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador. **OAS**, 2008. Disponível em: [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.PDF](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.PDF). Acesso em: 09 ago. 2024.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. **Bilbao**, 2006. Disponível em: <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2024.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **CEJ Americas**, 2003. Disponível em <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/128elotrdr030-06.pdf>. Acessado em 09 ago. 2024.

FERNÁNDEZ, Luis Ventura. Violência contra os povos indígenas persiste diante da inércia e da cumplicidade do Estado. In: CIMI. **Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2023**. Brasília: Conselho Indigenista

Missionário, 2024. ISSN 1984-7645. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2023-cimi.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2024.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2019.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: GARZÓN. Biviany Rojas. **Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Oportunidades e Desafios Para sua Implementação no Brasil. São Paulo. Documentos Instituto Socioambiental. Maio de 2009.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar por standards e indicadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FUNAI. COORDENAÇÃO GERAL DE GESTÃO AMBIENTAL (Org.). **Plano de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas**: Orientações para Elaboração. – Brasília: FUNAI, 2013. Disponível em: [http://cggamgati.funai.gov.br/files/6413/8685/5847/Cartilha\\_PGTA.pdf](http://cggamgati.funai.gov.br/files/6413/8685/5847/Cartilha_PGTA.pdf). Acesso em: 10 ago. 2024.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Porto Alegre: Coleção L&PM Pocket, 2019.

GARAVITO, Cesar. Rodríguez. Etnicidad.gov Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, **Dejusticia**, 2012. Disponível em: <https://www.dejusticia.org/publication/etnicidad-gov-los-recursos-naturales-los-pueblos-indigenas-y-el-derecho-a-la-consulta-previa-en-los-campos-sociales-minados/>. Acesso em: 05 ago. 2024.

GRABNER, Maria Luiza. O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais. In: DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/convencao-169-da-oit\\_web.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf). Acesso em: 04 ago. 2024.

GRONDIN, Marcelo; VIEZZER, Moema. **Abya Yala!**: genocídio, resistência e sobrevivência dos povos originários das américas. Rio de Janeiro: Bambual Editora, 2021. ISBN: 9786589138013.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. Trilhando novos caminhos para a gestão das Terras Indígenas. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.). **Em busca do bem viver**: experiências de elaboração de Planos de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica - RCA, 2020. Disponível em: <https://institutoiepe.org.br/wp-content/uploads/2021/02/2020-Livro-Em-busca-do-Bem-Viver.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2024.

HAN, Byung-Chul. **Topologia da violência**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. Tradução de Enio Paulo Giachini.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI**. Coimbra: Almedina, 2019.

JOCA, Priscylla; *et al.* **Protocolos Autônomos de Consulta e Consentimento: um olhar sobre o Brasil, Belize, Canadá, Colômbia**. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA, 2021. Disponível em: <https://institutoiepe.org.br/2022/03/protocolos-autonomos-de-consulta-e-consentimento-um-olhar-sobre-o-brasil-belize-canada-e-colombia/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

JOURDAIN, Édouard. **Elinor Ostrom: el gobierno de los comunes**. Buenos Aires: Editorial jusbares, 2023.

KERBRAT, Yann; BOLOPION, Emma. Princípio 10. In: TOLEDO, André de Paiva; LIMA, Lucas Carlos (orgs.). **Comentário brasileiro à Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'plácido, 2022.

KOPENAWA, Davi. Apresentação. In: POVO YANOMAMI. **Plano de Gestão Territorial e Ambiental Terra Indígena Yanomami com Protocolo de Consulta Yanomami e Ye'kwana**. Hutukara Associação Yanomami, Instituto Socioambiental, 2019. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/livros/terra-indigena-yanomami-plano-de-gestao-territorial-e-ambiental-com-protocolo-de>. Acesso em: 03 set. 2024.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

KRENAK, Ailton. O eterno retorno do encontro. In: NOVAES, Adauto (org.). **A outra margem do Ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Disponível em: <http://www.edufrn.ufrn.br/bitstream/123456789/2350/1/Descobrimos%20os%20brancos.%20A%20Outra%20Margem%20do%20Ocidente.%20YANOMAMI%2C%20Davi%20K.%20ALBERT%2C%20Bruno.%201999.pdf>. Acesso em: 10 set. 2024.

