

Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil

Right to prior consultation to indigenous peoples in Brazil

Pedro Pulzatto Peruzzo

Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, São Paulo, Brasil. E-mail: peruzzopp@hotmail.com

Recebido em 14/07/2016 e aceito em 31/10/2016.

Como citar em *ahead of print*:

PERUZZO, Pedro Pulzatto. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: *link para o artigo*. acesso em xxxx. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/24631.

Resumo

Como resultado da consolidação de uma tese de doutorado e de uma experiência pessoal como advogado junto a movimentos indígenas, o problema que buscamos responder neste artigo é se é possível considerar os interesses das minorias nos processos de elaboração, interpretação e aplicação do Direito oficial. Em outros termos, se seria possível superar o método tradicional que se reproduz ainda hoje, baseado na ideia do assimilacionismo e da homogeneidade, no sentido da consolidação de outra noção de Direito que afirme e promova as diferenças como direitos humanos fundamentais. No curso do trabalho buscamos comprovar a hipótese de que o diálogo intercultural não violento é um processo possível e que a consulta prévia é um direito que evidencia essa possibilidade, desde que respeitados alguns pressupostos essenciais como a horizontalidade entre o Estado e os povos indígenas e também o direito a dizer “não”.

Palavras-chave: Consulta prévia; Democracia participativa; Povos indígenas.

Abstract

As a result of the consolidation of a doctoral thesis and a personal experience as a lawyer with indigenous movements, the question we seek to answer in this article is whether it is possible to consider the interests of minorities in the processes of elaboration, interpretation and application of official law. Overcoming the traditional method that is still reproduced today, based on the idea of assimilationism and homogeneity, one would walk towards the consolidation of another notion of law that affirms and promotes differences as fundamental human rights. In the course of our work, we sought to verify the hypothesis that non-violent intercultural dialogue is a possible process and that prior consultation is a right that demonstrates this possibility, provided that some essential assumptions, such as horizontality between the State and indigenous peoples and also the right to say "no", are respected.

Key-words: Prior consultation; Participatory democracy; Indigenous people.

1- Introdução¹

Este artigo é resultado da consolidação de reflexões que orientaram uma tese de doutorado desenvolvida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e de uma experiência pessoal que vivenciamos como advogado junto a movimentos indígenas, situação que nos permitiu atuar em consultas jurídicas formuladas por grupos que buscavam alcançar no Direito estatal um espaço legítimo para as suas diferenças.

Durante o tempo em que estivemos pesquisando e atuando junto aos movimentos sociais, percebemos que o método tradicionalmente empregado para criar, interpretar e aplicar o Direito não se preocupava, ou se preocupava muito pouco, com a necessidade de assegurar a participação desses povos nas tomadas de decisão a respeito de suas vidas, repetindo, assim, uma lógica de opressão iniciada com a estruturação do Estado colonial. A restrição participativa nos processos de elaboração e aplicação do Direito oficial se apresentou como o principal fator responsável pela pouca correspondência entre a perspectiva garantidora de direitos fundamentais estampada no texto constitucional e as expectativas dos povos indígenas enquanto grupos minoritários.

No início da nossa pesquisa ouvimos lideranças populares sustentando categoricamente que o Direito oficial jamais deixaria de ser um instrumento de opressão e que, por isso, não valeria a pena fazer nenhum tipo de luta através do Direito. Por outro lado, também nos deparamos com lideranças e grupos indígenas buscando fortalecer suas lutas por direitos a partir do próprio Direito, das categoriais e das instituições oficiais². Nesse sentido, o problema que nos foi colocado foi o seguinte: “É possível considerar os interesses das minorias nos processos de elaboração, interpretação e aplicação do Direito oficial, superando o método tradicional³ que se

¹ O autor agradece as preciosas recomendações feitas pelos avaliadores, pois foram fundamentais para a consolidação do trabalho com a clareza necessária para corresponder a excelência desta revista.

² Os Munduruku afirmaram o seguinte em seu protocolo próprio de consulta, de 2014: *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.* Os protocolos de outros povos estão disponíveis para consulta no sítio eletrônico da Comissão Pró-Índio de São Paulo. Disponível em <<http://cpisp3.wix.com/proindio-saopaulo>> Acesso em: 13 nov. 2016.

³ Sobre o método tradicional: *Entretanto, é preciso de início esclarecer que a pesquisa empírica é um desafio significativo para o campo do Direito, seja porque os seus operadores não estão socializados com essa metodologia, seja porque estão acostumados a pensar o Direito a partir de ideais abstrato-normativos (dever-ser) que costumam obscurecer a visão do campo para práticas e rituais que os contrariam, que se tornam objeto de estigma e, no limite, de denúncia, acusação e criminalização, não de pesquisa. Além do fato de que, socializados na lógica do contraditório, da disputatio, seja no processo, seja na produção da*

reproduz ainda hoje pela ideia do assimilacionismo e da homogeneidade no sentido da consolidação de outra noção de Direito que afirme e promova as diferenças como direitos humanos fundamentais”?

Diante desse problema, considerando nossa experiência no campo e a Constituição de 1988 como um documento político que afirma as diferenças, assumimos como hipótese de pesquisa a possibilidade de um diálogo não violento que, ao invés de engessar, pudesse assegurar e promover as diferenças na construção, na interpretação e na aplicação do Direito oficial. Nessa linha, nosso trabalho foi desenvolvido no sentido de 1- demonstrar que a Constituição de 1988 afirma e exige a promoção das diferenças de grupos culturalmente diferenciados como direito fundamental e também no sentido de 2- demonstrar que o diálogo intercultural não violento é um processo possível, o que fizemos tomando como referência o procedimento da consulta prévia.

A respeito da validação constitucional das diferenças, vale registrar que logo no primeiro artigo da Constituição de 1988 o legislador constituinte afirmou que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Além disso, o constituinte originário também fixou como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I) e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV).

De mais a mais, fundamental considerar que o artigo 216 da Constituição diz que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver. Além disso, o artigo 231 também reconhece aos povos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Esses dispositivos constitucionais não apenas reconhecem a pluralidade do povo brasileiro, mas também avançam em relação à ideia reducionista e equivocada que entende a democracia como simples vontade da maioria e consagra uma concepção democrática que se preocupa com o bem de todos, sem exclusão de ninguém,

dogmática, os juristas são muito pouco afeitos à lógica da argumentação, voltada para consensualizações provisórias e sucessivas. (KANT DE LIMA, BAPTISTA, 2014)

instituindo, assim, uma base importante para a leitura mais participativa e aberta do ordenamento jurídico.

A respeito da consulta prévia como uma forma de promover diálogos interculturais não violentos, a tese que sustentamos aqui considera a consulta como instrumento de fortalecimento da democracia participativa e de inclusão de grupos culturalmente diferenciados, exprimindo a ideia de cidadania ativa, inclusão nas deliberações públicas e protagonismo da soberania popular. Em outros termos, a ideia central busca declarar a crise e a insuficiência da noção tradicional de democracia representativa partindo da experiência e do legado modernos ao manter o lugar da política representativa, por um lado, e, por outro lado, propor medidas para enraizar a participação popular organizada e voltada aos interesses de realização de direitos e promoção de justiça.

Para isso, nos valemos da noção habermasiana do agir comunicativo que, mais do que exigir consenso, trabalha com a proposta do entendimento nos processos de diálogo e negociação das regras que orientarão a convivência em um mesmo espaço geográfico e político. A esse respeito, esclarece Eduardo Carlos Bianca Bittar:

O cerne da teoria do agir comunicativo não é a produção necessária do consenso. Haja ou não consenso, a busca do entendimento corresponde à característica própria do pensamento habermasiano. Existe agir comunicativo mesmo que o acordo não seja produzido, mas que a comunicação tenha se dado sob condições de busca de entendimento (ação comunicativa em sentido fraco), que é uma forma de expressão do caráter interativo da ação social. (BITTAR, 2013. p. 244).

A consulta prévia tem previsão constitucional para os casos de aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas (artigo 231 da Constituição), bem como para os casos de acesso a conhecimento tradicional (Lei 13.123, de 20 de maio de 2015). No entanto, o que nos move a refletir sobre esse tema é a situação de interlocutores culturalmente diferenciados que se deparam com a necessidade de solucionar o problema sobre como vão ser regulamentadas tantas outras relações entre todos aqueles que compartilham um mesmo espaço de convivência, razão pela qual trabalharemos com a consulta de forma ampliada, considerando o artigo 6º da

convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Decreto n. 5.051/04, que diz:

Artigo 6º - 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

2- A insuficiência histórica da democracia representativa para os povos indígenas.

2.1 – Uma história de opressão

A relação entre o invasor colonial europeu e os povos originários esteve marcada por uma forma específica de aproximação, permeada de processos por vezes romanceados ou, na maior parte das vezes, violentos (escravização, assimilação, integração). Entender o significado das ideias do bom e do mau selvagem é fundamental para a compreensão da forma pela qual o índio deixou de ser sujeito para assumir a condição de objeto da política, da economia, da pedagogia e até mesmo dos desejos sexuais do invasor colonial.

