

O DIREITO DE CONSULTA ÉTNICA COMO UM DIREITO HUMANO DOS POVOS INDÍGENAS: CONFIGURAÇÕES DO MARCO REGULATÓRIO INTERNACIONAL E CONSTITUCIONAL – O PROJETO CAPES PRINT NA UNIVERSIDAD DE GRANADA, ESPANHA

THE RIGHT TO ETHNIC CONSULTATION AS A HUMAN RIGHT OF INDIGENOUS PEOPLES: CONFIGURATIONS OF THE INTERNATIONAL AND CONSTITUTIONAL REGULATORY FRAMEWORK - THE CAPES PRINT PROJECT AT THE UNIVERSITY OF GRANADA, SPAIN
DOI:

Maria Creusa de Araújo Borges¹

Professora Titular da Universidade Federal da Paraíba. Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)
EMAIL: mcaborges@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9982-1217>

RESUMO: Não obstante a existência de tratados de direitos humanos que protegem os direitos dos povos indígenas, a questão da proteção e da preservação dos territórios alcança centralidade no cenário de construção de empreendimentos hidrelétricos e de mineração. Trata-se de uma questão, não só de desenvolvimento econômico sustentável, mas abrange repercussões no campo da dimensão dos direitos territoriais e educacionais, demandando a configuração de um marco regulatório da consulta étnica como um direito humano dos povos indígenas que promova, juntamente com a educação intercultural, a cidadania. Parte-se do pressuposto que a questão da proteção dos territórios dos povos indígenas se constitui como um problema, ainda, pendente de solução, não obstante a existência de dados oficiais que revelam ser o Brasil um país de presença marcadamente indígena, com um patrimônio cultural constituído por trezentos e cinco etnias e duzentos e setenta e quatro línguas indígenas faladas, indicando a necessidade de realização de pesquisas sociojurídicas sobre a matéria a partir da adoção de uma abordagem normativa multinível e interdisciplinar em que o Direito dialoga com a Sociologia e a Educação. Nesse âmbito, neste artigo, são socializados os resultados do Projeto CAPES PrInt, desenvolvido em regime de colaboração entre a UFPA, Brasil e a Universidad de Granada, Espanha, cujos estudos foram realizados em duas missões de *Visiting Scholar*, em 2022 e 2023, no *Centro de Investigación de Derecho Constitucional “Peter Häberle”*, apontando os avanços e os novos direcionamentos da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Consulta étnica; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Povos indígenas; Programa de Internacionalização CAPES.

ABSTRACT: Despite the existence of human rights treaties that protect the rights of indigenous peoples, the issue of protecting and preserving their territories has taken centre stage in the construction of hydroelectric and mining projects. This is not only a question of sustainable economic development, but it also has repercussions in the field of territorial and educational

¹ Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Educação (UFPE). Bacharel em Direito (UNIFE). Graduada em Pedagogia (UFPE). Professora Titular da Universidade Federal da Paraíba.

rights, requiring the creation of a regulatory framework for ethnic consultation as a human right of indigenous peoples that, together with intercultural education, promotes citizenship. It is based on the assumption that the issue of protecting indigenous peoples' territories is still a problem that has yet to be resolved, despite the existence of official data showing that Brazil is a country with a markedly indigenous presence, with a cultural heritage made up of three hundred and five ethnic groups and two hundred and seventy-four indigenous languages spoken, indicating the need for socio-legal research into the matter based on the adoption of a multi-level and interdisciplinary normative approach in which Law dialogues with Sociology and Education. In this context, this article shares the results of the CAPES PrInt Project, developed in collaboration between UFPB, Brazil and the Universidad de Granada, Spain, whose studies were carried out in two Visiting Scholar missions, in 2022 and 2023, at the Centro de Investigación de Derecho Constitucional 'Peter Häberle', pointing out the advances and new directions of the research.

KEY-WORDS: Ethnic consultation; International Human Rights Law; Indigenous peoples; CAPES Internationalisation Programme.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A abordagem teórico-metodológica da pesquisa e os conceitos relevantes do projeto CAPES Print 3. A consulta étnica como um direito humano dos povos indígenas: configurações normativas internacionais e a promoção da cidadania 4. Conclusão 5. Referências.

1 Introdução

Este artigo resulta de um programa de pesquisa internacional desenvolvido no quadro do projeto CAPES, Programa de Internacionalização PrInt, denominado “O Pluralismo como uma Questão Constitucional com Aporte na Teoria *Häberliana* e seus Interlocutores”, em regime de colaboração entre a Universidade Federal da Paraíba, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e a Universidad de Granada, Espanha, Centro de Investigación de Derecho Constitucional “Peter Häberle”, nos anos de 2022 e 2023². O projeto em tela tem como escopo empreender a reflexão e o (re)

² A aprovação do projeto “O Pluralismo como uma Questão Constitucional com Aporte na Teoria *Häberliana* e seus Interlocutores” pelo Programa CAPES, PrInt de Internacionalização representa um salto qualitativo na concretização do programa de pesquisa, consolidando a característica da internacionalização. A instância de pesquisa se desenvolveu nos anos de 2022 e 2023 no Centro de Investigación de Derecho Constitucional “Peter Häberle” da Universidad de Granada, sediado em sua Facultad de Derecho. O Centro é destacado celeiro de investigação sobre os temas do Direito Constitucional examinados por Häberle e seus interlocutores e tem um diálogo intenso com a obra desse eminente pensador sob a direção do prof. Dr. Francisco Balaguer Callejón, Catedrático *Jean Monnet ad personam* de Derecho Constitucional Europeo y Presidente da Fundación “Peter Häberle”. O Centro reúne pesquisadores do campo da pesquisa do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos que interagem com tópicos da obra *häberliana*. O próprio professor Peter Häberle ressaltou que há uma proeminente Escola na Andaluzia, o referido Centro de investigação da Faculdade de Direito da Universidad de Granada. Conforme suas palavras, por ocasião das saudações ao Congresso de Granada, em 2022, o professor Häberle enfatizou a regularidade dos encontros acadêmicos e o enriquecimento científico e humano proporcionados pela “nueva escuela” de Granada. Sobre a matéria, consultar: HÄBERLE, Peter. Saludo al Congreso de Granada (Febrero 2022). CALLEJÓN, Francisco Balaguer; SARLET,

exame de questões referentes aos direitos dos povos indígenas, apontando as configurações teórico-metodológicas e normativas que permeiam o debate contemporâneo sobre a matéria. Neste artigo, são socializadas as reflexões recentes, desenvolvidas no âmbito do projeto PrInt, que tomaram impulso nos últimos dois anos no quadro das missões CAPES de *Visiting Scholar* na Universidad de Granada³.

Destaca-se, primeiramente, no campo da pesquisa concernente aos direitos humanos dos povos indígenas, a relevância de se problematizar o direito de consulta étnica, as configurações do marco regulatório internacional e de direito interno constitucional brasileiro na perspectiva da promoção da cidadania. Além dessa problematização, foi necessário revisitar o estado da arte sobre a matéria, com o propósito de elucidar a existência, de forma persistente, de uma estrutura normativa que considera os povos indígenas como objetos de tutela e não como sujeitos de direito.

Nesse campo específico, não obstante a existência de tratados de direitos humanos que protegem os direitos dos povos indígenas, de natureza vinculante, como a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e não vinculante, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁴, e o reconhecimento desses direitos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), nos arts. 231 e 232, a questão do direito de consulta alcança centralidade no cenário de incremento dos impactos e tensões ocasionados pela construção de empreendimentos hidrelétricos e de mineração nos territórios dos povos indígenas.

Ingo Wolfgang (Dirs.). **Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2023.

