

**Convenção 169 da OIT sobre
povos indígenas e tribais:
oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**



O **INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA)** é uma associação sem fins lucrativos, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), fundada em 22 de abril de 1994, por pessoas com formação e experiência marcante na luta por direitos sociais e ambientais. Tem como objetivo defender bens e direitos sociais, coletivos e difusos, relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos. O ISA produz estudos e pesquisas, implanta projetos e programas que promovam a sustentabilidade socioambiental, valorizando a diversidade cultural e biológica do país.

Para saber mais sobre o ISA consulte www.socioambiental.org

Conselho Diretor: Neide Esterci (presidente), Marina da Silva Kahn (vice-presidente), Adriana Ramos, e Sérgio Mauro Santos Filho

Secretário executivo: Sérgio Mauro Santos Filho

Secretários executivos adjuntos: Adriana Ramos e Enrique Svirsky

Apoio institucional



ICCO – Organização Intereclesiástica para Cooperação ao Desenvolvimento

NCA – Ajuda da Igreja da Noruega

ISA São Paulo (sede) Av. Higienópolis, 901, 01238-001, São Paulo (SP), Brasil. tel: (11) 3515-8900, fax: (11) 3515-8904, isa@socioambiental.org

ISA Brasília SCLN 210, bloco C, sala 112, 70862-530, Brasília (DF), Brasil. tel: (61) 3035-5114, fax: (61) 3035-5121, isadf@socioambiental.org



A organização não-governamental **COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO (CPI)** foi fundada em 1978 por um grupo de antropólogos, advogados, médicos, jornalistas e estudantes para defender os direitos dos povos indígenas frente às crescentes ameaças do regime ditatorial vigente naquela época. Nos seus 30 anos de existência, a Comissão Pró-Índio de São Paulo tem atuado junto com índios e quilombolas para garantir seus direitos territoriais, culturais e políticos, procurando contribuir com o fortalecimento da democracia e o reconhecimento dos direitos das minorias étnicas.

Para saber mais sobre a CPI-SP consulte www.cpis.org.br


CPI-SP Rua Padre de Carvalho, 175, 05427-100, São Paulo (SP), Brasil. Tel./fax (11) 3814728 / 3518 8961, cpisp@cpisp.org.br

RED JURÍDICA PARA LA DEFENSA DE LA AMAZONIA (RAMA) Somos advogados do Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador e Peru que trabalham pela defesa dos direitos humanos e ambientais dos povos da floresta. A RAMA foi criada com o fim de potencializar nossa contribuição à proteção da Amazônia e à defesa dos direitos coletivos dos povos indígenas e tradicionais que nela vivem. Nossa visão é contribuir com a construção de sociedades mais justas, solidárias, inclusivas e democráticas em cada um dos nossos países.

**Convenção 169 da OIT sobre
povos indígenas e tribais:
oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**

São Paulo, maio de 2009.



 **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais:**
oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil

Organizadora

Biviany Rojas Garzón (ISA)

Projeto gráfico e editoração

Ana Cristina Silveira (ISA)

Apoio a esta publicação

Fundação Pachamama do Equador

Programa Direito a Terra, Água e Território – Icco & KerkinActie

Seminário: Oportunidades e Desafios para a Implementação da Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais

10 e 11 de novembro de 2008

Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília (DF)

Organizadoras

Biviany Rojas Garzón (ISA)

Lúcia M. M. de Andrade (CPI-SP)

Apoio Institucional

Organização Internacional do Trabalho (OIT) – Escritório Regional Brasil

6ª Câmara de Coordenação e Revisão (Índios e Minorias) do Ministério Público Federal

Escola Superior do Ministério Público da União

Red jurídica para la defensa de la Amazonia (Rama)

Apoio Financeiro

Icco, Oxfam, União Européia e RainForest Foundation Noruega (RFN)

O conteúdo desta publicação é de exclusiva responsabilidade de seus autores, não devendo, em circunstância alguma, ser tomado como expressão dos pontos de vista de seus apoiadores financeiros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais : oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil / [organizadora Biviany Rojas Garzón]. -- São Paulo : Instituto Socioambiental, 2009. -- (Série documentos do ISA ; 12)

ISBN 978-85-85994-64-8

1. Índios - Direitos fundamentais I. Rojas Garzón, Biviany. II. Série.

09-04967

CDD-323.4

Índices para catálogo sistemático:

1. Povos indígenas : Direitos fundamentais : Convenção 169 da OIT
323.4

Agradecimentos

Agradecemos especialmente aos palestrantes e autores dos artigos que nos permitiram realizar esta primeira compilação sobre a Convenção 169 da OIT em língua portuguesa. O Instituto Socioambiental e a Comissão Pró-Índio de São Paulo reconhecem seu interesse, participação e compromisso na promoção do evento e desta publicação.

É importante lembrar o esforço de Fernanda Franco, da Oxfam, que colaborou para a realização e a divulgação do seminário, e de Isabela Figueroa, representante da Fundação Pachamama e coordenadora da Rede de Advogados da Amazônia (Rama), que contribuiu decididamente com a tradução dos artigos de especialistas e com os recursos complementares para fazer este livro realidade. Impossível deixar de citar Bárbara Pires, estagiária do ISA Brasília, que trabalhou na edição do texto e Eleonora Rolla, que fez, muito competentemente, toda a transcrição do Seminário.



Finalmente, agradecemos à Cese, à Icco e à RFN por todo apoio e confiança depositados desde o início do processo, pois sem tal ajuda teria sido impossível obter o resultado que aqui apresentamos.

Licença creative commons




Para democratizar a difusão dos conteúdos publicados neste livro, os textos estão sob a licença Creative Commons (www.creativecommons.org.br), que flexibiliza a questão da propriedade intelectual. Na prática, essa licença libera os textos para reprodução e utilização em obras derivadas sem autorização prévia do editor (no caso o ISA), mas com alguns critérios: apenas em casos em que o fim não seja comercial, citada a fonte original (inclusive o autor do texto) e, no caso de obras derivadas, a obrigatoriedade de licenciá-las também em Creative Commons.

Essa licença não vale para fotos e ilustrações, que permanecem em copyright ©.

Você pode:

-  Copiar e distribuir os textos desta publicação.
-  Criar obras derivadas a partir dos textos desta publicação.

Sob as seguintes condições:

-  Atribuição: você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada no crédito do texto.
-  Uso não-comercial: você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.
-  Compartilhamento pela mesma Licença: se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

Apresentação

No Brasil, não é fácil falar sobre aplicação imediata de normas internacionais relativas a direitos fundamentais de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. A história do País na incorporação e implementação desse tipo de instrumentos internacionais é recente e escassa. Por essa razão, é imperativa a promoção de sua aplicação através de debates e reflexões entre o público especializado, as lideranças comunitárias e os operadores jurídicos, que têm o desafio de interpretar e implementar tais normas na complexa e diversificada realidade brasileira.

Reinventar uma forma nacional de se apropriar das normas internacionais precisa tanto de exercícios introspectivos sobre as particularidades da nação brasileira quanto de abertura para escutar e aprender com experiências de países vizinhos, que têm acumulado conhecimento na aplicação das mesmas normas e que podem estimular e muito bem alimentar o necessário debate interno.

O presente livro inclui as memórias do Seminário Internacional “Oportunidades e desafios para a implementação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais”, realizado em parceria pela Comissão Pró-Índio de São Paulo (CPI-SP) e o Instituto Socioambiental (ISA) durante novembro de 2008. O objetivo deste evento foi contribuir com a implementação da Convenção especificamente no que se refere à aplicação do direito de consulta livre, prévia e informada por meio do intercâmbio de experiências internacionais e a promoção da participação da sociedade civil no processo de controle da Convenção 169. O seminário contou com a participação de palestrantes de 5 países latino-americanos e com a apresentação e o debate dos relatórios alternativos enviados pela sociedade civil à OIT em setembro de 2008, acerca das falências do andamento da aplicação da referida Convenção no Brasil.

Além dos mencionados debates, esta publicação incluiu artigos de seis especialistas latino-americanos sobre a Convenção 169 e o direito de consulta livre, prévia e informada, que representam interessantes subsídios para o debate nacional a partir da experiência de países vizinhos que já vem aplicando a mesma Convenção há mais de 10 anos.

Finalmente, esta edição conta com um CD, que contém o conteúdo do especial realizado pelo ISA sobre a Convenção 169 da OIT – permanentemente na internet no endereço: [http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/\[1\]](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/[1]) – e que compila mais de 200 documentos de toda América latina sobre a aplicação da Convenção 169, especificamente sobre o direito de consulta livre, prévia e informada nela consagrado.

Com a divulgação e a promoção dessas reflexões, esperamos estimular a adequada aplicação nacional deste e de outros instrumentos de direito internacional sobre os direitos fundamentais dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais do Brasil.

Sumário

CAPÍTULO I

A Convenção 169 da OIT e sua aplicação no Brasil	13
--	----

ARTIGO

A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais	13
Isabela Figueroa	

PALESTRAS E DEBATE

MESA 1: Aplicação da Convenção 169 OIT no Brasil	49
--	----

Aplicação de normas internacionais no Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos ...	51
Roberto de Figueiredo Caldas, juiz <i>ad hoc</i> da Corte Interamericana de Direitos Humanos	

A Convenção 169 da OIT, seu conteúdo e alcance	59
Christian Ramos Veloz, especialista principal Normas Internacionais do Trabalho, Escritório Organização Internacional do Trabalho no Brasil	

A importância da Convenção 169 da OIT na garantia dos direitos dos povos indígenas e tribais	66
Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, subprocuradora geral da República e Coordenadora da Sexta Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal	

DEBATE	73
--------------	----

CAPÍTULO II

A aplicação do direito de consulta prévia na América Latina	99
---	----

ARTIGOS

A Implementação do direito de consulta prévia dos povos indígenas no Equador	99
David Cordero	

Colômbia: A implementação do direito à consulta prévia previsto na Convenção 169 da OIT	124
Ramon Laborde	

Situação do direito à consulta e o consentimento prévio, livre e informado aos povos indígenas no Peru	155
Vladimir Pinto	

PALESTRAS E DEBATE

MESA 2: A aplicação do direito de consulta prévia na América Latina	177
As perversidades de uma regulamentação deficiente e autoritária do direito de consulta prévia: o caso do Equador	177
Mario Melo, Fundação Pachamama do Equador	
A experiência de consultas comunitárias como instrumento de resistência dos povos indígenas da Guatemala	183
Eugenia Valey, Asociación Maya UK'UX B'E Miriam Ischui, Coletivo Madre Selva	
Entre a lei e a jurisprudência. Consulta ou consentimento. O caso da Bolívia	190
Marín Abadí Gutierrez López, Centro de estudios Aplicados a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	
Conteúdo e alcance do direito de consulta prévia no processo legislativo: a experiência colombiana	196
Ana Manuela Ochoa, indígena Kankuama, chefe jurídica da Organização Nacional Indígena de Colômbia (Onic)	
Propondo uma regulamentação integral do direito de consulta. O caso do Peru	202
Lily Latorre, diretora do Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui	
DEBATE	208

CAPÍTULO III

O sistema de monitoramento da OIT e a participação cidadã	229
---	-----

ARTIGO

O direito à consulta livre, prévia e informada: os limites da “consulta aos quilombolas”	229
Lúcia M. M. de Andrade	

PALESTRAS E DEBATE

MESA 3: O sistema de monitoramento da OIT e a participação cidadã	239
O sistema de acompanhamento e controle de implementação de convenções e normas internacionais da OIT	240
Lélío Bentes Corrêa, ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Membro da Comissão de Peritos em Aplicação de Normas Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT)	

Comunicação relativa à implementação dos direitos referentes a povos indígenas	256
Azeline Kaingáng, indígena Kaingáng e diretora do Warã Instituto Indígena Brasileiro	
Comunicação relativa a implementação dos direitos referentes aos povos quilombolas	267
Maria Aparecida Mendes, da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Conaq)	
A participação cidadã no sistema de monitoramento da OIT e o papel da CUT	274
Fernanda Caldas, direção nacional da Central Única dos Trabalhadores (CUT)	
DEBATE	278

CAPÍTULO IV

O direito de consulta prévia no Brasil.....	289
---	-----

ARTIGO

Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais.	
A consulta de matérias legislativas no Brasil.....	289
Biviany Rojas Garzón	

PALESTRAS E DEBATE

MESA 4: O direito de consulta prévia no Brasil.....	319
Consulta e autorizações para empreendimentos que impactam terras indígenas	
Márcio Meira, presidente da Fundação Nacional do Índio (Funai)	
320	
O direito de consulta prévia sobre medidas legislativas que afetam os povos indígenas e quilombolas	
Marina Silva, senadora da República	
327	
Empreendimentos no entorno do Parque Indígena do Xingu	
Marcelo Kamayura, Associação Terra Indígena Xingu (Atix)	
334	
DEBATE	338

A Convenção 169 da OIT e sua aplicação no Brasil

ARTIGO

A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais

Isabela Figueroa¹

Introdução

É no mínimo impressionante o caminho político percorrido pelos povos indígenas e tribais de todo o mundo para defender sua sobrevivência e reivindicar seu direito a resistir aos processos de colonização e desenvolvimento nacionais. Submetidos, exterminados e forçosamente integrados a um modelo de desenvolvimento alheio, estes povos lograram, durante a segunda metade do século 20, conformar movimentos políticos regionais para articular suas reivindicações políticas no discurso jurídico dos direitos humanos. Como resultado deste processo, a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou, em 2007, a primeira Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Porém, antes mesmo da ONU reconhecer os direitos dos povos indígenas, foi a Organização Internacional do Trabalho (OIT) a primeira agência internacional a preocupar-se, na década de 1920, com a situação das populações indígenas e tribais no mundo. Ao adotar, em 1989, a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (C169), a OIT passou a ser também a primeira

¹ Isabela Figueroa é advogada especializada em direito dos povos indígenas. A autora agradece de forma especial o Instituto Socioambiental (www.socioambiental.org) pela informação proporcionada na elaboração de este artigo. A autora também se beneficiou de inúmeras conversas com os advogados do Instituto Socioambiental (Ana Paula Souto Maior, Biviany Rojas, Fernando Batista e Raúl Telles do Valle) para desenvolver as ideias apresentadas neste artigo.

agência internacional a reconhecer os “povos” indígenas e tribais como sujeitos de direito, protegendo, entre outros, alguns de seus direitos territoriais, políticos, econômicos e sociais. Pese a que tenha sido inicialmente rechaçada por diferentes lideranças indígenas devido a falta de representação indígena na sua elaboração, é inegável a contribuição da Convenção ao desenvolvimento da jurisprudência dos direitos dos povos indígenas e tribais em todo o ocidente.

A Noruega foi o primeiro país a ratificar a C169 em 1990. Até janeiro de 2009, 20 países ratificaram a Convenção. O Brasil ratificou a C169 em 2003,² comprometendo-se perante a comunidade internacional a proteger a identidade dos povos indígenas e tribais, respeitando suas terras, tradições e formas de organização social.³ De acordo com a normativa da C169, os governos devem consultar estes povos antes de tomar decisões administrativas ou legislativas que os afetem. Em 2008, diversas organizações indígenas e quilombolas do Brasil apresentaram relatórios alternativos à OIT, informando esta agência sobre violações do Estado brasileiro à C169. Em ambos relatórios, as organizações foram enfáticas em denunciar o Estado por não cumprir com, entre outros, o dever da consulta.

A consulta é um dos temas da C169 que têm sido mais elaborados nas observações da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações (CPACR) da OIT. De acordo com o Relator Especial das Nações Unidas para os Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais dos Povos Indígenas (Relator Especial), a questão da consulta prévia é ventilada de forma repetida tanto nos comentários da Comissão de Peritos, como nos relatórios dos comitês tripartites conformados para examinar as reclamações apresentadas contra os Estados nos termos do artigo 24 da Constituição da OIT.⁴

2 Argentina (2000), Bolívia (1991), Brasil (2002), Chile (2008), Colômbia (1991), Costa Rica (1993), Dinamarca (1996), Dominica (2002), Equador (1998), Espanha (2007), Fiji (1998), Guatemala (1996), Honduras (1995), México (1990), Nepal (2007), Países Baixos (1998), Noruega (1990), Paraguai (1993), Peru (1994), Venezuela (2002).

3 Não existem dados precisos sobre o tamanho da população indígena e tribal no Brasil. Diferentes estimativas globais anunciam uma população entre 450.000 e mais de 700.000 indígenas em território brasileiro, representando menos 1% da população total do país. Já os quilombolas, de acordo com estimativas não oficiais, somam em torno de duas a três mil famílias. Instituto Socioambiental, Diferentes Estimativas, 2009. ISA: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/no-brasil-atual/quantos-sao/diferentes-estimativas>; Estado do Paraná, Dia-a-dia Educação, Comunidades Quilombolas no Brasil: semana da consciência negra, 2009. Estado do Paraná: <http://geografia.seed.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=47>

4 Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, Report of the Special Rapporteur on the situation on human rights and fundamental freedoms of indigenous peoples, Mr. Rodolfo Stavenhagen, submitted pursuant to Commission resolution 2001/57, E/CNA/2002/97, 2002.

Para melhor compreensão dos alcances da C169, este artigo trata brevemente do contexto histórico no qual a Convenção foi concebida. Resultado da Revisão Parcial da Convenção 107, de cunho tutelar e integracionista, a C169 trouxe duas inovações ao direito internacional: o conceito de “povos” indígenas e tribais, e o dever dos governos de consultá-los. Este artigo também questiona como o Estado brasileiro vem cumprindo, ou não, com o dever da consulta nos termos da C169.

A metodologia utilizada para a elaboração deste artigo foi a análise da jurisprudência e legislação doméstica e internacional sobre alguns dos temas relacionados com a C169 e sua aplicação no Brasil. Sem qualquer pretensão de tratar estes temas de forma exaustiva, este artigo é uma simples organização de idéias com o propósito de contribuir com a tarefa de implementar a C169 no Brasil. Os casos mencionados aqui são meramente ilustrativos.⁵

As origens da doutrina da tutela no direito internacional

A Liga das Nações, criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, trouxe uma nova fórmula para o reconhecimento da soberania de um povo no direito internacional. Se até então o discurso jurídico da soberania era baseado em distinções culturais (povos “civilizados” *versus* povos “bárbaros”), a Liga das Nações articulou o reconhecimento da soberania em base a uma categoria econômica, os povos “adiantados” e os povos “atrasados.”⁶

Os povos “atrasados” ficaram sujeitos à tutela dos países que venceram a Primeira Guerra Mundial. A doutrina da tutela, estabelecida pelos artigos 22 e 23 da Convenção da Liga das Nações, justificava a integração das populações nativas dos países colonizados ao modelo de sociedade europeu. Os povos a ser tutelados

⁵ Para mais informação sobre o cumprimento da C169 pelo Estado brasileiro, ver os relatórios alternativos apresentados por organizações quilombolas e indígenas à OIT em agosto de 2008, disponíveis no site do Instituto Socioambiental, ISA: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=convencao-169-da-oit-no-brasil/a-convencao-169-da-oit

⁶ Anghie, A. The Evolution of International Law: colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, n. 27, p. 739, 2006, p. 746.

seriam aqueles “ainda incapazes de sobreviver frente as condições estrênuas do mundo moderno,”⁷ e era dever das nações européias o de garantir um “tratamento justo” aos povos nativos dos territórios colonizados.⁸ Juristas e diplomatas da época sugeriram que o dever das nações vencedoras de prestar um “tratamento justo” aos povos colonizados somente existia em relação aos habitantes nativos das colônias de ultramar, o que deixaria os povos nativos em países independentes sem nenhum status no direito internacional.⁹

Sem ter sido resolvido pela Liga, o “problema” do status dos povos nativos foi absorvido pela Organização das Nações Unidas (ONU) desde sua criação em 1945. Os artigos 73 e 74 da Carta da ONU substituíram o artigo 23 da Convenção da Liga das Nações, reafirmando a doutrina da tutela, mas a discussão respeito aos sujeitos de sua aplicação ainda não estava resolvida.

Em 1960 a ONU aprovou a Resolução 1541 que estabeleceu o dever dos Estados de transmitir informação sobre suas ações em territórios *geograficamente separados* cuja população fosse culturalmente diferente à do país que o administrasse.¹⁰ Ao não estabelecer nenhum dever dos Estados independentes em relação aos povos nativos em seus territórios, a ONU relegou os povos indígenas e tribais em países independentes às margens de seu sistema normativo.

Algumas iniciativas posteriores por parte da ONU de regular as condições de trabalho dos povos indígenas e tribais nos países independentes foram rechaçadas pelos Estados sob o argumento de que estas questões deveriam ser discutidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho.¹¹

⁷ O artigo 22 § 1º da Convenção expõe a divisão social que foi consolidada pela Liga das Nações: To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the sovereignty of the States which formerly governed them and which are inhabited by peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world, there should be applied the principle that the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilization and that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant.

⁸ O artigo 23, numeral b da Convenção da Liga das Nações determina que: Subject to and in accordance with the provisions of international conventions existing or hereafter to be agreed upon, the Members of the League: ... b) undertake to secure just treatment of the native inhabitants of territories under their control;

⁹ Bennett, G. *Aboriginal Rights in International Law*. London: Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland, 1978, pp. 8-10.

¹⁰ Bennett, 1978, p. 12.

¹¹ *Id.*, pp. 13-15.

A Organização Internacional do Trabalho e o modelo integracionista de desenvolvimento

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi estabelecida junto com a Liga das Nações, pelo Tratado de Versalhes em 1919, sendo portanto uma organização que precede o sistema de Direitos Humanos da ONU.

Em 1926, preocupada com as condições precárias dos trabalhadores indígenas no mundo, a OIT instituiu uma Comissão de Peritos em Trabalho Indígena.¹² Um dos resultados do trabalho desta Comissão foi a Convenção de 1930 sobre Trabalho Forçado (Convenção Nº 29), que obrigou os Estados a suprimir o emprego do trabalho forçado em todas suas formas, como era o trabalho escravo das populações indígenas em muitos países da América.

Durante a década de 1950, a Comissão de Peritos em Trabalho Indígena da OIT analisou a aplicação da doutrina da tutela em diferentes partes do mundo. A Comissão concluiu que as políticas nacionais orientadas a assimilar os povos indígenas não havia sido eficaz em melhorar as condições sociais destes povos.¹³ A Comissão postulou, então, a necessidade de que os Estados implementassem políticas integracionistas graduais e reguladas para proteger as populações indígenas contra a exploração laboral e outras formas de opressão.¹⁴

O trabalho da Comissão fez com que em 1956 a Conferencia Internacional do Trabalho discutisse o texto da “Convenção Nº 107 Concernente à Proteção e Integração das Populações Indígenas e Outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes” (C107), e a “Recomendação Nº 104 Concernente à Proteção e Integração das Populações Indígenas e Outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes”, ambas adotadas pela OIT em 1957.

O texto da C107 vinculou o “desenvolvimento” das populações indígenas e tribais à sua “integração” com o resto da sociedade. O conceito de integração não

¹² Organização Internacional do Trabalho, *Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107)*, vol. 6 (I), 1988, p. 3.

¹³ Organização Internacional do Trabalho, 1988, pp. 3, 4.

¹⁴ Bennett, 1978, p. 8.

foi explicitamente definido naquela Convenção, mas concebido como um processo progressivo: era dever dos Estados oferecer medidas especiais para proteger as populações indígenas e tribais de processos exploratórios e opressivos “durante o tempo em que sua situação social, econômica e cultural” os impedisse de “gozar dos benefícios da legislação social do país a que pertencem.”¹⁵ Assim, a OIT construiu uma hipotética etapa posterior ao processo de integração, quando as populações indígenas e tribais seriam capazes de elaborar planos de desenvolvimento que respondessem ao esquema ocidental europeu.

Foi por meio da C107 que o direito positivo internacional ofereceu, pela primeira vez, um status aos povos indígenas e tribais em países independentes.¹⁶ Porém ao contrário de proteger sua autodeterminação, a OIT promoveu o dever dos Estados de prestar assistência para o “progresso social e econômico” dos povos indígenas,¹⁷ ou seja, integra-los às sociedades coloniais em nome de seu “desenvolvimento.”

A mobilização indígena no âmbito internacional

Na década de 1960, os povos indígenas, apoiados por organizações de direitos civis e políticos, começaram a apresentar-se de uma maneira diferente da que até então havia sido articulada, pelos Estados, no direito internacional.¹⁸ Inspirados pelas lutas anticoloniais que surgiram com o fim da Segunda Guerra Mundial, diversos intelectuais indígenas reivindicaram a liberação de seus povos do processo de “colonialismo interno.”¹⁹

¹⁵ Como a C107 prévia a integração dos povos indígenas, as medidas especiais por ela estabelecidas tinham um caráter transitório. Observe a linguagem utilizada pela C107, v.g. o artigo 3, 1 (Deverão ser tomadas medidas especiais para proteger as instituições, as pessoas, os bens e o trabalho das populações interessadas durante o tempo em que sua situação social, econômica e cultural as impeça de gozar dos benefícios da legislação social do país a que pertencem).

¹⁶ Organização Internacional do Trabalho, Constituição da Organização Internacional do Trabalho, art. 24.

¹⁷ Ver Rodríguez-Piñero, L. *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law. The ILO Regime (1919 - 1989)*. New York: Oxford Press, 2005, p. 184

¹⁸ Ver S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2a edição, New York: Oxford University Press, 2004, p. 56.

¹⁹ Ver Rodolfo Stavenhagen, *Indigenous Movements and Politics in Mexico and Latin America*. In: Cook, C. e Lindau, J. *Aboriginal Rights and Self-Determination*. Quebec: McGill-Queen's University Press, 2000, pp. 76,77, 89.

Em 1971, influenciada pelas manifestações indígenas, mas ainda sob a perspectiva de que a integração era a melhor forma de eliminar a discriminação perpetrada contra estes povos, a Comissão de Direitos Humanos da ONU encomendou a Sub-comissão de Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias estudar o problema da discriminação contra as populações indígenas.²⁰ O relatório final da Sub-comissão, conhecido como o “Estudo Martinez Cobo”, foi publicado entre 1981 e 1983 e deu suporte às reivindicações dos povos indígenas, tornando-se um catalisador das discussões sobre povos indígenas dentro da ONU.²¹

Em 1977, como resultado de mais de uma década de esforços internacionais investidos por líderes indígenas e organizações de apoio, as instalações da ONU em Genebra sediaram a Conferência de Organizações Não-governamentais sobre a Discriminação contra as Populações Indígenas. A Conferência concluiu com a adoção de um Projeto de Declaração de Princípios para a Defesa das Nações Indígenas e os Povos do Hemisfério Ocidental. Mais tarde, em 1981, a ONU decidiu estabelecer um Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas no âmbito da Sub-comissão para a Prevenção de Discriminação e Proteção das Minorias. O Grupo de Trabalho tinha reuniões anuais em forma de conferências abertas onde foi permitida a participação de representantes indígenas, e foi encarregado de desenvolver novos parâmetros do direito internacional para a proteção dos povos indígenas (que deram origem a “Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas”,²² adotada pela ONU em 2007).

No final da década de 1980, após 30 anos de vigência, a Convenção 107 da OIT estava evidentemente anacrônica.

A revisão do método de integração da OIT: a Convenção 169

Os desenvolvimentos no campo do direito internacional, articulados pela emergência de um movimento indígena que chegou a incidir na ONU, levaram a OIT a

²⁰ Ver Rodríguez-Piñero, 2005, p. 262.

²¹ Ver Anaya, 2004, p. 62.

²² Nações Unidas, Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, Doc. A/61/L.67

reconhecer, durante a década de 1980, que o texto da C107 já não era mais aceitável,²³ que sua visão integracionista já não estava mais de acordo com os avanços do direito internacional, e que os povos indígenas deveriam ter controle sobre seu desenvolvimento econômico, social e cultural, interagindo com a sociedade nacional de forma equânime, através de suas próprias instituições.²⁴ Diante disso, a OIT decidiu elaborar uma “Revisão Parcial” da C107 com o fim de modificar os preceitos anacrônicos da C107, ainda que mantendo sua estrutura na medida do possível.²⁵ Ao estabelecer que o processo de “Revisão Parcial” preservaria a estrutura da C107, a OIT também indicava que os aspectos controversos das demandas indígenas, como o direito à auto-determinação, deveriam ser discutidos em outros foros, tal como o das Nações Unidas.²⁶ A Revisão Parcial resultou na “Convenção (Nº 169) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes” (C169), adotada pela OIT em 1989.

Diferente do modelo integracionista da C107, a C169 consagra o direito dos povos indígenas e tribais de manter sua cultura. A C169 também estabelece que os mecanismos de diálogo entre os governos e aqueles povos é a única maneira de assegurar que as necessidades dos povos estejam refletidas nas políticas nacionais.²⁷ O artigo 2 da C169 expressa seu objetivo básico: promover a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais dos povos indígenas e tribais, bem como proporcionar-lhes um mecanismo de participação no processo de desenvolvimento nacional.²⁸

A C169 estabeleceu normas específicas para a proteção das terras indígenas e tribais, e utiliza o critério da auto-identificação (confirmado pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas), para determinar quem são os povos

²³ Organização Internacional do Trabalho, 1988, p. 1.

²⁴ *Id.*, p. 27.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Id.*, pp. 292, 293.

²⁷ Jolidon, G. Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169): A tool for dialogue and inclusive development, SRO-Harare, n. 9, 2006, p. 21.

²⁸ C169, art. 2 (1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito à sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas que: a) assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais segmentos da população; b) promovam a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando sua identidade social e cultural, costumes e tradições e suas instituições; c) ajudem os membros desses povos a eliminar possíveis diferenças socioeconômicas existir entre membros indígenas e demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida)

indígenas e tribais. Desde sua aprovação, a C169 tem servido como texto de referência para que outros órgãos internacionais, tal como os organismos de direitos humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), interpretem seus próprios instrumentos de proteção aos direitos humanos quando aplicado aos povos indígenas e tribais.

Os mecanismos de supervisão da Convenção 169

A C169 é hoje o único instrumento internacional sobre direitos indígenas que prevê um mecanismo de supervisão de sua implementação nos Estados membros da OIT. Os Estados que ratificam a Convenção estão obrigados, pelos artigos 22²⁹ e 23³⁰ da Constituição da OIT, a apresentar relatórios anuais sobre a implementação das convenções da OIT. Estes relatórios são examinados pela Comissão de Peritos na Aplicação das Convenções e Recomendações (CPACR). Organizações da sociedade civil também podem apresentar informação paralela sobre o grau de cumprimento das Convenções ratificadas por um país. Em 2008 os povos quilombolas e indígenas apresentaram, com o apoio da Central Única de Trabalhadores (CUT), um relatório alternativo sobre a implementação da Convenção no Brasil. O relatório ainda está sob revisão da OIT.

Os artigos 24³¹ e 25³² da Constituição da OIT possibilitam que organizações de empregados ou de empregadores apresentem reclamações sobre a não-observância, por parte de seus Estados, das obrigações estabelecidas por alguma Convenção

29 Constituição da OIT, art. 22 (Os Estados-Membros comprometem-se a apresentar à Repartição Internacional do Trabalho um relatório anual sobre as medidas por eles tomadas para execução das convenções a que aderiram. Esses relatórios serão redigidos na forma indicada pelo Conselho de Administração e deverão conter as informações pedidas por este Conselho.)

30 Constituição da OIT, art. 23 (1. O Diretor-Geral apresentará à Conferência, na sessão seguinte, um resumo das informações e dos relatórios que, de acordo com os artigos 19 e 22, lhe houverem sido transmitidos. 2. Os Estados-Membros remeterão às organizações representativas, reconhecidas como tais, para os fins mencionados no art. 3º, cópia das informações e dos relatórios transmitidos ao Diretor-Geral, de acordo com os arts. 19 e 22)

31 Constituição da OIT, art. 24 (Toda reclamação, dirigida à Repartição Internacional do Trabalho, por uma organização profissional de empregados ou de empregadores, e segundo a qual um dos Estados-Membros não tenha assegurado satisfatoriamente a execução de uma convenção a que o dito Estado haja aderido, poderá ser transmitida pelo Conselho de Administração ao Governo em questão e este poderá ser convidado a fazer, sobre a matéria, a declaração que julgar conveniente.)

32 Constituição da OIT, art. 25 (Se nenhuma declaração for enviada pelo Governo em questão, num prazo razoável, ou se a declaração recebida não parecer satisfatória ao Conselho de Administração, este último terá o direito de tornar pública a referida reclamação e, segundo o caso, a resposta dada.)

que tenha sido ratificada pelo Estado em questão. Em 2006, o Sindicato de Engenheiros do Distrito Federal patrocinou uma reclamação, nos termos do artigo 24 da Constituição da OIT, contra o Estado brasileiro por não ter consultado os povos indígenas sobre leis que os afetam de forma direta.³³ As reclamações são revisadas por Comissões Tripartites estabelecidas pelo Conselho de Governo da OIT, quem emitem observações aos Estados. As observações emitidas por estas Comissões a um Estado parte não tem caráter vinculativo, mas servem como textos subsidiários e interpretativos da normativa da OIT. Enquanto este artigo está sendo escrito, a OIT ainda analisa a reclamação apresentada pelo Sindicato de Engenheiros do Distrito Federal.

A ratificação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil

Ainda que apresentada pelo Executivo ao Congresso Nacional em 1991, a C169 só foi ratificada pelo Brasil em 2002.³⁴ Algumas das razões pelas quais o Congresso demorou tanto em aprovar o texto da C169 estiveram relacionadas com o uso do termo “propriedade” no artigo 14,³⁵ referente à proteção das terras indígenas e tribais. Alguns legisladores argumentavam que o termo “propriedade” contrariava o disposto na Constituição brasileira,³⁶ que reconhece aos indígenas a posse permanente de terras que são de propriedade da União.³⁷

33 Organización Internacional do Trabalho, Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), 2006, Doc. GB.295/17

34 A C169 foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20/6/2002, e entrou em vigor em junho 2003, como previsto em seu artigo 38, 2 (Esta Convenção entrará em vigor, para cada Estado-membro, doze meses após o registro de sua ratificação).

35 C169, art. 14 (1. Dever-se-ão reconhecer aos povos indígenas e tribais os direitos de propriedade e posse da terra que ocupem tradicionalmente. Além disso, nos devidos casos, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito desses povos de utilizar terras que não sejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais tradicionalmente tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dispensada especial atenção à situação de povos nômades e de agricultores itinerantes. 2. Os governos deverão adotar as medidas que se fizerem necessárias para demarcar as terras tradicionalmente ocupadas por esses povos e garantir a efetiva proteção de seus direitos de propriedade e posse. 3. Procedimentos adequados deverão ser instituídos, no âmbito do sistema jurídico nacional, para dar solução a reivindicações de terras por esses povos)

36 Keppi, J. A ratificação da Convenção Nº 169 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil, Rio Branco: COMIN, 2001.

37 Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 231, § 1o (São terras tradicionalmente ocupadas pelos Índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições)

Na realidade, o artigo 14 da OIT foi concebido de forma a garantir direitos territoriais equivalentes ao de propriedade em relação ao uso da terra,³⁸ devendo ser lido em conjunto com o artigo 34, que estabelece o princípio da flexibilidade na aplicação da Convenção, “levando em conta as condições peculiares a cada país.”³⁹

Outro fator que levou o Congresso Nacional a postergar a ratificação da C169 foi o fato da Convenção identificar, pela primeira vez no âmbito direito positivo internacional, os “povos” indígenas ou tribais em países independentes como sujeitos de direito. O reconhecimento de “povos” diferentes ao “povo brasileiro” levantou rumores no interior do Congresso respeito a uma possível desintegração do Estado, devido às conotações do termo “povo” com os direitos de autodeterminação.⁴⁰

Estes temores foram oriundos de uma leitura errônea da C169, que em seu próprio texto determina que “a utilização do termo “povos” ... não será interpretada como tendo implicação no que se refere a direitos que no direito internacional lhes possam ser conferidos.”⁴¹ Ou seja, ainda que o reconhecimento destes povos implica um grau de autonomia na forma de autodeterminação interna, a C169 não proporciona base para um direito a autodeterminação em forma de direitos de secessão.

A hierarquia da Convenção 169 no Brasil

A Constituição brasileira estabelece que os tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, equiparando-os à força de lei ordinária.⁴² Não obstante, a Constituição também determina que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem aqueles estabelecidos nos tratados inter-

³⁸ Graver, H. e Ulsfstein, G. The Sami People's Right to Land in Norway, *Int'l J. On Minority & Group Rts.*, n. 11, 2004, p. 353.

³⁹ C169, Art. 34 (A natureza e o alcance das medidas a ser adotadas para a vigência da presente Convenção deverão ser definidos com flexibilidade, levando em conta as condições peculiares de cada país)

⁴⁰ Keppi, 2001, pp. 8 -10.

⁴¹ C169, art. 1, 3.

⁴² Constituição Federativa do Brasil, 1988, art. 102, III, b (Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ... julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: ... declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal).

nacionais que o Brasil seja parte.⁴³ Ao interpretar ambos artigos, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos têm hierarquia superior a da lei ordinária, e que a tese outrora vigente na jurisprudência brasileira, de que os tratados de direitos humanos têm “legalidade ordinária”, quer dizer, hierarquia similar a de uma lei, já não é mais vigente.⁴⁴

No âmbito desta tendência que dá aos tratados de direitos humanos força superior a de uma lei ordinária, existem duas teses também defendidas dentro do STF, a da “supralegalidade” e a do “bloco constitucional.” Para os que defendem a tese da supralegalidade, “a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.”⁴⁵ Esta Emenda introduziu a chamada “cláusula de equivalência dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com as emendas constitucionais, desde que observado, em seu processo de aprovação, o rito procedimental de elaboração concernente à reforma da Constituição.”⁴⁶

De acordo com a tese da supralegalidade, os tratados ratificados pelo Brasil anteriores à Emenda e que não foram aprovados em dois turnos e por maioria de três quintos dos membros do Congresso, como a C169, não gozariam de hierarquia constitucional. Ainda assim, conforme o que defende o Ministro Gilmar Mendes:

43 *Id.*, art. 5º, § 2º (Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.)

44 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Voto-vogal do Ministro Gilmar Mendes em Recurso Extraordinário 466.343-1, Banco do Bradesco v. Vera Albuquerque, Estado de São Paulo, 2006, pp. 19 - 21. O anacronismo da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, mesmo antes da reforma constitucional levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 45/2004, está bem demonstrado em trechos da obra de Cançado Trindade, que cito a seguir: ... importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e a cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante 'pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado...

45 *Id.*, p. 10. A Emenda incorporou o atual § 3º ao art. 5º da Constituição brasileira (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais)

46 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Voto do Ministro Celso de Mello em Recurso de Habeas Corpus 87585-8, Estado de Tocantins 2008, p. 48.

Os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equiparar-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.⁴⁷

Na prática, de acordo com a tese da supralegalidade, em caso de conflito entre a norma constitucional e a norma internacional, o texto constitucional não é revogado, mas deixa “de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria.”⁴⁸

A segunda tese, aqui referida como a tese do “bloco constitucional”, entende que a Emenda Constitucional nº 45/2004 equipara a força hierárquica dos tratados de direitos internacionais ratificados pelo Brasil àquela da Constituição.⁴⁹ Esta tese foi defendida no STF pelo Ministro Celso Mello, quem afirmou que a normativa dos tratados que versam sobre direitos humanos e são ratificados pelo Brasil, passam a formar parte do “bloco de constitucionalidade.”⁵⁰ Como resultado deste processo, se amplia “o núcleo mínimo de direitos e garantias constitucionais consagrados, adicionando novos princípios que equivalem às próprias

47 Voto-vogal do Ministro Gilmar Mendes em Recurso Extraordinário 466.343-1, 2006, p. 21.

48 *Id.*, p. 28.

49 Piovesan, F. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, EOS, v. 2, n. 1, 2008, pp. 26, 27: Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos - por força do art. 5º, §§ 1º e 2º - apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa. No que se refere à incorporação automática, diversamente dos tratados tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos irradiam efeitos concomitantemente na ordem jurídica internacional e nacional, a partir do ato da ratificação. Não é necessária a produção de um ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática, segundo os termos do art. 5º, § 1º, que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

50 Lafer, C. A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição Racismo e Relações Internacionais, Manole, 2005, pp. 15-18, citado pelo Ministro Celso de Mello em Recurso de Habeas Corpus 87585-8, 2008, p. 26: Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.

normas constitucionais, como se nelas estivessem escritos, e, por outro lado, constituem o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade[.]”⁵¹

A tese do bloco constitucional atribui uma qualificação materialmente constitucional à normativa dos tratados de direitos humanos.⁵² Para o Ministro Mello, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da Emenda Constitucional nº45, como a C169, são recebidas pelo art. 5º, § 2 da Constituição, o qual “lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.”⁵³

À luz do direito internacional, seja qual for a tese assumida pelo STF (supra-legalidade ou bloco de constitucionalidade), o resultado da aplicação da lei deve respeitar o princípio da boa-fé na aplicação dos tratados internacionais conforme o artigo 26 da Convenção de Viena,⁵⁴ segundo o qual um Estado não pode argumentar sobre legislação interna de forma a elidir suas responsabilidades no âmbito do direito internacional. Pese a que o Brasil ainda não tenha ratificado a Convenção de Viena, o princípio da boa-fé faz parte dos princípios gerais dos organismos de direitos humanos, tal como a da OIT.⁵⁵

Os sujeitos da Convenção 169 da OIT

Como exposto anteriormente, o texto da C107 refletia a dicotomia entre mundo “civilizado” e mundo “não-civilizado” que foi estabelecido pela Liga das

⁵¹ Brasil, Tribunal Federal Regional da 4ª Região, Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leira em Agravo de Instrumento Nº 2008.04.00.01011605/PR, Incra v. Coop. Agrária Industrial, 02, abril, 2008, p. 4.

⁵² Ministro Celso de Mello em Recurso de Habeas Corpus 87585-8, 2008, p. 44: Como precedentemente salientei neste voto, e após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional. [grifos omitidos]

⁵³ *Id.*, p. 53.

⁵⁴ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969, art. 26 (*Pacta sunt servanda*). Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé).

⁵⁵ Ver Organização Internacional do Trabalho, Informe del Comité encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Obrera de Boliviana (COB), (enviado em 1998), Doc. GB.272/8/1, § 40.

Nações e mantido pela Carta das Nações Unidas. As sociedades cuja organização econômica e social diferisse do modelo de civilização européia eram classificadas de “atrasadas” e subordinadas ao modelo jurídico e econômico europeu. A OIT valeu-se de uma categorização social e econômica para identificar as populações as quais a C107 deveria ser aplicada. Quanto mais integrado, mais “adiantado.” Por isso a C107 não só era aplicada às “populações” indígenas e tribais, mas também às semitribais (aquelas que “embora prestes a perderem suas características tribais, não se acham ainda integrados na comunidade nacional”).⁵⁶

De acordo com a C107, populações “tribais” seriam aquelas que se encontravam em um “estagio menos adiantado” que o resto da sociedade nacional.⁵⁷ Quando estas populações tivessem passado por um processo de conquista ou colonização,⁵⁸ a C107 as classificava de “populações indígenas”. Assim, todas as populações indígenas eram tribais e “menos adiantadas”, mas nem toda população tribal era considerada indígena.⁵⁹ Apesar desta distinção, a C107 garantia os mesmos direitos a ambos grupos, o que indica, como afirma Daes, que a fonte dos direitos enunciados na C107 não era sua história de conquista e colonização, mas o fato de que aquelas populações fossem social e economicamente diferentes.⁶⁰

A C169 se aplica aos “povos” indígenas e/ou tribais em países independentes. Enquanto “populações” pode significar um aglomerado de indivíduos que não necessariamente possuem laços culturais entre si, o conceito de “povo”, nos termos da C169, indica um sentido de pertencer a uma sociedade específica e diferenciada. Povo, no âmbito da Convenção, indica que as comunidades sujeitas

⁵⁶ C107, art. 1º, numeral 2.

⁵⁷ *Id.*, art. 1, a (A presente Convenção se aplica: aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondam a um estagio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares ou por uma legislação especial...).

⁵⁸ *Id.*, art. 1º, b (A presente Convenção se aplica: ... aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes, que sejam considerados como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação a que pertencem).

⁵⁹ Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, Standard-Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People, Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of “indigenous people”, E/CN4/Sub.2/ACA/1996/2, 1996, par. 22.

⁶⁰ *Id.*, par. 21.

a sua aplicação possuem um certo grau de autodeterminação para decidir a forma de suas instituições políticas e seu desenvolvimento social, econômico e cultural.

A C169 manteve o critério da distinção cultural utilizado pela C107 para identificar os sujeitos de sua aplicação, mas eliminou qualquer tipo de alusão à idéia de que as culturas tribais e indígenas são inferiores ou menos adiantadas que o resto da sociedade. A C169 também acrescentou à definição de povos indígenas o fato de seus membros serem descendentes dos povos que habitavam o Estado na época “do estabelecimento de suas fronteiras atuais.”⁶¹ Assim como fazia a C107, a C169 também reconhece os mesmos direitos para ambos sujeitos.

De maneira similar à C107, a C169 oferece em seu artigo primeiro os critérios para identificação dos sujeitos a quem ela deve ser aplicada: a existência de condições sociais, culturais e econômicas diferentes de outros setores da sociedade nacional; a presença de uma organização social regida total ou parcialmente por regras e tradições próprias, e a autoidentificação. Uma importante inovação trazida pela C169 foi a de estabelecer o critério da autoidentificação como fundamental para identificar os sujeitos de sua aplicação.⁶² O critério objetivo para identificar os sujeitos de aplicação da C169 é a distinção social de um grupo com o resto da sociedade. O critério subjetivo é a autoidentificação, a opção do grupo de ser e permanecer distinto, o que para Daes decorre do exercício de autodeterminação.⁶³

Os sujeitos da Convenção 169 no Brasil

POVOS INDÍGENAS E QUILMBOLAS

Ainda que não utilize o conceito de “povos”, a Constituição brasileira de 1988 reconheceu direitos coletivos específicos tanto aos povos indígenas quan-

⁶¹ C169, art. 1o, b.

⁶² C169, art. 1º, § 2. (A auto-identificação como indígenas ou tribais deverá ser considerada como critério fundamental para definir os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção)

⁶³ Daes, 1996, par. 30.

to às comunidades afrobrasileiras descendentes dos quilombos⁶⁴ (comunidades quilombolas).⁶⁵

As populações indígenas já eram reconhecidas como sujeitos da C107 e, quando a C169 entrou em vigência, o Estado automaticamente passou a utilizar o conceito de “povos” para informar sobre sua situação à OIT, seguindo as novas orientações. O Estado, porém, nunca informou a OIT sobre a situação das comunidades quilombolas, ainda que os critérios da C169 tenham guiado a legislação infraconstitucional que regulam o status destas comunidades.

Pese a que o governo sequer mencionou a situação das comunidades quilombolas em seu relatório à OIT de 2008,⁶⁶ o Tribunal Regional da 4a Região, na voz da Relatora Desembargadora Luz Leira, entende que a C169 é “plenamente aplicável aos quilombolas, porque incluídos estes na disposição do art. 1.1. ‘à’ como ‘povos tribais’.”⁶⁷

AS COMUNIDADES TRADICIONAIS

Em 2007, o Estado brasileiro, por meio do Decreto nº 6.040,⁶⁸ outorgou status jurídico às “comunidades tradicionais”, quem são os:

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.⁶⁹

⁶⁴ Constituição do Brasil, 1988, art. 231; e arts. 67 e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

⁶⁵ De acordo com a legislação brasileira, as comunidades quilombolas são “os grupos étnicos raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotadas de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”. Brasil, Decreto No. 4.887, de 20 de novembro de 2003, art. 2.

⁶⁶ Brasil, Ministério do Trabalho e Emprego, Relatório Memória em virtude do Artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho - OIT em cumprimento às disposições da Convenção sobre populações indígenas e tribais, 1989 (nº 169), 2008.

⁶⁷ Brasil, Tribunal Federal Regional da 4a Região, Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leira em Agravo de Instrumento Nº 2008.04.00.01011605/PR, *Incrá v. Cooperativa Agrária Agroindustrial*, 2008, pp. 4, 5.

⁶⁸ Brasil, Decreto nº 6.040 que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, Publicado no DOU de 8.2.2007.

⁶⁹ *Id.*, art. 3.

Diferente dos critérios estabelecidos para identificar os povos indígenas e quilombolas, o Decreto 6.040 não exige que seu sujeito mantenha uma ocupação anterior à existência do Estado (como no caso dos povos indígenas), nem que tenha herdado uma história de resistência ao processo de escravidão (como no caso dos quilombolas). Tampouco são estas, exigências do artigo 1º da C169. A Convenção utiliza critérios econômicos e sociais, e não históricos para definir sua aplicação. Deve ser possível identificar os critérios objetivo e subjetivo estabelecidos pela C169: a distinção do grupo com o resto da sociedade, e a autoidentificação.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na voz da Desembargadora Selene Maria de Almeida, reconheceu a diferenciação social dos povos tradicionais, nos seguintes termos:

Os ribeirinhos são ... a população rural fluvial. É uma população com traços indígenas. Habitam em pequenas comunidades relativamente isoladas. A estrutura social de suas famílias se sobrepõe ao sistema formal de representação política. O principal meio de transporte são pequenas canoas de madeira. ... Essa população mestiça não é mais índio, mas também não se integra a sociedade nacional.⁷⁰

O entendimento, pelo Estado brasileiro, de que o grau de diferenciação social das denominadas “comunidades tradicionais” merecem legislação especial para proteger sua situação específica, configura a existência do critério objetivo do artigo 1 da OIT. Restaria saber se a situação destas comunidades configura, também, o critério subjetivo. Ou seja, se as comunidades tradicionais de autoidentificam como tribais no sentido do artigo 1,1 “a” da C169.⁷¹

⁷⁰ Brasil, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Decisão em Agravo de Instrumento Nº 2006.0100.017736-8/Pa, Ministério Público v. Ibama, 2006, fls. 22, 23.

⁷¹ A aplicação da C169 não é somente definida pelo Estado. As comunidades podem requerer a aplicação da Convenção à sua situação específica, pois caso contrário o critério da autoidentificação careceria de eficácia. As comunidades colombianas Curbaradó e Jiguamiandó solicitaram que a OIT recomende o governo da Colômbia os considere como sujeitos da C169. Ver Organização Internacional do Trabalho, CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Colombia (ratificación: 1991) Publicación: 2006, par. 4.

A consulta prévia

A C107 não obrigava os Estados a consultar suas políticas integracionistas com os povos indígenas, nem muito menos a obter seu consentimento frente às suas propostas. O texto da C107 meramente sugeria que os Estados procurassem obter a “colaboração” das populações afetadas na implementação de políticas orientadas a seu processo de assimilação.⁷² Posteriormente, enquanto discutia a Revisão Parcial da C107, a OIT reconheceu que parte dos problemas enfrentados pelos povos indígenas e tribais em todo o mundo se devia a sua exclusão do processo de toma de decisões sobre o modelo de seu desenvolvimento.⁷³ A OIT considerou que a garantia de participação dos povos indígenas e tribais no processo de desenvolvimento deveria ser o elemento central da C169, e estabeleceu o dever dos Estados de consultar os povos indígenas e tribais antes de decidir sobre medidas administrativas ou legislativas que os afetem. O mecanismo de consulta, segundo a OIT, é a “pedra de toque” da C169,⁷⁴ o que permite a criação de um espírito de diálogo nas relações entre os povos indígenas, tribais e os governos.

A CONSULTA PRÉVIA COMO POLÍTICA DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 169

É importante ter em conta que o texto da C169 é resultado do processo de Revisão Parcial da C107, cujo texto justificava a imposição, por parte dos Estados, de políticas orientadas à “melhoria das condições” das populações indígenas e tribais. Estas políticas eram decididas de forma unilateral pelos governos, e frequentemente estavam orientadas a integrar estas populações ao resto da sociedade nacional. Sem mencionar a participação dos povos afetados, o artigo 6 da C107 (sobre políticas gerais da Convenção) estabelecia que:

⁷² C107, art. 5 (Na aplicação das disposições da presente Convenção relativa à proteção e integração das populações interessadas, os governos deverão: a) procurar a colaboração dessas populações e de seus representantes).

⁷³ Jolidon, 2006, p. 22.

⁷⁴ Organização Internacional do Trabalho, Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Dinamarca del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Sindicatos de Groenlandia (Sulinermik Inuussutissarsiat qartut Kattuffiat SIK), Doc. GB.280/18/5, par. 43.

a melhoria das condições de vida e trabalho das populações interessadas e de seu padrão educacional terá alta prioridade nos programas gerais de desenvolvimento econômico das regiões por elas habitadas. Os projetos específicos de desenvolvimento econômico de tais regiões deverão ser igualmente elaborados de maneira a favorecer esta melhoria.

Enquanto procedia com a Revisão Parcial da C107, a OIT considerou que era necessário incluir o princípio da participação de forma a garantir o pleno cumprimento dos objetivos do artigo 6 da C107.⁷⁵ O artigo 6 da C169 passou, então, a determinar a política de participação dos povos indígenas e tribais na aplicação da Convenção, estabelecendo como política geral desta Convenção o dever dos Estados de:

consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, por meio de suas instituições representativas, sempre que se tenham em vista medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los diretamente.⁷⁶

Implementando o princípio de participação dos povos interessados na formulação de políticas orientadas a seu desenvolvimento, o parágrafo primeiro do artigo 7 da C169 protege o direitos dos povos indígenas e tribais de decidir suas prioridades no processo de desenvolvimento,⁷⁷ enquanto que o segundo parágrafo re-escreveu o artigo 6 da C107 nos seguintes termos:

⁷⁵ Organização Internacional do Trabalho, 1988, p. 36.

⁷⁶ Outros deveres do Estado na aplicação da C169 são definidos nos literais "b" e "c" do artigo 6 da Convenção (b) criar meios pelos de poderem esses povos participar livremente, pelo menos na mesma proporção que os demais segmentos da população, em todos os níveis de tomada de decisões em instituições eletivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis por políticas e programas que lhes digam respeito; c) criar condições para o pleno desenvolvimento de instituições e iniciativas desses povos e, quando for o caso, prover os recursos necessários para esse fim)

⁷⁷ C169, art. 7, 1 (Os povos indígenas e tribais deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que afete suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, execução e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional capazes de afetá-los diretamente.

A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação desses povos, deverá, *com sua participação e cooperação*, ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões que habitam. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões deverão também ser elaborados de forma a promover esta melhoria.⁷⁸

Assim, a OIT situou o princípio da participação como elementar à aplicação de todo o texto da Convenção. Conforme o disposto pela CPACR:

[A]s disposições sobre consulta e, em particular, o artigo 6, são as disposições medulares da Convenção sobre as quais repousa a aplicação das demais disposições. A consulta é o instrumento previsto pela Convenção para institucionalizar o diálogo, assegurar processos de desenvolvimento inclusivos e prevenir e resolver conflitos. A consulta, nos termos previsto pela Convenção, pretende harmonizar interesses, às vezes contrapostos, mediante procedimentos adequados.⁷⁹

Ainda que os princípios da consulta e participação fossem estabelecidos no âmbito da política geral de aplicação da Convenção, a OIT entendeu que era necessário reforçá-los naquelas medidas estatais que apresentam um alto risco para a integridade das terras e cultura dos povos indígenas e tribais. Depois de considerar a legislação doméstica em continentes diferentes, a OIT concluiu que em muitos países os povos indígenas possuíam algum grau de participação nos projetos executados em suas terras. Porém quando estes projetos envolviam a extração de recursos minerais, florestais ou instalações hidroelétricas, o resultado

⁷⁸ Grifo acrescentado.

⁷⁹ Organização Internacional do Trabalho, CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Guatemala (ratificación: 1996) Publicación: 2006, par. 6. (Traduzido pela Autora) Original no espanhol: *La Comisión nota que desde 1998 viene solicitando informaciones sobre los mecanismos de consulta establecidos de conformidad con el Convenio. Señala, a la atención del Gobierno, que las disposiciones sobre consulta y en particular el artículo 6, son las disposiciones medulares del Convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones. La consulta es el instrumento previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos. La consulta en los términos previstos por el Convenio intenta armonizar intereses a veces contrapuestos mediante procedimientos adecuados.*

era o deslocamento territorial forçado dos povos.⁸⁰ Por esta razão, a OIT incluiu o texto do artigo 15 na Convenção, relativo à consulta que deve existir antes de que os governos estatais empreendam ou autorizem qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas terras destes povos.⁸¹

Da mesma forma, por identificar o alto risco que programas de educação estabelecidos unilateralmente pelos Estados podem trazer às culturas que a C169 protege, e a necessidade de preservar a cultura dos povos interessados e assisti-los na recuperação e preservação de sua identidade,⁸² a OIT também reforçou o princípio da consulta prévia a elaboração e execução de políticas de educação. O artigo 22, § 3 ressalta a necessidade de um processo de consulta antes dos governos adotarem programas e meios especiais de formação destinados aos povos indígenas e tribais.⁸³ Mas ainda que os artigos 15 e 22 classifiquem tipos específicos de consulta, não devem ser interpretados restritivamente, de forma a limitar as situações que devem dar a lugar a consulta, mas sim ser lidos conjuntamente com os artigos 6 e 7 da C169.⁸⁴

80 Organização Internacional do Trabalho, 1988, p. 62: The foregoing examples reflect situations in which indigenous and tribal peoples have been allowed either to exercise some control over the process of participation of mineral and natural resource development, or to engage in negotiations over participation in benefits and profits. Even in these situations, however, there have been widespread complaints by the indigenous and tribal peoples concerned, with regard to the inadequacy of existing arrangements for their protection and participation. But in many parts of the world, particularly as regards forest-dwelling indigenous and tribal peoples, not even minimal guarantees in this field exists. As a result, the commencement of mineral, logging, hydroelectrical and other development schemes has often led to the displacement of these people from their traditional environment.

81 OIT, C169, art. 15, 2 (Em caso de pertencer ao Estado a propriedade de recursos minerais e de subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos existentes na terra, os governos, antes de empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras, deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar esses povos, para definir se e até que ponto seus interesses seriam prejudicados. Os povos interessados deverão participar, sempre que possível, dos benefícios que essas atividades produzirem, e ser equitativamente compensados por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades)

82 Organização Internacional do Trabalho, CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107) Pakistán (ratificación: 1960), Doc. 062007PAK107, 2007, par. 2: “La Comisión recuerda que, en virtud del artículo 2 del Convenio, el Gobierno tiene la principal responsabilidad en el desarrollo de acciones coordinadas y sistemáticas dirigidas a la protección de las poblaciones concernidas, incluidas las actuaciones de promoción de desarrollo social, económico y cultural de esas poblaciones y de elevación de su nivel de vida?”