O encantamento com a ingenuidade e provável facilidade de conversão/dominação dos povos originários foi responsável pela invasão violenta do território e também dos corpos das mulheres indígenas que foram sistematicamente estupradas pelos colonizadores. Não são poucas as passagens em que Pero Vaz de Caminha analisa os órgãos genitais das mulheres com relatos pitorescos e detalhados que seriam apresentados ao rei.

Ali andavam entre eles três ou quatro moças, bem moças e bem gentis, com cabelos muito pretos, compridos pelas espáduas, e suas vergonhas tão altas, tão cerradinhas e tão limpas das cabeleiras que, de as muito bem olharmos, não tínhamos nenhuma vergonha. (...) E uma daquelas moças era toda tingida, de baixo a cima daquela tintura; e certo era tão bem-feita e tão redonda, e sua vergonha (que ela não tinha) tão graciosa, que a muitas mulheres da nossa terra, vendo-lhe tais feições, fizera vergonha, por não terem a sua como ela. (...) Ali davam alguns arcos por folhas de papel e por alguma carapuzinha velha ou por qualquer coisa. Em tal maneira isto se passou, que bem vinte ou trinta pessoas das nossas se foram com eles, onde outros muitos estavam com moças e mulheres. (CAMINHA, 1500).

As trocas de objetos foram apenas uma das formas pelas quais os portugueses se aproximaram e contaminaram os povos originários com suas doenças. Existiram, contudo, esses contatos dos “outros muitos que estavam com moças e mulheres”, que iniciaram o processo de miscigenação do povo brasileiro que, antes de poder ser afirmado apenas como um processo bonito, colorido e rico, merece ser encarado com a crueza da realidade dos abusos sexuais de crianças, adolescentes e mulheres. Essa relação se repetiu durante a ditadura civil-militar, como demonstra o *Relatório Figueiredo*⁴ e o Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (2014), e até hoje é prática corriqueira de imposição de medo em comunidades que estão lutando contra possuidores ilegítimos⁵ de suas terras.

Quando não havia mais dúvidas a respeito da existência de riquezas (ouro, madeira, terra) e tendo os povos indígenas demonstrado seu poder de resistência (como na Revolução dos Tamoios, por exemplo), à divisão do território em capitanias hereditárias e o início da exploração econômica da colônia se somou a tentativa de escravização dos índios. O extrativismo se desenvolveu em novas formas de exploração de riquezas, dentre as quais posteriormente foram somados o café, a cana-de-açúcar, a borracha, o gado, as estradas e, mais recentemente, as hidrelétricas, a soja e as

⁴ Documento apresentado pelo procurador Jader de Figueiredo Correia ao Ministério do Interior em 1967 e que foi encontrado pelo pesquisador Marcelo Zelic no Museu Nacional do Índio em 12 de junho de 2013. Disponível em <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-de-trabalho/gt_crimes_ditadura/relatorio-figueiredo> Acesso em 11/07/2016.

⁵ O parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição diz que são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas. Como veremos adiante, as concessões irregulares e fraudulentas de título de propriedade sobre terras indígenas foi uma marca da política indigenista do Estado brasileiro, especialmente a partir da década de 40, quando as Constituições brasileiras já asseguravam aos índios os direitos originários sobre suas terras. Exatamente por isso o termo “possuidores ilegítimos” não se trata apenas de um recurso retórico.

patentes irregulares de conhecimentos tradicionais⁶, com todas as consequências advindas da degradação ambiental e do uso descontrolado de agrotóxicos.

Esse tipo de discurso que trata o índio como “bom/mal selvagem” foi responsável não apenas pelas teses de “evolução racial” como também pelas propostas de assimilação na condição de trabalhador (sempre pobre, vale registrar). Isso é muito importante para o que nos propomos sustentar aqui, pois são discursos construídos única e exclusivamente a partir do ponto de vista do colonizador que, ainda hoje, sonega aos povos indígenas o direito à participação nas tomadas de decisão que lhes dizem respeito. Pablo Gonzales Casanova diz o seguinte sobre as formas modernas de colonialismo:

A definição do colonialismo interno está originalmente ligada a fenômenos de conquista, em que as populações de nativos não são exterminadas e formam parte, primeiro do Estado colonizador e depois do Estado que adquire uma independência formal, ou que inicia um processo de libertação, de transição para o socialismo, ou de recolonização e regresso ao capitalismo neoliberal. Os povos, minorias ou nações colonizadas pelo Estado-nação sofrem condições semelhantes às que os caracterizam no colonialismo e no neocolonialismo em nível internacional: 1) habitam em um território sem governo próprio; 2) encontram-se em situação de desigualdade frente às elites das etnias dominantes e das classes que as integram; 3) sua administração e responsabilidade jurídico-política concernem às etnias dominantes, às burguesias e oligarquias do governo central ou aos aliados e subordinados do mesmo; 4) seus habitantes não participam dos mais altos cargos políticos e militares do governo central, salvo em condição de “assimilados”; 5) os direitos de seus habitantes, sua situação econômica, política social e cultural são regulados e impostos pelo governo central; 6) em geral os colonizados no interior de um Estado-nação pertencem a uma “raça” distinta da que domina o governo nacional e que é considerada “inferior”, ou ao cabo convertida em um símbolo “libertador”

⁶ Asses respeito podemos citar uma pesquisa realizada por uma pesquisadora do Departamento de Psicobiologia da UNIFESP com conhecimentos tradicionais do povo Krahô, que culminou em um processo judicial para indenização desse povo. Thiago Ávila analisou o corrido, valendo citar as seguintes passagens do seu estudo: *A tese de doutorado de Rodrigues representa apenas um pequeno conjunto dos dados que a pesquisadora coletou em campo e que são propriedade exclusiva da UNIFESP. Os Krahô não possuem este material, mas o Estado brasileiro sim, na medida em que o CGEN o solicitou à pesquisadora. Na verdade, somente uma pequena parte do conhecimento medicinal Krahô interessou à pesquisadora e foi devidamente analisada em sua tese de doutoramento. (...) A suspensão da pesquisa, liderada por um dos mais renomados cientistas brasileiros no estudo de drogas (Elisaldo Carlini), acabou chamando a atenção dos meios de comunicação de massa e os Krahô passaram a ser descritos como incapazes de se organizar politicamente e como “índios mercenários” que estavam tentando arrancar 25 milhões de reais da UNIFESP. (ÁVILA, 2004. p.30).* Vale também referência ao absurdo artigo do Estadão que anuncia que um grupo de estudantes da FATEC de Araçatuba, sob supervisão do professor Hildo Costa Sena, teriam descoberto uma bebida alcoólica à base de mandioca, enquanto diversos povos produzem há séculos o cauim, o caxiri e tantas outras bebidas fermentadas derivadas da mandioca. <<http://pme.estadao.com.br/noticias/pme,estudantes-criam-vinho-de-mandioca-em-agora-buscam-investimento,20000000265,0.htm>> Acesso em 21/11/2016.

que forma parte da demagogia estatal; 7) a maioria dos colonizados pertence a uma cultura distinta e não fala a língua “nacional”. Se como afirmara Marx “um país se enriquece às custas de outro país” igual a “uma classe se enriquece às custas de outra classe”, em muitos Estados-nação que provêm da conquista de territórios, chame-se Impérios ou Repúblicas, a essas duas formas de enriquecimento juntam-se as do colonialismo interno (...). (GONZÁLEZ CASANOVA, 2007, p. 438).

Apesar de discursos permeados de benevolência, o colonizador abordou os povos originários de cima para baixo, de modo etnocêntrico, e assim foi desde o primeiro contato entre representantes dessas culturas europeias e americanas, começando pela heteroidentificação dos povos sob o manto de um conceito abstrato que nunca traduziu a pluralidade dos povos que vivem no Brasil, ou seja, o conceito de “índio”. Thiago Freitas Hansen, dissertando sobre a influência de definições abstratas sobre os indígenas no pensamento jurídico, comenta:

Tanto a romantização do bom selvagem por parte dos habitantes das metrópoles quanto o propagandeamento da imagem de agressivo e rústico por parte dos habitantes dos sertões revelam que a definição mental de um índio está sempre recheada de categorias de imaginação espacial. Roberto Cardoso de Oliveira busca demonstrar que, do ponto de vista do Estado, não haveria até então a formação de uma identidade por parte dos próprios índios, mas esta sempre seria circundada por noções pré-concebidas e impostas, seja para valorizá-lo, seja para desqualificá-lo. (HANSEN, 2015, p. 328).

Quando o invasor colonial chegou nestas terras, o Brasil já era um espaço pluricultural, pois a previsão é de que viviam por aqui cerca de 400 povos diferentes que, apesar das diferenças e das rivalidades, conviviam por dezenas de séculos numa relação muito menos violenta do que a relação imposta pelo colonizador português que, após 400 anos de colonização, reduziu a população indígena a menos de 3% do contingente populacional de 1500⁷.

