

POVOS ORIGINÁRIOS E PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL: O CASO DOS PROTOCOLOS DE CONSULTA PRÉVIA

INDIGENOUS PEOPLES AND LEGAL PLURALISM IN BRAZIL: THE CASE OF PREVIOUS CONSULTATION PROTOCOLS

Luís Guilherme Nascimento de Araujo¹

Resumo: O presente estudo aborda o pluralismo jurídico desde uma leitura crítica do direito, bem como busca demonstrar uma possível abertura para a efetivação de um pluralismo no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente, por meio dos protocolos autônomos de consulta prévia advindos dos povos originários e das comunidades tradicionais. O problema da pesquisa está estabelecido em torno da possibilidade de aferição de uma prática pluralista emancipatória desde a aparição dos referidos protocolos de consulta prévia como manifestações legítimas dos povos originários e comunidades tradicionais brasileiras. A metodologia empregada no artigo teve como procedimento o analítico, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Consulta prévia; Pluralismo jurídico; Povos originários.

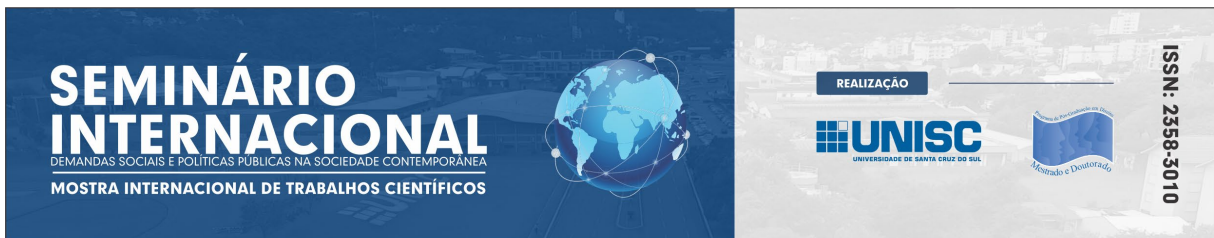
Abstract: The present study examines legal pluralism through a critical interpretation of law and aims to demonstrate a potential avenue for establishing pluralism in the Brazilian legal system. Specifically, it explores the use of autonomous previous consultation protocols by indigenous peoples and traditional communities. The research problem centers on the possibility of evaluating an emancipatory pluralist practice that acknowledges the legitimacy of such protocols. The article employs an analytical methodology, using bibliographic research techniques.

Keywords: Previous consultation; Legal pluralism; Indigenous peoples.

1. Introdução

O presente estudo tem como objetivo analisar e discutir o pluralismo jurídico a partir de uma perspectiva crítica do direito, bem como explorar as possibilidades de implementação de um sistema pluralista no ordenamento jurídico brasileiro. Em particular, o estudo examina os protocolos autônomos de consulta prévia propostos pelos povos originários e comunidades tradicionais como meio de promover a diversidade cultural e a participação ativa desses grupos no processo decisório. O problema central da pesquisa consiste em determinar se é possível

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Bolsista PROSUC/Capes, modalidade II. E-mail: guilhermedearaujo@live.com.



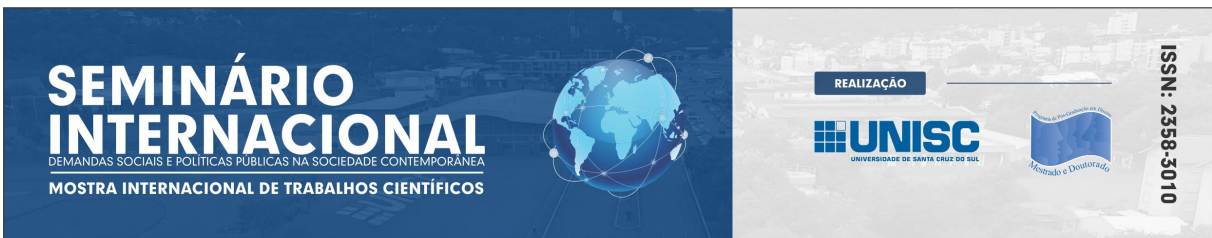
estabelecer uma prática pluralista emancipatória que leve em conta as manifestações legítimas desses grupos sociais, especialmente em relação aos protocolos de consulta prévia.

Para abordar essa questão, adotou-se uma metodologia analítica baseada em pesquisa bibliográfica, que nos permitiu examinar criticamente as abordagens existentes sobre o tema e propor perspectivas teóricas e práticas para promover o pluralismo jurídico emancipatório no Brasil. A primeira seção do estudo faz a revisão teórica do pluralismo jurídico deste a teoria crítica, abordando a ideia de pluralismo jurídico emancipatório. A segunda seção tem como foco o caso dos protocolos de consulta prévia no Brasil e a possibilidade de uma leitura desse fenômeno desde uma perspectiva pluralista.

2. O pluralismo jurídico no bojo da teoria crítica do direito: uma abordagem descolonizadora

Objetiva-se, neste tópico, destacar os aspectos descolonizadores e emancipadores que o pluralismo jurídico potencialmente carrega e expressa, notadamente desde o movimento denominado novo constitucionalismo latino-americano que, entende-se, proporcionou novos contornos ao que se pode apreender como pluralismo no direito. Compreende-se que a racionalidade jurídica moderna, configurada por meio dos paradigmas do jusnaturalismo, de base idealista, e do positivismo, de cunho lógico-instrumental, compõe o arcabouço ideológico que caracterizou a percepção dominante acerca do fenômeno jurídico desde a consolidação e expansão do capitalismo e da ordem social por ele inaugurada (WOLKMER, 2009, p. 2-3). Nesse sentido, a teoria do direito conformou-se engendrada filosoficamente pelo próprio evoluir histórico do modo de produção e da sociabilidade capitalistas, haja vista o papel fundamental que a forma jurídica assumiu como principal instrumento de gerência das relações sociais contratuais e mercantis inerentes a esse sistema (PACHUKANIS, 2017, p. 104).

