

# Entre a Constituição e a Convenção n. 169 da OIT: o direito dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia como uma exigência democrática

Natália Albuquerque Dino

Analista Técnico-administrativo da Advocacia-Geral da União e Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília e pós-graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Direitos Étnicos da Universidade de Brasília - Moitará.

*Vocês podem achar que é repetitivo vir aqui toda vez falar as mesmas coisas, fazer as mesmas denúncias e reivindicações, mas sabe por que a gente vem? Porque quem não é visto, não é lembrado. Quando a gente está aqui, vocês lembram que a gente é de carne e osso, e que a gente existe. Mesmo que vocês não possam nos receber, mesmo que não nos recebam, vocês veem que a gente existe. E isso já é alguma coisa.*

*(Lindomar Terena, durante audiência no Ministério da Justiça realizada em 28 de fevereiro de 2014).*

**Resumo:** O presente artigo realiza uma análise dos direitos fundamentais dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia, estabelecidos na Constituição de 1988 e na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho. A metodologia consistiu principalmente em revisão bibliográfica e análise documental bem como na colheita de experiências práticas por meio do acompanhamento do processo de regulamentação da Convenção n. 169 no Brasil. Buscou-se demonstrar que os direitos indígenas à participação social e à consulta prévia sobre as medidas administrativas e legislativas que lhes afetam decorrem diretamente do regime do Estado Democrático de Direito, possuindo natureza materialmente constitucional, independentemente do disposto na Convenção

n. 169 da OIT. Com base nas teorias de Dussel e Habermas, sustenta-se que a participação ativa desses povos nos processos decisórios que lhes afetem constitui condição para a legitimidade do exercício do poder político, sendo necessário o estabelecimento de um procedimento que permita o exercício adequado de sua autonomia argumentativa. Além disso, discorre-se sobre a gênese democrática do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na Constituição brasileira, demonstrando-se como esse processo esteve relacionado também com as conquistas desses povos no plano internacional. Assim, propõe-se uma interpretação sistemática do direito à participação social indígena, com base nos parâmetros principiológicos da Convenção n. 169 da OIT, ressaltando-se a aplicabilidade imediata desse direito fundamental, de modo que o processo de regulamentação não é requisito para sua efetividade, mas é importante para conferir uniformidade e segurança jurídica. Por fim, são tecidos comentários e propostas ao processo de regulamentação em curso.

**Palavras-chave:** Povos indígenas. Participação social. Consulta prévia. Constituição brasileira de 1988. Convenção n. 169. Democracia. Direitos fundamentais.

**Abstract:** This paper conducts an analysis of the fundamental rights of indigenous social participation and consultation provided by the Brazilian Constitution (1988) and the International Labor Organization Convention 169 (1989), concerning indigenous and tribal peoples in independent countries. The methodology consisted mainly in literature review and document analysis as well as in practical experiences from monitoring the process of regulation of Convention 169 in Brazil. We attempted to demonstrate that indigenous social participation and consultation on legislative or administrative measures affecting their rights derive directly from the democratic rule of law regime, consisting in constitutional matter, regardless of the provisions of ILO Convention 169. From the theories of Habermas and Dussel, it is argued that the active participation of these people in decision-making processes affecting them are conditions for the legitimacy of the exercise of political power. It's also argued that is necessary the establishment of an adequate procedure to allow the proper exercise of their autonomy. Moreover, it discusses about the democratic process of recognition of the indigenous peoples rights in the Brazilian Constitution, demonstrating how this process was also related

to the achievements of these peoples internationally. Thus, we propose a systematic interpretation of the right of indigenous social participation, based on the principles of ILO Convention 169, emphasizing the immediate applicability of this fundamental right, so that the regulatory process is not required for its effectiveness but it is important to provide uniformity and legal certainty. Finally, it makes comments and proposals concerning the implementation of these rights in Brazil.

**Keywords:** Indigenous people. Participation in policy. Consultation. Brazilian Constitution. ILO Convention 169. Democracy. Fundamental rights.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Participação é legitimidade: os fundamentos teóricos da participação social como exigência democrática. 3 A gênese democrática do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na Constituição brasileira de 1988 e no âmbito internacional. 4 A Convenção n. 169 da OIT como norma interpretativa: por uma interpretação sistemática do direito à participação social indígena. 4.1 Da aplicabilidade imediata dos direitos à participação social indígena e à consulta prévia. 4.2 Comentários e propostas ao processo de regulamentação da Convenção n. 169 da OIT no Brasil. 5 Conclusões.

## 1 Introdução

O direito dos povos indígenas à participação social na construção de políticas públicas, no processo decisório sobre a realização de intervenções em seus territórios tradicionais, ou na elaboração de medidas administrativas ou legislativas capazes de afetá-los diretamente, vem sendo usualmente analisado por meio de sua relação com o princípio constitucional da soberania nacional ou da supremacia do interesse público.

Nesse sentido, observa-se que são frequentemente apresentados questionamentos sobre a abrangência desse direito à manifestação de vontade frente ao “interesse público” e social, bem como

sobre os limites do usufruto exclusivo das riquezas das terras indígenas, de titularidade dominial da União, em oposição ao “relevante interesse público” deste ente, conforme a ressalva prevista no § 6º do art. 231 da CR/1988<sup>1-2</sup>.

Há, ainda, muita reflexão e intenso debate travados em torno da existência ou não de um poder de veto ou da exigência de consentimento prévio dos indígenas para a realização de intervenções em seus territórios tradicionais, nos termos do disposto na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil e internalizada no ordenamento jurídico pátrio<sup>3</sup>.

- 1 São exemplos relevantes do debate em torno do suposto conflito entre soberania nacional e povos indígenas as discussões travadas no âmbito do Poder Judiciário, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do conhecido “Caso Raposa Serra do Sol” (PET 3388/RR), em especial no estabelecimento das 19 condicionantes propostas pelo Ministro Menezes Direito. Essas condicionantes foram replicadas na Portaria n. 303, de 16 de julho de 2012, da Advocacia-Geral da União. O interesse estratégico nacional também é apontado como elemento central nas ações que discutem o aproveitamento do potencial hidrelétrico na região Amazônica, em especial as relativas à Usina Hidrelétrica de Belo Monte (v. decisões monocráticas no âmbito do STF na SL 125/PA, DJ de 29 mar. 2007, proferida pela min. Ellen Gracie, e na RCL 14404/DF, DJe-171 div. 29.8.2012 e pub. 30.8.2012, proferida pelo min. Ayres Britto). No Poder Legislativo, há inúmeros projetos em tramitação que dispõem sobre limites ao usufruto exclusivo indígena, destacando-se o PL 1610/1996, que regulamenta a exploração mineral em terras indígenas, e o PLP 227/2012, que regulamenta o relevante interesse público da União disposto no § 6º do art. 231 da CR/1988. (BRASIL. Portaria n. 303, de 16 de julho de 2012. Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388/RR. *Diário Oficial da União*, n. 137 de 17 jul. 2012, p. 27).
- 2 Dispõe o § 6º do art. 231 da CR/1988 que “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”.
- 3 No recente julgamento dos Embargos de Declaração na PET 3388/RR, o relator, min. Luis Roberto Barroso, asseverou em seu voto: “Por fim, conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes, a relevância da consulta às comunidades indígenas ‘não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade’ (fl. 799). Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente

Contudo, é importante questionar: a vontade e os interesses dos povos indígenas não são também de interesse público e social? Os povos indígenas não constituem também a sociedade brasileira?

Diante dessa problemática, pretende-se demonstrar que a restrição do debate a um dilema de soberania nacional é equivocada e perniciosa. O mesmo dispositivo que enuncia a soberania como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da CR/1988) também consagra, entre esses fundamentos, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. Não fosse isso, convém ressaltar que, antes até de indicar os fundamentos, o *caput* do art. 1º da Constituição brasileira afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Portanto, o valor soberania aqui deve ser concebido na perspectiva consignada por Paulo Bonavides (2003), em que o povo deixa simplesmente de adjetivar a soberania para passar a ser o substantivo e a própria encarnação da soberania em sua essência e eficácia, assim como em sua titularidade e exercício, compondo a sua materialidade e conteúdo, de modo intangível e inalienável<sup>4</sup>.