⁷ Dados apresentados pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) apontam 3.000.000 de indígenas que viviam no Brasil em 1500, sendo que desse total apenas 70.000 (2,4%) restavam em 1957. Apesar de ter ocorrido um aumento populacional em 2010 (817.962 indivíduos autodeclarados), esse número ainda representa menos da metade do número de indígenas estimado quando da chegada dos colonizadores. Fonte: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>> Acesso em 11/07/2016. Também vale referência ao estudo de Oliveira e Rocha Freire: *Há várias estimativas sobre o montante da população indígena à época da conquista, tendo cada autor adotado um método próprio de cálculo (área ocupada por aldeia, densidade da população etc.). Julian Steward, no Handbook of South American Indians calculou em 1.500.000 os índios que habitavam o Brasil (Steward, 1949). William Denevan projetou a existência de quase 5.000.000 de índios na Amazônia (Bethell, 1998:130-131), sendo reduzida posteriormente essa projeção para cerca de 3.600.000 (Hemming, 1978).* (OLIVEIRA, J. P. & ROCHA FREIRE, 2006, p.22).

Importante ficar claro que apesar de ter existido atores com certa relevância política que defendiam os interesses dos povos indígenas nos primeiros anos de colonização, o fato é que a estrutura da violência contra os “diferentes” já estava fortemente enraizada no Brasil. Naquela ocasião já podíamos verificar os problemas da representatividade e da sonegação da cidadania ativa de todos os grupos minoritários.

Nas origens da sociedade brasileira, mais grave do que a derrota dos missionários em impedir a escravização dos índios foi a despreocupação, talvez a indiferença, dos papas em relação à escravidão dos negros, que começaram a vir da África nos primeiros séculos e continuaram a ser importados durante todo o período colonial. Não há dúvida de que os missionários, em especial os jesuítas, lutaram para diminuir o sofrimento dos índios e fizeram o mesmo em relação aos “excessos” cometidos por senhores e capatazes contra os negros. Mas em que pese seu empenho na defesa de índios e negros, não foram capazes de denunciar o fato fundamental da absoluta ilegitimidade da escravidão. (WEFFORT, 2012, p. 49).

A política que se instaurou na sequência das propostas assimilacionistas nada tinha a ver com a ampliação do direito à participação política efetiva dos povos originários. Pelo contrário, sob o novo manto da “tutela” e com apoio do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), criado em 1910, o Estado brasileiro deu sequência ao genocídio desses povos resistentes. Após a Guerra do Paraguai (1864-1870), o Estado brasileiro iniciou um processo de ocupação das terras amazônicas e de exploração do oeste do país, especialmente do Mato Grosso, concedendo títulos de propriedade irregulares e exterminando grupos indígenas.

É neste momento que se enraíza o novo discurso contra os povos indígenas, agora já declaradamente despreocupado com o respeito à cultura e às terras desses povos. O discurso da “tutela” orientou a criação do SPI, que foi idealizado para tutelar os índios por um lado, mas como pano de fundo existia uma proposta mais decisiva, que era tutelar os índios para que eles não atrapalhassem aquilo que à época foi propagado como “desenvolvimento nacional”. O discurso do desenvolvimento marcou toda a política indigenista e a fala do Ministro do Interior Maurício Rangel Reis (governo de Ernesto Geisel), em janeiro de 1976 (nesta época o SPI já havia sido substituído pela FUNAI), esclarece e resume a política que tem início com o SPI: *Os índios não podem impedir a passagem do progresso (...) dentro de 10 a 20 anos não haverá mais índios no Brasil.* (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 203-264).

Na década de 1940, Getúlio Vargas iniciou uma política nacional de exploração e ocupação do centro-oeste por colonos que ficou conhecida como a “Marcha para o Oeste”, entrando em contato com populações indígenas que estavam isoladas e favorecendo a invasão e titulação de terras indígenas, reforçando uma política que à época já era adotada por vários governos estaduais. Os órgãos oficiais emitiam falsas declarações de ausência de comunidades indígenas nos territórios que seriam concedidos aos colonos.

Omissão e violência direta do Estado sempre conviveram na política indigenista, mas seus pesos respectivos sofreram variações. Poder-se-ia assim distinguir dois períodos entre 1946 e 1988, o primeiro em que a União estabeleceu condições propícias ao esbulho de terras indígenas e se caracterizou majoritariamente (mas não exclusivamente) pela omissão, acobertando o poder local, interesses privados e deixando de fiscalizar a corrupção em seus quadros; no segundo período, o protagonismo da União nas graves violações de direitos dos índios fica patente, sem que omissões letais, particularmente na área de saúde e no controle da corrupção, deixem de existir. Na esteira do Plano de Integração Nacional, grandes interesses privados são favorecidos diretamente pela União, atropelando direitos dos índios. A transição entre os dois períodos pode ser datada: é aquela que se inicia em dezembro de 1968, com o AI-5. (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 203-264).

De posse de uma declaração falsa emitida pelo próprio Estado brasileiro, os colonos se sentiam muito à vontade para matar qualquer índio que cruzasse seu caminho e, é importante registrar, em razão mesmo da ausência de participação efetiva dos povos indígenas na interpretação e aplicação do Direito oficial, quando o Supremo Tribunal Federal criou o instituto do “marco temporal” com a exceção dos casos de esbulho, no caso de Raposa Serra do Sol (Pet. 3388), desconsiderou que o esbulho foi a regra na invasão das terras de quase todos os povos indígenas que vivem e que viveram no Brasil.

Para conseguir a posse dessas áreas e tornar real a extinção de indígenas no papel, foram empreendidas tentativas de extinção física desses povos, chegando a oferecer alimentos envenenados, causando contágios propositais, sequestros de crianças e massacres com armas de fogo. A título de esclarecimento da crueldade desse processo histórico, vale referência a outra passagem do relatório da CNV:

A mais dramática das violações cometidas contra os Cinta Larga ficou conhecida como Massacre do Paralelo 11. Em outubro de 1963, foi organizada uma expedição, planejada por Francisco Amorim de Brito, encarregado da empresa Arruda, Junqueira e Cia. Ltda., a fim de verificar a existência de minerais preciosos na região do rio Jurueña. A expedição era

comandada por Francisco Luís de Souza, pistoleiro mais conhecido como Chico Luís. O massacre teve início quando um grupo Cinta Larga estava construindo sua maloca e Ataíde Pereira dos Santos, pistoleiro profissional, atirou em um indígena. Em seguida, Chico Luís metralhou os índios que tentavam fugir. Os pistoleiros ainda encontraram uma mulher e uma criança Cinta Larga vivas. Chico Luís atirou na cabeça da criança, amarrôu a mulher pelas pernas de cabeça para baixo e, com um facão, cortou-a do púbis em direção à cabeça, quase partindo a mulher ao meio. (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 203-264).

2.2 – A insuficiência da democracia representativa

Diante de todo o histórico de opressão consubstanciado nos processos de colonização, catequização, assimilação e escravização, a Constituição Federal de 1988 assegurou aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem com os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, a Convenção 169 da OIT assegurou, em seu artigo 6º, o direito à consulta prévia, livre e informada sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente, bem como estabeleceu que essas consultas devem ter por objetivo chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Vale registrar que a participação popular de maneira ampla foi prevista em diversos documentos legais elaborados após a Constituição de 1988. Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069) assegurou o direito da criança e do adolescente a participar da vida política (artigo 16, inciso VI). Em 1992, foram promulgados o Pacto de Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/92) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/1992) que garantiram o direito à participação de todo cidadão na condução dos assuntos públicos de seu país. Em 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394) assegurou a gestão democrática do ensino público com a participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes (artigo 14, inciso II).

Apesar da garantia expressa desses direitos na legislação oficial, os procedimentos de participação nas tomadas de decisão e, em especial, para a formulação das consultas aos povos tradicionais ainda não se desenvolveu ao ponto de significar um processo de diálogo que seja capaz de proporcionar a comunicação não

apenas de decisões já tomadas pelo Estado, como ocorreu desde o início da exploração colonial, mas também dos interesses e discordâncias por parte de todos os interlocutores envolvidos.

A principal dificuldade, como se vê, não está no reconhecimento formal do direito à participação popular, mas especialmente na forma como esse direito será exercido e promovido. O exercício pleno da cidadania assume relevância central nos processos de consolidação democrática e, para além do voto e da representatividade indireta, a construção e o fortalecimento de instrumentos de participação ativa de indivíduos e grupos nas deliberações democráticas exige uma ampliação da própria noção de cidadania.

A nova cidadania requer (e até é pensada como sendo esse processo) a constituição de sujeitos sociais ativos, definindo o que eles consideram ser os seus direitos e lutando pelo seu reconhecimento. Nesse sentido, ela é uma estratégia dos não cidadãos, dos excluídos, uma cidadania "de baixo para cima". (DAGNINO, 1994, p. 105).