83 OIT, C169, art. 22, 3 (Esses programas especiais de formação deverão ser baseados na situação econômica, nas condições sociais e culturais e nas necessidades concretas desses povos. Todo estudo nesse particular deverá ser realizado em cooperação com esses povos, que deverão ser consultados sobre a organização e o funcionamento desses programas. Quando possível, e se assim o quiserem, esses povos deverão assumir progressivamente a responsabilidade pela organização e funcionamento desses programas especiais de formação)

84 Organização Internacional do Trabalho, Informe del Comité encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Obrera de Boliviana (COB), Doc. 161998BOL169: Sin embargo, dado que estas acciones de saneamiento de las tierras solicitadas y las expropiaciones y concesiones para fines de explotación minera y petrolera pueden afectar directamente la viabilidad y los intereses de los pueblos indígenas

AS PARTES DE UM PROCESSO DE CONSULTA

Temos, então, que a consulta prevista pela C169 é um mecanismo que permite os povos indígenas participar no processo de desenvolvimento, situação que deve ser promovida pelo Estado nos termos do artigo 7º da Convenção. O artigo 6 identifica de maneira clara que as partes de um processo de consulta são os governos e os povos indígenas e tribais (ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão consultar os povos interessados). Este mesmo princípio orienta a leitura dos artigos 15 e 22, pois se o “espírito de diálogo” deve ser mantido entre governos e os povos interessados, o dever de consultar não pode ser transferido a terceiras partes. A CEACR clarificou que o dever de consultar é “uma obrigação a cargo do governo e não das pessoas ou empresas privadas.”⁸⁵

A consulta na Constituição brasileira

A Constituição brasileira determina que o aproveitamento dos recursos hídricos em terras indígenas, bem como a pesquisa e a lavra dos minérios naquelas terras, só pode realizar-se com a autorização do Congresso Nacional, nos termos do § 3º de seu artigo 231.⁸⁶ O Congresso Nacional, por sua vez, tem o dever (e a competência exclusiva)⁸⁷ de consultar as comunidades potencialmente afetadas antes de autorizar tais empreendimentos. Esta é a única oportunidade na qual

concernidos, el Comité desea recordar que el artículo 15 del Convenio debe leerse en concordancia con los artículos 6 y 7 del Convenio y por el hecho de la ratificación los gobiernos deben velar por que las comunidades indígenas interesadas sean consultadas oportuna y adecuadamente sobre el alcance y las implicaciones de las actividades de exploración y explotación, sea de actividades mineras, petroleras o forestales.

85 Organização Internacional do Trabalho, CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Bolivia (ratificación: 1991) Publicación: 2006, par. 7: “La Comisión reitera que la obligación de asegurar que las consultas tengan lugar de manera compatible con los requisitos establecidos en el Convenio, es una obligación a cargo de los Gobiernos y no de personas o empresas privadas.”

86 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 231, § 3º (O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei).

87 Brasil, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relatório da Desembargadora Selene Maria de Almeida em Agravo de Instrumento No. 2006.0100.017736-8/PA, Ministério Público Federal v. Ibama et. al., Estado de Pernambuco, 2006, fls. 6: “A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto da construção. É do Congresso Nacional a competência exclusiva para fazer a consulta, pois só ele tem o poder de autorizar a obra. O § 3º do artigo 231 da CF/88 condiciona a autorização à oitiva.”

a Constituição determina de maneira expressa o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas. Note-se que a Constituição não contém disposições sobre o dever do Estado de proceder com a consulta quando as terras afetadas são tribais, e não indígenas.

A jurisprudência brasileira já esclareceu que a consulta prevista pela Constituição deve acontecer antes de que seja decidida a execução de um projeto, devendo ser executada na área afetada pela medida proposta, e com o propósito de condicionar a decisão a ser tomada.⁸⁸ A CPACR, por sua vez, entende que o Estado deve estabelecer relações de diálogo com os povos interessados o mais cedo possível, inclusive na elaboração de estudos de impacto ambiental.⁸⁹

Ainda que a consulta prevista pelo § 3º do artigo 231 da Constituição esteja de acordo com o estabelecido pela OIT, a oitiva do Congresso não extingue o dever do Estado de consultar. Os povos indígenas têm o direito de participar em todos os níveis de tomada de decisões enquanto prevalecer a situação criada por decisões estatais,⁹⁰ tenham aqueles consentido ou não com a medida proposta. Da mesma forma que a falta de acordo entre governos e povos indígenas não tira legitimidade a um processo de consulta,⁹¹ tampouco

88 Brasil, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relatório da Desembargadora Selene Maria de Almeida em Agravo de Instrumento No. 2006.0100.017736-8/PA, Ministério Público Federal v. Ibama et. al., Estado de Pernambuco, 2006, fls. 25.

89 Organização Internacional do Trabalho, Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), Doc. GB.277/18/4, par. 38: "el artículo 6 requiere que la consulta sea previa, lo que implica que las comunidades afectadas participen lo antes posible en el proceso, incluso en la realización de estudios de impacto ambiental!"

90 *Id.*, par. 30, 39: "... [L]a obligación de consultar con los pueblos interesados no es aplicable sólo a la celebración de contratos sino que surge de manera general en el contexto de la aplicación de las disposiciones del Convenio (véase el artículo 6 del Convenio núm. 169). ... En la opinión del Comité, si bien el artículo 6 no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, sí se contempla que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente a todos los niveles en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente, a partir de la fecha en que el Convenio entró en vigor en el país. Además, los artículos 2, 1); 2, 2), b); 6; 7 y 15, 2) implican la obligación de desarrollar un proceso de consulta previa con los pueblos indígenas del país antes de tomar medidas susceptibles de afectarles directamente, tales como la firma de un contrato autorizando actividades relacionadas con la exploración o explotación de hidrocarburos en su territorio ancestral, o con la continuación de las actividades iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio. La obligación de consulta previa implica que se deberá consultar a los pueblos interesados antes de finalizar el estudio ambiental y el plan de gestión ambiental cuando estipula que el Gobierno deberá «establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras».

91 Organização Internacional do Trabalho, Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Mexico del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), Doc. GB.282/15/4, par. 89: En opinión del Comité, será apropiado el procedimiento

pode, este desacordo, obstaculizar a participação dos povos indígenas em futuras etapas do projeto.

Por outro lado, a participação dos povos na tomada de decisões por meio da consulta não deve ser restrita por nenhum impedimento ou discriminação tais como a titularidade da terra que ocupam ou o status de membro de um conselho comunal. O Estado não pode, por exemplo, abster-se de seu dever de consultar sob o argumento de que um projeto não está localizado em terras indígenas ou tribais, ou porque determinado povo ou comunidade carece de status legal.

Desafortunadamente, não foi este o entendimento do STF ao decidir eximir o Estado de seu dever de consultar os povos afetados pelo Complexo Juruena, tema apresentado a seguir.

O dever de consultar e proteger as terras e recursos naturais dos povos indígenas e tribais

Os direitos possessórios dos povos indígenas e tribais são exercidos de forma coletiva e incluem uma combinação de direitos possessórios, de usufruto e de administração.⁹² O artigo 14 da C169 afirma o dever dos Estados de reconhecer aos povos indígenas e tribais “os direitos de propriedade e posse da terra que ocupam tradicionalmente,” adotando medidas, quando for o caso, orientadas a garantir “o direito destes povos de utilizar terras que não sejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais tradicionalmente tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência.”⁹³

que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado. Es decir que la expresión «procedimientos apropiados» debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logre o que se obtenga el consentimiento.

92 Anaya, J. Indigenous Peoples' participatory right in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issue of what rights indigenous peoples have in land and resources, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 22, 2005, p. 9.

93 OIT, C169, art. 14 (1. Dever-se-ão reconhecer aos povos indígenas e tribais os direitos de propriedade e posse da terra que ocupam tradicionalmente. Além disso, nos devidos casos, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito desses povos de utilizar terras que não sejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais tradicionalmente tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dispensada especial atenção à situação de povos nômades e de agricultores itinerantes).

Com vistas a proteger integralmente a relação possessória que os povos indígenas e tribais exercem sobre seus territórios, o artigo 15 da Convenção estabelece que os Estados devem proteger de forma especial “o direito dos povos indígenas e tribais aos recursos naturais existentes em suas terras. Esses direitos abrangem o direito desses povos de participarem da utilização, administração e conservação desses recursos.”⁹⁴

A proteção oferecida pelo artigo 15 não se aplica somente àquelas terras sobre as quais os povos indígenas possuem a posse permanente ou exclusiva, mas “a totalidade do habitat das regiões que esses povos ocupam ou utilizam de alguma maneira.”⁹⁵

Quando os recursos que se encontram no subsolo das terras tradicionais são de propriedade do Estado, como no caso brasileiro, “os governos, antes de empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras, deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar esses povos, para definir se e até que ponto seus interesses seriam prejudicados.”⁹⁶

O CASO DO COMPLEXO JURUENA

“Complexo Juruena” é o nome pelo qual é conhecido o projeto que prevê a construção de uma série de pequenas centrais hidrelétricas (PCH)⁹⁷ entre as cabeceiras do rio Juruena e o rio Juína, no estado do Mato Grosso (MT), numa extensão de 287,05 km.⁹⁸ Em 2002, a Agência Nacional de Energia Elétrica autorizou

⁹⁴ *Id.*, art. 15, 1 (Gozará de especial proteção o direito dos povos indígenas e tribais aos recursos naturais existentes em suas terras. Esses direitos abrangem o direito desses povos de participarem da utilização, administração e conservação desses recursos).

⁹⁵ *Id.*, art. 13, 2 (A utilização do termo “terra” nos artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de habitat das regiões que esses povos ocupam ou utilizam de alguma forma).

⁹⁶ *Id.*, 15, 2.

⁹⁷ Como explica o Instituto Socioambiental: Segundo a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, cada PCH pode, individualmente, gerar até 30MW e ter um reservatório de no máximo 3 Km². Porém, num trecho de menos de 130 quilômetros do rio foram identificados 12 locais para a instalação de aproveitamentos hidrelétricos, sendo 2 usinas hidrelétricas (UHEs) e 10 pequenas centrais hidrelétricas (PCHs). Se todos fossem instalados, vários estariam a menos de 10 km de distância um do outro. Apesar do exagero no número de aproveitamentos previstos em 2002, a ANEEL autorizou a exploração de 11 aproveitamentos hidrelétricos nesse trecho, todos pelas mesmas empresas integrantes do Consórcio Juruena, que reúne a Maggi Energia S.A., Linear Participações e Incorporações e MCA Energia e Barragem. Fica claro que as usinas, mesmo que pequenas, sendo construídas de forma sucessiva, causarão grande impacto no local. Instituto Socioambiental. STF pode aprovar Complexo Hidrelétrico do Juruena sem consulta aos povos indígenas afetados, 25 de agosto de 2008, ISA: <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2733>

⁹⁸ Instituto Socioambiental, Enawene Nawe pedem moratória para novos licenciamentos de hidroelétricas em Mato Grosso, 28 de novembro de 2008, ISA: <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2788>

a exploração de 11 destas plantas hidroelétricas num trecho de menos de 130 km ao longo do rio; e a Secretaria Estadual de Meio Ambiente do MT emitiu Licença Prévia Ambiental e Licença de Instalação para oito destas plantas sem sequer contar com um Estudo de Impacto Ambiental.⁹⁹

Ao longo da Bacia do Alto Juruena existem onze terras indígenas¹⁰⁰ cuja população depende do ciclo hidrológico do Rio Juruena. Além disso, para pelo menos um destes povos, o Enawene Nawe, o Rio constitui um elemento central em sua percepção cosmológica.¹⁰¹ Pese a que o Diagnóstico Antropológico e de Patrimônio Arqueológico, Histórico e Cultural elaborado pelos empreendedores sinaliza a afetação direta e indireta do Complexo Juruena sobre os povos aldeãos ao projeto, nenhum destes povos foi consultado.¹⁰²

Após ter sido provocado pelo Ministério Público, o Tribunal Regional da 1ª Região, na voz da Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, decidiu liminarmente paralisar as obras que já haviam sido iniciadas até que fossem cumpridos os requisitos sociais e ambientais necessários. A Desembargadora Almeida também entendeu que “o complexo hidroelétrico do Juruena significará aproveitamento de recursos hídricos de domínio da União e que atravessam áreas de terras indígenas, fato esse que requer a autorização do Congresso Nacional *ex vi* do artigo 231, § 3º da Constituição Federal.”¹⁰³

Insatisfeito com a decisão, o estado do Mato Grosso interpôs um Recurso para suspensão da Decisão Liminar. Em junho de 2008, o Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, argumentou que em vista de que nenhuma das usinas será instalada ao interior de terra indígena, não há necessidade da autorização do Congresso Nacional, suspendendo a execução da liminar outorgada pela Desembargadora Almeida.¹⁰⁴

⁹⁹ Instituto Socioambiental, *Amicus Curiae* para a Ação de Suspensão de Liminar nº 246/AL, p. 9, ISA: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/juruenafinal.pdf>

¹⁰⁰ Enenawê-Nawê, Menku, Nambikwara, Pirineus de Souza, Tirecatanga, Juinhã, Paresi, Uirapuru, Utiariti, Erikbaktsa e Japuíra.

¹⁰¹ Instituto Socioambiental, *Amicus Curiae*, p. 10.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Instituto Socioambiental, *Amicus Curiae*, p. 3.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 5.

A construção das hidroelétricas está em andamento e os povos indígenas extremamente preocupados com os impactos que o Complexo pode trazer em suas vidas. Em outubro de 2008, representantes do povo Enawene Nawe se reuniram com o Procurador da República em Mato Grosso para discutir a proposta de uma moratória a novos projetos hidroelétricos até que seja realizada uma avaliação prévia dos impactos que o Complexo Juruena pode causar nas bacias do estado.¹⁰⁵

Também em outubro de 2008, o Instituto Socioambiental (ISA) ajuizou uma petição de *Amicus Curiae*¹⁰⁶ ao STF, “para que seja juntada ao processo que tenta impedir a continuidade das obras do Complexo Hidroelétrico do Juruena.”¹⁰⁷ Em seu documento o ISA conclui, *inter alia*, que:

Se há impactos direitos sobre território indígena, ... (i) o licenciamento ambiental deve ser conduzido pelo órgão federal de meio ambiente (Ibama), (ii) deve haver um processo de consulta prévia com os povos indígenas afetados, tal como estipulado na Convenção 169 da OIT, e (iii) deve haver aprovação do Congresso Nacional[.]¹⁰⁸

O STF ainda não voltou a manifestar-se sobre o assunto, mas na jurisprudência da OIT já está claro que a consulta não deve ser limitada aos projetos que estão localizados dentro de terras indígenas ou tribais, mas sim deve ter lugar cada vez que um projeto possa afetar a forma pela qual os povos utilizam suas terras, recursos, ou que incida sobre seu processo autônomo de desenvolvimento.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Instituto Socioambiental, 28 de novembro de 2008.

¹⁰⁶ Instituto Socioambiental, *Amicus Curiae*, p. 2.

¹⁰⁷ Instituto Socioambiental, 28 de novembro de 2008

¹⁰⁸ Instituto Socioambiental, *Amicus Curiae*, p. 11, § 2.

¹⁰⁹ Organização Internacional do Trabalho, CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Guatemala (ratificación: 1996), Doc. 062007GTM169, 2007, par. 5: ... la Comisión recuerda que el Convenio no cubre solamente las áreas ocupadas por los pueblos indígenas, sino cubre «el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas... y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera» (artículo 7 párrafo 1). En consecuencia, la existencia de un proyecto de exploración o de explotación de proximidad inmediata a las tierras ocupadas o utilizadas de alguna manera por los pueblos indígenas, o, que afecte directamente los intereses de dichos pueblos, caería dentro del alcance del Convenio.

Os artigos 1 e 6 apresentam dois requisitos *prima facie* que devem ser observados ao determinar o dever ou não de um Estado realizar a consulta. O artigo 1 identifica o sujeito de aplicação da Convenção, e o artigo 6 especifica as circunstâncias quais requerem um processo de consulta. Quando coexistirem os requisitos de ambos artigos, então a obrigação de consultar está configurada. A C169 não indica que os projetos a ser consultados são aqueles que estão ao interior de terras demarcadas. Em base ao princípio estabelecido pelo artigo 3 da C169, segundo o qual “os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação”, os Estados não podem restringir o processo de consulta ao estabelecer um requisito que não é requerido pela Convenção.

O dever de oferecer condições propícias de diálogo e a questão do consentimento (a forma e a substância da consulta)

A CPARC caracteriza a consulta como um “processo”, conceito que abarca continuidade no tempo. Consulta é, então, um processo que permite o intercâmbio genuíno entre os governos e os povos potencialmente afetados e que deve durar o tempo necessário para que exista, pelo menos, a possibilidade das partes alcançarem um acordo sobre a medida proposta.¹¹⁰ Ou seja, o processo de consulta não pode resumir-se numa mera formalidade, mas oferecer oportunidades reais para que os povos influenciem seu resultado.¹¹¹ De acordo com a CPACR, o artigo 6 da Convenção estabelece que um processo de consulta deve gerar:

as condições propicias para poder chegar a um acordo ou lograr o consentimiento sobre as medidas propostas, independentemente do resultado al-

110 *Id.*, pars. 92, 94: ...En opinión del Comité, sin cuestionar la legitimidad del proceso legislativo, el corto tiempo que se otorgó el Congreso para decidir sobre las reformas, limitó las posibilidades de obtener un consenso... El Comité observa que las audiencias se realizaron una sola vez con cada sector, persona u organización y que no se trató de un proceso en el cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas pudieran, además de ser oídas, instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos.

111 Organização Internacional do Trabalho, CEACR: Observación individual sobre el Convenio núm. 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Noruega (ratificación: 1990) Publicación: 2004, Doc. 062004NOR169, par. 15.

cançado. Quer dizer que a expressão “procedimentos apropriados” deve ser entendida com referência à finalidade da consulta, que é chegar a um acordo ou lograr o consentimento. Não é necessário, claro está, que um acordo logre ou obtenha o consentimento.¹¹²

Por outro lado, em 2003, o Relator Especial da ONU disse que o consentimento livre, prévio e informado dos povos afetados por grandes projetos de desenvolvimento é condição essencial à execução dos mesmos.¹¹³ Finalmente, em 2007, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao decidir o Caso do Povo Saramaka no Suriname, entendeu que o Estado tem a obrigação de obter o consentimento dos povos afetados antes de autorizar a execução de um projeto de desenvolvimento ou inversão que possa afetar de forma substancial os direitos territoriais do povo Saramaka.¹¹⁴

Ao contrário do que possa parecer a primeira vista, não existe contradição entre a legislação da OIT e os pronunciamentos do Relator Especial e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Consulta é um procedimento administrativo generalizado que tem por finalidade o diálogo entre os governos e os povos. Enquanto procedimento administrativo, a consulta “prefere a negociação em vez de tomada de decisões unilaterais, e concebe o dever [de consultar] como restritivo ao poder discricionário do Estado.”¹¹⁵ Neste sentido, o resultado de um procedimento de consulta pode até ser indicador de seu êxito, mas não de sua legitimidade.

112 Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), Doc. 162004MEX169B, par. 89.

113 Nações Unidas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión, Doc. E/CNA/2003/90, 2003, par. 66.

114 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Povo Saramaka vs. Suriname. Sentença, 28 de novembro de 2007, par. 137. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.

115 Potes, V. *Taking Duties Seriously? The State Obligations to Consult and to Accommodate Indigenous Peoples' Rights* (Tese de Mestrado). Calgary: University of Calgary, 2007, p. 146.

Porém o processo de consulta também possui um caráter substantivo e, como tal, deve restringir o poder discricionário do Estado, quem deve incorporar de forma substantiva as manifestações dos povos consultados e, quando for o caso, obter o consentimento dos povos consultados como condição à aplicação da medida proposta.¹¹⁶ Ou seja, o processo de consulta não requer o consentimento como condição à sua legitimidade, mas quando um projeto afeta direitos territoriais de forma substancial, então o consentimento faz-se necessário; não para prestar legitimidade ao processo de consulta, mas sim para legitimar a medida a ser tomada pelo governo.

Quando um projeto afeta direitos territoriais dos povos indígenas, ainda que não interfira diretamente em sua posse, a falta de consentimento gera ao Estado o ônus de justificar o projeto, garantindo que os povos afetados participem de seus benefícios, e tomando medidas destinadas a mitigar seus efeitos negativos.¹¹⁷

A consulta prévia a tomada de decisões legislativas

Os governos têm o dever de consultar os povos sobre a matéria a ser legislada antes da vigência do ato legislativo, conceito que, segundo a CPACR, inclui as reformas constitucionais.¹¹⁸ Quando a matéria a ser legislada não afeta exclusivamente aos povos indígenas ou tribais, mas toda sociedade em igual medida, a Convenção dispõe o dever dos governos de garantir a participação dos povos, “pelo menos na mesma proporção que os demais segmentos da população.”¹¹⁹

Certo é que a C169 não identifica de forma detalhada o alcance da consulta a ser executada cada vez que seja prevista uma medida administrativa ou legislativa. Tampouco seria adequado seu texto detalhar um procedimento de

116 *Ibid.*

117 Anaya, 2005, p. 17.

118 Organización Internacional do Trabajo, Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Mexico del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), Doc. GB.282/15/4, par. 83.

119 OIT, C169, art. 6º, 1, b.

consulta, tendo em vista o princípio da flexibilidade na aplicação das medidas da Convenção previsto pelo seu artigo 34.¹²⁰ Contudo, o princípio da boa-fé na aplicação dos tratados internacionais requer que, no mínimo, os Estados demonstrem a vontade de consultar os povos potencialmente afetados por suas medidas antes de tomar decisões.

O Congresso Nacional brasileiro tramita mais de 70 projetos de lei ou de emenda constitucional que afetam os direitos dos povos indígenas ou tribais,¹²¹ mas como se expõe nos exemplos que seguem, os povos não foram consultados de forma adequada sobre nenhum deles.

A LEGISLAÇÃO QUILOMBOLA

Além de seguir tramitando a aprovação de normas sem consultar os povos afetados, o Estado já colocou em vigência leis que afetam comunidades indígenas e quilombolas sem a execução prévia de um processo de consulta. Exemplos disto são o Decreto nº 4.887 de 2003,¹²² que regula os procedimentos para a titulação dos territórios quilombolas,¹²³ ou a Portaria nº 98 de 2007,¹²⁴ que estabelece o sistema de registro e inscrição das comunidades quilombolas nos arquivos do Estado.

Em abril de 2008, a Advocacia Geral da União promoveu, em Luziânia (GO), uma reunião com cerca de 300 membros de diferentes comunidades quilombolas para apresentar a minuta da Instrução Normativa do Incra¹²⁵ que regula o procedimento de titulação dos territórios quilombolas. Sobre esta reunião, os povos quilombolas manifestaram à OIT que:

120 OIT, C169, art. 34 (A natureza e o alcance das medidas a ser adotadas para a vigência da presente Convenção deverão ser definidos com flexibilidade, levando em conta as condições peculiares de cada país)

121 Raul Silva Telles do Valle. Câmara Federal discute reforma da legislação indigenista, Instituto SocioAmbiental, 29/11/2006, ISA:<https://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2379>

122 Brasil, Decreto 4.887, DOU de 21/11/2003.

123 O grupo de trabalho criado pelo governo federal era formado apenas por membros do governo. A Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras (Conaq) foi convidada a participar de algumas reuniões, mas recusou em protesto contra a falta de participação de representantes das comunidades desde o começo do processo de revisão da norma.

124 Brasil, Portaria nº 98 da Fundação Cultural Palmares de 26 de novembro de 2007.

125 Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

Não foram garantidas as condições para que os quilombolas se inteirassem do conteúdo da nova norma;

A deliberação ocorreu apressadamente, e sob pressão, no mesmo evento em que a minuta foi apresentada aos interessados;

O Estado brasileiro não demonstrou disposição em acordar uma proposta comum, restringindo o debate unicamente a sua minuta, sem dar oportunidade para alterações mais relevantes.¹²⁶

A Instrução Normativa do Incra já está em vigor e a OIT já foi informada sobre esta violação ao artigo 6 da C169 por meio do Relatório Alternativo, patrocinado pela CUT e entregue à OIT em 2008.

O ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS

O Projeto Legislativo nº 2.057 (Estatuto dos Povos Indígenas) tramita no Congresso desde 1991, mas sua discussão esteve paralisada desde 1994, tendo sido recentemente retomado pelo Congresso. O Estatuto visa regular as disposições constitucionais sobre a relação do Estado com os povos indígenas, substituindo a Lei 6.001 de 1973 (Estatuto do Índio) cujo teor integracionista não concorda mais com a Constituição. Em 2003 a CPACR recomendou ao Brasil:

que tenha em conta, durante o processo de discussão do [Estatuto dos Povos Indígenas], a recente ratificação da Convenção núm. 169 e, em particular, seu artigo 6, segundo o qual os governos deverão consultar aos povos interessados, mediante procedimentos apropriados e em particular através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.¹²⁷

¹²⁶ Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas, *et. al.*, Comunicação sobre o Cumprimento pelo Estado Brasileiro da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da OIT, agosto 2008, p. 5 e 6.

¹²⁷ Organização Internacional do Trabalho, CEACR: Observación individual sobre el Convenio núm. 107, Poblaciones indígenas y tribales, 1957 Brasil (ratificación: 1965) Publicación: 2003, par. 2. (traduzido pela autora) Original no espanhol: *que tenga en cuenta, durante el proceso de*

Ainda que o Estatuto do Índio não tenha sido consultado nos termos da C169, diversas organizações indígenas já manifestaram seu entendimento de que toda matéria relativa ao exercício de seus direitos deva ser regulamentada integralmente por este instrumento.¹²⁸ Não obstante, diferentes congressistas seguem apresentando propostas legislativas para que temas que afetam diretamente o interesse dos povos indígenas sejam regulados de forma isolada. Um exemplo disso é a exploração de minérios em terras indígenas.

O PROJETO DE LEI SOBRE MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS

Em 1995 o Senador Romero Jucá (PMDB) apresentou ao Senado um Projeto de Legislação sobre a exploração de recursos minerais em terras indígenas. Aprovado naquela casa em 1996, o projeto foi encaminhado para a Câmara de Deputados, onde nos dias de hoje vem sendo discutido.¹²⁹ Sujeito a diferentes emendas e propostas substitutas (incluída uma proposta substitutiva enviada pelo Ministério de Justiça), o Projeto de Legislação vai determinar as condições sob as quais o Estado vai permitir a exploração dos recursos do subsolo em terras indígenas.

Em que pese as diversas manifestações sobre problemas ambientais, sociais e legais que a legislação poderia trazer, a proposta não contou com a participação indígena em nenhuma das fases de sua elaboração. A Comissão Especial Sobre Exploração de Recursos Minerais em Terras Indígenas, criada na Câmara de Deputados, realizou audiências públicas entre abril e junho de 2008, em Brasília, para apresentar o texto do Projeto Legislativo. As audiências contaram com a participação de especialistas em temas de mineração e alguns representantes indígenas, quem advertiram que, dada a importância do tema a ser legislado,

discusión del mismo, la reciente ratificación del Convenio núm. 169 y, en particular, su artículo 6, según el cual los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

128 APOINME, CIR, COIAB e Instituto Warã. Comunicação ao Comitê de Especialistas na Aplicação das Convenções e Recomendações da OIT sobre o cumprimento da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, 2008, p. 7.

129 Brasil, Câmara de Deputados, Projeto de Lei Nº 1610 de 1996 que dispõe sobre a exploração e o aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas, de que tratam os arts. 176, parágrafo primeiro, e 231, parágrafo terceiro, da Constituição Federal.

era necessário que a Comissão executasse um processo de consulta com representantes indígenas de todo o país, o que não foi atendido.

Após a Comissão Especial apresentar o relatório final do Projeto de Legislação, a Deputada Perpetua Almeida requereu à Comissão Especial que realizara a consulta aos povos indígenas nos termos do artigo 6 da Convenção 169.¹³⁰ O Presidente da Comissão negou o requerimento, declarando-o como intempestivo “uma vez que considerava concluída a fase de instrução da matéria.”¹³¹

É indiscutível que, em caso de ser aprovado, o texto do Projeto de Legislação sobre mineração em terras indígenas afetaria de forma direta os povos indígenas, seus territórios e recursos naturais, e comprometendo a sua sobrevivência física e cultural. É fundamental que o Estado permita, por meio da consulta, que os povos indígenas participem de sua discussão e possam influenciar seu resultado de forma efetiva, nos moldes da C169.

Notas finais

Este artigo deixou de fora algumas decisões judiciais que incidem na implementação do dever da consulta no Brasil. Exemplo disto é o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Alberto Menezes de Direito, do dia 10 de dezembro de 2008, que estabeleceu 18 condições ao exercício dos direitos territoriais dos povos da Terra Raposa Serra do Sol.¹³² De acordo com o Ministro Direito, empreendimentos tais como a instalação de bases militares, a atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, e a exploração de alternativas energéticas, podem ser implementados independentemente da consulta a comunidades indígenas afetadas. Não obstante, até o término deste artigo o STF

130 Brasil, Câmara de Deputados, Requerimento nº 37/08 apresentado no dia 10 de junho pela Deputada Perpétua Almeida para a realização da consulta nos termos da Convenção 169 da OIT, 10 de julho de 2008.

131 Brasil, Câmara de Deputados, Ata da 17ª Reunião Ordinária, 1º de julho de 2008.

132 Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ministro Menezes Direito estabelece condições para índios viverem na Raposa Serra do Sol, STF, 10/12/2008, <http://www.stfjus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100568>

ainda não havia se pronunciado de forma definitiva sobre a Raposa Serra do Sol, nem tampouco disponibilizado a íntegra do voto do Ministro Direito. Por estas razões, o voto do Ministro Direito, apesar de contraditório às disposições da C169, não foi incluído aqui.

A C169 foi o resultado de uma revisão de políticas internacionais para o tratamento dos povos indígenas e tribais em países independentes. A C169 pretende promover uma política baseada no diálogo e na negociação de governos e povos com o fim de garantir a efetiva participação destes povos nas políticas que afetam seu desenvolvimento. De acordo com a OIT, a consulta é um dos instrumentos que conduzem a este fim.

Quando comunidades indígenas e tribais recorrem aos tribunais domésticos ou internacionais para reivindicar seus direitos coletivos, sabem que têm um longo percurso pela frente. As comunidades são obrigadas a investir uma considerável quantidade de confiança no Estado e em suas instituições. Há de se ver se a resposta oferecida pelos Estados seguirá despossuindo comunidades, ignorando direitos ancestrais e integrando-as forçosamente a um tipo de desenvolvimento alheio à sua visão, ou se, finalmente, as regras do Estado de Direito valerão para todos os habitantes do Brasil. Este é o desafio.

Palestras e debate

MESA1: Aplicação da Convenção 169 da OIT no Brasil

Moderadora

Biviany Rojas Garzón, Instituto Socioambiental (ISA)

Palestras e palestrantes

“Aplicação de normas internacionais no Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos”

Roberto de Figueiredo Caldas, juiz *ad hoc* da Corte Interamericana de Direitos Humanos

“A Convenção 169 da OIT, seu conteúdo e alcance”

Christian Ramos Veloz, especialista principal Normas Internacionais do Trabalho, escritório OIT no Brasil (OIT)

“A importância da Convenção 169 da OIT na garantia dos direitos dos povos indígenas e tribais”

Deborah Macedo Dupra de Brito Pereira, subprocuradora geral da República, coordenadora da Sexta Câmara de Coordenação e Revisão (6ª Câmara MPF)

Abertura

LUCIA ANDRADE (CPI-SP)

O momento é bastante oportuno para esse seminário, uma vez que esse ano o governo brasileiro apresentou o seu relatório sobre a aplicação da Convenção 169, que será examinado pela Comissão de Peritos da OIT ainda nesse ano. Paralelamente, as organizações indígenas e as organizações quilombolas apresentaram o seu parecer, denunciando o descumprimento da Convenção. Nesse seminário, teremos a oportunidade de conhecer tais apresentações, essas várias visões.

Creio que o momento é oportuno também porque em abril de 2008, pela primeira vez, o governo realizou uma consulta prévia, em atendimento à Con-

venção 169, iniciativa que ficou conhecida como “Consulta aos Quilombolas” A adequação e a legitimidade dessa consulta está sendo duramente questionada pelos quilombolas.

No seminário teremos a oportunidade de refletir sobre os parâmetros adequados para uma consulta como essa. Nesse sentido, a contribuição dos companheiros e companheiras de outros países que têm a discussão sobre o tema já mais amadurecida, sem dúvida será muito útil para pensarmos o que é realmente uma consulta livre, prévia e informada. Eu tenho uma expectativa muito boa de que nesses dois dias possamos aprofundar a nossa discussão.

RAUL SILVA TELLES DO VALLE (ISA)

A nossa idéia, do ISA e da Comissão Pró Índio de São Paulo, ao promover esse seminário, era exatamente trazer pessoas que, por sua experiência profissional ou pessoal, já se defrontaram ou vêm se defrontando com a implementação da Convenção 169 da OIT. Nós sabemos que no Brasil essa Convenção ainda é uma ilustre desconhecida para grande parte das pessoas, dos operadores de Direito, das autoridades públicas. Porém, em outros países ela já é uma realidade, já é um instrumento que vem sendo aplicado, e já há experiências concretas, de sucessos, de insucessos, lições aprendidas. Nossa idéia é exatamente trazer essas pessoas que já trabalharam com a Convenção, que já trabalharam com seus Estados nacionais na implementação dessa regra internacional, e que possam passar para nós um pouco das lições aprendidas para que nós, aqui no Brasil, possamos aproveitar uma experiência já existente em países com realidades muito parecidas com a nossa, para que possamos evitar os erros que já aconteceram e potencializar os sucessos também já ocorridos. Temos aqui, portanto, gente que veio da Guatemala, do Equador, do Peru, da Colômbia, gente de várias partes do país, de Minas Gerais, de São Paulo, da Bahia, do Pará, de Roraima, cada um com sua experiência, cada um com seu modo de ver a vida. Acredito que será um seminário bastante enriquecedor, então eu convido para participar da primeira mesa a Biviany Rojas Garzón, que será a moderadora, ao Dr. Roberto Caldas, ao Dr. Christian Ramos e à Dra. Deborah Duprat.

BIVIANY ROJAS GARZÓN (ISA)

Antes de passar a palavra para nossos palestrantes, eu gostaria de falar brevemente das razões que nos levaram a pensar na preparação de uma primeira mesa sobre as normas internacionais no Brasil, e sua aplicação. Dentro do ISA a equipe de advogados, que o tempo todo trabalha em Brasília com políticas públicas sobre povos indígenas e quilombolas, percebe uma resistência dos operadores jurídicos e de funcionários públicos na aplicação das normas internacionais e especificamente da Convenção 169, em razão de um desconhecimento da obrigatoriedade destas normas internacionais, de seus conteúdos e alcances. Por essa razão, achamos pertinente falar nesse seminário sobre o papel das normas internacionais no sistema jurídico brasileiro, sua obrigatoriedade e seus mecanismos de defesa judicial. Nosso desafio é fazer que essas normas, que hoje aparecem como retórica internacional, sejam realidade no Brasil. Para debater este assunto convidamos ao Dr. Roberto Caldas, juiz *ad hoc* da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que vai falar um pouco sobre o papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na implementação das normas internacionais ratificadas pelo Brasil, como a Convenção 169. Também convidamos a Dra. Deborah Duprat, que é Subprocuradora Geral da República e Coordenadora da Sexta Câmara e o especialista em normas internacionais do escritório regional da Organização Internacional do Trabalho em Brasília, o Dr. Christian Ramos Veloz. Assim passo a palavra para o Dr. Roberto Caldas.

Aplicação de normas internacionais no Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

ROBERTO CALDAS (Juiz *ad hoc* CIDH)

O tema que me foi definido é um tema geral, um tema de abertura, que se refere à aplicação das normas internacionais no Brasil à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Faremos a abordagem inicial e depois falaremos especialmente das dificuldades de implementação das normas, no caso brasileiro e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em primeiro lugar, estamos aqui hoje falando de Direitos Humanos, especialmente do Direito Indígena.

Em breve síntese, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no pós-guerra, passamos a ter um marco de caráter universal. É muito importante observar que a adesão dos estados-membros às declarações, convenções e tratados internacionais é sempre espontânea. Então, essa adesão espontânea à Declaração Universal desde o pós-guerra claramente se traduz em uma espécie de abertura ou de flexibilidade da soberania dos estados nacionais. Trata-se de um concerto entre países soberanos para se delegar aos organismos internacionais, às Nações Unidas, exatamente aquilo que é mais caro ao ser humano, que é a proteção dos direitos fundamentais.

Tivemos na Segunda Guerra uma triste experiência de genocídio, que levou a repensar a autonomia dos estados nacionais. Então, a partir do final da década de 1940, nós tivemos a inclusão da temática Direitos Humanos nas constituições de vários países, e nesse sentido os indivíduos e as comunidades passaram a exigir uma maior proteção do estado. Por outro lado, a inclusão dos Direitos Humanos no Direito Internacional, ou o melhor delineamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, redundou em que estes mesmos indivíduos e comunidades passaram a contar com a proteção contra a ação ou omissão do Estado nacional, criando-se inclusive esferas decisórias no âmbito internacional, seja aí no âmbito universal, que exemplificamos com a Organização das Nações Unidas (ONU) e dentro deste sistema particularmente aqui tratamos do caso da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A OIT, aliás, como um organismo fundamental, um dos propulsores e o precursor da normatização dos Direitos Humanos no plano universal.

No âmbito regional, nós temos os sistemas de Direitos Humanos interamericano, europeu e africano. Principalmente esses três, porque são os mais organizados hoje. Deter-nos-emos, então, no caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao qual estamos vinculados.

Já falamos que o Direito Internacional Público, e frisamos mais uma vez, repousa no consentimento, na concordância, na espontaneidade de aceitação pelos Estados nacionais dos tratados, dos diplomas internacionais, inclusive na própria discussão, confecção e redação destes grandes acordos. Portanto, daí a necessidade de que esses Estados sigam efetivamente o que ratificaram, tudo em homenagem ao princípio da autodeterminação, segundo o qual os Estados somente se subordinam

ao direito que livremente reconhecem ou constroem, que faz uma interação com outro princípio nuclear, o da soberania. Não é que aqui se esteja abrindo mão da soberania, mas os Estados são tão ou mais soberanos na medida em que reconhecem os Direitos Humanos como fundamentais. Ao delegar às instituições internacionais a proteção aos Direitos Humanos esta soberania é ainda mais afirmada e reforçada.

As fontes dos Direitos Internacionais, do Internacional Público especialmente, têm um marco importante no Estatuto da Corte de Haia, de 1920. As fontes são essencialmente os tratados e os costumes internacionais. Aqui para o caso indígena é muito mais importante, porque estes costumes, em razão de uma ótica, como diria Boaventura de Souza Santos, de uma cultura hegemônica, não estão normatizados. Em outras palavras, a maioria dos direitos indígenas não está plasmada em normas, em leis, mas os seus costumes são fontes independentes de direito e que podem ser exigidos no plano internacional. Esse, penso, no caso indígena é um ponto de destaque.

Os princípios gerais de direito também são fontes de Direito Internacional e Direitos Humanos; também o são as decisões judiciais, a doutrina e a equidade, ou seja, a igualdade entre todos os povos e indivíduos.

O Direito dos Tratados tem uma origem bastante remota, de milênios até, em que dois Estados, ou antes mesmo do surgimento do Estado, dos reinados e feudos, faziam acordos bilaterais, e aí já se surgia o embrião do Direito Internacional. Mais recentemente, as inovações do século XIX com os tratados multilaterais e o envolvimento de órgãos estatais que não necessariamente o soberano ou o chefe de Estado.

No século XX surgiram as organizações internacionais. Importantíssima e uma das primeiras é a própria OIT. Depois surgiu a codificação em tratados como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, quando as pessoas passam a ser sujeitas de Direito Internacional, podendo pleitear inclusive em nome próprio individualmente.

Um inicial problema em relação à Convenção de Viena, de 1969, para o Brasil é que ele ainda não a ratificou perante o Congresso Nacional. Desde 1992 a questão tramita no Legislativo e, em suma, até hoje nós ainda não a ratificamos. Também a França e os Estados Unidos não ratificaram. Contudo, isto não quer dizer que os

tratados não sejam exigíveis no plano internacional. Vamos ver a seguir que no âmbito nacional, no caso brasileiro, temos um dispositivo constitucional que permite concluir sobre o máximo valor que se deve dar às normas internacionais, em igualdade (ou quase, para alguns) de aplicação em relação às normas constitucionais.

Bem, de modo geral o Brasil tem sido reconhecido, no plano internacional, como defensor dos Direitos Humanos. É um dos artífices e signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Evidentemente que em todos os países e particularmente no Brasil, que sofre de um grande mal que é a grande disparidade de renda e oportunidades entre os indivíduos, temos aqui, a um só tempo, um país que reconhece os Direitos Humanos, mas que é também largamente detrator destes mesmos direitos.

Mas é importante verificar que a Constituição de 1988, que neste ano comemorou os seus vinte anos, trouxe inovações bastante enriquecedoras, garantias aos direitos sociais e individuais. No próprio preâmbulo da Constituição, antes do primeiro artigo, há a expressa referência à efetividade que se deve garantir aos direitos sociais e individuais. Já no artigo primeiro também, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um fundamento da República. Esse princípio da dignidade da pessoa humana permeia a Constituição e todo o sistema internacional de Direitos Humanos. É digno de destaque também o artigo quarto, inciso segundo, que se refere às relações internacionais e garante que o Brasil fará prevalecer os Direitos Humanos nas relações internacionais.

É interessante ver o marco em que se constituiu a vintenária Constituição brasileira. Antes dela, apenas três diplomas internacionais de Direitos Humanos, propriamente ditos, foram ratificados: a Convenção para a Prevenção e Punição aos Crimes de Genocídio, em 1952; aí depois, já em regime de exceção do regime militar, entre 1964 e 1985, vem a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, em 1968; e somente no final do regime autoritário é que se tem de novo uma ratificação, em 1984, com a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Com o advento da Constituição de 1988 tivemos, aí sim, uma série de tratados e convenções sendo ratificados ano a ano. Destacamos apenas alguns do nosso âmbito: o Pacto Internacional para os Direitos Civis e Políticos, em 1992; o Pacto

Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também em 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou o Pacto de San José da Costa Rica, também em 1992; já adiante, em 1996, a Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; mais recentemente o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Eu não vou indicar todos os da OIT, para enfatizar apenas este, naturalmente, que nos interessa no momento, que é a Convenção 169, somente ratificada em 2004. Mais recentemente, referente à causa indígena, embora ainda não se fale em ratificação, foi no ano passado, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de setembro de 2007, a grande novidade como marco regulatório do Direito Indígena.

Bem, em suma, para concluir esta parte, o Brasil já ratificou pelo menos alguns dos mais importantes, ou os mais importantes tratados referentes a Direitos Humanos. No âmbito interamericano, na maior parte dos países, essa realidade ocorreu de forma similar, numa espécie de simetria e harmonia do caminhar e desenvolvimento das Nações latino-americanas e do Caribe. Tivemos em vários momentos os regimes militares vigendo e posteriormente a redemocratização também mais ou menos em uma mesma época.

No caso brasileiro, tivemos um tardio reconhecimento do Sistema Interamericano, como também foi mais tardia a ratificação de convenções internacionais, e mais tardio em relação aos nossos vizinhos, especialmente do Cone Sul, o reconhecimento da competência jurisdicional contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Completaremos apenas dez anos de aceitação da competência jurisdicional da Corte, ou seja, foi em 1998, já no limiar do novo século, do novo milênio.

Para se ter idéia, o Brasil utilizou apenas, até este momento, por cinco vezes a via da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É verdade que a Comissão foi mais usada, mas com casos que se entendeu ser desnecessário chegar até a Corte. Para se ter notícia, são três os casos brasileiros julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, um em 2002, outro em 2004 e outro mais recentemente, em 2005.

Agora proximamente, a iniciar nesse ano e no próximo, serão julgados mais dois casos perante a Corte, sendo o primeiro o caso Arley Escher e outros, que foi um caso de interceptação telefônica, que é algo muito comum aos nossos países e

a sua respectiva divulgação ilícita por órgãos do Estado. Este caso terá audiências no dia 3 de dezembro, quando estaremos comemorando os dez anos da competência jurisdicional da Corte. Será uma audiência a ser realizada excepcionalmente na Cidade do México. E o segundo caso, é o chamado Sétimo Garibaldi, que trata de omissão na investigação e punição de assassinos de trabalhadores rurais sem-terra, ocorrido, como o anterior, no estado do Paraná.

É bom notar que nenhuma questão indígena brasileira até hoje foi julgada pela Corte Interamericana e no âmbito da Comissão Interamericana apenas dois casos efetivamente chegaram a um final, que se referem aos índios Yanomami. Um conflito referente a demarcação de terra e outro referente à chacina de dezesseis índios por garimpeiros da região.

Eu destaco outro caso de povos indígenas, embora ele não esteja aos cuidados do Sistema Interamericano, em que o Instituto Socioambiental (ISA) tem tido um papel fundamental no esclarecimento, no acompanhamento da dinâmica do processo que é o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que começou a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, interrompeu-se e se anuncia que deve ter continuidade no próximo mês de dezembro. Neste caso se discute também a demarcação da terra indígena e conflitos têm ocorrido. Pode-se prever que a depender do resultado, este caso acabará indo à Comissão Interamericana e talvez posteriormente até a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e porque não também à OIT, em razão de alguns dispositivos da Convenção 169 terem sido também tocados, feridos.

No Brasil, gostaríamos de destacar um fato bastante relevante para o direito interno, para o direito brasileiro, que foi uma emenda constitucional promulgada em 2004, a Emenda nº 45, que editou o parágrafo 3º do artigo 5º, que diz expressamente: “os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos serão equivalentes às emendas à Constituição”, ou seja, antes no Brasil havia um grande debate, que ainda não cessou, sobre a estatura jurídica das normas internacionais, dos tratados internacionais. Há decisões no Supremo Tribunal Federal entendendo que os tratados têm a mesma estatura de uma norma legal e que, portanto, no conflito entre essas normas prevaleceria até o direito interno, a lei nacional.

Este marco que representa a Emenda 45 é extremamente importante porque gera um salto de qualidade para os dois tipos de tratados: (a) os tratados internacionais passam a ter uma estatura supra legal, com mais força que a lei interna e (b) os tratados referentes a Direitos Humanos passam a ter a mesma estatura de norma constitucional. Isso, para o Direito dos Povos, é absolutamente fundamental e precisa ser conhecido, apropriado, utilizado, tanto na jurisdição interna como para reclamar, se for o caso, perante os organismos internacionais. Aqui já houve esse reconhecimento de que já falei, o reconhecimento explícito da natureza materialmente constitucional dos tratados de Direito Humanos.

Vou passar rapidamente, porque nos interessam, aos fatores que dificultam a aplicação das normas internacionais no Brasil. Em primeiro lugar, era aquela realidade que antes da Emenda 45 tínhamos, ou seja, as decisões dos tribunais e a doutrina de Direitos Humanos e Direito Internacional ainda bastante tímida, em relação à qual precisamos avançar muito. Aqui uma breve e expressa referência ao Poder Judiciário brasileiro, que ainda não está familiarizado com as normas internacionais, o que ocorre também em vários países. Mas, uma observação necessária: alguns dos nossos vizinhos têm avançado muito mais que nós, por exemplo, a Argentina e o Chile que têm aplicado melhor os tratados internacionais, fazendo constar nas decisões nacionais sempre também o Direito Internacional.

Outro aspecto que dificulta a aplicação de normas internacionais no Brasil são as espécies de sanções no sistema internacional. Nem sempre há uma sanção expressa, sendo muitas das vezes um constrangimento internacional a principal sanção. Porém há outros, como a Corte Interamericana, em que de fato há uma sanção real, inclusive de caráter financeiro, de aplicabilidade mais eficaz.

O quarto ponto é que a ratificação dos tratados internacionais muitas vezes parece atender muito mais a uma imagem dos países no exterior que à efetiva vontade política de cumprimento desses tratados. Parece presente aqui o chamado complexo de subdesenvolvimento a que alguns doutrinadores se referem, que leva a manter as comunidades alheias ao conhecimento dos seus direitos básicos.

Outro ponto é que a imprensa em geral trata com preconceito os Direitos Humanos. Dizem que Direitos Humanos deveriam ser apenas para aqueles indivíduos

alvos da insegurança; e se diz que Direitos Humanos servem apenas para defender bandidos. Esta é uma espécie de palavra de ordem presente em vários países. A existência de poucos especialistas em Direito Internacional e o preconceito também em relação a eles. Agora pronuncio uma frase que conhecemos bem, inclusive no próprio Judiciário, que “Direitos Humanos são coisa de comunista”.

Tivemos um grande período autoritário, entre 1964 e 1985, que abafou a militância pelos Direitos Humanos; a falta de formação educacional; o não comprometimento integral do Estado; a ausência de programas de divulgação dos Direitos Humanos para todos; a universalização que deveria haver, mas há juristas que defendem que os Direitos Humanos devem ser relativizados.

Finalmente, a indivisibilidade dos Direitos Humanos é algo a se destacar e deve ser frisado: os Direitos Sociais têm a mesma estatura jurídica que qualquer outra espécie de Direitos Humanos.

O tempo já se esgotou, mas eu gostaria apenas de ler um breve texto, a título de conclusão: “em época como a presente, em que os Estados autocomplacentes tendem a descuidar da prevalência dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, importa se afirmem e contraiam novos compromissos nessa área, em benefício dos Direitos Humanos”. É muito importante que as comunidades tomem para si este dever fundamental que é fazer valer os direitos que os diplomas internacionais já garantem. Esse é um trecho do juiz Antonio Augusto Cançado Trindade, que para nossa felicidade, para felicidade dos defensores de Direitos Humanos, foi eleito no dia 6 deste mês juiz da Corte Internacional de Justiça, a Corte da Haia. De fato é uma notícia muito importante, que nos cobre de esperança na evolução dos Direitos Humanos, porque ele é um humanista, um defensor desde sempre da universalização, da indivisibilidade e dos Direitos Sociais, que nos traz certeza de que algo está mudando para melhor e precisa continuar evoluindo.

Podemos dizer que alguns fatos políticos da semana passada, como as eleições no nosso continente, nessa iluminada semana primeira de novembro, que apontou nos Estados Unidos para uma condução que nos parece melhor para o Direito dos Povos, com Barak Obama, e essa eleição na Corte da Haia. É importante frisar, o juiz Cançado Trindade foi, em toda a história da Corte da Haia, aquele juiz que obteve a maior

votação. Isto significa que as comunidades de defesa de Direitos Humanos obtiveram uma grande vitória na acumulação, na campanha que fizeram mundo afora para garantir essa vitória, que é não apenas do povo brasileiro, mas de todos os povos que certamente ali encontraremos um defensor à altura dos Direitos Humanos. Há um longo caminho a ser trilhado, os Direitos Humanos se realizam no dia a dia, mas os fatos mais recentes nos trazem a certeza que nós finalmente chegamos à era dos Direitos Sociais, à era das comunidades, do ser humano. É importante que se tome essa palavra de ordem nas próprias mãos para fazer valer, nos âmbitos nacionais e internacionais, os Direitos dos Povos, particularmente os Direitos dos Povos Indígenas.

Muito obrigado.

A Convenção 169 da OIT, seu conteúdo e alcance

CHRISTIAN RAMOS VELOZ (OIT)

A Convenção 169 tem 35 artigos, por isso eu não vou entrar artigo por artigo, por ser muito tedioso. Assim vou tentar ressaltar alguns pontos que acho de interesse da platéia e também para incitar as perguntas depois de minha apresentação.

A primeira pergunta que se faz, quando se fala representando a OIT é: como que a Organização Internacional do Trabalho trata do tema indígena? E é uma pergunta que sempre nos leva a uma breve explicação: a Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919, muito antes que a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, naquela época havia a Sociedade das Nações, e tinha uma Comissão que se chamava Comissão Permanente de Mandatos, que dava certos mandatos específicos, temáticos a certas organizações ou países. E a OIT foi encarregada em 1921 de fazer um levantamento, um estudo sobre a situação de trabalho e de vida das chamadas populações nativas, em países em vias de descolonização ou em colonização. Desse estudo nasce em 1926 já uma Comissão Permanente. Então vemos que o tema indígena para a OIT não é uma questão de ontem, nem que hoje está mais presente, é presente desde a própria origem da Organização.

Em 1926 se fez a Comissão Permanente de Peritos, que fornece informação ao governo da OIT de como tratar esses trabalhadores indígenas ou nativos nos países em colonização. O resultado das investigações dessa Comissão foi que essas

condições eram tão opressivas e desrespeitosas aos direitos humanos fundamentais, que dá lugar à Primeira Convenção de Direitos Humanos da OIT, que ainda, lamentavelmente, hoje em dia tem muita vigência, a Convenção nº 29 sobre trabalho forçado. Então, a questão do trabalho forçado – aqui no Brasil se usa um termo que não gosto de utilizar, que é trabalho escravo– tem muito a ver com as pesquisas iniciais sobre os trabalhadores indígenas ou nativos.

Continua essa evolução e na primeira reunião regional americana em 1936, em Santiago do Chile, o tema fundamental foi o problema das populações indígenas - estou falando “populações” porque esse termo muda com a adoção da Convenção 169, então não é um lapso de minha parte.

Mas nós estamos falando de quê? Outra pergunta que fazem: mas vocês falam de indígenas, de povos indígenas na América Latina, o que é isso, quantos somos? O último levantamento da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), de 2006, indica que na América Latina existem entre 40 e 50 milhões de povos indígenas, que representam de 8 a 10% da população total da América Latina. Ali estão divididos entre 671 povos indígenas reconhecidos pelos Estados. Existem alguns povos que não são reconhecidos pelos Estados, exemplos sobram por aí. Mais da metade desses 671 povos indígenas vive em assentamentos, em lugares de florestas tropicais. São 400 grupos lingüísticos e 200 povos em situação transfronteiriça, o que quer dizer isso? São povos que não são de um país nem de outro. Encontramos muito isso na América Central, e os colegas da Guatemala podem testemunhar isso, entre Honduras e Nicarágua, entre Panamá e Costa Rica., Aqui os Yanomâmi entre a Venezuela e o Brasil e por aí vai, entre Colômbia e Peru, especificamente povos não contatados ainda.

Então vamos situar três etapas na evolução do direito dos povos indígenas. A primeira refere-se à colonização espanhola e portuguesa, situação em que os povos indígenas eram considerados bárbaros e entes sem alma. Eram um objeto. Não existia direito específico de proteção a essas populações, que eram majoritárias no continente latino-americano. Isso evolui muito lentamente, a rainha Isabel da Espanha disse “sim, eles têm alma”, o debate era se tinham alma ou não tinham alma, no caso do meu país, a República Dominicana, a “solução” encontrada por um padre foi “vamos

deixar os indígenas em paz”, claro eles quase já não existiam, “e vamos importar outros seres que também não têm alma”, aí começa a escravidão africana, aquele crime que ainda não foi restituído, em minha opinião, de nenhuma maneira. E se traz escravos ao Caribe, em cinquenta anos no Caribe inteiro as populações indígenas deixam de existir, você não tem indígenas nem em Cuba, mesmo que eles digam que tem alguns que descobriram ultimamente, não vou questionar isso. Mas em a Espanhola, que hoje é Haiti, República Dominicana, Jamaica e Porto Rico desapareceram.

Temos a segunda etapa, já muito mais recente que diz “sim, nós reconhecemos os direitos indígenas, são direitos fundamentais, mas nós queremos integrar nossos países, nós não vamos ter populações diferenciadas no âmbito nacional”. Isso ocorreu nos anos 40 e 50 e se adota na OIT a Convenção nº 107. Não sei se algum de vocês conhece a antecessora da 169, simplesmente desde o preâmbulo, essa Convenção 107 indicava que a função das normas que os Estados podiam adotar, era integrar essas populações ao que seria a sociedade nacional predominante.

Continua a evolução e a terceira etapa é quando finalmente, graças à ação dos movimentos indígenas organizados de uma maneira muito mais integrada, se estabelece que os Estados deveriam reconhecer que esses povos são permanentes e que tem direito a continuar existindo dentro da sociedade nacional.

Qual é o enfoque da OIT afinal? O enfoque é o seguinte: nós temos algumas convenções internacionais do trabalho que tratam ou promovem a igualdade de tratamento para setores da população que se encontram em certa desigualdade. Nós falamos e vou me permitir citar de novo, o número de indígenas existentes hoje em dia na América Latina, no entanto, quando se medem os índices de pobreza os povos indígenas se encontram entre os excluídos dos excluídos. Todos os índices, em todos os países que têm, populações indígenas são os mais baixos dos mais baixos. Vou citar quatro exemplos para ilustrar meu ponto. Na Bolívia, 80% da população indígena está abaixo da linha de pobreza das Nações Unidas, é um grande setor da população, 80% da população indígena abaixo da linha de pobreza, em comparação com só 40% daqueles não-indígenas; o acesso à água potável é de 49% para pessoas de fala indígena e de 80% para os não-indígenas, acesso a um bem fundamental para a existência. Na Guatemala 87% dos pobres são indí-

genas e 24% vivem na extrema pobreza, o que quer dizer extrema pobreza? Menos de um dólar por dia. No Equador, mais de 80% da população indígena rural vive em situação de pobreza. Nos Estados Unidos, que não ratificou a Convenção 169, os indígenas norte-americanos em conjunto têm menor esperança de vida e as taxas mais altas de pobreza que a média dos cidadãos dos Estados Unidos.

Então, estamos falando de uma Convenção Internacional do Trabalho que prescreve que esses povos devam continuar existindo da maneira que eles escolherem, e a sociedade nacional deve reconhecer certos direitos para propiciar que essa existência seja mais ou menos em pé de igualdade com a sociedade nacional. A primeira de todas essas é o reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas. A sociedade “ocidental”, que seria o resto da sociedade, se baseia em uma organização social baseada no individualismo, na propriedade privada individual, no reconhecimento dos direitos individuais, no direito de cada indivíduo de permanecer individualmente protegido.

O reconhecimento desse direito coletivo começa com o reconhecimento da terra, um indígena que participou da redação da Convenção 169 explicou para os não-indígenas na sala, que estavam redigindo aquela convenção que a terra seria o coração do corpo coletivo da comunidade, sem a qual ele não poderia existir como ser vivo. Vocês sabem que a cosmovisão indígena vê a terra totalmente diferente de como nós não-indígenas vemos, nós vemos como possessão, e as grandes controvérsias de terra são sobre a possessão da terra.

Continuando com a questão da Convenção 169, ela se subdivide em três estruturas principais. Uma é a política geral, dentro da política geral eu gostaria de sublinhar o artigo primeiro, um artigo interessante e diferenciado de qualquer outra Convenção Internacional do Trabalho. Por quê? Ele indica quem é indígena e quem não é, mas não define quem é e quem não é, indica, dá certas pautas. De duas maneiras, uma de forma objetiva indica que aqueles povos que se encontravam no território antes da colonização, e de uma maneira subjetiva: quem se considera indígena e quem não.