³ O Departamento de Derecho Constitucional, por solicitação do professor Balaguer, aceitou a minha estadia, no período da missão internacional em 2023, na residência dos professores visitantes da Universidad de Granada, *El Carmen de La Victoria*, próxima à muralha árabe da Cuesta del Chapiz, com vista para o complexo de Alhambra, um lugar histórico que reúne acadêmicos de universidades estrangeiras, desde físicos nucleares, juristas a engenheiros, com os quais tive a oportunidade de dialogar. A nova missão de 2023, com ênfase no tema das configurações do marco regulatório da consulta étnica com aporte na abordagem do pluralismo, da interculturalidade e na perspectiva da adoção de uma abordagem culturalmente adequada que promova a cidadania indígena, proporcionou uma vivência científica, humana e intercultural que contribuiu para a realização deste trabalho.

⁴ A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada na 107ª Sessão Plenária da Assembleia Geral da ONU, em 13 de setembro de 2007. Esse instrumento de *soft law* é paradigmático na adoção de uma perspectiva de educação intercultural como um direito dos povos indígenas.

Nesse aspecto, como demonstram os dados de monitoramento da exploração madeireira na Amazônia brasileira, divulgados pela Rede de Monitoramento da Exploração Madeireira⁵ (Simex), no período de agosto de 2020 a julho de 2021, no estado do Amazonas, da exploração total de madeira (377.624 hectares), 142.428 hectares são extração não autorizada. Dessa exploração não autorizada, 11% são realizadas em territórios indígenas.

No tocante à exploração ilegal de recursos minerais, conforme dados divulgados pelo MapBiomass, uma iniciativa do Sistema de Estimativas de Emissões de Gases de Efeito Estufa do Observatório do Clima, uma ação estratégica desenvolvida por uma rede colaborativa de universidades, Organizações Não Governamentais e empresas de tecnologias, se evidencia que, no período de 2010 a 2020, a mineração ilegal nos territórios dos povos indígenas cresceu 495%, ocasionando impactos negativos e conflitos. Esses dados alertam sobre o incremento da exploração não autorizada dos recursos naturais, sobretudo, de ouro⁶, nos territórios dos povos indígenas, que constituem terras do Estado brasileiro e demandam um marco regulatório e de proposição de políticas públicas.

Destaca-se que, além da dimensão estritamente econômica, a questão da proteção dos territórios dos povos indígenas alcança centralidade por se referir a direitos de natureza específica, como o direito de preservação dos modos de vida particulares, pois os povos indígenas são sujeitos que constroem seus territórios, desenvolvendo os arranjos sociais que têm lugar nesses espaços étnico-culturais, constituindo um patrimônio linguístico e cultural que demanda um marco regulatório de proteção especial.

⁵ O Simex constitui uma rede de monitoramento da exploração madeireira na Amazônia que tem o objetivo de avaliar e mapear os impactos dessa exploração com a utilização de imagens de satélites. Sobre a metodologia de coleta e de tratamento das imagens, consultar: Entenda o Sistema de Monitoramento da Exploração Madeireira (Simex) – Imazon.

⁶ Sobre a questão específica da exploração de ouro em territórios dos povos indígenas, os impactos no Sistema Financeiro Nacional e a necessidade de um marco regulatório sobre a questão, **consultar os Anais do XXX Congresso Nacional do CONPEDI, 2023**. O trabalho intitulado Mineração Ilegal de Ouro nos Territórios dos Povos Originários e a Regulação do Sistema Financeiro Nacional: o caso brasileiro e a necessidade de (re) construção de um marco regulatório se insere no âmbito do programa de pesquisa concernente aos direitos dos povos indígenas e resulta do processo de densificação que estamos realizando, apontando novos caminhos investigativos.

Nesse âmbito, os dados referentes aos povos indígenas brasileiros, divulgados no ano de 2023, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁷ (IBGE), traduzem a problemática a ser enfrentada nas dimensões legais, territoriais e educacionais. Primeiramente, os dados oficiais revelam ser o Brasil um país de presença marcadamente indígena. Dados sobre a presença indígena no Brasil, nos termos do censo demográfico publicado pelo IBGE, demonstram indicadores relevantes referentes aos povos indígenas brasileiros. Um indicador consiste no percentual das pessoas que se autodeclararam como indígenas por região geográfica.

Nesse sentido, a autodeclaração, utilizada pelo Censo Demográfico de 2022 como critério de identificação dos povos indígenas, se fundamenta na Convenção nº 169 da OIT⁸. O censo, ainda, solicitou a indicação da etnia e língua falada. Conforme esses dados, as Regiões Norte e Nordeste do País concentram o maior percentual de indígenas do País. A Região Norte com 753 357 e a Região Nordeste com 528 800 pessoas que se autodeclararam como indígenas. Considerando-se as unidades da federação, o Amazonas e o estado da Bahia concentram o maior número de pessoas que se autoidentificaram como indígenas: 28,98% e 13,53%, respectivamente.

Não obstante a existência desses indicadores que demonstram ser o Brasil um país de presença de povos indígenas, os dados do Censo Demográfico de 2022, publicados em 2023, revelam a necessidade de tratamento, no âmbito da pesquisa sociojurídica, de dimensões concernentes aos direitos dos sujeitos sociais a que se destinam o âmbito de aplicação da Convenção nº 169 da OIT. Destaca-se que a Convenção nº 169 constitui a normativa basilar de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no âmbito internacional, com repercussões no direito interno brasileiro. Entretanto, aspectos desse direito requerem ser aperfeiçoados com a adoção de uma abordagem culturalmente adequada e com a necessidade de configuração de políticas públicas urgentes para esse grupo populacional concernente à efetivação dos direitos territoriais e educacionais na perspectiva da

⁷ IBGE. **Censo demográfico 2022**. Indígenas: primeiros resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2023.

⁸ Nos termos da Convenção nº 169 da OIT, o critério utilizado para determinar os grupos que constituem o âmbito de aplicação da normativa consiste na “consciência de sua identidade” como indígenas (art. 1º, 2).

interculturalidade, perspectiva a partir da qual esses grupos étnicos podem ser vistos na igualdade e na diversidade.

O caso brasileiro é dotado de especificidades que traduzem a riqueza do patrimônio cultural e linguístico a ser preservado, inclusive, pelos próprios povos indígenas, demandando a problematização do direito de consulta étnica na perspectiva da promoção da cidadania. Nesse sentido, se considerando a diversidade de etnias específicas e suas línguas, conforme destacado no Censo Demográfico de 2022, foi constatada a existência de trezentos e cinco etnias e de duzentos e setenta e quatro línguas indígenas faladas⁹. Esse dado é indicador da diversidade do patrimônio cultural e linguístico brasileiro a ser preservado e protegido pelo Direito e revelador da necessidade de proteção específica por intermédio da (re) formulação do marco regulatório da consulta étnica, com fundamento normativo internacional e constitucional, a partir da adoção de uma perspectiva teórico-metodológica que considere os povos indígenas como sujeitos de direitos.

2 A abordagem teórico-metodológica da pesquisa e os conceitos relevantes do projeto CAPES Print

Uma lição destacada pelo Professor *Häberle*, em entrevista concedida ao professor *Balaguer Callejón*, sobre a repercussão da sua obra fora da Alemanha e da Europa, tem sido o papel de seus discípulos (hoje doutores e, alguns, catedráticos) no estudo, evolução e propagação dos temas e do método abordados pela perspectiva *häberliana*. Esse eminente professor, ressalta que os discípulos não se restringiram a imitá-lo e diversificaram seus interesses, se especializando em tópicos do Direito Constitucional, como os direitos sociais, e em contextos geográficos específicos, como o Leste Europeu e a América Latina¹⁰.

⁹ O censo de 2022 utilizou a base informacional do censo de 2010, o qual constatou essa diversidade étnico-linguística dos povos indígenas brasileiros. Sobre essa questão, consultar a metodologia operacional do censo de 2022 em: **Censo demográfico 2022**. Indígenas: primeiros resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2023.