Quando sustentamos aqui a consulta prévia como uma forma de enraizamento da democracia participativa, estamos dialogando com essa proposta de uma cidadania de baixo para cima. Em outros termos, o que estamos entendendo aqui por democracia participativa não significa a anulação das funções do Congresso Nacional ou dos gestores públicos, mas o fortalecimento de processos em que grupos minoritários tenham a oportunidade de apresentar os seus pontos de vista e, se for o caso, de dizerem “não” às propostas de leis e às políticas públicas de cima pra baixo e que, por isso mesmo, repetem a lógica colonial e violam direitos humanos reconhecidos na Constituição, nos tratados e convenções internacionais e na legislação infraconstitucional.

A afirmação e a consolidação de uma proposta dialógica pautada na concepção de cidadania ativa se mostra bastante pertinente diante das justificativas que orientaram os discursos para a legitimação da escravidão e para a assimilação/destruição cultural dos povos indígenas. De mais a mais, ainda hoje os propósitos que orientaram a relação entre o invasor colonial e os povos indígenas permanecem enraizados na política, na economia e no Direito. Entre 2002 e 2012, segundo o *Mapa da violência de 2012: a cor dos homicídios no Brasil* (WAISELFISZ, 2012), houve um aumento de 48% do índice de assassinato de indígenas no Brasil, o que

tem íntima ligação com a omissão estatal na demarcação de terras⁸ e gestão de conflitos fundiários.

Vale ressaltar também que, não obstante os avanços importantíssimos consagrados na Constituição de 1988, ainda hoje o discurso do “índio aculturado” permanece vivo na sociedade civil e nos órgãos estatais. Em processo recente de reintegração de posse da aldeia indígena do Jaraguá⁹, o autor da ação de reintegração de posse 0028364-20.2005.4.03.6100, em trâmite na Justiça Federal de São Paulo, o ex-deputado constituinte Tito Costa, disse em sua petição sobre os indígenas Guarani que: “(...) são invasores ridiculamente fantasiados com cabeça de vaca e arco e flecha (...)”.

O que sustentamos, portanto, é a crise e a insuficiência da noção tradicional de democracia representativa, especialmente para os povos indígenas, e isso tem reflexo direto em questões muito atuais como a Proposta de Emenda Constitucional 215, que pretende transferir para o Congresso Nacional a competência para homologar e para ratificar as demarcações de terra indígena já homologada. Um Parlamento racista, machista, homofóbico e com baixíssimo grau de representatividade em relação à pluralidade do povo brasileiro, não tem condições de assumir a tarefa de dar a última palavra em relação a um estudo técnico sobre um direito fundamental, que é a terra tradicional.

Para que a participação democrática nos processos de elaboração, interpretação e aplicação do Direito estatal seja algo factível, é imprescindível que as relações assimétricas de poder sejam ao menos reduzidas. E quando falamos de relações assimétricas de poder estamos tratando de abismos tão profundos que, mais do que diferenças, consubstanciam relações absurdas de opressão. As políticas de tutela e de integração do indígena à comunhão nacional foram responsáveis não apenas pelo genocídio dos povos indígenas no Brasil, mas também por uma concepção distorcida a respeito desses povos e dos seus direitos, aprofundando ainda mais o afastamento dos indígenas do espaço público.

⁸ O artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 diz que a União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

⁹ A aldeia indígena do Jaraguá, situada na cidade de São Paulo, teve uma área de 532 hectares declarada pela Funai como terra tradicionalmente habitada por Guaranis e homologada pelo Ministério da Justiça em 2015.

Daí a importância da consulta prévia como instrumento que assegura aos indígenas o direito de falar por eles mesmos. Os povos indígenas sabem muito bem o que querem e não precisam de intermediários para distorcer os seus interesses nos espaços políticos, razão pela qual a consulta prévia deve ser compreendida como um instrumento que assegura aos indígenas inclusive o direito a dizer “não” diante das agressões sofridas e que se repetem ainda hoje.

3- Participação democrática e consulta prévia: o direito a dizer não.

3.1 – Participação democrática

Existem no Brasil diversos dispositivos legais que preveem e exigem a consulta prévia aos povos indígenas, porém a aplicação desse direito no cotidiano da política nacional tem se mostrado algo muito distante dos parâmetros fixados na lei e também no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

De início, é importante registrar que para participar de algo é fundamental entender e significar aquilo que está em questão. Neste artigo não vamos nos ater às situações em que os povos indígenas ainda não compreenderam o que será a hidrelétrica, por exemplo, e, no limite, não compreenderam nem mesmo o papel dos agentes do Estado que estão formulando a consulta, pois isso nos parece a tradução da opressão colonial que há séculos marca a relação dos colonizadores com os povos indígenas. Nos casos em que os grupos indígenas não significaram, não compreendem o que está em discussão, nossa posição é no sentido de que a Constituição Federal impede qualquer abordagem forçada ou impositiva, pois o artigo 231 diz que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, crenças e tradições e o artigo 5º, inciso II, diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Um passo importante para esse debate é compreender que a interculturalidade é extraída do próprio texto constitucional, uma vez que, como afirmado acima, além de o artigo 3º, inciso IV, ter alçado o bem de todos sem qualquer forma de discriminação à condição de objetivo fundamental da República, também o artigo 231 reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e

tradições e o artigo 216 reconheceu os modos de criar, fazer e viver. Fabián Villa, analisando o sistema de justiça equatoriano, diz:

Precisamente por isso surge a necessidade de articular e coordenar os diferentes sistemas jurídicos sob parâmetros que não subordinem a justiça indígena a categorias convencionais da justiça ordinária; ou seja, é necessário buscar o respeito dos direitos e da Constituição partindo de categorias constitucionalmente reconhecidas como a pluralidade, a interculturalidade, os direitos coletivos e a autodeterminação dos povos indígenas. (VILLA, 2014, p. 135-142 – tradução livre do espanhol).

Villa esclarece que, no marco da justiça constitucional, a Constituição outorga à Corte Constitucional o poder de realizar um controle da constitucionalidade das decisões adotadas pela justiça indígena e isso não configura uma imposição, mas sim uma validação constitucional das práticas e dos usos, costumes e cosmovisões indígenas, o que afirma a diversidade epistêmica reconhecida pela Constituição.

Nessa linha, vale ainda referência a Jesús A. T. Rangel (2013, p. 129-163), que ao analisar a experiência zapatista e o pluralismo jurídico no México, comenta: *A vida humana social é impensável sem o Direito. Se isso é verdade, e se a juridicidade criada pelo Estado é insuficiente e injusta, diversos sujeitos sociais produzem outro Direito, um Direito alternativo, gerando, assim, o pluralismo jurídico.* Ou seja, não estamos tratando de ordens jurídicas incomunicáveis, mas essencialmente de uma validação constitucional de diferentes cosmovisões e juridicidades para fazer frente à insuficiência do Direito estatal, marcado, ainda hoje, pela baixa participação popular em sua construção e interpretação.

Para tratar da consulta prévia como instrumento de emancipação há que se considerar alguns caminhos da democracia participativa, pois nos parece que, se radicalizado, enraizado como prática, esse modelo de participação pode não apenas assegurar o direito à fala, mas também garantir o direito à oposição e à afirmação das diferenças. Jürgen Habermas desenvolve uma concepção procedimental de política deliberativa que fornece subsídios importantes para a reflexão que pretendemos desenvolver aqui, além de trabalhar a ideia do “direito a dizer não”.

No texto *Três modelos normativos de democracia*, Habermas (1995, p. 39-53) aponta para o fato de que a diferença essencial entre a concepção liberal e a republicana reside no papel do processo democrático. Ou seja, enquanto na *concepção liberal* o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da

sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato de administração pública e a sociedade como um sistema estruturado em termos de uma economia de mercado, na *concepção republicana* a política não se esgota nessa função de mediação. Enquanto na concepção liberal o êxito dessa disputa de interesses é determinado pelo número de votos obtidos em eleições nas quais os eleitores manifestam suas preferências, numa estrutura semelhante às escolhas dos participantes de um mercado, na concepção republicana a formação da opinião e da vontade política no espaço público e no parlamento obedeceria a uma estrutura de comunicação pública orientada para o entendimento.

Apesar de reconhecer vantagens no modelo republicano, como a ideia da auto-organização dos cidadãos unidos comunicativamente e a intenção de fazer com que os fins coletivos não sejam simplesmente o resultado de interesses privados conflitantes, Habermas também aponta para uma desvantagem desse modelo, que seria o idealismo excessivo que há em tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos orientados para o bem comum. Diante dessas considerações, Habermas propõe a ideia da política deliberativa que leva em conta a pluralidade de formas de comunicação nas quais uma vontade comum pode se formar (...) *não somente pela via de uma autocompreensão ética, mas também mediante o equilíbrio de interesses e compromissos, mediante a escolha racional de meios com respeito a um fim, mediante justificações morais e exames de coerência jurídicos.* (HABERMAS, Id.)