Assim, no presente artigo, busca-se evidenciar que, em verdade, o direito dos povos indígenas a participarem dos processos políticos deliberatórios acerca das medidas que podem lhes afetar diretamente, conforme esmiuçado em instrumentos internacionais dos quais o

---

considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Petição 3388/RR*. relator: min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Brasília, 23.10.2013, acórdão eletrônico DJE-023 divulg. 3.2.2014 public. 4.2.2014).

4 Esclarece Bonavides (2003, p. 44) que “na clássica democracia representativa o povo simplesmente adjetivava a soberania, sendo soberano apenas na exterioridade e na aparência, na forma e na sua designação; já com a democracia participativa, aqui evangelizada, tudo muda de figura: o povo passa a ser substantivo, e o é por significar a encarnação da soberania mesma em sua essência e eficácia, em sua titularidade e exercício, em sua materialidade e conteúdo e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade; soberania da qual o povo, agora, não conhece senão o nome, a falsa representatividade, o falso testemunho, a falsa valorização”.

Brasil é signatário, está mais relacionado ao postulado constitucional fundamental da *democracia*, e assim é que deverá ser compreendido.

Com efeito, a ascensão do paradigma do Estado Democrático de Direito implica uma nova hermenêutica constitucional, em que a participação popular assume papel central para a legitimidade da ordem jurídica e, ao mesmo tempo, o direito assume ou deve assumir uma função transformadora da realidade social. Nesse contexto, os conceitos de democracia e de igualdade são também ressignificados para adquirirem materialidade.

Defende-se a tese de que, ainda que o Brasil não houvesse ratificado a Convenção n. 169 da OIT ou, eventualmente, optasse por denunciá-la, persistiria o dever de o Poder Público consultar os povos indígenas quando previstas medidas capazes de afetar diretamente as suas vidas, suas organizações sociais, em síntese, o livre exercício do seu modo de vida tradicional. Essa compreensão deriva do fato de que o direito de todo cidadão de exercer o poder diretamente constitui elemento fundante do Estado Democrático de Direito brasileiro e possui natureza constitucional, independentemente do disposto na já mencionada convenção.

O direito à participação adquire, assim, uma conotação de direito fundamental em si, estritamente relacionado à preservação de outros direitos fundamentais desses povos, cláusulas pétreas do texto constitucional previstas não apenas em dispositivos específicos direcionados aos povos indígenas (arts. 231 e 232), mas fundamentadas em princípios e regras constitucionais que albergam todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 5º e outros).

Optou-se por tratar do direito à participação e não apenas à consulta, tendo em vista que a participação é mais ampla que a consulta prévia sobre as medidas que afetam diretamente esses povos, englobando-a. Essa participação vai além do direito de assumir uma posição passiva de mero oferecimento de consentimento ou veto, quando provocados por um ente externo e “todo poderoso”.

Compreende, sim, os direitos de participar ativamente do processo de elaboração das medidas capazes de afetá-los, de proposição, de ampla manifestação de vontade e de expressão de razões.

Cumprir fazer a ressalva de que, devido ao recorte metodológico adotado na presente pesquisa, não serão analisados os direitos das comunidades quilombolas, sendo necessário frisar que estes também se encontram albergados pela Convenção n. 169 da OIT e possuem semelhante fundamento constitucional<sup>5</sup>.

Adota-se como premissa metodológica do trabalho uma concepção multicultural de direitos humanos, conforme defendida por Boaventura de Sousa Santos (1997), que compreende o reconhecimento em igual patamar de relevância dos direitos à igualdade e à diferença. Outrossim, parte-se da distinção conceitual perfilhada por Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 28), que diferencia direitos humanos e direitos fundamentais de acordo com o seu plano de reconhecimento normativo, sendo a primeira expressão referente ao reconhecimento em normas internacionais e a última relativa aos direitos positivados em determinada ordem constitucional.

Propõe-se, com fundamento nas concepções de Enrique Dussel (2011), a compreensão do direito à consulta e à participação social desses povos como condição de legitimidade, e, com base em Jürgen Habermas (2011), apontar-se-á a necessidade de um procedimento que assegure condições para o exercício das autonomias

---

5 Sobre a interpretação da questão quilombola na Constituição de 1988, recomenda-se a leitura do parecer paradigmático da Advocacia-Geral da União, AGU/MC-1/2006, da lavra de Manoel Lauro Volkmer de Castilho (2006), no qual a AGU reconheceu os quilombolas como sujeitos de direito da Convenção n. 169 da OIT. Além disso, o parecer demonstra de forma fundamentada que a CR/1988 não consagrou apenas o direito à propriedade definitiva das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombos (art. 68 do ADCT) mas também ao “universo das características culturais, ideológicas e axiológicas dessas comunidades”. (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Parecer AGU/MC-1/2006*. Brasília, 28.12.2006. p. 6-7. Disponível em: <[http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/Parecer\\_AGU\\_01\\_2006.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Parecer_AGU_01_2006.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2014).

argumentativas individuais – e coletivas – que tornarão possível atingir um consenso válido.

Em um segundo momento, o direito à participação social indígena será analisado como decorrência do postulado constitucional democrático, com natureza materialmente constitucional. Trata-se de conquista advinda do processo de mobilização indígena durante a constituinte, que garantiu o *reconhecimento* de seus direitos (e não a *atribuição* de direitos) pelo novo Estado Democrático de Direito instituído com a Constituição de 1988, conforme será demonstrado no decorrer do texto.

O estudo abordará, também, como a mobilização política dos povos indígenas ensejou semelhante reconhecimento no plano internacional, especialmente com a adoção em 1989, pela Organização Internacional do Trabalho, da Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais, a qual foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Com base na doutrina de Flávia Piovesan (2013), discorrer-se-á sobre sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro, com *status* materialmente constitucional, por força do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, que assegura igual hierarquia entre os direitos fundamentais decorrentes do texto constitucional e os previstos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

Com base no entendimento que será sustentado ao longo do presente artigo, no sentido de que o direito à participação social dos povos indígenas possui natureza materialmente constitucional, pois é decorrente dos princípios previstos na Constituição de 1988 e se constitui em fundamento do próprio Estado Democrático de Direito brasileiro, será proposta a compreensão da Convenção n. 169 da OIT como norma interpretativa que reforça a obrigatoriedade de observância desses direitos e delinea parâmetros para a sua efetivação.

Embora os direitos dos povos indígenas à participação e à consulta sejam autoaplicáveis e independam de regulamentação, são

tecidos comentários acerca do processo atual em curso no âmbito do Poder Executivo federal para a uniformização dos procedimentos, assim como sobre a importância tanto da previsão de normas e princípios garantidores mínimos quanto da observância destes princípios durante o próprio processo de regulamentação. Por fim, serão oferecidos subsídios para que a norma regulamentadora a ser editada se aproxime do ideal democrático defendido neste artigo e consagrado constitucionalmente.

## **2 Participação é legitimidade: os fundamentos teóricos da participação social como exigência democrática**

Vivemos em uma sociedade global, plural e complexa. Às custas de genocídios; de escravidão; de dilapidação dos recursos naturais, do patrimônio humano e cultural das sociedades latino-americanas e africanas; de guerras, fascismo e holocausto; e de um imperialismo econômico – que ainda persiste –, foi possível explicitar o grande absurdo que é a tese da superioridade de um povo, uma religião ou um modo de vida sobre os demais. Estruturou-se um sistema de proteção internacional dos direitos humanos, estabeleceu-se um consenso multinacional em torno da democracia como a forma de governo que melhor assegura o exercício desses direitos. Mas, na medida em que foram-se consolidando democracias representativas nos países ocidentais, restaram subdesenvolvidas as ideias de participação e de soberania popular como corolários da verdadeira democracia, e reduzida a cidadania ao exercício do sufrágio e de um controle distanciado dos representantes.

Representar é fazer-se presente. Mas fazer presente não é a mesma coisa que fazer parte. Só quem participa faz parte:

la vida humana se vive comunitariamente (y sin ese accionar comunitariamente no habría vida, porque el viviente es el fruto de una inmensa cantidad de funciones cumplidas que hace que se imposible vivir solitariamente). El “ser comunitario” es la participación misma; es decir, es el ser actualmente parte del todo que la parte

siempre presupone y sin el cual no puede vivir. Repitiendo: ser parte efectiva del todo es participar, momento sustantivo del ser humano como humano, como comunitario e histórico, cultural, político (DUSSEL, 2011, p. 117).