À vista disso, entende-se que a racionalidade jurídica moderna estruturou-se de forma a fundamentar, justificar e assegurar a manutenção da ordem social capitalista e colonizadora tanto pela óptica do apelo à universalidade dos seus valores essenciais quanto pela instrumentalização do direito como pura técnica. Nesse sentido, Warat (1995, p. 24) destaca que tanto o jusnaturalismo quanto o juspositivismo, ainda que superficial e aparentemente antagônicos, compartilham princípios e orientações: “Os pressupostos ideológicos da dogmática, não confessos, são coincidentes com os do jusnaturalismo, apresentando-se as mesmas tendências e características da necessidade, universalidade e imutabilidade”.

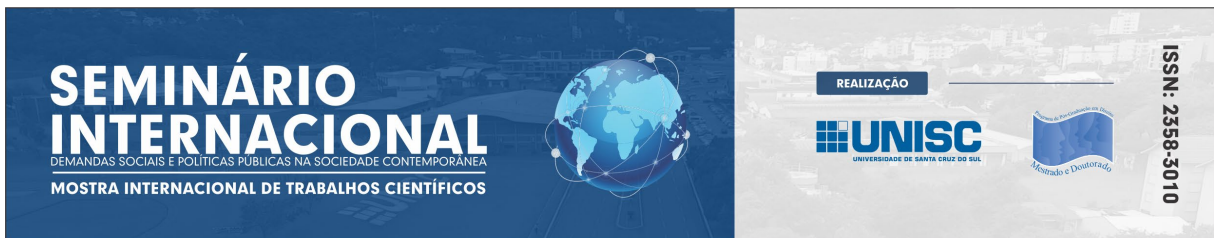


A perspectiva crítica ora assumida corrobora, num primeiro plano, com a definição generalizada de pensamento crítico que o considera uma forma teórico-prática de questionamento e ruptura (denúncia) com o oficial e o hegemônico partindo da conflituosidade da história de cada formação econômico-social para a concepção e operacionalização de novas e emancipadoras práticas sociais (anúncio) (WOLKMER, 2009, p. 11-12). Nesse sentido, trata-se de evidenciar as condições extra-discursivas que atuam sobre a produção do discurso científico sobre o direito, entendendo-se, com Warat (1995, p. 45), que as ciências sociais comportam não somente informações, formalidades, “pureza” teórica, mas também, e expressivamente, significações, sensibilidades, relações políticas e históricas que não afastam a objetividade científica do conhecimento que assume ambas dimensões.

Pelo contrário, é esse recurso metodológico à historicidade como processo imanente à totalidade das relações sociais que permite traçar a relação de um elemento isolado (direito) a um contexto (modernidade capitalista; capitalismo dependente latino-americano) sem que isso signifique redução a uma “uniformidade indiferenciada, a uma identidade”, pois a independência ou autonomia do fenômeno jurídico revela-se somente aparente quando este é apreendido como elemento dinâmico de um todo também dinâmico e dialético (LUKÁCS, 2003, p. 84).

Considera-se, assim, que a dialética é o princípio fundamental de uma metodologia crítica de base ontológica que possibilita a “fluidificação de conceitos” (KONDER, 1997, p. 56), ou, ainda a “supressão de fronteiras” (WARAT, 1995, p. 40) impostas pela racionalidade jurídica moderna, uma vez que empreende a localização ontológica do direito por meio do recurso à totalidade, à historicidade e ao caráter relacional e dinâmico das formas sociais no processo histórico. Essa concepção dialética, entende-se, é o que destaca a teoria crítica como aquela que identifica a “realidade como devir social” (LUKÁCS, 2003, p. 85) e, por isso, é aquela que carrega a dupla dimensão da denúncia e do anúncio e concebe a emancipação como parte fundamental desse projeto teórico-prático que assume uma função concreta na totalidade determinada.

O pluralismo jurídico, nesse contexto, pode ser concebido como conceito e como prática convergentes com o “processo prático de libertação” (DUSSEL, 1995, p. 31) desde uma interpretação crítica desse fenômeno, isto é, desde uma interpretação que distingue a sua roupagem potencialmente emancipatória das suas formas conservadoras ou “oficializadas”. Entende-se que o novo constitucionalismo latino-americano oferece uma nova visão para essa acepção emancipatória do pluralismo jurídico, pois o estabelece integrado a uma ideia de



democracia de base comunitária e participativa, de plurinacionalidade do Estado e, ainda, conectado à riqueza axiológica de princípios éticos dos povos originários, como o *suma qamaña* ou *sumak kawsay*².

A concepção de monismo jurídico, que conecta direta e necessariamente o direito à figura estatal, no sentido de que o Estado seria a única fonte legítima de produção legislativa, é, em termos históricos, bastante recente. Wolkmer (2001, p. 183) demonstra que “bem antes da produção e do controle hegemônico do Direito por parte do Estado nacional soberano, subsistiu uma rica e longa trajetória histórica de práticas autônomas de elaboração legal comunitária”. O autor descreve como, desde a antiguidade, a regra foi a coexistência de múltiplos núcleos espontâneos de normatividade, que regiam de maneira atomizada uma determinada comunidade ou grupo social específico e cita, como exemplos, o caráter flexível e conciliador do *jus gentium* romano³ e a multiplicidade de núcleos de poder no marco da Idade Média, em que concorriam as normatividades das corporações de ofício, dos costumes locais, dos feudos e do direito canônico.

No evoluir de novas sociabilidades, pela necessidade histórica de superação do modelo societário feudal, com o estabelecimento dos absolutismos monárquicos e com a ascensão da burguesia como classe, entre os séculos 17 e 18, é que a homogeneização burocrática, a ideia de segurança jurídica dos contratos e a construção da instituição estatal como detentora da soberania sobre um território delimitado conformaram, em conjunto, a redução do pluralismo jurídico à codificação e constitucionalização do direito. Ocorre que, o que se deu de forma gradual e orgânica na Europa de forma a superar o pluralismo feudal e consolidar o estatismo e o monismo necessários para a funcionalidade do incipiente capital, foi, por sua vez, imposto aos povos da América Latina desde o ano de 1492, por meio de um processo de expressiva violência, de encobrimento das realidades locais em função das institucionalidades e da sociabilidade eurocentrada (DUSSEL, 1993).