Ou seja, considerar a pluralidade de formas de comunicação como uma forma de alcançar o entendimento é uma decorrência da constatação de que o entendimento não é uma consequência imediata de um diálogo que sempre acontece de forma ética ou tranquila. Considerar a necessidade de buscar o equilíbrio de interesses mediante a escolha racional de meios e também de justificações morais e jurídicas para o fim que se pretende alcançar é uma forma de reconhecer que o diálogo entre interessados em diferentes fins não estará isento de conflitos.

Quando Habermas propõe o modelo deliberativo de democracia o que está em questão é exatamente a relevância do agir comunicativo como meio para a interação entre os indivíduos e grupos que expõem e justificam os seus interesses. Neste modelo, a ação comunicativa é fundamental e, em comparação com o modelo representativo ainda marcado por traços coloniais, poderíamos dizer que este último dispensa a ação e

prestigia o indivíduo apenas na condição de espectador das ações de outros que decidem por ele. Nesse sentido:

O que está em jogo, quando Habermas estuda a linguagem, não é a dimensão mais formal, das regras de relações entre os signos (uma sintática), nem mesmo a dimensão das relações entre os significantes linguísticos e as suas referências (uma semântica), mas sim a relação entre a linguagem e seus usuários (uma pragmática)". (COHN, G. 1993. p.65).

Nesse sentido, o exercício daquela ideia de cidadania “de baixo pra cima” exige a ação dos indivíduos e grupos que se comunicam e, por isso mesmo, buscam entendimento antes do consenso, que pode ou não acontecer. Habermas considera o “entendimento” como sendo o esclarecimento das vontades e a defesa ampla, através de um diálogo engajado, dos pontos de vista daqueles que comunicam um ao outro os seus interesses. Para que haja entendimento, não é demais reforçar, esse processo comunicativo exige relações não violentas. Diz Habermas: *Neste caso os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários.* (HABERMAS, 2012. p. 36).

É importante registrar que o entendimento no processo dialógico intercultural que se consolida na consulta prévia aos povos indígenas é em si um resultado com grande potencial de pacificação. O diálogo entre interlocutores culturalmente diferenciados não pressupõe necessariamente a concordância, mas essencialmente o entendimento, fruto da solidariedade oriunda da compreensão da necessidade de assegurar uma convivência pacífica num mesmo espaço político e geográfico.

Eis o que quero dizer: o poder de integração social da solidariedade deveria ser capaz de resistir às "forças" dos outros dois recursos, dinheiro e poder administrativo. Pois bem, os domínios da vida especializados em transmitir valores tradicionais e conhecimentos culturais, em integrar grupos e em socializar crescimentos, sempre dependeram da solidariedade. Mas desta fonte também teria de brotar uma formação política da vontade que exercesse influência sobre a demarcação de fronteiras e o intercâmbio existente entre essas áreas da vida comunicativamente estruturadas, de um lado, e Estado e economia, de outro lado. (HABERMAS, 1987, p. 112).

O entendimento é o cerne da questão quando se discute a consulta prévia a partir do problema que colocamos: “É possível considerar os interesses das minorias nos processos de elaboração, interpretação e aplicação do Direito oficial?” Isso pelo fato de que a primeira opressão se dá no momento em que o Estado impõe ou valida a imposição de uma lei, uma obra ou uma política pública que não foi nem mesmo entendida, significada ou solicitada pelos povos indígenas que terão de suportá-las. Sem entender o impacto de uma hidrelétrica, por exemplo, a comunidade afetada não terá o direito e o tempo necessário para pensar autonomamente em saídas para as mudanças dela decorrentes. A autonomia é, portanto, violada no momento da imposição da obra e em razão da ausência do tempo necessário para a resignificação do modo de vida afetado. Exatamente por isso é fundamental que o direito à consulta prévia não seja dissociado do direito a dizer “não”.

3.2 – Condições para a consulta prévia

A consulta prévia aos povos indígenas é o resultado de discussões e lutas travadas não apenas no âmbito interno, mas também em nível supranacional, sendo a Convenção 169 da OIT (em vigor internacional desde 1991) a consolidação desse direito fundamental. Por essa razão, pensar a consulta prévia no Brasil exige não apenas a consideração das peculiaridades históricas dos processos de colonização interno, mas também o diálogo com o que vem sendo construído no âmbito o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e de outros países, como o caso do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, como tema de cooperação jurídica internacional.

Para orientar o trabalho, tomamos como hipótese que o diálogo intercultural não violento é um processo possível e que a consulta prévia é um direito que evidencia essa possibilidade. No entanto, para que a consulta prévia possa realmente representar uma possibilidade de abertura do Direito oficial ao diálogo intercultural, além de demonstrar que as diferenças são garantias constitucionais, é fundamental avançar em relação a outros pressupostos.

A primeira questão a ser esclarecida é que toda participação em algo dado é uma participação condicionada. Em outros termos, toda vez que o Estado formula uma

consulta a um povo indígena se valendo de categorias e do próprio Direito oficial, a participação dos indígenas será em algo já definido pelo Estado. O problema, contudo, não está no fato de existir algo dado, mas na impossibilidade de isso que está sendo dado ser negociado com respeito às categorias do grupo que está sendo chamado para o processo de consulta. Apenas a título ilustrativo, o problema está na consulta que é formulada para saber se a estrada passará ao norte ou ao sul da terra indígena, sem oportunidade de discutir a não construção da estrada. Daí serem tão relevantes os protocolos próprios de consulta de cada povo.

Esses protocolos próprios, autorizados pela Convenção 169 da OIT, têm exatamente a finalidade de assegurar no ponto de partida um mínimo de equivalência entre as forças dos interlocutores. Em 2014, os Wajãpi e os Munduruku elaboraram protocolos próprios para regulamentar os processos de consultas que lhes digam respeito. A explicação dos motivos do Protocolo dos Wajãpi evidencia questão central para o presente estudo: *Nós resolvemos fazer este documento porque muitas vezes vemos que o governo quer fazer coisas para os Wajãpi, mas não pergunta para nós o que é que estamos precisando e querendo.*¹⁰ E ainda: *Não achamos bom quando o governo chega com projetos prontos para nós, com dinheiro para gastar em coisas que não são nossas prioridades.*

A respeito de como deve ocorrer o processo de consulta, consta as seguintes regras no Protocolo dos Munduruku, com atenção à garantia de participação efetiva e à necessidade de o “outro lado” conhecer a realidade dos Munduruku:

O governo não pode nos consultar apenas quando já tiver tomado uma decisão. (...) Quando o governo federal vier fazer consulta na nossa aldeia, eles não devem chegar à pista de pouso, passar um dia e voltar. Eles têm que passar com paciência com a gente. Eles têm que viver com a gente, comer o que a gente come. Eles têm que ouvir a nossa conversa. O governo não precisa ter medo de nós. Se ele quer propor algo que vai afetar nossas vidas, que ele venha até a nossa casa. Não aceitaremos dialogar com assessores, queremos ser consultados por quem tem o poder de decisão. (...) Nessas reuniões, nossos saberes devem ser levados em consideração, no mesmo nível que o conhecimento dos pariwat (não índios). (Id.)

¹⁰ Os protocolos estão disponíveis para consulta no sítio eletrônico da Comissão Pró-Índio de São Paulo. Disponível em <<http://cpisp3.wix.com/proindio-saopaulo>> Acesso em: 11 jul. 2016.

No tópico anterior tratamos da diferença entre entendimento e consenso para Habermas e afirmamos que o entendimento é a chave desses processos de diálogo, pois esclarece os interesses e amplia a compreensão dos interlocutores uns em relação aos outros. Quando os Munduruku pedem que os agentes do Estado “passem com paciência” com eles, não estão exigindo exclusivamente o acordo; o que exigem os Munduruku é a convivência para o entendimento.

Essa ampliação dos interlocutores uns em relação aos outros é o que interessa especialmente à interculturalidade, aqui pensada como uma experiência de fricção, de choque, e não de acordos refinados *a priori*. Considerada como processo de fricção, a interculturalidade se preocupa com a aproximação de interlocutores culturalmente diferenciados e os acordos, se ocorrerem, serão o resultado, o ponto de chegada, e não o pressuposto dessa relação dialógica. Ou seja, não estamos aqui desprezando os acordos, pois eles são fundamentais para a estabilização dos interesses em negociação, mas estamos buscando esclarecer a relevância do entendimento no processo de consulta, a relevância desse processo que não se resume ao “sim” e ao “não”.