É sumamente importante, porque temos o tema aqui no Brasil sobre as populações quilombolas, agora o debate que eu ouço é: os povos quilombolas estão

dentro da Convenção 169, ou não? Temos um exemplo importantíssimo quando Honduras ratifica a Convenção 169, indica para surpresa da OIT, que se aplicava não só a povos indígenas tradicionais, delimitados ali e reconhecidos pelos censos, mas também aos povos Garifunas. Os povos Garifunas são descendentes de escravos, que permaneceram e se uniram com povos indígenas, têm uma cultura própria, têm leis próprias, têm territórios, têm um sistema de valores espirituais próprio, e o governo decidiu que eles eram parte da Convenção 169.

Por outro lado, o artigo primeiro, tem a definição dos povos tribais, você sabem que o primeiro país que ratifica a Convenção 169 é a Noruega, e o primeiro país latino-americano é o México. Mas nós temos ratificações de países que não têm populações indígenas, por exemplo, a Holanda ratifica a Convenção 169, para quê? Para guiar a sua cooperação internacional. No entanto, existem outros países que têm muita vontade de ratificar, mas têm certas reservas. Faz anos, por exemplo, que a Áustria quer ratificar a Convenção 169, a Suíça quer ratificar a Convenção 169. Eles têm um problema com os chamados povos itinerantes, como eles chamam o povo Room, popularmente conhecidos como ciganos. Eles acham que se ratificarem a Convenção com base nas questões tribais eles terão que reconhecer direitos a um povo que é itinerante, e na realidade o artigo 15 da Convenção 169 fala de povos itinerantes realmente, é a linguagem que utiliza, que deveriam ter reconhecidos certos direitos.

No caso quilombola, para dar uma resposta, um pouco arriscada porque ainda será analisada pela Comissão de Peritos, eu não vejo nenhum tipo de impedimento em que sejam reconhecidos os direitos desses povos pelas características que têm. E o governo, se não tiver nenhum tipo de oposição, poderia simplesmente, como quando der uma resposta, incluí-los na resposta e já reconhecer tacitamente que os considera protegidos pela Convenção 169 ou de uma maneira expressa, como uma declaração do governo “reconhecemos que a Convenção 169 se aplica também aos povos quilombolas”, seriam duas maneiras.

A terceira pergunta mais importante, desde que a Convenção 169 foi ratificada, é a questão da consulta e da participação. Todas as queixas apresentadas à OIT desde 1991, quando a Convenção entrou em vigência, referem-se de uma maneira

ou outra a consulta e participação. Eu gostaria de sugerir a esta honorável assistência que quando vocês lerem a Convenção 169 não comecem a ler artigo por artigo, totalmente desconectados uns dos outros, por favor, tomem o artigo 4o, inciso 2o, artigo 6o e artigo 7o, e com base nesses três artigos vocês vão ver a Convenção 169 de um prisma totalmente diferente e muito mais completo, muito mais integrado.

A consulta tem vários problemas. Já participei na Colômbia de seminários com as mineradoras, povos indígenas e Ministério do Interior, é uma situação de guerra. Na Bolívia, no Peru, no Equador, pensam que a consulta prevista no artigo 6o é um direito de veto, e não é. Nenhum segmento de nenhuma população, de nenhum povo, de nenhum Estado tem direito de veto aos planos de desenvolvimento. Mas a obrigação do Estado com base na Convenção 169 é consultar, primeiro, de boa-fé. Segundo a consulta deve ser prévia à tomada de decisões. E terceiro, que seja um consulta entendível, não é mera informação, é uma consulta.; Não é uma negociação e uma co-decisão deve ter claramente o objetivo de chegar a um acordo com os povos indígenas afetados. Então, a Convenção estabelece a consulta obrigatória, senão houver a consulta é uma violação clara a essa Convenção internacional, ratificada voluntariamente por um estado soberano.

A consulta se faz necessária quando se vai realizar prospecção ou exploração de recursos naturais em terras indígenas, a consulta é totalmente obrigatória, e tem que cumprir os requisitos mencionados. Também, em virtude dos artigos 13, 14 e 15, quando se prevê a transferência de povos indígenas de suas terras para outro lugar, é totalmente obrigatória e o ideal seria que não se chegasse a essa transferência. E ainda quando se fazem planos educacionais para os povos indígenas. Existem outros pontos também de consulta, mas esses são os fundamentais.

Nós falamos aqui da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, recentemente adotada. A declaração demorou quase vinte anos para ser adotada e rediscute temas que já foram resolvidos pelas grandes discussões da Convenção 169. Diferente da declaração, a Convenção 169 teve a participação da sociedade civil, é verdade que na OIT só participam trabalhadores e empregadores, mas participaram treze organizações não-governamentais dentro da bancada dos trabalhadores, e a opinião dessas treze organizações foi altamente tomada em

conta, inclusive por várias delegações que incluíram no grupo trabalhador integrantes destas ONGs. Além do mais, a Convenção 169 trabalha com cinco organizações do sistema das Nações Unidas, que também estiveram presentes, que são a OMS, a FAO, a Unesco, o Instituto Indigenista Interamericano e a OIT, então não é uma Convenção só da OIT, é uma Convenção que fala de desenvolvimento, além de garantir direitos básicos, mínimos e fundamentais.

A Declaração discutiu por quase vinte anos se os povos indígenas deveriam ser chamados de povos, porque eles falavam no direito de autodeterminação. E eu já ouvi “a OIT, a Convenção 169 limita o direito de autodeterminação dos povos indígenas”, de maneira nenhuma. O que diz a Convenção 169 é que nós como OIT não entramos no mérito de uma questão que pertence ao âmbito interno dos Estados, com base no direito internacional. A Declaração de Direitos Indígenas da ONU fala que os povos indígenas têm direito à autodeterminação, vocês conhecem esse artigo, mas ninguém leu ou muitos não leram, o artigo 46 que diz exatamente o que diz o OIT. E segundo, o que diz a OIT na sua Constituição, essas convenções internacionais do trabalho são direitos mínimos, básicos, os Estados que dão mais direitos não se contradizem, um Estado que ratifica a Convenção 169 não pode dar menos direitos.

Quais são as diferenças básicas? Quando se adotou a Convenção 169 não se falava dos direitos coletivos relacionados à biodiversidade, o bioconhecimento, não se tocava no tema, a Declaração fala. Uma declaração é um instrumento político, é um compromisso político dos Estados, já a Convenção 169 da OIT é lei nacional nos Estados que a ratificaram de maneira voluntária e soberana. Aqui o Dr. Caldas falou de uma instância maravilhosa, que é a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois você apresenta uma queixa ante a OIT e você vai ter quem sabe uma sanção moral, já a Corte pode dar uma sanção pecuniária ao final, para ser muito simples, claro e breve.

Agora, se vocês me dizem “olha, meu país não ratificou a Convenção 169, tenho populações indígenas aqui que estão em situação muito grave”, todos os países ratificaram uma Convenção fundamental da OIT, a Convenção 111 sobre não discriminação, que também poderia ser utilizada em muitos casos.

Terminando, a situação dos povos indígenas hoje em dia, com a crise econômica que, em minha opinião, ainda não tocou fundo, acho que ela foi maquiada pela eleição a que se referiu o meu colega, e eles serão ainda mais e mais afetados. É dever das organizações indígenas saber, conhecer esses instrumentos de defesa dos seus direitos fundamentais. E eu lembro uma coisa, mesmo se a OIT só impõe sanções “morais”, cada dia mais as decisões dos órgãos de controle, como a Comissão de Peritos – e aqui temos a honra de compartilhar o auditório com o Dr. Lélío, que fez parte da Comissão de Peritos Independentes – são tomadas em conta para as negociações bi e multilaterais. As principais organizações de financiamento para projetos de desenvolvimento, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Banco Mundial, têm políticas indigenistas baseadas na Convenção 169. Então, estes instrumentos de queixas, eu não os analisaria unilateralmente, eu trataria de vê-los de uma forma global para defesa dos interesses coletivos dos povos indígenas.

A importância da Convenção 169 da OIT na garantia dos direitos dos povos indígenas e tribais

DEBORAH DUPRAT (6ª Câmara, Ministério Público Federal)

Queria saudar a iniciativa do ISA e da Comissão Pró-Índio, nós estávamos precisando realmente discutir a Convenção 169 da OIT que, como foi fartamente dito, é uma Convenção da maior importância para povos indígenas, populações quilombolas, populações ribeirinhas, populações extrativistas, e aí eu vou dizer por que entendo que essas populações estão também sob o abrigo da Convenção 169.

Eu gostaria de ressaltar o que me parece ser a filosofia da Convenção 169, ou pelo menos a leitura que nós operadores do direito no Brasil devemos ter a respeito desta. A primeira coisa que a Convenção 169 reconhece é que sociedades nacionais são plurais, significa que elas têm no seu interior uma pluralidade de povos com direito a viverem as vidas como eles próprios entendem que devam viver. Então, a autodeterminação nada mais é do que devolver a esses povos o domínio das suas próprias vidas. Essa é a primeira nota que temos que extrair da Convenção 169. É coerente com essa posição de que ninguém mais está obrigado a se integrar a uma sociedade – que se diz de grande formato, mas que na verdade é uma sociedade he-

gemônica – é que vem o princípio e a norma da Convenção 169 da auto-atribuição. Os povos e comunidades têm direito a viverem as suas próprias vidas, e quem são esses povos e comunidades? São aqueles que coletivamente assim o afirmam.

Eu falo coletivamente, nunca gosto de perder a visão individual, mas provisoriamente vamos ficar no coletivo. Isso é importante, e aqui eu já faço uma observação a respeito de uma fala do Christian, que diz que há uma definição objetiva do que sejam povos tribais, e eu acho que não há, não há distinção. Na Convenção 169 seja para os povos tribais, seja para os povos indígenas, o que vale como critério fundamental para definir quem são é o critério da auto-atribuição. Até porque se o princípio, se a filosofia da Convenção 169 é de pluralismo na sociedade nacional, seria um absurdo que um grupo, ainda que fosse um grupo brasileiro assumisse o domínio das definições de quem quer que seja. Isso acontece em sociedade hegemônica, não em sociedade plural. Numa sociedade hegemônica um grupo tem o domínio das definições, na sociedade plural não. Isso é muito importante para nós termos uma aplicação conseqüente da Convenção 169, senão não avançamos, se nós entendermos que quem define é o estado nós vamos mal, e perdemos o que há de fundamental na Convenção 169.

O Brasil, em termos da aplicação dessa filosofia da Convenção 169 vai muito bem, pois tem uma Constituição extremamente detalhista, primeiro em relação aos povos indígenas, e que deixa muito claro esse domínio de suas próprias vidas em todos os aspectos. Depois a Constituição tem uma seção relativa à cultura, que também traz essa marca da autodeterminação dos vários grupos formadores da sociedade nacional. Tem um dispositivo relativo às comunidades remanescentes de quilombos, reconhecendo, tal qual fez em relação aos índios, que território e identidade são dois termos indissociáveis para essas comunidades, pelo menos para índios e quilombolas. E depois disso, recentemente há o Decreto 6.040, que trata dos povos e comunidades tradicionais, que também reconhece uma gama enorme de diferenças, reconhece o direito à autodeterminação desses povos, ou seja, também ao domínio de suas próprias vidas. Reconhece que há também pretensões territoriais legítimas, que não significam necessariamente posse ou propriedade, mas no caso dos ciganos, por exemplo, o direito de passagem; no caso das quebradeiras de babaçu, o direito de ingresso em propriedades privadas para coleta do coco.

Eu acho que o que pega é a questão da consulta. Mas, por que eu falo da consulta? Recentemente, eu recebi o relator da ONU para povos indígenas, e aí ele me fez a pergunta, ele não queria saber nada a respeito da legislação brasileira, de como estava na jurisprudência, enfim, o judiciário. Ele queria saber quantas vezes os povos indígenas foram consultados a respeito de políticas que lhes afetam diretamente. Aí, num primeiro momento eu fiquei me lembrando dos empreendimentos, no rio Tibagi teve um simulacro de consulta, fiquei lembrando de um caso ou outro, sempre ligado a obras, empreendimentos, aí me dei conta e falei: na verdade, as consultas que eu tenho lembrança, elas todas decorrem da Constituição, que são aquelas consultas sobre os empreendimentos, que mandam ouvir o Congresso. Em termos de Convenção 169 eu na verdade não me lembro de absolutamente nada.

E eu me lembro que eu falei: o que temos mais próximo disso, de submeter uma política pública ao controle social dos povos indígenas é a questão da saúde, mas mesmo assim tal consulta deve ser vista com extrema cautela, por quê? Estamos na quarta Conferência Nacional de Saúde Indígena, e em todas elas, ou pelo menos algumas delas, acho que na primeira ainda não havia esse subsistema da lei, mas em pelo menos duas ou três delas foi dito expressamente pelos povos indígenas que o modelo legal nunca tinha sido implementado e que a saúde só poderia ser tocada com eficiência se houvesse autonomia dos Distritos Sanitários Especiais em Indígenas, os DISEIs. Bom, depois de doze anos, nós ainda estamos procurando a autonomia dos Distritos Sanitários, ou seja, a Conferência, possivelmente, nessa perspectiva de consultar os povos sobre como realizar melhor as políticas públicas não é levada a sério. Então, pela primeira vez o Ministério Público Federal que tem um grupo de trabalho de saúde, baixou um enunciado fazendo um apelo à Convenção 169 e dizendo que a autonomia dos Distritos Sanitários é um imperativo para o Estado brasileiro, e que isso deve ser buscado, inclusive pela via judicial. Essa conversa está evoluindo, e já nos foi apresentada uma proposta de decreto já criando a autonomia dos Distritos Sanitários.

Saindo desse único caso – como eu disse o mais próximo, mesmo assim de resultados muito pífios – quais as enormes dificuldades que nós, no nosso cotidiano de ação de Ministério Público temos enfrentado no processo de consulta? Primeiro, se estamos falando da consulta no âmbito da Convenção 169, seguindo

a filosofia que eu enunciei desde o início, nós temos que saber quem deve ser consultado. Então, quando nós tratamos de povos indígenas, a questão é de certa maneira fácil, nós temos aí pelo menos identificada grande parte dessa clientela, senão toda, grande parte. Há um mapeamento dos povos indígenas do Brasil, eu diria que nós alcançamos 90% dessas comunidades.

Quando nós vamos para as comunidades quilombolas, o quadro já é muito mais complicado. Primeiro porque nós estamos num processo absolutamente inicial de identificação territorial dessas comunidades. O que nós temos é o cadastro da Fundação Cultural Palmares da auto-atribuição dessas comunidades, que nos permite pelo menos situá-las geograficamente em determinados municípios, sem ter em conta sequer a dimensão da ocupação territorial delas.

Quando vamos para o restante dos povos e comunidades tradicionais, aí é uma tragédia. Se nós pensamos em comunidades de fundo de pasto, pomeranos, ribeirinhos, as quebradeiras, aí nós temos um universo absolutamente invisível. Então, chega ao ponto de ser uma sofisticação falarmos em consulta diante dessa invisibilidade em que se encontra grande parte dos nossos povos tradicionais, dos nossos povos tribais, que eu entendo que estão de fato sob abrigo da Convenção 169.

O que nós temos é que primeiro, quando tratamos de obras e empreendimentos, geralmente nós estamos explodindo as coisas e com elas as pessoas. Isso aconteceu recentemente com uma comunidade remanescente de quilombo no processo de duplicação da BR-101, literalmente, a estrada estava explodindo e a comunidade junto. No caso das hidrelétricas do rio Madeira, falamos dos índios, ficamos fazendo estudos se há impactos para os índios, mas tem uma enormidade de ribeirinhos, tem uma enormidade de quilombolas, tem uma enormidade de população extrativista, que vão ser alagadas, não serão alagadas porque provavelmente serão retiradas, mas serão desterritorializadas, e aí o problema da identidade, das referências culturais está sendo afogado junto.

Então o primeiro problema que nós temos que resolver seriamente, é o problema de identificar os nossos povos e comunidades tradicionais, temos uma Comissão Nacional, temos o Incra, temos a Palmares, temos a Seppir, e aí? Acho que esse é o primeiro desafio.

Segundo é preciso discutir metodologia. Eu ouvi muito na fala do Christian a preocupação do intérprete considerando o número de línguas faladas, e sempre tendo em conta os povos indígenas. O que é absolutamente razoável é que você tenha intérpretes quando o grupo que vai ser consultado fala uma outra língua, parece bastante óbvio. Acontece, que quando temos uma sociedade plural e reconhecemos que tem comunidades que têm direitos exatamente porque se organizam de uma maneira diferente, isso significa dizer também que essa comunidade tem códigos lingüísticos próprios, ou seja, o modo de vida também traz modos de expressão próprios, significa que estamos em mundos de linguagens diferentes.

Isso é Wittgenstein, a nossa Constituição é bárbara porque ela traduz as discussões filosóficas pós-68, e é isso que é sociedade plural. Você entra numa comunidade quilombola e você percebe como a cosmologia é diferente, como o universo é diferente e se traduz numa linguagem diferente. Então, a consulta para ser séria e responsável tem que ter intérpretes para todos os grupos. Nós, aqui debaixo desse ar condicionado, vamos falar com ribeirinho da Amazônia e achar que estamos nos entendendo perfeitamente, “o senhor entende que esses tantos megawatts aqui...”. Então a primeira coisa é: vamos traduzir essa linguagem e equilibrar aqui os falantes, porque do contrário a consulta não é séria, do contrário a consulta não é bem intencionada, do contrário não é consulta, porque pergunta que não é entendida não é consulta.

Daí porque a Declaração da ONU para Povos Indígenas fez questão de ter um dispositivo, que acho que é a única falha da Convenção 169: que os Estados nacionais têm que assegurar que os índios se façam entender e sejam entendidos pelo Estado, e não fala só de língua, fala em todas as relações. Isso significa que em todos os processos nós vamos ter que ter essa tradução.

A outra coisa que está surgindo para a gente e eu trago como problema mesmo para ser pensado nas reuniões seguintes, são as hipóteses de consulta: quando a consulta é necessária? E vou trazer um caso muito atual, que está gerando uma polêmica enorme. Os povos indígenas há muito tempo reclamam da política de saúde indígena. Apontam a falta de respeito com relação aos conhecimentos dos pajés, a medicina tradicional.

Houve uma reunião da Comissão Nacional de Política Indigenista com o Presidente da República, onde mais uma vez essa questão da saúde foi colocada, o go-

verno o que faz? Encaminha um projeto de lei tirando a saúde indígena da Funasa e transferindo para uma secretaria do Ministério da Saúde. Por que um projeto de lei? Porque é uma reorganização da Presidência da República. Cria-se mais uma Secretaria no Ministério da Saúde. A grande pergunta é – e essa é a discussão que está na ordem do dia – o governo, para transferir apenas atribuição e competência, sem mudar em nada a política, tem que fazer a consulta aos povos afetados? Essa é a questão que está sendo colocada. Os índios reclamam dizendo “nós não fomos ouvidos”. Agora, a preocupação é o seguinte: nós temos que pensar essa disposição da consulta, que é uma disposição extremamente importante com lucidez, para não perdermos o norte da coisa. Uma organização administrativa repercute nos povos indígenas e tribais? Uma mera reorganização, sem mexer nos fundamentos da política, precisa da anuência prévia, ou pelo menos da consulta prévia? É a pergunta que eu coloco, eu tenho a minha posição, mas quero deixar sob a forma de pergunta, no meio do debate podemos conversar mais sobre isso.

A outra coisa é a seguinte, é a amplitude dessa consulta. Quando estamos tratando de casos pontuais, por exemplo, quando tratamos de uma obra ou de uma política para um determinado povo, fica bastante fácil porque esse é o povo afetado, então ele vai ser consultado. Quando nós estamos tratando de um conjunto de povos identificados, três, quatro, então os quatro têm que ser consultados. Agora, e quando estamos tratando de uma política ou da elaboração de uma norma que é nacional, serve indistintamente para todos os povos, todas as comunidades, indígenas num primeiro momento, ou então no caso de comunidades quilombolas, comunidades tradicionais, basta uma consulta às organizações representativas desses povos em nível nacional? E aí eu diria, é suficiente a consulta à Comissão Nacional de Política Indigenista, no caso dos índios? É suficiente uma consulta à Conaq, no caso das comunidades quilombolas? Ou nós vamos ter que consultar todas as comunidades? E aí como é que fica a aprovação de uma norma, por exemplo, nós vamos combinar a aprovação de uma norma para quando? Temos que ter em mente o tempo também.

Então são as perguntas que nós temos que saber, como é esse processo de consulta? Toda vez se consulta todas as comunidades, ou é suficiente, naquilo que tem caráter geral se consultar as organizações representativas nacionais? Agora, como é

que fica com relação àqueles povos e comunidades que não se fazem representar por organizações, falo de comunidades ribeirinhas, de algumas comunidades extrativistas, como é o processo de consulta? Ele é individual, ele é pessoal, como você faz você junta a comunidade? E aí como é que você organiza uma consulta dessas?

A outra questão que eu estou formulando sobre a forma de pergunta para o ISA produzir mais uma publicação é a oportunidade. Essa questão surgiu com essa Instrução Normativa do Inca sobre quilombos, a oportunidade. Quando é que as comunidades devem ser ouvidas, o que aconteceu nesse caso?

É uma proposta de alteração de uma Instrução Normativa que regula o processo de titulação das terras quilombolas. O que o governo fez? Elaborou uma proposta e aí convocou uma audiência pública, não estou tratando nem da metodologia de como foi essa audiência pública, estou tratando apenas do momento. Está certo o governo ter proposto e apresentado a sua proposta ou o governo deveria, já num primeiro momento, convidar as comunidades quilombolas para participar do processo de elaboração da norma? Essa é uma questão importantíssima, eu acho. Se o governo tem o papel de dizer o que pretende fazer, e submeter à consulta para eventuais correções, ou se, ao contrário, já no momento da formulação essas comunidades devem ser convidadas. E aí estamos falando de uma Instrução Normativa, temos que pensar na lei, temos que pensar em emendas à Constituição, temos que pensar em todos os atos normativos.

Por fim, têm muitas outras coisas que precisam ser pensadas em termos de consulta como a disposição do artigo sexto que fala tomar em conta o que dizem essas populações. É a grande questão colocada para o Christian, sobre a consulta e sobre o veto. É a única questão que eu não vou deixar em aberto, vou dizer qual é a minha posição, eu acho que tem que haver um termo médio, sob pena de nós termos aí uma mera formalidade, destituída de qualquer conteúdo.

Ainda que numa sociedade plural ninguém possa ter o domínio das definições, inclusive dos projetos de desenvolvimento econômico, eu acho que algumas atitudes têm que ser tomadas num processo de consulta. Explico por exemplo, a questão da mineração e do petróleo que foi trazida. Vai-se para uma determinada área indígena consultar os índios sobre se querem ou não aquele projeto, os índios

dizem “não, não queremos porque o projeto vai fazer mal para a gente, para a nossa saúde, para a nossa cultura”, apresentam lá as suas razões. Eu entendo que o governo tem a obrigação de dizer porque aquele projeto é estratégico para toda a sociedade nacional, e por isso é possível impor um ônus desse tamanho para aquela comunidade.

Eu acho que tem que ser alguma coisa em caráter de absoluta excepcionalidade para que a negativa não seja aceita, ela tem que estar plenamente justificada, porque do contrário a consulta é mera formalidade.

Nós temos que lembrar que, ao contrário de outros países, no Brasil, pelo menos com relação aos povos indígenas, nós temos isso muito claro na Constituição, que é impossível a remoção deles de suas terras, então esses atos de disposição de posse também tem que ser vistos com extrema excepcionalidade. Mas eu coloco isso para todas as outras comunidades, se território e identidade são dois termos que caminham pelo menos muito próximos, essa questão de empreendimentos em áreas indígenas tem que ser vista nesse caráter absolutamente excepcional.

E a mesma coisa com relação às políticas públicas, o processo de consulta não é mera formalidade, nesse caso da instrução, por exemplo, quando o governo não leva em conta o que os quilombolas dizem a respeito das alterações propostas, ele tem que justificar com bastante razoabilidade, porque não está aceitando o que foi dito, o que foi ponderado pelas comunidades quilombolas, e não apresentar as alterações pura e simplesmente, como se naquilo ali, a formalidade estivesse cumprida e a norma fosse uma consequência inevitável.

DEBATE

Perguntas

CARLOS LUCENA (Procurador do Incra, Aracaju)

Sou procurador federal especializado do Incra em Aracaju, e sou responsável pelo acompanhamento do reconhecimento territorial das comunidades remanescentes de quilombos em Sergipe, e no ano passado também no Mato Grosso.

Primeiramente, Dr. Christian, sobre a questão da posse. No Mato Grosso eu trabalhei na área administrativa nas impugnações aos laudos antropológicos, mas resolvi entrar na questão do judiciário também, e aí a questão da posse e eu utilizei a OIT. As comunidades e povos tradicionais elas têm essa relação com a terra muito diferente, como o senhor disse, da orientação do direito romano-germânico, no qual o homem detém, possui a terra. Já para populações tradicionais e povos indígenas, ele pertence à terra, isso se chama doutrina da invisibilidade, são os juristas norte-americanos indígenas que bolaram, chama-se posse espiritual.

Então no Mato Grosso, com a marcha para o oeste, essas populações tradicionais, mormente os quilombolas de Mata Cavalo, foram expulsos do seu território e foram para as periferias das cidades de Várzea Grande e Cuiabá. Quarenta ou cinquenta anos depois, quando tiveram a notícia de que teriam esses direitos territoriais de volta, eles retornaram ao seu local e o juiz concedeu liminar de reintegração de posse aos fazendeiros. E pedi uma reconsideração alegando que essa posse, esse vínculo espiritual com a terra, eles nunca tinham perdido, portanto não se tratava de uma posse nova, e sim de uma posse velha, eu não levei, mas pelo menos tentei.

Então essa questão é muito bem colocada, essa diferença, inclusive nas questões quando se fala na antropologia jurídica francesa, os professores falam muito da África negra, sobre essa questão de pertencimento das comunidades e povos tradicionais à terra.

Para o Dr. Roberto, uma questão que me aflige bastante, e eu já deixo desde já o meu entendimento, a Convenção 169, eu acho que ela tem status de emenda constitucional, e no seu ponto de vista?

ROBERTO CALDAS (Palestrante)

É uma questão muito importante que é trazida, esse status de algumas convenções da OIT que de fato têm conteúdo de direitos humanos, são direitos humanos da categoria econômicos, sociais e culturais, e, portanto são direitos humanos. E entram também no nosso sistema jurídico com status de norma constitucional, e assim devem ser interpretados.

DEBORAH DUPRAT (palestrante, coordenadora da 6ª Câmara do MPF)

Uma informação que é interessante aqui para nós. O Supremo Tribunal Federal está julgando a questão da prisão por dívida, e existe essa proibição no Pacto de San José da Costa Rica, e ele vinha decidindo, porque tem essa emenda que diz que a partir dela os tratados e convenções internacionais que tiveram um determinado *quorum*, entram no ordenamento interno com status de emenda constitucional.

Então se começou essa discussão a respeito dos tratados e convenções anteriores à emenda, como é o caso da Convenção 169, a aprovação dela, a aprovação é posterior à emenda, a ratificação. E o Supremo vinha dizendo o seguinte: em matéria de direitos humanos, os tratados e convenções internacionais têm um status supra legal, eles estão apenas abaixo da Constituição, independentemente do quorum de aprovação.

O julgamento prosseguiu e houve agora um voto do ministro Celso de Mello, que disse o seguinte: independentemente do status de aprovação dos tratados e convenções internacionais anteriores à Constituição, se eles veiculam normas de direito fundamental, eles ingressam como normas constitucionais, o julgamento está nesse ponto. Isso é importante, nessa matéria que estamos tratando é de fundamental importância, estamos tratando, portanto de normas constitucionais.

MACÁRIO SANEIZO (liderança indígena da Guatemala)

Uma inquietude: a socialização ou o conhecimento, como chega ou o quanto chega, no caso dos povos indígenas no Brasil, aos quilombolas, aos guaranis? A inquietude está em quanto está chegando à sociedade e em particular aos povos indígenas.

DEBORAH DUPRAT (palestrante, coordenadora da 6ª Câmara do MPF)

Duas perguntas ao Dr. Christian. No Brasil em relação às comunidades remanescentes de quilombo, recentemente o governo brasileiro convocou uma audiência pública para consulta a respeito da alteração de uma instrução normativa, e o fez sob invocação da Convenção 169. Então a pergunta é se, considerando esse dado, nós já podemos ter as comunidades remanescentes de quilombo tranquilamente sob a tutela da Convenção 169.

Outro ato de governo é com relação a outros povos e comunidades tradicionais. O governo brasileiro fez editar um decreto sobre povos e comunidades tradicionais, e aí trata de ciganos, pomeranos, comunidades de fundo de pasto, é uma enormidade, e também reconhecendo direitos territoriais específicos, modos de vida específicos, também sob invocação da Convenção 169. Então eu gostaria só de ter clareza a respeito do papel da OIT nesse reconhecimento, se o fato de o país reconhecer essas populações sob denominação de povos tribais é suficiente.

A outra questão. Eu confesso que tenho muitas dúvidas a respeito do entendimento que se tem sobre a expressão consulta, no sentido de que realmente ela não é decisão, mas também uma consulta em que o que se diz não é levado a sério, também não é uma consulta. Aí eu pergunto: vamos ficar nessas áreas de prospecção de petróleo e de mineração, se o governo chega para perguntar já com a intenção de realizar o projeto, a consulta passa a ser apenas uma negociação de ganhos e perdas dessa população. Enfim, nada do que essa população diz é levado a sério para, eventualmente, ou alterar o projeto ou mesmo desfazê-lo?

PAULINO MONTEJO (assessoria da Coiab)

Vou começar por essa última questão levantada pela Dra. Deborah. Dr. Christian, onde está o problema da não institucionalização da consulta pelo Estado, o que está faltando? Porque, de fato, o que acontece muitas vezes são aparências de consulta, simulacros de consultas, já presenciamos “consultas” realizadas à meia-noite, uma da manhã lá no Médio Solimões, quando se trata de consultas promovidas pelo Ibama e outros órgãos, isso não é consulta, é brincadeira.

E a segunda questão que também vale para o Dr. Christian e para o Dr. Roberto, é: onde está o problema da impermeabilidade das instituições, sobretudo do judiciário brasileiro? A aplicação não só das normas internacionais, inclusive a própria legislação nacional a respeito de direitos indígenas, o direito à diferença, garantido pela Constituição de 1988, na verdade não é assimilado, não é interiorizado, onde está o problema?

Se isso já acontece com a legislação nacional e mais ainda na situação dos povos indígenas, onde a lei constitucional não foi regulamentada, é pior, muito pior com relação aos instrumentos internacionais. Não vou citar o contexto, mas eu fico estar-

recido quando eu escuto que não faz falta, não precisa recorrer a instrumentos internacionais como a OIT, sendo que a nossa Constituição é muito mais avançada que esses instrumentos internacionais. Para mim isso é gravíssimo, parece que o Brasil está na lua, parece que não faz parte, por livre consentimento da comunidade das nações, e como parte que assinou as convenções e tratados. O problema está na formação de origem, nas faculdades de Direito? Onde está o problema e qual seria a saída para que o judiciário se abra, seja mais sensível a essa questão?

Parece que os índios precisam partir para ações de fato, brigas enfim, para poder fazer valer seus direitos. Acho que o movimento indígena hoje parece que já está avançado o suficiente no conhecimento das normas internacionais, o problema é a aplicabilidade disso aqui dentro, como vamos sair desse impasse?

BOLÍVAR BELTRAN (advogado indigenista do Equador)

No Equador se ratificou a Convenção 169 há dez anos, em 14 de abril de 1998. Mas o que chamou a atenção no Equador é que para que se ratificasse a Convenção 169 foi necessário contar com a aprovação das Forças Armadas, necessitamos do consentimento do Ministério da Defesa para poder ratificar a Convenção. Então eu queria perguntar ao Christian sua opinião, nesse processo de discussão, de aprovação, de recusa, a presença das Forças Armadas.

RENATA (Ministério de Desenvolvimento Agrário)

O que nós entendemos como consulta é que a consulta não é veto, se ela for procedida das maneiras, claro, não à meia-noite, tentando conciliar na boa-fé, até onde vai o direito desse público na consulta para que ela não se torne uma mera “estou fazendo assim e assim”.

Até onde é a extensão dessa consulta? Até onde vai o direito? Porque dizer que ela não tem direito a veto, tudo bem, mas hoje sabemos que na justiça várias ações têm sido paralisadas citando a Convenção.

E no caso também da OIT entender que tenha que ter uma manifestação formal, eu sei que não houve essa manifestação formal do governo brasileiro, mas em todos os aparatos, tanto nas legislações, nos decretos presidenciais, assim

como nas defesas internas e até na defesa de um decreto presidencial, usamos a Convenção, isso não basta para incluir um público, ou uma população, um povo dentro do direito da Convenção?

ÉRIKA (Universidade Federal de Goiás)

Dr. Roberto, o senhor falava que os costumes não estão normatizados, e isso gerou em mim alguns questionamentos. O nosso sistema jurídico não reconhece o costume como direito, e aí eu pergunto: costume é direito? A perspectiva da Constituição, ao falar no artigo 231, do dever do Estado em preservar a cultura e os costumes, ele está reconhecendo então um pluralismo jurídico? A perspectiva da Constituição é plural? E aí, nesse sentido, como garantir a efetividade desses costumes?

VLADIMIR PINTO (advogado indigenista Peru)

Gostaria de perguntar ao Dr. Christian, o conceito que assinala para identificar a população indígena, o conceito objetivo é a preexistência, o fato de que tenham vivido aqui antes dos Estados que hoje conhecemos. E outro conceito é o subjetivo, aqueles que se identificam como indígenas. Não ficou muito claro para mim se isso é suficiente para a complexidade de situações que temos na América Latina. Por exemplo, nas Nações Unidas, que é o debate paralelo ao da OIT de algum modo, havia uma série de elementos para determinar a população indígena que incluíam também àqueles que por razões diversas não participaram em pé de igualdade, digamos em condições de equidade, na construção dos Estados de que hoje são parte. Porque não é somente a situação dos colonizadores externos *versus* populações originárias. As situações da África e Ásia, falam de grupos que também são originários mas que construíram Estados e o sistema de direito excluindo outras populações que também estão ali. Então eu não sei se esse conceito de que os que, por diversas razões, não participaram em condições de equidade na definição dos Estados e sistemas de direitos de hoje, que de algum modo os agrupam, os obrigam, que lhes foi imposto, é também levado em conta pela OIT, ou se ficou simplesmente no debate teórico prévio à aprovação da Convenção 169.

E a segunda pergunta: a Comissão de Peritos da OIT, na aplicação de convenções e recomendações tem um pronunciamento único e oficial sobre o direito à consulta. Porque essa idéia de que não é um direito de veto, é um instrumento dos Estados. Acontece no Peru para dizer que o mero fato de fazer a consulta, ainda que não tenha nenhum resultado efetivo, já é o cumprimento da Convenção 169, e apresentam as consultas respondidas pela Comissão de Peritos, onde dizem “não é direito de veto”.

Então, creio que o desafio da OIT é fazer algo como fez a Corte Interamericana com a sentença de Saramaka. O artigo 6.1 da Convenção diz que a finalidade de todas as consultas que serão feitas, com base na convenção, é chegar a um acordo, ou conseguir o consentimento, o que significa isso? Eu creio que não tem muito sentido dizer se é veto ou se não é veto, porque tampouco as organizações indígenas o reivindicam nesses termos. O que significa chegar a um acordo? Que conteúdo tem isso, e como a OIT considera que foram seguidos os passos necessários para chegar a um acordo, conseguir o consentimento? E em que casos excepcionais se poderia permitir que os Estados tomassem decisões diferentes das desse consenso? Eu creio que esse trabalho é o que está nas mãos da OIT, e, não sei se a Comissão de Peritos tem se manifestado nesse outro sentido, ou tem só um critério.

EDIVINA (Quilombo Ivaporunduva, São Paulo)

Represento as comunidades remanescentes de quilombo do Estado de São Paulo e também o Conselho Curador do Instituto de Terras do Estado de São Paulo. Os quilombos têm bastante expectativa no sentido de adquirir esses direitos realmente, e a pergunta dos quilombos, principalmente para mim que vou representar nesses lugares é: como está o nosso direito lá? Como que você vê, o que você traz para nós? Por exemplo, agora vou voltar e fazer uma reunião com os representantes das comunidades quilombolas e passar o que eu ouço aqui.

A minha preocupação é quando o doutor falou sobre os quilombos, que não aparece aí na OIT. Fiquei pensando como que eu vou falar isso. Mas aí a doutora me fez lembrar, que na última consulta pública que tivemos lá em São Paulo, inclusive eu recebi as atas todas, ficou bastante animado o aparecimento dos quilombos na Convenção, e isso me consola. Mas em todo caso quero deixar uma pergunta

aqui e um alerta para que realmente apareça o nome dos quilombos, porque aqui foi falado muito sobre os índios e os quilombos não apareceram ali na fala do doutor.

Vemos que a política é diferente, mas a história é igual, porque se trata de terra, trata-se de direitos, direitos em que há uma luta de muitos anos, e está sendo um trabalho tartaruga para que isso seja realizado. E aí deixa os índios, tanto brasileiros como internacionais preocupados, porque não são cumpridas as leis e os direitos deles, e faz com que todos os países fiquem preocupados, porque se é um direito tem que ser cumprido. É uma pergunta que eu deixo: pode ser cumprido ou não pode ser cumprido?

GIROLAMO (Instituto de Terras do Pará)

A senhora levantou algumas questões e tem algumas outras que seria importante serem levantadas, exatamente no tema em que estão trabalhando. Fundamentalmente quatro pontos que merecem a sua e nossa consideração.

Primeiro, a senhora coloca o Decreto 6.040/2007 e que as populações beneficiadas por esse decreto também estariam amparadas na Convenção 169. Se nós vamos comparar o texto frio do decreto, ele não faz referência à Convenção, diferentemente da Instrução Normativa 49 do Incra, que diretamente, no seu artigo segundo, inciso 12, faz essa referência. Porém, se nós formos olhar o artigo terceiro, inciso 1º do Decreto 6.040, aonde se dá a definição do que é povo e comunidade tradicionais, comparando isso com o artigo primeiro da Convenção 169, praticamente estamos dizendo a mesma coisa. Portanto, minha primeira pergunta é: em sua opinião, esse decreto está amparado na Convenção? Se sim, será que para ele se aplica o mesmo de conceito de território que está previsto na Convenção, nos artigos 13, 15 e 16? Isso significa também que, assim como está previsto no Decreto 4.887/2003, o critério a ser definido para, por exemplo, estabelecer a regulação fundiária de ribeirinhos, também tem que levar em consideração critério territorial daquela comunidade?

Só mais duas coisas. No que diz respeito à Instrução Normativa Incra nº 49, a AGU exigiu, de maneira terminantemente clara, que se trocasse a palavra terra pela palavra território pois poderia ter alguma coisa inconstitucional, chegaram

a dizer isso de maneira expressa durante a consulta. Se, em sua opinião, como a senhora expressou, a Convenção 169 tem status de emenda constitucional, será que numa norma infraconstitucional de terceira ordem, como é uma portaria, uma instrução normativa, não poderia se usar o que a emenda constitucional determina? Portanto não estaria a AGU equivocada? E se a AGU estiver equivocada, significa que quando se retira da definição na IN 49 o que estava escrito na IN 20, no conceito de território, não estaríamos também reduzindo o alcance da 169, no que diz respeito a esse caso específico dos quilombolas?

Por último, o certificado previsto no artigo 7º, parágrafo 3º da Instrução Normativa 49, o certificado da Palmares para ser mais preciso, sem isso o processo de reconhecimento mínimo não pode começar, não se estaria criando aqui uma norma absolutamente inconstitucional e contra a Convenção, vai contra a Constituição, vai contra o Decreto 4.887, enfim, vai contra tudo, e aí? É instrução normativa, eu sei que o Supremo não aceita declarar inconstitucionalidade de instrução normativa, mas como é que se ataca ela no plano constitucional?

VIRGINIA (liderança indígena da Guatemala)

Somente um pensamento frente aos instrumentos internacionais, mas também um questionamento para todos os nossos aliados frente à realidade que novamente todos os povos indígenas vivemos. Em toda reflexão e análise que se faz sobre os instrumentos, no caso da Guatemala, em que somos a maioria, e estamos num tempo bastante difícil frente à mineração.

Cada vez mais existe a consciência de que há que desenvolver as consultas, e tem que ser a partir cada comunidade. Mas o que acontece é que os governos, porque no caso da Guatemala a Convenção 169 está aprovada, mas temos o obstáculo de que se fazem as atividades, se realizam as consultas, mas o Estado não reconhece esta, poderíamos dizer, iniciativa das comunidades. Na Guatemala esperamos materializar todas as consultas que existem e, entretanto o governo não as reconhece.

Mas agora, por exemplo, vendo dentro da realidade em que vivemos os povos indígenas, há instrumentos que estão vigentes, mas também há povos que vivem,

todavia, numa extrema realidade de esquecimento. Numa extrema realidade, onde se vê que os povos estão como diante de uma fossilização, diria eu, como é o caso dos Guarani no Brasil. Visitamos a comunidade dos guarani e não reflete nenhum desses instrumentos de que hoje se fala. Você só se pergunta: estamos condenados à morte? Segue essa condenação?

Mas por isso digo não. O chamado não é somente para os que têm a oportunidade de chegar à ONU, ou que têm a oportunidade de manejar os instrumentos, e sim para todos os aliados, os excluídos, os marginais, os discriminados, do Alasca à Patagônia. Porque os problemas são similares. Há uns mais cruéis do que outros. Eu me perguntava nessa visita: na Guatemala somos a maioria, os Guarani são a minoria, mas vivemos a mesma realidade. Então, vale aprender de cor os instrumentos internacionais? Porque na realidade continua no mesmo.

E agora, frente à voracidade e à selvageria da globalização, os mesmos povos novamente têm que desocupar esses lugares? A história se repete somente com novos nomes, com novos atores. Então eu estava refletindo frente às três exposições que tivemos: o que vamos fazer frente à ideologia que hoje está dentro de todos os Estados e países? Somos capazes de dar resposta à história, ou vamos seguir replicando os diferentes Estados e os diferentes países?

Eu creio que essa visita que teve a Guatemala aqui ao Brasil, foi de muito questionamento para nós internamente, mas também é de questionamento para todos os que estamos vinculados a toda essa busca de transformação de sociedades, obrigada.

BETÂNIA ZANACA (antropóloga do Inca-ES)

Minha questão é sobre a legalidade, não sei se esse é o termo, da exigência da certidão da Fundação Palmares na nova Instrutiva Normativa. A partir disso eu queria perguntar também sobre esse entendimento que a senhora falou de que a questão que realmente está pegando é a questão da consulta. Na verdade, acho que não é só a questão da consulta que está pegando, dá para ver bem claro nessa discussão que a própria Advocacia Geral da União (AGU) estava participando da nova instrução, e coloca como necessária a certidão da Palmares.

Acho que pega muito a questão da auto definição, porque cansamos de receber no Incra juízes perguntando se tal comunidade é ou não quilombola, e pedindo para nós provarmos que essa comunidade é quilombola.

Outra coisa que eu queria perguntar é sobre a aplicação da Convenção e da possibilidade de consulta em áreas que ainda estão em fase de titulação. Temos o gasoduto da Petrobras passando em território quilombola que ainda está em fase de estudo, então como que poderia se aplicar isso?

E há de se pensar a própria questão dos territórios, pois, na verdade, na própria Convenção 169 também estão sendo colocados como indicados pela própria comunidade. Então se o território deve ser indicado pela própria comunidade, acho que na verdade teria que se repensar tudo sobre a nova IN.

AZELENE KAINGÁNG (Instituto Warã)

Eu gostaria de questionar um pouco essa questão que na Constituição, de que na legislação interna está muito bem posta a questão do direito à diferença. Pode estar muito bem posta teoricamente. Eu acho que o exercício do direito à diferença, o reconhecimento do direito à diferença por parte do Estado brasileiro tem que refletir nas políticas públicas e na garantia dos direitos dos povos.

Por exemplo, se o Estado brasileiro realmente reconhecesse o direito à diferença dos povos, nós não teríamos esses questionamentos racistas, por exemplo, em relação, recentemente, à questão Raposa Serra do Sol. Esse questionamento de que os povos indígenas são uma ameaça à soberania, que os povos indígenas querem constituir Estado independente, que a Convenção e a Declaração da ONU trazem a questão da livre determinação. Mas ninguém nos pergunta qual é o nosso conceito do direito à autodeterminação, qual o nosso conceito de autogoverno, qual é o nosso conceito de autonomia. Autonomia e autogoverno que nós exercemos desde sempre, e são pura e simplesmente esses que nós queremos que o Estado brasileiro reconheça através de uma legislação, através de uma norma internacional.

Então, eu acho que o Estado brasileiro está muito longe de reconhecer o direito à diferença, porque primeiro, as políticas não refletem isso; segundo, o Es-

tado sobrepõe a todos os conceitos de diferença o conceito dele de Estado, de autonomia, de soberania, de autodeterminação. Acho que pode estar bem posta essa questão, mas na prática falta muito para o Estado reconhecer o direito à diferença dos povos.

Em relação à consulta, eu entendo que na verdade não é a reunião que se fez, onde se fez, como é que se fez, quem participou, mas eu acho que é um ponto além disso. Na verdade o que é consulta para os povos indígenas? Qual o conceito de consulta para nós? O que é uma audiência pública, é uma reunião na comunidade, é uma reunião no Congresso nacional, o que é a consulta?

Eu sei que um dos países que regulamentou o direito de consulta foi a Bolívia, eu não cheguei a ver o que eles dizem sobre isso, mas tem uma discussão a nível internacional do movimento indígena que também questiona isso: será que realmente é a consulta ou é o direito do consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas em relação àquelas questões que os afetam diretamente? E como se obter esse consentimento, e como dar aos povos o direito de dar o seu consentimento ou de dizer “não, não queremos isso”, como a Dra. Deborah falava.

O povo indígena pode falar “não, não queremos a hidrelétrica do rio Madeira, o complexo do rio Madeira, porque vai matar os peixes, vai prejudicar a nossa alimentação, a nossa cultura, o meio ambiente, etc., etc.”. Mas em nome do interesse nacional o Estado impõe a construção desses empreendimentos porque é um empreendimento estratégico. Quer dizer, qual é o instrumento na verdade, que vamos usar para que os povos indígenas realmente se sintam plenamente parte desse processo de decisão, e parte do processo de desenvolvimento deste país.

Eu volto à questão do direito à diferença. Se o direito à diferença está reconhecido e ele está aplicado e o Estado garante esse exercício, então o conceito dele de desenvolvimento também tem que ser não só ser escutado, mas tem que ser considerado em todo esse processo.

E eu acho, Dra. Deborah, que é uma pergunta interessante que a senhora faz: de quem é que representa os povos indígenas nessas questões mais gerais. Acho que a Convenção 169 é clara quando ela diz que a consulta tem que ocorrer através das instituições eleitas por eles, das suas instituições próprias.

E um dos pontos que a Convenção coloca é que a consulta tem que ser uma consulta de boa-fé. Seja lá qual for o conceito desse processo, mas tem que ser um processo de boa-fé e que respeite os tempos de cada povo de processar essas informações, previamente, de ter essa informação prévia.

E aí vem outro questionamento: quem é que leva a informação, é o empreendedor, é o Estado? Quem é que leva a informação para que determinado povo processe essa informação e baseado nela ela possa dar ou não o seu consentimento.

Acho que esse evento, essa discussão que nós estamos tendo é um pontapé inicial para levantar todas as questões que pipocam e que não sabemos como responder isso. Quiçá juntos possamos, de repente, através de outros eventos, amadurecer essas questões e subsidiar os povos, tentando conceituar, ou tentando chegar numa fórmula mínima que realmente contemple os povos indígenas no exercício do direito ao consentimento, prévio, livre e informado.

PAULA (Inkra, Goiás)

Nós estamos enfrentando uma situação que deve ser *sui generis*, os territórios quilombolas estão sendo “invadidos” por projetos de assentamento. O Inkra coloca os projetos de assentamento em cima dos territórios, não nos ouve, nunca procurou informação também. Nesse sentido, eu gostaria de saber se no seu entendimento o direito de consulta, preconizado pela Convenção 169, poderia ser estendido para a criação de projetos de assentamento. Ou seja, se é possível fazer com que a população tradicional seja consultada quando se fosse criar um projeto de assentamento.

CÉSAR BALDI

A primeira pergunta é: a própria instrução normativa e o decreto envolvendo os quilombolas falam na necessidade de associação, isso não fere a questão da representatividade das comunidades?

Segundo ponto: no caso de a consulta não obedecer aos parâmetros de livre, prévia e informada, quais seriam os efeitos? Invalidaria toda a Instrução Normativa 49, por exemplo? Invalidaria todo o projeto? Seria possível salvar alguma coisa do projeto, daqueles pontos que teriam consenso, como ficaria essa questão?

Terceiro ponto: quando fala em consulta para as questões administrativas e legislativas, o Judiciário fica de fora. E eu lembro que no próprio caso da Raposa Serra do Sol não teve sequer audiência pública, mas tivemos uma audiência pública para transgênicos, para a questão das células-tronco e para a questão da anencefalia. Para os povos indígenas não teve, sequer para conhecer a realidade.

Quarto ponto: a senhora salientou a questão que é da procuradora Ana Castilho, da questão do tradutor cultural dos processos. Então eu pergunto justamente isso, na questão dos processos, as próprias comunidades às vezes não se fazem inteligíveis dentro do processo, caso, por exemplo, da comunidade Kaingáng do Morro do Osso, teve toda uma complicação no procedimento do processo para se entender o que estavam querendo, e mesmo assim naquele caso tinha história oral, que não é reconhecida, tinha xamá, imagina, como é que vai comprovar, não tem prova histórica, e por aí vai.

Respostas da mesa

ROBERTO CALDAS

As perguntas a mim dirigidas foram do Paulino: em relação à aplicabilidade pelo poder Judiciário da Convenção 169, de tratados internacionais e da própria Constituição. Eu quero dizer, Paulino, que eu estou de acordo com a sua questão. De fato nós vemos que a aplicação pelo Judiciário muitas vezes traz uma ótica legalista, individualista. Nós ainda estamos numa fase, infelizmente, de uma aplicação civilista do direito, quando a evolução das normas já se deu há muito tempo. É como se interpretar o direito constitucional na ótica do direito civil, quando se deveria fazer exatamente o contrário, interpretar o direito do trabalho, o direito das comunidades, o direito civil, à ótica do direito constitucional e à ótica dos direitos internacionais dos direitos humanos, esta é a ótica do século 21.

Eu lembro um constitucionalista, Paulo Bonavides, que diz que o século 19 foi aquele do indivíduo, o século 20 foi dos julgamentos do judiciário, o século 21 é o século dos povos. É o que eu tenho chamado de era dos direitos sociais, é disso que temos que nos apropriar, que estamos na época, na era dos direitos coletivos.

Só para resumir, eu sempre digo isso, América Latina e Caribe têm que tomar em suas mãos a tarefa de fazer com que a interpretação judicial vença uma etapa ultrapassada, de uma justiça meramente retributiva, ou seja, aquela que serve apenas para garantir o direito que alguém tomou de uma pessoa, quando ao mundo mais desenvolvido isso não basta, não é meramente retributiva a justiça, ela é distributiva.

Por isso que nós vemos além da devolução daquele bem que alguém tomou. A justiça determina se pagar uma indenização muito alta normalmente, é o que se chama justiça distributiva, para que nela se contenha um caráter pedagógico, de que aqueles que maltratam os direitos de outro, normalmente que fazem parte de um status hegemônico, respeitem os direitos dos hiposuficientes, e, portanto, a justiça tem que funcionar muito mais que a simples devolução, mas que pague muito mais do que aquele valor.

A outra questão, da professora Érika, com relação aos costumes. Em realidade, nós temos visto exemplos de decisões judiciais, e mesmo exemplos na legislação, que os costumes já estão estabelecidos como fonte de direito. Eu concordo que não têm sido devidamente usados, mas que são fontes autônomas de direito. O que nós vemos é uma aplicação no judiciário extremamente positivista, voltada à estrita letra da lei, o que nos preocupa, inclusive, Dr. Christian, quando nós nos referimos a normas abertas, como são as normas de convenções e tratados internacionais, que não são tão explícitas como as leis brasileiras e de outros países latino-americanos e do Caribe. Então, especialmente no direito internacional e nos direitos humanos, é possível se lançar mão dos costumes como fonte de direito.

CHRISTIAN RAMOS

Tem uma diversidade de perguntas, vou tentar agrupar todas elas, e vou começar por aquela que mais interesse suscitou, eu não vou estender muito porque hoje tem um painel inteiro sobre consulta. Primeiro, a consulta, em virtude do artigo 6º trata de medidas específicas legislativas ou de ordem administrativa, então já tem uma área de competência. Esse artigo 6º indica que o objetivo desses meios de consulta é que os povos indígenas tenham o mesmo acesso aos organismos que vão tomar essa decisão que a população. Lembremos que essa convenção

trata de normas mínimas, que esses povos antes nem sequer eram consultados em pé de igualdade. Uma coisa que seria absolutamente lógica em uma sociedade democrática, se você vai fazer um viaduto aqui, você vai consultar os moradores. Anteriormente você ia fazer uma represa que ia eliminar grande parte do território indígena e não se fazia nenhum tipo de consulta.

É interessante esclarecer, primeiro, que a OIT como organização adota essas convenções internacionais do trabalho levando em conta as opiniões, durante dois anos, extremamente detalhadas dos 182 países-membros, e dentro desses países das organizações mais representativas de trabalhadores e de empregadores. Então a OIT de per si é um fórum político, onde se debatem essas questões.

Eu falo isso pelo seguinte: a senhora me pergunta o que a OIT vai fazer? A OIT é composta pelos chamados órgãos de controle independentes. No caso o órgão é a Comissão de Peritos, para a qual foi nomeado o Dr. Lélío. A Comissão vai pegar essa Convenção, vai pegar o que diz a legislação brasileira, vai pegar os fatos que se alegam e eles vão emitir, como juízes de maior prestígio internacional, uma observação para esse país.

Na questão da consulta. Primeiro, ela tem que ser como toda consulta, tem que ser prévia, você não vai consultar depois, esse é um dos elementos, não vai consultar depois de o fato já ter ocorrido. Deve ser com instituições representativas, é o artigo 4o. Nós temos grandes problemas na América Latina, onde uma companhia multinacional pega um grupo de pessoas, paga um dinheiro e faz uma consulta. Isso não é uma consulta representativa. Que tipo de organização deve ser essa? Pode ser tradicional, por exemplo, tem culturas que têm conselho de anciãos. Ou pode ser uma organização atualizada, mais moderna. Isso vai ser decidido pelo povo a ser consultado.

Tem que ser antropológicamente correta, quer dizer, você não vai usar termos na consulta que não sejam entendíveis para todo mundo, para as pessoas consultadas. Tem que ser com o objetivo de chegar a um acordo. Tem outra convenção internacional do trabalho que só fala da consulta, que é a Convenção 144. Em virtude dessa Convenção o governo quando quer saber a opinião das organizações de trabalhadores e de empregadores sobre se deve ratificar ou não tal ou

qual Convenção, trata de chegar a um consenso, se chega a um consenso, nessa comissão tripartite, em virtude da Convenção 144, tudo bem. Mas tem temas nos quais não se chegou a um consenso. Um exemplo específico deu-se quando foi examinada a Convenção 158, sobre demissão injustificada. Não teve consenso porque o grupo empregador falou “de jeito nenhum vou assinar ali embaixo”, o que fez o governo? “Muito bem, nós consultamos, aqui vocês são representativos, CNI, CNC, os seus sindicatos, nós vamos enviar” porque o governo tem esse poder, o governo executivo eleito. Nenhuma porção da população, seja indígena, seja tribal, seja seguidores de tal ou qual religião, seguidores de tal ou qual linha política, tem direito de veto sobre planos de desenvolvimento.

O tema continua e continuará porque é um conceito que é muito difícil. Assim, se vamos ao artigo 4o, inciso II, diz que o governo deve levar em conta em todo momento as opiniões expressadas pelos povos indígenas durante a consulta. É muito específico, agora, ele não está obrigado. Este é um tema delicado, mas essa consulta, a maioria dos casos que nós vemos de violação ao artigo 6o é porque a consulta nem é de boa-fé, nem é com instituições representativas, e pior ainda, não é feita pelo governo – quem é responsável frente aos organismos internacionais é o governo brasileiro. Nós temos instâncias onde uma companhia multinacional petroleira chama os povos indígenas, faz uma grande festa, eles sentam lá, e depois envia para o governo um documento que diz “nós consultamos o povo e eles concordam que vamos fazer exploração petroleira”. Isso não é uma consulta, isso não é uma consulta feita.

O que indica o artigo 6o é como deve ser feita a consulta e que os povos indígenas, igual aos outros setores da população, devem ser consultados, o que antes não acontecia. Agora, direito de veto não existe para nenhuma porção de nenhuma sociedade, não existe. Então esse é um tema muito difícil de expressar, eu não quero continuar com isso porque poderíamos dar vários exemplos.

Alguém perguntou aqui qual era a posição da Comissão de Peritos, até onde eu sei, a Comissão de Peritos não tem uma opinião sobre o direito de consulta. Ela lida com casos específicos de consulta onde indica se foram cumpridos ou não esses requisitos da Convenção.

O Carlos Fernando falou da posse, se eu entendi bem a sua pergunta, é até onde uma posse antiga, os quilombolas foram embora e voltaram reclamando que aquela terra era tradicional. Você me pôe numa posição muito difícil porque qualquer coisa que eu diga é um caso que está em andamento, e eu não posso fazer isso, eu posso dar várias linhas.

O artigo 15 da Convenção fala “a terra que tradicionalmente ocupam”, e foi um grande debate durante a redação da Convenção porque um grupo de pessoas queria que dissesse “a terra que têm ocupado tradicionalmente”, o que quer dizer “que têm ocupado tradicionalmente”? Que existe uma continuidade no tempo, o que a Comissão de Peritos tem dito é “olha, essa população indígena, por algum fato específico, quiçá tenha saído daí, mas se ela tem um vínculo ainda com essa terra”. Caso específico na Colômbia tem grupos e povos indígenas que têm tido que sair do território que tradicionalmente ocupam, pela situação de violência ali, mas eles conservam um vínculo afetivo com a terra, lugares sagrados. Então você não pode indicar que eles já não têm vínculo porque foram embora. Eles foram embora por uma situação específica. Então cada situação vai ter que ser analisada especificamente.