¹⁰ A entrevista foi realizada nos dias 21 e 22 de julho de 1997 na residência do Professor *Häberle* em Bayreuth. O professor Balaguer preparou o roteiro com os seguintes tópicos: “trajetória pessoal, atmosfera intelectual da Alemanha, dos direitos fundamentais, questões metodológicas, a projeção europeia e o direito constitucional do século XXI”. Sobre a entrevista, consultar: Um jurista europeu nascido na Alemanha. Entrevista de Francisco Balaguer Callejón. VALADÉS, Diego. (org.). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo, 2009.

Nessa perspectiva, a pesquisa desenvolvida do projeto PrInt, CAPES, desenvolvido na “*nueva escuela*” *häberliana* na Andaluzia, se direciona para um tópico de Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), com ênfase na questão dos direitos sociais e culturais dos povos indígenas, (re) examinando a normativa internacional do Pós-Guerra, após 1945, em diálogo com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹¹ (SIDH) e a Constituição brasileira de 1988, arts. 231 e 232, artigos que compõem o capítulo constitucional dos direitos dos povos indígenas no ordenamento interno brasileiro.

Nesse (re) exame, três dimensões são destacadas. A primeira dimensão consiste na identificação dos aspectos dos direitos dos povos indígenas que estão reconhecidos na normativa e o lugar da preservação dos modos de vida específicos, dos territórios. A segunda dimensão consiste no exame da igualdade plural como o núcleo duro dos direitos dos povos indígenas. Por último, e como consequência da igualdade plural, examinar o lugar da interculturalidade no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, especificando a gama de direitos que a adoção dessa perspectiva mobiliza. Parte-se do pressuposto que a assunção de uma perspectiva intercultural no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas amplia o núcleo duro desses direitos, ao enfrentar e se contrapor à perspectiva de assimilação cultural, ainda persistente no campo dos direitos dos povos indígenas, promovendo, assim, a cidadania dos povos indígenas.

Nesse processo, se constitui como marco temporal o campo da pesquisa do DIDH do Pós-Guerra, concernente ao reconhecimento dos direitos humanos dos povos indígenas, cujas questões são alçadas à centralidade. Destaca-se, preliminarmente, o trabalho profícuo desenvolvido pelo jurista Antônio Augusto Cançado Trindade na configuração do campo do DIDH, visibilizando a especificidade desse Direito, sua principiologia, fontes normativas e documentais. Sem a realização desse trabalho profícuo de Cançado Trindade, não se poderia destacar a proteção dos direitos dos povos indígenas na América Latina, especificamente, no SIDH. A sua tese sobre o

¹¹ Nos termos do art. 106 da **Carta da Organização dos Estados Americanos** (Carta da OEA), adotada em Bogotá, Colômbia, em 30 de abril de 1948, com entrada em vigor em 13 de dezembro de 1951, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada por intermédio desse instrumento, constitui órgão consultivo da OEA em matéria de direitos humanos, devendo promover o respeito e a defesa desses direitos. Nos termos do art. 53, a CIDH constitui órgão baseado na Carta da OEA.

esgotamento dos recursos internos se constitui como um paradigma na apreciação dos casos de violação dos direitos humanos por parte dos Estados e na jurisprudência internacional protetiva desses direitos¹². Além do destacado trabalho doutrinário no campo DIDH, o jurista Cançado Trindade foi juiz da Corte IDH (eleito em 1994 e reeleito em 2000); ex-vice-presidente (1997-1999) e presidente da Corte nos períodos de 1999-2001 e 2002-2004, emitindo uma gama de pareceres, Opiniões Consultivas e votos apartados que traduzem o seu trabalho em prol do reconhecimento e da proteção dos direitos humanos.

Nesse âmbito, se considerando a afirmação do DIDH, com destaque à aprovação de relevantes instrumentos internacionais de proteção, se faz necessário enfatizar que esse campo, a partir de 1945, emerge no contexto de configuração de uma geopolítica centralizada nos Aliados, os vencedores da Segunda Guerra Mundial. Ressalta-se que a Organização das Nações Unidas (ONU) consiste em uma organização internacional criada pelos Aliados, com fundamento nos valores por esses defendidos, que se autodenominaram de Nações Unidas no contexto da Segunda Guerra. As “Quatro Liberdades” anunciadas pelo presidente Roosevelt, em seu discurso proferido no Congresso americano, em 6 de janeiro de 1941, foram incorporadas no Preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 1948.

Nesse cenário, a nova ordem mundial instaurada no Pós-Guerra consiste em uma proposta dos Aliados¹³, não obstante a existência de divergências entre os países que participaram da elaboração e da aprovação da DUDH. Destaca-se que a DUDH foi aprovada como uma resolução da Assembleia Geral da ONU, de natureza não vinculante. Não obstante a natureza não impositiva da DUDH, esta, como afirma

¹² O jurista Cançado Trindade, no doutorado realizado na Universidade de Cambridge, Grã-Bretanha, defendeu a tese O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional, a qual recebeu o prêmio Yorke, em 1979, outorgado pela Faculdade de Direito dessa renomada universidade. Destaca-se que a regra do esgotamento de recursos internos é utilizada nos procedimentos perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no exame das violações de direitos humanos perpetradas pelos Estados. A tese foi publicada, no Brasil, pela Editora da Universidade de Brasília (UNB). Uma segunda versão atualizada foi publicada, em 1997, com *post scriptum* do autor.

¹³ Ralph Wilde, no texto Uma Visão Geral da Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicado na coletânea **Direitos humanos: referências essenciais**, Editora da Universidade de São Paulo (USP), em 2007, sublinha que a ONU foi criada pelos Aliados e se constitui na pedra angular da nova ordem mundial, cujas pautas de valores e de concepção de direitos humanos foram incorporadas nos dispositivos dos instrumentos internacionais dessa organização.

Cançado Trindade, se constitui como um documento-símbolo na perspectiva que impulsiona, como ponto de partida, o processo de afirmação dos direitos humanos na seara internacional com repercussões no direito interno¹⁴. Sobre a natureza da DUDH, o diplomata Lindgren Alves realça o caráter da Declaração como um padrão comum de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos¹⁵.

De fato, a DUDH não é um simples documento, sendo referenciada nos preâmbulos dos instrumentos internacionais de direitos humanos, vinculantes e não vinculantes, a partir de 1948. Sinaliza e inspira, no plano documental, a construção de uma ordem internacional, que tem como fundamento a proteção dos direitos da pessoa humana como um objetivo da nova organização que emerge no Pós-Guerra. Importante realçar e contextualizar a questão geopolítica, pois o campo dos direitos humanos, no cenário internacional, não se encontra imune a discussões de natureza geopolítica, repercutindo, inclusive, nos processos de aprovação dos tratados de direitos humanos e sua implementação no direito interno¹⁶.

Nesse sentido, o Professor *Häberle*, realça, em sua proposta de abordagem do direito comparado no espaço, se referindo aos processos de interpretação das normas, que esses processos não operam de modo autônomo, “só em si e de per si”, mas devem ser contextualizados e problematizados¹⁷. Partindo dessa perspectiva, no quadro global de afirmação dos direitos humanos, há a aprovação de instrumentos internacionais de proteção de caráter mais amplo, sem a delimitação dos sujeitos de

¹⁴ Sobre o processo de afirmação dos direitos humanos no cenário internacional, consultar: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. V. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

¹⁵ O diplomata Lindgren Alves, por ocasião dos trabalhos concernentes à Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, a qual resultou na Declaração e no Programa de Ação de Viena, em 1993, destacou o papel paradigmático e inspirador da DUDH. Sobre a matéria, consultar: ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

¹⁶ A questão da implementação da normativa internacional de direitos humanos no direito interno foi enfatizada pelo Professor Cançado Trindade em várias situações. Particularmente, no livro **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas, publicado pela Editora da UNB, em 2000, o jurista resgata o processo histórico de afirmação dos direitos humanos no Pós-Guerra e a luta pela implementação desses direitos pelo Estado brasileiro, ressaltando as posições do Brasil concernente à matéria e a inserção dos tratados de direitos humanos na Constituição brasileira de 1988. Destaca, também, a luta empreendida para a aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH pelo Estado brasileiro, fato que ocorreu em 1998.