² *Suma qamaña* (idioma aymara) ou *sumak kawsay* (idioma kichwa) é um princípio comum de povos originários da América Latina, podendo ser referenciado também no idioma guarani como *nhandereko*, que carrega um núcleo conceitual complexo que sumariza a perspectiva desses povos quanto à relação entre os homens e mulheres e a natureza por meio de uma postura de respeito e coexistência harmônica. É um conceito que sinaliza uma “dimensão holística de ver a vida e a *Pacha Mama* em relação de complementariedade uns com os outros”. São expressões incorporadas aos textos constitucionais do Equador (2008) e da Bolívia (2009) no bojo do movimento histórico do novo constitucionalismo latino-americano (ACOSTA, 2016, p. 79).

³ Segundo o autor, é possível afirmar a existência de um pluralismo jurídico no Império Romano por dois principais fatores: a) a ordem jurídica imperial não era imposta de maneira rígida aos povos conquistados e b) o conhecimento e utilização de outras fontes jurídicas pelos romanos que faziam larga utilização do direito consuetudinário (WOLKMER, 2001, p. 184).

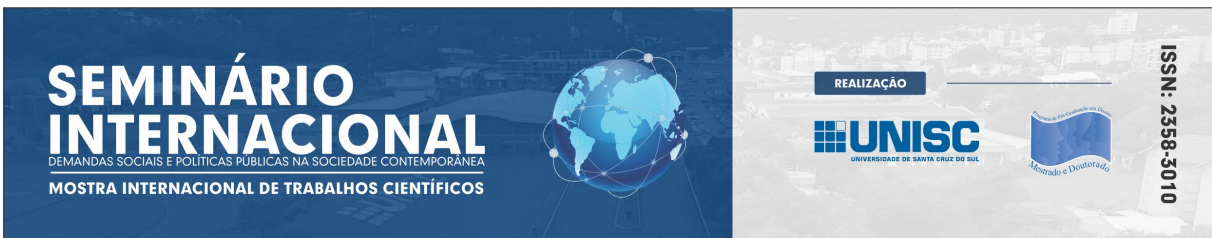


Nesse sentido, desde a aplicação direta de legislações das metrópoles europeias nos solos das colônias até a adoção do modelo jurídico-estatal pelas novas nações a partir das independências políticas, denota-se um movimento de incorporação e reprodução de racionalidades alheias ao que historicamente caracterizou o continente americano pré-invasão, muito mais próximo do cenário europeu antigo e feudal no que diz respeito ao pluralismo jurídico e à multiplicidade de focos de poder. Fator este que corrobora com a ideia de encobrimento de subjetividades e modos de vida que a Modernidade significou para os continentes dominados, demonstrando, assim, ser um processo histórico de duas faces (DUSSEL, 1993, p. 75).

Insta ressaltar, a partir do resgate histórico, que o pluralismo jurídico, mais do que uma concepção teórica acerca da natureza do direito, é um fenômeno concreto, uma situação fática que se faz percebida tanto pela historicidade das diversas comunidades que, ao longo do tempo, constituíram suas normatividades como caminhos para a acomodação dos anseios individuais e estabelecimento de objetivos compartilhados, quanto pelo conjunto de legalidades presentes mesmo na vigência e hegemonia do paradigma monista estatal, que conformam a heterogeneidade e complexidade das relações sociais na contemporaneidade (ALBERNAZ; WOLKMER, 2001, p. 219). Portanto, a multiplicidade de interpretações sobre o pluralismo jurídico é consonante com a sua concreticidade complexa, razão pela qual é salutar o acento quanto à leitura crítica por meio da qual se aborda esse fenômeno.

Diante disso, convém expor o conceito de pluralismo jurídico proposto por Wolkmer (2001, p. 219) que o entende como uma “multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”. Ato contínuo, observa o autor a manifestação de um pluralismo jurídico de cunho conservador, atinente às novas configurações do capitalismo no plano global, paradigma amplamente difundido hodiernamente, e, por outro lado, a existência de um projeto de pluralismo jurídico de caráter emancipatório (WOLKMER, 2007, p. 29).

Fala-se, pela via conservadora, do pluralismo da desregulamentação econômica, das normatividades de empresas supranacionais e agências financeiras internacionais, da formação de blocos econômicos, das amplas e concorrentes legislações internacionais, da arbitragem, da flexibilização das relações de trabalho, das regras de instituições de mercado para a maior valorização do capital em âmbito global etc. Trata-se de um pluralismo que não faz referência



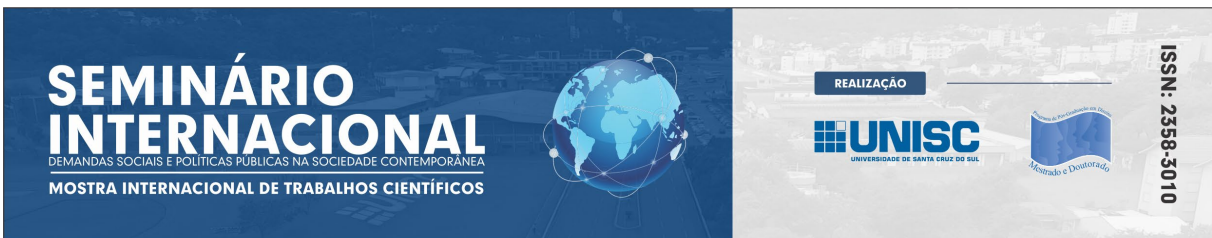
à construção social coletiva, nem promove participação popular para sua constituição e implementação.