A passagem acima é de autoria de Enrique Dussel, um dos maiores expoentes contemporâneos da teoria política latino-americana e um dos fundadores da Filosofia da Libertação. Para Dussel, dialogando com a perspectiva heideggeriana sobre o *ser-no-mundo*, o ser humano é definido como um ser comunitário, cuja própria subjetividade é construída com base nas relações intersubjetivas que trava ao longo de sua existência, relações estas que constituem e pressupõem uma vida em comunidade. Porque a vida humana pressupõe tecer relações interpessoais em uma comunidade, Dussel coloca a participação comunitária – ou o ato de fazer parte efetiva de um todo – como premissa constitutiva da própria existência humana.

Por outro lado, a participação também é pressuposto da comunidade. O referido autor concebe a participação como o exercício concreto da *potentia* – o poder político em si, faculdade da comunidade política –, como a atividade de projeção das subjetividades particulares de cada um junto aos demais membros da comunidade, em que cada indivíduo (partícipe) se situa corresponsável pela própria existência da comunidade política (DUSSEL, 2011, p. 116). Em outras palavras, sem participação, não há comunidade, na medida em que o todo é a conjunção das partes, e a reunião das partes só é possível por meio do ato de participar.

Não havendo esta existência comunitária, o exercício do poder direcionado aos indivíduos carece de legitimidade, haja vista que não houve a oportunidade para a realização de um efetivo *acordo* ou *consenso* embasado na manifestação das razões dos afetados, da exteriorização de suas respectivas subjetividades, como forma de defesa de seus direitos e assunção de responsabilidade pelas consequências do exercício do poder. Assim, conclui Dussel (2011, p. 119) que na essência da legitimidade no exercício do poder estaria a participação.

Esta compreensão de legitimidade é congruente com a teoria proposta por Habermas, para quem, na gênese de uma ordem jurídica legítima e, apenas porque legítima, válida, estão os arranjos comunicativos, que devem se desenvolver de acordo com um procedimento que assegure condições para o exercício das autonomias argumentativas individuais. Nesse diapasão,

a referência às condições comunicacionais, das quais emerge o poder político, bem como a referência às formas de comunicação, das quais depende a produção de direito legítimo e através das quais ele se reproduz, voltam-se para as estruturas abstratas de reconhecimento mútuo, as quais formam uma espécie de pele que recobre, através do direito legítimo, a sociedade em geral. Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso (HABERMAS, 2011, p. 147).

Conforme esclarecem Menelick de Carvalho Neto e Guilherme Scotti (2012, p. 110-111), o que Habermas propõe é decorrência de uma compreensão discursiva da Democracia, que vem se estabelecer em oposição ao positivismo da modernidade que concebia a coercitividade do Direito e a legitimidade do exercício do poder político apenas sob o paradigma da legalidade. Em outras palavras,

a teoria discursiva do Direito e da Democracia rompe com os modelos explicativos tradicionais ao fundar a legitimidade do direito moderno numa compreensão discursiva da Democracia. Como demonstrado pela própria história institucional da modernidade, o direito positivo, coercitivo, que se faz conhecer e impor pelo aspecto da legalidade precisa, para ser legítimo, ter sua gênese vinculada a procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade que recebam os influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão, cujo status político não

depende de pré-requisitos (de renda, educação, nascimento etc.). A essa relação entre positividade e legitimidade Habermas denomina tensão interna entre facticidade e validade, pois presente no interior do próprio sistema do Direito.<sup>6</sup>

O Estado de Direito, grande conquista evolutiva da modernidade, preconizava o governo das leis, a submissão do exercício do poder a normas preestabelecidas, limitadoras do arbítrio do governante e garantidoras de um espectro de liberdade individual aos governados. Como dilemas teóricos do estágio atual, momento em que se vive o aperfeiçoamento do Estado de Direito em Estado Democrático de Direito, são levantadas questões, como: que normas são essas, como são feitas, quem as elaborou, qual a sua motivação, qual o grau de consenso público refletido em sua substância, qual o grau de participação democrática na sua elaboração, entre outras.

Nas sociedades complexas e plurais de hoje, em que várias culturas coexistem e se relacionam entre si, sem que se possa cogitar uma relação de superioridade ou imposição de uma sobre as outras – ou sem que disso resultem, no mínimo, questionamentos, críticas e mobilização, e, em último caso, até a interferência dos sistemas protetivos internacionais visando a resguardar o direito à autodeterminação de um povo –, é preciso construir uma normatividade que seja válida para todos e torne essa coexistência viável. Para construir essa normatividade, é preciso obter um consenso. A obtenção de um consenso quando falta um fundamento metafísico universal (como por muito tempo foram os dogmas do cristianismo e do eurocentrismo) requer que se voltem os olhos para os aspectos formais e procedimentais que tornem possível a definição desse consenso, uma vez que ele não mais se travará em torno da imposição e da aceitação de um conteúdo pré-definido.

---

6 Para uma reflexão mais aprofundada sobre a gênese democrática do Direito, que seja “*eficaz porque legítimo e legítimo porque participativo*”, v. OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. *A travessia do Direito: a gênese democrática do discurso jurídico e o Amicus Curiae como manifestação da transição paradigmática do direito*. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2014 (no prelo).

É nesse contexto que, na esteira dos pensamentos de Habermas e Dussel, propõe-se a instituição de um modelo democrático dinâmico e plural que tenha, na base dos processos políticos decisórios, a participação social como solução para o impasse da legitimidade de uma ordem jurídica que afete subjetividades tão diversas, como no caso da sociedade pluriétnica brasileira<sup>7</sup>. Conforme observa o antropólogo Eduardo Viveiros de Castro:

O Brasil ostenta uma das populações histórica e culturalmente mais diversificadas do mundo: 220 povos indígenas, uma imensidão de descendentes de africanos, de imigrantes europeus e asiáticos, de árabes, de judeus; gentes rurais e urbanas das mais diferentes origens étnicas e culturais, habitando uma variedade de formações naturais que, por sua vez, abrigam a mais rica biodiversidade do planeta. Sociodiversidade e biodiversidade deveriam ser nossos principais trunfos em um mundo em acelerado processo de globalização. Mas eis-nos aqui, ainda e sempre, teimando em serrar o galho em que estamos sentados, com uma política de comércio exterior que vem aplicando um modelo de desenvolvimento ambientalmente suicida, economicamente retrógrado, socialmente empobrecedor e culturalmente alienante (CASTRO, 2011, p. 7).

Para que a sociodiversidade e “o experimento social de ser o país mais mestiço do mundo” possam ser utilizados efetivamente como trunfos pelo Brasil, é preciso concretizar o projeto de Estado Democrático de Direito enunciado na Constituição de 1988, a qual considerou, pela primeira vez na história brasileira, os povos indígenas como sujeitos partícipes da comunhão nacional, em igualdade de direitos com os demais e, em especial, com sua autonomia reconhecida e assegurada. Reconhecer a autonomia de um povo é, tautologicamente, admitir que este possui uma normatividade própria, de acordo com a qual se projeta no mundo como

---

7 Pepe Mujica (2014), presidente uruguaio, importante liderança política da esquerda latino-americana, recentemente afirmou, em entrevista concedida para O GLOBO, que o Brasil deveria apreciar o que tem de melhor, que “*não é a Amazônia, não é o petróleo, é o experimento social de ser o país mais mestiço do mundo*”.

uma comunidade política que compartilha consensos. E, em 1988, o Estado brasileiro foi refundado com o compromisso político de garantir aos povos indígenas o direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

### **3 A gênese democrática do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na Constituição brasileira de 1988 e no âmbito internacional**

É sabido o histórico de intensa mobilização popular que envolveu a elaboração da Constituição de 1988. É, também, de amplo conhecimento a participação ativa dos povos indígenas ao longo de todo o processo. Como que guiados pelas mesmas inspirações de Dussel, ao tomarem parte nesse processo, os povos indígenas, ao mesmo tempo em que passaram a fazer parte inequívoca da comunidade política brasileira que se refundava, transpuseram as suas próprias subjetividades como elementos constituintes desse corpo comunitário. Tornaram-se, por sua própria ação, sujeitos da comunidade política nacional, fazendo com que as suas manifestações de vontade fossem requisitos imprescindíveis para a legitimidade do exercício do poder. Ao se fazerem parte, os povos indígenas também moldaram a comunidade política brasileira como ela é hoje: necessariamente plural, porque a pluralidade foi exatamente o que a constituiu. Sobre esse processo, sintetiza Rosane Lacerda (2007, p. 181):

A participação indígena no cenário constituinte e o texto constitucional aprovado marcaram, então, o fim de uma era e o início de um novo capítulo na trajetória histórica de cinco Séculos de contato da sociedade não-indígena com tais povos. E assim os índios, cuja humanidade havia sido questionada pelos conquistadores, que povoavam o imaginário europeu ora como monstros físicos, ora como monstros morais, ora como seres intelectualmente incapazes e culturalmente inferiores, passaram pela experiência de desempenhar importante papel como protagonistas de um dos momentos

políticos mais importantes da história do país – a elaboração da “Constituição Cidadã” –, e contribuindo para com o avanço do Estado no sentido de se reconhecer multicultural e pluriétnico.