¹⁷ Um jurista europeu nascido na Alemanha. Entrevista de Francisco Balaguer Callejón. In: VALADÉS, Diego. (org.). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo, 2009, p. 42.

direitos específicos, tratando o reconhecimento dos direitos humanos de modo genérico, como a DUDH.

Sobre a natureza da DUDH, *Bartolomé Clavero*¹⁸, ao problematizar a Declaração em uma perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos, enfatiza que, não obstante esse documento ter sido aprovado em contexto de existência de países submetidos a processos de colonização, essa questão é invisibilizada. Nesse contexto, a questão da cidadania dos povos indígenas não se constitui como uma questão nova no âmbito da pesquisa sociojurídica. Do ponto de vista do Direito Constitucional, numa perspectiva crítica, *Bartolomé Clavero* destaca a necessidade de elucidar que o debate teórico sobre a questão indígena é marcado por uma configuração de matriz europeia¹⁹. Explicita que as populações nativas, não obstante serem majoritárias, foram privadas do exercício da cidadania, alijadas de posições de igualdade nos processos decisórios concernentes aos seus modos de vida, processos que tiveram lugar nos territórios de ultramar²⁰.

O autor ressalta os processos violentos que submeteram ou eliminaram as populações nativas na América Latina. Problematisa a tarefa do Direito, do Estado de Direito de matriz europeia, na formulação de dispositivos de exclusão e de uma normativa voltada a tutelar os povos nativos, em vez de os considerar sujeitos de direitos aptos a tomarem as decisões que afetam os seus modos de vida, seus territórios.

Nesse cenário, o campo do DIDH não fica imune a essa questão da abordagem que posiciona os povos indígenas e outros sujeitos sociais submetidos a processos de colonização como objetos. No âmbito da ONU, especificamente, na DUDH, de 1948, a questão indígena, sobretudo de povos que foram submetidos a processos de colonização por impérios europeus, permanece invisibilizada. A DUDH, baseada nos princípios da universalidade e da não discriminação, pois “todos os seres humanos

¹⁸ Sobre a questão da configuração de um direito de matriz colonial na seara da proteção internacional dos direitos humanos, consultar: CLAVERO, Bartolomé. **Derecho global: por una historia verosímil de los derechos humanos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

¹⁹ CLAVERO, Bartolomé. Estado de Direito, direitos coletivos e presença indígena na América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Com a colaboração de Emilio Santoro. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²⁰ CLAVERO, Bartolomé. Teorema de O'Reilly: incógnita constituyente de Indoamérica. Serie: **Estudios Básicos de Derechos Humanos** Tomo V. San José, Costa Rica: IIDH, 1996, p. 463-516.

nascerem livres e iguais (...) ²¹”, não enfrenta a questão de que alguns povos se encontravam à época em situação de domínio colonial. Nos termos utilizados por Bartolomé Clavero, *“la historia usual de los derechos humanos prefiere ignorar la existência de esa distinción (...)”* ²².

O (re) exame da normativa internacional dos direitos humanos, identificando um processo de especificação no reconhecimento desses direitos, no âmbito do sistema global da ONU e do SIDH, não pode olvidar os mecanismos jurídicos de matriz colonial que posicionam os povos indígenas como objetos tutelados, e as tensões de natureza geopolítica, as quais posicionam os agentes e as “coisas que podem ser ditas” ²³, enunciadas.

Nessa especificação, são aprovados instrumentos normativos que demarcam os direitos dos povos indígenas, sobretudo, após 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação da ONU. Entretanto, se faz necessário concretizar dois objetivos: destacar a demarcação normativa, no campo dos direitos humanos, dos direitos específicos dos povos indígenas que são reconhecidos nos instrumentos internacionais de proteção e, simultaneamente, problematizar a perspectiva teórico-metodológica que inspira esse reconhecimento, buscando identificar, em diálogo com o estado da arte relevante sobre a matéria, se os povos indígenas são tratados como sujeitos de direitos ou, simplesmente, objeto de tutela.

3 A consulta étnica como um direito humano dos povos indígenas: configurações normativas internacionais e a promoção da cidadania

No marco do Projeto PrInt, CAPES, parte-se do pressuposto que o direito de consulta étnica se constitui como uma questão não só de desenvolvimento econômico

²¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da ONU, **Resolução 217 A (III)**, de 10 de dezembro de 1948, art. 1.

²² CLAVERO, Bartolomé. **Derecho global: por una historia verosímil de los derechos humanos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 14.

²³ Sobre a questão de que nem todos os agentes ocupam posições que reúnem capitais relevantes para poderem “dizer”, consultar: BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas**. Tradução Cássia R. da Silveira e Denise Moreno Pegorim; São Paulo: Brasiliense, 2004.

sustentável. Trata-se de um direito humano dos povos indígenas que abrange repercussões no campo da dimensão dos direitos territoriais e educacionais.

Destaca-se, preliminarmente, que o termo “consulta étnica” consiste numa proposta de ampliação de reconhecimento dos direitos humanos dos povos indígenas vinculada a uma abordagem culturalmente adequada e posicionada à promoção da cidadania. O termo “consulta étnica” foi utilizado, anteriormente, em nossas pesquisas, em duas situações: na primeira situação, no âmbito da conferência “Direitos Indígenas ante a Construção de Megaempreendimentos Hidroelétricos na Amazônia sob a Perspectiva da Convenção 169 da OIT”, no âmbito do *Simposio Dottorale Italo Brasiliano* realizado em 2023 pela *Università Degli Studi Firenze, Scuola di Giurisprudenza*²⁴. Na segunda situação, foi abordada a questão da consulta étnica em capítulo de livro intitulado “O reconhecimento do direito dos povos indígenas à consulta étnica: delineamentos internacionais”²⁵.

No artigo atual, há a incorporação dos avanços empreendidos no âmbito de realização da missão de *Visiting Scholar* CAPES na Universidad de Granada, Espanha, em 2023, na qual foi promovida uma problematização mais precisa sobre o núcleo duro dos direitos humanos dos povos indígenas com a adoção de uma perspectiva de análise normativa multinível, em que se busca articular fontes normativas internacionais e constitucionais. Enfatiza-se, também, a perspectiva teórico-metodológica que inspira o reconhecimento desses direitos em diálogo interdisciplinar com a Sociologia e a Educação e com aporte em autores latino-americanos.

Destaca-se que o processo de densificação no campo da pesquisa demonstrou a necessidade do (re) exame da normativa que reconhece os direitos dos povos indígenas, especialmente, da Convenção nº 169 a partir da adoção de uma perspectiva

²⁴ BORGES, Maria Creusa de Araújo. Direitos Indígenas ante a Construção de Megaempreendimentos Hidroelétricos na Amazônia sob a Perspectiva da Convenção 169 da OIT. ***Simposio Dottorale Italo Brasiliano***. Programa completo disponível em: <https://www.giurisprudenza.unifi.it/art-638-30-gennaio-1-febbraio-2023.html>.

²⁵ BORGES, Maria Creusa de Araújo. O reconhecimento do direito dos povos indígenas à consulta étnica: delineamentos internacionais. In: MARCOS, Henrique; MENEGUETTI, Luciano; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis de. (Orgs.). **A expansão sistêmica do Direito Internacional**: Liber Amicorum Professor Wagner Menezes. 1ªed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023.

teórico-metodológica inspirada no pluralismo. Nesse sentido, Danilo Zolo²⁶, no prefácio, destaca que a adoção de uma abordagem voltada ao pluralismo das culturas, à diversidade de universos simbólicos e a diferentes tradições normativas constitui uma abordagem necessária à prevenção de uma guerra mundial. Na edição italiana da referida obra, os professores Zolo e Pietro Costa ressaltam que o objetivo do livro é contribuir, no campo do debate jurídico-filosófico, delineando a área na qual se insere o tema do Estado de Direito e suas problematizações, inclusive, na América Latina. As questões referenciadas nas edições brasileira e italiana constituem fonte de inspiração, promovendo a demarcação dos tópicos concernentes aos direitos dos povos indígenas.