O que propomos é que o procedimento de consulta prévia se consolide através de uma relação intercultural que não reproduza nem o descompromisso argumentativo¹¹ do relativismo puro e nem o etnocentrismo do universalismo puro, ou seja, que assuma a ideia de um universalismo de confluência, como propõe Joaquín Herrera Flores (2002, p. 09-29.): *O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes) de um processo conflitivo, discursivo de diálogo (...).*

A compreensão do diálogo intercultural que estamos propondo como consequência da consulta prévia, portanto, deve avançar em relação aos extremismos das teses universalistas e relativistas e ter como objetivo um universal onde caibam todos, mesmo que em paralelo. Esse universal pode ser compreendido como algo objetivo, ou seja, um espaço de convivência respeitosa que não exige permanência, imutabilidade, a-historicidade e nem validade abstrata como as compreensões

¹¹ Rouanet reforça que: *O antropólogo (relativista) está tão ansioso em mostrar que não é colonialista que se esquece de que a melhor maneira de tratar os homens como iguais é argumentar com eles, e que o modo mais devastador de desprezá-los é não se dar o trabalho de discordar deles.* – anotamos. (ROUANET, 1993, p. 258).

tradicionais a respeito da universalidade e do próprio Direito oficial. Nessa linha, os direitos humanos assumem exatamente o papel de impedir a sobreposição de interesses de maiorias tirânicas ao fixar um mínimo de garantia que assegure a dignidade de todos, inclusive das minorias. Luciano Braz da Silva assinala:

O risco de perpetuação das maiorias tirânicas deve ser evitado, considerando que tanto a maioria como a minoria devem ser motivadas a aderirem às regras do jogo estabelecidas, ou seja, a maioria temendo perder seu posto no poder, e a minoria, temendo os efeitos de uma mudança de (no) poder. As liberdades fundamentais clássicas são consideradas, assim, por Becker, como pressuposto fundamental e necessário para proteger os direitos das minorias, que poderão, numa eventual situação, estar ameaçados pelos interesses da maioria. Todavia, as maiorias vêm no medo de se tornarem minorias (a partir de uma mudança de governo), o fundamento para garantir os direitos das minorias. (SILVA, 2015, p. 141-172).

Existem muitas tentativas de afastar a semântica dos direitos humanos de qualquer debate sobre diversidade cultural, mas na criação, na interpretação e na aplicação do Direito, é exatamente o recurso aos direitos humanos que tem permitido (e exigido) a consideração e o respeito às diferenças. Rosinaldo S. de Sousa trabalha a possibilidade de os direitos humanos, após terem sofrido uma série de críticas culturais, serem retomados pelas minorias como instrumento de reivindicação dos seus direitos culturais e afirma o papel da Antropologia como um campo capaz de retomar, em conjunto com minorias culturais, (...) *os princípios morais da Declaração Universal dos Direitos Humanos como meio de difundir a importância e a necessidade do respeito à diferença cultural, condição indispensável para a existência de uma sociedade verdadeiramente democrática.* (SOUSA, 2001, p. 47-79).

Apesar de reconhecer a prevalência de posturas etnocêntricas nos foros de discussão sobre os direitos culturais, Rosinaldo S. de Sousa afirma que quando os direitos culturais e o direito à autodeterminação dos povos são positivados como direitos humanos, o caráter etnocêntrico dos direitos humanos encontra aí o seu próprio “antídoto”.

O fato de as minorias socioculturais se valerem da categoria “direitos humanos” como meio de luta por seus direitos, impossibilita uma leitura simplista, que tenda a ver os direitos humanos apenas como mais um instrumento de dominação e opressão do Ocidente sobre grupos subordinados. Embora, em muitos casos, valores ligados à afirmação dos direitos humanos – individualismo, democracia, universalismo –, e mesmo, a

categoria “direitos humanos”, sejam vistos como mais uma forma de imperialismo do Ocidente para com o “resto” do mundo, existem minorias tanto no Ocidente quanto em países não-ocidentais que utilizam a categoria “direitos humanos” como forma de proteção e luta por direitos. (SOUSA, Id.).

A participação enquanto direito à manifestação e justificação de uma opinião, se pensada dentro de uma proposta emancipatória, pode ser radicalizada ao ponto de representar algo muito maior do que simplesmente “participar de algo dado” e significar de fato um direito humano, especialmente se pensada como o exercício pleno do direito à resistência contra a opressão¹², direito este fundamental para a afirmação e efetivação de direitos sociais estruturais como a terra tradicional, a alimentação, a saúde e a educação.

Nessa linha, considerando a consulta prévia com respeito às assimetrias existentes entre os diversos grupos culturalmente diferenciados e esclarecido o papel do entendimento como algo que vai além do “sim” e do “não”, cumpre esclarecer, a guisa de conclusão, o que seria o acordo ou consentimento pensado juntamente com o direito a dizer “não”. Este esclarecimento é importante para reforçar o papel do entendimento, pois também no consentimento o que está em questão não é apenas o direito ao veto.

O direito à participação não significa simplesmente um direito à fala, à manifestação de opinião, mas um direito ao reconhecimento enquanto pessoa ou comunidade política que tem argumentos e razões para acatar propostas ou propor mudanças. A participação deve ocorrer com respeito às particularidades de cada indivíduo ou grupo culturalmente diferenciado, pois, como tivemos oportunidade de anotar acima, a democracia, tal qual é reconhecida na Constituição de 1988, se constitui a partir das diferenças. Raquel Yrigoyen Fajardo comenta: *Aqui percebemos, então, que*

¹² O direito à resistência contra a opressão esteve previsto expressamente no artigo 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, nos seguintes termos: *A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.* Além disso, na Declaração francesa de 1793, esse direito apareceu no artigo 23 da seguinte maneira: *A resistência à opressão é a consequência dos outros direitos dos homens.* Também existe a garantia desse direito na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*): *Artigo 20 [Princípios constitucionais – Direito de resistência] (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. (...) (4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa.* Ainda que não exista na Constituição de 1988 o reconhecimento expresso desse direito, podemos dizer que ele decorre do regime e dos princípios por ela adotados, nos termos do que dispõe o seu parágrafo 2º, do artigo 5º. O direito à resistência é fundamental para o exercício da cidadania e para a participação política, pois sem esse direito e diante de situações de opressão (como o colonialismo) os cidadãos ficam algemados em um conjunto restrito de possibilidades.

o direito à participação se vincula diretamente com a capacidade de intervir em mecanismos de tomada de decisão e não apenas em mecanismos consultivos, onde decidem outros. (FAJARDO, 2008 – tradução livre do espanhol).

A regulamentação minuciosa do procedimento de consulta prévia e a previsão de consequências jurídicas aos que descumprirem essa obrigação legal são medidas essenciais para que os povos indígenas possam fazer parte, de direito e de fato, da vida pública do país. A autonomia, nessa linha, não é uma condição que deve ser adquirida após o diálogo (o processo de consulta), mas antes, durante e depois dele. Dessa afirmação decorre que não devemos impor nem mesmo a democracia¹³, pois esse regime deve se enraizar enquanto escolha consciente, especialmente quando estamos tratando de grupos humanos que nem sempre compreendem a noção de Estado, de Direito do modo como compreendemos.

É importante registrar, além disso, que a consulta prévia não pode se traduzir apenas em indagações descompromissadas, pois não se trata de “dar voz”, mas essencialmente de dialogar e construir entendimentos. A importância do direito a se opor a propostas que afetem direta ou indiretamente os povos indígenas se justifica pelo fato de que muitas vezes os grupos indígenas envolvidos ou nem entenderam o motivo pelo qual estão sendo convidados ao diálogo, ou não querem dialogar sobre o que está sendo colocado em pauta por falta de tempo para discutir sobre o que é colocado em pauta.

Nessa linha, propor o entendimento é admitir o dissenso, ou seja, admitir por parte dos povos afetados o ato de “dizer não” à pretensão do interlocutor situado do outro lado da relação comunicativa, o que exigirá desse outro interlocutor a reformulação de suas propostas de modo a alcançar e legitimar o melhor argumento. No julgamento do caso do povo Saramanka contra o estado do Suriname, em 2007, a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou o direito à consulta, a ele associando o

¹³ A esse respeito vale referência a uma indagação feita por Raimundo Panikar: *Será que uma democracia pode ser imposta e, apesar disso, permanecer democrática?* (PANIKAR, 1983, p. 20). Também vale referência ao que consta no protocolo de consulta dos Wajãpi, que tensiona o próprio modelo de deliberação típico do nosso modelo democrático: *Decidimos que uma decisão por votação só vale quando é aprovada por uma maioria de ¾ (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.* (Disponível em <<http://cpisp3.wix.com/proindio-saopaulo>> Acesso em: 11 jul. 2016.)

dever de obter o consentimento dos povos afetados por políticas de grande escala, conferindo relevância ao direito a dizer “não”.

E.2.a) Direito a ser consultado e, no caso, a obrigação de obter consentimento:

135. A Corte considera que, quando se trata de plano de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramanka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar os Saramankas, mas também de obter o consentimento livre, informado e prévio, segundo seus costumes e tradições. (CIDH. Pueblo Saramaka vs. Suriname. 28/09/2007).