Nesse sentido é que importa enfatizar que, no seu art. 231, a Constituição de 1988 não atribuiu aos indígenas qualquer direito e não lhes outorgou autonomia alguma, apenas reconheceu o que já era originário e consistia em fundamento da própria ordem constitucional, democrática, soberana, pluralista e comprometida com a dignidade humana, que se estabelecia naquele momento. Assim dispõe expressamente:

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. [grifo nosso]

Nesse ato de reconhecimento, reside a superação do paradigma integracionista que vigorava até então, segundo o qual os indígenas pertenciam a um patamar civilizatório inferior e, por estarem supostamente em um estágio evolutivo anterior, eram incapazes de participar (fazer parte) da mesma comunidade política que os seus colonizadores. Sob o viés etnocêntrico da tutela e do assimilacionismo, não eram sequer povos distintos entre si, detentores de uma gama de múltiplas subjetividades, culturas, cosmovisões e idiomas; eram todos parte de uma mesma massa amorfa, transitória e não civilizada: “os índios”. E esses “índios” somente fariam parte da mesma comunidade política nacional que os “homens brancos esclarecidos” quando fossem “aculturados”, ou seja, precisavam, antes, deixar de ser “índios”. Uma vez que, na qualidade de povos indígenas, não faziam *parte* da comunidade maior, não poderiam *participar* das decisões políticas dessa comunidade, cabendo-lhes tão somente suportá-las. Não eram sujeitos, apenas objetos.

O processo de empoderamento dos povos indígenas no Brasil, que resultou no *reconhecimento* da sua condição de sujeitos, coletivos e de direitos, na Constituição de 1988, esteve em sintonia com

a trajetória de lutas desenvolvidas no contexto internacional, em especial o latino-americano.

Em junho de 1989, apenas oito meses depois da promulgação do novo texto constitucional brasileiro, devido a pressões do movimento indígena no plano internacional, a Organização Internacional do Trabalho alterou a Convenção n. 107, de 5 de junho de 1957, “concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes”, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 20, de 1965, e promulgada pelo Decreto n. 58.824, de 1966. Embora tenha sido um dos primeiros instrumentos normativos internacionais a dispor sobre direitos dos povos indígenas, a Convenção n. 107 incorria nos mesmos equívocos do paradigma integracionista, conforme exposto por Jandira Keppi (2001, p. 4):

Em 26 de junho de 1957, através de sua 40ª Sessão da Conferência Geral, a OIT aprovou a Convenção 107, que trata da proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semi tribais de países independentes. Ela praticamente incorpora no seu texto as convenções acima citadas, referentes aos povos indígenas e tribais. Basicamente esta Convenção trata de dois blocos: proteção e integração. Refere-se à proteção das instituições, das pessoas, dos bens e do trabalho dos povos indígenas; da propriedade individual e coletiva das terras tradicionais; da proibição dos trabalhos forçados, da indenização nos casos de perdas ou prejuízos causados pelo trabalho; da proteção dos trabalhadores indígenas em relação ao recrutamento e às condições de trabalho e proibição de discriminação; ao direito de formação profissional, da seguridade social e saúde; da alfabetização em línguas indígenas.

Contudo, essa Convenção sempre foi criticada, por conter disposições ultrapassadas, principalmente no que se refere à integração desses povos à coletividade nacional. Essas populações, segundo esta Convenção, são consideradas como partes de um processo transitório no contexto nacional, onde desaparecerão, à medida de sua integração à comunhão nacional, como mão-de-obra dos países nacionais. O pressuposto da proteção era que seus problemas desapareceriam, à

medida que se integrassem à coletividade nacional. Sua cultura podia ser mantida, desde que não fosse incompatível com o ordenamento jurídico nacional e com o programa de integração (art. 7).

Em seu lugar, foi aprovada a Convenção n. 169, que foi denominada “Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais”. No próprio título, já se percebem os elementos norteadores do novo regramento: a superação das teses de proteção e integração e, com isso, da existência de uma condição temporária de “semi-indígena” ou “semi-tribal”, bem como a concepção de “povos” no lugar de populações.

A OIT apresentou como motivos para a revisão: (I) os “termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e dos numerosos instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação”; (II) a “evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo”, sendo necessário “eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores”; (III) o reconhecimento das “aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”; (IV) a constatação de que “em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente”; e (V) o reconhecimento da “particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais”.

Diante da guinada paradigmática, a Convenção n. 169 passou a ter como principais parâmetros o respeito aos povos indígenas na qualidade de comunidades de sujeitos políticos, a promoção de seus direitos em igualdade aos demais membros da população de

um determinado Estado e a garantia da integridade de suas práticas culturais tradicionais, introduzindo como princípios a garantia de sua participação na formulação de políticas públicas e o direito a serem consultados previamente à tomada de decisões com potencial de afetá-los diretamente.

A opção política pela substituição do termo “populações” por “povos” está em estreita consonância com as reflexões tecidas no presente estudo acerca da natureza constitutiva e constituinte da participação. Apesar disso, foi feita ressalva visando a restringir interpretações que conferissem a esses povos eventuais direitos de secessão, advertindo-se que a expressão “povos” “não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional” (art. 1.3).

Observa-se que, para a teoria geral do Estado, enquanto população é uma designação genérica para os habitantes de um dado território, povo é o elemento substantivo do Estado; enquanto população é objeto, contido em algum lugar, povo é sujeito, constitutivo de um lugar e detentor de direitos e deveres de participação e exercício do poder político soberano. Assim leciona Dalmo Dallari (1981, p. 84 e 88):

É unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição e a existência do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e é para ele que o Estado se forma. Há, todavia, quem designe como população esse elemento pessoal. Ora, população é mera expressão numérica, demográfica ou econômica, segundo Marcello Caetano, que abrange o conjunto das pessoas que vivam no território de um Estado ou mesmo se achem nele temporariamente. Mas o fato de alguém se incluir na população de um Estado nada revela quanto ao vínculo jurídico entre a pessoa e o Estado, não sendo também necessária a constituição de uma vinculação jurídica especial para que alguém se inclua numa população.

[...]

Desenvolvendo-se os princípios fixados por Jellinek, e tendo em vista o relacionamento dos indivíduos com o Estado, podem-se fixar alguns pontos fundamentais relativos à disciplina jurídica do povo. Em primeiro lugar, verifica-se que o povo, elemento essencial do Estado, continua a ser componente ativo mesmo depois que o Estado foi constituído. O povo é o elemento que dá condições ao Estado para formar e externar uma vontade.

Deve-se compreender como povo o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano.

Nesse ponto, nota-se que a Constituição de 1988 não logrou avançar tanto no reconhecimento dos indígenas como povos, o que foi conquistado, porém, nas novas Constituições boliviana e equatoriana, que instituíram Estados plurinacionais (AFONSO; QUADROS DE MAGALHÃES, 2012, p. 455-473). Entende-se que a não utilização expressa do termo *povos indígenas* deve-se muito mais a um temor de ensejar movimentos separatistas<sup>8</sup> e à exaltação, naquele momento histórico, da nação brasileira como uma unidade, do que a um não reconhecimento da condição material dos indígenas como povos, haja vista que foram expressamente assegurados os direitos à sua organização social e à manutenção de suas práticas culturais, bem como à impossibilidade de remoção forçada de suas terras.

É dizer, na leitura que propomos do texto constitucional, os “índios” são também povos, com direito à autonomia e à autodeterminação, ainda que não estejam assim denominados; e são parte do povo brasileiro, o que lhes assegura duplamente o direito de participarem das tomadas de decisão acerca das medidas que

---

8 Sobre o direito à autodeterminação dos povos indígenas e a sua não vinculação direta à possibilidade de secessão, vide ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O direito à autodeterminação dos povos indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org). *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013. (p. 588-620).

possam produzir impactos diretos sobre suas vidas e, em especial, sobre os seus modos de vida tradicionais.