Por outro lado, tem-se, a partir de práticas comunitárias e, destacadamente, a partir das constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, um projeto de pluralismo jurídico com tônica descolonizadora e emancipatória, que parte da observação das particularidades sociais dos povos locais como oprimidos e excluídos, até então, do sistema vigente. Trata-se de um movimento resultante de processos intensos e prolongados de lutas populares por maior participação na gestão do coletivo⁴. Ferrazo e Wolkmer (2021, p. 887) trabalham o conceito de descolonização constitucional para descrever essas constituições, afirmando que são textos que subvertem os modelos hegemônicos até então incorporados pelos países da região, que carregam como característica principal serem produto de demandas sociais históricas⁵. Para os autores, os novos paradigmas desses projetos são: a plurinacionalidade (superação da ideia de monismo estatal); o pluralismo jurídico (de caráter comunitário-participativo); a incorporação das cosmovisões dos povos originários e a nova regulamentação dos direitos da natureza; a democracia comunitária (como superação do modelo tradicional liberal representativo).

Nesse aspecto, destaca-se que o pluralismo jurídico a partir do novo constitucionalismo latino-americano é erigido conjuntamente com uma série de modificações institucionais e normativas que afirmam o caráter particular desse movimento em comparação com outros processos constituintes já ocorridos no subcontinente latino-americano e permitem tê-lo como um projeto emancipatório com características comunitárias e participativas. A jurista Yrigoyen Fajardo (2011, p. 149) aduz que o movimento iniciado pelas constituintes boliviana e equatoriana resultaram em cartas constitucionais que encarnam um projeto de natureza plurinacional descolonizadora, que não apenas reconhecem direitos aos povos originários, mas os colocam como sujeitos coletivos constituintes das próprias normatividades.

⁴ Na Bolívia tem-se que a Constituição Política do Estado (2009) foi resultado de lutas populares ocorridas desde o século 20, formadas por blocos populares complexos que congregavam interesses tanto da classe trabalhadora assalariada quanto de povos originários e camponeses. São demonstrativos desses movimentos o Manifesto de Tiwanaku (1973), as Marchas reivindicatórias dos anos 90, como a Marcha por Território e Dignidade (1990) e a Marcha pelo Território, pelo Desenvolvimento e pela Participação Política dos Povos Indígenas (1996) e, finalmente, os episódios da Guerras da Água (2000) e do Gás (2003) (FERRAZZO; WOLKMER, 2021, p. 882). Já no Equador, tem-se, igualmente, a Constituição da República (2008) como carta conquistada por meio de diversas lutas reivindicatórias, com destaque para o Levantamento indígena do *Inti-Raymi*, movimento que deu origem à manifestações indígenas e camponesas no decorrer de toda a década de 1990 e conformaram grupos significativamente atuantes no processo constituinte (MALDONADO, 2019, p. 134).

⁵ Os autores espanhóis Dalmau e Pastor (2010, p. 9) também fazem destaque da natureza democrática das constituintes que deram origem às referidas cartas, estabelecendo esse fator como o mais significativo e distintivo do constitucionalismo latino-americano recente, sendo esta a característica que permite denominá-lo como “novo constitucionalismo”.



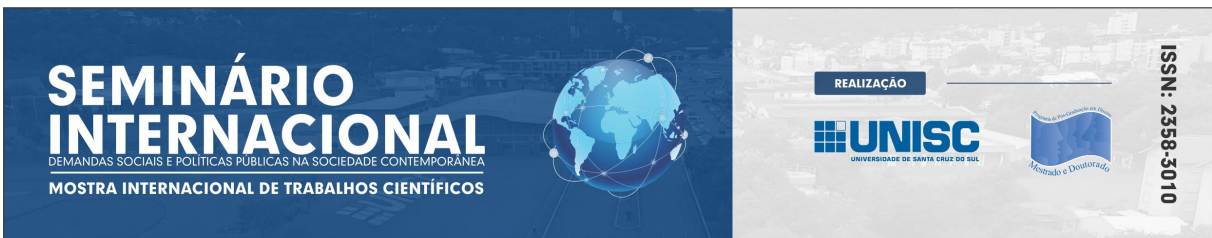
Assim, sob a égide do estado plurinacional são estabelecidos princípios para sua organização como a diversidade, a igual dignidade dos povos, a interculturalidade e um modelo de pluralismo jurídico igualitário.

Compreende-se que esse sentido dado ao pluralismo jurídico condiz com o projeto emancipatório descrito por Wolkmer (2007, p. 29), em que se ambiciona a construção de um espaço estatal plurinacional, de pluralismo comunitário-participativo como prática descolonizadora⁶. Tem-se assim a presença de direcionamentos filosóficos que buscam a superação do individualismo liberal e a superação das formas colonizadoras de Estado e de Direito e, por isso, proporcionam as bases para se levar a cabo uma hermenêutica jurídica crítica e intercultural. Nesse sentido, é indispensável uma interpretação integradora das “novidades” desse movimento, oriundo de lutas concretas dos povos de cada um desses países, por meio da consideração do caráter plurinacional do Estado, da ideia de democracia comunitária, dos princípios e cosmovisões que regem esses povos desde tempos ancestrais e que hoje encontram-se positivados nessas cartas políticas (FERRAZZI; WOLKMER, 2021, p. 889).

Não se pode desconsiderar que apenas a positivação desses princípios e dessas mudanças institucionais sejam insuficientes, isoladamente, para a concretização de um projeto emancipatório. Cada país e cada povo terá de enfrentar os contratempos concretos que se impõem nas suas conjunturas histórica, política, social, econômica e jurídica, tanto na produção de uma legislação ordinária que apreenda a axiologia dos recentes textos constitucionais, quanto nas práticas dos tribunais e juízes nos momentos de interpretar e aplicar essas novas normatividades. Afinal, o risco da recolonização é constante (FERRAZZO; WOLKMER, 2021, p. 890), vez que a dependência do capitalismo regional é condição estruturante para a perpetuação de diversas formas de exploração, que, por sua vez, relacionam-se com outras fontes de opressão historicamente afirmadas na América Latina.