O que se quer é um vínculo tradicional, que continue mesmo que a presença física nesse momento não está. Existe um caso muito conhecido que nós examinamos, um caso na Groenlândia durante a Guerra Fria. Tinha um grupo de indígenas que foram retirados à força da Groenlândia porque os Estados Unidos queriam ter ali uma base de monitoramento do movimento da frota marítima soviética. E eles foram simplesmente retirados sem consulta nenhuma. Cinquenta anos depois eles vão a OIT para apoiar-se e irem aos tribunais dinamarqueses e ganharam, por quê? Eles continuavam com um vínculo ali, porque eles caçam renas que passam sempre pelo mesmo lugar, e eles foram removidos dali sem nenhum tipo de consulta e continuava um vínculo tradicional com essa terra. Essa é uma situação muito específica, onde a OIT se pronunciou, e poderia servir de guia para você.

Alguém perguntou aqui sobre quem reconhece os povos tribais. Esse é um ponto importante. A Declaração das Nações Unidas só fala de povos indígenas, não fala de povos tribais. A OIT não dá uma definição, a OIT indica que povos

indígenas são aqueles que estão aqui antes da colonização, é um fato histórico específico, é o rompimento de uma linha de existência. Por que o debate com os povos tribais? Porque em vários países que tinham ratificado a Convenção 107 se dizia: “nós não somos indígenas, não nos consideramos indígenas”. Exemplo: muitos grupos na Índia, muitos grupos na África. Eles têm um governo específico. Inclusive a Convenção fala que são grupos que conservam as próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou parte delas. Por exemplo, o povo Room. O povo Room tem um sistema de valores, um sistema de justiça tradicional, um sistema inclusive de relações interpessoais, tem uma língua própria, mas eles existem desde tempos imemoriais, não existe essa quebra.

Outra pessoa me perguntou sobre a questão subjetiva e objetiva, acredito que foi alguém do Peru. Se eu me lembro bem, quando examinamos o caso do Peru, quando o Peru ratificou a Convenção 169, podem me corrigir à vontade, na legislação indigenista peruana tem três definições de indígenas: indígenas de selva, indígenas de altiplano e indígenas das costas. Se eu me lembro bem disso no censo peruano de quem era indígena e quem não era indígena, aparecia muito a questão do sobrenome, se você se chamava Lopez, quiçá o censo não te considerava indígena. No caso do México, se você vive numa comunidade indígena e não fala a língua indígena, o censo não te reconhece, então esses números que lemos ali provavelmente são muito maiores.

Então o que diz aqui o conceito objetivo? Eu me considero indígena, independentemente que eu fale a língua da minha mãe, eu fale a língua de meu pai, ou que eu me chame Rodriguez, Pérez, Lopez. Então por isso a importância disso aqui. Também chegamos a exageros. Um caso que aconteceu, se me permitem, foi que nós recebemos uma consulta de um país que não tinha ratificado a Convenção 169, os Estados Unidos, de uma indígena. Eles têm agora facilidades fiscais para montar cassinos, então vários indígenas têm ganhado bastante dinheiro. E essa pessoa falou assim “meu bisavô era indígena e casou com uma pessoa irlandesa então eu tenho um quarto de sangue indígena, a OIT pode me dar um certificado de que eu sou indígena?” Porque isso permitiria a essa pessoa ter acesso a essas vantagens fiscais. Mas esse não é o caso, esse não é o ponto. O ponto é que

temos dois grupos, um é uma definição do Estado e outra uma definição objetiva, que as duas têm que se levar em conta.

Alguém perguntou um caso interessante, o Equador se encontra frente a um dilema sério, conversar com os militares, em bases militares, sobre a consulta das Forças Armadas. Se me permitem falar, correndo o risco de ser deportado, por muitos anos, falar da Convenção 169 aqui no Brasil era quase impossível. Eu estive aqui de 92 a 96 e só pude falar uma vez para um grupo de procuradores do Ministério Público do Trabalho. Eu cheguei muito cedo porque estava muito ansioso, nunca me permitiam, por quê? A idéia era que a Convenção 169 criaria uma nação independente no meio do Amazonas, então os militares: “não se pode falar”. Aí eu cheguei cedo, sentei no auditório, sozinho, lendo. Aí um senhor me disse “aqui que vai falar o tal de Ramos?”, “é, sim e o senhor, de onde é?”, “eu sou do Itamaraty, vou tomar nota do que ele vai dizer”. Estou falando isso porque era muito delicado.

Por esse temor de que quando se fala de povos, territórios, muita gente fica nervosa. Ao final, o que essa Convenção diz aos Estados é: nós temos uma dívida, uma dívida histórica com esses povos, e o mínimo que nós podemos dar para eles é que eles tenham os mesmos direitos que a sociedade nacional.

Eu quero contar um caso, em honra das companheiras da Guatemala, que uma brava indígena fez lá. Vocês vêem os trajes tão bonitos que elas têm, representam suas aldeias, suas etnias, são feitos com muito cuidado, elas também poderiam me corrigir. E uma antropóloga lá tentou entrar numa discoteca da moda na Cidade da Guatemala e ela foi barrada, como se a vestimenta indígena fosse uma vestimenta... não sei qual seria o conceito, você se lembra desse caso? E não sei se ela continuou o caso lá na Comissão, é um caso que representa inclusive a situação de muitas meninas de povos indígenas na Guatemala não podem ir à escola com a vestimenta tradicional. Isso te dá um exemplo de como ainda em coisas mínimas, básicas, esses direitos precisam ser resguardados. Sem falar nos direitos à chamada biotecnologia, que nenhum povo indígena que eu conheça recebe royalties por um conhecimento que já passaram a outras sociedades.

Eu não posso falar pelo governo brasileiro, mas a senhora pode ficar tranqüila, e isso também foi uma pergunta da Dra. Deborah, o governo é quem indica que

povos estarão cobertos por essa Convenção ou por outra, e aqui o âmbito, como tem o conceito objetivo e o conceito subjetivo, é muito amplo. As comunidades quilombolas, eu reconheço que conheço muito pouco da sua cultura, gostaria de conhecer mais, têm um sistema de organização social próprio, têm um sistema de crenças próprio, têm uma relação com a terra antiqüíssima, têm sua própria cosmovisão da realidade que os rodeia. Então eu não veria nenhum tipo de inconveniente. A senhora pode ir tranqüila e falar para a sua comunidade que é a minha opinião, mas essa é uma resposta que o governo desse querido país deveria dar para vocês.

DEBORAH DUPRAT

Eu volto a insistir que tanto o Decreto 4.887, quanto o Decreto 6.040 independentemente do que digam na sua literalidade, eles estão sim sob inspiração da Convenção 169, do contrário nem teriam razão de existir. Eu não tenho a menor dúvida. E é interessante que os dois importam os conceitos fundamentais da Convenção 169, seja com relação a território, seja com relação à auto-atribuição, enfim, toda inspiração.

O que eu acho, em termos de regularização fundiária, é que cada grupo tem as suas estratégias territoriais, tem a sua forma e organização territorial, e isso é o que nós vamos ter que aprender. Não se trata de direito individual, é direito coletivo e enfim, temos que caminhar para reconhecer essas diferenças e as pretensões.

Nós estivemos agora numa luta junto com o ISA também, a respeito das Resex. É um pleito das comunidades extrativistas, é um pleito de algumas comunidades ribeirinhas a regularização sob a forma de reservas extrativista. Enfim, tem aí o projeto das quebradeiras, de livre acesso aos babaçuais. Não querem território, só querem extração, então acho que temos que caminhar para essas diferenças mesmo.

A distinção entre terras e territórios está começando me preocupar porque, ela foi extremamente ressaltada no voto do Ministro Carlos Brito. Várias vezes ele falou é terra e não território, muito preocupado com o conceito de território no âmbito do direito internacional da descolonização. E na verdade, a Constituição quando fala em terras ela define território, ela usa a expressão terras para definir território. Eu acho, que independente do uso das palavras o que importa é a leitura que fazemos

delas. Para mim é irrelevante que o decreto, ou instrução normativa ou a Constituição falem em terras se no fundo eles estão definindo território. O que nós não podemos isso sim seria inconstitucional, seria ilegal, é nós tratarmos território como propriedade privada, nesse sentido de que território é o espaço da ocupação física, da apropriação. E aí acho que a nossa maior cautela, muito mais do que a preocupação com os nomes, é a preocupação com o uso que dela se faz.

Por exemplo, o Judiciário vem admitindo ações possessórias para discutir território, o que é um absurdo, nós estamos aqui no domínio de um direito constitucional, que não tem nada de civilista, nada, nem remotamente. E estamos nos valendo de um instrumento típico de direito civil para discutir um litígio que não se coloca sob esse domínio. Quando elegemos esse instrumento, já privilegiamos uma das partes do processo. Então, é isso que eu acho interessante. Tem até o pessoal do Incra aqui, que eu acho que a maior defesa que fazemos nessa história é não admitir que essa questão, seja de terras, de territórios passe, seja apropriada numa discussão civilista.

A certidão da Palmares. Eu participei da discussão desde a elaboração do 4.887. Eu fui uma ferrenha opositora dessa certidão da Palmares. Por que auto-atribuição precisa ser certificada pelo Estado? Mas o argumento utilizado na ocasião era de ordem pragmática: como vamos para o enfrentamento judicial de uma questão nova só com a auto-atribuição. Então, ela foi pensada como um reforço na auto-atribuição dos quilombolas, nunca em algo que viesse contra eles, e nós não imaginávamos que agora isso viesse e tivesse assumido essa estatura. Também acho absolutamente inconstitucional, porque acredito sim que a nossa Constituição determina o pluralismo cultural, jurídico enfim, sob todas as perspectivas, sob todos os aspectos. E eu acho que é um absurdo você condicionar o início de um processo de titulação à certidão da Palmares, acho absolutamente inconstitucional.

Também já vou respondendo à Betânia e à Azelene para dizer que quando eu digo que está de bom tamanho a nossa legislação interna, é no plano teórico. Nós não temos nada, nada de conquistas, muito pouco eu diria, de conquistas, num Judiciário que é privatista, civilista, temos muito pouco mesmo.

Eu até trago aqui, vou me permitir uma breve consideração para vermos o tamanho do problema. Nós temos um Judiciário, uma corte constitucional que está discu-

tindo o Pacto de San José da Costa Rica, se tem estatuto de emenda constitucional ou se ele é uma norma supra legal. E aí vem um ministro decidir sobre a Raposa Serra do Sol e diz que nós não temos que nos valer de norma de direito internacional alguma, mas estamos tratando aqui de uma norma típica de direito fundamental, e eles estão discutindo isso no Supremo. É óbvio que nós temos muita retórica aqui, muita lei legalzinha, mas em termos de prática estamos a uma distância enorme.

A discussão aqui é muito importante, mas é uma discussão que eu acho que tem que se iniciar nos cursos acadêmicos. Isso eu falo em todo lugar: não vamos mudar a cara desse país enquanto as faculdades de direito tiverem oito semestres de direito civil e um semestre de direito constitucional, três semestres de direito comercial, tributário agora é a matéria queridinha, não vamos realmente mudar nada, eu acho que está tudo muito mal. Eu acho que na antropologia também está mal, acho que os cursos de antropologia têm muito pouco de antropologia aplicada., Enfim, eu acho que vamos mudar muito pouco enquanto as universidades continuarem como estão.

Foi perguntado aqui pela Betânia, achei muito interessante a pergunta, sobre o momento da consulta, ou seja, as comunidades que estão em início de processo, ainda não estão tituladas, no caso das comunidades quilombolas. E no caso das comunidades indígenas cujos processos de identificação também estão no início, é possível a consulta? É óbvio que é, porque a consulta é às comunidades que preexistem aos atos do Estado, de que ordem for.

Achei interessante, recentemente, nesse processo de criação das Resex, eram doze Resex que estavam paradas na Casa Civil, e o argumento era hilário: estão paradas para não comprometer o PAC, mas as comunidades existem, então elas vão ter que ser ouvidas, vão ter que ser consideradas, independentemente da criação de um ato de criação de uma reserva extrativista, do que for, elas existem e estão lá. O pessoal esquece que os estudos e as consultas são feitas para pessoas e não para atos do Estado.

A questão dos projetos de assentamento é uma esclerose tão grande, porque o mesmo órgão que titula é o órgão que coloca assentamento. Aí não é nem uma questão de consulta, é uma questão de você não permitir. Território é uma coisa que foge completamente do poder de disposição do próprio grupo, como ele está fora do mercado jurídico, político e econômico, você não tem como dispor desse

território nem para outros interesses de igual importância, eu não estou desmerecendo os projetos de assentamento não. Agora, não pode ser dentro de território quilombola, enquanto esse território não se define você não pode criar ali nada, sob pena de você no futuro provocar a desterritorialização.

Aí você diz assim “mas o território é definido pela própria comunidade”. Eu acho que temos que fazer uma leitura. Não é que o território seja definido pela comunidade. Não é que a comunidade vai lá com um GPS e diga é aqui e aqui, acho que teríamos aí uma situação de fragilidade. O que acontece é, numa sociedade plural, também nenhum grupo tem o domínio do estabelecimento das fronteiras, porque isso se faz quando se quer promover limpeza étnica.

Numa sociedade plural, o território é a expressão de vida da comunidade. Então eu acho que a instrução normativa do Inca não está contra isso quando ela determina um estudo antropológico que dê conta de qual é o modo de vida, e portanto, como isso se traduz no território. Então quando diz que a comunidade define o território, ela define nesse sentido: é o modo de vida dela que vai dizer qual é esse território. Temos que ter um pouquinho de cuidado aí com as expressões, porque o antagonista também está brigando pelo manejo dessas expressões.

Para terminar, César, esse negócio de associação é antigo. Ela começou com as comunidades indígenas e na década de 90 nas primeiras titulações feitas pelo Inca. O Inca forçou a figura da associação, nós fomos contra também dizendo “isso é inconstitucional porque é um critério heterônomo, não vale, isso daí é desrespeito”. Eu continuo achando isso, só que na atualidade, para vários grupos a associação já é um dado cultural. Nessa perspectiva, a cultura é um processo dinâmico e ela vai assimilando práticas do entorno e tendo aquilo como próprio, então, para alguns grupos a associação virou uma coisa extremamente importante.

Temos aí um problema, eu acho, conceder título para associação é você ofender o princípio constitucional da livre associação. Aqueles que não querem ficar associados, amanhã vão perder o direito à terra? Essa é uma aberração. Então eu acho que ainda vendo a associação como um dado cultural, ainda assim eu não vejo possibilidade de emissão de título em nome de associação nunca. Porque isso pega? Isso pega só por conta de lei de registro, aí estamos com uma dificuldade, aí

eu falo para os juristas “o mundo inteiro discute a força invasiva da Constituição, e nós aqui ainda estamos nos pegando a toda legislação infraconstitucional como grande óbice ao reconhecimento de direitos constitucionais”.

A nossa luta é mostrar que quem tem direito a título é a comunidade, ela que é a beneficiária do direito constitucional, mas você tem que mostrar que só porque a lei de registro existe, um CNPJ, você vai dizer que uma comunidade não pode ser titular de direito? Você está fazendo uma inversão, essa é grande dificuldade, fazer uma leitura do direito a partir da norma e não da Constituição. A norma então que mude, ou então nós sejamos criativos. O que nós sugerimos na falta de uma coisa melhor é: dá-se o título, o título é para a comunidade apenas representada naquele ato pela sua associação, foi uma alternativa. Agora, o título é da comunidade, como isso vai ser registrado é um problema do cartório. É um problema que temos que levar às últimas conseqüências. Se nós cedermos vamos ficar reféns eternamente do direito civil, do direito notarial, do direito infraconstitucional, temos que resistir, não podemos ceder.

Com relação à consulta do judiciário. Nós levamos ao ministro Carlos Britto várias vezes o pedido de consulta. A resposta está prevista na ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), essa era uma ação popular. Então se entendeu que não havia espaço para consulta, e a consulta nesse caso seria complicada, porque ela teria que ter anuência de todas as partes, porque são partes que litigam entre si, essa foi a resposta. Daí porque não haveria uma diferença tão grande com relação à pesquisa com células-tronco, anencefalia e tal. Mas de qualquer maneira é um judiciário que trata diferente questão indígena das outras, não temos dúvidas.

Eu continuo achando também que o tradutor no processo judicial é mais indispensável que qualquer outra coisa, principalmente no processo criminal, que é um sistema de perguntas e respostas, uma das partes não entende o que está sendo perguntada a outra não sabe a resposta dela, não vai estar de acordo com a pergunta. A mesma coisa aquele que julga, se ele não compreende aquele que ele vai julgar, ele vai ser um mau juiz e vai provavelmente cometer uma injustiça. E aí eu acho que o tradutor tinha que ser uma prática do judiciário que alcance todas essas populações, todas, alcance a população de favela, alcance também a popu-

lação de assentamento. Porque falar a mesma língua é uma coisa, ter universos diferentes, que se traduzem em linguagens diferentes é outra coisa.

Por fim, eu acho que a prova oral, a oralidade dos grupos tem que ser cada vez mais estimulada, nós não podemos deixar de tê-la como um importante elemento de prova. Eu temo quando a antropologia diz o seguinte “nós temos que trazer os documentos para reforçar a prova oral”. Eu temo porque com isso destruímos o que os grupos têm de poderoso, que é a memória, e em sociedades ágrafas, a história ser transmite dessa forma, é a memória que vai não só transmitindo mas atualizando toda a cultura do grupo. Tem um antropólogo que foi contratado pelos fazendeiros do Mato Grosso do Sul e hoje ele é contratado por todos os opositores das questões indígenas e quilombolas, que fala o seguinte: os índios têm a memória oral, mas os fazendeiros têm a oral e a documental, então a memória dos fazendeiros é melhor do que a dos índios. Se formos por esse caminho estamos mal, porque quem produz documento é quem tem poder, e se nós formos atrás de documento estamos mal, então eu acho que a nossa luta é por reforçar a memória oral.

A aplicação do direito de consulta prévia na América Latina

ARTIGO

A implementação do direito de consulta prévia dos povos indígenas no Equador

David Cordero Heredia¹³³

Definição e status da incorporação da Convenção 169 no sistema jurídico equatoriano

A instituição da consulta prévia tem importância vital para o exercício dos direitos coletivos no Equador. É através da consulta prévia que se cumpre com o dever primordial do Estado de defender o patrimônio natural e cultural, proteger o meio ambiente, e promover a participação cidadã.¹³⁴

Lamentavelmente, desde a inclusão deste direito no direito positivo do Estado equatoriano em 1998, não se obteve sua garantia plena dentro da prática administrativa e judicial, apesar das constantes tentativas das organizações indígenas e da sociedade civil. Estes esforços ficaram plasmados nas várias resoluções do

133 Assessor jurídico da Fundação Regional de Assessoria em Direitos Humanos - FIDH, responsável de litígios no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Membro da Rede de Advogados Defensores dos Direitos dos Povos e da Amazônia. Realizou estudos de graduação na Pontifícia Universidade Católica do Equador.

134 Artigos 3(1), 3(3), 3(7) y 95, Constituição Política da República do Equador, os quais estabelecem: *Art. 3. - São deveres primordiais do Estado: 1. Garantir, sem qualquer tipo de discriminação, o goze efetivo dos direitos estabelecidos na Constituição e nos instrumentos internacionais, em particular a educação a saúde, a alimentação, a segurança social e a água para seus habitantes. [...]; 3. Fortalecer a unidade nacional na diversidade [...]; 7. Proteger o patrimônio natural e cultural do país. Art. 95. - As cidadãs e os cidadãos, de forma individual e coletiva, participarão de maneira protagônica na tomada de decisões, planificação e gestão dos assuntos públicos, e no controle popular das instituições do Estado e da sociedade, e de seus representantes, em um processo permanente de construção do poder cidadão. A participação será orientada pelos princípios de igualdade, autonomia, deliberação pública, respeito à diferença, controle popular, solidariedade e interculturalidade. A participação da cidadania em todos os assuntos de interesse público é um direito, que será exercido através dos mecanismos da democracia representativa, direta e comunitária.*

Tribunal Constitucional, assim como na própria inclusão do direito à consulta prévia na Constituição de 1998, na atual Constituição e na ratificação da Convenção 169 da OIT.

O presente trabalho trata de resumir o processo de implementação do direito de consulta prévia, através da análise das normas que regulam este direito, das normas vigentes, das tentativas de judicialização na via constitucional, e dos processos de aplicação iniciados.

A INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO 169 E DO DIREITO DE CONSULTA PRÉVIA NO REGIMENTO CONSTITUCIONAL

O direito de consulta prévia dos povos indígenas aparece no direito positivo equatoriano no dia 15 de maio de 1998, com a ratificação, pelo Equador, da Convenção 169 da OIT que recolhe este direito nos seguintes termos:

Artigo 6

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, por meio de suas instituições representativas, sempre que se tenham em vista medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los diretamente;
- b) criar meios pelos de poderem esses povos participar livremente, pelo menos na mesma proporção que os demais segmentos da população, em todos os níveis de tomada de decisões em instituições eletivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis por políticas e programas que lhes digam respeito;
- c) criar condições para o pleno desenvolvimento de instituições e iniciativas desses povos e, quando for o caso, prover os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser feitas, de boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo ou consentimento com as medidas propostas.

O direito de consulta prévia apareceu pela primeira vez no regimento constitucional equatoriano na Constituição que entrou em vigência no dia 10 de agosto de 1998. Nesta Constituição aquele direito foi reconhecido da seguinte forma:

Art. 84.- O Estado reconhecerá e garantirá aos povos indígenas, em conformidade com a Constituição e a lei, o respeito à ordem pública e aos direitos humanos, os seguintes direitos coletivos: [...]

5. Ser consultados sobre planos e programas de prospecção de recursos não renováveis que se encontrem em suas terras e que possam afetar o ambiental ou culturalmente; participar dos benefícios que estes projetos produzirem, quando seja possível, e receber indenizações pelos prejuízos sócioambientais que lhes cause, [...]

Ainda que o texto da Constituição de 1988 não reproduz plenamente o conteúdo da consulta, principalmente a referência expressa à consulta pré-legislativa, o mesmo instrumento reconheceu a vigência plena dos tratados internacionais no âmbito Constitucional em matéria de direitos humanos:

Art. 17.- O Estado garantirá a todos seus habitantes, sem discriminação alguma, o exercício livre e eficaz e o goze dos direitos humanos estabelecidos nesta Constituição e nas declarações, pactos, convenções e demais instrumentos internacionais vigentes. Adotará, mediante planos e programas permanentes e periódicos, medidas efetivas para o efetivo gozo destes direitos.

Art. 18.- Os direitos e garantias determinados nesta Constituição e nos instrumentos internacionais vigentes são direta e imediatamente aplicáveis por e ante qualquer juiz, tribunal ou autoridade.

Apesar de impulsionado pela sociedade civil equatoriana, a Assembléia Nacional Constituinte do Equador não estabeleceu o consentimento prévio na Cons-

tituição que está vigente desde a segunda-feira, 20 de outubro de 2008, mas ampliou o reconhecimento do direito nos termos da Convenção 169, enquanto a consulta pré-legislativa. O texto atual é o seguinte:

Art. 57.- É reconhecido e será garantido às comunas, comunidades, povos e nacionalidades indígenas, em conformidade com a Constituição e com os pactos, convenções, declarações e demais instrumentos internacionais de direitos humanos, os seguintes direitos coletivos: [...]

7. A consulta prévia, livre e informada, dentro de um prazo razoável, sobre planos e programas de prospecção, exploração e comercialização de recursos não renováveis que se encontrem em suas terras e que possam afetá-los ambiental ou culturalmente; participar nos benefícios que estes projetos produzam e receber indenizações pelos prejuízos sociais, culturais e ambientais que lhes causem. A consulta a ser realizada pelas autoridades competentes será obrigatória e oportuna. **Se não for obtido o consentimento da comunidade consultada, proceder-se-á conforme a Constituição e a lei [...]**

16. Participar mediante seus representantes nos órgão oficias que determine a lei, na definição das políticas públicas que lhes digam respeito, assim como no desenho e decisão de suas prioridades nos planos e projetos do Estado.

17. Ser consultados antes da adoção de uma medida legislativa que possa afetar qualquer de seus direitos coletivos. [...]

LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL VIGENTE

A Constituição de 1998, em seu artigo 141, estabelecia reserva de lei para certas matérias; entre elas “1- Regular o exercício das liberdades e dos direitos fundamentais garantidos por esta Constituição.” A mesma *magna carta* determinava, em seu artigo 142 (3), que “serão leis orgânicas (...) as que regulem as garantias dos direitos fundamentais e os procedimentos para sua proteção”.

Estas leis exigem um procedimento especial para ser promulgadas, pelo Congresso Nacional, o art. 143 (3) da Constituição estabelecia que “[a]s leis orgânicas serão aprovadas, reformadas, derogadas ou interpretadas pela maioria absoluta dos integrantes do Congresso Nacional”.

O órgão legislativo contemplado na Constituição de 1998, o Congresso Nacional, tinha o dever e a atribuição de “expedir, reformar e derogar as leis e interpretá-las de maneira geralmente obrigatória.”¹³⁵ Por esta razão, ao regular e garantir o exercício de um direito fundamental, era necessário que o Congresso Nacional expedisse uma lei conforme o procedimento e as normas que regulam esta faculdade. Não obstante, e como ampliaremos no parágrafo seguinte, foram expedidos dois regulamentos para regular o exercício do direito de consulta prévia dos povos indígenas, sem que tivessem sustento em uma lei orgânica.

A única referência sobre a consulta prévia contida na legislação equatoriana encontra-se nos artigos 28 e 29 da Lei de Gestão Ambiental, ainda vigente:

Art. 28.- Toda pessoa natural ou jurídica tem direito a participar na gestão ambiental, através dos mecanismos estabelecidos, para tal efeito, pelo Regulamento, entre os quais serão incluídas consultas, audiências públicas, iniciativas, propostas ou qualquer forma de associação entre o setor público e o privado. Concede-se ação popular para denunciar a quem viole esta garantia, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal por denúncias ou acusações temerárias ou maliciosas.

Art. 29.- Toda pessoa natural ou jurídica tem direito a ser informada oportuna e suficientemente sobre qualquer atividade das instituições do Estado que, conforme o Regulamento desta Lei, possa produzir impactos ambientais. Para tal efeito, poderá formular petições e interpor ações de caráter individual ou coletivo ante as autoridades competentes.

¹³⁵ Constitución de 1998, Art. 130 (5).

NORMATIZAÇÃO

O DECRETO 3401

Por meio do Decreto Executivo Nº 3401 de 2 de dezembro de 2002, publicado no Registro Oficial Nº 728 do dia 9 de dezembro de 2002, o Ex-presidente Gustavo Noboa Bejarano emitiu o “Regulamento de Consulta e Participação para a Realização de Atividades Petrolíferas” (de agora em diante, Decreto 3401).

O Decreto 3401 apareceu quatro anos depois da vigência da Constituição de 1998 e continha inconstitucionalidades formais e materiais, esvaziando o conteúdo do direito de consulta prévia.

O artigo 171 (5) da Constituição de 1998, estabelecia potestade normativa ao Presidente da República para, única e exclusivamente, aplicar leis sem transgredilas. O Decreto 3401 não era um regulamento para a aplicação de uma Lei, pois até hoje não existe uma lei orgânica que regule o exercício do direito de consulta das nacionalidades indígenas.

No que diz respeito as inconstitucionalidades materiais, o Decreto 3401 continha, além da violação ao direito de consulta prévia, violações ao princípio da soberania e das obrigações estatais de defender o patrimônio natural do país e de proteger o meio ambiente, violação ao direito a informação, ao direito à participação nos benefícios econômicos gerados pela atividade estatal, o direito de reparação por prejuízos socioambientais, e a violação da proibição de limitar direitos humanos por um instrumento diferente da lei.

O Decreto 3401, em seus artigos 12, 24, 27, 28, 32, 34, 35 y 36, estava em contradição com o princípio de soberania e o exercício da mesma através dos Poderes Públicos, ao transferir responsabilidades estatais respeito a promoção e a proteção dos direitos humanos, concretamente o direito de Consulta, às empresas transnacionais.

Em relação ao direito de consulta prévia das nacionalidades indígenas, os artigos 8, 10 y 11¹³⁶ do Decreto 3401 condicionava a incorporação dos resulta-

136 O texto do artigo do Decreto 3401: *Artigo 10. - Objeto da consulta prévia de execução aos povos indígenas, [...] é o de contar previamente com os critérios, comentários, opiniões e propostas das comunidades indígenas e afroequatorianas que habitam a área de influência direta do projeto, sobre os impactos socioambientais positivos e/ou negativos específicos que possa ser causado pelas atividades de prospecção e exploração de hidrocarbonetos, como também determinar as medidas socioambientais de prevenção, mitigação, controle, compensação e*

dos da consulta ao fato de que estes fossem “tecnicamente viáveis e legalmente procedentes”. Ou seja, se a consulta trás um resultado desfavorável à prospecção e exploração, as companhias petrolíferas poderiam argumentar que a opinião da comunidade é inviável e improcedente.

Os artigos 21 y 22 do Decreto 3401 reduziam o direito de consulta a simples procedimentos. Não sendo realizada a consulta, o funcionário encarregado deve simplesmente registrar o fato. Mais ainda, indica que em caso de falta de resoluções ou consensos, isto deve ser registrado no expediente, permitindo que se continue o processo. Tampouco se suspende o prazo da consulta. Neste mesmo sentido, o artigo 33 do Decreto 3401, ao fixar os prazos de 60/30 dias para chegar a resoluções e consensos, indicava que na falta de resoluções e consensos, o processo continua.

As normas contidas nos artigos 37, 38, 40 e 41 do Decreto 3401 igualmente evidenciavam que não era obrigatório chegar a resoluções e consensos para dar continuidade ao processo.¹³⁷ De igual maneira, estes artigos referiam-se a consulta às “comunidades”, o que nos leva a concluir que uma parte destas comunidades bastaria para legitimar a consulta, sem que as autoridades da comunidade consultada fossem tomadas em conta, nem tampouco seu sistema de governo ou suas instituições comunitárias.

No artigo 23 do Decreto 3401, referente a consulta prévia a licitação a ser executada pelo Estado, não se garantia o direito de participação universal. Estabelecia como facultativa (“sendo possível”) a publicação num diário local ou meios de comunicação “disponíveis”. Os artigos 43 e 44 do Decreto 3401 limitavam o direito de participação universal à capacidade econômica dos sujeitos consultados: “[em relação aos] custos de participação dos sujeitos da consulta prévia a licitação, [...] a mobilização corresponde a cada um deles.”

reabilitação relacionadas com os impactos socioambientais negativos, assim como impulsionar os impactos socioambientais positivos, que, sendo técnica y economicamente viáveis e legalmente precedentes, serão incorporados no Estudo de Impacto Ambiental e no Plano de Manejo Ambiental, inclusive o Plano de Relações Comunitárias.

137 Assim indicavam estas normas: artigo 37 “ao final do processo de consulta prévia poderão ser estabelecidas as resoluções e os consensos”; artigo 38: “sendo o caso, estas resoluções e consensos constarão nos instrumentos”; artigo 40: “em caso de que se chegue a resoluções e consensos”; e, artigo 41: “as resoluções e consensos aos que pudessem chegar”.

O Decreto 3401 não acolhia o espírito da normativa constitucional e internacional no desenvolvimento de suas normas. Os artigos 14 e 30 do decreto 3401 permitiam a classificação dos dados obtidos como informação reservada por contrato ou acordo confidencial. Isto obstaculizaria o acesso à informação e a disponibilidade de que a consulta seja substancial.

Para compreender melhor o conteúdo e alcance deste direito, convém considerar o que foi debatido na Assembléia Constituinte de 1998. Os e as assembleistas votaram pela aplicação do direito estabelecido na Convenção 169 da OIT,¹³⁸ e pela necessidade de distribuir a riqueza nos lugares onde esta era extraída, que eram os mais pobres e excluídos.¹³⁹

Através do Decreto 3401, a integralidade da reparação ficava restrita, não ao dano ambiental, mas sim às áreas da educação e da saúde. Devemos entender que o meio ambiente compreende tanto os bens materiais como os espirituais, meio biótico, abiótico e o patrimônio cultural humano (abarcando também a saúde e a qualidade de vida) e natural (água, ar, solo, subsolo, biosfera em geral). Finalmente, o Decreto 3401 limitava o direito humano de consulta prévia das nacionalidades indígenas mediante um simples regulamento.

Os artigos 15, 16, 17 y 18 do Decreto 3401 limitavam o exercício real do direito de participação universal, ao estabelecer obrigações condicionais discricionárias, que dependiam da vontade unilateral da empresa; assim, o uso das expressões: “com vistas a”, “na medida das possibilidades”, “capacidade instalada [...] na medida do possível”; em vez de haver estabelecido obrigações puras e simples que indicassem, em si mesmas, seu cumprimento.

O artigo 31 do Decreto 3401 não deixava explícita a forma pela qual a informação proporcionada pelas organizações seria utilizada e condicionava a conside-

138 Ata 67, de 24 de abril de 1998. Continuação do segundo debate do relatório da comissão sobre direitos das nacionalidades indígenas. O representante Dávalos Guevara indica que a disposição constitucional deve estar em harmonia com o Art. 15, numeral 2, da Convenção 169 e que os povos interessados deverão participar, sempre que seja possível, nos benefícios que produzam estas atividades. O representante Hurtado Larrea sugere o texto “Aceder aos benefícios que estes projetos produzam, quando seja possível”. A representante Nina Pacari se pronuncia para que o texto constitucional acolha o conteúdo do Art. 15 da Convenção 169 da OIT, indicando que a Constituição não pode “contemplar menos do que contempla a Convenção 169”. O representante Albán Gomez indica que “..a Convenção (169) é uma lei nacional, está vigente, está plenamente (sic) e deve ser plenamente aplicada”.

139 O representante Maldonado Ruiz expressa que as províncias de onde sai a riqueza do país, são as mais desprotegidas, uma vez que não receberam benefícios da exploração do petróleo.

ração dos critérios apresentados ao fato de estes serem “técnica e economicamente viável e legalmente procedentes.”

Os artigos 25 e 26 do Decreto facultava a empresa extrativa a identificar a população afetada, excluindo do processo de consulta algumas comunidades que poderiam ser afetadas pela atividade, limitando assim seus direitos humanos de acordo com o critério da empresa. O artigo 42 novamente limita direitos humanos por meio de um regulamento.

O DECRETO 1040

No dia 22 de abril de 2008, por meio do Decreto Executivo 1040, o presidente Rafael Correa Delgado emitiu o “Regulamento de Aplicação dos Mecanismos de Participação Social estabelecidos na Lei de Gestão Ambiental”; este Decreto foi publicado no Registro Oficial No. 332 da quinta-feira 8 de maio de 2008, enquanto ainda estava vigente a Constituição de 1998.

O Decreto 1040 substituiu o Decreto 1897 (Regulamento do artigo 28 da Lei de Gestão Ambiental Sobre a Participação Cidadã e Consulta Prévia), que tratava da consulta prévia em matéria ambiental.

O Decreto 1040 passou a ser a regulação vigente que trata da consulta prévia às nacionalidades indígenas, como expressa seu artigo 26:

Art. 26.- PROCEDIMIENTO PARA OS POVOS INDÍGENAS E AFROECUATORIANOS.- O procedimento de participação social indicado neste regulamento, será aplicado sem prejuízo do regime especial que outorga os artigos 84 e 85 da Constituição Política da República aos povos indígenas, que se auto-definem como nacionalidades de raízes ancestrais, e os povos negros ou afroequatorianos.

A promulgação do Decreto 1040 simplifica de forma notável o procedimento estabelecido pelo Decreto 1897 (uma indicação disto, ainda que não conclusiva, foi o reduzir os 43 artigos de procedimento a 27 artigos) e adoece de várias das inconstitucionalidades do Decreto 3401, como analisaremos a continuação.

Em primeiro lugar, o Decreto 1040 repete as duas inconstitucionalidades de forma, tendo sido emitido sem que exista uma lei que regule a consulta prévia das nacionalidades indígenas, e tendo sido emitido pelo Executivo, invadindo as atribuições da função legislativa.

Em relação ao princípio de soberania e as obrigações do Estado de defender o patrimônio natural e de proteger o meio ambiente, o Decreto 1040 contém um avanço notável, já que reconhece como obrigação do Estado a garantia do direito de consulta, nos seguintes termos:

Art. 10.- MOMENTO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL: A participação social será efetuada de maneira obrigatória para a autoridade ambiental de aplicação responsável, em coordenação com o promotor da atividade ou projeto, de maneira prévia à aprovação do estudo de impacto ambiental.

Neste sentido também expressam os artigos 11, 12, 13 e 14. É especialmente importante o fato de que o artigo 13 estabeleça que o Estado financiará a execução do processo de consulta prévia, como elemento essencial para levar adiante um processo independente.

Não obstante, esta formulação da consulta prévia inclui novamente as empresas interessadas dentro do processo, quando o único direito existente é o das nacionalidades consultadas.

O artigo 9 do instrumento mencionado estabelece:

[...] A participação social na gestão ambiental tem como finalidade considerar e incorporar os critérios e as observações da cidadania, [...] sempre e quando seja técnica e economicamente viável, para que as atividades ou projetos que possam causar impactos ambientais se desenvolvam de forma adequada, minimizando e/ou compensando estes impactos a fim de melhorar as condições ambientais para a realização das atividades ou do projeto proposto em todas as suas fases.

A fórmula contida neste artigo supõe que a atividade será realizada sem importar que a decisão da nacionalidade indígena seja a de opor-se à realização do projeto.

Conforme o disposto pelos artigos 9, 19 e 24 do Decreto 1040, a consulta prévia fica reduzida a um mero trâmite na execução das atividades extrativas dentro das quais as nacionalidades indígenas não têm qualquer possibilidade de oposição. O artigo 9 indica que as opiniões das nacionalidades serão incluídas na medida em que sejam técnica y economicamente viáveis, o artigo 19 declara que em caso de que as pessoas da nacionalidade afetada não acudam aos eventos da consulta se continuará com o projeto; e o artigo 24 estabelece que os projetos que não são submetidos ao processo da consulta serão inexecutáveis, ainda que não indique nada sobre a decisão da comunidades.

Em relação ao direito de aceder a informação, o Decreto 1040 traz um avanço significativo respeito as características da informação apresentada às nacionalidades indígenas:

Art. 9.- ALCANCE DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL: [...]

A informação a ser proporcionada à comunidade da área de influência em função das características sócio-culturais deverá responder a critérios tais como: linguagem simples e didática, informação completa e veraz, no idioma nativo, sendo o caso; e procurará um alto nível de participação.

Experiência de aplicação da consulta prévia

O Equador tem uma história de exploração petrolífera que atentou contra os povos indígenas, as comunidades rurais e contra a conservação da natureza. Assim confirmou o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (de agora em diante, CIDH) de 1997: “os efeitos do desenvolvimento e exploração de petróleo no Oriente não somente danificou o meio ambiente, mas também impediu de forma direta o (exercício do) direito a

sobrevivência física e cultural dos povos.”¹⁴⁰ Pese a que tenham passados onze anos da publicação deste relatório, o problema persiste, as comunidades que habitam os Blocos 20 e 29 dentro do primeiro processo que foi executado em base ao Decreto 3401 “denunciaram a inconstitucionalidade do regulamento, assim com as debilidades e faltas que o processo teve [...], manifestaram sua inconformidade com a consulta ao considerá-la ilegítima, manipulada e nada transparente [...], além de afirmar que a informação recebida foi parcial e pouco clara, ficou evidente a manipulação do processo por parte de dirigentes e facilitadores locais que diziam às pessoas que tinham que aceitar a atividade petrolífera, que não tinham outra opção.”¹⁴¹

A seguir analisaremos a jurisprudência do Tribunal Constitucional e descreveremos o processo de consulta executado nos Blocos 20 e 29 na Amazônia equatoriana.

JURISPRUDÊNCIA

O CASO DA FEDERAÇÃO INDEPENDENTE DO POVO SHUAR (994-99-RA)

No dia 24 de agosto de 1999, a Federação Independente do Povo Shuar do Equador (FIPSE) interpôs um mandado de segurança pelo qual descreveu a conduta ilegítima impugnada da seguinte maneira:

“A CONDUCTA ILEGÍTIMA DA COMPANÍA ARCO ORIENTE INC.

[...] [I]ngressou no território da FIPSE, sem contar com a autorização dos dirigentes que representam o Povo Shuar, com o fim de promover diálogos privados e individuais com poucos membros da Federação, logo da resolução pública da FIPSE de não permitir a negociação isolada entre qualquer centro ou associação membro com a mencionada companhia.

¹⁴⁰ CIDH, *op. cit.*, pág. 115.

¹⁴¹ GUAMÁN, fabricio, “Indígenas exigen nulidad de la Consulta Prévia”, Nota de imprensa do dia 23 de janeiro de 2004, Frente de Resistencia a la Actividad Petrolera en Napo /Red de Comunidades Kichwas de la Amazonia /Red Napo, <http://www.ecuador.indymedia.org/es/2004/01/4598.shtml>.

[...] [C]elebrou o “convênio de cooperação” entre a companhia e indivíduos sem poderes de representar a Federação, [...] manipulou a presença do Governador [da província] de Pastaza, chamando-o de “delegado oficial do governo”, para que a reunião estivesse revestida de caráter oficial.

[...] [T]ergiversou os direitos difusos e coletivos no mencionado “convênio de cooperação”, promovendo a confusão de limites e alcances das garantias constitucionais dos Povos Indígenas, e convencendo os subscritores [...] que eles poderiam conformar um “comitê de coordenação” para a totalidade do Bloco 24 [...]. O Comitê, na realidade, foi criado para incidir nas relações internas de nosso Povo.

[...] [L]ogo após de induzir a subscrição do “convênio de cooperação” seguiu fomentando reuniões com pessoas que não contam com o poder de representar a Federação.”¹⁴²

O Juiz 1º da Vara Cível de Morona Santiago, no dia 8 de setembro de 1999, ditou uma resolução favorável aos autores, e em sua resolução ordena que: “1.- A recorrida não deve aproximar-se aos indivíduos ou as organizações de base dentro e fora do território da FIPSE sem a devida e legítima autorização da Assembléia da Federação através de seus dirigentes; 2.- A proibição da recorrida de aproximar-se ou promover reuniões com a intenção de dialogar com qualquer indivíduo, centro ou associação pertencente à FIPSE, sem que tenha a devida e legítima autorização da Assembléia da Federação através de seus dirigentes”.

Remitida ao Tribunal Constitucional, este decide a ação mediante a resolução No.247-RA-00 do dia 16 de março de 2000, confirmando a decisão do Juiz 1º da Vara Cível de Morona Santiago. De tal resolução podemos destacar que: (i) aceita-se o argumento de que um “comportamento” composto por uma série de atos é suscetível de impugnação mediante mandado de segurança, ainda que a posição recorrente do Tribunal Constitucional era a de considerar impugnáveis somente

¹⁴² Ação apresentada ante o Juiz da Vara Cível de Morona Santiago, dentro do processo No. 994-99-RA, págs. 7 - 8.

os “atos administrativos”; (ii) declara-se que as relações comunitárias com a nacionalidade Shuar devem respeitar sua forma de organização comunitária, e que fazer o contrário provocaria a divisão da comunidade, afetando-a gravemente; e (iii) que o fato de não respeitar a organização da nacionalidade indígena viola vários de seus direitos específicos, entre eles o de consulta prévia.

O CASO DA ORGANIZAÇÃO DAS NACIONALIDADES HUAORANI (0054-2003-RA)

A Confederação de Nacionalidades Indígenas do Equador (Conaie) interpôs um mandado de segurança contra o Gerente Geral e Representante Legal da AGIP OIL ECUADOR B.V. contra o convênio subscrito entre dita empresa com a Organização de Nacionalidades Huaorani da Amazônia Equatoriana (ONAE) e as comunidades de Tiweno, Tarangano, Damointado, Akaro (Tomo), Enquerido e Quihuaro, no dia 28 de março de 2001.

A Conaie alegou que o convênio era “enganoso”, e esta afirmação está sustentada em vários pontos de seu documento: (i) o convênio foi redigido em espanhol, não existe uma versão nos idiomas dos e das Huaorani; apenas seus líderes falam em espanhol, de uma maneira muito limitada, razão pela qual desconheciam o significado de muitas das palavras técnicas e jurídicas contidas no convênio, (ii) fica subentendido, no mencionado convênio, que a consulta prévia foi realizada de maneira adequada, quando de fato foram realizadas somente duas reuniões com os dirigentes; e, (iii) contém ofertas inúteis como “3 quintais de arroz, 3 quintais de açúcar, 6 baldes de banha, 3 sacos de sal, 2 bolas de futebol, 1 apito de juiz e 1 cronômetro” em troca da autorização para entrar nos territórios Huaorani e realizar suas atividades, sem que a população compreenda a dimensão do impacto ambiental e social que significa esta indústria.

As obrigações adquiridas pela nacionalidade Huaorani incluem: (i) a proibição de deslocar-se dentro de seu território, naquelas áreas onde se executa o projeto extrativo, renunciando sua natureza ancestral de povo nômade; (ii) a obrigação de subscrever novos convênios em caso de ser encontradas novas reservas de hidrocarbonetos; (iii) se a empresa não encontra reservas exploráveis, todas suas obrigações adquiridas em razão do contrato ficam sem efeito.

O Juizado Vigésimo Primeiro da Vara Cível [da Província] de Pichincha resolveu, no dia 05 de dezembro de 2002, aceitar parcialmente o mandado de segurança, isto é, com exceção do primeiro ponto de rescindir o convênio, aceitou que a companhia AGIP consulte e informe de maneira adequada à nacionalidade Huaorani sobre o projeto extrativo e que um advogado da Procuradoria Geral do Estado ou da Defensoria do Povo assista as negociações com a empresa em defesa dos interesses das comunidades.

Por meio de uma vergonhosa resolução, que contém somente um parágrafo de análise, o Tribunal Constitucional resolve o caso em última instância com resolução No. 0054-2003-RA, do dia 03 de julho de 2003, revogando a resolução do juiz da instância inferior naquilo que era favorável à nacionalidade Huaorani e confirmando a validade do convênio. Nesta resolução ficaram estabelecidos dois precedentes nefastos na justiça constitucional equatoriana: (i) equiparam-se os convênios impulsionados pelas empresas (inclusive aqueles que aceitam a existência de consultas prévias inexistentes) com nacionalidades indígenas a contratos civis cuja legitimidade deve ser subentendida; (ii) em caso de que seja alegado que a informação foi insuficiente ou que conduziu a comunidade a erro, isto deveria ser demonstrado por meio de um processo civil e não constitucional.

Finalmente, a resolução do Tribunal Constitucional não desenvolve o conteúdo do direito de consulta prévia e, em geral, não faz nenhum pronunciamento sobre o mérito da ação.

O CASO DO CINE IMAX NA PARÓQUIA DE CUMBAYÁ (679-2003-RA Y 034-2003-TC)

Apesar de que este caso trata da consulta ambiental, é de interesse para o presente estudo devido a forma pela qual o Tribunal Constitucional determinou consequências jurídicas ante a falta de consulta prévia à população afetada por um projeto de desenvolvimento urbano.

O Presidente da Junta Paroquial de Cumbayá (paróquia rural do distrito de Quito) interpôs um mandado de segurança contra o convênio entre o Município Metropolitano de Quito e a Universidade San Francisco de Quito para a cons-

trução de um centro comercial e uma sala de cine Imax que trariam uma grande afluência de tráfego à população de Cumbayá. Ao mesmo tempo, o mesmo autor interpôs uma ação de inconstitucionalidade contra a Ordenança Municipal que viabiliza o projeto. Entre outros argumentos, o autor alegou que a consulta prévia à comunidades não havia sido realizada, nem antes da aprovação do projeto, nem antes de que fosse legislada, por meio de uma ordenança, sua construção.

O mandado de segurança foi interposto ao juiz quarto da vara cível da província de Pichincha, quem, em resolução do dia 7 de outubro de 2003, decidiu negar o mandado de segurança. Em apelação ante o Tribunal Constitucional, este resolveu de forma favorável aos autores, cabendo ressaltar a análise feita pelo Tribunal:

QUINTO.- [...] adverte-se que, como indica o autor, o impacto que provocará no setor e em seus habitantes, a maior afluência veicular, será gerada uma maior quantidade de ruídos e emissões tóxicas que, sem duvidas, serão causais de afetação ao meio ambiente, conseqüentemente, à saúde da populações do setor. É preocupante que, inobstante ser evidente o impacto que causaria ao meio ambiente a execução de tal projeto, não tenham sido realizados os estudos técnicos que teriam permitido estabelecer, de ser viável, os corretivos necessários, [...].

SEXTO.- O artigo 88 da Constituição Política determina a obrigação de contar com o critério da comunidade, em toda decisão estatal que possa afetar ao meio ambiente, para cujo efeito a comunidade deverá estar devidamente informada, remetindo à lei para que garanta a participação da comunidade.

O artigo 28 da Lei de Gestão Ambiental, [...] recolhe a importância que a Constituição concede à participação cidadã na gestão ambiental, a ponto de qualificar como prioritária e decisiva a opinião da coletividade, para efeitos da execução de atividades que possam afetar o meio ambiente, participação que se torna indispensável pois é precisamente a comunidade a que enfrentará as conseqüências das atividades de diferentes tipos a ser realizadas em seu entorno.

Da análise do processo, encontra-se que não foi justificada a execução de nenhuma consulta à comunidade, para o estabelecimento do projeto pactuado

com a Universidade San Francisco, em violação ao direito coletivo consagrado no artigo 88 da Constituição, assim como o direito a viver num ambiente saudável, ecologicamente equilibrado e livre de contaminação, previsto nos artigos 23, numeral 6 e 86 da Constituição Política.

SÉPTIMO.- Um ato de autoridade emitido em violação a um direito constitucionalmente reconhecido e protegido, sem dúvidas, adoece de ilegitimidade, e se, além disso, ameace causar um dano, é factível que, mediante mandado de segurança, seja tutelado o direito do ou dos afetados com a emissão de tal ato, conforme previsto pelo artigo 95 da Constituição Política.

A resolução do Tribunal Constitucional do dia 17 de março de 2004 ordenou a paralisação da construção do projeto e significou dois avanços importantes dentro do campo da justiça constitucional: (i) o reconhecimento de que um ato que viole direitos humanos se converte em um ato ilegítimo e, portanto, suscetível de impugnação via mandado de segurança, em lugar da concepção clássica de legitimidade tomada do direito administrativo que foi amplamente utilizada pelo Tribunal Constitucional; e (ii) reconhece que a falta de consulta prévia constitui uma violação de direitos humanos, sendo motivo suficiente para que a atividade inconsulta seja paralisada.

No que diz respeito à ação de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional resolveu de maneira favorável, deixando sem efeitos a ordenança que permitia a construção do projeto Imax:

Que, o artigo 88 da Constituição Política estabelece que: "Toda decisão estatal que possa afetar o meio ambiente, deverá contar previamente com os critérios da comunidade, para o qual esta será devidamente informada. A lei garantirá sua participação". Não obstante, no expediente não aparece sustento algum que determine o cumprimento deste requisito, cujo fundamento e razão de ser está relacionado com o direito à qualidade de vida dos cidadãos que se traduz em preservação da saúde, viver em um ambiente saudável, ecologicamente equilibrado e livre de contaminação.

O CASO ÍNTAG (459-2003-RA),
O CASO NANGARITZA (0334-2003-RA)
E O CASO YUMA (0544-06-RA)

Os casos de Íntag, Nangaritza e Yuma são muito similares enquanto a seus fatos. Os três consistem em concessões mineiras entregues pelo Estado a diferentes empresas sem que fosse realizada nenhuma consulta prévia às comunidades afetadas.

O caso Nangaritza foi resolvido pelo Tribunal Constitucional no dia 1º de outubro de 2003, cuja resolução analisou unicamente o processo legal de adjudicação da concessão mineira e, concluindo que o ato estatal era legítimo, não analisou o direito de consulta prévia. O caso de Íntag foi resolvido pelo Tribunal Constitucional no dia 9 de dezembro de 2003, sem que fosse analisado o mérito da ação, tendo esta sido negada por falta da figura do dano iminente.

Cabe destacar que a resolução do caso Íntag foi aprovada por cinco votos a favor, enquanto que os outros quatro magistrados emitiram um voto com ressalvas, pelo qual analisaram as alegações apresentadas pelos autores e determinaram que:

Que, o artigo 88 da Constituição Política do Estado, contido na seção do meio ambiente, diz: "Toda decisão estatal que possa afetar o meio ambiente, deverá contar previamente com os critérios da comunidade, para o qual esta será devidamente informada. A lei garantirá sua participação".

Que nas folhas 156 e 166 do expediente de instância consta o ofício Nro. 697 DM-2002-027439 do dia 16 de agosto de 2002, subscrito pela senhora Ministra de Energia e Minas (E) e dirigido ao Prefeito do distrito de Cotachachi, mediante o qual dá a conhecer o estado do processo de oferta da área denominada Junín, e que se torna interessante ver que na explicação que oferece sobre o processo legal e regulamentar, desde a convocatória até a apresentação de ofertas, até a aprovação ou rechaço por parte da Subsecretaria de Proteção Ambiental do Estudo de Impacto Ambiental, e posterior início de exploração, não existe a proteção do direito da comunidade nos termos que estabelece a Constituição em seu artigo 88 já citado [...].

Que, efetivamente, o conteúdo do dispositivo constitucional apresenta elementos mínimos que devem ser considerados: 1) Uma decisão estatal; 2) Probabilidade de afetação ao meio ambiente; 3) O Estado deve informar devidamente à comunidade; 4) O Estado deve contar com os critérios da comunidade, prévio a tomada de sua decisão; e 5) O Estado garantirá a participação da comunidade.

Que, no presente caso, a ilegitimidade do ato se produz quando o Estado, além da inexistência de uma lei, não atendeu sua responsabilidade de incorporar à comunidade nas decisões que possam afetá-las, violando assim o artigo 88 da Constituição; e, em proteção do direito ao meio ambiente reconhecido no artigo 23 numeral 6, e com o fim de evitar possíveis danos ecológicos na zona de Íntag, sendo ainda mais grave se estes danos chegassem a produzir-se passando por alto os critérios da comunidade.

Este voto salvo serviu de precedente para as resoluções do caso Imax, mas lamentavelmente no dia 21 de março de 2007 o Tribunal Constitucional rechaça seu precedente e nega o mandado de segurança no caso Yuma.

O CASO DOS PÂNTANOS SECOS DE PASTAZA

(222-2004-RA)

No dia 18 de novembro de 2003, o município de Pastaza adjudicou uma obra de pântanos secos artificiais na cidade de Puyo. A área do projeto se encontrava dentro de uma zona densamente povoada e havia sido iniciada 10 anos antes, com a construção de piscinas de oxigenação. O que então era uma zona rural, foi declarada, no momento dos fatos, uma zona de expansão urbana. Para a construção da obra foi realizada a expropriação de terrenos da zona, os moradores da zona solicitaram ao Prefeito a realocização do projeto longe da zona urbana, seu estudo por parte do Ministério de Ambiente e sua socialização e consulta à comunidade, solicitudes estas que não foram atendidas.

A população afetada interpôs mandado de segurança ao Juiz Primeiro da Vara Cível de Puyo, quem decidiu a favor dos autores no dia 16 de março de 2004.

O caso foi apelado ao Tribunal Constitucional, o qual ratificou a decisão do juiz de primeira instância por meio de sua resolução do dia 9 de junho de 2004. Em sua resolução, o Tribunal remarca a legitimação ativa de toda pessoa em defesa do meio ambiente e a inexecutabilidade de todo projeto que não seja precedido de consulta prévia à cidadania. Nas palavras do Tribunal:

SEXO.º O direito ambiental, já foi dito, é um subsistema normativo que regula ou coloca limites às atividades humanas para proteger a natureza; o direito ambiental judicializa as ações humanas para convertê-las em objeto de regulação, mas também o faz em relação à natureza para convertê-la em objeto de proteção. Em matéria ambiental, existem princípios como o do caráter tutelar deste direito, assim como seu caráter preventivo e reparador, mais do que repressivo, se a lógica do direito em geral se baseia no castigo do ato in jurídico, por outro lado o direito ambiental tem por objetivo evitar a comissão do ato in jurídico e tem instrumentado outras medidas que se afastam desta lógica, como os acordos voluntários, a publicidade e a participação comunitária. Uma das maneiras de prevenir a produção do dano é mediante o conhecimento e valoração antecipada dos perigos e dos riscos, e este conhecimento e valoração se realizam mediante a avaliação adiantada de tudo aquilo que encerra perigos. Os princípios de precaução e prevenção são colocados em execução através dos estudos de impacto ambiental que têm como finalidade evitar a ocorrência de danos ambientais. O Estado equatoriano estabelece como instrumento prévio à realização de atividades suscetíveis de degradar ou contaminar o ambiente, a obrigação de que os interessados realizem um Estudo de Impacto Ambiental e o respectivo Programa de Mitigação Ambiental [. . .].

DÉCIMO SEGUNDO.- Cabe precisar que a grande maioria de legislações sobre estudos de impacto ambiental incluem o requerimento da informação e consulta às populações locais e aos cidadãos. Uma correta e legítima gestão pública ambiental está integrada por “ações governamentais e cidadãs orientadas ao desenvolvimento sustentável”. A consulta pública é outro dos aspectos importantes vinculados ao manejo ambiental, e é que a participação da população

deve ser expressada nas diferentes etapas deste manejo, isto é, na planificação, normativa, elaboração de estudos de impacto ambiental, vigilância e legitimidade processual; deve estar habilitada para acionar diferentes demandas perante as instâncias administrativas ou judiciais. A Constituição Política em seu Art. 88 consigna: “Toda decisão estatal que possa afetar o meio ambiente, deverá contar previamente com os critérios da comunidade, para o qual esta estará devidamente informada. A Lei garantirá sua participação”. O Art. 28 dispõe que toda pessoa natural ou jurídica tem direito a participar na gestão ambiental; que se concede ação popular para denunciar a quem viole esta garantia, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal por acusações maliciosamente formuladas. “O incumprimento do processo de consulta a que se refere o artigo 88 da Constituição Política da República torna inexecutável a atividade e será causal de nulidade dos contratos respectivos”. Como foi assinalado neste caso, o Conselho Municipal do Distrito de Pastaza, de maneira totalmente inconulta, iniciou a execução deste projeto, pese a receber uma série de queixas e preocupações da cidadania em relação à iminência dos danos ambientais que o mesmo geraria, e sem escutar o clamor popular prosseguiu com a execução do mesmo, não obstante haver recebido uma disposição do Ministério do Ambiente de suspender a execução do mesmo, até que o Município apresentasse uma auditoria ambiental com o fim de terminar se foram ocasionados danos ambientais, tal como consta nas comunicações acima mencionadas. [...]