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

Para que as decisões políticas que lhes afetam e o sistema jurídico que a elas correspondem possuam legitimidade, é necessário, no mínimo, o estabelecimento de um arranjo procedimental que lhes permita exercer a sua autonomia e comunicar as suas razões, o que propomos ser, exatamente, a institucionalização de espaços qualificados e permanentes de participação social indígena e a previsão de procedimentos de consulta adequados e vinculantes.

Sem esse arranjo procedimental, que possibilite um verdadeiro diálogo intercultural, não há possibilidade de consenso/consentimento, porque nem sequer os referenciais culturais, históricos e cosmogônicos são compartilhados, e, sem consentimento, o que resta é violência e imposição. Sobre os desafios ao estabelecimento de um diálogo intercultural, Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 29) propõe a seguinte reflexão:

[...] uma concepção idealista de diálogo intercultural poderá esquecer facilmente que tal diálogo só é possível através da simultaneidade temporária de duas ou mais contemporaneidades diferentes. Os parceiros no diálogo são apenas superficialmente contemporâneos; na verdade, cada um deles sente-se apenas contemporâneo da tradição histórica da sua cultura. É assim sobretudo quando as diferentes culturas envolvidas no diálogo partilham um passado de sucessivas trocas desiguais. Que possibilidades existem para um diálogo intercultural se uma das culturas em presença foi moldada por

maciças e prolongadas violações dos direitos humanos perpetradas em nome da outra cultura? Quando as culturas partilham tal passado, o presente que partilham no momento de iniciarem o diálogo é, no melhor dos casos, um *quid pro quo* e, no pior dos casos, uma fraude. O dilema cultural que se levanta é o seguinte: dado que, no passado, a cultura dominante tornou impronunciáveis algumas das aspirações à dignidade humana por parte da cultura subordinada, será agora possível pronunciá-las no diálogo intercultural sem, ao fazê-lo, justificar e mesmo reforçar a sua impronunciabilidade?

Boaventura propõe que a resposta ao dilema do diálogo intercultural e ao desafio de que este sirva à emancipação e não à perpetração de um processo fagocitário de dominação do grupo mais fraco perpassa o reconhecimento de que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”. (SANTOS, 1997, p. 20).

Por fim, é necessário ressaltar que o direito indígena fundamental à participação diferenciada nos processos decisórios que lhes afetem deriva diretamente da própria Constituição, independentemente do teor das normas internacionais de que o Brasil é signatário, em especial a Convenção n. 169 da OIT. A opção política democrática feita em 1988 é a base compartilhada de intenções, valores, princípios e projetos de futuro que tornou possível a assunção pelo Estado brasileiro de tão relevantes compromissos internacionais.

#### **4 A Convenção n. 169 da OIT como norma interpretativa: por uma interpretação sistemática do direito à participação social indígena**

Apresentadas as premissas da tese da natureza jurídica constitucional originária do direito indígena à participação social, cabe tecer algumas considerações a respeito da internalização da Convenção n. 169 da OIT no ordenamento jurídico pátrio e seus efeitos para a efetivação desse direito fundamental.

Conforme já aludido anteriormente, a elaboração e a posterior ratificação da Convenção n. 169 pelos países da América Latina<sup>9</sup> estiveram estreitamente relacionadas aos processos de transição democrática e reforma constitucional no continente ocorridos nas últimas décadas do século XX e nas primeiras décadas do século XXI.

A intensa mobilização popular em oposição aos regimes ditatoriais propiciou o desenvolvimento de novas ordens constitucionais democráticas e a positivação constitucional de um amplo rol de direitos fundamentais, inclusive, e em especial, dos direitos dos povos indígenas. Também observou-se uma expansão da jurisdição constitucional, com o reforço do controle de constitucionalidade e a previsão de *status* normativo diferenciado aos tratados internacionais sobre direitos humanos nas novas constituições, como partes integrantes do “bloco de constitucionalidade” (COURTIS, 2009).

Mais recentemente, em franca abertura ao reconhecimento de um pluralismo jurídico e até de estados plurinacionais, os processos constituintes que culminaram nas constituições venezuelana (1999), boliviana (2009) e equatoriana (2008) foram além e impulsionaram uma reformulação paradigmática da própria teoria constitucional, que vem sendo estudada como o “neoconstitucionalismo latino-americano”. Esta corrente mantém a priorização da constitucionalização do ordenamento jurídico e a elaboração de cartas programáticas, “mas transcende a preocupação apenas com a dimensão jurídica das constituições e postula, como condição primeira, sua legitimidade democrática, sua propensão à incidência na realidade e nas demandas dos movimentos revolucionários” (ORIO, 2013, p. 164-187).

Nesse contexto, o interesse em ratificar tratados internacionais sobre direitos humanos pode ser analisado como uma forma

---

9 Embora não se aplique apenas aos povos indígenas e tribais latino-americanos, a Convenção n. 169 da OIT obteve significativa adesão neste continente. Dos 22 países que atualmente já a ratificaram, apenas 7 não pertencem à América Latina: República Centro-Africana, Dinamarca, Fiji, Nepal, Holanda, Noruega e Espanha.

de afirmação, perante o contexto político internacional, da superação dos regimes autoritários violadores de direitos humanos e do sucesso da transição democrática. Simultaneamente a esse processo, observa-se o fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e o reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Transcreve-se Courtis (2009):

Por um lado, muitos dos países da região aumentaram o número de ratificações desses tratados durante o período em questão – como meio de reforçar a mensagem de aceitação do Estado de Direito e da vigência dos direitos fundamentais por oposição ao passado autoritário e caracterizado pela violação massiva dos direitos humanos. A ratificação de tratados internacionais pode ser entendida como a confirmação da confiança no sistema internacional de direitos humanos, que, no passado, constituiu o foro no qual se podia denunciar as graves violações a esses direitos e, ao mesmo tempo, como mensagem à comunidade internacional sobre o novo compromisso do Estado com a vigência do Estado de Direito e com o respeito aos direitos humanos.

Além disso, a ratificação de uma quantidade importante de tratados de direitos humanos, tanto regionais como globais, se insere no contexto da prevalência de uma tradição monista nas relações entre o direito internacional e o direito interno. Isso significa que os tratados internacionais de direitos humanos devidamente ratificados também fazem parte do direito interno, e que à lista expandida de direitos fundamentais consagrados pelas novas constituições foi agregada uma lista de direitos reconhecidos naqueles tratados.

Em sintonia com o contexto internacional e com o processo interno de transição para um regime democrático com a então recente promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988, a Convenção n. 169 da OIT, adotada em Genebra em 27 de junho de 1989, teve o seu processo de internalização no ordenamento jurídico pátrio iniciado já em 1991, quando o Poder Executivo encaminhou mensagem ao Congresso Nacional (MSC n. 367/1991) solicitando a sua aprovação.

Embora promulgada somente treze anos depois pelo Decreto n. 5051, de 19 de abril de 2004, e concluída uma década da sua não regulamentação, os princípios que veicula, no tocante aos direitos dos povos indígenas e os mandamentos democráticos de participação nos processos políticos decisórios, são de observância obrigatória e aplicabilidade imediata, porque, conforme sustentado no presente artigo, constituem direitos fundamentais, materialmente constitucionais, derivados diretamente do postulado democrático que fundou o Estado brasileiro em 1988.

Há significativo debate doutrinário e jurisprudencial acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 113-151) subscritos pelo Brasil. Por entendermos a mais consentânea com os valores axiológicos acima enunciados, filiamo-nos à corrente sustentada por Flávia Piovesan no sentido de que os direitos neles expressos possuem natureza materialmente constitucional, por força do constante no § 2º do art. 5º – que dispõe: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” – bem como em decorrência de uma interpretação teleológica da Constituição de 1988, orientada pelos princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da soberania popular, fundamentos precípuos do Estado Democrático de Direito.

Somam-se a esses argumentos a adoção do princípio da primazia da dignidade humana como valor axiológico máximo, o “mais valioso elemento de unidade material da Constituição” (BONAVIDES, 2003, p. 233), bem como a afirmação da prevalência dos direitos humanos como princípio regente do Brasil em suas relações internacionais (art. 4º, inciso II, da CR/1988).