LIMA, Nathalia; SILVA, Solange Teles da. Direito de Consulta Livre, Prévia e Informada: Instrumentos para Efetivar Participação dos Povos Indígenas em Processos Decisórios?. In: **21º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental: jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no Século 21**. São Paulo: Instituto O Direito Por um Planeta Verde, 2016.

LUTZENBERGER, José A. **Fim do futuro? Manifesto ecológico brasileiro**. 4. ed. Porto Alegre: Editora Movimento/Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1980.

MARÉS, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018.

MARÉS, Carlos Frederico. O retorno da natureza e dos povos com as constituições latino-americanas. In: TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco *et al.* (org.). **Estados e povos na América Latina Plural**. Goiânia: Ed. PUC Goiás, 2016. ISBN: 978-85-7103-942-1.

MARÉS, Carlos. A Força Vinculante dos Protocolos de Consulta. In: MARÉS, Carlos; *et al* (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2024.

MARÉS, Carlos. Os povos indígenas e o direito brasileiro In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba, Ed: Letra da Lei, 2013.

MARÉS, Theo. Terras indígenas In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba, Ed: Letra da Lei, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

MILLER, Robert P. *et al.* **Planos de gestão territorial e ambiental em terras indígenas do Brasil: estratégias para apoiar o bem viver, culturas, florestas e paisagens sustentáveis**. [S.L]: Cooperação Alemã; GIZ, [202-].

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 10 Redução das Desigualdades**. 2024a. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/10>. Acesso em: 10 set. 2024.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 16 Paz, Justiça e Instituições Eficazes**. 2024b. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 10 set. 2024

OIT. Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT, **OAS**, 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2024.

OLIVEIRA, Antônio Eduardo Cerqueira de. O fim de um quadriênio sombrio e de extrema crueldade contra os povos indígenas. In: CIMI. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2022**. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2023. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2023/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2022-cimi.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2024.

OLIVEIRA, Assis da Costa. **Sensibilidade jurídica e embate colonial: análise do caso Saramaka vs. Suriname**. Revista Direito e Práxis, vol. 3, no. 1, 2012.

OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de. Construção do Protocolo de Consulta. In: MARÉS, Carlos; *et al* (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre**

**determinação.** São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

Disponível em:

<https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>.

Acesso em: 09 ago. 2024.

OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de; ALEIXO, Mariah Torres. **Convenção 169 da OIT em disputa:** consulta prévia, pensamento descolonial e autodeterminação dos povos indígenas. 2014. Disponível em:

[http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402003900\\_ARQUIVO\\_Oliveira&Aleixo29RBA-GT.48.pdf](http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402003900_ARQUIVO_Oliveira&Aleixo29RBA-GT.48.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Nações Unidas. **ACNUR**, 2007. Disponível em:

[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf). Acesso em: 07 jul. 2024.

PERUZZO, Pedro Pulzatto. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 8, n. 4, p. 2708-2740, dez. 2017.

FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/24631>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/z7p585nnpnbQJdph36HKTTjm/abstract/?lang=pt#>.

Acesso em: 07 jul. 2024.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. In: SCHILLING, Maria Luiza Bernardi Fiori (org.). **Caderno de Direito Constitucional.** EMAGIS: TRF da 4ª Região, 2006. Disponível em:

[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf). Acesso em: 23 jul. 2024.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. ISBN 9786555599619.

PONTES JR, Felício. Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação. Apresentação. In: MARÉS, Carlos; SILVA, *et al.* (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação.** São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em:

<https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>.