DÉCIMO QUARTO.- Consta no expediente notícias sobre o movimento de terras realizado com maquinaria pesada em uma extensão de 4 hectares e a remoção de toda capa vegetal para a construção das piscinas de sedimentação e tratamento das águas negras no Puyo, sem que este trabalho conte, como foi indicado, com a respectiva Licença Ambiental, e que se tenha procedido a realizar a consulta prévia à populações ou comunidade afetada, o que torna ilegítima a atuação da autoridade municipal, e em consequência a atividade relacionada com este Projeto dos Pântanos Secos se torna inexecutável por vulnerar o direito da população a viver em um meio ambiente saudável e ecologicamente equili-

brado, direitos constitucionalmente reconhecidos a favor dos equatorianos, e que não podem ser mero enunciados, pelo contrário, devem ser aplicados e ter vigência na prática, sem que possam ser violados por autoridade alguma.

A CONSULTA PRÉVIA NOS BLOCOS 20 E 21

Entre setembro e dezembro de 2003, foi realizado um processo de consulta prévia nos blocos petrolíferos 20 e 29, sendo o primeiro exercício de aplicação do Decreto 3401 num processo prévio à licitação da atividade petrolífera na Amazônia. Estes blocos estão dentro das províncias de Orellana, Napo e Pastaza, e a extensão conjunta de ambos blocos é de 448.276 ha. Conforme a informação apresentada pela Universidade Politécnica Salesiana (UPS), contratada para executar o processo de consulta, a população em ambos blocos é de aproximadamente 64.521 habitantes, sendo que ao redor de 32.000 pessoas pertencem à nacionalidade indígena Kichwa da Amazônia.

A UPS contratou mais de 30 líderes comunitários como facilitadores do processo de consulta, além comunicar-se com organizações indígenas de segundo grau. O processo de socialização da informação incluiu algumas assembléias e oficinas orientadas aos presidentes das comunidades. Ao término deste processo (60 dias), as comunidades entregaram à UPS uma ata final onde apresentavam seus critérios.

Em março de 2004, as organizações locais, Frente de Comunidades Kichwas de Rukullacta, Associação Kallari, RICANCIE, RECOKA e o distrito Archidona, pronunciaram-se publicamente sobre a consulta prévia nos blocos 20 e 29.¹⁴³ Este pronunciamento foi baseado na investigação realizada por Meghan Morris, quem identificou como debilidades do processo: (i) o curto tempo (60 dias para consultar a 90.000 pessoas); (ii) o desconhecimento geral sobre os efeitos jurídicos da consulta prévia e sua natureza de direito humano; (iii) a convocatória ao processo de consulta alcançou somente um 70% das comunidades indígenas rurais da zona e excluiu a população urbana e mestiça; (iv) os facilitadores não foram devidamente capacitados, receberam capacitação sobre temas técnicos em

¹⁴³ Publicado em Fontaine, editor. *Petróleo y desarrollo sostenible en el Ecuador*. No. 2. Las apuestas. 1ª. Edição. FLACSO. 2004

curso de 6 dias; (v) foi um processo de socialização de informação, mas não de consulta; (vi) a informação não chegou às pessoas consultadas de maneira clara (as reuniões duraram, em média, 4 horas); (vii) a informação não foi idônea e baseou-se unicamente nos benefícios que as comunidades poderiam obter das empresas; (viii) o processo de consulta foi conduzido de maneira a dar a entender que não cabia a aceitação da atividade; (ix) não foram convocados a todos os representantes das comunidades para assembléia final, e mais de 40% das comunidades não foram representadas; (x) a decisão foi manipulada por alguns líderes indígenas que atuaram como facilitadores, e que disseram a seus representados que não existia a opção de dizer não; e, (xi) foram bloqueadas todas as tentativas de fiscalização do processo por parte da sociedade civil.

O processo de consulta prévia nos blocos 20 e 29 foi aprovado pelo Subsecretário de Proteção Ambiental, pese a que fique evidente, *prima facie*, nos arquivos do processo, a falta de consulta à população urbana e mestiça, ainda que o expediente tenha por título “processo de consulta e participação dos povos indígenas e cidadania em geral”. As denúncias de irregularidades do processo não foram tomadas em conta, sequer foram analisadas no texto de aprovação.

É importante que, para os que podemos exercer o controle cidadão deste processo, evitar que a consulta prévia seja utilizada como meio para legitimar projetos inconsultos e lesivos às comunidades e ao meio ambiente mediante táticas como: (i) a utilização de instituições de alta credibilidade entre as organizações indígenas, como era a UPS; (ii) a compra de dirigentes, mediante o pagamento de salários por seus “serviços como facilitadores”; (iii) a entrega de informação parcial; (iv) o abuso do desconhecimento das pessoas consultadas sobre a natureza da consulta e seus direitos. Enfim, no Equador ainda temos um longo caminho para percorrer antes de que a consulta prévia seja um direito e não um mecanismo mais dividir as comunidades.

DESAFIOS Y PERSPECTIVAS

A partir desta breve análise das tentativas de reivindicação do direito de consulta prévia das Nacionalidades Indígenas Equatorianas, podemos esboçar um

caminho que devemos seguir nos próximos anos, sobretudo em consideração da vigência da nova *Magna Carta*:

Fica claro que o primeiro desafio é a Lei de Consulta Prévia, a qual dará conteúdo à norma constitucional, principalmente respeito a pergunta que todos os atores interessados nos fazemos: o que acontece com os projetos quando não se obtém o consentimento prévio informado? Para que a resposta esteja de acordo com os avanços dos instrumentos internacionais¹⁴⁴ e a jurisprudência internacional,¹⁴⁵ será importante a representação que tenham as nacionalidades indígenas na conformação da próxima Assembléia Nacional que, sem dúvidas, decidirá sobre este tema.

Enquanto a lei não for promulgada, é importante a impugnação do Decreto 1040 por meio de uma ação de inconstitucionalidade na Corte Constitucional. Porém, a conformação atual deste órgão não oferece garantias de atuação, pelo menos não com a celeridade requerida, já que a ação contra o Decreto 3401, quando este ainda estava em vigência, ficou paralisada por quase um ano.

O litígio estratégico será fundamental neste novo período. A nova Constituição substituiu o “mandado de segurança” pela “ação de proteção”, cujas seguintes características a diferenciam da primeira: (i) é um processo de conhecimento, portanto a Corte Constitucional não poderá mais deixar de pronunciar-se sobre o mérito da ação (ainda que poderia comportar-se com a Corte atual e simplesmente não se pronunciar); (ii) elimina os requisitos de dano grave e eminente (para funcionários públicos), o que implica que poderá ser invocada a violação de direitos como ao meio ambiente saudável ou os direitos da natureza, sem que tenham sido produzidos danos ambientais; ou, uma vez produzidos, serão impugnáveis enquanto o dano persista; (iii) consagra a inversão do ônus da prova (a que existia em matéria ambiental, mas que nunca foi aplicada), assim não será mais necessário investir grandes recursos para demonstrar o dano alegado; (iv) mantém a possibilidade de pedir medidas cautelares como o amparo constitucional; e (v) esperamos que o mesmo fato de ter elevado o Tribunal Constitucional à catego-

¹⁴⁴ A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas recolhe o direito ao consentimento prévio informado em seu artigo 19.

¹⁴⁵ A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sentença “Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname”, 28 de novembro de 2007, Serie C No. 172, reconhece o direito dos povos indígenas ao consentimento prévio informado, pars133 a 137.

ria de Corte Constitucional, com amplas atribuições e a tarefa técnica de criar precedentes jurídicos obrigatórios permita que o nível de argumentação e fundamentação de suas decisões melhore de forma notável, principalmente no que diz respeito à justificação das decisões que não sigam a orientação jurisprudencial.

A nova Constituição permite a participação cidadã nos processos públicos, estas novas ferramentas deverão ser exploradas pela sociedade civil, com a precaução necessária para que não sejam utilizadas na legitimação de processos de menoscabo aos direitos das comunidades.

Finalmente, ainda que fique subentendido que as decisões da Corte Interamericana formam parte do sistema jurídico equatoriano, convém levar mais casos ao Sistema Interamericano, com a esperança de obter-se uma sentença contra o Equador que dê conteúdo real ao direito a consulta prévia das nacionalidades indígenas, isto é o direito ao consentimento prévio informado. Esperamos que este precedente seja o caso de Sarayacu, que já é de conhecimento da CIDH.

ARTIGO

Colômbia: a implementação do direito à consulta prévia previsto na Convenção 169 da OIT

Ramon Esteban Laborde Rubio

Definição e status da incorporação da Convenção 169 da OIT no sistema jurídico de cada país

INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO 169 DA OIT E DO DIREITO À CONSULTA PREVIA NO REGIME CONSTITUCIONAL

ANTECEDENTES

Colômbia adotou a Convenção 169 da OIT por meio da Lei 21 de 1991,¹⁴⁶ entrando, esta, em vigência no dia 5 de setembro de 1991, prévia a ratificação do correspondente instrumento por parte do governo nacional.

Paralelo à adoção da Convenção 169 da OIT, havia um processo que vinha sendo gerido na Colômbia um processo constituinte com um amplo espectro participativo dos setores historicamente marginalizados que, afinal, permitiria substituir o antigo regime disposto na Constituição de 1886 com suas múltiplas reformas. No dia 4 de abril de 1991 é promulgada a nova Constituição e com ela se reconhece uma série de normas que se referem de forma particular aos Povos Indígenas e que, em termos gerais, poderíamos sintetizar indicando que colocaria fim à concepção política e jurídica que buscava a integração destas sociedades culturalmente diferenciadas à sociedade nacional, considerando-os individual e coletivamente como seres de cultura inferior, mercedores de um regime tutelar a cargo da Igreja Católica.

Não obstante, os Povos Indígenas em geral haviam implementado uma estratégia de resistência, aferrando-se à uma disposição legal¹⁴⁷ que determinava que as leis gerais da República, não regiam para os *selvagens*, os que fugiam da vida

¹⁴⁶ Diário Oficial Ano CXXVII. No. 39720 de 6 de Março de 1991.

¹⁴⁷ Lei 89 de 1890 "Pela qual se determina a maneira como devem ser governados os selvagens que se integram à vida civilizada".

civilizada por intermédio das missões ou daqueles que se encontravam nos resguardos de terra. Assim conseguiram refugiar-se em pequenas porções territoriais de sua propriedade, consolidar um governo interno denominado *cabildo* e estar amparados da profusa interferência da legislação nacional, reivindicaram assim o que ficou conhecido como *foro indígena*.

Na região Amazônica, devido ao tradicional abandono e desinteresse do Estado sobre esta porção de território, o Estado não terminou de impor as instituições de governo dispostas pela política indigenista (*cabildos*) nem foram reconhecidos seus direitos territoriais (*resguardos*) até a década dos 80. Enquanto isso, as atividades missionárias eram desenvolvidas, principalmente a través da Educação Missionária Contratada com a Igreja Católica, a que em parte ainda existe sorrateiramente.

A Colômbia foi talvez um dos poucos Estados onde a Convenção 107 da OIT para os Povos Indígenas foi adotada e implementada de maneira eficaz. Novamente a apropriação social estratégica do direito permitiu capturar as poucas disposições favoráveis contidas em um corpo normativo geralmente desfavorável e com isto obter um benefício concreto, refiro-me ao fato de que, se bem a Convenção citada foi inspirada em um propósito integracionista, na Colômbia ela foi utilizada para reforçar e redirecionar a velha instituição colonial do *resguardo*, permitindo que fosse reconhecido a propriedade indígena de aproximadamente 28 milhões de hectares de terras (um terço do território nacional, localizadas principalmente na região amazônica) antes mesmo de que a Convenção 169 da OIT, ou a Constituição de 1991 fossem adotadas.

CONTEXTO ATUAL

Ao entrar em vigência a nova Constituição, produz-se então uma ruptura estrutural no relacionamento do Estado com os povos indígenas, a transição de um regime que excluía os povos indígenas de sua legislação nacional a outro onde eles são incluídos como destinatários das normas legislativas e administrativas, inclusive algumas das preexistentes, sendo considerados iguais em direitos e obrigações em relação aos demais cidadãos. Inicialmente considerou-se o fato

de que a igualdade de tratamento poderia resultar em um novo instrumento de assimilação e integração.

Dos 40 milhões de habitantes que, calcula-se, tem Colômbia, aproximadamente 1,5 milhões seriam membros dos 84 Povos Indígenas que habitam o território da Nação, ou seja, um pouco mais de 2% da população total. Com esta composição percentual, fica impossível obter um espaço de representação política efetiva e equitativa nas instâncias legislativas e administrativas que assegurem a estes povos a possibilidade de incidir, ou pelo menos resguardar, seus interesses e expectativas. No âmbito nacional os Povos Indígenas contam com dois (2) de cem (100) cadeiras no Senado e uma (1) de duzentas (200) cadeiras na Câmara de Representantes. No âmbito regional e local, sua participação no governo depende do potencial eleitoral da população indígena; na região amazônica conseguem, muitas vezes, obter representatividade política.

IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO 169 DA OIT

Como na maioria dos países que adotaram e incorporaram este instrumento de proteção aos povos indígenas e a seus sistemas internos, pode-se sinalizar que não foi realizada na Colômbia uma implementação sistemática e integral desta normativa internacional, nem por parte do Executivo, nem do Legislativo.

Na Assembléia Constituinte de 1991, os representantes indígenas promoveram a inclusão de uma cláusula segundo a qual lhes ficava assegurado o direito a veto aos povos indígenas frente às medidas que pudessem afetar sua integridade cultural e particularmente em relação à exploração dos recursos naturais dentro de seus territórios, da seguinte maneira:

Artigo. As Comunidades Indígenas, através de suas Autoridades, terão direito a concertar toda decisão relativa a projetos, planos de desenvolvimento ou de exploração dos recursos naturais e do subsolo, que se encontram em seus resguardos e territórios tradicionais. Quando um projeto ou plano de desenvolvimento coloque em perigo a identidade cultural ou o bem-estar das Comunidades Indígenas ou Minorias Étnicas, estas, através de suas Au-

toridades ou organizações reconhecidas poderão opor-se fazendo uso do Direito de Objeção Cultural.¹⁴⁸

A proposta indígena finalmente não foi aceita, e foi feito um acordo sobre uma fórmula restrita que se consolidou no texto do atual artigo 330 da Constituição, da seguinte maneira:

Parágrafo. A exploração dos recursos naturais nos territórios indígenas será feita sem deterioro da integridade cultural, social e econômica das comunidades indígenas. Nas decisões que sejam adotadas sobre tal exploração, o Governo propiciará a participação dos representantes das respectivas comunidades.

Sobre a propriedade dos recursos naturais, a Constituição estabeleceu que o Estado é proprietário do subsolo e dos recursos naturais não renováveis, sem prejuízo aos direitos adquiridos conforme as leis pré-existentes,¹⁴⁹ enquanto que os recursos naturais renováveis, ou seja, os do solo, são de propriedade do dono da terra e sobre os quais operam as limitações que impõe a função social e ecológica de qualquer propriedade.¹⁵⁰

Participação das comunidades indígenas nas decisões administrativas relativas à exploração dos recursos naturais do subsolo

Como foi exposto, as normas constitucionais não consagram explicitamente o direitos das comunidades indígenas a ser previamente consultadas sobre os projetos, planos ou programas que vão ser executados em seus territórios. A aspiração dos constituintes indígenas de consagrar o direito a concertar, ou seja, a chegar a um acordo com o governo sobre tais atividades, ou em alguns casos opor-se às

¹⁴⁸ Proposta do Constituinte indígena Lorenzo Muelas, Gazeta da Assembleia Nacional Constituinte No. 24, 1991.

¹⁴⁹ Constituição Política, artigo 332.

¹⁵⁰ Constituição Política, artigo 58.

mesmas, tampouco se concretizou no texto constitucional. O que ficou consagrado foi o direito a participar na tomada de decisões relacionadas com a prospecção ou exploração dos recursos do subsolo, como o propósito de evitar que se vulnere sua integridade cultural, social e econômica.

A criação jurisprudencial do direito fundamental constitucional à consulta prévia a favor dos povos indígenas

Na ocasião do procedimento administrativo que se tramitava para permitir a exploração de hidrocarbonetos nos territórios das comunidades indígenas U'wa, a Corte Constitucional,¹⁵¹ ao resolver a ação de tutela¹⁵² interposta pelo defensor do Povo, considerou que o direito destas comunidades não era simplesmente o de participar na tomada de decisões, mas constituía-se em um direito fundamental constitucional de mais amplo espectro jurídico que incluía a obrigação de ser consultados previamente em conformidade com o disposto na Convenção 169 da OIT junto com o parágrafo do artigo 330 e o numeral 2 do artigo 40 da Constituição Política, este último relacionado com direito de participação política dos cidadãos. Também entendeu que este todo conformava o chamado *bloco de constitucionalidade*,¹⁵³ que consiste em normas que materialmente se localizam no mesmo nível das normas constitucionais, isto graças ao dispositivo amplificador que consagra o artigo 93 da Carta, segundo o qual as convenções e os tratados internacionais que reconheçam direitos humanos e que proíbam sua limitação em estados de exceção, prevalecem no ordenamento interno,¹⁵⁴ e o critério hermenêutico a partir do qual os direitos e deveres constitucionais se interpretem em conformidade com tais tratados ou convenções internacionais ratificados pelo Estado.¹⁵⁵

¹⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia SU - 039 de 1997.

¹⁵² Ação judicial prevista no Ordenamento Jurídico para a proteção imediata dos direitos fundamentais constitucionais que possam ser ameaçados ou vulnerados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública.

¹⁵³ Figura adaptada ou proveniente da jurisprudência francesa.

¹⁵⁴ Bloco de Constitucionalidade *stricto sensu*.

¹⁵⁵ Bloco de Constitucionalidade *lato sensu*.

Em torno a este precedente estruturou-se uma doutrina jurisprudencial onde se consagram os aspectos substanciais e processais do direitos dos povos indígenas a ser consultados previamente cada vez que seja prevista a execução de atividades de prospecção e exploração dos recursos naturais não renováveis em seus territórios.

A Corte Constitucional de Colômbia disse, na Sentença SU – 039 de 1997 diz o seguinte:

3.3. A Constituição em diferentes normas alude à participação cidadã que oferece diferentes modalidades (preâmbulo, arts. 1, 2, 40, 79, 103, entre outros). Portanto, a única forma de participação não é política.

A juízo da Corte, a participação das comunidades indígenas nas decisões que possam afetá-las em relação com a exploração dos recursos naturais oferece como particularidade o fato ou a circunstância observada no sentido de que a referida participação, através do mecanismo da consulta, adquire a conotação de direito fundamental, pois se institui em um instrumento que é básico para preservar a integridade ética, social, econômica e cultural das comunidades indígenas e assegurar, portanto, sua subsistência como grupo social. Deste modo a participação não se reduz meramente a uma intervenção administrativa dirigida a assegurar o direito de defesa daqueles que serão afetados com a autorização da licença ambiental (arts. 14 e 35 do C.C.A., 69, 70, 72 y 76 da lei 99 de 1993), mas tem um significado maior pelos altos interesses que ela busca tutelar, como os relacionados à definição de destino e segurança da subsistência das referidas comunidades.

O direito de participação da comunidade indígena como direito fundamental (art. 40-2 C.P.), tem um reforço na Convenção numero 169, aprovada pela lei 21 de 1991, a qual está destinada a assegurar os direitos dos povos indígenas a seu território e à proteção de seus valores culturais, sociais e econômicos, como meio para assegurar a subsistência como grupos humanos. Deste modo a citada Convenção, que faz parte do ordenamento jurídico em razão dos artigos 93 e

94 da Constituição, integra junto com a aludida norma um bloco constitucional que tende a assegurar e fazer efetiva tal participação”. (Grifo acrescentado)

O CARÁTER PROCESSUAL DO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL À CONSULTA PRÉVIA

A impossibilidade de objeção ou veto por parte das comunidades sobre a decisão final que adote a entidade estatal em vista da afetação de sua integridade cultural, social ou econômica, ou a não obrigatoriedade de obter o consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas sobre as medidas objeto da consulta, determinam o caráter processual que em Colômbia é outorgado ao direito que têm os povos indígenas a ser previamente consultados cada vez que sejam previstas medidas administrativas ou legislativas suscetíveis de afetar seus interesses. O Estado, em seu conjunto, tem assim entendido e limitado este direito, com o que fica garantido, de forma estrita, o devido processo, mas não a possibilidade de oposição à matéria ou substância das medidas administrativas ou legislativas.

De maneira estratégica, o direito ao desenvolvimento da Nação foi dimensionado de uma forma maximalista, entendendo que o futuro da Nação descansa sobre qualquer projeto de exploração dos recursos do subsolo, ainda que se trate de pouco ou escasso potencial econômico, e nos referimos somente a este aspecto, tomando em conta que é em relação a este aspecto que se concebe a idéia de desenvolvimento que subsiste na premissa de esta hipótese. Na realidade, consideramos que não existe, neste caso, um direito que *a priori* possa ser considerado como inquestionável e de vital importância para o desenvolvimento de uma Nação, a tal ponto que se permita vulnerar ou ameaçar os direitos à integridade cultural dos povos indígenas, e para o qual se considere de antemão como intranscendente ou facilmente superável o impacto cultural, social ou econômico de qualquer projeto de exploração dos recursos do subsolo em relação com as comunidades indígenas em cujo território se localizam tais recursos.

No caso da Colômbia, o direito ao desenvolvimento da Nação através da exploração de seus recursos naturais do subsolo encontra-se limitado frente ao direito a um meio ambiente saudável, representado na obrigação de conservar e

proteger as zonas de importância ecológica especial, o que, de fato, está afinado com a Constituição e as normas que proíbem a prospecção e a exploração dos recursos do subsolo nas áreas protegidas, como os Parques Naturais Nacionais e Regionais e as Zonas de Reserva Florestal,¹⁵⁶ com a esclarecimento de que no caso das reservas florestais considera-se como viável levantar a afetação ambiental a que estão submetidas para posteriormente empreender atividades de prospecção e exploração dos recursos do subsolo, enquanto que nos Parques Naturais a afetação ambiental é considerada como estabelecida a perpetuidade, enquanto subsistirem as atuais normas constitucionais que assim o contempla. Os territórios indígenas da Amazônia colombiana encontram-se em sua totalidade compreendidos dentro das reservas florestais que, a princípio, estão excluídas da atividade mineira e, em alguns casos, contrapostos com áreas do Sistema Nacional de Parques Nacionais Naturais. Concretamente, com o anterior se indica o caráter relativo do direito ao desenvolvimento da Nação, para efeitos de determinar a possibilidade de questionar a consagração que *a priori* se faz do mesmo, quando se pondera com o direito dos povos indígenas à sua integridade cultural, sendo relevante no ordenamento constitucional pela circunstância de encontrar-se com um nível de proteção igual ao da diversidade cultural e da diversidade biológica.

Lamentavelmente, tem sido a própria Organização Internacional do Trabalho –OIT – a responsável de assegurar a supremacia do direito ao desenvolvimento da Nação frente ao direito à integridade cultural dos povos indígenas, quando em suas opiniões tem expressado reiteradamente que:

59. O Comitê lembra que, na discussão sobre a adoção do artigo 6 da Convenção sobre Consulta Prévia, um representante do Secretário geral indicou que, ao elaborar o texto, o Escritório não quis sugerir que as consultas referidas deveriam resultar na obtenção de um acordo ou no consentimento sobre o que se consulta, mas ao contrário, expressar um objetivo para as consultas (Nota 9). (...) ¹⁵⁷

¹⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C - 339 de 2002.

¹⁵⁷ Relatório do Comitê estabelecido para a reclamação na qual se alega o descumprimento pela Colômbia da Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, 1989 (Num. 169), apresentada pela central Unitária de Trabalhadores (CUT) e a Associação Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS).

À pergunta sobre se o artigo 7 da Convenção citada implica que os povos indígenas e tribais tem o direito de vetar políticas de desenvolvimento, o documento oferece a seguinte resposta:

Não, nenhum segmento da população nacional de qualquer país tem direito a vetar as políticas de desenvolvimento que afetem a todo país. Durante as discussões encaminhadas à adoção da Convenção, alguns representantes indígenas afirmavam que isto permitiria aos governos fazer o que quisessem. A Conferência não entendeu desta maneira o conteúdo deste artigo da Convenção.

O artigo 7º exige aos governos realizar verdadeiras consultas nas que os povos indígenas e tribais tenham direito de expressar seu ponto de vista e de influenciar o processo de tomada de decisões. O anterior significa que os governos tem a obrigação de criar as condições que permitam a estes povos contribuir ativa e eficazmente no processo de desenvolvimento. Em alguns casos, isto pode traduzir-se em ações direcionadas a ajudar os referidos povos a adquirir o conhecimento e as capacidades necessárias para compreender e decidir sobre as opções de desenvolvimento existentes.”¹⁵⁸

De fato, não se trata de questionar a clara intenção que possam ter tido os membros da OIT na discussão prévia à adoção da Convenção 169. O que deve ser ressaltado é que o método de interpretação originaria não é o único nem necessariamente o mais adequado em termos de justiça, para resolver a questão tratada. Hoje em dia está claro que em matéria de argumentação e interpretação dos direitos humanos, os textos, as idéias originarias e seus antecedentes são superados por critérios de justiça do direito internacional e, em particular, em relação com a normativa e jurisprudência nacional de cada país signatário da respectiva convenção. Da mesma forma, deveria oferecer-se uma resposta a outro interrogante formulado pelos povos indígenas: pode um país implementar suas políticas, planos ou programas de de-

¹⁵⁸ Tomado do livro “La Consulta Previa a Pueblos Indígenas y Tribales” Ministério do Interior e Justiça, Imprenta Nacional de Colombia, 2008, páginas 167 e 168.

envolvimento ainda quando com isto se produza uma grave e irreversível afetação à integridade cultural, social ou econômica dos povos indígenas?

FALTA O DESENVOLVIMENTO NORMATIVO ADEQUADO DA CONSULTA PRÉVIA –
APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURISPRUDENCIAIS

Como será exposto mais adiante, a falta ou a regulamentação inadequada do direito à Consulta Prévia estabelecido a favor das comunidades indígenas e tribais, tem sido suprida pelo estabelecimento e aplicação de alguns princípios ou diretrizes de extratos de textos normativos, alguns de criação jurisprudencial constitucional, ou internacional, entre os quais encontramos os seguintes:

- a) Boa fé. – A relação das partes no processo de consulta deve estar fundamentada no mutuo respeito e na boa fé.
- b) Prévia informação e conhecimento. – cada uma das partes deve possuir de maneira prévia a suficiente informação e conhecimento em relação aos alcances do projeto, obra ou atividade que se busca consultar, assim como das condições culturais, sociais ou econômicas que poderiam ser afetadas, para assim poder propor alternativas de solução para cada uma delas.
- c) Consulta sobre o procedimento da consulta. – A singularidade cultural e as particularidades sociais e econômicas leva a que se deva buscar a adequação casuística do procedimento para cada comunidade, povo ou sujeito coletivo que será consultado, com o propósito de estabelecer um cenário de dialogo intercultural acorde com as especificidades próprias de cada sujeito coletivo, de onde seja estabelecida a necessidade de consultar e na medida do possível alcançar um acordo sobre o mesmo procedimento da consulta, com o qual se respeite as diferentes concepções de tempo, modo, lugar e instancias de representação e tomada de decisões em cada caso.

d) participação ativa e eficaz do povo ou comunidade. – O instrumento da consulta reconhecido aos povos indígenas deve procurar que sua participação seja ativa e eficaz com o propósito de que se possa cumprir com o objetivo de chegar a um acordo entre as partes.

e) A Consulta Prévia adquire um caráter não de confrontação, mas de diálogo e interação entre as partes, com vistas a obter o mencionado acordo, quer dizer, convida a ter uma atitude propositora e de entendimento.

f) Em caso de não se chegar a um acordo entre as partes, o Estado deve resolver se continua ou não com as medidas objeto da consulta de maneira ponderada e argumentada, sem arbitrariedade e, novamente, de boa fé.

RELATIVA AUTONOMIA POLÍTICA E ADMINISTRATIVA DOS POVOS INDÍGENAS

A Constituição de 1991 estabeleceu em seu artigo 1º que Colômbia se organizava sob a forma de um Estado social de direito, participativo e pluralista, de caráter unitário e descentralizado, com autonomia de suas entidades territoriais e fundado na prevalência do interesse geral.

De acordo com o disposto na mesma Carta, o território nacional estaria dividido em entidades territoriais dentro das quais se encontram as Entidades Territoriais Indígenas – ETIs,¹⁵⁹ como unidades políticas e administrativas encarregadas do governo local dos territórios indígenas, revestidas de um regime constitucional especial no qual se reconhece a possibilidade aos povos indígenas de estruturar suas próprias instituições e formas de governo, em conformidade com seu direito consuetudinário, em harmonia com as normas nacionais que resultem da aplicação imperativa.

Depois de mais de 17 anos de ter sido promulgado o texto constitucional, não foi expedida a normativa orgânica territorial que determina a forma como será conformada e funcionarão as Entidades Territórios Indígenas – ETIs – com

¹⁵⁹ Artigos 286, 287, 329, 330 e 56 transitório da Constituição Política.

o que, na prática, prevalece o esquema essencial de repartição de custos e competências disposto no antigo regime territorial da derogada Constituição de 1886, que dizer que os territórios indígenas (como foi dito, equivalem a 30% da área total de Colômbia e em sua maioria localizados na região amazônica) continuam sendo politicamente administrados pelas instituições não-indígenas da Nação, os departamentos e/ou os municípios ou distritos.

Os povos indígenas, então, deveriam ser considerados em sua condição dupla de proprietários coletivos das terras que ocupam e na de constituir-se como instâncias de administração e governo local dentro de seu âmbito territorial; até o momento, devido à circunstancia expressa anteriormente, somente são considerados como proprietários de suas terras, o que os coloca em desvantagem na negociação, em vários aspectos:

A normativa ambiental¹⁶⁰ desenvolvida posteriormente à Constituição de 1991 implementou um esquema de repartição de recursos e competências administrativas que exclui as entidades Territoriais Indígenas ao não estar estas conformadas e em funcionamento.

A Nação reserva para si a faculdade de estabelecer as determinantes ambientais segundo as quais devem ser submetidas as entidades regionais, departamentais e locais dentro do Sistema Nacional Ambiental, permitindo somente uma ação residual dos níveis inferiores da administração em atenção ao princípio de hierarquia normativa e de rigor subsidiário, o qual opera localizado na cúspide da pirâmide dos ditames nacionais e permitindo que as autoridades ambientais dos níveis inferiores possam exercer sua função de determinar os usos do solo e os esquemas de proteção ambiental, fazendo-os mais restritivos, mas não mais permissivos. Com isto não haveria inconveniente, a não ser pelo fato de que as atividades, obras ou projetos que o governo considera de importância estratégica para

¹⁶⁰ Lei 99 de 1993, "Pela qual cria-se o Ministério do Meio Ambiente, reordena-se o Setor Público encarregado da gestão e conservação do meio ambiente e os recursos naturais renováveis, organizam-se o Sistema Nacional Ambiental, SINA, e se ditam outras disposições".

a Nação ficam excluídos de este esquema, com o que materializa, na prática, um despojo da relativa autonomia que constitucionalmente é conferida às entidades territoriais, incluídas as indígenas, para dirigir o manejo, uso e aproveitamento dos recursos naturais dentro de seu âmbito territorial.

A simples condição de proprietários da terra não os permite propor uma discussão com mais força desde o ponto de vista da conveniência e incidência social, política e cultural.

Efetivamente, certas atividades consideradas estratégicas, como as relacionadas com o manejo da política de empreendimento de grandes projetos de infraestrutura e de prospecção e exploração de recursos naturais não renováveis, como a mineração e os hidrocarbonetos, e em geral, as referidas à direção e regulação da economia no setor primário e dos principais serviços, se encontram dispostas exclusiva e de forma excludente pelo âmbito nacional.

CONSULTA PRÉVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS E ADMINISTRATIVAS

A aplicação efetiva da Convenção 169 da OIT ficou centrada inicialmente no tema da Consulta Prévia relacionada à prospecção e exploração dos recursos naturais do subsolo, e na ocasião de pronunciamentos judiciais através dos quais foram resolvidos conflitos com comunidades que se punham radicalmente ao ingresso de empresas multinacionais em seus territórios com tais finalidades.

O primeiro caso onde foi questionado judicialmente a constitucionalidade de uma medida legislativa devido a ausência da consulta prévia aos povos indígenas foi no projeto de lei estatutária que regula a participação política das minorias étnicas no Congresso da República. As organizações indígenas questionaram a constitucionalidade da mencionada medida por tal motivo, a corte constitucional ao resolver a controvérsia disse que até então somente era obrigatória a consulta prévia sobre medidas administrativas que fossem relacionadas à prospecção e exploração de recursos naturais, que ao não encontrar-se regulado legalmente o processo de consulta para medidas legislativas, não era obrigatório para o Estado, assim:

O que é de especial importância para o presente caso, é que nem a Constituição, nem o Congresso, previram a realização da consulta prévia quando sejam adotadas medidas legislativas como a que se estuda. Ante tal silêncio normativo, deve-se entender que, neste momento, o alcance que os organismos representativos do povo colombiano atribuíram à obrigação que consta no artigo 6 da Convenção 169 da OIT, é o de consagrar a consulta prévia como um procedimento obrigatório nas hipóteses acima sinalizadas. No critério da Corte, isto não desconhece os limites da discricionariedade que este tratado outorga a seus Estados Partes, posto que cada uma delas pretende combinar a proteção do território que habitam estas etnias e a salvaguarda de sua identidade particular, por uma parte, com o fomento de sua participação, por outra; o que, a todas luzes, satisfaz o objetivo principal da Convenção referida. A ampliação dos supostos em que tais procedimentos é obrigatória, terá que ser objeto de uma regulação legal futura.¹⁶¹

Posteriormente, no trâmite de adoção do Código de Minas (Lei 685 de 2001), a Corte Constitucional¹⁶² reiterou que não era obrigatório o processo de consulta prévia sobre medidas legislativas por não existir regulamento para estes casos, e que ainda assim efetivamente estas comunidades haviam sido consultadas previamente antes de que o Executivo nacional radicara a proposta legislativa a consideração do Congresso, e que se encontrava documentada a ação governamental que procurou, em diferentes instancias, oficinas e reuniões, chegar a um acordo sobre as normas que foram incluídas neste estatuto referidas aos povos indígenas, com os representantes da Organização Nacional Indígena de Colômbia – ONIC, finalidade que não se materializou, pelo que estando esgotado o processo de consulta sem acordo entre as partes, era viável que o governo e o órgão legislativo procedessem a tramitar e aprovar a correspondente legislação, como de fato foi realizado.

¹⁶¹ Corte Constitucional, sentença C - 169 de 2001.

¹⁶² Corte Constitucional, sentenças C 418 de 2002 y C - 891 de 2002.

A seguinte oportunidade na qual se debateu a obrigatoriedade da consulta prévia sobre medidas legislativas apresentou-se na ocasião do trâmite do projeto de lei que estabeleceria a Lei Geral Florestal. A Associação de Autoridades Tradicionais Indígenas do Meio Amazonas – CRIMA interpôs uma Ação de Tutela contra o Congresso da República e os Ministérios de Ambiente e Agricultura, os que haviam elaborado, apresentado e estavam tramitando a aprovação de uma lei que afetava os direitos dos povos indígenas e negros sobre seus recursos florestais, antes esta demanda as autoridades acionadas procederam a retirar do texto do projeto as disposições que os indígenas consideravam lesivas, as instancias judiciais desestimaram a demanda ao considerar que não era procedente interpor este tipo de ações constitucionais por tratar-se de normas de carácter geral, impessoal e abstrato, as quais por si mesmas não podiam atentar contra os direitos de ninguém em particular, entre outras razões. Finalmente, a Corte Constitucional entrou a revisar a ação de tutela e considerou que neste momento não era procedente a solicitude de amparo constitucional por encontrar-se já vigente a Lei Geral Florestal, e neste caso o procedente seria acudir a uma ação de inconstitucionalidade,¹⁶³ não obstante manifestou a maneira pedagógica em que casos se poderia acudir a ação de tutela em relação com o trâmite de projetos de lei, assim:

De fato, na Lei 05 de 1992 estão previstas as seguintes instancias, nas quais é possível intervir legitimamente ao interior das células legislativas: (i) a participação nas audiências ou a apresentação de observações ante a Comissão Legal de Direitos Humanos (artigo 57, numerais 3 e 4); e (ii) a apresentação de observações, opiniões e intervenções ante quaisquer das Comissões Constitucionais Permanentes (artigos 230 a 232). Estes eventos, portanto, constituem os meios a partir dos quais os indígenas poderiam intervir legitimamente ante o parlamento para fazer valer seus interesses prévio a expedição de uma lei e, portanto, constituem os referentes a partir dos quais seria possível interpor o amparo, em caso de ser desconhecidos por qualquer célula legislativa.

¹⁶³ Corte Constitucional, sentença T - 382 de 2006.

Em conclusão, diferente das instancias que conheceram a presente ação, é possível estabelecer que somente nos eventos mencionados, poderia proceder-se à ação de tutela para a proteção dos direitos dos povos indígenas durante o trâmite de um projeto de lei. Era obrigação de cada uma das instancias verificar que as ferramentas de participação previstas no regulamento do congresso não fosse desconhecidas. Não obstante, dado que neste momento a lei se encontra vigente, o amparo fica sendo improcedente e, portanto, não é possível verificar, sob os parâmetros anteriores, a eventual afetação do direito invocado, porque tal debate está reservado à ação de inconstitucionalidade.

Posteriormente, o Grupo de Direito de Interesse público da Universidade dos Andes¹⁶⁴ apresentou uma ação de inconstitucionalidade contra a Lei Geral Florestal por não ter sido consultada previamente às comunidades indígenas e negras. Na sentença C – 030 de 2008 a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade de toda Lei Geral Florestal, de onde se ressaltam os seguintes trechos:

Não há dúvida de que as leis, em geral, produzem uma afetação sobre todos seus destinatários. Desta maneira uma lei, em qualquer âmbito, aplicável à generalidade dos colombianos, afeta aos membros das comunidades indígenas e tribais que tenham a qualidade de nações colombianas, sem que em tal evento possa predicar-se que, na aplicação do literal a) do artigo 6º da Convenção 169 da OIT, resulte imperativa uma consulta prévia à tais comunidades como condição para que o correspondente projeto de lei possa tramitar-se de maneira válida. Sustentar o contrário equivaleria a afirmar que uma parte muito significativa da legislação deveria ser submetida a um processo específico de consulta prévia com as comunidades indígenas e tribais, posto que as leis que de maneira geral afetem a todos os colombianos, umas em maior medida que outras, afetam às comunidades indígenas, em razão de que seus integrantes, como colombianos que são, encontrem-se entre seus destinatários, de onde desborda o alcance da Convenção 169.

¹⁶⁴ <http://gdip.uniandes.edu.co/contenido/leyforestal2.html>

A princípio, as leis, por seu caráter geral e abstrato, não geram uma afetação direta de seus destinatários, a qual somente se materializa na instância de aplicação. Não obstante, pode-se indicar que existe uma afetação direta quando a lei altera o status da Pessoa ou da comunidade, bem seja porque lhe impõe restrições ou gravames ou, pelo contrário, lhe confere benefícios.

Caberia, então, indicar que a consulta procede quando a lei contenha disposições suscetíveis de dar lugar a uma afetação direta aos destinatários, independentemente de que tal efeito seja positivo ou negativo, aspecto este que deve ser, precisamente, o objeto da consulta.

Neste contexto, a Corte adverte que podem surgir problemas de aplicação da convenção distintos aos referidos ao dever de consulta, quando, por exemplo, o legislador omita em determinado corpo legislativo previsões que resultam indispensáveis para atender a especificidade das condições dos povos indígenas e tribais. Em casos como este, a Corte Constitucional não tomou uma decisão com base em uma eventual omissão frente ao dever de consulta, mas inclinou-se por estabelecer a existência de uma omissão legislativa, pela ausência da regulação que de maneira específica esteja relacionada aos povos indígenas e tribais e sem a qual a lei geral não poderia ser aplicada.¹⁶⁵

Mas quando o que se quer é adotar o quadro geral da política petrolífera do Estado, não existe uma afetação direta das comunidades indígenas ou tribais, nem a medida se inscreve no âmbito de aplicação da Convenção, porque não está orientada a regular de maneira específica a situação destes povos, e o que cabe é aplicar a previsão do literal b) do artigo 6º conforme a qual deve garantir-se a participação das comunidades interessadas em igualdade de condições, a menos que no texto da lei sejam incorporadas medidas especificamente dirigidas a exploração dos recursos nos territórios destas comuni-

¹⁶⁵ Deste modo procedeu a Corte na Sentença C208 de 2007, na qual decidiu “declarar EXEQUÍVEL o Decreto-Lei 1278 de 2002, “pelo qual se estabelece o estatuto de profissionalização docente”, sempre e quando se entenda que o mesmo não é aplicável às situações administrativas relacionadas com a vinculação administrativa e formação dos docentes e docentes dirigentes nos estabelecimentos educativos estatais localizados em territórios indígenas que atendam população indígena, com a clarificação de que, enquanto o legislador procede a expedir um estatuto de profissionalização docente que regule de maneira especial a matéria, as disposições aplicáveis aos grupos indígenas serão as contidas na Lei Geral de Educação e outras normas complementarias”

dades, o que se pudesse estabelecer uma omissão legislativa pela falta de uma previsão específica.

Ainda assim, é preciso ter em conta que a especificidade que se requer em uma determinada medida legislativa para que em relação dela resulte previsível o dever de consulta nos termos do literal a) do artigo 6 da Convenção 169 da OIT, pode ser o resultado de uma decisão expressa de expedir uma regulação no âmbito das matérias previstas na Convenção, ou pode emanar do conteúdo material da medida como tal, que, ainda que concebida como de alcance geral, repercute de maneira direta sobre as comunidades indígenas e tribais.

Nos termos anteriores, em cada caso concreto seria necessário estabelecer se opera o dever da consulta, bem seja porque estejamos ante a perspectiva de adotar uma medida legislativa que de maneira direta e específica regule situações que repercutem nas comunidades indígenas e tribais, ou porque do conteúdo material da medida se desprenda uma possível afetação da tais comunidades em âmbitos que lhes são próprios.

Não restam dúvidas, no contexto anterior, que uma lei que regule de maneira integral o manejo florestal no país, afeta de maneira direta e específica aos povos indígenas e tribais que habitam zonas de alta incidência de bosques, não somente pelo interesse que as comunidades tem em participar na definição de elementos de um regime nacional florestal, mas também pelos conflitos que possam ser suscitados pelas diferentes aproximações ao tema, particularmente quando, como neste caso fica explícito na iniciativa legislativa um ênfase na necessidade de promover a exploração madeireira como elemento estratégico para o desenvolvimento econômico. Este ênfase pode resultar contraposto com a concepção que as comunidades tem sobre o bosque, o que claramente indica a necessidade da consulta orientada a conseguir uma conciliação de interesses.

O projeto que culminou com a expedição da Lei Geral Florestal foi concebido como um regime integral, razão pela qual não cabe excluir de seu âmbito a regulação dos bosques naturais, nem o impacto que isto trás como consequência para as comunidades tribais. Para conseguir este propósito era necessário conceber um projeto diferente, desde sua origem, orientado especificamente à adoção de medidas de fomento ao estabelecimento e a exploração de plantações florestais, mas sem

pretender fazer uma regulação integral do setor florestal. A opção contrária, ou seja, a de tramitar um projeto de caráter geral e integral, implicava que necessariamente deviam ter sido realizadas consultas às comunidades indígenas e tribais, porque por ação, em razão das medidas adotadas por lei, ou por omissão, quando formalmente fossem excluídas tais comunidades do âmbito de aplicação da mesma, pese a seu caráter geral e integral, tal medida legislativa é suscetível de afetar direta e especificamente às comunidades que têm o bosque como seu habitat natural.

LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL VIGENTE

Para atender a problemática que o governo da época enfrentava com as comunidades indígenas U'wa que se opunham radicalmente às atividades de prospecção sísmica autorizadas à empresa multinacional Ocidental, ameaçando o Estado com o suicídio coletivo em caso de que fosse autorizadas e executadas tais atividades, devido a que estas atentavam contra sua integridade cultural e espiritual, foi expedido o Decreto N° 1320 de 1998, por meio do qual tratou-se de regulamentar o direito à Consulta Prévia aos povos indígenas em relação com a exploração dos recursos naturais em seus territórios.

Em termos gerais, o mencionado Decreto estabeleceu que:

A empresa ou entidade que fosse realizar as atividades de prospecção ou exploração de recursos naturais em territórios indígenas, seria a encarregada e responsável de executar os estudos de impacto ambiental, com a participação dos representantes das comunidades envolvidas.

Caso as comunidades se negassem a participar ou não respondessem ao convite feito para o fim da consulta, a empresa faria o estudo de impacto ambiental prescindindo da participação de tais comunidades.

Os componentes socioeconômico e cultural das comunidades indígenas e negras seriam incluídos nos termos de referencia que a autoridade ambiental entregasse à empresa.

Os estudos de impacto ambiental incluiriam um diagnóstico das alternativas de atenção às comunidades envolvidas, que permita mitigar, corrigir, controlar ou compensar os possíveis impactos do projeto ou atividade.

Seria realizada uma reunião entre o contratado, as comunidades e a autoridade ambiental para alcançar um acordo que permitisse o desenvolvimento do projeto ou da atividade; e quando tal acordo não for obtido, a autoridade mediante ato administrativo motivado, decidiria se outorga ou nega a licença ambiental.

Sem prejuízo da vigência do decreto, estabeleceu-se um prazo de seis (6) meses para que as comunidades interessadas apresentassem suas observações para introduzir correção ao decreto.

O Conselho de Estado¹⁶⁶ resolveu uma ação de nulidade contra o Decreto N° 1320 de 1998 que regulava o Direito à Consulta Prévia às comunidades indígenas e negras, dispondo conforme a Constituição e as leis.¹⁶⁷ Chamou a atenção, particularmente, o argumento segundo o qual não era necessário consultar previamente o texto e o conteúdo do Decreto às comunidades indígenas e negras, pois o governo estava facultado a exercer sua potestade regulamentaria para precisamente fazer efetiva a implementação do mencionado direito e para permitir a participação das comunidades destinatárias foi previsto um prazo de seis (6) meses posterior à sua promulgação.

A Central Unitária de Trabalhadores – CUT – e a Associação Médica Sindical de Colômbia – ASMEDAS – apresentaram uma reclamação à OIT pelo descumprimento da Convenção 169 por parte do Estado Colombiano, em particular e entre outros casos, pela expedição inconsulta do Decreto N° 1320 de 1998 regulamentar da Consulta Prévia, reclamação atendida e resolvida pelos relatórios

¹⁶⁶ Corporação judicial que exerce como autoridade máxima da jurisdição contenciosa administrativa.

¹⁶⁷ Sentença da Seção Primeira do Conselho de Estado, rad. 5091 de 1999, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

aprovados pelo Conselho de Administração GB. 282/14/4 e GB. 282/14/3 onde a OIT exorta o governo da Colômbia a modificar o Decreto N° 1320 de 1998, de maneira a harmonizá-lo com o espírito da Convenção citada, e a realizar tal modificação em consulta e com a participação prévia e ativa dos representantes das comunidades indígenas destinatárias.

Novamente a Corte Constitucional, mediante Sentença de unificação jurisprudencial SU-383 de 2003 adverte a incompatibilidade do decreto N° 1320 de 1998 com as disposições da Convenção 169 da OIT e a conformação de circunstâncias por parte da instancia internacional encarregada de conhecer as reclamações sobre o descumprimento destes instrumentos internacionais.

PROJETOS DE REGULAMENTAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA

O Centro de Investigações Sociojurídicas (CIJUS) da Faculdade de Direito da Universidade dos Andes, a pedido dos representantes indígenas na Mesa Nacional de Concertação e da Direção de Etnias do Ministério do Interior e Justiça, elaboraram e apresentaram uma proposta preliminar para regulamentar de maneira integral o Direito à Consulta Prévia aos Povos Indígenas e Negros (Tribais), sobre o qual realizaremos a resenha de algumas de suas disposições e comentaremos, a continuação, a que consideramos pertinente.

Artigo 1º. Aplicação e objeto da consulta. – Antes de que o Congresso da República emita uma lei ou ato legislativo que tenha impacto direto sobre comunidades indígenas ou afrodescendentes, deverá consultar as comunidades potencialmente afetadas pela lei ou ato legislativo. O dever de consultar previamente também recai sobre as autoridades administrativas nacionais, departamentais ou municipais que pretendem expedir um ato administrativo que tenha impacto direto sobre comunidades indígenas ou afrodescendentes.

O objeto da consulta é recolher opiniões, critérios, comentários e propostas prévias, livres e informadas de tais comunidades em relação ao projeto de lei, ato legislativo ou ato administrativo. A consulta procurará um acordo entre as partes

sobre o conteúdo da norma e o manejo de seus potenciais impactos diretos sobre comunidades indígenas ou afrodescendentes. (grifo acrescentado)

As Entidades Territoriais Indígenas, por mandado constitucional, não se encontram submetidas ao governo departamental ou municipal, pelo que não há justificativa nem razão de ser que seja prevista a consulta prévia de atividades, projetos ou medidas administrativas oriundas ou dispostas por outras entidades territoriais, como é contemplado na norma que aqui se propõe. Os municípios e os territórios indígenas são entidades territoriais do mesmo nível da administração pública, enquanto que os departamentos coordenam e complementam com os municípios e territórios indígenas a implementação das políticas, planos e programas dispostos no âmbito nacional; reitera-se, constitucionalmente não existe a possibilidade de que exista interferência de autoridades locais ou departamentais sobre os territórios indígenas, poderia existir algum grau de intervenção nas entidades de ordem regional encarregadas pela Carta de administração dos recursos naturais nos territórios indígenas, como seria o caso das Corporações Autônomas Regionais ou de Desenvolvimento Sustentável. Para o caso das comunidades negras (tribais) não se contempla constitucionalmente o direito à autonomia e ao autogoverno, razão pela qual aqui sim é necessário estabelecer a consulta de medidas administrativas municipais, departamentais e regionais.

Em relação ao inciso 2 da norma posposta aqui, é necessário indicar que nem todas as medidas legislativas ou administrativas nacionais são de acatamento obrigatório para os territórios indígenas. De fato, existem umas competências que se encontram exclusivamente sob a órbita funcional da Nação, como por exemplo a que se refere à exploração dos recursos naturais do subsolo, razão pela qual resulta pertinente clarificar que o caráter processual do direito à Consulta Prévia somente existe para este tipo de competências, enquanto que nos casos restantes os povos indígenas poderiam inclusive opor-se à expedição de medidas, por exemplo, no caso em que o legislador pretenda expedir, prévia consulta com os povos indígenas, uma norma que regulara o manejo, uso e aproveitamento que estes povos possam realizar sobre os recursos florestais de sua propriedade, suplantando o direito consuetudi-

nário que regula tal aspecto em cada povo, como de fato ocorreu e que se pretendia implementar por meio da Lei Geral Florestal,¹⁶⁸ neste ou em outros casos similares, poderia operar o direito a opor-se de maneira obrigatória para o Estado à respectiva medida legislativa, pois estaria invadindo a órbita funcional constitucional, que os faculta para reger-se por suas normas próprias dentro de seu âmbito territorial.¹⁶⁹ Para maior clareza, diremos que quando o direito sobre o qual se dispõe em um ato legislativo ou administrativo nacional tem como titular o Estado e a função igualmente encontra-se privativamente na cabeça da Nação, deve-se entender que a princípio, não se pode apresentar oposição por parte dos povos indígenas ou comunidades negras (tribais), e em sentido contrário, quando a medida proposta disponha de um direito certo e indiscutível dos povos indígenas ou comunidades negras (tribais) estas terão direito a apresentar suas objeções ou vetar tal proposta, neste caso quando se trate de direitos fundamentais constitucionais, a objeção deverá ser resolvida prévia e automaticamente pela corporação judicial competente para cada caso.

Artigo 10º. Princípio de Autonomia e Participação.- A consulta prévia deve garantir a participação efetiva das comunidades sobre as que o projeto de prospecção ou exploração possa trazer efeitos diretos. Em razão deste princípio, corresponde à Direção de Etnias do Ministério do Interior e de Justiça programar e realizar todas as fases da convocatória de forma tal que em seu formato, duração e momento de realização maximizem a participação das comunidades envolvidas.

Art. 11º. Princípio do Devido Processo.- A informação apresentada pelas partes e os participantes da consulta, assim como as atas das reuniões e as decisões administrativas produzidas ao longo do processo de consulta serão públicas. Para tanto, a Direção de Etnias criará um Registro Público de Consultas Prévias, e garantirá que os cidadãos e as entidades públicas e privadas tenham fácil e imediato acesso a esta informação. A Direção de Etnias também manterá na sua

¹⁶⁸ Declarada inconstitucional em sua totalidade por não ter sido previamente consultada com os povos indígenas e as comunidades negras (tribais).

¹⁶⁹ Artigos 246 e 330 da Constituição Política e da Convenção 169 OIT.

página de Internet uma seção atualizada e de fácil acesso dedicada exclusivamente a depositar e difundir em formato eletrônico as notificações e os documentos consignados no Registro Público de Consultas Prévias.

Todas as decisões tomadas pela Direção de Etnias durante a consulta deverão ser motivadas, e contra elas procederão os recursos e ações judiciais previstas pela lei.

O princípio ou direito ao devido processo para este tipo de casos deve incluir não somente o disposto entre a Nação e os sujeitos de direito coletivo a ser consultado, mas também, no âmbito interno dos povos indígenas ou comunidades negras (tribais) o disposto por suas normas internas ou direito consuetudinário, ou seja, que deverá respeitar as instancias de representação, seus procedimentos e as condições de tempo, modo e lugar dispostos para a interlocução com a Nação, neste caso.

Artigo 12º. Partes da Consulta Prévia.- Serão partes da consulta prévia:

1. A Direção de Etnias como entidade competente para a realização e direção da consulta prévia;
2. O Congresso Nacional nos casos de consulta de projetos de lei ou atos legislativos, e as autoridades administrativas nacionais, departamentais ou locais que pretendam expedir a medida legislativa ou administrativa que possa ter um impacto direto sobre as comunidades indígenas ou afrodescendentes;
3. As comunidades indígenas ou afrodescendentes que possam ser diretamente afetadas pelas leis, atos legislativos, atos administrativos ou projetos dos que trata o artigo 2 deste decreto, assim como os representantes designados por elas conforme o artigo 12 deste decreto;
4. A Procuradoria Geral da Nação e a Defensoria do Povo, nos seus âmbitos nacionais e descentralizados, como garantidores da proteção do interesse público e os direitos constitucionais e legais.

Os interessados ou promotores da respectiva medidas administrativa ou legislativa serão os que, em representação da Nação, para o caso dos povos indígenas, quem ostentem a qualidade de parte, assim como para as comunidades negras

(tribais), serão os representantes da Nação ou das entidades territoriais, por sua vez, serão parte os legítimos representantes designados pelos respectivos sujeitos de direito coletivo a ser consultado pela medida. Não se entende, assim, porque é outorgada a qualidade de parte à Direção de Etnias do Ministério do Interior e de Justiça, a Procuradoria Geral da Nação e a Defensoria do Povo, quando estas entidades não são as promotoras das medidas objeto da Consulta Prévia, nem são destinatárias ou podem verse afetadas pela adoção das mesmas, ou são juizes e partes, mas não podem concorrer nesta dupla condição em uma mesma entidade.

Artigo 13º. Participação das comunidades indígenas ou afrodescendentes.- As comunidades são partes da consulta como sujeitos coletivos. A comunidade, como sujeito coletivo, será convocada às atividades que fazem parte da consulta. Em todo caso, a Direção de Etnias assegurará de convocar, além dos membros da comunidade, as autoridades tradicionais dos povos, os líderes e porta-vozes da comunidade e o representante legal da comunidade quando existam títulos coletivos.

As comunidades indígenas e afrodescendentes poderão definir de maneira autônoma, de acordo com seus usos e práticas, os mecanismos de deliberação e tomada de decisões que utilizarão para participar na consulta, e contarão com espaços autônomos e independentes para tanto. Em nenhum caso, o pronunciamento de uma pessoa não designada mediante estes mecanismos poderá ser entendido como a posição da comunidade.

Em reiteradas oportunidades a Corte Constitucional instou ao governo nacional para que proceda a delimitar os territórios indígenas para poder executar os processos de consulta prévia; não obstante até o dia de hoje tal delimitação territorial não foi executada, podendo transformar normas como esta em estéril ou ineficaz. Para a implementação efetiva da normativa que permita o exercício deste direito fundamental constitucional faz-se necessário que estejam previamente em operação uma serie de direitos previstos na Carta, mas ineficazes pela falta de regulamentação legal e/ou administrativa, como o direito relacionado ao autogoverno através da conformação das Entidades Territoriais Indígenas.

Artigo 14º. Participantes da consulta prévia.- Conforme o princípio de publicidade, a consulta prévia será um processo aberto. Portanto, qualquer pessoa natural ou jurídica interessada pode assistir às sessões da consulta. Os assistentes que não sejam parte nos termos do artigo 12 deste decreto não terão voz na consulta. Não obstante, poderão apresentar documentos sobre os temas da consulta, que a Direção de Etnias incluirá no registro público da consulta e considerará, junto com os outros elementos de juízo, ao momento de tomar suas decisões.

Excetuam-se os termos deste artigo e, portanto, terão voz na consulta:

1. As organizações indígenas ou afrodescendentes e as comunidades não governamentais que desenvolvam trabalhos com as comunidades potencialmente afetadas, sempre que as comunidades solicitem sua participação.
2. Nos casos contemplados nos numerais 1 e 2 do artigo 2 deste decreto, um consertador amigável que poderá ser designado em comum acordo com as partes da consulta para promover aproximações entre elas em caso de conflito, de acordo com os termos do artigo 14 deste decreto.
Não obstante, nem as organizações indígenas ou afrodescendentes, nem o concertador amigável, constituirão partes da consulta nem podem substituir a nenhuma das partes previstas no artigo 12 deste decreto.

Concordando com a circunstância na qual se encontra reconhecido constitucionalmente o interesse geral que assiste a todos os cidadãos e instituições na preservação da integridade étnica e cultural da Nação colombiana e que, portanto, deveria ser público o evento qual se determine a execução do processo da Consulta Prévia, devemos indicar que geralmente os sujeitos coletivos a ser consultados optam pela execução destes eventos dentro das terras de sua propriedade, podendo em consequência determinar que pessoas possam aceder ou não aos mesmos, situação que deverá ser respeitada em determinado caso e sem prejuízo da publicidade que possa resultar do processo através dos meios tecnológicos que existem hoje.