Conforme argumenta a autora, a Constituição brasileira alberga um sistema misto no tocante ao regime jurídico dos tratados internacionais, atribuindo aos que se referem à proteção dos direitos humanos um *status* diferenciado, haja vista que “distintamente dos

tratados tradicionais, que objetivam assegurar uma relação de equilíbrio e reciprocidade entre Estados pactuantes”, estes “priorizam a busca em assegurar a proteção da pessoa humana, até mesmo contra o próprio Estado pactuante” (PIOVESAN, 2013, p. 447).

Em decorrência dessa natureza especial, entende-se que os tratados de direitos humanos, por introduzirem direitos fundamentais no ordenamento constitucional brasileiro, possuem aplicabilidade imediata, são resguardados como cláusulas pétreas limitadoras do poder constituinte reformador e passam a compor o bloco de constitucionalidade para efeitos de controle desta na jurisdição constitucional. Além de materialmente constitucionais, os tratados de proteção dos direitos humanos serão também formalmente constitucionais caso sejam submetidos ao procedimento qualificado previsto no § 3º do art. 5º, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004 (PIOVESAN, 2013, p. 456-457)<sup>10</sup>.

Assentadas essas premissas, propõe-se o reforço da tese inicial da natureza constitucional da participação indígena como decorrência do imperativo democrático pelo reconhecimento do *status* materialmente constitucional da Convenção n. 169 da OIT, com base nos fundamentos da teoria internacional dos direitos humanos. A abertura constitucional aos avanços obtidos no plano internacional quanto ao estabelecimento de parâmetros mínimos para a efetivação dos direitos dos povos indígenas e tribais confere especial relevância à referida norma.

Nesse sentido, ainda que, no nosso entender, a Convenção n. 169 da OIT não seja a norma introdutória na ordem jurídica

---

10 Nesse caso, Piovesan (2013, p. 352-353) sustenta que os tratados sobre direitos humanos que ostentem natureza constitucional material e formal passam a ser insuscetíveis de denúncia por parte do Estado brasileiro, porque “os direitos neles enunciados receberam assento formal no Texto Constitucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação”, não se admitindo que “um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular”.

brasileira dos direitos à participação social indígena nos processos políticos decisórios ou, mais especificamente, à consulta prévia dos povos indígenas sobre as medidas que lhes afetam diretamente – porque o reconhecimento destes a precede –, a sua internalização, com semelhante *status* constitucional, agregou valiosas contribuições normativas com vistas à concretização desses direitos fundamentais. Em especial, a Convenção n. 169 da OIT é a norma vigente no Brasil que delinea os mais importantes parâmetros interpretativos para a participação social indígena.

#### **4.1 Da aplicabilidade imediata dos direitos à participação social indígena e à consulta prévia**

O texto constitucional, logo após enunciar o amplo rol de direitos e deveres individuais e coletivos do seu art. 5º, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso significa que a pendência de regulamentação infraconstitucional não pode implicar prejuízo à efetividade dos direitos e garantias fundamentais, os quais, conforme supramencionado, não se limitam aos previstos expressamente no texto constitucional, mas incluem os decorrentes do regime e dos princípios nela expressos, bem como dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. O referido dispositivo deve ser entendido como um “mandado de otimização ou maximização”, que outorga aos órgãos estatais a obrigação de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, bem como possibilita ao Poder Judiciário, dentro dos limites permitidos pelo regime republicano, atuar no sentido do preenchimento de lacunas normativas eventuais (SARLET, 2009, p. 269-270).

Os direitos fundamentais integram o núcleo material de uma constituição, exercendo, simultaneamente, as funções de condição e finalidade de um Estado de Direito, haja vista que a ausência de arbitrariedades pressupõe a limitação do poder estatal, e o escopo de um Estado de Direito deve ser assegurar a vida digna e o pleno desenvolvimento das aptidões e desígnios dos indiví-

duos e das coletividades que o compõem. Além disso, verifica-se que os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva e outra objetiva, estando intrinsecamente relacionados à legitimação do poder e à ordem democrática, conforme leciona Almeida, com lastro em Konrad Hesse:

Os direitos e garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo de uma Constituição democrática e pluralista e possuem tanto dimensão subjetiva, a qual se liga às pessoas individuais ou coletivas titulares dos direitos, quanto objetiva, constituindo-se, nesse caso, parâmetro básico para a interpretação e concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito.

[...]

O duplo caráter dos direitos fundamentais, o subjetivo e o objetivo, demonstram que os diferentes níveis de significação, respectivamente condicionam-se, apoiam-se e complementam-se, de forma que os direitos fundamentais atuam legitimando, criando e mantendo o consenso. Eles garantem a liberdade individual, limitam o poder estatal e são imprescindíveis para os processos democráticos do Estado de Direito (ALMEIDA, 2008, 302-303).

Cumprir observar que, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais são condições para a democracia, parte da doutrina constitucionalista já aponta a própria democracia como um direito fundamental. Juntamente com o direito à informação e ao pluralismo político, os direitos à participação cívica e a uma ordem democrática vêm sendo classificados como direitos fundamentais de quarta dimensão, que Bonavides (2003) considera como os pilares de um novo “constitucionalismo de luta e resistência”. Na mesma linha, Sarlet (2009, p. 61) afirma que

os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por

meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade. A liberdade de participação política do cidadão, com possibilidade de intervenção no processo decisório e, em decorrência, do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania (direito de voto, igual acesso aos cargos públicos, etc.), constitui, a toda evidência, complemento indispensável das demais liberdades. De outra parte, a despeito dos inúmeros aspectos que ainda poderiam ser analisados sob esta rubrica, importa referir a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder, salientando-se, portanto, ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia.

Os direitos dos povos indígenas à participação ativa nos processos decisórios políticos que os afetam diretamente possuem a mesma dimensão dúplice do direito à democracia: configuram direitos fundamentais em si, conforme assegurado pela Convenção n. 169 da OIT e pela Constituição de 1988, e são também condições essenciais para a garantia dos demais direitos fundamentais desses povos. A garantia de que serão ouvidos previamente quanto às medidas administrativas e legislativas que possam impactá-los diretamente é imperativa para resguardar ao máximo os direitos dos povos indígenas à integridade, à autonomia de sua organização social e à sua existência tanto individual quanto coletiva, conforme seus usos, costumes e tradições.

A aplicabilidade plena e imediata dos direitos dos povos indígenas à participação social, pautada pelo princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, implica, ainda, a proibição do retrocesso na sua efetivação (SARLET, 2009, p. 444-450). Isso significa que os instrumentos de participação atualmente existentes não devem ser limitados pela eventual regulamentação dos procedimentos de consulta prévia, nos termos do previsto na Convenção n. 169 da OIT.

Ao contrário, propõe-se que a participação indígena nesses espaços seja orientada e fortalecida pela principiologia emanada dessa norma, que prevê que, na relação com esses povos, o Estado deverá reconhecer e proteger os seus valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais, respeitar suas instituições e, ainda, levar em consideração a natureza dos problemas apresentados, tanto coletiva como individualmente (art. 5º).

Atualmente, verifica-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos dos povos indígenas à participação social e a serem consultados previamente sobre as medidas que lhes afetem são assegurados em normas esparsas, sem a garantia de uniformidade na sua concretização por parte do Poder Público. A título exemplificativo, no caso da exploração do potencial energético hidráulico em terras indígenas, o art. 231, § 3º, da Constituição prevê a necessidade de autorização do Congresso Nacional, “ouvidas as comunidades afetadas”. A construção de uma usina hidrelétrica dependerá, ainda, de procedimento de licenciamento ambiental, cujas respectivas normas regulamentadoras também preveem a realização de estudo dos impactos sobre as comunidades indígenas (chamado *estudo do componente indígena*) e de audiências públicas<sup>11</sup>. Os indígenas também podem se manifestar sobre a questão no âmbito dos Comitês de Bacia Hidrográfica, instâncias de participação social do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, na condição de usuários das águas de sua área de atuação, conforme previsto na Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

Além disso, como já visto anteriormente, a Convenção n. 169 da OIT dispõe de forma genérica que “os governos deverão consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (art. 6.1) e, mais especificamente

---

11 V. art. 225, IV, da Constituição; Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011, art. 2º, I, c/c art. 7º, XIV, “c”; Resolução n. 237, de 19 de dezembro de 1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA; Portaria Interministerial n. 419, de 26 de outubro de 2011.

com relação à exploração de recursos de domínio do Estado em suas terras, que “os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras” (art. 15.2).