Nesse cenário, questões são postas no processo de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na demarcação normativa que se efetiva, partindo do sistema global de proteção dos direitos humanos, no quadro das Nações Unidas, em diálogo com o SIDH e o direito interno. Nesse quadro, emergem as questões: quem são os povos indígenas? A partir de qual perspectiva teórico-metodológica se deve descrever, de forma analítica, os sujeitos que se constituem como povos indígenas, destinatários legais da norma? Há a assunção de um paradigma de assimilação cultural dos povos indígenas? Essa questão se torna relevante no cenário de proliferação de empreendimentos hidrelétricos e de mineração que afetam e que têm o potencial de afetar os modos de vida nos territórios dos povos indígenas.

Sobre a questão dos impactos nos territórios dos povos indígenas, Daniel Ruiz Serna²⁷, no contexto colombiano, destacou a problemática do território como vítima do conflito armado na Colômbia. Ressalta uma concepção de território como suporte fundamental da existência física e cultural das comunidades indígenas. No contexto brasileiro, se destaca, na região da Amazônia, além da construção e operacionalização

²⁶ No âmbito do projeto PrInt, foi retomado o estudo da obra **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Essa obra teve a colaboração de Emilio Santoro, e foi organizada por Pietro Costa e Danilo Zolo, publicada em São Paulo, em 2006, pela Editora Martins Fontes. Trata-se de estudo que retomou e retrabalhou, no sentido bourdieusiano (2005), questões e tópicos. Em fevereiro de 2021, passei a integrar o corpo docente do programa que Danilo Zolo foi professor, o *Dottorato in scienze giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito dell'accordo-quadro di formazione dottorale in vigore tra i due atenei. L'iscrizione al Dottorato in scienze giuridiche (Curriculum internazionale in Teorie dei diritti umani-Diritto e società, genealogia e prospettive del pensiero giuridico)*, orientando, em regime de cotutela UNIFI e UFPB, teses de doutorado.

²⁷ SERNA, Daniel Ruiz. El territorio como víctima. Ontología política y las leyes de víctimas para comunidades indígenas y negras en Colombia. **Revista Colombiana de Antropología**, vol. 53, nº 2, Bogotá, July/Dec. 2017.

desses empreendimentos, o crescimento de extração ilegal de recursos naturais, impactando nos arranjos sociais das comunidades indígenas. Como destaca Luiz Augusto Sousa Nascimento, em estudo sobre o cenário etnográfico do Médio Rio Negro, na Amazônia, essa extração ocasiona “conflitos ontológicos sobre territorialidades e etnicidade”²⁸, demandando o protagonismo indígena.

Partindo dessas questões, importa realçar, primeiramente, a normativa internacional que reconhece os direitos dos povos indígenas. Nesse cenário, as disposições da Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1957, constitui um instrumento relevante a partir do qual se especifica o núcleo duro desses direitos. Nos termos dessa Convenção, constituem objetivos a proteção e a integração dos povos indígenas e de outras populações tribais e semitribais de países independentes (grifos nossos). Em várias passagens do instrumento, há menções que traduzem a adoção de uma perspectiva de orientação colonialista, se referindo aos indígenas como populações “que não se acham ainda integradas na comunidade nacional” (preâmbulo), grupos em “estágio menos adiantado” (art. 1º, 1, a), que levam “uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época” (art. 1º, 1, b). O termo ‘daquela época’ é utilizado para se referir ao período da colonização, indicando nuances da adoção de uma perspectiva de fundamento colonialista e sua persistência no processo de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, agora sob a forma de colonialidade do poder²⁹.

Da análise desse instrumento, com inspiração na perspectiva decolonial proposta pelo sociólogo peruano Aníbal Quijano, com fundamento na categoria teórica da colonialidade, se percebe que os direitos dos povos indígenas são reconhecidos na normativa sob a perspectiva de matriz colonial, a qual se expressa por intermédio de

²⁸ NASCIMENTO, Luiz Augusto Sousa. Ontologias indígenas, territorialidades e etnicidade: os imbrólios dos processos de demarcação da Terra Indígena Médio Rio Negro. **Aceno - Revista de Antropologia do Centro-Oeste**, 8 (17): 75-90, maio a agosto de 2021.

²⁹ Aníbal Quijano, no texto Colonialidade do poder e classificação social, In: SANTOS, Boaventura de Sousa & MENESSES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**, publicado em 2010, destaca a diferença entre os conceitos de colonialismo e colonialidade. Define o colonialismo como uma estrutura de dominação em que os controles político e econômico se concentram na dominação de um grupo social sobre outro de identidade diferente e cuja sede do poder se localiza em outra jurisdição territorial. Por sua vez, a colonialidade, engendrada no quadro do colonialismo, consiste em elemento constitutivo do poder capitalista e se fundamenta na imposição de uma categorização étnico-racial, traduzindo um novo padrão de dominação constitutivo da estrutura do poder capitalista, operando no espaço do Estado numa perspectiva eurocêntrica.

mecanismos de colonialidade do poder. Nesse âmbito, se percebe que os indígenas são considerados como populações que necessitam de tutela, devido ao fato de serem considerados em estágio cultural menos adiantado, grupos, ainda, não integrados à sociedade nacional. Nessa ótica, cabe aos governos promover a devida “integração progressiva” (art. 2º) desses grupos, realizando esforços nessa direção, sem considerar as especificidades culturais dos povos indígenas, a valorização da sua presença, do seu modo tradicional de vida, de seus territórios, do seu espaço étnico-cultural.

Nesse cenário, urge destacar a afirmação e a reconstrução do Direito Internacional dos Direitos Humanos de 1957 aos dias atuais, concernente à superação ou não do paradigma de matriz colonial no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas. Parte-se, nesse esforço de superação, da Convenção Sobre Povos Indígenas e Tribais, nº 169, da OIT, instrumento de caráter convencional e, portanto, obrigatório, como era a convenção anterior. No exame da Convenção nº 169 da OIT, se faz necessário situar, primeiramente, o seu âmbito de aplicação no tocante à questão da definição de povos indígenas. Nesse sentido, quem são os povos indígenas na ótica desse instrumento internacional?

Nesse âmbito, se destaca o reconhecimento do direito dos povos indígenas de serem consultados, com fundamento na Convenção nº 169 da OIT, em vários aspectos: educacionais, na construção de empreendimentos de energia hidrelétrica e de exploração de recursos minerários, na formulação de medidas administrativas e legislativas aptas a afetarem os modos de vida nos territórios dos povos indígenas. Destaca-se que esse instrumento internacional constitui a normativa basilar de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

Nesse âmbito, nos termos da Convenção nº 169 da OIT, o critério utilizado para determinar os grupos que constituem o âmbito de aplicação da normativa internacional consiste na “consciência de sua identidade” como povos indígenas (art. 1º, 2). Nesse cenário, emerge a questão da promoção da cidadania.

No terreno precisamente do Direito Constitucional, não se olvidando das necessárias articulações com outras ciências, se faz necessário examinar as disposições normativas de tutela e seu respectivo programa de aculturação que posicionam

constitucionalmente os povos indígenas, como cidadãos ou como objetos tutelados. Um *status quo* de minoria para uma população majoritária.

O exame dessas disposições normativas concernentes aos povos indígenas constitui uma questão relevante no contexto de avanço da construção de empreendimentos hidrelétricos e de mineração em territórios indígenas. No cenário em que esses empreendimentos têm impactado nos modos de vidas dos povos indígenas, reconfigurando os arranjos sociais no interior do território, compreendido como um espaço étnico-cultural, um *habitat*³⁰, emergem as seguintes questões: como a preservação dos modos de vida dos povos indígenas foi incorporada na normativa internacional de direitos humanos e implementada no direito interno brasileiro, especificamente na CRFB de 1988? Como estão reconhecidos os direitos territoriais? Há a preservação da singularidade dos modos de vida dos povos indígenas? A regulação da consulta étnica se inspira em um modelo culturalmente adequado na perspectiva da promoção da cidadania indígena?