Acesso em: 09 ago. 2024.

PORTO JÚNIOR, Francisco Gilson Rebouças; et al. Um olhar sobre a gestão ambiental dos povos indígenas na Amazônia Legal. **Revista Observatório**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. a3pt, 2021. DOI: 10.20873/uft.2447-4266.2021v7n1a3pt. Disponível em:

<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/article/view/11417>.

Acesso em: 2 set. 2024.

POVO JAMAMADI. Plano de gestão territorial Jamamadi: Povo Jamamadi Terra Indígena Jarawara/Jamamadi/Kanamanti. **Operação Amazônia Nativa**, Brasil, 2015. ISBN: 978-85-67133-11-9. Disponível em:

<https://amazonianativa.org.br/pub/plano-de-gestao-territorial-jamamadi/>. Acesso em: 02 set. 2024.

POVO JURUNA. **Protocolo de Consulta do Povo Juruna**. 2017. Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/sites/uc/files/2019-04/RCA-2017-Protocolo-Juruna-CAP-A-e-MIOLO.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2024.

POVO KRENAK. **Protocolo de Consulta Prévia do Povo Krenak**. 2017. Disponível em: [https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/protocolos-de-consulta/docs/ProtocoloConsultaKRENAK\\_.pdf](https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/protocolos-de-consulta/docs/ProtocoloConsultaKRENAK_.pdf). Acesso em: 03 out. 2024.

POVO MUNDURUKU. **Protocolo de Consulta Munduruku**. 2014. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/07/Protocolo-de-consulta-Munduruku.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2024.

POVO WAJÃPI. **Plano de gestão socioambiental**: terra indígena Wajãpi. Macapá: Instituto Iepé, 2017. Disponível em: <https://institutoiepe.org.br/2017/07/plano-de-gestao-socioambiental-terra-indigena-wajapi/>. Acesso em: 03 set. 2024.

POVO WAJÃPI. **Protocolo de Consulta Wajãpi**. 2014. Disponível em: <https://observatorio.direitosocioambiental.org/protocolo-de-consulta-e-consentimento-wajapi-2014/>. Acesso em: 04 ago. 2024.

POVO YANOMAMI. Plano de Gestão Territorial e Ambiental Terra Indígena Yanomami com Protocolo de Consulta Yanomami e Ye'kwana. **Hutukara Associação Yanomami**, Instituto Socioambiental, 2019. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/livros/terra-indigena-yanomami-plano-de-gestao-territorial-e-ambiental-com-protocolo-de>. Acesso em: 03 set. 2024.

RAMOS, Alcida Rita. **O papel político das epidemias**: o caso Yanomami. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. Disponível em: <http://biblioteca.funai.gov.br/media/pdf/Folheto26/FO-CX-26-1528-1994.PDF>. Acesso em: 16 jul. 2024.

RANGEL, Lucia Helena; LIEBGOTT, Roberto Antonio Liebgott. Sob Bolsonaro, o genocídio dos povos indígenas foi naturalizado. In: CIMI. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil**: dados de 2022. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2023. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2023/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2022-cimi.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2024.

REDE DE COOPERAÇÃO ALTERNATIVA. Proposta de Diretrizes para a Regulamentação dos Procedimentos de Consulta Livre, prévia e Informada aos Povos Indígenas no Brasil. 2011. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB\\_institucional/Proposta\\_Diretrizes\\_CLPI\\_aos\\_povos\\_indigenas.pdf](https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/Proposta_Diretrizes_CLPI_aos_povos_indigenas.pdf). Acesso em: 04 ago. 2024.

RIBEIRO, Darcy. **América Latina**: a pátria grande. São Paulo: Global, 2017a.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Global, 2017b.