Outro caso de relevo no Sistema Interamericano foi a Medida Cautelar 382/2010, relativa às comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, no caso específico da hidrelétrica de Belo Monte, em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou ao governo brasileiro a suspensão imediata do processo de licenciamento do projeto da hidrelétrica, além de impedir a realização de qualquer obra de execução até que fossem observadas condições mínimas, como a realização de processos adequados de consulta.

Nessa linha, Raquel Yrigoyen Fajardo esclarece a ideia de que a consulta não deve se fazer a partir da possibilidade de se escolher entre A ou B ao comentar sobre o caso da Comunidade Saramanka vs. Suriname:

Muitos povos se queixam que nos procesos de consulta lhes perguntam por onde passará a estrada ou como fazer a exploração de minérios ou de petróleo, mas não se coloca em questão a realização dessas atividades, pois não está em questão a política de desenvolvimento de comunicações, a política mineira ou petroleira. Por outro lado, como exercício do direito à participação, os povos passam a intervir desde essa etapa, desde a discussão da política de mineração, petroleira, de comunicação. Desse modo, os povos devem não apenas ser consultados para que o Estado decida, mas o Estado deve também garantir que os povos participem conjuntamente com outras autoridades do Estado nas tomadas de decisão de referidas políticas e programas de desenvolvimento. Ocorrendo a participação na adoção dessas políticas e programas de desenvolvimento, então caberá também a consulta sobre as medidas concretas para a execução das políticas e programas de desenvolvimento. (FAJARDO, 2008 – tradução livre do espanhol).

Vale registrar, ainda, uma crítica formulada por Bartolomé Clavero em relação ao Anteprojeto à Lei de Consulta da Bolívia:

Nessa lei o que se quer é encerrar definitivamente o assunto, considerando-o excepcional. Só que o consentimento mesmo só será relevante se for em termos de aceitação da medida proposta sem a previsão de oposição de alternativa indígena ou de acordo sobre pressupostos distintos aos

sugeridos pelo Estado com caráter prévio não suscetível à consulta. (CLAVERO, 2013 – tradução livre do espanhol).

A ausência de possibilidade de apresentação de propostas alternativas aparece nessa crítica feita por Clavero como um problema de relevância. Alguns tribunais têm buscado fortalecer o sentido do direito à consulta prévia, como o Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, que além de ter reconhecido que (...) *a relação do Estado com as comunidades indígenas deve se dar em um plano de igualdade, ou seja, deve ser horizontal, entre iguais, e não vertical, onde uma parte ordene e disponha unilateralmente o que se vai consultar* (SCP 0300/2012), também afirmou que essa consulta deve ser ampla:

É inconstitucional a Disposição Adicional Sétima em seu parágrafo primeiro da Lei 211, pois a consulta aos povos indígenas deve ser prévia, informada, culturalmente apropriada, não limitada unicamente a matéria de hidrocarborífero, e realizada no marco de diálogos interculturais que garantam sua efetiva participação de acordo com procedimentos e conteúdos acordados entre o Estado e o povo indígena de maneira prévia. (SCP 2056/2012).

No Informe *Direitos dos povos indígenas e tribais sobre suas terras ancestrais e recursos naturais*, de 2009, a Organização dos Estados Americanos afirmou que (...) *os Estados têm a obrigação de consultar os povos indígenas e garantir sua participação nas decisões relativas a qualquer medida que afete seus territórios, levando em conta a especial relação entre os povos indígenas e tribais e a terra e os recursos naturais*, também reconhecendo que as consultas devem ocorrer em quaisquer casos.

Também a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no caso da hidrelétrica de Belo Monte, decidiu:

(...) VII - No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas. (...) (BRASIL. TRF1. T.5. Embargos de Declaração nos autos do processo 0000709-88.2006.4.01.3903. Rel. Des. Selene Maria De Almeida. DJ 13/08/2012).

Neste ponto é importante entender como é possível (e a extensão da importância) da afirmação do direito a “poder dizer não”. Como esclarecemos, Habermas trabalha essa proposta e afirma que esse poder não desacredita o uso da linguagem para o entendimento pelo fato de essa linguagem estar embutida no mundo da vida, ou seja, por se desenvolver em um contexto que tem mais padrões do que descompassos linguísticos.

A motivação racional para o acordo, que se apóia sobre o “poder dizer não”, tem certamente a vantagem de uma estabilização *não-violenta* de expectativas de comportamento. Todavia, o alto risco de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual. (HABERMAS, 2012, p. 40).

Afirmamos desde o início deste trabalho que no diálogo intercultural existem muitos conceitos, institutos, instituições e direitos cuja significação pode ser diferente para cada interlocutor culturalmente diferenciado. No entanto, um fato é certo, ou seja, esses grupos culturalmente diferenciados compartilham um mesmo espaço geográfico e político e muitas vezes se deparam com a necessidade de criar regras comuns para uma convivência menos violenta.

Nesse sentido, Mauro de Almeida comenta que em meados do século XX ocorreu uma influência cruzada entre a história das ciências, a ciência social e a filosofia, no sentido de considerar que a experiência humana ocorreria apenas no interior de mundos incomunicáveis, ou seja, no interior de paradigmas (para os historiadores do pensamento), no interior de culturas (para os antropólogos) e no interior de jogos de linguagem (para os filósofos). Sobre essa ideia, Almeida diz:

Não deixa de ser curioso que, precisamente em um contexto de crescente comunicabilidade em escala planetária, tenha surgido a noção de que vivemos em um conjunto de mundos estanques entre si – em um conjunto de ilhas culturais, de bolsões paradigmáticos, de jogos de linguagem apenas para sócios. (...) Para usar uma frase muito boa de um filósofo norte-americano: é como se cada um tivesse “... seu próprio universozinho – seu próprio paradigminho, sua própria praticazinha, seu próprio joguinho de linguagem – e quisesse se esconder dentro dele” (Rorty 1979: 317). Curioso: depois de 11 de setembro de 2001, vemos essa visão sob uma luz mais clara. Alguns norte-americanos se deram conta de que a ideia de que poderiam viver em universozinho separado, em cujo interior seria possível esconder-se dos demais universozinhos, era irrealizável; a

nova percepção é de que vivemos não em ilhas, mas em placas tectônicas – isoladas por profundezas abissais, mas conectadas por atritos e choques que provocam terremotos e fissuras continentais. (ALMEIDA, 1999, p. 10).

Mauro de Almeida diz que a proposta hermenêutica na qual não há comensurabilidade (comunicação), mas mera “conversa polida”, não é suficiente. Para Almeida, é preciso insistir na ideia de verdades, ainda que sejam “quase-verdades”, pois só assim seria possível pensarmos em um chão comum entre os interlocutores, afinal, indaga: *“Como apenas ‘interpretar’ se é preciso, às vezes com urgência, transformar?”¹⁴*

A respeito da comensurabilidade, Roberto Cardoso de Oliveira também afirma:

Isso nos leva a duas ou três considerações finais. A primeira delas sobre a alegada incomensuralidade dos horizontes morais. Nesse sentido, através da utilização da noção de cultura e do relativismo a ela inerente, a antropologia habituou-se a aceitar naturalmente como incomensurável a cultura e, com ela, seu quadro moral. Mas se aceitarmos como consistente o argumento mencionado no início desta exposição, segundo o qual costume ou tradição devem ser distinguidos de moralidade, na medida em que esta última deve ser guiada necessariamente por normas sujeitas a argumentação racional, isso significa que os juízos morais sempre podem ser "negociados" no interior de comunidades de comunicação, tal como sugere a ética discursiva. E quando essas comunidades de comunicação são formadas por pelo menos duas etnias em conjunção – como os casos etnográficos examinados ilustram –, vemos que o exercício da racionalidade (que certamente não é privilégio da cultura ocidental) pode fluir naturalmente desde que as partes ou etnias envolvidas assumam a relação dialógica com a disposição de aceitarem o melhor argumento sobre a justificação de juízos morais postos em evidência discursivamente. Essa abertura ao melhor argumento só é possível, afinal, porque os horizontes em confronto não são absolutamente invulneráveis à razão, mas entre si porosos, como indica a já referida teoria da "fusão de horizontes"; e desde que as etnias em questão admitam dialogar, elas já estariam na prática comprometidas com a possibilidade de um acordo: primeiro, sobre as regras que governariam o diálogo, o que em si mesmo tornaria viável a comunicação interétnica; segundo, o acordo sobre os próprios juízos morais em discussão, o que tornaria realidade a comunidade de argumentação preconizada por uma ética discursiva. (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1994, p. 118).