Nesse âmbito, se visualiza a necessidade do (re) exame da Convenção nº 169 da OIT, especificamente, do direito de consulta étnica, reconhecido como um direito dos povos indígenas³¹, na perspectiva de um procedimento de promoção da cidadania, desde que formulado com a participação dos povos originários. Ressalta-se, dessa forma, primeiramente, o caráter educativo desse instrumento, de conscientização³² e

³⁰ José Afonso da Silva, em **Comentário contextual à Constituição** (2012), art. 231 e art. 232, da CRFB de 1988, discute a questão de que a terra indígena, na perspectiva de um espaço étnico-cultural, de um território, se constitui em verdadeiro *habitat*, um espaço de reprodução física, cultural, material e social do ser indígena. O autor ressalta que a Constituição brasileira de 1988 reconhece as especificidades dos povos indígenas e tutela as particularidades étnico-culturais desses sujeitos sociais.

³¹ Na Convenção nº 169 da OIT, o procedimento é reconhecido no art. 6º como um direito de consulta prévia, livre e informada nos casos em que medidas legislativas ou administrativas possam afetar os povos indígenas. Destaca-se que esse dispositivo normativo constitui um avanço, mas não é suficiente para preservar o patrimônio cultural e linguístico das comunidades afetadas. Além da necessidade de construção de um marco regulatório sobre a consulta, se faz necessário trabalhar a cidadania indígena na perspectiva de empoderamento dessas comunidades no processo de preservação do patrimônio imaterial e nas consultas étnicas, termo culturalmente adequado, pois articulado à concepção de território. A questão da consulta étnica foi tratada preliminarmente na publicação: BORGES, Maria Creusa de Araújo. O reconhecimento do direito dos povos indígenas à consulta étnica: delineamentos internacionais. In: MARCOS, Henrique; MENEGUETTI; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis de. (Orgs.). **A expansão sistêmica do Direito Internacional: Liber Amicorum Professor Wagner Menezes**. 1ªed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023.

³² A “consciência da identidade indígena” constitui o critério utilizado para definir a quem se aplica os dispositivos da Convenção nº 169 da OIT (art. 1º, 2) no sentido do reconhecimento dos direitos abrigados nessa normativa e dos sujeitos que podem reivindicar a implementação desses direitos.

de preservação do patrimônio linguístico e cultural, das formas particulares de como as etnias se veem nos processos de consulta³³. Por essa razão, a necessidade do trabalho educativo de inclusão, no currículo escolar, da história e cultura indígenas, tendo como eixo articulador a perspectiva da interculturalidade.

Explicita-se que há doutrina destacada, no campo da pesquisa sociojurídica brasileira, que examina os dispositivos da Convenção nº 169 da OIT e os direitos dos povos indígenas. Particularmente sobre a questão do procedimento da consulta prévia, Paulo de Bessa Antunes³⁴ realça elementos da consulta decididos pelas Cortes Constitucionais dos países da América do Sul, explicitando as questões referentes à proteção dos territórios indígenas.

Nesse trabalho específico, o autor apresenta uma análise panorâmica do conceito de terras indígenas com fundamento na referida Convenção e no Direito interno brasileiro, examinando a compatibilidade do conceito adotado na normativa internacional com a legislação brasileira. Destaca que o conceito de terras indígenas abrange a concepção de território, abarcando a totalidade do *habitat* voltado à reprodução física e cultural dos povos indígenas.

No tocante ao direito de consulta, o referido autor explicita que esse direito se encontra reconhecido em diferentes instrumentos e documentos internacionais. Esclarece a normativa antecedente, apontando, numa perspectiva comparativa, a evolução e a atualização desse direito. Examina a questão das comunidades brasileiras tuteladas pela Convenção nº 169 com aporte em dados anteriores ao levantamento do Censo Demográfico de 2022 referente aos povos indígenas. O autor elucida elementos importantes que perfazem os direitos dos povos indígenas, destacando a atuação dos

³³ Nívia Paula Dias de Assis, na publicação (Cosmo) ontologias indígenas no semiárido, realça as construções teóricas particulares de dois povos originários do semiárido brasileiro: os Xacriabá e os Tuxá. No estudo, a autora destaca a questão das cosmo-ontologias indígenas, seus modos de vida específicos. Sobre a questão, consultar: ASSIS, Nívia Paula Dias de. (Cosmo) ontologias indígenas no semiárido. **Revista Em Perspectiva** [On line], v. 6, n. 2, 2020.

³⁴ Paulo de Bessa Antunes, no livro **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**, publicado em 2019 pela Editora Lumen Juris, examina os direitos dos povos indígenas, com ênfase na jurisprudência das Cortes Constitucionais da América do Sul, relacionada ao procedimento da consulta prévia. Esse trabalho constitui fonte de inspiração, em articulação com a doutrina estrangeira, especificamente, de *Bartolomé Clavero*, para, com fundamento na Convenção nº 169 da OIT e na Constituição brasileira de 1988, efetuar o (re) exame da consulta étnica sob uma abordagem da interculturalidade e na perspectiva da cidadania indígena.

tribunais constitucionais dos países da América do Sul, cumprindo a tarefa de esclarecer os conceitos fundamentais concernentes ao direito de consulta prévia.

Ressalta-se que, sob a perspectiva da Convenção nº 169, a utilização do termo ‘indígenas’, palavra derivada do termo ‘índios’, pode sinalizar uma opção etnocêntrica e eurocêntrica, já que essa denominação resulta de um período específico da história em que os europeus, no contexto de disputa por mercados, se ‘lançaram ao mar’ em uma busca por caminhos alternativos de exploração comercial no âmbito das Grandes Navegações que levaram à conquista e ao regime colonial na América Latina. O ‘Novo Mundo’, denominação adotada pelas metrópoles coloniais, na verdade, se constituía em cenário de presença particular de povos originários, com seus territórios específicos, os quais foram alvos de escravização e dizimação.

Considerando essas especificidades, a Convenção nº 169 da OIT define os povos indígenas³⁵ como aqueles descendentes das populações originárias do período da colonização e que conservam os traços culturais distintivos do grupo. Do exame dessa definição normativa, são extraídos elementos estruturantes do conceito de povos indígenas. Um primeiro elemento constitui a descendência. Os indígenas descendem das populações que habitavam o país na época da conquista e/ou da colonização. Nesse sentido, são considerados indígenas as populações ou grupos que descendem dos povos originários, mas não só. O segundo aspecto constitui a questão da identidade cultural. Os indígenas conservam suas tradições, no todo ou em parte, apresentam um modo de vida próprio, utilizando suas terras de modo tradicional para a sua sobrevivência física, material e cultural³⁶. Trata-se do conceito de *habitat* explicitado por José Afonso da Silva³⁷. Isso não significa dizer que precisam estar

³⁵ Com base na Convenção nº 169, da OIT, são utilizados dois critérios para determinar quem são os povos indígenas. Os critérios da descendência e da preservação cultural. A esse respeito, consultar: Convenção nº 169 da OIT, art. 1º, b.

³⁶ A esse respeito, consultar: Borges, Maria Creusa de Araújo. O princípio da autodeterminação e o direito de propriedade territorial dos povos indígenas: uma leitura a partir do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: Direito na lusofonia. Diálogos constitucionais no espaço lusófono. **3º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia**. Braga, Portugal: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016.