Contudo, e apesar dos desafios concretos, entende-se que o novo constitucionalismo latino-americano apresenta paradigmas importantes para a teoria do pluralismo jurídico, bem como coloca aportes importantes para uma hermenêutica jurídica que reconheça as complexidades sociais locais que, por séculos, foram forçadamente mitigadas, apagadas pela colonialidade. Nesse sentido, ao mesmo tempo que a América Latina é foco de múltiplos fatores

⁶ O preâmbulo da Constituição da República do Equador assevera “Como herderos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo [...]” (ECUADOR, 2008). Bem como o preâmbulo da Política do Estado da Bolívia coloca “Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario [...]” (BOLÍVIA, 2009).



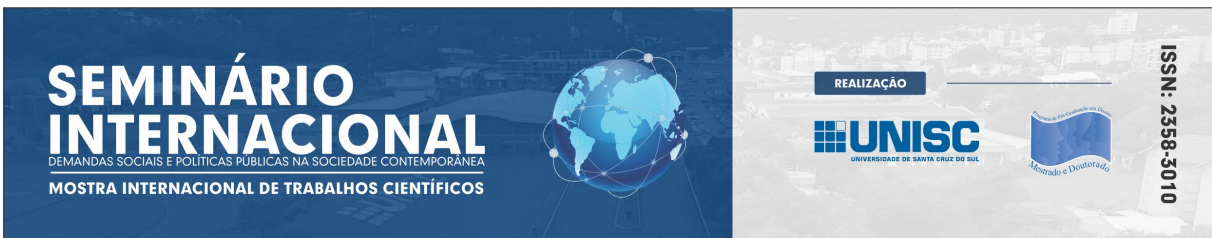
exploratórios e colonizadores, ela carrega múltiplos focos de resistência que, no decorrer da história, já demonstraram plena capacidade de congregação com vistas à confrontação do *status quo*. A partir desse contexto, abordar-se-á, no capítulo que segue, o fenômeno do pluralismo jurídico no Brasil, a partir do caso dos protocolos de consulta prévia, para que, posteriormente, seja possível uma interpretação levando em conta os novos contornos teóricos e hermenêuticos de uma prática jurídica pluralista descolonizadora e emancipatória.

3. O caso dos protocolos de consulta prévia a partir do paradigma do pluralismo emancipatório

Considerando que o reconhecimento do pluralismo jurídico pelo novo constitucionalismo latino-americano abre espaços para efetivos ganhos na proteção dos povos originários do continente, abordar-se-á neste tópico o panorama brasileiro quanto às propostas pluralistas, a partir dos protocolos de consulta prévia com fins de interpretação comparativa entre os contextos normativos constitucionais dos referidos países. A situação estudada versa sobre recentes configurações do direito que os povos originários possuem à consulta prévia quando do desenvolvimento de empreendimento que venha a afetar o seu território, o que, no Brasil, que tem sido concretizado por meio dos protocolos autônomos de consulta elaborados pelos povos e comunidades. Trata-se da análise de uma sentença que declarou a nulidade do processo de licenciamento ambiental do Projeto Mina Guaíba, em razão da ausência de consulta prévia aos povos afetados, o que ensejou a elaboração do primeiro protocolo de consulta por povos do estado do Rio Grande do Sul, a saber, o protocolo do Povo Mbya Guarani.

Diante dos avanços dos textos constitucionais equatoriano e boliviano vislumbra-se mais claramente que a orientação do constitucionalismo brasileiro é caudatária de uma tradição teórica e pragmaticamente afeita ao monismo jurídico e estatal, em que o pluralismo é considerado uma espécie de carência de regulamentação a ser tratada e superada por normas do Estado (TAROCO, 2021, p. 14). Yrigoyen Fajardo (2011, p. 141) coloca a Constituição Federal de 1988 no marco do ciclo do constitucionalismo multicultural da América Latina, sendo este o ciclo que, a despeito de ter reconhecido a diversidade cultural interna, não avançou na direção do reconhecimento do pluralismo jurídico, tampouco modificou ou abriu espaços para a modificação do caráter monista do Estado.

Nessa linha, Amado (2015, p. 65) desenvolve a ideia de que a expressão “direito dos povos indígenas” contempla dois aspectos, a saber, o direito indigenista, desenvolvido pelo



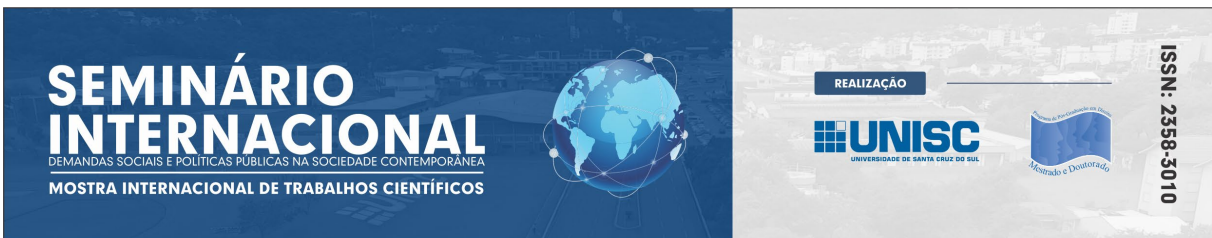
Estado quando do trato dos povos originários, e o direito indígena propriamente dito que se refere às estruturas normativas internas aos próprios povos. Nesse sentido, quanto ao tratamento dos povos originários tem-se no país, historicamente, a conformação de um direito indigenista muitas vezes aplicado em detrimento do direito indígena. O autor demonstra que até a Constituição Federal de 1988 e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a legislação indigenista brasileira expressava forte caráter integracionista e uma pretensa superioridade cultural com relação aos povos originários.

A CF/88 prevê, nos artigos 231 e 232⁷, uma breve regulamentação acerca dos indígenas do país, reconhecendo sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições, além de estabelecer o direitos desses povos aos territórios que tradicionalmente ocupam. Observa-se, pois, que não há maior desenvolvimento acerca das normatividades indígenas, o que implica, em um primeiro plano, no não reconhecimento expresso do pluralismo jurídico pela Constituição.