Artigo 15º. Concertador Amigável.- Nos casos contemplados nos numerais 3 e 4 do artigo 2 deste decreto, em caso de persistirem as diferenças entre as partes, estas poderão designar em comum acordo um concertador amigável que poderá realizar audiências conciliadoras para procurar um consenso entre as partes. O concertador amigável será uma pessoa natural e sua função será meramente facilitadora. Portanto, não terá poder decisório sobre os assuntos objetos da consulta prévia.”

Artigo 16º. Tipos e momentos de consulta.- As consultas referidas pelos numerais 1 e 2 do artigo deste decreto são de dois tipos:

- 1. Consulta de projetos de lei ou atos legislativos:** esta consulta terá como objetivo receber os critérios, comentários, opiniões e propostas livres, prévias e informadas das comunidades indígenas ou afrodescendentes sobre um projeto de lei ou ato legislativo que tramite no Congresso da República. Nos termos da Lei 5 de 1992, será realizada em uma discussão prévia as discussões em comissões e plenárias do Congresso da República. Estas reuniões de consulta terão os mesmos requisitos de quorum das sessões de discussão e decisão do congresso. Nestas reuniões de consulta, os congressistas e os representantes dos povos indígenas e comunidades afro discutirão os aspectos que sejam derivados do objeto da consulta prévia. A presença do expositor de tal projeto será obrigatória.
- 2. Consulta de projetos de atos administrativos de entidades nacionais, departamentais ou locais:** esta consulta terá como objetivo receber os critérios, comentários, opiniões e propostas livres, prévias e informadas das comunidades indígenas ou afrodescendentes sobre atos administrativos que as autoridades nacionais, departamentais ou locais pretendam expedir. O momento preciso da consulta estará sujeito à natureza do procedimento de expedição do ato administrativo do qual se trate. De qualquer forma, deverão cumprir-se as condições e tempos mínimos estabelecidos neste capítulo.”

É difícil entender a dinâmica disposta pela norma aqui proposta, quando nela se estabelecem que em ambos casos os objetivos da consulta estão limitados a que entidades legislativas ou administrativas que promovam a respectiva iniciativa normativa recebam dos povos indígenas ou das comunidades negras (tribais) critérios, comentários, opiniões e propostas livres, prévias e informadas sem a efetiva, aberta, ativa e imediata interlocução entre as partes; é de supor que a consulta pelo menos implica a um diálogo com estas características, quando regularmente uma ação ou proposta leva a uma reação, a um interrogante, a uma clarificação ou precisão e inclusive a uma objeção do ato com quem se dialoga.

Artigo 20º. Reunião de consulta prévia.- A direção de Etnias convocará a reunião de instalação da consulta prévia mediante o mesmo procedimento estabelecido para a reunião de socialização.

A Direção de Etnias verificará a presença das partes da consulta. Se no momento da reunião não está presente alguma das partes, a reunião será realizada com as partes presentes e as partes ausentes serão notificadas sobre as discussões e decisões que sejam tomadas.

No início da reunião a Direção de Etnias deverá expor sobre o direito a consulta prévia, seus objetivos e efeitos.

As comunidades indígenas ou afrodescendentes poderão participar em qualquer momento, para solicitar informação adicional ou propor alternativas sobre o conteúdo ou procedimento regulados pelo projeto de lei, ato legislativo ou ato administrativo. Dependendo do caso, o expositor do projeto de lei ou ato legislativo, ou a autoridade que pretenda expedir o ato administrativo objeto da consulta, analisará de forma conjunta com as comunidades tais alternativas durante as reuniões de consulta, com o fim de procurar um acordo em relação ao conteúdo da regulação.

Artigo 21º. Efeitos da consulta.- os acordos alcançados dentro do processo de consulta serão de cumprimento obrigatório para as partes. A resolução motivada da Direção de Etnias que deixe constância dos acordos parciais ou totais colocará fim a consulta prévia.

Em caso de desacordo irreconciliável respeito ao conteúdo do projeto de lei, ato legislativo ou ato administrativo, a decisão final será tomada pelo proponente do projeto de lei ou ato administrativo, ou pela autoridade encarregada da expedição do ato administrativo que se trate, em base a critérios de objetividade, racionalidade e proporcionalidade que conciliem os distintos interesses e princípios constitucionais e legais envolvidos.

A resolução motivada da Direção de Etnias na qual se consigne o conteúdo do acordo parcial ou total, ou a impossibilidade de chegar a um acordo, coloca fim ao procedimento de consulta prévia.

O acordo parcial ou total surgido na consulta vincula o expositor do projeto de lei ou ato legislativo, ou a autoridade encarregada de expedir um ato administrativo do qual se trate, e deverá ser refletido no conteúdo do articulador de tal projeto. No caso de leis ou atos legislativos, não obstante, o expositor ou expositores do projeto não serão responsáveis pelas mudanças introduzidas por outros membros do Congresso durante as deliberações e votações próprias do trâmite legislativo. De qualquer forma, o expositor terá a obrigação de insistir no conteúdo que resultou da consulta prévia ao longo dos debates parlamentares.

Entende-se que os servidores públicos que entram em interlocução, em representação do Estado, com os povos indígenas, devem estar autorizados a obter acordos que sejam obrigatórios, não somente para eles, mas principalmente para toda a instituição que representam. Pode ser que no caso do Congresso da República os expositores não tenham um poder de representação suficiente para fazer obrigatórias suas negociações ao resto da instituição, então é necessário revisar este aspecto e definir claramente qual seria a instância de representação adequada para alcançar acordos obrigatórios.

LIÇÕES APRENDIDAS, LOGROS E OBSTÁCULOS OU DIFICULDADES PRINCIPAIS

No caso da Colômbia, a implementação do direito à consulta prévia tem sido feita principalmente a partir do exercício jurisprudencial e, em particular, através dos pronunciamentos da Corte Constitucional que permitiram que fosse consolidado um corpo de precedentes que constituem o quadro de referência para a atuação do Estado nos processos de consulta com as populações indígenas e negras (tribais) quando se pretenda executar a prospecção e exploração de recursos naturais em seus territórios, da mesma maneira já estão sendo delineados os parâmetros sobre os quais se devem os processos de consulta para a adoção das medidas legislativas.

A tradição jurídica colombiana se caracteriza pela prevalência do direito legislado. Não obstante, no tema indígena é cada vez mais reiterada a utilização do precedente judicial como fonte de direito. É assim como a partir dos elementos de cada caso em particular se consegue definir parâmetros jurídicos de aplicação geral, mas suscetíveis de ser precisados ou ajustados às diferentes realidades culturais, econômicas, sociais e políticas dos 84 povos indígenas que habitam o território nacional.

Esta circunstância faz-se mais tangível para a aplicação do direito à consulta prévia. Antes de que seja definido legalmente um procedimento uniforme com as condições e etapas de tempo, lugar e modo de realizar a consulta prévia, se estabelece através de precedentes jurisprudenciais a maneira pela qual deve ser realizada a consulta sobre medidas administrativas que possam afetar diretamente as comunidades titulares de tal direito, e isto permite uma melhor adaptação e harmonia entre a normativa nacional e as normas e usos e costumes dos povos indígenas.

No caso da consulta prévia para medidas legislativas não fica tão claro a pertinência deste princípio. De fato, quando o âmbito de aplicação de uma medida não se limita a um determinado território local ou regional, mas inclui a totalidade do território nacional, poderia ficar altamente complexo a obtenção de critérios uniformes sobre as condições para executar um processo

de consulta com povos que têm tão diferentes realidades culturais, sociais, econômicas e políticas, com diferentes estruturas organizacionais e de relacionamento com o Estado e a sociedade nacional, além de não estar consolidadas instancias nacionais ou regionais de representação do movimento indígena.

ARTIGO

Situação do direito à consulta e o consentimento prévio, livre e informado aos povos indígenas no Peru

Vladimir Pinto

Povos indígenas no Peru**INFORMAÇÃO GERAL**

De acordo com a informação oficial, no Peru habitam 72 povos indígenas agrupados em dezoito famílias lingüísticas.¹⁷⁰ A informação precisa sobre esta população não foi atualizada nos dois últimos censos nacionais; por isso seguem sendo usados os dados do Censo nacional de População e Habitação de 1993, quando foi estabelecido que aproximadamente 40% da população peruana pode considerar-se indígena.¹⁷¹ Diversos organismos internacionais exigiram que a população indígena no Peru seja determinada com informação mais atual, que precise sua situação demográfica e socioeconômica.¹⁷²

Existem um conjunto de elementos doutrinários que permitem identificar o sentimento de das pessoas de pertencer a um povo indígena (autoidentificação, tempo de permanência nos territórios que utilizam, situação de exclusão ou incorporação subordinada de suas etnias no processo de criação ou condução dos Estados dos que hoje formam parte, continuidade de suas tradições culturais, sociais e organizativas). O autoreconhecimento é, sem dúvida, um componente substancial e aproximadamente 25% (6'537,500)¹⁷³ da população peruana se identifica como indígena, apesar do enorme estigma e discriminação que isto implica no espaço rural andino.

Pese a que já estão organizado há algumas décadas, os povos indígenas no Peru vêm recentemente consolidando-se como um ator visível para o conjunto

170 Ministério de Educação, Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (www.minedu.gob.pe).

171 O próprio Estado peruano continuou utilizando este critério em seus relatórios para a OIT; a última vez foi no ano de 2005.

172 OEA (2001), CERD (1998 e 2008), Relator da ONU sobre saúde (2006).

173 "La democracia en el Peru: El mensaje de las cifras" PNUD 2006.

da sociedade, devido aos conflitos territoriais e culturais ao redor da expansão da fronteira extrativa na Amazônia, processo similar ao da região andina pela expansão mineira dos anos noventa.

A política do Estado desde 1991 está orientada à flexibilização dos direitos territoriais indígenas e isto levou a um processo de mobilizações importantes que no ano de 2008 colocaram no debate nacional os direitos à consulta e ao território coletivo. O discurso do atual governo é sumamente agressivo e denegridor em relação ao indígena como realidade sociocultural; são acusados de ser inimigos do modelo de desenvolvimento oficial, sustentado nas atividades de exportação de matéria prima.

No contexto da implementação do TLC entre Peru e estados Unidos, foram aprovadas uma serie de reformas legislativas com tendência a eliminar seus territórios coletivos. Este contexto implica grandes dificuldades para o exercício dos direitos indígenas em geral e da consulta em particular.

Povos indígenas por família linguística

SITUAÇÃO JURÍDICA DOS POVOS INDÍGENAS NO PERU

O Peru tem caminhado contra a correnteza de seus vizinhos sulamericanos, reduzido as margens de proteção constitucional dos direitos coletivos e negando-se a reconhecer os povos indígenas como sujeitos jurídicos, titulares de direitos coletivos. No texto constitucional, somente as comunidades camponesas e nativas podem obter a personalidade jurídica, e é reconhecida a elas a propriedade e livre disposição de suas terras; estas comunidades são a unidade nuclear da população indígena, mas suas identidades principais não constam no corpo constitucional.

As comunidades (camponesas nas regiões andina e costeira, ou nativas na Amazônia), estão reguladas no capítulo constitucional dedicado ao “regime agrário e as comunidades”. Neste capítulo se estabelece como primeiro critério que o Estado fomenta o desenvolvimento da atividade agrícola e promove a proprie-

dade sobre a terra, seja privada, comunal ou associativa. Ou seja que o espírito dos artigos destinados às comunidades é especificar um tipo de propriedade sobre terras agrárias, e não está orientado a enriquecer as definições em relação à nação ou a população peruana.

Não obstante, na Constituição Política vigente existem outros artigos que permitem reivindicar a identidade indígena, seja individual ou coletiva:

Toda pessoa tem direito a sua identidade étnica e cultural; o Estado protege a pluralidade étnica e cultural da Nação (Art. 2, inciso 19)

Fomenta a educação bilingue e intercultural, segundo as características de cada zona; preserva as diversas manifestações culturais e lingüísticas do país (Art. 17);

Reconhece como idiomas oficiais o castelhano, quéchua, aymara e as demais línguas aborígenes (Art. 48);

As autoridades das Comunidades Camponesas e Nativas, com o apoio das Rondas Camponesas, podem exercer as funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial em conformidade com o direito consuetudinário, sempre que não violem os direitos fundamentais da pessoa (Art. 149).

A lei estabelece porcentagens mínimas para tornar acessível a representação de gênero, comunidades nativas e povos originários nos Conselhos Regionais. Aplica-se o mesmo tratamento aos Conselhos Municipais (Art. 191)

Cabe mencionar que, de maneira independente da plena exigibilidade que traz consigo a Convenção 169-OIT, existem instrumentos normativos infraconstitucionais –fruto da incidência das organizações indígenas amazônicas– que reconhecem expressamente a existência de direitos dos povos indígenas ou originários no sistema normativo peruano:

**Lei de Proteção da Diversidade Biológica e dos
Conhecimentos Coletivos dos Povos Indígenas – 27811;**

Artigo 2º:

“povos originários que têm direitos anteriores à formação do Estado peruano, mantêm uma cultura própria, um espaço territorial e se autoidentificam como tais. Nestes inclui-se os povos em isolamento voluntário ou não-contatados, assim como as comunidades camponesas e nativas”.

Lei Geral do Ambiente, 28611

Artigo 70º:

No desenho e aplicação da política ambiental e, em particular, no processo de ordenamento territorial, devem ser salvaguardados os direitos dos povos indígenas, comunidades camponesas e nativas reconhecidas na Constituição Política e nos tratados internacionais ratificados pelo Estado. As autoridades públicas promovem sua participação e integração na gestão do ambiente.

Artigo 71º

O Estado reconhece, respeita, registra e contribui para que sejam aplicadas de forma mais ampla os conhecimentos coletivos, inovações e práticas dos povos indígenas, comunidades camponesas e nativas, tanto quanto estes constituam uma manifestação de seus estilos de vida tradicionais e sejam consistentes com a conservação da diversidade biológica e com a utilização sustentável dos recursos naturais. O Estado promove sua participação, justa e equitativa, nos benefícios derivados de tais conhecimentos e fomenta sua participação na conservação e gestão do meio ambiente e ecossistemas.

**Lei 28736, “Lei para a Proteção dos Povos Indígenas ou Originários
em Situação de Isolamento e em Situação de Contato Inicial”;**

Artigo 2:

Aqueles que se autoidentificam como tais, mantêm uma cultura própria, encontram-se na posse de uma área de terra, formam parte do Estado peruano

conforme a Constituição. Nestes inclui-se os povos indígenas em situação de isolamento ou em situação de contato inicial.

A Convenção 169-OIT no ordenamento jurídico peruano

PROCESSO DE RATIFICAÇÃO

A Convenção 169-OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, de aqui em diante “a Convenção”, foi ratificada pelo Estado peruano mediante a Resolução Legislativa 26253, aprovada no dia 26 de novembro de 1993 e promulgada pelo executivo no dia 2 de dezembro de 1993.

Este Tratado foi ratificado durante o mandato do Congresso Constituinte de 1993 e poucos dias antes de que entrasse em vigência a Constituição atual (31 de dezembro do mesmo ano). Esta informação é importante; pois a Convenção se incorporou em nosso ordenamento jurídico durante a vigência da Constituição de 1979, que protegia melhor as garantias do que a atual.

Artigo 105 da Constituição de 1979:

Os princípios contidos nos tratados relativos a direitos humanos, têm hierarquia constitucional. Não podem ser modificados a não ser pelo procedimento que rege para a reforma da Constituição. (grifo acrescentado)

Estabeleceu-se, então, um grau de proteção dos direitos indígenas que já não deveria retroceder, conforme estabelecem diversas Observações Gerais do Comitê DESC das Nações Unidas, interpretando o artigo 3º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Se bem é certo que nossa Carta constitucional é frouxa respeito à proteção dos direitos indígenas; é significativo o fato de que o próprio Congresso Constituinte que a redigiu decidiu a incorporação expressa deste Tratado. Ao interpretar de forma benigna as motivações dos legisladores, podemos supor que optaram por corrigir ou reparar uma omissão grave no que diz respeito à proteção dos direitos humanos.

CONTEÚDO ATUAL DO DIREITO

No artigo 55 da carta constitucional vigente de 1993, está estabelecido que: os tratados celebrados pelo Estado, e em vigência, formam parte do direito nacional. Estabelece também que, sempre que versem sobre direitos humanos, devem ser aprovados previamente pelo Congresso, antes de sua ratificação pelo Presidente da República.

No artigo 3º da Constituição se deixa aberta a possibilidade de incluir dentro de seu âmbito de proteção aqueles direitos que não estão expressamente incluídos em seu texto, sempre que estejam fundamentados na dignidade do homem, na soberania do povo ou no Estado republicano de direito. Isto permite compreender os avanços doutrinários, convencionais e jurisprudenciais relativos aos direitos humanos dentro do “bloco de constitucionalidade” peruano.

Além deste articulado genérico, a Constituição apresenta na sua Quarta Disposição Final e Transitória, a seguinte fórmula: “as normas relativas aos direitos e as liberdades que a Constituição reconhece *são interpretadas de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com os tratados e acordos* internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pelo Peru”. (grifo acrescentado)

Quer dizer que todas as normas peruanas que reconhecem direitos às comunidades camponesas e nativas, devem ser interpretadas de acordo com a Convenção 169-OIT (“tratado”, de natureza convencional), e inclusive aplicando os desenvolvimentos doutrinários da Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas (“acordo internacional”), de valor interpretativo e de aplicação progressiva, mas que nem por isso perdem seu caráter vinculativo.

Cabe mencionar também o Artigo V do título Preliminar de nosso Código Processual Constitucional, que incorpora expressamente a jurisprudência de foros internacionais como parte do “bloco de constitucionalidade”: “*O conteúdo e alcance dos direitos constitucionais protegidos pelos processos regulados no presente Código devem interpretar-se de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos, os tratados sobre direitos humanos, assim como das decisões adotadas pelos*

tribunais internacionais sobre direitos humanos constituídos segundo tratados dos que o Peru é parte”.

É importante analisar o direito à consulta em concordância com as linhas centrais da Convenção 169-OIT e a Declaração sobre direitos dos Povos Indígenas da ONU, tomando em conta idéias orientadoras:

Os povos indígenas são sujeitos coletivos com o direito a existir e a perdurar, definidos primordialmente por sua preexistência aos Estados quais habitam e sua autoidentificação como indígenas.

Os direitos coletivos sobre os territórios que os povos habitam ou utilizam ultrapassam o conceito jurídico ocidental de “propriedade”. Denominou-se “propriedade coletiva” a uma ocupação transgeracional e integral.

É obrigatória a perspectiva intercultural transversal de todas as políticas públicas dos Estados que subscreveram a Convenção 169. A concertação entre Estado e Indígenas é o único mecanismo democrático para solucionar a situação de postergação social, econômica e jurídica na qual estes povos se encontram.

Dispõe uma serie de medidas destinadas a enfrentar ou solucionar a situação de exclusão ou discriminação na qual se encontram estes povos respeito ao gozo efetivo de todos seus direitos (civis, sociais, econômicos, culturais).

O direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado no Peru

Sabe-se que a vigência formal das normas não garante sua vigência social; no caso peruano não foi possível garantir o cumprimento da Convenção 169-OIT por inexistir vontade política para sua implementação. Sobre o direito a consulta em particular, fica evidenciado inclusive a vontade aberta do Estado de desconhecer o desnaturalizar o direito.

CONSULTA SOBRE POLÍTICAS QUE AFETEM OS POVOS INDÍGENAS

O artigo 7.1 da Convenção consagra o direito dos povos indígenas a “*escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que afete suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, execução e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional capazes de afetá-los diretamente.*”¹⁷⁴

Com o fim de garantir este direito geral, o artigo 33 indica que o Estado *deverá assegurar-se de que haja instituições ou outros sistemas apropriados para administrar os programas que afetem os povos indígenas e tribais e de que essas instituições ou sistemas disponham dos meios necessários para o pleno desempenho de suas funções.*

O estado peruano não cumpriu com este mandado de consultar ou obter consentimento respeito às políticas públicas que afetem os povos indígenas. Desde que foram reconhecidas pela república peruana em 1920, as comunidades indígenas carecem de uma instância especializada que analise sua situação ou propenda à defesa de seus direitos.

O Instituto Nacional dos Povos Andinos, Amazônicos e Afroperuanos (Indepa) é a primeira instituição estatal na história republicana orientada a zelar pela participação dos povos indígenas. Foi criada no ano de 2005 pela Lei Nº 28495; seu mandato central “é a elaboração de políticas nacionais dirigidas à promoção, defesa, afirmação e investigação dos direitos dos povos indígenas e afroperuanos, com o fim de propender a seu desenvolvimento com identidade.” Também tem o mandato de velar pelo cumprimento de tais políticas e supervisionar que o conjunto de programas e ações específicas do Estado estejam adequadas às mesmas. Conforme a Lei Nº 28495, o conselho diretivo do Indepa deveria contar com a participação de catorze representantes estatais e nove representantes das organizações indígenas e afroperuanas.

¹⁷⁴ A Declaração sobre o Direito dos Povos Indígenas desenvolve este conceito, estabelecendo o direito à livre determinação dos povos indígenas (artigo 3); e a autonomia ou autogoverno em seus assuntos internos e locais (artigo 4°).

Não obstante, o Indepa nunca cumpriu sua missão institucional. Em 2005 constituiu-se e formalizou-se, inclusive com a nomeação dos representantes indígenas e afroperuanos em sua entidade diretiva, mas nunca contou com pessoal nem orçamento idôneo para o cumprimento de suas funções. Apenas seis meses depois de assumir o poder, o governo de Alan Garcia decidiu desativar o Indepa por meio do Decreto Supremo 001-2007-MIMDES, convertendo o Indepa em uma sub-unidade do Ministério da Mulher e do Desenvolvimento Social – MIMDES. Assim o Conselho Diretor desaparece (e portanto a participação indígena) e suas funções são reorientadas para o desempenho de um trabalho assistencialista e de alívio a pobreza, que caracteriza este Ministério.

Devido ao protesto das organizações da sociedade civil e às reclamações de diversas instituições da sociedade civil, o Congresso da República decide revocar a decisão do executivo mediante Lei Nº 29146 (dezembro de 2007). Novamente reconstruiu-se o Indepa como uma instância com personalidade jurídica própria, mas se mantém adstringida às políticas do MIMDES e ainda não foi reconstituído o Conselho Diretor nem tampouco se pretende reconstruir. Até a data não desenvolve nenhuma das tarefas estabelecidas em sua lei de criação e está orientado à promoção de pequenas obras de assistência social em comunidades.

CONSULTA SOBRE MEDIDAS LEGISLATIVAS

O artigo 6º da Convenção estabelece de maneira específica a obrigação de *consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, por meio de suas instituições representativas, sempre que se tenham em vista medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los diretamente.*” *consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser feitas, de boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo ou consentimento com as medidas propostas.*

Nenhum dos organismos estatais que tem a função legislativa no Peru (Congresso da República, Conselhos Municipais, Conselhos Regionais, Governo Central), estabeleceram procedimentos formais destinados à consulta prévia aos povos indígenas. Não obstante, a raiz do levantamento indígena de agosto de 2008, o

Congresso subscreveu uma Ata com a organização indígena nacional que representa as comunidades amazônicas, Aidesep, com o objetivo de:

Acordar uma agenda legislativa (projetos prioritários para os povos indígenas amazônicos e derrogação de diversas normas).

Estabelecer mecanismos para cumprir com o procedimento de consulta de acordo com a Convenção 169-OIT no processo legislativo do Congresso.

Criar um projeto legislativo que viabilize o processo de consulta sobre as decisões de governo que possam afetar aos povos indígenas. Isto ficaria consolidado através de uma lei que regule a consulta em geral.

Como fruto destes acordos, foi criada uma “Comissão Multipartidária” encarregada de estudar e propor uma “Solução à Problemática Indígena” cujo mandato expresso é propor uma modificação no regulamento do Congresso para implementar o direito à consulta. Esta comissão especial está em pleno trabalho até dezembro de 2009; mais adiante se descreve a proposta que apresentará para sua discussão no presente período parlamentar.¹⁷⁵

CONSULTA SOBRE DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Respeito às decisões do governo que possam afetar os direitos dos povos indígenas, tampouco foi desenvolvido critérios ou procedimentos uniformes no ordenamento legal peruano. Não obstante, algumas disposições excepcionais sobre a consulta merecem ser tomados em conta.

Por exemplo, na questão da criação de Áreas Naturais Protegidas, avançou-se de maneira significativa. O Regulamento da Lei de Áreas Naturais Protegidas (D.S 038-2001-AG, Art. 43) alude à consulta num sentido bastante próximo ao espírito da Convenção 169-OIT:

¹⁷⁵ O período legislativo começou em março e termina no mês de julho.

43.1 O processo para a categorização definitiva ou o estabelecimento de uma Área Natural Protegida, deve ser realizado com base em processos transparentes de consulta à população local interessada, onde se inclui as comunidades camponesas estabelecidas na “Convenção Nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes” da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Nestes últimos casos, tal participação é realizada particularmente através de suas organizações locais e utilizando, na medida do possível, o idioma mais relevante do lugar.

43.2 Podem-se estabelecer Áreas Naturais Protegidas ou categorizar-las definitivamente sobre prédios de propriedade comunal, se é que conta com o consentimento prévio dado livremente e com pleno conhecimento de causa dos proprietários dos mesmos, cujos direitos fundamentais se reconhecem de maneira explícita no dispositivo de criação. (grifo acrescentado)

Também foi estabelecido um critério similar para a utilização dos conhecimentos indígenas sobre a diversidade biológica:

Lei 26839.¹⁷⁶

Artigo 23.- É reconhecida a importância dos conhecimentos, inovações e práticas das comunidades camponesas e nativas, para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. Da mesma maneira é reconhecida a necessidade de proteger estes conhecimentos e estabelecer mecanismos para promover sua utilização com o consentimento informado de tais comunidades, garantindo a distribuição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização. (grifo acrescentado)

Este critério é posteriormente ratificado pela lei 27811, que estabelece o regime de proteção dos conhecimentos coletivos dos povos indígenas vinculados com os recursos genéticos:

¹⁷⁶ Lei sobre a Conservação e o Aproveitamento Sustentável da Diversidade Biológica.

Artigo 5º.- Objetivos do regime

São objetivos do presente regime: (...)

d) Garantir que o uso do conhecimento coletivo seja realizado com o consentimento prévio informado dos povos indígenas.

Artigo 6º.- Condições para o acesso aos conhecimentos coletivos

Os interessados em aceder aos conhecimentos coletivos com o fim de aplicação científica, comercial e industrial, deverão solicitar o consentimento informado prévio das organizações representativas dos povos indígenas que possuam um conhecimento coletivo.

Estas normas demonstram que o Estado peruano já interpretou o consentimento prévio e a obtenção de consensos como a razão de ser dos processos de consulta estabelecidos na Convenção 169-OIT. O problema é que esta interpretação não foi expandida a outros âmbitos do governo cujas decisões também afetam aos povos indígenas.

Pelo contrário, o sentido da consulta é modificado em função dos interesses econômicos implicados em cada caso; tal como se expõe no capítulo seguinte.

**CONSULTA EM RELAÇÃO AO APROVEITAMENTO
DE RECURSOS NATURAIS EM TERRITÓRIOS INDÍGENAS**

Desde 2004 os projetos de hidrocarbonetos na região amazônica foram acelerados de maneira vertiginosa. Durante apenas quatro anos os lotes de hidrocarbonetos passaram de ocupar aproximadamente 13% da área amazônica a cobrir mais de 70% desta mesma área, afetando principalmente as comunidades nativas, povos indígenas em situação de isolamento voluntário e Áreas Naturais Protegidas. O fenômeno é similar ao “boom” mineiro dos anos noventa; em 1992 os projetos de mineração cobriam três milhões de hectares e no final da década multiplicou-se por sete (22 milhões de hectares); afetando mais de 60% das terras camponesas demarcadas.¹⁷⁷

¹⁷⁷ De Echave, José: *Transnacionales Mineras, Evolución y Tendencias*; artigo publicado em “*Transnacionales, Estados Nación y Derechos Humanos de los Pueblos*” APRODEH- CEDAL 2003.

Pese a que a Convenção estava plenamente vigente desde 1994, esta não foi considerada de nenhuma maneira durante a definição de políticas de promoção dos projetos de mineração e energéticos em territórios de comunidades camponesas e nativas. Tampouco foram estabelecidos procedimentos de consulta prévia em relação a cada um dos projetos específicos.

Foi somente em fevereiro de 2008 que a Convenção 169-OIT foi incluída como uma fonte reconhecida pelo Ministério de Energia e Minas em seus regulamentos de informação e consulta à população. O Decreto Supremo 012-2008-EM, “Novo Regulamento de Participação Cidadã do Setor de Hidrocarbonetos”, menciona a Convenção em seu preâmbulo e estabelece no corpo da norma um procedimento especificamente orientado às comunidades nativas. Critérios similares foram aprovados para o setor da mineração mediante o decreto Supremo 028-2008, promulgado em junho.

Estas normas regulamentarias representam um avanço em relação ao acesso à informação para as comunidades; também oferecem mais oportunidades para que estas se informem durante as diferentes etapas do processo e proponham observações. Porém não significam nenhum desenvolvimento em relação ao conteúdo substantivo do direito:

A “consulta” se materializa somente mediante uma serie de oficinas informativas e audiências públicas ao longo das diferentes etapas do processo (anteriormente só incluía os momentos anteriores e posteriores à apresentação do EIA)

O caráter referencial das opiniões emitidas pelos consultados é mantida; as comunidades não têm a possibilidade de modificar a implementação ou condições do projeto com suas observações.

Tais observações são resolvidas pelas mesmas autoridades que estão encarregadas de promover suas observações.

Tais observações são resolvidas pelas mesmas autoridades que estão encarregadas de promover o projeto extrativo.¹⁷⁸

Outro elemento que –no nosso critério– desnaturaliza a consulta, é que as oficinas são desenvolvidas posteriormente às negociações e aos acordos que o Estado executa com uma empresa determinada. A interpretação do Ministério de Energia e Minas sobre esta questão, é que a obrigação estabelecida no artigo 15.2 da Convenção é a de consultar “prévio o início das operações nos territórios indígenas”, de maneira que nem a operação, nem o contrato, são incluídos no processo de consulta, já que as operações têm início com a apresentação do EIA para a etapa de prospecção.

Propostas de regulamentação ou implementação do direito à consulta:

Durante os últimos anos o debate sobre o direito à consulta no Peru foi intensificado, particularmente nos foros legislativos. Como antecedente devemos indicar que durante o período 2001-2006 foram apresentadas duas propostas legislativas relacionadas ao direito à consulta aos povos indígenas: o Projeto de Lei Nº 7808/2003-CR, que propunha uma “Lei que prevê a consulta prévia com as comunidades indígenas para a exploração dos recursos naturais” e o Projeto de Lei Nº 12512/2004-CR, que propunha regular o direito de consulta que se refere o inciso a) do artigo 6º e o numeral 2 do artigo 15º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais em países independentes”. Estes foram devolvidos às comissões e serviram de antecedentes para os que são debatidos atualmente.

PROJETOS ORIENTADOS A IMPLEMENTAR O DIREITO A CONSULTA EM GERAL

Durante o período legislativo 2006-2009, foram discutidas diversas iniciativas de lei cujo objeto é regulamentar o direito à consulta prévia; sendo as principais:

¹⁷⁸ O MINEM no caso de projetos de mineração e o próprio MINEM ou PERU PETRO para projetos de hidrocarbonetos, dependendo da etapa na qual se encontre o projeto.

Projeto 413/2006-CR orientado a regular a consulta prévia às comunidades indígenas em relação à exploração dos recursos naturais em seus territórios.

Projeto 427/2006-CR que desenvolve conceitos sobre a consulta prévia em caso de medidas legislativas e projetos de desenvolvimento em territórios indígenas. Propõe um procedimento para a aprovação das normas, a finalidade e as condicionantes dos contratos subscritos em caso de ser favorável à consulta e o procedimento no caso de normas legais.

Projeto 2016/2007-CR tem como objeto garantir que exista o consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas frente aos atos legais ou administrativos ou projetos relacionados ao ordenamento territorial, realização de atividades de prospecção e exploração de recursos naturais e obras de infraestrutura que possam afetar seus direitos.

Este projeto tem uma visão mais integral que seu predecessores; define os casos em que procederá a consulta, a definição de povos indígenas, o caráter da consulta, os princípios reitores da consulta e o dever de informação prévia, além do procedimento a ser seguido. Originalmente a proposta foi elaborada por diversas ONGs e organizações indígenas e estabelecia o caráter vinculador dos resultados da consulta; mas ao ser debatido na Comissão de Povos Andinos, Amazônicos, Afroperuanos, Ambiente e Ecologia, este item foi eliminado, convertendo o resultado em uma referência não obrigatória ao Estado.

Todos os projetos referidos foram trabalhados por setores de oposição ao governo aprista. Desde o governo, construiu-se uma proposta de lei¹⁷⁹ para estabelecer uma “Mesa de Concertação Permanente”, adstringida ao Ministério do Ambiente; a mesma que discutiria os projetos e normas que afetem os povos indígenas.

A iniciativa do governo a este respeito não faz sentido, já que se promove uma comissão que discutiria o conjunto de propostas e políticas de Estado, mas dependente de somente um setor. Obviamente, um espaço com estas características ultrapassa a problemática estritamente ambiental.

¹⁷⁹ Projeto de Lei 2767, Lei que cria a Mesa de Concertação com as Comunidades Nativas e Povos Originários.

PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO DA CONSULTA NA ELABORAÇÃO DE LEIS QUE AFETEM OS POVOS INDÍGENAS

Como mencionamos anteriormente, no dia 26 de setembro de 2008 foi criada uma Comissão Multipartite Encarregada de Estudar e Propor a Solução à Problemática dos Povos Indígenas. Esta comissão *ad hoc* está em pleno funcionamento e no dia 20 de fevereiro convocou a uma sessão de trabalho com organizações indígenas e ONGs para que apresentassem suas conclusões preliminares.

Foi definido preliminarmente que seu caráter é o de uma Comissão propositora; suas capacidades não são suficientes para apresentar diretamente ao Congresso uma opinião para ser debatida. Portanto terá que ser algum ou alguns dos congressistas que a integram, os que assumam e defendam o projeto ao conjunto dos congressistas. Existe, assim, uma certa precariedade em relação às garantias para implementar suas conclusões.

O mandato específico é o de modificar o regulamento do Congresso de maneira que incorpore a consulta como um momento específico no procedimento legislativo. Esta Comissão não pode propor uma lei de alcance geral que abarque o processo de consulta em todas as decisões administrativas do Estado. Este ponto gerou frustração nas organizações participantes do processo; já que o acordo original com a Aidesep incluía este item.

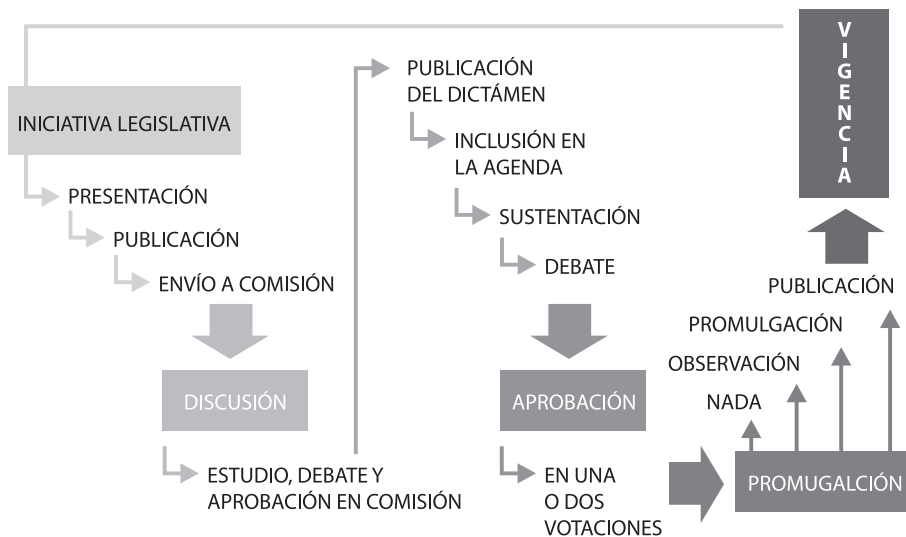
De acordo com a Constituição Política do Peru, as leis de desenvolvimento constitucional (leis orgânicas, em nosso dicionário normativo) só podem ser modificadas mediante decisão da maioria qualificada do total de congressistas (61 votos). O regulamento constitui uma lei orgânica e requererá então um consenso significativo à implementação das propostas que surjam de este grupo.

Da mesma maneira, os membros da Comissão indicaram que em nenhum caso exigirão que os resultados da consulta seja de aplicação obrigatória para os con-

gressistas. O artigo 93º de nossa Constituição Política estabelece que os congressistas não estão sujeitos a mandado imperativo; a interpretação deste grupo *ad hoc* é que esta prerrogativa impede a exigência obrigatória dos resultados das consultas aos povos indígenas.

Atualmente o processo legislativo se desenvolve da seguinte maneira:¹⁸⁰

PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO

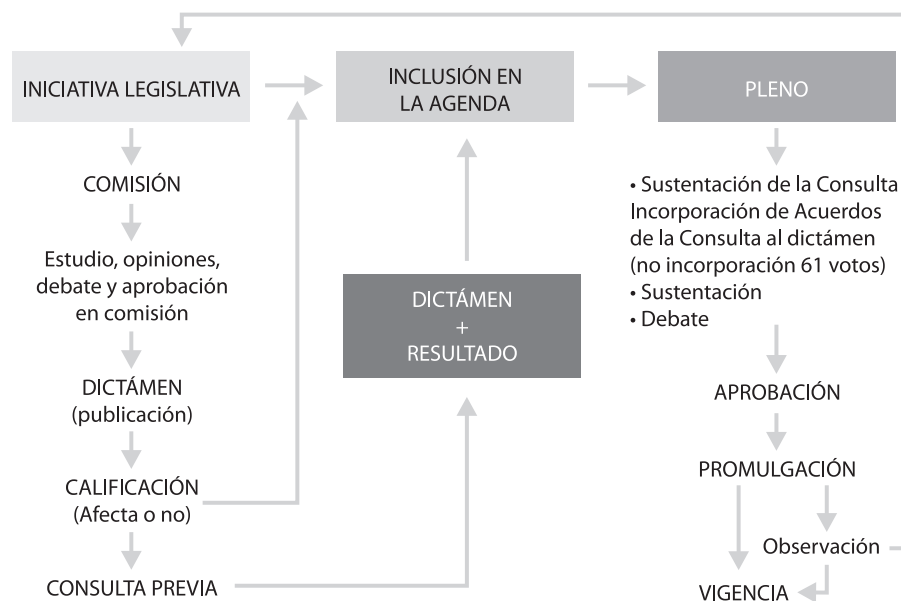


Durante a apresentação pública de fevereiro de 2009, os membros deste grupo de trabalho especial propuseram um novo esquema, que incorporaria a consulta logo que os projetos contassem com uma opinião, e em momento prévio, para que seja debatido no pleno. Todos as opiniões seriam analisadas por uma instância de caráter consultivo que avalia se o projeto afeta aos povos indígenas e uma instância *ad hoc* (a ser criada) seria encarregada de convocar e realizar as consultas.

¹⁸⁰ Gráfico elaborado pela Comissão Multipartidária encarregada de estudar e propor soluções à problemática indígena - Congreso da República, fevereiro 2009.

A Comissão propõe que o processo de qualificação das normas plausíveis de ser consultadas possa ser estendido por até 7 dias e que o processo de convocatória e consulta aos povos indígenas seja realizado no prazo máximo de 30 dias.

PROPOSTA DE INCORPORAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA NO PROCESSO LEGISLATIVO DO PERU¹⁸¹



Jurisprudência sobre o direito à consulta

As organizações indígenas do Peru e seus aliados têm sido pouco prolixas respeito às estratégias judiciais; isso teve como resultado um escasso desenvolvimento jurisprudencial sobre a temática indígena em geral e sobre o direito específico à consulta.

Um mandato que não constitui jurisprudência vinculadora, mas orienta de maneira decisiva a interpretação da Convenção 169-OIT, é a Resolução da 5ª

¹⁸¹ *Id.*

Sala Civil da Corte Superior de Lima,¹⁸² mediante a qual declara nula a resolução de improcedência da demanda expedida pelo 53º Juizado Civil de Lima, que se negava a aceitar uma Ação de Descumprimento¹⁸³ da Convenção 169-OIT,

Na ação interposta pela Associação Interétnica de Desenvolvimento da Selva Peruana, Aidesep, a organização solicitava que o Ministério de Energia e Minas adequasse suas normas e procedimentos ao disposto na Convenção 169-OIT; considerando que este é um instrumento perfeitamente incorporado a nosso sistema jurídico e que prevalece sobre a legislação infraconstitucional, já que versa sobre direitos humanos.

O juiz de primeira instância considerou que a Ação de Descumprimento era improcedente, pois constituía uma *litis* de “controvérsia complexa.” No critério do juizado, a Convenção 169-OIT é uma norma de caráter programático e a execução de seus mandados está sujeita a interpretação; portanto não cabe a via do cumprimento, que pressupõe mandados claros e diretamente exigíveis aos funcionários estatais.

A Aidesep impugnou este expediente que colocava fim ao processo; e a corte de segunda instancia resolveu o seguinte:

“fica claro que existe um mandado direto, claro, concreto e vigente, dirigido ao Estado peruano, para que este procure o desenvolvimento legislativo correspondente tomando em conta seus parâmetros” (referindo-se à Convenção 169)

A continuação, indica:

“... o processo de cumprimento não pode ter como finalidade o exame sobre o cumprimento “formal” do mandado contido numa norma legal ou ato administrativo, mas, pelo contrário, o exame sobre o cumprimento eficaz de tal mandado, pois se em um caso concreto verifica-se a existência de atos de cumpri-

182 Expediente N° 13-2008 (10 de abril de 2008).

183 A Ação de Descumprimento (*Acción de Incumplimiento*) é uma garantia constitucional que se interpõe contra qualquer autoridade ou funcionário que se recusa a acatar uma norma legal ou cumprir com um mandato administrativo.

mento aparente, parcial, incompleto ou imperfeito, o processo de cumprimento servirá para exigir a autoridade administrativa precisamente o cumprimento eficaz do disposto pelo mandado (...) o Estado, efetivamente vem cumprindo de maneira efetiva, o mandado contido em tal Convenção, ainda mais se a mesma está relacionada com o reconhecimento dos direitos fundamentais das populações indígenas a quem vai dirigida.”¹⁸⁴

Como mencionamos no ponto 2.2, o Código Processual Constitucional reafirma que as sentenças dos foros internacionais fazem parte do bloco de constitucionalidade.

Artigo 5º: “O conteúdo e alcance dos direitos constitucionais protegidos pelos processos regulados no presente Código devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos, os tratados sobre direitos humanos, como também as decisões adotadas pelos tribunais internacionais sobre direitos humanos constituídos de acordo com os tratados nos quais o Peru faz parte”.

Neste sentido foi a opinião do Tribunal Constitucional, em reiteradas decisões. Como exemplo o fundamento 22 da STC 0047-2004-AI/TC,¹⁸⁵ que indica:

“Nosso sistema de fontes normativas reconhece que os tratados de direitos humanos servem para interpretar os direitos e liberdades reconhecidos pela Constituição. Portanto, tais tratados constituem parâmetro de constitucionalidade em matéria de direitos e liberdades. Estes tratados não somente são incorporados em nosso direito internacional –conforme o artigo 55º da Constituição –mas, também, por mandado da mesma, são incorporados através da integração ou recepção interpretativa”.

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ Jurisprudência citada pela Defensoria do Povo em sua Ação de Inconstitucionalidade contra o Decreto Legislativo 1015; 31/05/ 2008

Assim também é reafirmado na STC 5854-2005-AA/TC:¹⁸⁶

“O exercício interpretativo que realize todo organismo jurisdicional do Estado (ou que desempenhe funções materialmente jurisdicionais) para determinar o conteúdo constitucionalmente protegido dos direitos fundamentais, deve estar obrigatoriamente informado pelas disposições dos tratados internacionais de direitos humanos e pela interpretação das mesmas, realizada pelos tribunais internacionais sobre direitos humanos através de suas decisões”.

Conclusões e recomendações

1. A Convenção 169-OIT é um instrumento perfeitamente incorporado ao ordenamento jurídico peruano. Tanto a construção vigente como as normas de desenvolvimento constitucional permitem exigir sua prevalência sobre qualquer legislação de ordem interna, ao ser um tratado relativo aos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional peruano foi enfático sobre este critério geral, ainda quando não se pronunciou de maneira específica sobre a Convenção 169-OIT.

2. A interpretação sobre o conteúdo material do direito à consulta está regida por interesses extrajurídicos; particularmente em relação ao aproveitamento dos recursos naturais. Naqueles âmbitos nos quais não intervêm grandes interesses extrativos (criação de áreas de conservação ou biodiversidade), reconhece-se que a consulta é um mecanismo para obter o consentimento ou o acordo entre o Estado e os povos indígenas. Mas o mesmo Estado interpreta de maneira muito mais limitada, como mera informação, a consulta respeito às atividades mineiras ou petrolíferas.

3. Em relação às políticas públicas, o contexto é cada vez mais desalentador. A institucionalidade estatal relativa aos povos indígenas não foi consolidada e

186 *Id.*

–pelo contrario- tende a converter-se em uma máscara para satisfazer a formalidade e os compromissos internacionais, mas sem nenhuma vontade de caminhar na consolidação de direitos.

4. O Peru vive um momento importante no que diz respeito ao desenvolvimento legislativo sobre o direito à consulta, gerado por um contexto de mobilização social frente à políticas diretamente destinadas a reduzir direitos indígenas e fomentar a dissolução de seus territórios. O Congresso e o Governo Central consolidam regulamentos de orientação minimalista; faz-se necessário uma vontade política das organizações indígenas e seus aliados para orientar o processo mediante pressão social e contribuições conceituais.

5. O desenvolvimento doutrinário e normativo do direito à consulta caminha de maneira sustentada ao seu reconhecimento como um mecanismo destinado à obtenção de consensos entre o Estado e os indígenas ou do consentimento expresso destes povos sobre decisões estatais que possam afeta-los. O sistema interamericano de direitos humanos indica o mesmo, nos méritos da sentença de *Saramaka vs. Suriname* (novembro 2007). Não obstante, a jurisprudência sobre o tema indígena no Peru é mínima; faz-se urgente desenvolver estratégias judiciais que permitam reverter cenários de vulneração ou exercício limitado do direito à consulta; ainda mais quando os poucos antecedentes existentes se orientam a uma proteção mais ampla deste direito.

Palestras e debate

MESA 2: A aplicação do direito de consulta prévia na América Latina

Moderadora

Isabela Figueroa, colaboradora do Instituto Socioambiental (ISA)

Palestras e palestrantes

“As perversidades de uma regulamentação deficiente e autoritária do direito de consulta prévia: o caso do Equador.”

Mario Melo, Fundação Pachamama do Equador

“A experiência de consultas comunitárias como instrumento de resistência dos povos indígenas da Guatemala.”

Eugenia Valey da Asociación Maya UK'UX B'E e Miriam Ischui do Coletivo Madre Selva

“Entre a lei e a jurisprudência. Consulta ou consentimento. O caso da Bolívia.”

Marín Abadí Gutiérrez López, Centro de estudios Aplicados a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

“Conteúdo e alcance do direito de consulta prévia no processo legislativo: a experiência colombiana.”

Ana Manuela Ochoa, indígena Kankuama, chefe jurídica da Organização Nacional Indígena de Colômbia (ONIC)

“Propondo uma regulamentação integral do direito de consulta. O caso do Peru.”

Lily Latorre, directora del Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui

As perversidades de uma regulamentação deficiente e autoritária do direito de consulta prévia: o caso do Equador

MARIO MELO (advogado indigenista do Equador)

Vou fazer uma apresentação muito curta a respeito da consulta prévia no Equador, que chamamos de um modelo autoritário sobre o exercício do direito à consulta prévia. Em primeiro lugar algumas idéias sobre o Equador e sobre a consulta prévia.

O Equador é um país em que 40% da economia se sustenta da extração de recursos naturais, principalmente petróleo, vivemos um modelo extrativista entendido como um modelo econômico que promove a maior exploração possível de recursos naturais ao menor custo possível e no menor tempo possível. Isso levou a quê? A partir dos anos 70, quando se iniciou de maneira industrial a exploração petrolífera no nordeste do Equador, e se desenvolveu um modelo que permitiu o crescimento da economia, os indicadores econômicos cresceram dez vezes entre 1972 e 1982, essa época da história da economia equatoriana é conhecida como o *boom* petrolífera. É uma época de grandes frustrações porque ao crescimento do volume da economia não se seguiu nem de longe um crescimento nas condições de vida da população. É claro, o modelo extrativista se caracteriza porque impõe aos estados e aos países a necessidade permanente da ampliação das fronteiras extrativistas, quer dizer, cada vez se necessita mais recursos petrolíferos para sustentar o ritmo de gastos que os estados impõem, graças à aparente bonança que oferece a exploração de recursos.

E frente a isso surgiu no Equador um critério, a doutrina do cadeado social, porque no ano de 2004, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos ditou medidas provisionais, o caso Sarayaku, que é o caso de um povo indígena afetado por um projeto petrolífera, e a resposta do Estado através do Ministro de Energia foi que era necessário remover o cadeado social que implicava o exercício do direito das populações indígenas afetadas para permitir o avanço do desenvolvimento, então esse é o critério oficial que se tem a respeito do exercício dos direitos coletivos, que constituem um cadeado social para o avanço do crescimento da economia aparente que provoca o modelo extrativista.

E por último, se avizinha para o Equador um novo *boom*, um *boom* petrolífera através da exploração de uma das maiores jazidas da história do Equador, que se chama Projeto ITT, sobre o qual há uma proposta por parte do Estado de manter sem explorar o recurso em troca de um reconhecimento por parte das comunidades internacionais de 50% dos benefícios que o Estado obterá pela exploração de petróleo, mas é uma proposta frustrada que tampouco se vai concretizando e que provavelmente chegue ao próximo ano se dê este novo *boom* através da exploração deste e de outros projetos no sul da Amazônia Equatorial.

E por outro lado, se anuncia pela primeira vez na história do Equador um *boom* da mineração, metálica, a céu aberto no sul da Amazônia Equatorial, aí tem um mapa da região amazônica do Equador, onde em algumas cores podem ver os territórios indígenas, e sobrepostas as concessões petrolíferas ao norte, como mineiras no sul do mapa, podem ver que pelo menos 80% da região amazônica equatoriana está afetada por concessões extrativistas que afetam integralmente o território dos povos indígenas.

Frente a isso, o direito à consulta prévia foi reconhecido em primeiro lugar na Constituição de 1998, como um direito coletivo dos povos indígenas e um direito difuso de todos os cidadãos em caso de consulta ambiental.

A Convenção 169 entrou em vigor no Equador em 1999, quer dizer, um ano mais tarde do que aprovou o Congresso, existe um lei de gestão ambiental de 1999, que expressamente estabelece um efeito jurídico à inobservância dos processos de consulta prévia que consiste na nulidade dos contratos, que não tenham sido consultados e na inexecutabilidade dos projetos que não tenham sido consultados. Todas essas normas jurídicas têm sido deficientemente aplicadas ao longo dos dez anos de sua vigência, vamos ver alguns caso nos quais as violações sistemáticas a estes direitos derivaram em graves conflitos socioambientais.

Como vocês devem conhecer, desde o final de 2007 o Equador entrou num processo de mudanças constitucionais e tivemos a Assembléia Constituinte, desde setembro de 2007 até o mês de julho de 2008, que desenvolveu um novo projeto constitucional. E no debate do novo projeto constitucional, um dos pontos mais álgidos foi a discussão do direito à consulta prévia e ao consentimento informado e prévio, e foi precisamente esse debate que dividiu as águas de alguma maneira, no processo político da Assembléia Constituinte. Foi um debate muito acompanhado pela imprensa nacional, ouviram posições progressistas apoiadas pelo movimento indígena, pelo movimento dos direitos humanos, que pediam o reconhecimento expresso do direito ao consentimento livre, prévio e informado das comunidades afetadas por decisões estatais no seu território, e de acordo com padrão estabelecido na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, e seguindo o precedente caso Saramaka contra Suriname, também de 2007, no Sistema Interamericano. O debate terminou quando o

presidente da república disse que isso não ia passar de nenhuma maneira, porque implicava em que uma minoria de 2% da população equatoriana decidia sobre recursos que pertencem a todos os equatorianos. Então se produziu um grande debate que foi uma ruptura política entre as duas figuras mais importantes da política equatoriana nesse momento, o Presidente da República e o Presidente da Assembléia Constituinte, que terminou renunciando a seu cargo.

A verdade é que esse é um dos pontos nos quais existe frustração no movimento social equatoriano, não pode conseguir que a Constituição que incorporou grandes avanços, como a plurinacionalidade, como os direitos da natureza, mas não conseguiu claramente estabelecer os direitos das comunidades a que não se realizem atividades que lhes afetem, sem o seu consentimento.

O marco dessa discussão, antes que a nova Constituição fosse aprovada, o Presidente emitiu o decreto 1040, que reforma os regulamentos de consulta prévia que haviam sido criados nesses anos. Mas é um regulamento que se chama Regulamento de Participação na Gestão Ambiental, que passa ao largo da consulta prévia, nas suas disposições se viabiliza as obras e projetos com qualquer mecanismo dos previstos na lei que constituem de uma ou outra maneira a participação, ou seja, oficinas, informações, páginas da web, diferentes mecanismos que não constituem uma consulta. Então, o status do momento é a vigência deste decreto que é inconstitucional, mas estamos num momento de vazios, quer dizer, no Equador mudou o sistema de ações de inconstitucionalidade, e por algumas semanas estaremos sem saber qual é o trâmite que se deve dar a uma demanda de inconstitucionalidade porque a Corte Constitucional, que é um órgão novo que substitui o antigo Tribunal Constitucional com outras funções, ainda não tem um regulamento.

Por último, temos a nova Constituição que está em vigor desde outubro de 2008, que recolhe o direito de consulta prévia de uma maneira limitada, como veremos em seguida. A Constituição de 1998, como lhes disse, estabelecia o direito à consulta prévia em dois níveis, um nível de um direito difuso ambiental, em toda disposição estatal que possa afetar o meio ambiente deverá ser previamente consultada a comunidade. E também como um direito coletivo dos povos indígenas, diz que o Estado reconhecerá e garantirá aos povos indígenas, em confor-

midade com a Constituição e a lei, o respeito à ordem pública e aos direitos humanos direitos, os seguintes direitos: ser consultado sobre planos e programas de prospecção e exploração de recursos não renováveis que se façam em suas terras.

Desde a vigência formal desse direito de consulta prévia, podemos enumerar uma série de casos emblemáticos, nos quais as violações desses direitos levaram a profundos conflitos socioambientais. Entre esses podemos mencionar o caso do bloco petrolero nº 24, que afetou os povos Shuar e Ashuar que no ano de 2001 mereceu uma reclamação ante a OIT pela violação da Convenção 169, e a OIT foi a favor da Organização Ashuar que estava a apresentando a querela, e mais adiante vamos ver em que termos se definiu. O interessante nesse caso é que a defesa do Estado equatoriano dizia explicitamente que estava vigente o direito à consulta prévia, e o estado não considerava conveniente aplicá-lo porque afetava interesses estratégicos do Estado.

Outro caso importante é o caso do bloco petrolero nº 23 que afeta o povo Quíchua de Sarayaku, que desde 2002 é do conhecimento do Sistema Interamericano. Neste caso, sem ser precedido por nenhuma consulta, muito menos de consentimento e contra a vontade explícita do povo, uma empresa petrolera e multinacional de origem argentina, colocou numa extensão de 20 km² dentro do território sagrado de Sarayaku, 1600 kg de pentolita que é um explosivo de alto poder e 640 pontos para realizar exploração sísmica, então é claro que a agressão é brutal. E o povo de Sarayaku recorreu a vias nacionais e internacionais pelos seus direitos, a Corte Interamericana ditou medidas provisionais, uma das quais, e a principal, implica na obrigação do Estado a retirar todos os explosivos colocados pela concessionária que atua em seu nome. Esse processo já leva muitos anos e nesses dias precisamente estamos tratando do início da retirada dos explosivos, o que constitui, a nível nacional, um precedente importante, porque que a ausência da consulta prévia chegou a que estes impactos tão graves que foram feitos sobre o território e sobre a cultura e a segurança alimentar do povo de Sarayaku sejam reparados de algum modo, pelo menos retirando os explosivos colocados.

Outro caso, que é de uma mina em uma região camponesa mestiça da serra equatoriana, onde se interpôs um recurso de amparo pela não realização do processo de consulta prévia prevista na Constituição, e o Tribunal Constitucional

decidiu negar o recurso de amparo, por considerar que não se tratava de uma situação em que houve ameaça iminente da violação de um direito constitucional, ou seja, por um aspecto secundário se adiou o exercício de um direito fundamental como o direito à consulta prévia.

Outro caso é numa região urbana de Quito em 2004, densamente povoada e nos arredores de Quito, uma universidade privada tentou realizar um projeto de desenvolvimento de um centro comercial que se chamava Estação Central, então a Junta Paroquial que é o menor nível do sistema jurídico equatoriano, pleiteou um recurso de amparo contra essa obra porque não se fez a consulta prévia, e o Tribunal Constitucional o concedeu. Esse é um caso importante, porque há o precedente de reconhecimento do direito à consulta prévia, não é o único, há outros mais, mas que tem a característica em todos esses casos onde se reconheceu, expressamente, se trata de comunidades urbanas, camponesas ou mestiças simplesmente, mas que não lucram nada com as indústrias extrativistas.

Há dois casos mais recentes, um se chama Caso Yamanun, que é uma comunidade no nordeste da Amazônia equatoriana, e o Caso Praias de Cuyabenos, que é atual, também no nordeste da Amazônia, que são regiões onde se explora tradicionalmente o petróleo, onde nesses dias se pretendeu ampliar as atividades petroleiras, com novos campos, nova infra-estrutura, e não se realizou a consulta prévia, o resultado foi a revolta das comunidades indígenas e uma forte repressão policial e militar. Então, nesse momento de uma série de lacunas jurídicas que vive o Equador aproveita-se para passar por cima da consulta prévia e frente à resposta social, há uma resposta muito violenta militar armada, além da ameaça de criminalização do protesto social.

Desde 2001, no caso dos Ashuar e Shuar no bloco 24, a OIT respondeu à queixa apresentada pela FIS, Federação Independente do Povo Shuar do Equador, reconhecendo a obrigação que tem o Estado, em todos os casos, de realizar a consulta prévia. Recomenda ademais, na última frase, a Comissão considera que qualquer consulta levada a cabo no futuro concernente ao bloco 24 deverá ter em conta a mencionada declaração da FIS, declaração na qual os donos ancestrais do território declaram que não é sua vontade que se realize em seu território nenhum tipo de atividade extrativista.