³⁷ Nos comentários analíticos ao art. 231 da CRFB, 1988, o jurista José Afonso da Silva explicita o conceito de habitat para fins de conceitualização da tradicionalidade de ocupação das terras indígenas, destacando quatro condições a ser consideradas de modo simultâneo: a habitação em caráter permanente e o fato de as terras se relacionarem com a reprodução material, física e cultural segundo a perspectiva dos próprios povos indígenas. Sobre esse conceito, consultar: SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

isolados socialmente para preservar sua cultura. O elemento essencial é que os povos indígenas tenham consciência de sua particularidade cultural, que se traduz em uma presença específica na sociedade, com valores, costumes, crenças, elementos distintivos de outros grupos sociais que constituem o país. Nos termos da Convenção nº 169 da OIT (art. 1º, 2), a “consciência de sua identidade indígena constitui critério fundamental” que distingue esses povos de outros grupos populacionais, determinando o âmbito da aplicação da norma convencional.

No cenário de densificação da pesquisa, se considera um outro instrumento relevante concernente ao reconhecimento dos direitos dos povos indígenas: a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas³⁸. Trata-se de um instrumento de natureza não convencional, portanto, não vinculante, mas que avança em direção à superação de uma perspectiva colonial, ao reconhecer o direito dos povos indígenas “a não sofrer da assimilação forçosa ou a destruição de sua cultura” (art. 8). Concernente à educação, o documento afirma o direito dos povos indígenas a “estabelecer seus métodos culturais de ensino e aprendizagem” (art. 14, 1); à educação não discriminatória (art. 14, 2); à “educação em sua própria cultura e em seu próprio idioma” (art. 14, 3); “à diversidade de suas culturas refletidas na educação” (art. 15, 1).

Observa-se, nesse sentido, que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas avança em questões relevantes no processo de reconhecimento dos direitos desses sujeitos sociais. Ao incluir, no rol dos direitos específicos dos povos indígenas, o direito de não sofrer de assimilação forçosa, essa Declaração se contrapõe a um paradigma colonialista que persiste sob a forma de colonialidade de poder e vincula o direito ao território ao direito à educação, pois que os arranjos socioculturais que têm lugar no território perfazem o conteúdo do direito à educação intercultural.

Nesse contexto, com aporte em instrumentos internacionais vinculantes, como a Carta das Nações Unidas (1945), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966),

³⁸ A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada na 107ª Sessão Plenária da Assembleia Geral da ONU, em 13 de setembro de 2007. Esse documento é paradigmático na adoção de uma perspectiva de educação intercultural como um direito dos povos indígenas.

com fundamento no princípio da não discriminação e da livre determinação, essa Declaração faz referência, em seu preâmbulo, “às injustiças históricas” sofridas pelos povos indígenas nos processos de colonização. Reconhece, dessa forma, os direitos dos povos indígenas à não remoção forçada (art. 10), à educação intercultural (art. 14) e à consulta livre, prévia e informada (art. 19), por intermédio de suas instituições representativas, para a obtenção de consentimento sobre medidas que afetem os seus territórios.

No cenário regional, no âmbito do SIDH, se destaca a adoção dos termos ‘povos originários’ e ‘comunidades indígenas’, sobretudo, na jurisprudência que interpreta o artigo XXIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem³⁹ (1948) e o artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁰ (CADH, 1969), referentes ao reconhecimento do direito de propriedade. Conforme a jurisprudência do SIDH, o direito de propriedade comunal ou territorial dos povos originários e/ou das comunidades indígenas é interpretado no marco de proteção do direito de propriedade nos termos da CADH (1969, art. 21). Adota-se, nesse sentido, uma interpretação em que o direito ao território é pensado como um direito de propriedade, concepção que se constitui como um problema, pois território e propriedade expressam conceitos diferentes, pois o território constitui um espaço étnico-cultural, expressando os arranjos sociais específicos construídos pelos sujeitos indígenas e uma relação especial de tradicionalidade de ocupação das terras pelos povos indígenas.

No direito interno brasileiro, especificamente, na Constituição brasileira, de 1988, são utilizados os termos ‘índios’ e ‘indígenas’ para se referir às populações que ocupam tradicionalmente seus territórios que são bens da União. Há o reconhecimento de um direito constitucional dos povos indígenas delineado nos arts. 231 e 232. Nesse capítulo constitucional, se reconhece o direito dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, um direito originário a essas terras.

³⁹ Nos termos do art. XXIII, da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a propriedade particular é reconhecida como um direito de toda a pessoa. Não há menção aos territórios indígenas como um direito dotado de especificidades.

⁴⁰ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. No art. 21, reconhece o direito de toda a pessoa à propriedade privada. Não há menção aos territórios indígenas e suas especificidades.

Nesse sentido, o jurista José Afonso da Silva, em seu comentário contextual à Constituição, esclarece a respeito desse direito originário, afirmando que se fundamenta no Indigenato⁴¹. O autor, com fundamento nessa concepção que norteia o capítulo constitucional, destaca a necessária reformulação da tese do marco temporal, uma discussão, ainda, pendente no Supremo Tribunal Federal (STF), tese que tem configurado tensões entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Nesse panorama, autores se debruçaram sobre um aspecto problemático, apontando nuances de uma perspectiva de matriz colonial nas legislações referentes aos direitos dos povos indígenas. *Bartolomé Clavero*⁴², em seus estudos, demonstrou, com aporte no exame da normativa internacional, das constituições estatais e das legislações infraconstitucionais, o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob um paradigma da tutela, de assimilação cultural e da integração. Os estudos do autor indicam a incorporação pelos Estados, nas suas constituições, do colonialismo, se fazendo necessário indagar sobre a partir de qual perspectiva é examinada a matéria concernente aos direitos dos povos de territórios específicos, de modos de vida particulares, como são os indígenas. O paradigma da tutela, presente tanto na normativa internacional como nas normas de direito interno, constitui um problema, ainda, pendente de solução.

4 Conclusão

Uma das questões que resulta da densificação do Projeto CAPES PrInt se constitui na necessidade de se trabalhar a concepção de educação intercultural

⁴¹ O jurista José Afonso da Silva, em seus comentários analíticos ao art. 231, da CRFB, de 1988, destaca que o fundamento dos direitos dos povos indígenas às terras que ocupam de modo tradicional constitui o Indigenato. Segundo o autor, o Indigenato consiste em uma tradicional instituição jurídica luso-brasileira que se expressa, no período colonial do Brasil, no Alvará de 1 de abril de 1680, quando se firmou o princípio da reserva das terras aos povos indígenas. Sobre esse conceito, consultar: SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

⁴² CLAVERO, Bartolomé. Estado de Direito, direitos coletivos e presença indígena na América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Com a colaboração de Emilio Santoro. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006; CLAVERO, Bartolomé. Teorema de O'Reilly: incógnita constituyente de Indoamérica. Serie: **Estudios Básicos de Derechos Humanos** Tomo V. San José, Costa Rica: IIDH, 1996, p. 463-516.

indígena⁴³. Com fundamento no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na CRFB, de 1988, arts. 231 e 232, e em instrumentos de *soft law*, não vinculantes, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, problematizando um direito à educação intercultural, seu conteúdo específico e aperfeiçoamento do reconhecimento normativo e da jurisprudência protetiva desse direito.

Preliminarmente, se destaca que esse direito se fundamenta em uma principiologia norteadora, sobretudo no princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, inscrito na principiologia constitucional do direito à educação, art. 206, III, artigo referente aos princípios norteadores do ensino inscrito na Constituição brasileira de 1988. Parte-se do pressuposto que, em cotejo com os arts. 231 e 232, o constituinte incorporou, na normativa constitucional, o reconhecimento da interculturalidade como o núcleo duro desse direito. Essa questão direciona a pesquisa para o exame da interculturalidade e do direito à educação na normativa internacional de direitos humanos e de direito interno, com ênfase em instrumentos de *soft law* e como estes podem alimentar uma dinâmica de interação em prol da proteção e defesa de um direito à educação intercultural.

Nessa perspectiva, se insere a Lei nº 11.645/2008, que regulamenta a inserção obrigatória, no currículo oficial, da história e cultura indígenas, se constituindo como um marco, do ponto de vista normativo infraconstitucional, que se constitui em fonte para inspirar e promover a cidadania indígena.