RICARDO, Carlos Alberto. Quem fala em nome dos índios? In: **Povos indígenas no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1996. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/Quem\\_fala\\_em\\_nome\\_dos\\_%C3%ADndios%3F](https://pib.socioambiental.org/pt/Quem_fala_em_nome_dos_%C3%ADndios%3F). Acesso em: 17 jul. 2024.

RICOVERI, Giovanna. **Bens Comuns versus Mercadorias**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2019.

SAID, Edward. **A questão palestina**. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MORAIS, José Luis Bolzan de. Apresentação. In: FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar por standards e indicadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez Editora, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Descolonizar**: abrindo a história do presente. Belo Horizonte: Autêntica Editora; São Paulo: Boitempo, 2022.

SARAIVA, Leila; ROSAS, Elisa. Desafios e avanços na política indigenista em 2023: análise da execução financeira e perspectivas futuras. In: CIMI. **Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil**: Dados de 2023. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2024. ISSN 1984-7645. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2023-cimi.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. ISBN 978-65-5964-860-3.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil**: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. ISBN: 9788535925661.

SEGUNDO NETO, José Augusto. A Convenção n. 169 da OIT e o pluralismo jurídico. **Revista do TRT6**, Recife, v. 24, n. 41, p. 75-86, 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/102839>. Acesso em: 27 ago. 2024.



SHIVA, Vandana. **Reclaiming the Commons**: biodiversity, indigenous wisdom, and the rights of mother earth. 2020. St. London, WC1N 3AL England: Synergetic Press Inc., U.S., agosto de 2020.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. Título original: Qu'est-ce que le Tiers État.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. The Existential Subject of Rights and Private Law: The Example of the Indian Issue in Brazil. **Nevada Law Journal**: Vol. 10: Iss. 3, Article 5. 2010. Disponível em: <https://scholars.law.unlv.edu/nlj/vol10/iss3/5>. Acesso em: 11 ago. 2024.

SILVA, Alexandre Antônio Bruno da; MACIEL, Marléa Nobre da Costa. A Convenção 169 da OIT e a Agenda 2030 da ONU: o direito de consulta prévia das comunidades locais nas obras de grande vulto. **Direito e Desenvolvimento**, v. 9, n. 1, p. 23-43, 11 jul. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/494>. Acesso em: 04 ago. 2024.

SILVA, Liana Amin Lima da. Jusdiversidade e autodeterminação: a força vinculante dos protocolos autônomos de consulta prévia. **VI ENADIR**. GT. 4: Consulta prévia, livre e informada e protocolos próprios de consulta: experiências de autonomia política e diálogo intercultural no Brasil. 2019b. Disponível em: [https://www.enadir2019.sinteseeventos.com.br/simpósio/view?ID\\_SIMPÓSIO=40](https://www.enadir2019.sinteseeventos.com.br/simpósio/view?ID_SIMPÓSIO=40). Acesso em: 04 ago. 2024.

SILVA, Liana Amin Lima da. Sujeitos da Convenção n.169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI). In: MARÉS, Carlos; *et al.* (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019a. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2024.

SILVA, Rafael Afonso da. Para “descolonizar” o comum: um ensaio crítico sobre a obra de Dardot e Laval. **Tempo Social**, [S.L.], v. 33, n. 2, p. 351-370, 16 ago. 2021. Universidade de São Paulo, Agência USP de Gestão da Informação Acadêmica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2021.176239>.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.

SILVEIRA, Clóvis Malinverni. A pesquisa na área de Direito ambiental e sociedade: considerações metodológicas e caracterização das linhas de pesquisa do PPGDIR/UCS. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, [S. l.], v. 6, n. 1, 2016. Disponível em: <https://sou.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/4366>. Acesso em: 24 ago. 2024.

SILVEIRA, Clóvis Malinverni. BURGEL, Caroline Ferri. KAISER, Mateus Vinicius. Protocolos de consulta e consentimento: o problema do poder de veto dos povos e

comunidades tradicionais nas decisões judiciais e administrativas. In: SILVEIRA *et al.* (org.). **Políticas Públicas, Meio ambiente e novos direitos, desafios contemporâneos frente à crise ambiental**. Lages/SC: Editora Biosfera, 2023.