Qual é o padrão internacional? Em meio à discussão sobre os direitos coletivos e dos povos indígenas na Assembléia Nacional Constituinte, o relator especial sobre os direitos e liberdades dos povos indígenas das Nações Unidas James Anaya, visitou a Assembléia Constituinte, e no relatório de sua visita estabelece com toda clareza qual é o padrão vigente, ao nível do direito internacional dos direitos humanos, sobre a consulta e o consentimento prévio e informado, diz: nas situações em que as medidas teriam impactos substanciais que poriam em perigo o bem-estar físico ou cultural básico da comunidade indígena interessada, o Estado tem sim o dever de não adotar a medida sem o consentimento da comunidade. Quer dizer, esse é o padrão que obedece ao estabelecido na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e na sentença do caso Saramaka contra Suriname.

Entretanto, a Constituição equatoriana não chega a satisfazer esse padrão, que diz o artigo 57, inciso 7, é que a consulta que devem realizar as autoridades competentes será obrigatória e oportuna e se não se obtiver consentimento da comunidade consultada, se procederá conforme a Constituição e a lei. Quer dizer, aí há uma solução ambígua que só adia o conflito que com certeza se dará na próxima vez em que o Estado tente com força e iniciar um outro projeto extrativista em terras indígenas, e que deverá ser resolvido seja pela justiça nacional, seja pela Corte Constitucional, que é o órgão que pela nova Constituição é encarregada das interpretações geralmente obrigatórias da Constituição ou através da justiça internacional. Está claro que esse adiamento da decisão levará provavelmente a mais violações dos direitos humanos, a mais violência, a mais conflitos sociais.

Obrigado.

A experiência de consultas comunitárias como instrumento de resistência dos povos indígenas da Guatemala

EUGENIA VALEY E MIRIAM ISCHIU (lideranças indígenas da Guatemala)

Às consultas comunitárias que se realizam na Guatemala, elas são um meio de resistência dos povos indígenas. E temos toda uma história realmente que foi realmente enviesada, foi atropelada em todo o momento histórico. Antes da invasão podemos dizer que existiam diversos princípios, o princípio de reciprocidade,

constituído também entre 22 povos que formam o povo Maya, e também o povo Garifuna, o povo Xinca e o povo mestiço ou Ladino.

Dentre os conhecimentos cosmogônicos do povo Maya, que (retomamos desde os termos que usam) também os irmãos do sol como cosmovisão¹³³¹⁸⁷ estão os princípios e valores que são a harmonia, o equilíbrio, a complementaridade, a atualidade, a reciprocidade, inter-relação, o consenso e o conselho, através de toda uma inter-relação dos seres humanos e da Mãe Natureza. E podemos ver então o território Maia que localizamos fora dos limites políticos que se usam entre os diferentes países, e o constituem o sul do México, Belize, Guatemala, parte de Honduras e El Salvador, esse é o território Maia.

Para nós também existem vários elementos que fazem parte e são a base fundamental das consultas comunitárias na Guatemala, que são a espiritualidade, a partir da cosmovisão, e eu acabei de mencionar seus princípios e valores; a identidade, que é algo que resistiu através de todos os processos históricos da Guatemala; os direitos históricos, principalmente o direito à terra e ao território, que são dois elementos totalmente diferentes e também relacionados, mas se entendem de maneira diferente; os direitos da Mãe Natureza como tal, é um dos elementos; o idioma, que foi muito forte na Guatemala, e que apesar de todas as políticas de assimilação e de opressão, resistiu; as formas próprias de governo, que todavia em algumas comunidades se vivem e se praticam; a ideologia e a produção com equilíbrio. São elementos fundamentais onde podemos ver no mapa da Guatemala e os diferentes povos Maias que o constituem.

Podemos dizer que na cosmovisão Maya, no pensamento Maya o Universo é um todo, é uma unidade indivisível e dinâmica, cujos elementos estão estreitamente ligados e que pode ser compreendido como modelo de um processo cósmico, cosmogônicos, por ele todas as partes do universo não podem considerar-se como é hoje, separadas. Não podemos pensar que os seres humanos não têm uma relação

¹⁸⁷ En español el término es cosmovisión, que en términos generales es la forma como una persona, una cultura o un grupo determinado tiene una forma propia y específica de ver al mundo que lo rodea y actúa en consecuencia o adaptado a esa particular manera de ver las cosas. Para el caso de la cosmovisión maya, se refiere a la interacción, interrelación, respeto e interdependencia de la vida humana, la madre tierra y el cosmos. (Nota de edição sugerida pelas palestrantes).

direta com a mãe natureza, porque aí sim é pensar antropocentricamente; e pensar também na visão que o sistema capitalista nos impõe que é o individualismo; não podemos dizer que estamos separados dos animais, por isso dizemos que somos filhos da terra, que é a nossa mãe, que nos alimenta e não podemos nos separar dela. Estes são os aspectos gerais da cosmovisão Maia, que não vamos aprofundar porque o tempo não basta para explicar os diferentes elementos, mas nós consideramos quatro pontos: o Leste, o Oeste, o Norte e o Sul. Estão relacionados como o nascer do sol, que é nosso avô que nos guia; o pôr do sol, onde descansa o sol, mas também esse descanso faz parte do equilíbrio, do dia e da noite, que listamos como parte do complemento; o Norte que é saída do ar, e o Sul que é também a caída do vento; e outros aspectos que não vou aprofundar neste momento.

Os holocaustos sofridos pelos povos indígenas como despojamento e também como um processo histórico de resistência, dos quais nós consideramos o primeiro holocausto, a invasão e a colonização, por quê? Porque existiu um processo de despojamento do território e implementação do genocídio, que é realmente a depredação massiva do patrimônio natural, a dominação e a escravidão, a exclusão e marginalização, o racismo e o genocídio provocados pelas entidades invasoras nessa época. A assimilação e a aculturação dos povos com a implantação de sistemas religiosos alheios aos que haviam nesse período, aqui nestas terras dos povos indígenas. Mas também, à essas formas de opressão existiram formas de resistência que foram os motins, os levantes; o conhecimento oral, que foi um elemento muito importante; o resguardo dos conhecimentos através de novas formas de organização, se buscaram maneiras de que todo o conhecimento que tinham nossos avós e avôs fosse suportando toda a opressão que nesse momento se vivia; práticas clandestinas, e assim a nossa cosmovisão conseguiu sobreviver até a atualidade.

Também podemos destacar outro período histórico que é de holocausto para nós, que foi a época da reforma liberal, em 1871, quando se impôs e se homogeneiza aos povos indígenas a partir de um Estado feudal, praticamente assim se classifica, com a continuação da expropriação territorial coletiva, e assimilação e a exploração e a semi-escravidão por meio da implantação de monoculturas em quintas, como café, algodão, cana-de-açúcar; a divisão religiosa. Das formas de

resistência nesse período podemos destacar principalmente o idioma; a organização comunitária; as práticas cosmogônicas e a agricultura.

E passamos ao conflito armado interno que foi outro período, durou 36 anos, e precisamente, neste 19 de dezembro se completam doze anos da assinatura de acordos de paz, uns acordos em que há só papéis e não a implementação efetiva desses acordos. Dentro do conflito armado interno se deu o genocídio, o ecocídio e o etnocídio, praticamente dirigidos aos povos indígenas na forma voraz do capitalismo; a criminalização e a militarização do território, que é nosso território e que foi despojado desde esse momento; segregação; o rompimento do tecido social; e como mencionei o despojamento do território; o recrutamento forçado por meio da entidade militar, que também ajudou no rompimento do tecido social; o capitalismo voraz, já mencionado, como justificativa de imposição de hidrelétricas, onde se deu o massacre de uma comunidade para a que existisse uma hidrelétrica, com a justificativa de que essa comunidade ia contra o governo, onde duas crianças sobreviveram ao massacre que houve nesse lugar, em Rio Negro, não sei se alguém conhece o caso aqui. A religião, nesse momento já existe mais fortemente a religião, depois que dividiram a população Maia, as famílias se dividem por religião, mas houve um período de liberação que de certa maneira ajudou em alguns aspectos algumas comunidades.

As formas de resistência dos povos indígenas, particularmente do povo Maia, foram a remoção, de alguma maneira foi um meio de resistência o exílio, a organização de mulheres, a desmilitarização nas comunidades, a organização de resistência. São 200 mil mortos no conflito interno, mais de um milhão de pessoas deslocadas de suas terras, entre eles dois mil são casos que não foram esclarecidos sobre desaparecimentos de pessoas.

E dentro do contexto neoliberal, a neocolonização, como a chamamos, existe a imposição de um sistema econômico que promove o despojamento territorial, nessa terra que muito antes da invasão era nossa e nos tiraram por meio de planos e projetos como o Plano América, os tratados de livre comércio, os mega-projetos e também o ALCA que de alguma maneira não foi realmente uma negociação direta com os povos indígenas, que promoveu as hidrelétricas, por exemplo, os

biocombustíveis, porque afinal não são as comunidades que usam esses biocombustíveis, são outras entidades que os usam.

A demagogia política dos diferentes governos de direita, o sistema de justiça e governo corrupto, com a implantação de terror, a utilização de elementos culturais e folclorização para o sistema capitalista, nos utilizam somente para tirar fotos, para que sejamos enfeite em congressos, sobretudo para as mulheres que usamos sempre nossos trajes; o crime organizado e o tráfico, que promovem o Estado e suas entidades, seus aparatos estatais; a criminalização das lutas sociais, as lutas indígenas e sociais foram criminalizadas; a repressão vinculada ao racismo; o Estado patriarcal; a situação socioeconômica com a diferenciação de classes também foi muito forte, a negação do direito histórico individual e coletivo.

Já as formas de resistência que sobreviveram nas comunidades são o exercício do direito de participação e decisão por meio das consultas populares e comunitárias; a mobilização baseada na informação e na formação; a defesa da Mãe Natureza e seu patrimônio natural; exigência de justiça; processo de recuperação da identidade; a recuperação e exercício da cosmovisão; a aplicação do direito Maia, que permitiu consultas comunitárias contra a imposição de sistemas que impedem esse reconhecimento direto do território, que é historicamente um direito individual e coletivo. Vamos aprofundar um pouco mais o sistema de consultas comunitárias com a companheira Miriam.

MIRIAM ISCHIU (liderança indígena da Guatemala)

Creio que como são países definitivamente com uma evolução e desenvolvimento econômico muito mais avançado que o nosso, pois estamos sujeitos a uma planificação de tempo, e isso nos obriga a limitar o que temos a compartilhar com vocês hoje.

Este é um mapa da Guatemala, imagino que alguns de vocês tenham ido lá, mas queremos compartilhar os códigos, e como a mineração avançou, os pontos vermelhos são as minas que estão sob exploração, são vários níveis de exploração. As solicitações de exploração, que são os pontos amarelos que vamos identificar no mapa, que incluem vários departamentos das quatro regiões do país, estão nas solicitações de exploração e solicitações de reconhecimento. O que temos aqui é

um mapa da situação mineira que tem a ver com metais e minerais metálicos e que vai diretamente também contra grupos lingüísticos da Guatemala.

Este é um dos efeitos no nível de conflitos sociais, queremos mostrar a reação, e o que significa o patrimônio natural para a população Maia. Temos a participação de mulheres, homens, crianças, adultos, temos a expressão de mulheres em situações bastante delicadas. Isso tem a ver com a instalação de uma fábrica de cimento, o que basicamente ataca a saúde. Em todas as manifestações, esse é um dos papéis que usamos em todo o processo da consulta. Quando se fala de consulta, nada mais é do que fazer resistência, fazer diferente do que se quer, do que se impõe, e que tem a ver com a vida, porque falar de patrimônio natural, falar da nossa cosmovisão é diretamente a defesa da vida. Quando se diz não à mineração é porque estamos com uma proposta de vida, é a defesa de tudo isso.

Hoje na Guatemala temos escassez de água, isso tem a ver com outro processo que é o desmatamento, ou seja, o grau de responsabilidade que tem a empresa madeireira em todos esses países, principalmente no nosso. Então não é somente a mineração, mas também a floresta, e isso significou a mudança climática, que hoje está sendo pintada como monstro, que é todo esse desgaste, toda essa devastação, devastação dos recursos naturais causada por esse desenvolvimento econômico, porque a palavra que usam é aproveitamento de recursos naturais, isso é sinônimo de exploração. E isso tem a ver com a comodidade dos países industrializados, porque nós da América Latina, e no caso a América Central, nos convertemos uma vez mais em provedores de matéria-prima, quando falamos dos biocombustíveis, estamos sacrificando toda uma dieta vegetal que tem a ver com o milho, que é convertido em etanol. E isso é uma exploração que tem a ver com combustíveis e mais ainda a co-responsabilidade que temos, cada um de nós, individualmente, com o consumismo, é outro efeito que tem a ver com o aquecimento global. Entretanto o estão vendendo como uma coisa, um fenômeno do qual se deve tirar proveito, mas isso é uma responsabilidade.

Com isso enfrentamos diversos desafios como povos indígenas, a partir da Convenção 169, o desafio é retomar o conhecimento ancestral de nossos povos indígenas. O que acontece depois de uma consulta? Vemos que é necessário dar seguimento com uma proposta de defesa da vida, porque não sei se algum de vocês poderia

tapar o nariz e ver se pode viver sem ar, ou se algum de vocês tem idéia de quanto oxigênio lhe dá uma árvore, é para cinco pessoas, e se desmatamos? Outro desafio é a corrupção dos funcionários e a imposição da invisibilidade. Outro é o sistema liberal de um jogo duplo na aplicação, como comentei antes. Outro desafio são as autoridades locais e nacionais que devem respeitar as consultas comunitárias.

Outro é ter cuidado com os trâmites administrativos, vemos que outra coisa se converte em limitação para uma consulta, é não ter acesso à informação. E na Guatemala temos um Ministério de Energia e Minas que dá a licença de mineração, e temos um Instituto Nacional de Florestas, que se encarrega das licenças do desmatamento. Então, essa informação não é acessível, e isso, creio que foi uma grande limitação para nós para saber o que acontece quando se está autorizando diferentes processos de mineração. Na Guatemala atualmente se está debatendo uma lei que tem a ver com o acesso à informação.

Dentro disso algumas propostas dos povos indígenas. A organização comunitária se converte em um referencial de resistência das consultas como meio de pressão social e política. As consultas comunitárias não são consideradas de boa-fé se não têm o caráter vinculante de maneira permanente no exercício pleno de sua autonomia. As consultas comunitárias devem ser um exercício de direito próprio das comunidades. As consultas comunitárias como meio de prevenção de conflitos, dignificação e direitos, porque por isso falamos do direito, e direito vincula o direito à vida e o direito a um ambiente são, e isso significa saúde, significa sobrevivência.

Queremos dividir algumas conclusões, como Maia, como Guatemalteca, uma delas é que as consultas comunitárias são um processo que integra gerações, por quê? Porque participamos crianças, mulheres, homens, de diferentes idades, e tem a ver com uma ampla participação ativa de todas as gerações.

Para os povos indígenas, a discriminação, racismo e genocídio e despojamento territorial, foram constantes nos diferentes períodos históricos, e entretanto, as lutas e resistências se mantiveram na busca do reconhecimento dos direitos, respeito e bem viver, o que para nós é seguir com uma luta permanente.

Outra conclusão é que os conhecimentos dos povos indígenas foram reconhecidos pela Convenção 169, e como a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas

conseguiu uma luta internacional e permanente, ainda que tenha algumas incoerências, estamos conscientes disso.

Essa é uma região da Guatemala que tem a ver com uma assembléia permanente e constante, em que até esse momento se efetuaram trinta (30) consultas comunitárias, não à mineração, não às hidrelétricas. Então o que estamos mostrando aqui são os períodos em que se fizeram as consultas, que quantidade de habitantes participou. As primeiras consultas realizadas na Guatemala foram em 2005, houve três em 2005, algumas em 2006, 2007 e 2008, pelo correio ou por alguma página web, de repente se inteiraram de algumas delas. Aí apresentamos algumas imagens de como as mulheres foram agredidas, há todo esse militarismo que se desenvolveu na Guatemala para deter e reprimir a população que de novo protestava pelas consultas comunitárias dizendo que não entraria a fábrica de cimento, que não entraria a mineradora, que não entrariam as hidrelétricas, então são as reações.

Uma das conclusões é que muitas vezes as coisas que não se consegue fazer e que tem a ver com nosso pensamento, que tem a ver com atitudes, porque o racismo e a discriminação foram também herdados de geração em geração, e isso tem a ver com o nosso pensamento. Então quando falamos de cosmovisão Maia e falamos de um povo como o nosso na Guatemala, e quando falamos dessa relação dos elementos da natureza, é porque eu sou parte da natureza, é porque está nos convidando à cordialidade, está nos convidando à fraternidade. Em São Paulo ouvimos passarinhos cantando, e nossa surpresa foi que são gaiolas que têm os pássaros em cativeiro, para que em determinada hora ouçamos o canto de pássaros, mas isso é artificial, e esse pássaro é parte de nosso mundo.

Entre a lei e a jurisprudência. Consulta ou consentimento. O caso da Bolívia

MARIN ABADÍ GUTIERREZ LÓPEZ (advogado indigenista da Bolívia)

O título da exposição é Entre a lei e a jurisprudência sobre a consulta, mas eu me animaria dizer que não podemos nos esquecer da realidade, tanto a lei quanto a jurisprudência funcionam em uma realidade determinada. E no caso boliviano é indispensável nos remontarmos pelo menos até a metade do século passado, quando

pela primeira vez os povos indígenas adquirem um protagonismo transcendental, quando se produziu a revolução do ano de 1952, pelos indígenas, principalmente andinos, Quíchuas e Aymaras que protagonizam uma subversão modelo e conquistam direitos fundamentais, como o da participação política, o voto universal, mas também por exemplo, a nacionalização dos recursos minerais. Pouco tempo depois, se aprova a Convenção 107 da OIT, e uma vez que o Estado boliviano ratifica essa Convenção, contrariamente ao que se poderia esperar após uma revolução dessa magnitude, os povos indígenas não alcançam suas expectativas.

A Convenção 107 os limita e essa política de assimilação, como mencionaram as companheiras, se aplica na Bolívia, e os efeitos nós sentimos até hoje. Posteriormente, para sustentar essas mudanças sociais e econômicas daquela época, se faz uma transformação constitucional no ano de 1961, o grupo que consegue tomar o poder faz uma reforma constitucional que incorpora esses direitos fundamentais, mas ao mesmo tempo pretende permanecer no poder, isso lhes custa uma derrota eleitoral e, além disso, há o militarismo dos anos 60 e 70, de tal maneira que uma Constituição jovem, com características sociais etc., na prática é pisoteada pelos governos de fato. Até que se recupera a democracia no ano de 1982, e de maneira invisível se vai produzindo o que no ano de 90 emerge como a verdadeira face da Bolívia.

Até o ano de 90 na Bolívia se falava dos índios propriamente que eram os Quíchuas e Aymaras e não se falava dos povos que viviam nas terras baixas, na Amazônia e no Chaco. A Bolívia que era internacionalmente conhecida como a Bolívia dos Andes resulta que tem outra cara, e são esses mais de trinta povos das terras baixas os que começam a protagonizar uma nova história. Nós, aliás, dizemos que esse processo Constituinte que continuamos nesse momento construindo é obra desses povos indígenas, que pouco a pouco começam a se unir com os povos das terras altas, e são nesse momento os movimentos sociais que são proclamando, estão exigindo o que conhecemos como uma re-fundação do Estado boliviano.

Pois bem, nesse marco da emergência indígena do ano de 90, se consegue que no ano de 91 o Estado boliviano ratifique a Convenção 169 da OIT, em junho de 1991 se ratifica mediante lei da República, mas passaram-se quase quinze anos

para que mais ou menos começássemos a entender do que se tratava esta Convenção, porque pouco tempo depois da ratificação houve a ocupação ou o controle novamente das forças reacionárias dos poderes, sobretudo do Executivo, e se aplica com dureza o modelo neoliberal, e se começa a elaborar e aprovar na década de 90 leis referentes à extração dos recursos naturais, sejam florestais, minérios e hidrocarbonetos, que esmagam a Constituição vigente desde 67 e obviamente a Convenção 169, apesar das conquistas e dos avanços que haviam conseguido os povos indígenas. Tenho alguma lembrança de que nos anos 1997, 98, 99 se tentou de várias formas aplicar o direito à consulta, mas não existia forma para os operadores da justiça, para a administração pública, era um tabu, como de manhã se comentava, que era até proibido tratar desse tema. E assim como as companheiras e os povos indígenas reclamam o direito à informação, creiam ou não, também para os advogados é restrita esse acesso à informação, apesar de que nos últimos anos, com o avanço da tecnologia, temos maiores possibilidades de nos inteirar do que se passa do outro lado e de agir de maneira conjunta.

Nesse contexto de transformações chegamos ao ano 2000, quando as lutas dos povos indígenas nas estradas, nas áreas rurais, nas suas comunidades, se traslada as cidades. Vocês devem ter ouvido que no ano de 2000 houve o que se conhece como a Guerra da Água, precisamente reivindicando acesso à água na cidade de Cochabamba, contra uma multinacional, e a partir daí se inicia um novo processo. Em 2002, novos protestos, em 2003 se expulsa o governo mais representativo do modelo neoliberal, o que provocou justamente o que se chama de Guerra do Gás, porque era um período clamoroso, não somente de evitar a exportação e a entrega do gás que é abundante na Bolívia a um preço baratíssimo e também recuperar a propriedade desse recurso para benefício dos bolivianos, e são os povos indígenas que protagonizam estas lutas, que terminam com mortes, etc.

A Guerra do Gás se converte na reforma constitucional de 2004, que inclui o referendo como uma forma ou mecanismo de participação direta e de exercício da democracia, o mesmo que a Assembléia Constituinte que até há pouco havia sido completamente negado às diferentes mobilizações e pedidos dos povos indígenas. Aplica-se pela primeira vez o referendo em 2004, específico sobre o tema do gás,

da exploração dos hidrocarbonetos, com o resultado majoritariamente favorável à recuperação dos hidrocarbonetos, obriga o Congresso que resistia, meses antes a ouvir o tema do referendo e também o tema da Constituinte, aprovou uma nova lei de Hidrocarbonetos, a lei 3058, de 17 de maio de 2005, apesar de o referendo ter sido um ano antes, em julho de 2004, todavia passaram-se várias vezes para aprovar uma nova lei. E pela primeira vez nessa nova lei se inclui um título que se denomina “Os direitos dos povos indígenas” e concretamente se refere ao direito à consulta, incorpora pela primeira vez o direito à consulta.

É importante destacar que no referendo se perguntava basicamente sobre a política com relação ao gás que se deveria adotar o Estado boliviano, não se perguntou nada sobre o tema dos direitos indígenas e muito menos sobre o direito à consulta. São os movimentos indígenas, agrupados no que eles denominam Pacto de Unidade, que agrupa as organizações representativas dos povos das terras baixas que são a Confederação dos Povos Indígenas do Leste Boliviano, a Confederação Sindical Única de Trabalhadores Camponeses da Bolívia, a Confederação Sindical Única de Mulheres Camponesas da Bolívia e a Confederação Nacional de Colonizadores da Bolívia, formam um pacto de unidade e o que fazem é suficiente para conseguir incorporar esse título à lei de Hidrocarbonetos, porque, do contrário, com certeza não se haveria conseguido. Isso foi em 2005, mas tampouco se aplica a consulta, porque a justificativa que encontraram para evitar essa consulta era justamente que não estava regulamentada.

Enquanto se esperava a regulamentação, quando aconteceram alguns fatos, mas a poucos meses da aprovação da lei, o Presidente nesse momento, que era o vice-presidente anterior do governo deposto em 2003, Carlos Mesa, resiste a promulgar a lei, e isso lhe custa exatamente o cargo. Então, uma vez promulgada a lei, em maio de 2005, dois meses depois tem que deixar a Presidência, e assume interinamente o Presidente da Corte Suprema, com o mandato exclusivo de convocar novas eleições.

Nesse breve período, é quando se arma uma estratégia jurídica, obviamente pelos que haviam resistido à aprovação da nova lei de Hidrocarbonetos, e se apresenta um recurso de inconstitucionalidade contra a lei de Hidrocarbonetos, este recurso foi movido por um deputado que durante todos os anos de debates sobre a nova lei

nunca havia aberto a boca, e de repente aparece como protagonista apresentando o recurso ao Tribunal Constitucional, ele impugna cerca de cinqüenta artigos da lei, dos quais, após as considerações devidas, o Tribunal Supremo unicamente termina aceitando a inconstitucionalidade de um artigo completo, o artigo 126, que se refere à expropriação de determinados lugares, como casas, estradas, cemitérios etc., de comunidades camponesas, indígenas, e algumas outras obras de caráter público. Nesse caso o Tribunal declarou inconstitucional esse artigo, apesar de que esse mesmo artigo, com esse mesmo texto estava vigente na lei anterior de Hidrocarbonetos, o artigo 63 da lei 1689, aprovada em 96 durante o período neoliberal do governo de Sanchez de Losada, que havia sido uma lei feita exclusivamente para atrair capitais especialmente para retirar os recursos e favorecer as empresas. E nesse caso foi revogado.

Por sua vez o Tribunal decide também declarar inconstitucional o consentimento, uma frase do artigo 115 que faz referência ao consentimento no momento de aplicar a consulta, é declarado inconstitucional. Qual é o argumento que utilizam os Ministros? Destacam que apesar da consulta por mandato da Convenção 169 ser obrigatória, essa consulta não implica em outorgar autoridade à consulta, e, portanto, o consentimento dos povos indígenas impede ou vai contra a vontade geral do Estado e do resto da população. Mas quando se revisa o texto completo da mesma sentença, e se revisa o artigo completo dessa lei, a lei de Hidrocarbonetos nada mais faz do que recorrer aos artigos da Convenção 169.

Os artigos referentes à consulta, por exemplo, artigo 6o da Convenção, não são transcritos na lei, mas expressamente assinalam que este instituto de consulta seja incluído na lei de Hidrocarbonetos, em aplicação da Convenção 169, que havia sido ratificado e que atualmente é lei da República. Por isso chama a atenção o raciocínio que fazem a Ministra relatora e obviamente os demais Ministros no momento de subscrever a sentença. Quando começamos a julgar quem são os Ministros do Tribunal Constitucional, desde então já encontramos que tanto a Ministra relatora como dois dos que subscrevem essa sentença, haviam sido designados no ano de 2003, num momento de desespero para salvar o regime que já se acabava. Nesse momento temos quase certeza de que aplicação do que se chamava de democracia que significava que na eleição e na designação desses

altos cargos, não era nada mais que a distribuição de cargos entre os partidos no exercício do governo. Dos cinco Ministros que subscreveram esta sentença, atualmente subsiste uma só, porque renunciaram quando o atual governo os advertiu, e abriu um processo de prevaricação por outra sentença também muito duvidosa que emitiram em 2007.

Todavia, eu não entendo o que conseguiram com isso, com certeza pretendiam defender os interesses das empresas, porque a intenção era declarar inconstitucionais vários artigos. Mas a declaração de inconstitucionalidade está pairando por aí, os povos indígenas não reagiram ante tal declaração, porque creio que estavam mais preocupados com o que ocorre em suas comunidades.

Se bem que em 2007 se haja regulamentado a consulta por um decreto do Supremo, a aplicação efetiva da consulta neste momento tem muitos problemas, eu conheço só um caso onde se cumpriu todo o procedimento regulamentar da consulta, que acabou justamente com um acordo entre a empresa interessada em explorar os recursos e um povo indígena. Todas as demais foram manipuladas a partir das altas esferas do governo, através de funcionários subalternos ou funcionários que operam a aplicação desta lei, não só do poder Executivo, mas também com a cumplicidade de alguns legisladores, porque, por exemplo, no último caso, no ano passado, alguns deputados pretenderam sancionar uma lei em que excepcionalmente não se aplica a consulta porque uma determinada região precisava com urgência da execução do projeto de ampliação de um gasoduto. Aí estamos.

Antes de chegar aqui, recebi a notícia não muito agradável em que indicam que este decreto, aprovado em abril de 2007 sobre a consulta, havia sido modificado em alguns pontos, mas fundamentalmente se restringe o tempo que estava previsto para a consulta, se restringe o término em três meses, esses prazos, como assinalaram as companheiras, não correspondem em absoluto aos ritmos dos povos indígenas. Isso vai gerar uma trava a mais para a aplicação efetiva dessa norma jurídica, no fundo creio que vai.

Por outro lado, empresas, autoridades de diversos níveis continuam questionando não só o direito à consulta, continuam ignorando a existência e a presença dos povos indígenas, porque não respondem a cartas, não res-

pondem às solicitações que lhes fazem e quando dão resposta a uma nota, o fazem impondo seus critérios. Esta lógica podemos verificar no último fato que tivemos quando, no mês passado, corrigiram alguns artigos do projeto de Constituição Política aprovado pela Assembléia Constituinte, e que agora uma Comissão Especial do Congresso terminou modificando cerca de cento e um artigos, e por exemplo, retirando o termo “Estado” substituindo-o por “República”, retirando o termo “Representante” e novamente colocando o termo “Senado”, palavras que os povos indígenas decidiram não colocar porque não se sentiam representados ou porque viam neles a imposição de fora. Hoje estão repostos a partir da atuação dos representantes nacionais, com a anuência de todas as autoridades do governo. São temas que parecem muito sutis, muito superficiais, mas que dão a profundidade de que, todavia, estamos entendendo que os povos indígenas estão querendo uma coisa e os grupos do poder de sempre estão em outra lógica.

Obrigado.

Conteúdo e alcance do direito de consulta prévia no processo legislativo: a experiência colombiana

ANA MANUELA OCHOA ARIAS (advogada e liderança indígena da Colômbia)

Vou começar valorizando a importância deste seminário, não só por nos permitir compartilhar as experiências, mas também por nos permitir ir pensando nas possíveis alianças que no futuro tenhamos que fazer em relação a estes casos de consulta prévia. E pensando um pouco que muitos desses temas já começam a se desenvolver em países fronteiriços, como é o caso do rio Madeira, entre Brasil e Bolívia, que é uma represa, como você sabem, que se vai construir no Brasil, mas vai afetar povos indígenas na Bolívia e no Peru. Eu creio que é um espaço importante para ir pensando nesse tipo de coisas.

Até às 9 da manhã havia pensado em fazer uma exposição exclusivamente relacionada com povos indígenas, mas creio que na Colômbia a consulta prévia e o desenvolvimento que teve este tema nos permitem falar de forma integral da consulta prévia aos indígenas e à comunidade afro-descendente, então vou estar

constantemente referindo-me aos desenvolvimentos legais e jurisprudenciais que teve a consulta prévia tanto para os indígenas como para os afro-descendentes.

Quero começar contando um pouco sobre como é composta culturalmente a Colômbia, para nos colocarmos um momento no país. Na Colômbia estão reconhecidos quatro grupos étnicos, os indígenas, os afro-descendentes, os ciganos e os raizales de San Andrés e Providencia. Os povos indígenas somos aproximadamente 3% da população colombiana, 1 milhão e 300 mil pessoa, e os afro-descendentes são aproximadamente 4 milhões, segundo o censo mais recente, não obstante, as organizações e movimentos afros falam que são 50% da população.

Como vocês devem saber o contexto atual colombiano é bastante difícil tanto para os afro-colombianos como para os indígenas, um contexto, de conflito armado, conflito que se desenvolve em territórios indígenas e afro-descendentes, e que é um conflito que está junto com os projetos de desenvolvimento que estão sendo executados nos coletivos destes povos. Então é um trinômio um pouco triste, são os povos indígenas, os afro-descendentes, o conflito armado e os projetos de desenvolvimento no nosso território. Aí um tema importante são todos os assuntos relacionados com os direitos humanos destas duas populações, especialmente, e nesse contexto aparece a Declaração das Nações Unidas que, como vocês sabem, o Estado colombiano não a subscreveu, creio que foi o único país da América Latina que não subscreveu. Isso fez com que, de um lado, os povos indígenas se mobilizassem e nesse momento estão indo, mais de 20 mil indígenas, até a cidade de Bogotá para reclamar de todos esses direitos violados e também para solicitar que se subscreva, sem nenhum tipo de reserva, a Declaração das Nações Unidas. Por outro lado, estão nesse mesmo contexto os cortadores de cana, que são na sua totalidade afro-descendentes, que neste momento também estão levantados, mobilizados por causa do trabalho escravo a que estão submetidos. Este é mais ou menos o contexto em que estamos na Colômbia com relação aos povos indígenas e afro-descendentes.

E para entrar no tema, tenho que começar contando como foi a inclusão dos direitos dos afro-colombianos e dos indígenas na Constituição política de 1991, antes disso não havia direitos constitucionais reconhecidos para esses dois grupos étnicos. Essa Constituição é quizá uma das primeiras Constituições da América Latina que avança

no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, principalmente, e não contém um capítulo específico sobre povos indígenas, mas todos os artigos relacionados com povos indígenas estão espalhados por toda a Constituição e estão em diferentes temas: território, idioma, identidade, governo, justiça e assim sucessivamente. Nessa primeira parte, por exemplo, os afro-descendentes só conseguiram ser incluídos com um artigo transitório dentro da Constituição, que posteriormente deu origem à lei 70 de 1993, que regulamenta todos os temas relacionados com afro-descendentes.

Agora, com relação à consulta prévia, que é o tema com relação aos avanços e desenvolvimentos legais e jurisprudenciais na consulta prévia na Colômbia, tenho que começar por dizer que esta consulta encontra fundamento em um artigo especial da Constituição, que é o artigo 330 e no parágrafo desse artigo, os constituintes determinaram que em todos os assuntos que tenham a ver com exploração de recursos naturais, tem que se consultar os povos indígenas, aí está o tema da consulta prévia aos povos indígenas em relação com os recursos naturais. Também nessa época, em 1991 se reconhece na Colômbia a Convenção 169, além disso, pela Constituição adquire o caráter de um direito constitucional, faz parte do bloque de constitucionalidade e tem o mesmo nível hierárquico das normas constitucionais as convenções de direitos humanos, sem nenhum tipo de discussão.

Há outras normas internas e de inferior hierarquia que regulamentam o direito à consulta prévia, como o decreto 1320 de 98, mais distante em termos de tempo, e também estão todas as normas relacionadas a meio ambiente, hidrocarbonetos, que são as normas utilizam para todos os assuntos que têm a ver com a consulta prévia na Colômbia. E para efeito das comunidades afro-descendentes, a lei 70 de 93 é a que consagra o direito à consulta prévia para essa comunidade. Esse é o marco jurídico na consulta prévia.

Uma coisa que tem que ficar clara é que na Colômbia, até 1998 não se havia regulamentado, e não é que esteja bem regulamentada a consulta prévia, então todo desenvolvimento do direito como tal na consulta prévia, devia ser feito pela Corte Constitucional na Colômbia. E a Corte, desde 1992 começa a receber casos relacionados com consulta prévia e os primeiros casos que trata têm a ver basicamente com recursos naturais.

O direito à consulta prévia começa a se desenvolver com relação aos recursos naturais, posteriormente se amplia em relação aos recursos naturais renováveis e também se amplia em relação à demarcação dos territórios indígenas. É assim que vai avançando a consulta prévia na Colômbia. Em alguns momentos se considerou, por parte da Corte Constitucional, e é preciso dizer que a Corte divagou muito, não teve uma posição unificada em relação à consulta prévia. Em algumas ocasiões disse que era um direito autônomo, em outras disse que não era um direito autônomo, que estava relacionado com outros direitos da Constituição. E foi um pouco assim o desenvolvimento jurisprudencial da consulta prévia. Então em alguns momentos disse que era um direito associado ao direito ao território, em outras ocasiões disse que era um direito associado à identidade cultural e à subsistência dos povos indígenas; em outras ocasiões disse que era um direito associado ao direito à autonomia.

Talvez um dos temas que mais nos interessa é o âmbito de aplicação dessas medidas, desse desenvolvimento jurisprudencial, e nisso tampouco havia uma posição unificada, e talvez na última sentença se encontre a Corte Constitucional com uma posição mais unificada, em termos de quando se aplica a consulta prévia, se só para medidas administrativas, ou se também às legislativas, ou a tudo que possa afetar povos indígenas? Alguns magistrados da Corte tinham a posição da Constituição política de que só se aplicava quando se tratava de assuntos relacionados com recursos naturais, e outros, com uma visão mais ampla, o relacionavam com todas as medidas que poderiam afetar os povos indígenas. Até 2006 a posição majoritária da Corte estava mais para o lado de que só deveria aplicar aos assuntos relacionados com a exploração de recursos naturais, ainda que já tivesse havido algum reconhecimento de que também se deveria aplicar a assuntos relacionados com medidas legislativas.

Tivemos recentemente a sentença mais importante, que foi a sentença que declarou a inconstitucionalidade da Lei Florestal por não se ter realizado a consulta prévia a povos indígenas e comunidades afro-descendentes. Creio que é um dos poucos países em que se conseguiu fazer algo com essas características. Nesse contexto, já no marco da sentença, a Corte Constitucional começou a definir em

que tipo de medidas legislativas se deve aplicar a consulta prévia para a povos indígenas, porque se é uma medida legislativa para todas as pessoas da Colômbia, é possível que em algum momento lhes afete, porque vai afetar a todos. Então há que precisar quando se afeta diretamente as comunidades indígenas, então aí começa a dizer que se afeta o status, se modifica o status da comunidade, se a afeta diretamente, deverá ser feita a consulta prévia, inclusive se essa consulta prévia afeta positiva ou negativamente aos povos indígenas.

Outro dos temas que trata esta sentença tem a ver com a obrigatoriedade da consulta, neste caso, a Corte Constitucional por exemplo, define que o âmbito e a obrigatoriedade a consulta prévia são muito mais restringidos na Convenção 169 do que dentro do Estado colombiano.

Na Colômbia não existe um regulamento que diga quais são os momentos em que se deve realizar a consulta prévia, não está regulamentada a consulta prévia em matéria legislativa para os povos indígenas. E ao longo da decisão sobre o Código Florestal a Corte Constitucional diz assuntos que têm a ver com procedimentos, segue baixando alguns elementos de como deve ser essa consulta prévia no interior dos povos indígenas e comunidades negras, e por exemplo, de quais autoridades estariam autorizadas a fazer os processos de consulta prévia. Por exemplo, indica que é muito difícil consultar sobre medidas legislativas em todas as comunidades indígenas e afro-descendentes, em cada um dos nossos países, isso seria um problema para o Estado, mas encontra saídas dentro do Estado colombiano porque diz que são assuntos que podem ser analisados no marco de uma mesa de negociações, que existe, para os povos indígenas na Colômbia. Então haveria que se pensar em uma figura, em cada um dos países, que não seriam as mesmas para todos os lados.

Um dos temas que constantemente está reiterando a Corte Constitucional na Colômbia é que a consulta tem que ser de boa-fé. E para terminar, como regra jurisprudencial é a primeira coisa a se destacar é que a Corte Constitucional disse em todas as suas sentenças pelo menos que o direito à consulta prévia é um direito fundamental e coletivo desse sujeito coletivo que são os povos indígenas e as comunidades afro-descendentes. É como o primeiro status que lhes dão, que é um direito fundamental e que é um direito coletivo. Também estabelece quais

são as condições em que se deve fazer esse processo de consulta prévia, então diz, por exemplo, que a consulta prévia não pode ser um espaço de mera informação, que tem que ser um espaço de concertação, de verdadeira informação, um espaço de comunicação, um espaço de intercâmbio, que na medida do possível tem que tratar de conseguir o consentimento do povo indígena afetado.

Creio que uma das coisas mais importantes é a discussão que estamos tendo com o Estado colombiano nesse momento, por um lado é a razão para não ratificar a Declaração das Nações Unidas, que tem a ver basicamente com o tema da propriedade das riquezas do subsolo, o Estado colombiano disse que o subsolo é do Estado e não estou autorizado a entregá-lo aos povos indígenas. Outro lado é que diz que no marco da política de segurança democrática do Estado colombiano não existem territórios vedados para as autoridades militares, em qualquer espaço do território colombiano podem estar os militares colombianos, e lembrando que a Declaração das Nações Unidas faz algumas ressalvas a respeito da consulta que tem que ser feita para que os militares entrem nos territórios indígenas basicamente.

Outro ponto é que o Estado colombiano não aceita é o veto, que foi muito discutido de manhã. Entretanto, os povos indígenas, creio que avançamos a uma posição intermediária, e essa é a razão por termos encontrado alguns elementos que têm a ver com a comunicação, alguns projetos foram parados no território colombiano. E isso faz com que seja outro, nesse momento, o espaço de discussão que temos com o Estado colombiano, porque consideramos que muitas das discussões que se dão agora e das regulamentações que estão tratando de implementar, através de um decreto que vai regulamentar a consulta prévia, são regressivas para os povos indígenas, há uma quantidade de direitos que já têm e que com a implementação dessas novas seriam totalmente regressivo para indígenas e afro-descendentes.

Há que se destacar que na Colômbia não existe a discussão de se a consulta prévia se aplica às comunidades afro-descendentes, ou seja, está claro que se aplica aos afro-descendentes, está claro que se aplica aos povos indígenas, mas temos as mesmas dificuldades que talvez se tenha aqui, em relação a quem certifica, ou

quem determina quem é, sobretudo quem é indígena ou onde se localiza, se os territórios onde se vão desenvolver esses projetos são de oposição tradicional ou do que são? E também está muito claro o tema das comunidades afro-descendentes, porque a lei 70 determina quem são as comunidades afro-descendentes, mas há algumas comunidades que são afro-descendentes que estão fora dessa regulamentação que estabelece a lei 70. Isso é o que tenho para compartilhar.

Obrigada.

Propondo uma regulamentação integral do direito de consulta. O caso do Peru

LILY LATORRE (advogada indigenista do Peru)

Sou peruana, advogada, trabalhando com indígenas amazônicos e também nesse terrível esforço de ir contra a corrente, tratando de pôr em vigência os direitos dos povos indígenas em nossos países, fundamentalmente instalados em sociedades, quase ou não coloniais, todavia com muita discriminação, racismo e exclusão dos povos indígenas dos sistemas nacionais, tanto legais como políticos.

Para contextualizar meu país, quanto a povos, nos referimos a povos indígenas, povos originários e também a afro-descendentes. E estamos falando de aproximadamente de oito milhões de habitantes, entre andinos, majoritariamente, com mais de sete milhões, meio milhão de amazônicos, com 65 diferentes povos indígenas e os demais, afro-descendentes. Mas, lamentavelmente, essa população significativa para meu país, de 26 milhões, não está unido, não têm uma visão comum, não se reconhecem todos eles como povos indígenas, originários e tampouco constroem um imaginário, uma plataforma, uma visão comum no futuro. Essa é uma tarefa em que estão se esforçando ultimamente os líderes destes movimentos, principalmente porque os andinos, que são a maioria de nossos irmãos originários, se autodenominam como camponeses, camponeses cujo conceito está entendido como povos ou população que depende da agricultura, ou melhor, agricultores, então a relação com a terra está distorcida, no sentido de entender-se como produtores, como terra para produzir, como um bem econômico e não como a Mãe Terra, como assim entendem os indígenas amazônicos que se reco-

nhecem a si mesmos como povos originários, povos indígenas e reivindicam a legislação da Convenção para si.

A Convenção 169 foi ratificada no meu país em 1993, mas como em todos os lugares, se ratifica, se estabelecem as normas, mas estão muito longe de se cumprirem. Os processos de capacitação desses direitos indígenas entre as comunidades amazônicas começaram desde que essa lei entrou em vigor, pois são 75 milhões de hectares onde vivem esses povos indígenas amazônicos, é mais ou menos, não em quantidade, mas qualitativamente similar ao caso do Brasil, povos espalhados ao longo de grandes áreas, cuja coordenação, cujo esforço para comunicar-se e para estar presente em suas localidades é árduo, tanto para as organizações indígenas mesmas, e seus níveis de representação, tanto nacional, regional ou local, como as mesmas organizações não-governamentais, que trabalhamos como aliados. É um esforço titânico então de se comunicar, de coordenar e de fazer esses processos de informação e capacitação, mas tem sido uma arma muito importante, desde 93 até hoje, os indígenas amazônicos têm a sua grande maioria manejam este instrumento legal. Mas o que está em falta, e está muito atrasado é o nosso governo, o Estado em seus diferentes níveis, os funcionários públicos, incluindo a administração da justiça, não conhecem a norma e, portanto, não a aplicam, digamos que não conheçam termos significativos. É realmente vergonhoso dizer, mas é assim, nosso poder Judiciário está não somente com graves níveis de corrupção, e de incompetência, mas também de desinformação desses direitos. Mas não é casual, além dessa omissão, assim é como se expressa o que disse antes: discriminação e racismo para os povos indígenas.

Os povos indígenas então, conhecendo seus direitos puderam exigi-los em diversas instâncias, mas principalmente nos processos que foram mais agressivos, ocasionados pela expansão da indústria petroleira na Amazônia. Em 95 foi o primeiro *boom* de exploração petroleira, com aproximadamente 50% da extensão amazônica concedida à exploração petroleira, e o novo *boom* começou há dois anos, já está com cerca de 80% da extensão amazônica concedida a petroleiras sobre povos indígenas, sobre áreas protegidas, inclusive sobre territórios onde habitam em isolamento voluntário que, como vocês sabem, são populações altamente vulneráveis e processos como esses ocasionam com frequência mortes em massa, quase um genocídio a esses povos.

Vou começar a lhes contar algo que foi justamente produto de um esforço dos indígenas, não somente para protestar, lutar, exigir e sim para propor. Eles propuseram ao governo, no fim da década de 90, um documento elaborado em um processo muito participativo, estendido a todas as bases amazônicas, para estabelecer regras de procedimento para a consulta e a participação indígena nos processos em que o governo estabelecia ou aprovava atividades hidrocarboníferas em seus territórios. Este projeto de lei caiu, ou foi posto, digamos, nas mãos do Ministério de Energia e Minas, que estabeleceu um processo financiado pelo Banco Mundial, ou melhor, o Banco Mundial se animou e por isso se animaram os ministros, com dinheiro no meio, para estabelecer um processo tripartite, no qual se esperava, muito ilusoriamente, de repente, que entre o governo, as empresas petroleiras e os povos indígenas pudessem chegar a um consenso por uma lei, ou pelo menos estabelecer critérios comuns para aprovar uma lei que fosse uma lei que regulasse suas operações em territórios indígenas.

Obviamente, nesse momento estavam muito verdes, digamos assim, as condições para que no mundo e no meu país, mais no meu país, as petroleiras quisessem ceder parte de seu poder, não somente aos indígenas mas também ao próprio Estado, porque também ao próprio Estado se impõem ou eles se deixam impor. Então não prosperou, mas este projeto de lei ficou como uma lei auto determinada para os povos indígenas, eles em suas assembleias estabeleceram que será a lei que ditará ou que guiará as suas relações com o Estado e com as petroleiras, e de um modo ou de outro fizeram valer essa lei durante esses processos. Entretanto, obviamente isso requer o suposto de estar num Estado de Direito e os indígenas sabem disso, e então não diminuíram seus esforços para que este projeto de lei esteja sendo realmente aplicável e aprovado e incorporado ao sistema legal nacional.

Esta norma se propunha a respeitar o direito dos povos indígenas como objetivo, para estabelecer suas próprias prioridades de desenvolvimento, o exercício de sua autonomia e a proteção da integridade de seus territórios, como primeiro propósito. E como segundo, respeitar a segurança das pessoas, as instituições, os bens, o trabalho, as culturas e o meio ambiente dos povos indígenas nos casos em que se estabeleçam operações de hidrocarbonetos em seus territórios. Então já de

princípio se estabeleciam dois caminhos, no caso de não, a resguardar esses direitos ao desenvolvimento próprio e à integridade de suas vidas e territórios, e no caso de aprovação, então assegurar que essas operações se realizam adequadamente.

Os conceitos chaves nesse projeto de lei se referiam a conceitos de indígenas, como hoje de manhã escutei também, todavia, se segue falando desse assunto porque ainda se debate esse conceito sobre povos indígenas. Aqui se definiu como grupos sociais originários cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros setores da coletividade nacional, e estão regidos total ou parcialmente por suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, obviamente no marco da Convenção.

Estabelecia-se que o conceito de terra e territórios indígenas cobrem a totalidade do hábitat e das regiões dos territórios que os indígenas ocupam ou utilizam de alguma maneira, e que pode ser afetado direta ou indiretamente pelas atividades contempladas nos projetos de hidrocarbonetos. E se definia que o conceito de terras indígenas é o que se desenvolve nos artigos 3 e 14 da Convenção, inclui aí as terras não tituladas a favor de comunidades, mas as que tenham acesso tradicional para atividades espirituais, rituais ou de subsistência, já que isso não é limitado por títulos civis de propriedade, o âmbito em que o povo indígena pode ser afetado em seus interesses por efeitos da atividade.

Esses dois artigos se fizeram valer, como disse, durante todos esses anos, as empresas petroleiras por exemplo, ou qualquer outra empresa quando está querendo entrar nas áreas onde vivem indígenas – para lhes explicar, os indígenas têm territórios amplos, onde têm vivido tradicionalmente, mas o título de propriedade somente atinge uma pequena parte de seus territórios por comunidades ou grupos de famílias grandes e não pelo povo indígena no seu conjunto, por exemplo o povo indígena Yanomâmi aqui no Brasil, ou Xipibo no Peru ou Ashaninka, Ashuar etc. com essas denominações que se chama de famílias etnolingüísticas, e uma comunidade ou um grupo de famílias que habite uma determinada localidade desse amplo território, então os títulos somente são outorgados às comunidades, então se deixa muito território tradicional sem titular, que logo são entregues para outros fins. Os indígenas, baseados nessa articulação que definiram e que

está também reconhecido na Convenção, exigem das empresas e de quem circula em suas áreas não tituladas, mas de seus territórios tradicionais, que se retirem ou que interajam com eles para saber o que se propõe. Então fazem valer seu direito ao território extenso, ao território integral.

Outro conceito que está nessa norma é o direito ao desenvolvimento próprio, que também está no artigo 7 da Convenção, que diz que na medida em que afete suas vidas, crenças e bem-estar espiritual e as terras que ocupam, os povos indígenas teriam o direito de decidir suas próprias prioridades de desenvolvimento, de controlar seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural, e de participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento que os possa afetar.

O que se estabeleceu como condições gerais da consulta prévia? Definiu-se que o governo deve realizar a consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas em cujos territórios se pretendam realizar atividades de hidrocarbonetos, com a finalidade, como diz a Convenção, de chegar a um acordo ou obter o consentimento coletivo e majoritário das comunidades ou povos afetados, e se for aprovada a concessão da área, deve-se estabelecer os termos em que se prosseguirá com o processo.

A consulta também deve ser realizada mediante procedimentos apropriados, que garantam um diálogo equitativo entre o Estado e os povos indígenas, com base nos seus costumes e na boa-fé, e através de suas instituições representativas, tudo aquilo que a Convenção estabelece em alguns artigos. A consulta prévia deve ser realizada por autoridades do governo com base nesses dois critérios estabelecidos na norma: primeiro, antes de autorizar qualquer programa de exploração ou exportação dos recursos existentes no território, e segundo, coordenando com a organização indígena representativa, a fim de determinar os povos e comunidades que possam ser afetados, e efetivar a informação e condições específicas para cada caso, assim como para que os povos designem os representantes que vão conduzir o processo.

Planeja-se durante a etapa preparatória da consulta prévia, que antes de iniciar o processo de consulta, as organizações representativas específicas dão a informação que o governo deve pôr a sua disposição, bem como estabelecer as condições da consulta, tendo como critério a definição do âmbito territorial onde se encontram os povos envolvidos; a informação e documentação detalhada, incluindo as ativi-

dades previstas e as circunstâncias em que se desenvolvem; o prazo para a entrega da informação e o prazo em que os documentos serão analisados pelos povos indígenas; as datas em que se realizarão as consultas; o idioma que se utilizará, ou idiomas, às vezes há vários povos afetados; as organizações terão a possibilidade de assessorar-se técnica e legalmente; e também, se for necessário, os povos indígenas podem exigir mais informações adicionais; e as consultas devem ser realizadas onde vivem os povos indígenas, é muito importante para eles para assegurar, não somente maior participação da população, mas também porque estando em seu território se sentem em melhores condições para expressar de maneira livre suas opiniões.

O conteúdo da consulta requer, entre outros pontos, que se defina as atividades que deve realizar a empresa; os diversos tipos de impactos possíveis e as contingências, aqueles principalmente que podem afetar os valores e práticas sociais, culturais e espirituais dos povos e seu território; e as diversas alternativas de participação a opção de decisão, e os benefícios que gerem a atividade.

Estou fazendo um resumo, só quero dizer que para efeito de qualquer interesse de algum dos irmãos dos povos indígenas daqui, ou de advogados que apóiam seus processos, podemos por à disposição essa proposta de norma que inclui muito mais artigos, muito mais temas.

Quando os consultados dizem não, nos casos em que não se consegue o consentimento porque os povos afetados consideram que existem razões que avaliam como agravantes para seu futuro, o governo deverá considerar cuidadosamente as circunstâncias especiais alegadas pelo dito povo, entre outros considerando a incidência social, cultural e espiritual da atividade, a relação especial que vincula cada povo indígena com seu território; as precauções especiais exigidas pelo acúmulo de impactos; a revisão de critérios de tolerância que se pode aplicar a cada povo, e as condições especiais econômicas, geográficas, sociais, culturais e seus próprios métodos de prevenção.

Obviamente, estão criticando muito a possibilidade de que esse artigo possa dar direito a veto, como se disse de manhã, aos povos, mas o que os povos dizem com esse artigo, no marco da Convenção, é que não falam de direito a veto, mas também falam do direito de dizer que em alguns casos se justifica a não iniciação de processos de atividades desse tipo em seus territórios, alegando também o de-

ver que tem o Estado de não impor essas atividades, na preservação dos direitos fundamentais e humanos, que também os indígenas pleiteiam.

Basicamente é isso, e eu queria indicar esses artigos vinculados à consulta nesse projeto de norma, que a propósito já são vários anos desde que a proposta que foi colocada nas mãos do governo, dez anos mais ou menos, e o processo avançou como lhes disse, mas como uma determinação dos indígenas de que essa é a maneira como vão se relacionar com o Estado e com as empresas, principalmente de hidrocarbonetos, em seus territórios, mas a situação piorou nesses últimos anos, porque a magnitude da intervenção petroleira chegou aos limites suportáveis pelos indígenas. E isso produziu justamente um protesto muito grande realizado no mês de setembro, na Amazônia principalmente, que obrigou o Estado a retroceder em uma das normas de um pacote que foi promulgado violando os direitos da Convenção, mas que também é a ponta de lança de toda uma política de agressão massiva aos indígenas, não somente por hidrocarbonetos, mas também pela expansão de atividades de biodiesel e atividades mineradoras também. Esta norma, com o levante indígena, foi revogada posteriormente e uma das causas que estiveram mencionando para a revogação foi justamente que não foi feita a consulta prévia, livre e informada aos povos para a promulgação dessa norma.

Creio que começou uma nova etapa no meu país, no movimento indígena, no campo dos direitos dos povos indígenas, e justamente se estabeleceu uma comissão pluripartidária no Congresso da república que tem como primeiro ponto da agenda, justamente a norma que regularia a consulta e a participação indígena.

Obrigada.

DEBATE

Perguntas

RAUL SILVA TELLES DO VALLE (ISA)

Minha pergunta poderia ser para todos da mesa, mas vou dirigir mais ao Marín, a Ana Manuela e ao Mário, para ouvir a experiência de vocês.

Aqui estamos discutindo muito sobre se o direito de consulta permite veto ou não, se dizem sim o que acontece, se dizem não o que acontece. Porém, eu imagino que com a experiência de vocês, vocês já devem ter se defrontado com isso, quando vamos aos casos concretos, fora alguns casos excepcionais, talvez de mineração que é bastante localizado territorialmente, onde é possível afetar talvez uma comunidade, uma aldeia, uma grande parte dos casos, principalmente de políticas públicas, a decisão não afeta uma comunidade apenas, mas várias comunidades, e muitas vezes mais de um povo indígena ou quilombola. Portanto afeta uma diversidade de pessoas que não necessariamente pensa igual, então a minha questão é a seguinte: eu queria saber se houve casos concretos, na experiência de vocês, de quando vai se fazer a consulta e os consultados divergem entre si, têm opiniões diferentes, como que isso é resolvido?

Como que vocês imaginam que isso pode ser resolvido, já que aqui no Brasil, se começarmos a implementar o direito de consulta prévia, imagino que vamos nos deparar muitas vezes com divergências internas, o que é normal na diversidade das pessoas que pensam necessariamente diferente, que têm realidades diferentes.

PAULINO (Coiab)

Eu tenho uma pergunta para as companheiras da Guatemala, mas antes eu queria comentar algumas questões que elas colocaram, e pareciam muito pressionadas pelo tempo e passou muito corrida a informação.

Queria destacar a peculiaridade das consultas realizadas na Guatemala, acho importante deixar claro, não são consultas estritamente institucionalizadas, ou seja, conduzidas pelo Estado, são consultas basicamente a partir das comunidades, esse é o grande diferencial. É importante que isso fique bem esclarecido, até porque toca numa questão que foi colocada de manhã pelo Dr. Roberto, e acho que isso é uma sinuca até para os advogados, os estudiosos do Direito nacional e internacional: se o direito costumeiro, como se chama aqui no Brasil, o direito consuetudinário, o direito indígena como outros lugares é fonte de direito independente, como é que fica, em termos legais, a validade ou a legalidade do direito e das práticas que vêm como as consultas indígenas na Guatemala.

Porque o excepcional de lá é o seguinte, a história da Guatemala acho que todos vocês conhecem, é um povo sempre reativo e quando diz não é porque não. Aconteceu um caso num município que se chamava Cipacapa, o governo deu a licença ambiental à revelia das comunidades e a empresa foi e começou a tocar, até hoje há um clima de tensão, de repressão, de intimidação e perseguição contra as lideranças das comunidades, em resposta a esse caso as comunidades começaram a se levantar, e você citou as diferentes formas de reação, levantes, ações clandestinas etc. e o povo começou a se organizar.

Em alguns municípios os prefeitos foram contra essas consultas, aí o povo encontra a brecha e foram pegar o aval dos conselhos comunitários, por isso que a Eugenia fez questão de citar as raízes da exposição, a Constituição Maia, no livro sagrado dos Maias, na verdade é o livro do conselho, o livro da consulta, está lá na raiz. O povo começa a se unir e começa a fazer as consultas, inclusive em termos formais através de papeletas, e o povo se organizou naquela parte escura do mapa, na fronteira com o México, onde foi feita a consulta em 31 municípios, e em todos os municípios, seja com o aval do prefeito ou não, mas com o aval dos conselhos comunitários foram realizadas as consultas e massivamente o povo falou não à mineração em terras indígenas. Isso é uma sinuca para os governos, e aí, como é que fica?