Entretanto, se faz necessário verificar a implementação dessa política no âmbito das escolas públicas presentes em regiões com presença indígena, sobretudo, no Nordeste e Norte do país, regiões com maior presença indígena e cujas comunidades tradicionais têm o seu modo de vida afetados pela operacionalização de empreendimentos de energia hidrelétrica e de mineração. O mapeamento dessa implementação pode fornecer evidências e insumos para a configuração e o aperfeiçoamento das políticas públicas, com possibilidades de formação continuada de

⁴³ Sobre o direito dos povos indígenas à educação intercultural, consultar o artigo específico sobre a matéria, publicado em 2019, juntamente com o Professor Luciano Maia e Antônio Eudes da Costa Filho. O artigo pode ser consultado em: BORGES, Maria Creusa de Araújo; COSTA FILHO, Antônio Eudes Nunes da; MAIA, Luciano Mariz. O princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e o direito à educação intercultural indígena no Brasil. In: **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 2, nº 55, Curitiba, 2019, pp. 372-389. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3400>

professores indígenas e não indígenas; a construção de propostas pedagógicas com os povos indígenas e a formulação de estratégias de ensino e aprendizagem que promovam o empoderamento dessas comunidades.

5 Referências

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ASSIS, Nívia Paula Dias de. (Cosmo) ontologias indígenas no semiárido. **Revista Em Perspectiva** [On line], v. 6, n. 2, 2020.

BORGES, Maria Creusa de Araújo; RODRIGUES, André Ângelo. Mineração ilegal de ouro nos territórios dos povos originários e a regulação do Sistema Financeiro Nacional: o caso brasileiro e a necessidade de (re) construção de um marco regulatório. **XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**. Fortaleza, Ceará, 2023.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. O reconhecimento do direito dos povos indígenas à consulta étnica: delineamentos internacionais. In: MARCOS, Henrique; MENEGUETTI; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis de. (Orgs.). **A expansão sistêmica do Direito Internacional**: Liber Amicorum Professor Wagner Menezes. 1ªed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. Direitos Indígenas ante a Construção de Megaempreendimentos Hidroelétricos na Amazônia sob a Perspectiva da Convenção 169 da OIT. **Simposio dottorale italo brasiliano**. Florença, Itália: UNIFI, 2023.

BORGES, Maria Creusa de Araújo; FILHO, Antônio Eudes da Costa; MAIA, Luciano Mariz. Representação Política e Filiação Partidária no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: o caso dos povos indígenas. **Revista Jurídica- Unicuritiba**, v. 3, p. 1-18, 2020.

BORGES, Maria Creusa de Araújo; MAIA, Luciano Mariz.; FILHO, Antônio Eudes da Costa. O Princípio do Pluralismo de Ideias e de Concepções Pedagógicas e o Direito à Educação Intercultural Indígena. **Revista Jurídica- Unicuritiba**, v. 02, p. 372-389, 2019.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. O princípio da autodeterminação e o direito de propriedade territorial dos povos indígenas: uma leitura a partir do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: Direito na lusofonia. Diálogos constitucionais no espaço lusófono. **3º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia**. Braga, Portugal: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016.

BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas**. Tradução Cássia R. da Silveira e Denise Moreno Pegorim; São Paulo: Brasiliense, 2004.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer; SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte; LÓPEZ, Enrique Guillén; BARRILAO, Juan Francisco Sánchez (Dir.). **Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de derecho constitucional**. Volumen II. 14ª ed. Madrid: Tecnos, 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O esgotamento de recursos internos no direito internacional**. 2ª ed. atualizada. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. V. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

CLAVERO, Bartolomé. **Derecho global**: por una historia verosímil de los derechos humanos. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

CLAVERO, Bartolomé. Estado de Direito, direitos coletivos e presença indígena na América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CLAVERO, Bartolomé. Teorema de O'Reilly: incógnita constituyente de Indoamérica. **Serie: Estudios Básicos de Derechos Humanos** Tomo V. San José, Costa Rica: IIDH, 1996, p. 463- 516.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. IV edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

HÄBERLE, Peter. Saludo al Congreso de Granada (Febrero 2022). CALLEJÓN, Francisco Balaguer; SARLET, Ingo Wolfgang (Dir.). **Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2023.

NASCIMENTO, Luiz Augusto Sousa. Ontologias indígenas, territorialidades e etnicidade: os imbrólios dos processos de demarcação da Terra Indígena Médio Rio Negro. **Aceno - Revista de Antropologia do Centro-Oeste**, 8 (17): 75-90, maio a agosto de 2021.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa & MENESES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 3ª ed. São Paulo: Global, 2015.

RIBEIRO, Darcy. **O Brasil como problema**. Rio de Janeiro: Fundação Darcy Ribeiro; Brasília, DF: Editora UnB, 2010.

SERNA, Daniel Ruiz. El territorio como víctima. Ontología política y las leyes de víctimas para comunidades indígenas y negras en Colombia. **Revista Colombiana de Antropología**, vol. 53, nº 2, Bogotá, July/Dec. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

VALADÉS, Diego (org.). **Conversas académicas com Peter Häberle**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

WILDE, Ralph. Uma Visão Geral da Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: POOLE, Hilary et al (orgs.). **Direitos humanos**: referências essenciais. Traduzido por Fábio Larsson. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

5.1 Documentos e normativa

BRASIL. **Lei Federal nº 11.645/2008**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade de

temática “História e Cultura Afro-brasileira e Indígena”. Brasília – DF, 2008. Disponível em: Acesso em: 14 de março 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**, promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm, acesso: 22 de outubro de 2023.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**, promulga o ato internacional PIDESC. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-591-6-julho-1992-449000-publicacaooriginal-1-pe.html> acesso: 29 de agosto 2023.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**, promulga o ato internacional PIDCP. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-592-6-julho-1992-449004-publicacaooriginal-1-pe.html> acesso: 29 de agosto 2023.

BRASIL. **Decreto nº 30.544, de 14 de fevereiro de 1952**, promulga a Carta da Organização dos Estados Americanos, firmada em Bogotá, a 30 de abril de 1948. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30544-14-fevereiro-1952-340000-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso: 22 de outubro de 2023.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**, promulga a Carta das Nações Unidas assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-19841-22-outubro-1945-470723-publicacaooriginal-1-pe.html> acesso: 28 de agosto 2023.

CIDH. Informe de Seguimiento – **Acceso a La Justicia e Inclusión Social**: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II. 135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009.

CIDH. Informe nº 40/04, Caso 12.053, **Comunidades Indígenas Mayas Del Distrito de Toledo (Belice)**, 12 de octubre de 2004.

Corte IDH. **Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C nº 172.

IBGE. **Censo demográfico 2022**. Indígenas: primeiros resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2023.

OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, abril de 1948. <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, acesso: 22 de outubro de 2023.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 2007. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf, acesso: janeiro de 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]. **Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes [Convenção 169]**. 27 jun. 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>. Último acesso: janeiro de 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]. **Convenção sobre as Populações Indígenas e Tribais nº 107**. 05 jun. 1957. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107).pdf). Último acesso: janeiro de 2023.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Legislação Internacional adotada e proclamada pela Resolução nº 217A da 3ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Acesso em: 20 fev. 2023.

5.2 Websites consultados

<https://mapbiomas.org/>

<https://Imazon.org.br/>

Como citar:

BORGES. Maria Creusa de Araújo. O direito de consulta étnica como um direito humano dos povos indígenas: configurações do marco regulatório internacional e constitucional – o projeto CAPES PrInt na Universidad de Granada, Espanha. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Journal of the Graduate Program in Law at UFBA**, Salvador, v. 34, p. 1-26, 2024. DOI: (endereço do DOI desse artigo).

Originais recebido em: 30/05/2024.

Texto aprovado em: 30/05/2024

.