Além disso, tem-se a vigência da Convenção nº 169 da OIT no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.501, de 19 de abril de 2004 e atualmente consolidada, junto de outras convenções e recomendações da OIT, no Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. Trata-se de uma legislação que, revisando os termos da anterior Convenção nº 107 da OIT, representou avanço na proteção dos direitos coletivos dos povos originários, prevendo uma gama de direitos e garantias com foco na autodeterminação dessas coletividades, e não na sua assimilação cultural pelo Estado e pela ideia monista de nação.

O caso a ser analisado diz respeito ao direito à consulta prévia, livre, informada e de boa-fé, garantido desde a Convenção nº 169 da OIT quando da previsão de medidas administrativas ou legislativas que afetem diretamente determinado povo indígena, quilombola ou comunidade tradicional. Trata-se de uma gama de dispositivos procedimentais que visam garantir o direito desses povos ao consentimento prévio e à livre determinação quando existir possibilidade de afetação das suas realidades e dos seus patrimônios material e imaterial. A consulta prévia está prevista, dentre outros dispositivos, no artigo 6º da Convenção nº 196 da

⁷ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...] Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (BRASI, 1988).



OIT⁸, que faz menção ao estabelecimento de procedimentos apropriados para a realização das consultas aos povos interessados, respeitando as formas internas de representação e deliberação, bem como a necessidade de que as consultas sejam conduzidas com boa-fé e de maneira apropriada quanto às circunstâncias de cada povo.

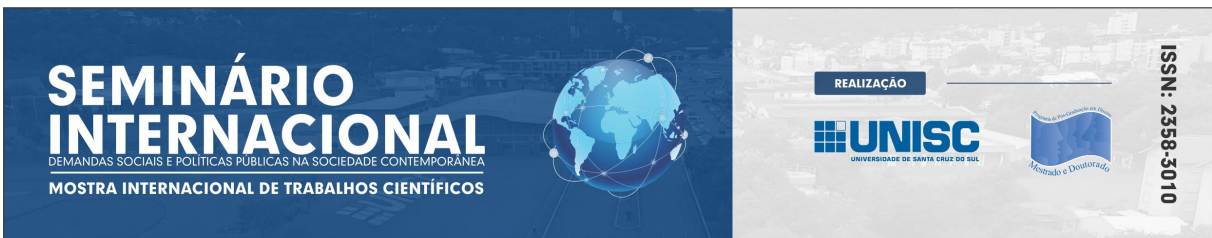
Em razão dessa garantia, o Estado e a iniciativa privada devem realizar consulta quando do desenvolvimento de qualquer ato legislativo ou administrativo que possa afetar povos e comunidades tradicionais de determinado território, isto é, observada tanto em processos legislativos quanto em implantação de políticas públicas ou realização de projetos de exploração econômica. Deve, assim, ser considerada desde as fases iniciais de planejamento, de estudos de impacto, e não tida como uma etapa burocrática a ser verificada e superada já na fase de execução do projeto (SILVA, 2019, P. 78-79). Denota-se que o caráter prévio da consulta é um dos fatores fundamentais desse instituto, que visa, justamente, combater a forma com que historicamente se deu a exploração econômica de territórios indígenas sem que a vontade e a dignidade dos povos afetados fossem sequer consideradas.

No Brasil, a efetivação do direito à consulta prévia encontrou obstáculos, em muito baseados no argumento de ausência de uniformização e regulamentação legislativa do instituto. Entretanto, mesmo as tentativas de regulamentação foram esvaziadas de debates democratizados e participativos, o que acabou não resultando em nenhuma proposta efetiva de regulamentação (TAROCO, 2021, p. 23). A partir disso, então, teve início um movimento, encabeçado pelos próprios povos, para a superação desses obstáculos de aplicação imediata da consulta prévia, através da elaboração dos protocolos autônomos de consulta. Esses protocolos são documentos constituídos de forma interna pelos povos, em que são estabelecidos os procedimentos a serem observados quando da consulta. Encontram-se ali, então, critérios,

⁸ 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 (BRASIL, 2019).



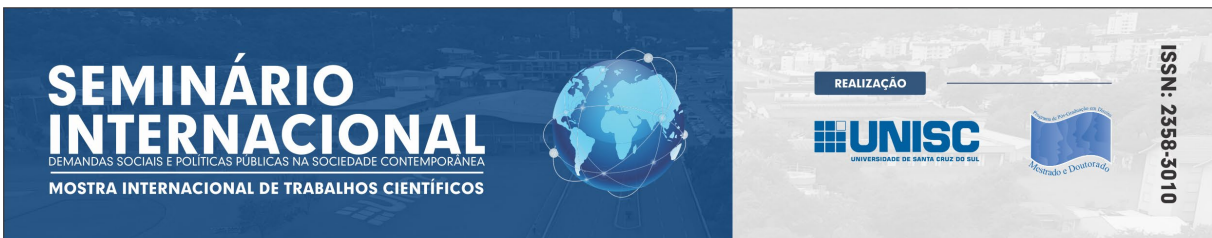
diretrizes, formas de decisão comunitária, temporalidades, princípios e regras que deverão ser observados pelo Estado ou pelo sujeito interessado em realizar a consulta.

Pela ausência de amparo estatal e pela necessidade de combate às múltiplas formas de opressão pela exclusão e invisibilização, os povos projetaram no instituto da consulta prévia um meio de expressão e afirmação das suas realidades, materializados nos protocolos autônomos de consulta. Nesse sentido, entende-se que a manifestação autônoma, ao invés de uma regulamentação mais generalizante, traduz uma manifestação genuína dos povos e comunidades que sentem a necessidade de expressar as suas particularidades em termos organizativos e mesmo jurídicos. Trata-se de uma sinalização positiva ao pluralismo jurídico e à assimilação, pelo direito oficial, da ideia de que os povos originários constituem fontes normativas próprias.