¹⁴ *Id.*

Afirmar o direito a “dizer não” não significa, portanto, simplesmente um direito ao veto. Para que pudéssemos falar em direito ao veto teríamos de pressupor um processo de negociação independente da busca de entendimento através do diálogo. A partir do momento em que a Corte Interamericana desenvolve o direito à consulta voltada ao consentimento como resultado de um processo de permanente diálogo e apresentação de argumentos, não podemos mais pensar simplesmente em direito ao veto. Em outros termos, a busca pelo consentimento não significa direito das comunidades tradicionais ao veto, mas sim o dever de buscar propostas alternativas ou o dever de abstenção do Estado quando não atingido o consentimento.

Neste particular, não há motivo para concluir que *poder de veto* e *dever de abstenção* significam a mesma coisa. Isso por que estamos pensando e desenvolvendo esses temas relativos à consulta e ao consentimento dentro de uma proposta intercultural, ou seja, dentro de uma proposta que privilegia a convivência, mais do que a tolerância e, por isso mesmo, deve preferir o respeito à imposição.

O veto puro e simples dispensa o diálogo e o entendimento, enquanto as propostas alternativas ou a abstenção os pressupõem. A consulta prévia é um instrumento que, se regulamentado nesse sentido, pode não apenas assegurar o exercício pleno dos direitos garantidos aos índios na lei, mas também contribuir para o enraizamento da prática democrática participativa enquanto exercício da cidadania ativa, estruturante, de baixo pra cima.

4- Conclusão

A Constituição e a Convenção 169 da OIT, de estatuto supralegal, fornecem bases sólidas para a regulamentação do procedimento de consulta prévia a ser aplicado como requisito imprescindível para todas as medidas administrativas e legislativas suscetíveis de afetar os povos indígenas no Brasil, em sintonia com o que tem sido construído no sistema Interamericano de Direitos Humanos e em outros países americanos.

Nessa linha, considerando o histórico de exclusão dos povos indígenas do espaço público e das decisões políticas, entendemos que a consulta deve ser

compreendida como dever do Estado e direito público subjetivo dos indígenas, uma vez que diz respeito à proteção e garantia de direitos humanos fundamentais que, uma vez violados, muitas vezes ficam impassíveis de restauração (vida, alimentação tradicional, vínculo espiritual com a terra, saúde e medicina tradicional).

Durante a consulta, portanto, o Estado deve assegurar que esse processo seja realizado previamente e mediante procedimentos que garantam a ampla participação, informação e autonomia na decisão, particularmente através das instituições representativas desses povos e com respeito aos seus protocolos próprios de consulta, considerando as peculiaridades e as epistemologias próprias de cada povo. Além disso, é imprescindível que se assegure também o direito a se opor às medidas propostas, ocasião em que somente haveria razão para se proceder mediante a comprovação de relevante interesse público coletivo e da inexistência de recursos menos gravosos aos povos indígenas.

Nesse sentido, é bastante esclarecedora a afirmação de José Afonso da Silva que, com apoio na Constituição de 1988, diz que *o princípio é o da prevalência dos interesses indígenas*. (SILVA, 2013, p. 871). Afinal, o que está em questão é um complexo conjunto de grupos culturalmente diferenciados e, por isso mesmo, uma insubstituível pluralidade de línguas, cosmovisões, conhecimentos que, nos termos do artigo 216 da Constituição, constituem patrimônio cultural brasileiro.

Diante da constatação da crise do sistema representativo, o fortalecimento de instrumentos de participação ativa na formulação de leis e de políticas públicas pode ser uma forma eficiente não apenas de assegurar direitos humanos fundamentais a todos, mas, além disso, de contribuir para o enraizamento da cidadania como prática política ao implicar diretamente os envolvidos na responsabilidade necessária para a tomada de decisões que afetarão a vida de todos aqueles que dividem um mesmo espaço geográfico e político.

Bibliografia

- ANDRADE, Jose. C. V. **Os direitos fundamentais na Constituição de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ALMEIDA, M. W. B. Guerras culturais e relativismo cultural. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais* (Impresso), Sao Paulo, v. 14, n.41, p. 5-14, 1999.
- ÁVILA, Thiago. A.M. **Não é do jeito que eles quer, é do jeito que nós quer**: os Krahô e a biodiversidade. Dissertação de Mestrado. UNB, Brasília-DF, 2004.
- BITTAR, Eduardo. C. B. **Democracia, justiça e emancipação**: Reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, R.. Antropologia e Moralidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 9, n.24, p. 110-121, 1994.
- CAMINHA, Pero. V. **A Carta de Pero Vaz de Caminha**. Ministério da Cultura, Fundação Biblioteca Nacional. 1500. Arquivo digital disponível em: <http://obidigital.bn.br/Acervo_Digital/Livros_eletronicos/carta.pdf> Acesso em: 11 jul. 2016.
- CLAVERO, Bartolomé. **Pésimos augurios para la garantía de consulta de los derechos de los pueblos indígenas**. 2013. <<http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2013020103>> Acesso em: 11 jul. 2016.
- COHN, G. *A teoria da ação em Habermas*. In. Teorias da ação em debate. CARVALHO, M.C. B. (org.)– São Paulo: Cortez: FAPESP: Instituto de Estudos Especiais: PUC, 1993. p.63-75.
- DAGNINO, E. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In. **Anos 90 - Política e sociedade no Brasil**, Evelina Dagnino (org.), Ed. Brasiliense, 1994. p. 103-115.
- FAJARDO, R. Y. **Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa**: el consentimiento y la participación. Ponencia presentada en el Curso sobre “Consulta Previa”. V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Bogotá Octubre 2008.
- FLORES, J. H. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In. **Sequência (UFSC)**, v. 23, n. 44, 2002, p. 09-29.
- GONZÁLEZ CASANOVA, P. Colonialismo interno (uma redefinição). In. **A teoria marxista hoje. Problemas e perspectivas**. Boron, Atilio A.; Amadeo, Javier; Gonzalez, Sabrina. (org.). CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. 2007. p. 431-458.
- HABERMAS, J. A Nova Intransparência: A crise do bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. In. **Novos Estudos**, nº 18, Setembro 1987, p. 104 – 120.
- _____. Três modelos normativos de democracia. In. **Lua Nova** [online]. n.36, 1995, pp. 39-53.

- _____. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I, ed 2, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- HANSEN, T. F. O pensamento jurídico sobre o indígena em períodos de modernização. In. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 6, n. 11, 2015, p. 326-347.
- KANT DE LIMA, R. BAPTISTA, B. G. L. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico*. Brasília, UnB, v. 39, n. 1, 9-37, 2014.
- OLIVEIRA, J. P. & ROCHA FREIRE, C. A. **A Presença Indígena na Formação do Brasil** – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.
- PANIKAR, R. É a Noção dos Direitos Humanos em Conceito Ocidental? In. **Diógenes**, nº 5, Brasília: Editora UNB, 1983.
- RANGEL, J. A. T. Pluralismo jurídico y derechos humanos em la experiência indígena mexicana de los últimos años. In. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 4. N. 6, 2013, pp. 129-163.
- ROUANET, S. P. **Mal-estar na modernidade: ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. ed 36. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SILVA, L. B. Democracia e comunidade jurídica: ações, deliberações, ética e responsabilidade. In. **Direito & Praxis**. Rio de Janeiro, v. 06, n. 11, 2015, p. 141-172.
- SOUSA, R. S. Direitos humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In. **Antropologia e direitos humanos**. NOVAES, R. R. e KANT DE LIMA, R. (orgs.) Niterói: EdUFF, 2001. p. 47-79.
- TERRAZAS, V. A. & RODRIGUEZ, D. A. C. **La consulta previa en el estado boliviano**. Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3511/4.pdf>> Acesso em 26 de agosto de 2015.
- VILLA, F. M. J. De una sociedad plurinacional y pluricultural a una justicia intercultural. In. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Colômbia, p. 135-142, 2014.
- WEFFORT, F.C. **Espada, cobiça e fé: as origens do Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

Documentos Oficiais

- COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório Final. **Texto 5 - Violações de direitos humanos dos povos indígenas**. Brasília, 2014, p. 203-264.
- Mapa da Violência 2012: A Cor dos Homicídios no Brasil*. WASELFISZ, J. J. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPIPR/PR, 2012. Disponível em <www.mapadaviolencia.org.br/>. Acesso em 11/07/2016.

SITIOS ELETRÔNICOS

- IBGE. **Censo Demográfico – 2010: Características gerais dos indígenas**. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf>, Acesso em 11 jul. 2016.

FUNAI. **Índios no Brasil: quem são?** Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>> Acesso em 11 jul. 2016.

BRASIL – Ministério Público Federal. **Relatório Figueiredo.** Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-de-trabalho/gt_crimes_ditadura/relatorio-figueiredo> Acesso em 11 jul. 2016.

COMISSÃO PRO-ÍNDIO DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://cpisp3.wix.com/proindio-saopaulo>> Acesso em 11 jul. 2016.

Sobre o autor

Pedro Peruzzo

Professor pesquisador da Faculdade de Direito da PUC-Campinas, Brasil. E-mail: peruzzopp@hotmail.com

O autor é o único responsável pela redação do artigo.