SILVEIRA, Clóvis Malinverni. O comum, os novos direitos e os processos democráticos emancipatórios. In: SILVEIRA, Clóvis Malinverni; BORGES, Gustavo; WOLKMER, Maria de Fatima. **Direito dos bens comuns ambientais**: apresentação do projeto de pesquisa e a possibilidade de uma teoria do direito ambiental pautada no comum. Caxias do Sul: EDUCS, 2019.

SILVEIRA, Clóvis Malinverni; DEMORI, Natália Bossle; KAISER, Mateus Vinicius. Povos indígenas, direitos humanos, genocídio e tortura: há moralidade na violência? In: FERNANDES, Alexandre Cortez; LUCAS, João Ignácio Pires; DALSOTTO, Lucas Mateus. **Diálogos sobre ética ambiental**. Caxias do Sul: EDUCS, 2023.

SILVEIRA, Clóvis Malinverni; KAISER, Mateus Vinicius; MAGNI, Marciana. Os protocolos de consulta como manifestação do pluralismo jurídico. **Revista observatório de la economia latino-americana**, Curitiba, v.22, n. 2, p. 01-23. 2024. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/378581985\\_Os\\_protocolos\\_de\\_consulta\\_como\\_manifestacao\\_do\\_pluralismo\\_juridico](https://www.researchgate.net/publication/378581985_Os_protocolos_de_consulta_como_manifestacao_do_pluralismo_juridico). Acesso em: 08 ago. 2024.

SILVEIRA, Clóvis Malinverni; KAISER, Mateus; CADÓ, Sabrina. Usina Hidrelétrica de Belo Monte: breves comentários sobre violações de Direito Internacional. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, v. 8, n. 2, p. e086, 2024. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v8n2.e086. Disponível em: <https://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/view/196>. Acesso em: 17 maio 2024.

SILVEIRA, Clóvis Malinverni; RUSCHEL, Caroline Vieira. Pequeno mapa do comum. In: RUSCHEL, Caroline Vieira; MILIOLI, Geraldo (org). **O comum e os comuns: teoria e prática para um bem viver planetário**. Criciúma, SC: Ediunesc, 2023. p. [25]-46. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/10183>. Acesso em: 15 ago. 2024.

"NADA sobre nós, sem nós" – reflexões sobre o Dia Internacional das Pessoas com Deficiência. **UNB Notícias**, 2023. Disponível em: <https://noticias.unb.br/artigos-main/7015-nada-sobre-nos-sem-nos-reflexoes-sobre-o-dia-internacional-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 31 jul. 2024.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VERDUM, Ricardo. O "novo indigenismo" em 2022: desestruturação, desassistência e vulnerabilização. In: CIMI. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil**: dados de 2022. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2023. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2023/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2022-cimi.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2024.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015b.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. São Paulo: Saraiva, 2015a.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de una nueva cultura del derecho. 2a. edición. Madrid: Dykinson, 2018. Tradução de David Sánchez Rubio.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKMER, Maria de Fátima. **Horizontes contemporâneos do direito na América Latina**: pluralismo, buen vivir, bens comuns e princípio do “comum”. Criciúma, SC: UNESC, 2020.

YAMADA, Erika M.; GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; GARZÓN, Biviany Rojas. **Protocolos autônomos de consulta e consentimento**: Guia de Orientações. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA, 2019. Disponível em: [https://institutoiepe.org.br/wp-content/uploads/2024/01/2019-Guia-de-Protocolos-RC A-versao-web.pdf](https://institutoiepe.org.br/wp-content/uploads/2024/01/2019-Guia-de-Protocolos-RC-A-versao-web.pdf). Acesso em: 05 ago. 2024.