Assim, ganha relevância a decisão nos autos da Ação Civil Pública nº 5069057-47.2019.4.04.7100/RS, proferida no dia 08 de fevereiro de 2022 (BRASIL, 2022). Trata-se de ação ajuizada pela Associação Indígena Poty Guarani e pela Associação Arayara de Educação e Cultura em face da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), da Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luis Roessler (FEPAM) e da Copelmi Mineração Ltda., com vistas a anular processo de licenciamento ambiental do Projeto Mina Guaíba em razão da desconsideração quanto aos povos afetados pela extração mineral de carvão numa área de 5.000 hectares, que abrangia os municípios de Eldorado do Sul e Charqueadas, no Rio Grande do Sul.

O empreendimento afetaria de forma direta e indireta a Terra Indígena Arroio do Conde, a Aldeia Mbyá-Guarani Guajayví e a Aldeia Pekuruty/Arroio Divisa, que, por sua vez, foram ignorados pelo Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) e não foram previamente consultadas, seja pelas organizações estatais, seja pelos empreendedores do projeto. Contata-se que houve desprezo, pelo empreendimento, da situação indígena tanto pela não participação da FUNAI durante a elaboração do EIA, quanto pela ausência do Componente Indígena no referido documento, o que demonstra, ainda, que a realização de consulta prévia diretamente aos povos afetados, com a observação e o respeito aos procedimentos autônomos, sequer foi considerada pela empresa.

O principal argumento da empreendedora foi de que o direito à consulta prévia estaria sendo respeitado pela simples participação da FUNAI durante o processo de licenciamento – mesmo a FUNAI demonstrando não ter sido demandada pela empresa, tampouco pela FEPAM, tomando ciência do empreendimento somente em função de informações encaminhadas pelo MPF e pelo Conselho Estadual dos Povos Indígenas (CEPI) (BRASIL, 2022, p. 18) – o que

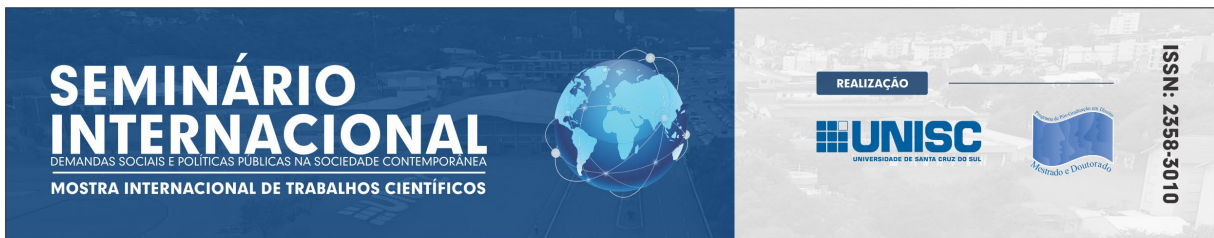


demonstra uma visão formalista e burocrática quanto à situação dos povos afetados. Tal argumento fez com que a magistrada afirmasse que o direito à consulta prévia não se resume a mera manifestação formal da FUNAI, mas que exige a participação direta dessas populações, integrando efetivamente os processos de tomada de decisão, o que deve ser realizado de maneira concomitante às fases de licenciamento ambiental, sob pena de nulidade dos atos administrativos que desconsiderem esse componente (BRASIL, 2022, P. 35).

A decisão, então, concluiu pela nulidade do processo de licenciamento do empreendimento Mina Guaíba, sendo que o processo não alcançou ainda o trânsito em julgado, estando concluso para decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região desde outubro de 2022. Contudo, para além das consequências jurídicas diretas que o processo possa vir a confirmar, o litígio deu ensejo à elaboração do Protocolo de Consulta Prévia do Povo Mbya Guarani do Estado do Rio Grande do Sul, sendo este o primeiro documento do tipo referente a indígenas do estado. No protocolo é determinado quem deve ser consultado, os passos a serem seguidos para a consulta, bem como os parâmetros que permitem estabelecer quando o povo Mbya Guarani considera que foi efetivamente consultado.

São previstos três passos para a consulta prévia ao povo Mbya Guarani, a saber: um primeiro contato, preferencialmente presencial, com os caciques das aldeias, com a entrega de material explicativo para subsidiar os debates internos e com um pré-agendamento para o retorno; a reunião com as lideranças, em que serão expostas de forma mais detalhada as particularidades do projeto, respeitando-se o tempo de diálogo interno entre as lideranças locais, que dialogarão de forma intercalada com a exposição do projeto pelo interessado; a reunião de consulta prévia, que deverá ocorrer nas aldeias afetadas, respeitando a organização social e espacial local (CONSELHO, DE CACIQUES, 2022, p. 18-19). Considera-se que o povo foi consultado “quando todos os Guaranis da aldeia possivelmente afetada entenderem como a comunidade será afetada e decidirem se concordam ou não, quais as condicionantes, quais as medidas compensatórias, quais serão as formas de garantia e controle do que ficou acordado” (CONSELHO DE CACIQUES, 2022, p. 20).

Demonstra-se relevante, assim, o reconhecimento da juridicidade dos protocolos autônomos de consulta como uma abertura ao pluralismo jurídico no Brasil, a partir de expressões autênticas e genuínas de povos e comunidades historicamente ignorados, tanto pela instituição estatal quanto pela iniciativa privada movida pela exploração econômica de territórios considerados sagrados por muitas dessas tribos e aldeias. O uso da antropologia, o olhar para as realidades institucionais dos países vizinhos, bem como a abertura para expressões



autônomas dos povos originários podem sinalizar um caminho a ser seguido pela prática jurídica brasileira no reconhecimento do pluralismo e na proteção dos povos originários.