A lacuna na sistematização dificulta a compreensão do direito à participação social dos povos indígenas sob uma ótica unitária, gerando a falsa percepção de espaços de sobreposição ou conflito normativo. A subsistência dessa obscuridade normativa pode contribuir para a inefetividade desses direitos, na medida em que abre margem para interpretações jurídicas distintas ou conjunturais.

Assim, ainda que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuam aplicação imediata por força do § 1º do art. 5º da CR/1988, a regulamentação dos procedimentos de consulta prévia e dos espaços de participação social dos povos indígenas, nos termos das balizas normativas da Convenção n. 169 da OIT, é da maior importância para assegurar que todos os demais instrumentos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro observem a mesma principiologia. A uniformização dos procedimentos possui, também, o condão de garantir maior segurança jurídica, diminuindo questionamentos judiciais e assegurando requisitos mínimos para aferir a legalidade e a legitimidade das decisões tomadas.

#### **4.2 Comentários e propostas ao processo de regulamentação da Convenção n. 169 da OIT no Brasil**

Em janeiro de 2012<sup>12</sup>, o Poder Executivo instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), com a finalidade de “estudar,

---

12 Observa-se que o processo de regulamentação teve início após o Brasil ser instado, pela Organização Internacional do Trabalho, a se manifestar a respeito de denúncias do não atendimento das disposições sobre consulta prévia. Entre 2008 e 2011, a OIT teve

avaliar e apresentar proposta de regulamentação da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, no que tange aos procedimentos de consulta prévia dos povos indígenas e tribais”. O prazo estabelecido para a conclusão dos trabalhos se encerrou no início de 2014, já tendo sido divulgada a realização da última reunião do GTI, de forma que a edição do ato regulamentador provavelmente ocorrerá em um período próximo.

A metodologia divulgada pelo GTI para a realização de seus trabalhos incluía a participação prioritária de representantes da sociedade civil e, principalmente, dos sujeitos de direito da Convenção n. 169 da OIT<sup>13</sup>, bem como a realização de reuniões informativas regionais. No entanto, no decorrer do processo, o movimento indígena se afastou das discussões em razão dos conflitos erigidos a partir da edição, pela Advocacia-Geral da União, de ato normativo (Portaria n. 303, de 16 de julho de 2012) que determinou a observância, pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal, das condicionantes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da PET 3388/RR (também conhecido como *Caso Raposa Serra do Sol*)<sup>14</sup>.

---

observações e recomendações ao Estado brasileiro, envolvendo os casos do projeto de Novo Código Florestal (que deu origem à Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012), da base espacial de Alcântara no Maranhão, do procedimento de demarcação de terras quilombolas, da transposição do Rio São Francisco e da construção de hidrelétricas na Região Amazônica, em especial a hidrelétrica de Belo Monte. Tendo em vista o recorte metodológico do presente trabalho, os referidos casos serão analisados em outra oportunidade. As análises e recomendações da OIT estão disponíveis em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID:3142197](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3142197)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

13 A metodologia e a agenda de atividades para 2012 e 2013 se encontram disponíveis em: <<http://edemocracia.camara.gov.br/documents/980199/f1bc41e1-bb67-4288-858e-9b2087027c1b>>. Acesso em: 21 mar. 14.

14 Vide carta da Articulação Nacional dos Povos Indígenas (APIB), em que afirma: “A APIB reitera a sua posição, a mesma defendida pela bancada indígena da Comissão Nacional de Política Indigenista (CNP), durante a 20ª reunião ordinária realizada em Sobradinho, Brasília-DF, de 24 a 26 deste mês de julho: ‘Reafirmamos nosso posicionamento de não discutir a regulamentação da Convenção 169 da OIT enquanto o governo federal não

É de fundamental importância que o processo de regulamentação ocorra em consonância com os princípios informativos da própria Convenção n. 169 da OIT, que dispõe, no art. 6.2, que “as consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”.

O esforço governamental em viabilizar e promover a participação efetiva dos povos indígenas nesse processo deve necessariamente incluir a busca pela construção de um espaço de diálogo livre e de boa-fé, no qual possam exercer adequadamente sua autonomia argumentativa no sentido do que propõe a teoria procedimental habermasiana. Este mesmo esforço deve estar no cerne do procedimento que se busca normatizar para realização das consultas futuras. É dizer: o momento político atual e os impasses que estão sendo observados com a resistência dos povos indígenas em prosseguir no diálogo, e que precisam ser superados para que se atinja um resultado legítimo e consensual, são simbólicos da necessidade de que a norma em elaboração regule um procedimento que possibilite, ao máximo, a realização das consultas sobre medidas que impactam esses povos de forma legítima e não apenas legitimadora.

Desse modo, é preciso que a norma regulamentadora abalze princípios e normas garantidoras que, se não puderem eliminar os conflitos por serem estes próprios do processo democrático, apresentem caminhos procedimentais para a sua mitigação e, eventualmente, para a sua superação.

Para tanto, considera-se necessário que a regulamentação seja inspirada por um robusto rol de princípios, que compreenda, no

---

revogar definitivamente a Portaria 303 da AGU – que atenta contra a referida convenção – e conclamamos as organizações não-governamentais, movimentos sociais e toda a sociedade civil que nos apoiem nessa decisão”. Disponível em: <[http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo\\_id=7045&action=read](http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=7045&action=read)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

mínimo: o respeito à boa-fé por todos os envolvidos no diálogo – Poder Público, povos indígenas e comunidades quilombolas consultados, Ministério Público, entidades privadas interessadas e sociedade civil que acompanhem as consultas –; o pleno respeito à diversidade, inclusive quanto à forma de deliberação própria dos povos e comunidades consultados; a prestação de informações suficientes, completas e em linguagem acessível, inclusive com a tradução para o idioma próprio quando necessário; a garantia da autonomia para escolha de seus representantes, com o cuidado de que também sejam disponibilizadas informações aos demais integrantes das comunidades consultadas; a identificação dos sujeitos consultados por meio de critérios de autoatribuição da condição de indígena ou quilombola; e a obrigatoriedade da consideração dos resultados da consulta como elementos informativos para o processo decisório da administração pública ou do Poder Legislativo.

A garantia da boa-fé implica que todas as partes envidem amplos esforços para a obtenção de um resultado consensual, bem como que os resultados do processo de consulta sejam efetivamente considerados para a tomada de decisão, com a vinculação das partes aos acordos eventualmente firmados e às condições estabelecidas. Isso significa dizer que o objetivo dos processos de consulta aos povos indígenas e às comunidades quilombolas, nos termos do que prevê a Convenção n. 169 da OIT, é a realização de um diálogo “franco, aberto e significativo” com os povos interessados (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2003, p. 15), e não um mero referendo, em que só haja duas respostas possíveis: sim ou não.

Observa-se que a própria OIT, em manual oficial elaborado para subsidiar a atuação dos governos conforme a Convenção n. 169, ressaltou que não há previsão de direito de veto, mas há necessidade de criação de um espaço de negociação e do empoderamento dos povos indígenas e tribais para participar das tomadas de decisão que lhes afetem em defesa de seus interesses:

El Convenio dispone el marco para mantener debates y negociaciones entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales. El objetivo de una consulta de esta clase es alcanzar un acuerdo (consenso) o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados. ¿Y el derecho de veto? El Convenio no otorga a los pueblos indígenas y tribales el derecho de veto. El Convenio especifica que no debe tomarse ninguna medida contraria al deseo de los pueblos indígenas y tribales, pero esto no significa que en caso de desacuerdo nada puedan hacer.

[...]

El Convenio núm. 169 reconoce a los pueblos indígenas y tribales el derecho a ser consultados y a expresar sus puntos de vista. Les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas. Dispone el espacio necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan negociar para proteger sus derechos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2003, p. 16-17).

O consenso, pois, deve ser o objetivo maior dos processos de diálogo entre o Poder Público (ou Estado) e os povos indígenas e comunidades quilombolas, mas, evidentemente, em se tratando de uma democracia, dissensos são previsíveis, naturais e inclusive necessários, sob pena de o pluralismo almejado ser asfixiado. Visto que são previsíveis, o necessário é que o procedimento a ser regulamentado preveja instrumentos para que estes dissensos nem inviabilizem o prosseguimento do diálogo (como tem ocorrido durante as discussões para a regulamentação da Convenção n. 169 conduzidas pelo GTI, em que os indígenas, no exercício legítimo de sua autonomia, recusaram-se a continuar acompanhando os trabalhos), nem resultem na imposição da vontade de uma das partes à outra, sobretudo diante da correlação desigual de forças e da grave assimetria de poder.