4. Considerações finais

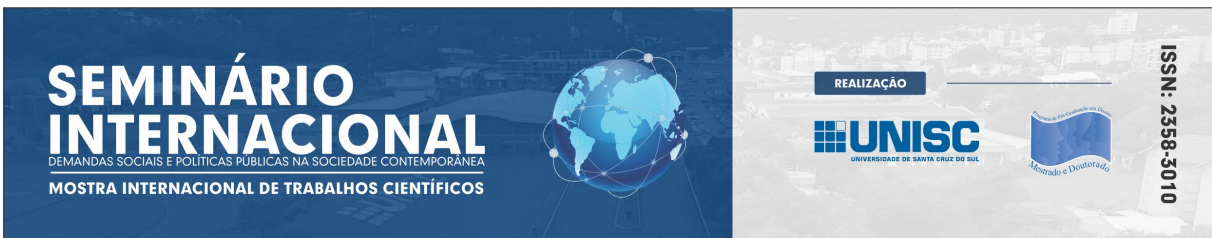
O pluralismo jurídico emancipatório desenha-se como uma chave para o giro descolonial, uma vez que, além de albergar o pensamento crítico, permite emergir múltiplas respostas às idiossincrasias das sociabilidades locais, abrindo espaços para fenômenos contingentes sem aniquilar as diferenças. Permite ascender uma resposta para além do etnocentrismo e tecnoburocracia eurocêntricos, ao reconhecer nas diferenças, na interculturalidade e na alteridade a fonte real das aspirações dos direitos humanos, impactando de forma significativa o tratamento dos povos originários na América Latina. O Brasil contemporâneo necessita desse olhar diferenciado que abarca um direito emancipatório para esses povos.

Pode-se observar, pelo caso estudado, uma manifestação material do pluralismo jurídico no Brasil, a despeito da sua não previsão constitucional ou da sua não regulamentação legislativa. Nesse sentido, entende-se que um pluralismo jurídico emancipatório não está limitado ao mero reconhecimento das juridicidades indígenas, mas, antes, que esse reconhecimento é uma das múltiplas formas para que se construa um cenário nacional intercultural em que se estabeleçam condições de diálogo entre legalidades. Compreende-se a relevância da abertura de espaços dialógicos entre as jurisdições oficial e não oficial, ou, ainda, entre o direito indigenista e o direito indígena, o que pode ser apreendido pela observância da necessidade de expressão da autonomia indígena quando da possibilidade de interferência externa nas suas realidades, que, por sua vez, encontra nos protocolos autônomos de consulta uma ferramenta efetiva, de juridicidade reconhecida, de expressão e de autodeterminação.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literária, 2016.

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; WOLKMER, Antonio Carlos. As questões delimitativas do direito no pluralismo jurídico. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Quintanilha; LIXA, Ivone Morcilo. **Pluralismo jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195-222.



AMADO, Luiz Henrique Eloy. Terra indígena e legislação indigenista no Brasil. **Cadernos de Estudos Culturais - UFMS**, Pioneiros, v. 7, n.13, p. 65-84, 2015.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado (CPE)**, 7 Febrero 2009. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 fev. 2023.

BRASIL. Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. **Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso de: 05 fev. 2023.

BRASIL. Justiça Federal. Nona Vara Federal de Porto Alegre. **Ação Civil Pública nº 5069057-47.2019.4.04.7100/RS**. Decisão de 08 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5069057-47.2019.4.04.7100&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=RS&sistema=&txtChave=. Acesso em: 05 fev. 2023.

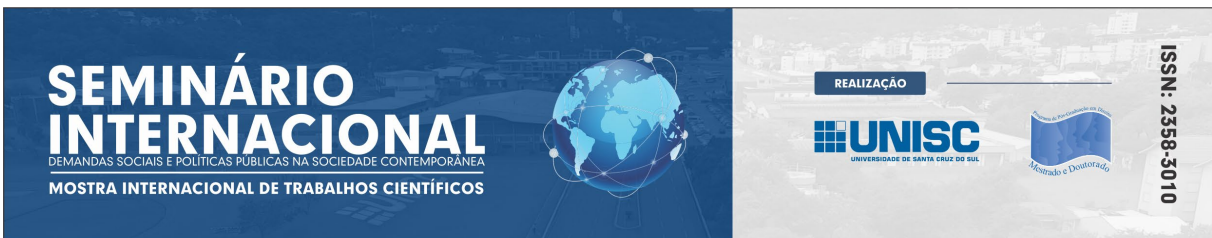
CONSELHO DE CACIQUES DO POVO MBYA GUARANI DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Protocolo de Consulta Prévia do Povo Mbya Guarani do Estado do Rio Grande do Sul**, 2022. Disponível em: <https://observatorio.direitosocioambiental.org/protocolo-de-consulta-previa-do-povo-mbya-guarani-do-estado-do-rio-grande-do-sul-2022/>. Acesso em: 05 fev. 2023.

DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? In: **Nuevas tendencias del derecho constitucional en América Latina**, VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: constituciones y principios, México, dez. 2010.

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

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão**. São Paulo: Paulus, 1995.

ECUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**, 20 de octubre de 2008. Disponível em: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.



FERRAZZO, Débora; WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico e democracia comunitária: discussões teóricas sobre descolonização constitucional na Bolívia. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 872-895, 2021.

KONDER, Leandro. **O que é a dialética**. São Paulo: Brasiliense, 1997.

LUKÁCS, György. **História e consciência de classe**: estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MALDONADO, Efendy Emiliano. Reflexões críticas sobre o Processo Constituinte Equatoriano de Montecristi (2007-2008). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 129-151, 2019.

PACHUKANIS, Evguéni. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

SILVA, Liana Amin Lima da. Sujeitos da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI). In: GLASS, Verena et. al. (Orgs.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. p. 47-107.

TAROCCO, Lara Santos Zangerolame. O protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) e o caso Belo Sun: espaços multinormativos e possibilidades descoloniais. **Direito e práxis**, Rio de Janeiro, *Ahead of Print*, 2021.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito**. v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. In: RANGEL, Jesús Antonio de La Torre (org.). **Pluralismo jurídico**. Teoría y experiencias. San Luís Potosí: Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2007. p. 17-35.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159.