Propõe-se, portanto, que, nos casos da impossibilidade de resultados consensuais, a norma regulamentadora preveja a obrigatoriedade de uma decisão motivada pelo órgão responsável pela

medida administrativa ou legislativa que afetará diretamente os indígenas. Essa decisão deverá analisar de forma fundamentada os resultados do processo de consulta, detalhando os motivos para eventual rejeição total ou parcial das sugestões, propostas e críticas dos povos indígenas consultados.

Caso estes se recusem a participar do processo de consulta, que sejam explicitados os esforços adotados, as justificativas apresentadas para a não participação no diálogo e os fundamentos de conveniência e necessidade da medida sobre a qual se consultava. Além disso, é preciso restar garantido que as medidas que lhes afetem diretamente serão sempre, especialmente quando não houver acordo, implementadas em conjunto com amplas ações mitigatórias dos impactos, que deverão ser estruturadas em consonância com outras disposições legais pertinentes e levando-se em consideração os posicionamentos dos sujeitos consultados, sobretudo os seus fundamentos para o não engajamento no respectivo processo de consulta.

Por fim, cumpre ressaltar que, independentemente dos resultados do processo de consulta, nos termos do disposto no § 5º do art. 231 da CR/1988, existe uma vedação constitucional à implementação de medidas que impliquem a remoção forçada dos povos indígenas de seus territórios tradicionais, “salvo, ‘ad referendum’ do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco”.

## **5 Conclusões**

As ponderações apresentadas ao longo do presente artigo representam a síntese das reflexões oriundas de experiências práticas colhidas no acompanhamento dos debates públicos em torno do tema da regulamentação dos procedimentos de consulta prévia aos povos indígenas e comunidades quilombolas.

Constatou-se que o atual contexto sócio-político, especialmente no que tange aos povos indígenas, encontra-se significativamente tensionado, com a prevalência de propostas no Congresso Nacional tendentes a mitigar direitos humanos fundamentais (a exemplo da PEC n. 215/2000 e do PLP n. 227/2012), as quais não têm observado qualquer mecanismo de consulta pública aos interessados.

A proliferação de graves conflitos fundiários envolvendo a demarcação de terras indígenas em todo o País e o avanço de projetos de infraestrutura na região amazônica contra intensa resistência dos povos indígenas afetados são problemas gravíssimos que exigem, nos encaminhamentos e decisões a serem tomados, a observância do processo democrático de participação desses povos.

É justamente nesse ambiente conflituoso que deve ser compreendido o direito à participação social dos povos indígenas em sua plenitude, o que é indispensável para que sejam assegurados espaços em que os reais interessados possam se manifestar em defesa de seus direitos, bem como que as decisões do Poder Público acerca das medidas que lhes afetarão sejam precedidas de um processo adequado de consulta que garanta a sua legitimidade social e constitucional.

Portanto, compreender o direito de consulta ou de participação social dos povos indígenas como uma questão de democracia é superar as visões que o reduzem a enquetes, a mecanismos para assegurar uma legitimidade meramente formal de decisões já tomadas, em que os valores *soberania nacional* ou *supremacia do interesse público* são invocados para travar o debate em torno da existência ou não de um direito de veto. Sobretudo quando esses princípios são alegados em defesa do *desenvolvimento nacional*, sem que haja uma efetiva discussão democrática acerca desse modelo de desenvolvimento, uma vez que este deve ser promovido em conjunto com os povos indígenas e nunca apesar deles.

Uma participação democrática vai muito além de vetar ou aquiescer: compreende ações propositivas, a argumentação sobre razões em

defesa de interesses e ideias, o estabelecimento de negociações, a fixação de condicionantes, a realização de concessões mútuas etc.

Retomar o debate sobre essas bases é ultrapassar as concepções que colocam de forma equivocada os povos indígenas e o restante da população nacional como partes em uma relação de oposição e não de igualdade. É necessário transpor as visões da consulta ou da participação social indígena como um processo de embate unilateral, em que apenas uma das partes pode ser vencedora: a que obtém o consentimento, ou a que veta. Trata-se de um processo que deve ser dialógico, plural e com uma gama de resultados possíveis, decorrentes da conjunção das vontades e das reflexões advindas do diálogo em si.

Não há democracia ou diálogo possível se, em um processo de deliberação, qualquer das partes possui previamente a opção de veto injustificado, ou em que a outra parte possui a faculdade de superar as razões da primeira. Em outras palavras, se é dado a uma parte o direito de ser barreira ou à outra o poder de ser trator.

O estabelecimento de um procedimento que oriente os espaços de participação social dos povos indígenas (e das comunidades quilombolas), bem como os processos de consulta prévia do Poder Público aos povos indígenas e as comunidades quilombolas, que têm seus direitos assegurados tanto pela Constituição de 1988 quanto pela Convenção n. 169 da OIT, deve incluir a busca pelo consenso, mas, principalmente, pela construção de espaços que viabilizem um diálogo intercultural livre, transparente e de boa-fé, que efetivamente possibilite ao Brasil exercer seu potencial para se constituir em um dos países com a maior diversidade sociocultural do mundo.

## **Referências**

AFONSO, Henrique Weil; QUADROS DE MAGALHAES, José Luiz. O Estado plurinacional da Bolívia e do Equador: matrizes para uma

releitura do direito internacional moderno. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Mexico, v. XII, p. 455-473, 2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O direito à autodeterminação dos povos indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org). *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ASSOCIAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. *Carta Pública da APIB sobre a regulamentação dos procedimentos do direito de consulta assegurado pela Convenção 169 da OIT*. 26.7.2013. Disponível em: <[http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo\\_id=7045&action=read](http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=7045&action=read)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. Desenvolvimento econômico e reenvolvimento cosmopolítico: da necessidade extensiva à suficiência intensiva. *Sopro*: panfleto político-cultural, 51, maio/2011.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. *Sur: Revista internacional de direitos humanos*, São Paulo, v. 6, n. 10, jun. 2009. Disponível em: <[www.surjournal.org/conteu](http://www.surjournal.org/conteu)-

dos/getArtigo10.php?artigo=10,artigo\_courtis.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

DUSSEL, Enrique. Democracia participativa, disolución del Estado y liderazgo político (Primera Parte). *Comunicação & política*, v. 29, n. 3.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 2011.

KEPPI, Jandira. *A ratificação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil*. 2001. Disponível em: <[http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/sites/util.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/files/hist%C3%B3ria\\_ratifica\\_c169\\_brasil.pdf](http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/files/hist%C3%B3ria_ratifica_c169_brasil.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988*. 2007. 550 f. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2007.

MUJICA, José (Pepe). *Mujica: “aplicamos um princípio simples, reconhecer os fatos”*. Montevidéo, 9.3.2014. Entrevista concedida a Helena Celestino. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/mujica-aplicamos-um-principio-simples-reconhecer-os-fatos-11827657>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. *A travessia do direito: a gênese democrática do discurso jurídico e o amicus curiae como manifestação da transição paradigmática do direito*. (Dissertação de mes-

trado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2014 (no prelo).

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*. 1. ed. 2003. Disponível em: <[http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/sites/util.socioambiental.org/inst.esp.consulta\\_previa/files/manual\\_oit169.pdf](http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org/inst.esp.consulta_previa/files/manual_oit169.pdf)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

ORIO, Luís Henrique. Situando o novo: um breve mapa das recentes transformações do constitucionalismo latino-americano. In: Wolkmer, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (orgs.). *Crítica Jurídica na América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. de 1997. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *12.2.2014 - Grupo de Trabalho Interministerial sobre Convenção 169 promove última reunião*. Disponível em: <[http://www.secretariageral.gov.br/noticias/ultimas\\_noticias/2014/02/12-02-2014-grupo-de-trabalho-interministerial-sobre-convencao-169-promove-ultima-reuniao](http://www.secretariageral.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2014/02/12-02-2014-grupo-de-trabalho-interministerial-sobre-convencao-169-promove-ultima-reuniao)>. Acesso em: 13 mar. 2014.