Minha reflexão é a seguinte: a Dra. Deborah falou que ficamos muito preocupados com as formalidades, na verdade estamos discutindo formalidades, como é que de fato se implementa e se aplica a Convenção 169? Mas que não estamos discutindo consulta prévia, livre e informada ou participação, na verdade estamos discutindo qual modelo de desenvolvimento nós queremos, esse é o problema. De repente, estamos discutindo se aplica, como que aplica, mas na verdade o que está lá no fundo é: qual é o modelo de desenvolvimento?

Tanto na Colômbia, como no Peru, na Bolívia, no Equador, na Guatemala, o que está em jogo é exatamente a implantação de infra-estrutura para o modelo de desenvolvimento em curso, grandes projetos, hidrelétricas, gasodutos, estradas, hidrovias e assim vai. E na Guatemala, eu sou de lá, eu sou Maia essa é a bronca, o povo não quer mega projetos e empreendimentos, nem biocom-

bustíveis, até porque por exemplo, os americanos estão agora com esse negócio de biocombustíveis, para nós é uma agressão inventar etanol com milho, milho é nossa comida sagrada.

Enfim, queria só apelar para essa reflexão e tentar esclarecer que as consultas na Guatemala não são consultas formais, não vêm do Estado para baixo, são consultas que vieram de baixo para cima, aí é que está o problema. E nós dizemos que essas consultas se constituem com poder de veto, e como que fica a legitimidade e a legalidade do direito consuetudinário, se o costume é fonte de direito?

BIVIANY ROJAS GARZÓN (ISA)

Quero fazer uma pergunta em geral para todos os palestrantes com relação ao direito de consulta prévia não única e exclusivamente no relativo à exploração de recursos naturais e empreendimentos que afetam territórios coletivos, mas também com relação à definição de políticas públicas setoriais especiais para esses povos. Nenhum de vocês teve a oportunidade de tocar essa dimensão do direito de consulta da Convenção 169. Gostaria de saber se essa dimensão é contemplada nas discussões nacionais que foram listadas nesses países com relação à consulta de medidas legislativas e à adoção de políticas públicas pelo poder Executivo, especiais para estas populações.

E com relação a isso, e também um pouco ao que mencionou o Raúl, a respeito do efeito final da consulta, se é vinculante ou não, se implica o poder de veto ou não, se esse conceito de veto e o produto final de uma consulta pode ser generalizado quando falamos da exploração de recursos naturais, de qualquer tipo de exploração, e quando falamos de discutir políticas públicas no nível do Executivo e de discutir medidas legislativas que de alguma maneira também afetam a toda uma população nacional.

São essas duas coisas que se, em algum momento, um dos palestrantes puder retomar essas duas dimensões do direito de consulta prévia que não é só de exploração de recursos naturais.

Quero fazer uma pergunta específica ao Marin com relação ao Decreto Supremo do ano passado, porque esta é a única regulamentação existente na América

Latina que contempla o efeito das consultas para a exploração de recursos naturais em povos indígenas não como veto, não como uma imposição do governo, esse ponto que falava a Manuela, e que aparentemente a Bolívia pensou numa maneira criativa e inovadora de colocar nesse regulamento, e creio que por falta de tempo o Marin não pode explicar um pouco mais o que foi alcançado e desenvolvido na Bolívia com relação a isso. Finalmente, quero perguntar também ao Marin como concilia a legislação interna boliviana o fato de ser o único país do mundo que ratificou a Declaração da ONU como lei interna, porque na Declaração da ONU está explícito o direito ao consentimento dos povos e isso deveria ter algum efeito na aplicação pela legislação desenvolvida pelo governo Evo Morales respeito ao efeito das consultas. Creio que várias pessoas ficaram com essa preocupação ou essa curiosidade de saber o que passa com o governo indígena de Evo Morales na aplicação de direitos de povos indígenas.

VLADIMIR PINTO (advogado indigenista do Peru)

Uma reflexão que fez o companheiro creio que é bem interessante, finalmente estamos discutindo um modelo de desenvolvimento, e nesse sentido teríamos que pensar que alianças ou que estratégias podem construir os movimentos indígenas para ampliar os espaço de discussão desses modelos de desenvolvimento.

Lily falava do caso do Peru com acerto, que existe uma enorme população indígena que, na maioria dos casos não se define como indígena, estão nesse processo, estão avançando, tal é a influência de Bolívia e Equador sobre o movimento andino no Peru que começam a reivindicar os indígenas, mas todavia são minoritários. Entretanto, com esses povos minoritários se promoveram espaços de decisão sobre projetos vinculados à mineração sobretudo, mediante consultas que não se amparam na figura da Convenção 169, senão no direito da população em decidir o modelo de desenvolvimento, e há dois casos emblemáticos no Peru, o do Tambo Grande, com uma população que não é nada indígena, são colonos que têm uns cinquenta anos de assentamento, e que inverteram toda sua planta em projetos de agroindústria para exportação, com o apoio do Banco Mundial etc., e depois de algum tempo derivou em mineração, o povo se

opôs, fez uma consulta com a prefeitura, porque o município tinha a faculdade de planejar o desenvolvimento local, e por isso fez uma consulta sobre o plano de desenvolvimento local, e disse ao Ministério de Minas que 98% da população disse que não queria mineração.

Modificaram a lei orgânica dos municípios e há pouco voltaram a fazer uma consulta, no caso Maia, onde a prefeitura simplesmente pelo fato de que têm o dever de promover a participação cidadã, faz uma consulta, mas no caso de Maias, se há comunidades camponesas, que são indígenas, ainda que não se definam como tal em muitos casos, e a ordenança que promove a consulta diz "em cumprimento à Convenção 169, mas, além disso, direito à participação cidadã, é uma consulta para os indígenas e para os não-indígenas dessa jurisdição" e também 94% da população se pronuncia contra o projeto. Então em função disso eu queria lhes perguntar que experiências existem de envolvimento de setores, por exemplo, de governos locais que podem ser muito úteis em processos de consulta, e se esse debate saiu um pouco do tema de movimento indígena e se há outras populações que também reivindicam o direito de decidir o modelo de desenvolvimento.

RAMÓN LABORDE (Fundação Gaia, Colômbia)

Uma pergunta para os companheiros do Peru, da Bolívia, Guatemala e Equador, para saber um pouco, quando se fala em consulta de medidas legislativas, como estão incluídos os indígenas como signatários das leis gerais em cada país, no regime penal, no regime trabalhista, na legislação em geral que há cada país, porque no caso colombiano está claro que essas leis não se aplicam para os povos indígenas porque se reconhece que têm a capacidade de fazer suas próprias normas, somente na medida em que os que renunciam a esse regime próprio podem ter acesso ao regime geral de todos os cidadãos.

Outra coisa é quanto ao direito ao veto, normalmente o que se diz é que a OIT disse mil vezes, é que o direito de desenvolvimento de uma nação está acima do direito que pode ter um povo indígena. Mas também no caso colombiano temos experiências na legislação está estabelecido um limite a esse direito ao desenvolvimento da nação, não no caso dos indígenas, mas no caso dos recursos

naturais, por exemplo num parque nacional não se pode fazer exploração e exportação de recursos naturais, em seu subsolo nem de outro tipo, ou nos planos que fazem os municípios há certos monumentos ou igrejas sobre os quais está limitado esse direito ao desenvolvimento, ou seja não é absoluto. Então eu quero saber se no caso de vocês há alguma limitação a esse direito de desenvolvimento ou se simplesmente se tem que fazer alguma exploração fazem e não levam em conta nenhum outro tipo de norma.

Respostas da mesa

MARIN ABADÍ GUTIERREZ (advogado indigenista da Bolívia)

Vamos tentar responder algumas perguntas e expectativas. Vou me concentrar no regulamento para consulta porque parece que despertou preocupações. Eu lhes dizia que na construção da lei de Hidrocarbonetos em 2005, participaram ativamente as macro organizações dos povos indígenas, das terras altas e das terras baixas, com seus mecanismos internos para difundir e ter consenso sobre as propostas. Algo parecido ocorreu para a aprovação do regulamento da consulta, quer dizer, desde maio de 2005 se trabalhou até fins de 2006 na elaboração do regulamento consulta e outros regulamentos, por exemplo, o de monitoramento ambiental, a proposta original sofreu algumas modificações, mas de alguma maneira satisfiz ou não, pelo menos, às expectativas das organizações.

Creio que o problema não está tanto no próprio regulamento, esse regulamento de abril de 2007 não pôde ser aplicado de maneira integral, por terem encontrado, funcionários da burocracia pública, mecanismos para impedir a sua aplicação, imagine que uma das queixas que tem o atual governo é que não encontra gente para substituir aos velhos funcionários que já estavam trabalhando na administração pública, então eles tentam manhas para não aplicar o regulamento. Agora, as modificações que citei, referem-se também ao momento especial que está vivendo a Bolívia, como as petroleiras não investiram desde 2003 aproximadamente, neste momento temos escassez de gasolina, escassez de gás, que se supõe que existam nos reservatórios, e estamos importando diesel há bastante tempo. Então o temor que tem o governo é que no futuro é que tenha que importar também gasolina, o

que terá que fazer no próximo ano, mas além disso teremos que importar gás, isso o pôs tão nervoso que fez algumas mudanças nesse regulamento, precisamente para acelerar o investimento, porque considera que a consulta, ao tomar bastante tempo, além disso um tempo indeterminado, vai ser um óbice, ou pelo menos vai ser um motivo para que os investimentos estrangeiros não sejam efetivas, apesar de que os contratos de operação firmados até 2006 têm o compromisso das petrolíferas de realizar montantes de investimento sob pena de rescisão de contrato. Mas, além disso, por mandato da lei e do referendo, o Estado assume novamente o controle de toda a cadeia produtiva dos hidrocarbonetos, e a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos agora tem que investir para perfurar, para exportar etc., etc., então Yacimientos entra também no jogo para participar da consulta.

Esta emergência que está vivendo meu país colocaríamos na balança: o que é mais importante, resolver esse conflito econômico, que é a sustentação da atual política do governo ou cumprir o direito dos povos indígenas? Porque não será por cumprir ou não, aplicar estritamente o que diz a Convenção 169 e ser metuculoso na aplicação do decreto, ficaremos sem recurso e vem abaixo toda a política, eu imagino que esse é o pensamento. E a partir daí se vê esse tipo de atitudes, à margem de que o comportamento, como lhes dizia, a mentalidade de muita gente é oposta obviamente ao reconhecimento, não somente ao reconhecimento desse direito em si, também continuam observando-se atitudes de negação da existência dos povos indígenas. Uma das coisas que pôs o povo de cabelo em pé, e que acusavam o projeto de Constituição, atualmente modificado, era o fato de que em um artigo se mencionava os povos indígenas com intenção de reconhecer ou de incluir a língua desses povos indígenas como oficial, esse era o propósito do artigo, mas a interpretação lá fora era de que era uma Constituição racista, porque estava desconhecendo a população mestiça; coisas que não teriam sentido se interpretadas dessa maneira.

Parece-me que por aí vai essa má experiência que estamos vivendo, então se a preocupação é se o regulamento nos pode ser útil como experiência para avançar na aplicação desse direito, claro que sim, e mais que isso, tem que melhorá-lo. Esses regulamentos teriam que sofrer modificações para serem mais efetivos na

aplicação do direito à consulta, porque não está contemplado por exemplo, o que ocorre quando se interrompe a consulta e não se conclui, se aciona ao estado, ao funcionário, que se suspenda o projeto, como fica? Tivemos casos onde se iniciou o processo de consulta de acordo com o regulamento mas não foi concluído, e aí? Embora tenham encontrado formas técnicas de modificar o desenho do projeto para, digamos, concluí-lo, conseguiram o propósito do projeto tecnicamente, e se deixou margem para a aplicação da norma. Creio que vão um pouco por aí as reflexões relacionadas ao decreto. Obrigado.

ANA MANUELA OCHOA (liderança indígena da Colômbia)

Para responder um pouco a pergunta do Raúl, eu penso que esse direito à consulta e a resposta que lhe deram aos projetos ou a impedir que se executem projetos nos territórios, tem a ver com o que os povos indígenas chamam de processos de resistência, que podem ser legais ou através das vias de fato.

Creio que se possa dar o nome de resistência legal a começar a interpor ações de tutela para parar projetos de desenvolvimento que afetem a integridade cultural de um povo, a subsistência de um povo; se pode começar a interpor ações de inconstitucionalidade contra leis que não foram consultadas e que afetem negativamente também aos povos indígenas. E creio que há muitos exemplos, pelo menos na Colômbia, mas não somente na Colômbia, exemplo de veto, ou se querem com outro nome, onde se pararam projetos que iam ser executados em povos indígenas ou outras comunidades. Por exemplo, posso falar do caso do povo indígena Uwa na Colômbia, é um povo que se opôs à exploração de petróleo no seu território, creio que foi um dos primeiros povos a falar na consulta e a se opor à execução desse projeto, os povos Uwa falam que a consulta prévia é um etnocídio cultural, e a estratégia é quase que não se deixar consultar.

É uma estratégia que se está usando muito na Colômbia, pelo menos a estão usando os povos indígenas na Serra Nevada de Santa Marta, por exemplo, nesse momento pensam em pôr uma represa no território e o que estamos fazendo é que cada vez que falam de reuniões, a estratégia é “não podemos, não nos reunimos, não nos encontramos todos para poder fazer esse processo”, então as pessoas

têm diferentes formas de resistir a esse tipo de coisa. Outra coisa que se faz muito na Serra Nevada de Santa Marta, de onde sou, é construir uma aldeia, num lugar onde se vai construir uma represa, em algum lugar aí, se constrói uma aldeia ali para que fique mais difícil o processo. E creio que cada povo terá sua própria estratégia de resistir aos processos de consulta e encontrará a maneira de evitar esses projetos que se vão executar em seus territórios.

E no âmbito da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana pode-se encontrar o caso Sarayaku, que certamente Mário vai lhes contar, que tiraram uma empresa petrolífera do território; pode-se encontrar o caso que também pararam a exploração florestal no seu território, porque se estava violando o território e também não se havia feito o processo de consulta no interior desse território. Então, creio que há muitas experiências onde os povos indígenas puderam dizer não, assim não se faz a consulta, a consulta é como nós a concebemos e não como o Estado está pensando. Creio que há muitos exemplos, e temos que buscar esses exemplos, temos que buscar esses processos de resistência para aprender nesse processo de resistência.

E juntando um pouco com a pergunta de Biviany, na Colômbia existe a consulta prévia tanto para medida administrativas como para a definição de políticas públicas, e não é que seja tão boa, se bem que haja algumas definições do que consiste o direito, do que é um direito fundamental, do que é o coletivo, que se aplica a medidas administrativas, que se aplica a medidas legislativas, que se estabeleceram nos canais de comunicações em alguns níveis de representação para determinar com quem, e em que momento se faz a consulta prévia, não é certo que a questão seja tão fácil como a planejada no papel, quer dizer, na prática estão se apresentando uns processos de consulta prévia que são muito questionáveis e aberrantes, e que racham com a ma fé. Por exemplo, há o povo indígena Yuspa que se localiza na Serra Nevada de Santa Marta na Colômbia, onde lhes as pessoas que “se não entramos para tirar o petróleo que há em seu território, isso vai explodir e vocês vão se queimar” e disseram os indígenas “pois tirem o petróleo daí porque não queremos nos queimar”.

Esse por exemplo é um processo de consulta prévia que o Ministério do Interior põe como um exemplo de consulta prévia e o mostra, a nível nacional e inter-

nacional, como um processo de consulta prévia dos melhores e mais importantes, entretanto, sabe-se de fontes da comunidade que isso foi o que lhes disseram para fazer a consulta prévia. E outras coisas por exemplo, compram as terras indígenas a um preço muito menor do que compraria de um não-indígena, quando vão fazer esse tipo de processo; em outras ocasiões se aproveitam de fazer a consulta prévia diretamente com as comunidades, com representantes das comunidades que não têm um poder de negociação forte para enfrentar a OXI, que vai com todos os seus assessores, que vai com toda a infra-estrutura que tem, e com outras empresas do Estado.

Não estão definidos os papéis, o Estado vai fazer a consulta prévia nos carros e com todas as comodidades que lhe brinda a empresa, que é quem paga a consulta prévia. Então aí o tema da justiça se perde, porque não se sabe se o Estado acaba sendo parte da empresa que assim age na prática, e os povos indígenas têm que enfrentar dois monstros: o Estado, que deveria prover a proteção dos direitos, e estas grandes empresas que têm toda infra-estrutura. Outra coisa que estão fazendo ultimamente é que estão cooptando gente, gente que se especializa e que trabalha e que são nossos aliados no movimento indígena, acabam trabalhando com as petroleiras, depois de aprender como nós pensamos, os povos indígenas, então se tornam aliados das empresas petroleiras, e assim é muito mais fácil para a empresa fazer os processos de consulta prévia, porque sabem onde encontrar as fragilidades. Então, se bem que haja toda essa legislação, e um desenvolvimento jurisprudencial importante, na prática não é tão bonito o direito à consulta prévia, como estamos contando. Obrigada.

MÁRIO MELO (advogado indigenista do Equador)

Muitas vezes quando se fala no tema da consulta prévia se usa um argumento que, a meu ver, é tremendamente racista e tremendamente falso, se diz que pretender que os povos que vão ser ameaçados por uma decisão estatal sobre seu território, tenham o direito de que só se tome essa decisão com seu consentimento é dar-lhes um direito de veto ao desenvolvimento, isso é totalmente falso, e pelo menos duvidoso.

E me lembra muito que nos conta Manuela a respeito dos povos Yuspa, para quem se mentiu dizendo que “se não tiram o petróleo vão morrer”, isso é uma mentira evidente, mas é igual a quando lhes dizem “se não tiram esse petróleo o país, seja Brasil, Colômbia, Nicarágua, Honduras, ou qualquer outro país, não vai se desenvolver”, isso também é mentira, ou é algo sujeito a demonstração.

Porque há uma visão tremendamente racista que diz que se trata de territórios indígenas isso é mais ou menos uma coisa de todos, onde pode o Estado ou podem as empresas transnacionais ir, fazer um buraco, tirar os recursos, levar o dinheiro e deixar o lixo, porque são territórios indígenas ou são territórios de pessoas pobres, camponesas, por que não acontece o mesmo, por que nunca ouvimos sobre um processo de consulta prévia em terras agrícolas de agroindústrias, ou de gente com dinheiro, ou nos bairros de gente com dinheiro nas cidades? Será que aí nunca há interesse de fazer uma obra que não agrade aos proprietários? Não, os Estados nunca planejam fazer obras aí, porque são direitos que estão dispostos a respeitar, então, se a qualquer um de nós que vivemos nas cidades, da América Latina ou do mundo inteiro, nos dizem que no pátio ou no jardim da nossa casa vão abrir um buraco, vão sujar, vão estragar nosso modo de vida, vão nos impedir de fazer as atividades que normalmente fazemos com a família, nós vamos dizer “um momento, em primeiro lugar me consultem, depois eu tenho que lhes dar permissão, se me convém, para que façam isso no pátio de minha casa, não é verdade”? Mas como são indígenas ou afro-descendentes, ou como são pobres, “ah, não, consultá-los ou lhes pedir o consentimento, isso são os obstáculos para o desenvolvimento”, mentira.

Colocando em outros termos, do que estamos falando é de gente que está defendendo seu território como a base material de um modo de vida, de uma espiritualidade, de um cotidiano, que é agredida por quem? Por interesses econômicos, por dinheiro, o Estado, as transnacionais, por dinheiro vão afetar o território e a vida dessa gente, essa gente que simplesmente quer o mais básico: querem que lhe perguntem primeiro e que lhe peçam permissão. Isso é óbvio e é natural, e creio que qualquer um de nós pode entender, mas os setores poderosos não conseguem entender isso, e nos metemos numa imensa discussão jurídica de se é consulta,

de se é consentimento, ou de se é veto. Não, é simplesmente ter a decência de perguntar primeiro, pedir permissão e se dizem que não podem entrar na casa de um vizinho, fazer um buraco, tirar os recursos e deixar um vazio, não vão fazê-lo. Então, tem que pôr em termos muito mais realistas o debate jurídico, que é o que está acontecendo. Alguém me perguntou se em meu país há experiências a respeito de situações em que são vários povos, ou vários grupos humanos afetados, se consulta um e se consulta outro, não, no meu país não há essa experiência, simplesmente por que o Estado nunca consulta a ninguém.

O que eu posso falar de experiências é de muitos casos, em meu país e no mundo, onde gente que não foi consultada, e foi agredida por decisões em consultas protestou e conseguiu deter essas agressões, por vias jurídicas e por vias políticas. Essas são as experiências que temos para compartilhar, e lamentavelmente não há experiências solidamente documentadas onde os Estados vão e perguntem primeiro antes de entrar no território de alguém ou, repito, no pátio ou no jardim de alguém, para fazer um buraco, tirar recursos e deixar um vazio, isso não há. Então esses são os problemas e as reflexões que queria compartilhar para fechar esse debate, que foi muito interessante. Obrigado.

MIRIAM ISCHIU (liderança indígena da Guatemala)

Para dar um pouco dos elementos mencionados, sobretudo um caso que se deve esclarecer é que as consultas comunitárias que se realizam na Guatemala, são propostas surgidas a partir das comunidades, onde o governo não tem nenhum envolvimento.

É uma participação direta das comunidades indígenas, onde há um consenso para analisar a situação que lhes afeta, como no caso das hidrelétricas, o caso da mineração, o caso das empresas de cimento, e então falamos que o governo não respeita essas consultas comunitárias. E as consultas comunitárias se realizam como um direito, do exercício do povo Maia, a partir da visão não de justiça mas de forma de governo dos povos indígenas, do povo Maia em particular. Então o que faz o governo na Guatemala é pôr mais dificuldades nessas consultas comunitárias, por exemplo no caso de Cipakapa, mencionado anteriormente, apesar de

99% das comunidades terem dito não para a instalação de uma empresa mineradora, o governo disse para a empresa que fizesse um estudo de impacto ambiental, mas resulta que a empresa contrata engenheiros, consultores e expertos ligados à mesma empresa. O resultado dessa investigação não vai ser a favor ou vai refletir uma realidade concreta de quais podem ser os efeitos e impactos da instalação de uma mineradora, como por exemplo o câncer de pele, desnutrição, o dano aos poucos da comunidade, e é realmente a morte lenta da terra porque já não servirá para o cultivo por exemplo, e outros elementos que os estudos que fazem as mesmas empresas e que apresentam ao governo não refletem.

Como os governos que existiram na Guatemala foram de militares e empresários, obviamente não vão respeitar essas consultas comunitárias, mas o que os povos indígenas fazem é precisamente realizar-las como parte do direito. E aí tem um papel importante o acordo de Identidade e Direitos dos Povos Indígenas que foi firmado em 1995 no México, que forma parte dos acordos de paz, e é um respaldo legal no país, e depois tem a Convenção 169, também como outro elemento que respalda o exercício das consultas comunitárias, e a nova Declaração dos Direitos dos Povos Indígena, mas o principalmente é o exercício do direito Maia como tal, um direito Maia que existe há mais de 5524 anos, e desse ponto de vista se parte.

A Corte de Constitucionalidade do país disse que essas consultas comunitárias, apesar de todos esses amparos legais, nacionais e internacionais, que podem permitir seu exercício, realmente disse que não é vinculante em relação às consultas comunitárias e ao dizer não para a instalação de empresas mineradoras. Então a luta permanente dos povos indígenas e do povo Maia em particular na Guatemala, é para que se respeite o direito de consultas comunitárias, porque é um direito próprio das comunidades, para que a partir do resultado que surjam dessas consultas se respeite e se dê a sua respectiva vigência. E então é nesse processo que nos encontramos hoje em dia, porque recentemente, nesse ano, se deu um caso que foi muito difícil na Guatemala, de uma empresa de uma família muito rica, que começou a instalar uma fábrica de cimento e prejudicava doze comunidades onde iam instalar essa fábrica, as doze comunidades disseram não à instalação e resulta que o governo atual, de Álvaro Colón, que disse que é seu governo, não é o governo do povo, decretou

um estado de prevenção durante um mês nesse município, onde não se podia reunir mais de duas pessoas, vê-las dialogando, porque poderiam ser presos.

Em todo esse processo que se deu, houve 43 líderes das comunidades presos por defender sua terra, por defender o direito à vida e o bem-estar e a saúde das famílias. No fim, durante este mês em que foi decretado o estado de prevenção, pouco a pouco, sem o consentimento das comunidades se foi instalando lentamente essa empresa, agora está num processo de estancamento, porque isso tem um mês, um mês e meio, mas creio que essa é a situação Guatemala que se reflete.

Claro que o que se busca nas comunidades não é, como diriam os irmãos do sul, viver melhor que os demais nem pior, ou viver melhor à custa de outros, e sim viver bem, o que se busca é isso, viver bem, a saúde dos povos indígenas; educação relacionada com os conhecimentos, e educação dos próprios indígenas; respeito as suas formas de organização; não uma repressão, porque nesse momento na Guatemala se está vendo um novo processo de militarização das comunidades, implementado pelo governo que supostamente é socialdemocrata, quando é mais repressivo e de extrema direita. Então realmente não podemos falar que haja respaldo desse governo, mas é uma luta que surgiu das próprias comunidades e é uma luta permanente, vamos estar nesse processo contínuo de defesa dos direitos pela vida e da vida.

ROSA TOMÁS (liderança indígena da Guatemala)

Também sou da delegação da Guatemala, e como já se falou, por falta de tempo não se permitiu ampliar um pouco sobre as consultas comunitárias. Então queria dizer como estava a visão diretamente da consulta, é que o pensamento, a cosmovisão do povo Maia é usado como um mecanismo de prevenção de conflitos, está baseado no diálogo, falamos, conversamos, chegamos a um acordo e logo a um consenso, e com base nisso se não se respeita esse diálogo, esse consenso a que chegamos, chega o conflito.

As consultas já são parte do pensamento cosmogônico dos povos Maias, não é recente, tem sido uma prática de milhares de anos. Há um pensamento que é justamente do povo da Guatemala que diz “lançamos nossas palavras ao vento, ele as recolhe em seu seio e as faz cumprir”, a relação com a natureza é constante e tudo que nós dizemos a natureza mesma nos devolve. Este pensamento é justamente a respeito

da palavra, se as comunidades atualmente estão dizendo não a extração mineira, não às hidrelétricas, é a sua palavra, não tem volta atrás, e isso vai um pouco em relação ao veto, se veta ou não, se é vinculante ou não, já é uma decisão comunitária.

Queria ampliar um pouco também o marco legal que se teria dentro das consultas comunitárias e na Guatemala existem três leis, o Código Municipal, que permite às municipalidades determinar e decidir suas próprias formas de desenvolvimento da comunidade; também temos a lei do Conselho de Desenvolvimento, que é uma forma de organização comunitária, através dos mesmos comitês comunitários e que eles mesmos vão vendo também que modelo de desenvolvimento querem, e se baseia também na consulta; e a lei de descentralização, que dá à municipalidade seu direito a autonomia, a decidir livremente. Estas três leis, este marco legal, permitem realmente que as decisões ou as consultas sejam próprias da comunidade, e a agregando aí o que me ensinavam as companheiras, que é o acordo economicossocial, verdade que são dentro dos acordos de paz, e o acordo de Identidades e Direitos dos Povos Indígenas, e como se mencionou, a Convenção 169 e a Declaração.

A Convenção 169 estabelecia que se deve realizar como uma lei regulatória para ver quem realiza as consultas, isto não foi feito, e por isso justamente agora temos: quem vai realizar as consultas, é a comunidade, é o governo, é a municipalidade, quem a convoca? Isso também se deve a que quando se ratifica a Convenção 169 na Guatemala, o Estado fez uma emenda e indica que a Convenção não pode ser nem superior à Constituição, o assinamos sempre e quando não afete o que já está na Constituição, então isso não permite tampouco que a Convenção 169 possa ter muito mais avanços.

Atualmente temos um conflito, porque as consultas estão sendo realizadas a partir das organizações comunitárias, conjuntamente com as autoridades municipais, com base nas três leis, mas atualmente, a Corte de Constitucionalidade indica que as consultas não são vinculantes, e que portanto, o único que pode fazer as convocatórias para as consultas é o Presidente, ou seja, o governo, e que têm que estar regidas com base no Supremo Tribunal Eleitoral.

Sabemos claramente que nesse caso o governo nunca vai convocar uma consulta comunitária. Então todos esses processos que foram feitos, são 32, deixam a comunidade sem saber o que vai acontecer, e se está lutando pela defesa de que as consultas

têm que ser propriamente comunitárias. Dentro dessas consultas, praticamente há resultados, um poderíamos dizer que é positivo, porque ao ver a organização comunitária na defesa de seu território, uma empresa disse “aqui o povo não quer e vou embora” e se retirou. No caso de San Juan a comunidade se organizou e teve um enfrentamento, e isso no estado de prevenção, então esse é um aspecto negativo, temos um resultado praticamente negativo, mas a resistência está aí. E como se diz, nós já estamos em pé, já nos levantamos, e não haverá passo atrás, as consultas já estão feitas, e realmente se já resistimos mais de quinhentos anos, temos energia e força, porque a energia da Mãe Natureza, a vida da terra está conosco e vamos além.

EUGÊNIA VALEY (liderança indígena da Guatemala)

Para encerrar e acrescentar algumas coisas que a Guatemala viveu em alguns séculos, Rosita mencionava quais são os elementos do povo local que se vinculam para poder fazer os processos de consulta que são de caráter comunitário e que nascem da mesma organização comunitária, são os elementos que ela falou, a lei de descentralização, e em função desses atores é que se levou a cabo todo o processo destas consultas comunitárias, é a partir do local, é a aliança entre estes atores e os instrumentos legais que nesse caso é o código municipal, que nesse momento está em alto risco, há uma ameaça, porque com os resultados da Corte já mencionados, nos colocamos outra vez em risco.

E quando Raúl perguntou o que fazemos, primeiro teriam que estar convencidos de que vão fazer uma consulta, se é da instituição, creio que a instituição, se é uma ONG, teria primeiro que ter esse grau de sensibilidade, porque muitas se pensa em levar à comunidade, se eu levo e leio para a comunidade, isso lhes parece algo planejado. A outra forma em que também se trabalhou desde a organização comunitária é a transferência da informação, se a organização comunitária sabe em que consiste todos esses impactos negativos que vão passar pela exploração mineira, e as três fases que há na mesma consulta, e exige, independentemente dos estudos de impacto ambiental que são feitos, então isso permite a tomada de decisão da organização comunitária e de suas autoridades.

É muito elementar a parte da informação e da capacitação ao redor, esse sim é o propósito de uma consulta comunitária. Não concordo com as companheiras,

não é o governo que convoca ou faz a consulta, é a mesma comunidade, e aí participam todos, mulheres, homens, crianças, diferentes gerações. Então creio que com a participação de hoje dos que estivemos neste espaço, não há receitas, vamos sair descobrindo porque os contextos são muito distintos, os interesses são muito distintos, as posições políticas também de repente são parecidas mas se fazem muito particulares num momento como este.

LILY LATORRE (advogada indigenista do Peru)

Agora posso fazer algumas perguntas, já bem respondidas. Queria responder à pergunta de Biviany em relação a que as consultas não se fazem somente para assuntos vinculados aos recursos naturais, mas também a políticas públicas e leis. Na realidade eu diria depende, quase sempre depende do grau de interesse que há por trás dessa norma, sobretudo de interesses econômicos e poderes econômicos.

No caso do Peru uma lei referente à proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas foi consultada devidamente pelos povos, essa lei é de mais ou menos uns oito anos atrás, e foram também incorporados no conteúdo da norma os aspectos vinculados ao consentimento da população para dar aprovação para entrar em acordo para acesso a esses conhecimentos de biodiversidade.

Mas é claro que não poderia ser de outra maneira, os povos indígenas se mantiveram mudos a respeito de seus conhecimentos por centenas ou milhares de anos, sobretudo nos últimos anos quando houve uma claríssima intenção de apropriar-se desse conhecimento por parte da indústria farmacêutica, mas nesse caso se necessitava da anuência indígena para poder abrir ao conhecimento público esse tipo de informação.

Mas tratando-se de interesses econômicos, principalmente de indústrias extrativas e vinculadas à apropriação, ou em geral a implementação de atividades em territórios sobre recursos indígenas, isso costuma ser enrolação. No caso peruano por exemplo, uma norma para o caso dos hidrocarbonetos, que não mencionei, se estabeleceu mas só onde se menciona que consulta está no marco da Convenção, mas nada do que aí se disse faz honra à normas

da Convenção, na verdade é uma forma de burlar a lei, tentando mentir e tentando conseguir algum tipo de confusão entre os povos e comunidades, para finalmente conseguir o propósito, é quase uma luta com ares de conflito mafioso no caso do Peru.

Eu queria reiterar, como disseram os companheiros antes, o valor que a palavra tem para os indígenas, quando lhes fazem a primeira consulta, no caso dos Ashuar, com quem eu trabalho, lhes fizeram uma primeira consulta que na verdade foi uma fraude de consulta, mas chamada de consulta pelo governo, faz dez anos, quando se estabeleceu o primeiro bloco petrolífero em seu território, eles disseram não, e efetivamente dão tanto valor à palavra que seguiram repetindo não, repetiram não durante os quatro processos seguintes, nos quais as empresas petrolíferas, uma atrás da outra iam entrando e saindo porque desanimavam, porque sua presença ali não podia se sobrepor à convicção dos indígenas na sua negativa, eles tiveram que ir dizendo não a cada vez, até que disseram “já basta, nós damos valor a nossa palavra, já nos consultaram várias vezes e não queremos mais consultas”.

Tanto é assim que quando planeamos uma ação constitucional contra o governo para que se respeitasse o direito à consulta prévia, disseram “o que vamos obter no melhor dos casos é que nos façam a consulta outra vez, já dissemos e vamos nos manter com essa posição”, que já sustentam há dez anos, não deixando entrar empresas em seu território e disseram “vamos lutar agora para que se afirme nosso direito à livre determinação ou autodeterminação e ao consentimento”, muito antes que se estabelecessem esses dois direitos na atual Declaração dos Povos Indígenas das Nações Unidas.

São diversas as formas com que os indígenas estão defendendo seus territórios, a consulta é uma, mas quando a consulta se vicia, como fazem os governos, eles utilizam outras. E agora, felizmente temos o de consentimento e o da livre determinação para povos que resistem e efetivamente dão valor à palavra, e a natureza autêntica dos direitos.

Também perguntaram sobre o direito ao desenvolvimento é absoluto, na realidade não se diz assim, porque em cima dos direitos ao desenvolvimento econômico, no caso peruano, está o princípio da dignidade da pessoa humana, e diz no

artigo 1o da Constituição como fim supremo da sociedade e do Estado, e a isso deve obedecer, ou nesse sentido devem se harmonizar todos os demais direitos na Constituição. Mas na prática sim, o direito ao que chamam de desenvolvimento, mas já sabemos que isto é um eufemismo, é o que se impõe sobre todos os demais direitos, e dependendo de como os cidadãos, e a sociedade civil na realidade, façamos uso também de nosso direito a isso, a dizer não, a resistir, e a exigir que se cumpra o ordenamento jurídico nacional, e os direitos humanos por cima de qualquer daqueles que crêem em segundo nível.

Para o caso do Peru também, a administração da justiça que você perguntava, somente está circunscrito a esfera do que são relações internas, os conflitos internos que houveram dentro das comunidades. Se a legislação é mais vinculada a governos locais, pode dar muito mais aporte ao ordenamento de territórios, ao aproveitamento sustentável de recursos naturais que, em harmonia com os direitos dos povos indígenas, no marco da Convenção podem, de repente, dar um impulso a um direito mais social, com mais justiça e equidade.

ANA MANUELA (liderança indígena da Colômbia)

Como dissemos toda a tarde, aqui não há regras, são os nosso tempos, são nossos procedimentos, e quiçá a razão de ser tão difícil regulamentar a consulta prévia dentro dos povos indígenas dos diferentes Estados, é porque nem sequer nós, que nos sentamos para falar de consulta prévia, sabemos quais são essas regras e esses procedimentos para fazer esse tipo de processo.

Se os tempos são os nossos não termos que nos apressar em firmar um processo de consulta prévia, porque não estamos comprometendo só a nossa vida, nem das gerações que nos seguem, estamos comprometendo gerações inteiras, é a vida dos nossos povos e sua subsistência que estão em risco.

Esta manhã, começaram por nos dizer que primeiro éramos animais, que não tínhamos alma, até que os convencemos de que éramos pessoas, depois nos disseram que não teríamos direito ao nosso próprio território, até que os convencemos, e era impensável há uns trinta ou quarenta anos, que o território onde vivemos era nosso e que teriam que nos entregar e legalizá-lo, até que os convencemos de

que era nosso território, nos disseram que as mulheres não podiam votar, até que as mulheres se levantaram e disseram “podemos votar”. E eu creio que tem que caminhar esse processo, ou seja, tem que chegar o momento em que têm que reconhecer aos povos indígenas o que aqui se está chamando de direito a veto, o direito de dizer “não queremos esse tipo de desenvolvimento em nossos territórios, temos direito de controlar nossa forma de vida e nossos recursos e o que se faça em nosso território.

É um processo longo, mas creio que não podemos nos deixar nos convencer tão facilmente do que diz a OIT ou do que dizem as normas, isso é o que é. Nós, com o direito, com ações, temos de ir convencendo a sociedade do que somos, assim foi a história.

O sistema de monitoramento da OIT e a participação cidadã

ARTIGO

O direito à consulta livre, prévia e informada: os limites da “consulta aos quilombolas”

Lúcia M. M. de Andrade, Comissão Pró-Índio de São Paulo

Nos dias 15 a 17 de abril de 2008, foi realizada a primeira consulta prévia promovida pelo Governo Federal em cumprimento a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O objeto da consulta foi a minuta de ato normativo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incrá) destinado a disciplinar os procedimentos para titulação das terras de quilombo em substituição a IN Incra nº 20/2005.

Esse artigo relata essa primeira experiência procurando demonstrar porque a mesma não pode ser considerada uma consulta livre, prévia e informada conforme assegurado pela Convenção 169 da OIT.¹⁸⁸

Essa visão é corroborada por 10 organizações quilombolas¹⁸⁹ e 12 organizações não-governamentais¹⁹⁰ que por meio da Central Única dos Trabalha-

188 A Comissão Pró-Índio de São Paulo participou da consulta na qualidade de assessoria indicada pela Conaq.

189 Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas, Comissão Estadual das Comunidades Quilombolas do Espírito Santo - Zcimba Gaba, Coordenação Estadual das Comunidades Negras Rurais Quilombola de Mato Grosso do Sul, Comissão Estadual de Comunidades Quilombolas de Pernambuco, Federação das Comunidades Quilombolas de MG - N'golo, Malungu - Coordenação das Associações das Comunidades Remanescentes de Quilombo do Pará, Associação das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Município de Oriximiná, Associação Quilombola de Conceição das Crioulas, Associação Rural Comunitária dos Quilombolas do Timbó e Adjacências, Comissão Quilombola do Sapê do Norte

190 Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia, Centro de Cultura Luiz Freire, Centro de Cultura Negra do Maranhão, Centro de Documentação Eloy Ferreira da Silva, Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos, Comissão Pró-Índio de São Paulo, Instituto de Assessoria às Comunidades Remanescentes de Quilombos do Rio Grande do Sul, Justiça Global, KOINÓNIA Presença Ecumênica e Serviço, Movimento

dores (CUT), em 1 de setembro de 2008, protocolaram junto a OIT comunicação que denuncia que a referida consulta não ocorreu conforme disposto na Convenção 169.¹⁹¹

A Convenção 169 e o direito à consulta prévia

O direito à consulta prévia está assegurado na Convenção 169 que vigora no Brasil desde 2003. O artigo 6º desse tratado internacional determina que os governos deverão:

“consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”.

Decorridos cinco anos da ratificação da Convenção 169, o direito à consulta prévia ainda não foi implementado na prática. O próprio Advogado Geral da União, José Antonio Dias Toffoli, admite que o evento de abril de 2008, “foi a primeira consulta do Governo Federal às comunidades quilombolas.”¹⁹²

Evidentemente é louvável a iniciativa do governo brasileiro em procurar cumprir, ainda que tardiamente, o direito à consulta prévia estabelecido na Convenção 169. No entanto, a forma como o evento foi concebido e conduzido acabou por descaracterizá-lo como um processo “*de boa fé*” realizado de “*maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo ou consentimento com as medidas propostas*” como determina o artigo 6º da Convenção 169.

Negro Unificado - Seção RS, Rede Social, Terra de Direitos.

191 Confira o texto da comunicação em: www.cpisp.org.br/acoes/html/artigos.aspx?LinkId=38

192 *In*: Despacho do Advogado Geral da União, Brasília 22 de agosto de 2008, publicado no Diário Oficial da União, Seção 1, página 12, em 19/09/2008.

A pressão da urgência

O processo de preparação da consulta foi marcado pela pressão da “urgência” por parte do governo o que comprometeu o seu caráter prévio e livre. Entende-se por prévia a consulta realizada antes da decisão e com o tempo necessário para que os povos interessados se posicionem. E a condição de consulta livre implica que o consentimento não deve estar sujeito a nenhuma forma de coerção ou manipulação externa.

Os quilombolas, representados nessas negociações pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Conaq), foram pressionados a acatar determinados prazos e condições para a consulta sob a alegação do governo que era urgente a publicação da nova instrução normativa.

Os fatos posteriores à “consulta” evidenciaram a falácia da urgência uma vez que somente em 01 de outubro de 2008, cinco meses após o evento, é que foi publicada no Diário Oficial a nova instrução normativa (IN Incra nº 49 de 29/09/2008).

A pressão da urgência limitou seriamente as possibilidades dos quilombolas negociarem um plano para a consulta prévia. Aliás, há de se destacar que de início o governo sequer cogitou discutir com os quilombolas as condições em que a consulta deveria ocorrer de forma a garantir procedimentos apropriados do ponto de vista de ambas as partes.

Os quilombolas foram surpreendidos em final de novembro de 2007 com ofício da Advocacia Geral da União¹⁹³ que informava sobre o grupo de trabalho governamental criado para aperfeiçoar as normas referentes à titulação das terras quilombolas, comunicava que o mesmo havia elaborado um novo texto para a norma interna do Incra e apresentava o seguinte calendário para a apreciação da minuta:

¹⁹³ Ofício-circular 05/2007/CGU/AGU, do Consultor-Geral União, Ronaldo Jorge Araújo Viera Júnior, de 9/11/07.

DATA	EVENTO	LOCAL
29/11/2007	Circulação da minuta da Instrução Normativa para as Coordenações Estaduais Quilombolas e para o Ministério Público	
30/11/2007 a 16/12/2007	Prazo para ampla análise e consulta local a respeito da Instrução Normativa alterada	
10/12/2007, 9 horas	Reunião para apresentação dos fundamentos para a alteração da Instrução Normativa	a confirmar
17/12/2007, 9 horas	Reunião para ausculta às Comunidades Quilombolas	a confirmar

O próprio ofício reconhecia a dificuldade de cumprir o calendário apresentado pelo governo e o justificava pela necessidade de aprovar a nova norma ainda em 2007:

“é de fundamental importância contar com a colaboração de todos os destinatários deste convite, no sentido de atendimento ao cronograma em relevo, ainda que se trata de um calendário que exigirá grandes esforços, considerando a probabilidade de iniciar o ano de 2008 com novas perspectivas, a fim de que os conflitos deflagrados sejam efetivamente solucionados” [grifos nossos].¹⁹⁴

Enquanto o GT governamental pôde contar com quatro meses para produzir sua proposição de instrução normativa, a AGU concedia aos quilombolas um prazo inferior a um mês para apreciação da minuta.¹⁹⁵

Por outro lado, o governo não se propôs a garantir as condições para viabilizar a “*ampla análise e consulta local*” que, conforme especificado no ofício, deveria ocorrer no prazo de 17 dias ou tampouco a viabilizar a participação das representações quilombolas nas duas reuniões agendadas em Brasília.

¹⁹⁴ Ofício-circular 05/2007/CGU/AGU, do Consultor-Geral União, Ronaldo Jorge Araújo Viera Júnior, de 9/11/07.

¹⁹⁵ O GT iniciou os seus trabalhos em 25/07/07 e envolveu os seguintes órgãos e autarquias: Advocacia-Geral, Gabinete de Segurança Institucional, Secretaria Especial de Direitos Humanos, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, Subchefia de Assuntos Jurídicos, Ministério da Defesa, Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério da Justiça, Ministério do Meio Ambiente, Ministério do Planejamento, Secretaria de Patrimônio da União, Fundação Cultural Palmares, Fundação Nacional do Índio, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e Serviço Florestal Brasileiro, sob a coordenação do Consultor Geral da União – In: Despacho do Advogado Geral da União, Brasília 22 de agosto de 2008, publicado no Diário Oficial da União, Seção 1, página 12, em 19/09/2008.

No caso da 1ª reunião programada (dia 10 de dezembro), o governo tentou realizar a consulta com um grupo de quilombolas que se encontrava em Brasília para participar de reunião sobre outro tema e que não estava previamente informado dessa agenda “paralela”.

O procedimento do governo foi rechaçado pela Conaq e mais 24 organizações quilombolas em nota pública e em ofício encaminhado ao Consultor-Geral da União.¹⁹⁶ Não reconhecendo a legitimidade daquela convocatória, os quilombolas se recusaram a participar das reuniões. Diversas organizações não-governamentais também repudiaram a iniciativa do governo federal.

Foi em função desses protestos que o governo acabou por dar início a um diálogo com a Conaq para definição de uma proposta de consulta pública. Nessa etapa as negociações também foram pautadas pela urgência do governo.

Em fevereiro de 2007, a Conaq apresentou para a AGU sua proposta de plano para a consulta prévia nos seguintes termos:

“Que seja Constituído um GT composto por representantes de governo afetos à questão e representantes quilombolas para que seja estabelecida a coordenação do processo de Consulta;

Realizar um Seminário Nacional sobre os conflitos, entraves e perspectivas para a regularização fundiária das terras de quilombos, com a participação de organizações quilombolas, órgãos de governo, entidades parceiras e convidadas;

Realizar uma reunião com a Coordenação Nacional ampliada e o GT para a elaboração de um documento base (pré-proposta);

Realizar reuniões ampliadas das coordenações nos estados para socializar a pré-proposta e fazer um debate inicial;

¹⁹⁶ Carta encaminhada ao Consultor-Geral da União em 10/12/2007, assinada pela Conaq e mais 24 organizações quilombolas.

Realizar 2 plenárias regionais: (1) norte/nordeste; (2) sul/sudeste/centro oeste; para debater a pré-proposta;

Realizar uma reunião de trabalho para sistematização dos trabalhos obtidos nas plenárias regionais;

Realizar 2 audiências públicas nacionais: uma com as organizações quilombolas e o governo e outra mais ampla com quilombolas, parceiros e convidados.”¹⁹⁷

A proposta inicial da Conaq não foi acatada pelo GT Governamental. Mais uma vez a justificativa foi a urgência e as ameaças aos direitos quilombolas:

“Em análise do documento em relevo, apresentado por essa Coordenação, em 15 de fevereiro de 2008, o Grupo de Trabalho composto por Instituições do Governo Federal e autor de um novo texto para a Instrução Normativa nº 20, do Incra, decidiu dar acolhimento parcial à sugestão apresentada, considerando, especialmente, a premência de tempo para a conclusão dos trabalhos em andamento, e em decorrência de dois motivos especialmente relevantes: a iminência de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239 e a tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 44, na Câmara dos Deputados, ambos tendo como foco a invalidação do Decreto nº 4.887/2003” [grifos nossos].¹⁹⁸

É difícil compreender como a aprovação de uma norma interna do Incra iria repercutir no julgamento da ADIn pelo Supremo Tribunal Federal ou na tramitação do projeto de Decreto Legislativo, ambas iniciativas que questionam o Decreto 4.887/2003.¹⁹⁹ Mas não há dúvida que a argumentação, ainda que tortuosa, exerceu forte pressão junto aos quilombolas que discutiam o formato da consulta prévia.

¹⁹⁷ Conaq, “Pré-proposta do Movimento Quilombola para o Processo de Consulta sobre Alterações na IN 20”, fevereiro de 2008.

¹⁹⁸ Ofício 023/2008/CGU/AGU datado de 17/03/2008 dirigido à Conaq.

¹⁹⁹ O Decreto 4.887/2003 regulamenta o procedimento para identificação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Disponível em: <http://www.cpis.org.br/html/leis/fed14.htm>

Ao final das negociações, tendo em vista as restrições de prazo impostas pelo governo, a consulta prévia ficou reduzida a um único evento nacional em Luziânia que ocorreu entre os dias 15 e 17 de abril e reuniu cerca de 300 lideranças, 12 assessores indicados pela Conaq,²⁰⁰ a Coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal Geral da República e os integrantes do GT Governamental.

Falta de acesso à informação qualificada

Outro fator que comprometeu seriamente a consulta de abril foi a falta de acesso à informação prévia, imparcial e em linguagem didática sobre a minuta proposta pelo governo.

A maior parte dos quilombolas tomou conhecimento do texto da minuta na própria consulta. Não é concebível que num mesmo evento os quilombolas tenham acesso pela primeira vez a um texto de difícil compreensão e repleto de termos jurídicos e já tenham que se posicionar sobre os mesmos, sem oportunidade de uma maior reflexão e de consulta às suas bases.

A consulta deveria ter sido precedida de ampla divulgação da medida proposta pelo governo que incluísse tanto eventos presenciais como material explicativo em linguagem didática para ampla distribuição entre os quilombolas que, na sua grande maioria, não tem acesso a internet.

A divulgação prévia realizada pela Advocacia Geral da União limitou-se ao envio da minuta por correio eletrônico para a Conaq e lideranças, delegando aos quilombolas a responsabilidade de distribuir amplamente o texto.

A apresentação do texto na consulta pelo governo esteve longe de ser didática e muito menos isenta. Os assessores convidados pela Conaq para participar da consul-

200 Os assessores que acompanharam a consulta foram: André Araripe - Centro de Cultura Luís Freire de Pernambuco, Aniceto Castanheda - Centro de Cultura Negra do Maranhão, Cintia Beatriz Müller - pesquisadora do Núcleo de Antropologia e Cidadania/UFRGS, Fernando Prioste -Terra de Direitos, Gilsely Barreto, Gustavo Magnata - Dignitatis, Letícia Osório - Centre on House Rights and Evictions, Lúcia Andrade - Comissão-Pró Índio de São Paulo, Onir Araújo - Movimento Negro Unificado do Rio Grande do Sul, Roberto Rainha - Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, Rosa Peralta- Koinonia, Rosane Muniz - Balcão de Direitos/UFES.

ta realizaram um grande esforço para auxiliar os presentes na compreensão da proposta enfrentando as seriíssimas limitações de tempo e falta de recursos didáticos.

A falácia da decisão técnica

Apesar de todas as limitações descritas acima, foi possível aos quilombolas apresentar propostas concretas de alteração da minuta. A posição inicial dos quilombolas foi pela manutenção da IN Incra nº 20/2005. Uma vez evidenciado que o governo não reveria a sua decisão de substituir a atual norma, os quilombolas apresentaram propostas buscando resgatar conceitos e garantir direitos suprimidos na minuta governamental. No entanto, as principais proposições dos quilombolas não foram acolhidas pelos membros do GT Governamental.²⁰¹

O argumento utilizado pelos representantes do governo para não acatar as propostas quilombolas foram “razões de ordem técnicas”. Essa restrição falaciosa foi um dos grandes limites da consulta. Alegar impedimentos técnicos frente a um grupo de pessoas que não domina a linguagem e o conhecimento jurídico é um fator de constrangimento e cerceamento das possibilidades de negociação em busca do consenso.

Além disso, os técnicos do governo se outorgaram o poder da “interpretação técnica” e desconsideraram qualquer outra visão, inclusive a da representante do Ministério Público Federal presente ao evento.

O argumento é falacioso porque supõe a existência de uma “neutralidade técnica” para julgar as questões em debate – uma neutralidade, aliás, só reconhecida pelo governo nos técnicos governamentais e não nos assessores convidados pelos quilombolas.

O debate em pauta envolvia interpretações diversas do ponto de vista técnico ou jurídico, mas, sobretudo diferenças de posições políticas. Exemplo disso é a discussão que envolveu os quesitos do relatório antropológico que é peça do relatório de identificação do território a ser titulado. A rejeição ao novo modelo

²⁰¹ Entre as propostas dos quilombolas não acatadas pelo governo estavam: a exclusão da exigência do certificado da Fundação Quilombola como condição para início do processo de titulação (pois contraria o direito a auto-identificação); o emprego do termo território ao invés de terra para qualificar as áreas ocupadas pelas comunidades quilombolas; e a revisão dos quesitos do relatório de identificação dos territórios.

de relatório manifestada pelos quilombolas durante a consulta foi endossada em nota pública da Associação Brasileira de Antropologia (ABA),²⁰² que nos parece ser a instância técnica mais qualificada a opinar sobre o tema.

Entre outras ressalvas, o documento da ABA denunciou que na proposta apresentada pelo governo, “os relatórios antropológicos estão subordinados a critérios estranhos à disciplina, como no artigo 9º da proposta do GT Governamental”. No entanto, o GT Governamental – que, salvo engano, não contou com nenhum antropólogo – se considerou mais habilitado para definir o que era tecnicamente necessário e adequado para o relatório antropológico.

Quem decide não participou da consulta

Outro fator que comprometeu a consulta foi a ausência de representantes do governo que tivessem poder de decisão. Se da parte dos quilombolas, encontravam-se presentes importantes e representativas lideranças, para a representação governamental foram designados técnicos que desde o início do evento declararam que não tinham poder de decisão.

A matéria do sítio eletrônico da Advocacia Geral da União publicada logo após a consulta deixa clara essa limitação:

“O resultado das negociações será levado ao Presidente da República e aos Ministros de Estado, que decidirão pela preservação do texto original ou pela aceitação das propostas, acolhidas ou não no nível técnico, apresentadas pelas comunidades quilombolas.”²⁰³

Como construir um verdadeiro acordo sem a presença daqueles que, de fato, respondem pela medida administrativa em pauta? Se o objetivo da consulta é chegar a um acordo e construir consensos, nos parece essencial garantir o diálogo dos quilombolas com as esferas que têm o poder de decisão.

²⁰² Nota Pública assinada pelo então presidente da ABA, Luís Roberto Cardoso de Oliveira, Brasília, 29/04/08.

²⁰³ In: “Grupo de Trabalho coordenado pela AGU consulta representantes das comunidades quilombolas de todo o país”, 18/04/2008, www.agu.gov.br/noticias/inteiro_teor_noticias.asp?codconteudo=9320&codsecao=2

Assim, o Advogado Geral da União tomou sua decisão sobre as propostas dos quilombolas sem o diálogo direto com eles, mas a partir do relatório da consulta. Não houve sequer uma comunicação por parte do Advogado Geral da União específica e direta aos quilombolas sobre seu parecer. O despacho foi divulgado por meio de publicação no Diário Oficial da União – certamente um meio de informação pouco acessado pelos quilombolas.

Em seu despacho, o Advogado Geral da União não acatou as principais propostas dos quilombolas (já rejeitadas pelos técnicos do governo na consulta) alegando simplesmente “*não serem cabíveis as sugestões não acolhidas pelo GT no procedimento de consulta (3ª coluna do quadro comparativo)*,”²⁰⁴ sem qualquer justificativa de ordem “técnica” ou política.

A nova instrução foi assinada e publicada sem que fosse garantida a participação dos quilombolas no processo de apresentação dos resultados da consulta aos Ministros de Estado e a Presidência da República conforme reivindicado durante o evento. Perdeu-se, portanto, uma oportunidade de diálogo para construção de consensos e acordos e de se concretizar a primeira consulta livre, prévia e informada no Brasil.

²⁰⁴ Despacho do Advogado Geral da União de 22 de agosto de 2008, publicado no Diário Oficial da União, seção I, página 12, 19 de setembro de 2008.

Palestras e debate

MESA 3: O sistema de monitoramento da OIT e a participação cidadã

Moderadora

LÚCIA ANDRADE, coordenadora executiva da Comissão Pró-Índio de São Paulo (CPI-SP)

Palestras e palestrantes

“O sistema de acompanhamento e controle de implementação de convenções e normas internacionais da OIT.”

LÉLIO BENTES CORRÊA, ministro do Tribunal Superior do Trabalho,
Membro da Comissão de Peritos em Aplicação de Normas Internacionais da OIT

“Comunicação relativa a implementação dos direitos referentes a povos indígenas.”

AZELENE KAINGÁNG, liderança indígena e diretora do Warã Instituto Indígena Brasileiro

“Comunicação relativa a implementação dos direitos referentes aos povos quilombolas”

MARIA APARECIDA MENDES, liderança quilombola da Coordenação Nacional
de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ)

“A participação cidadã no sistema de monitoramento da OIT e o papel da CUT.”

FERNANDA CALDAS, representante da Direção Nacional
da Central Única dos Trabalhadores (CUT)

LÚCIA ANDRADE (CPI-SP)

O tema desta mesa é “O sistema de monitoramento da OIT e a participação cidadã”, temos aqui o Ministro. Lélío Bentes do Tribunal Superior do Trabalho, que é membro da Comissão de Peritos da OIT, a Maria Aparecida Mendes, que é da Conaq, Fernanda Caldas, representando a CUT nacional e a Azelene Kaingáng, do Instituto Warã.

Começaremos com o Min. Lélío e depois as companheiras vão relatar a comunicação que a sociedade civil brasileira, representadas nas organizações

indígenas e quilombolas apresentaram à OIT em setembro desse ano, sobre o cumprimento da Convenção 169.

O sistema de acompanhamento e controle de implementação de convenções e normas internacionais da OIT

LÉLIO BENTES CORRÊA (perito da OIT)

Eu ingressei na Comissão de Peritos da OIT em 2006, muito recentemente, portanto, estou concluindo neste ano meu primeiro mandato, e tive o privilégio, embora por uma questão acidental, de ter ficado incumbido exatamente do exame da Convenção 169 nesses dois anos em que tive oportunidade de participar daquela reunião, e devo dizer que a oportunidade de ouvir ontem os debates ocorridos nesse seminário foi sem dúvida da maior importância. Debates muito esclarecedores que praticamente esgotaram os temas mais relevantes, mais controvertidos, e que por isso me eximo até de voltar àquelas discussões no marco conceitual.

O que eu me proponho a fazer é descrever um pouco o sistema de concepção de normas e monitoramento da OIT, e explorar as oportunidades e as limitações desse sistema, para posteriormente passar ao exame de três ou quatro casos práticos, se o tempo nos permitir.

Inicialmente, quanto à estrutura da própria Organização Internacional do Trabalho, dando uma brevíssima notícia, a OIT é o único organismo das Nações Unidas que já nasceu com a participação da sociedade civil, porque é um organismo tripartite. Na verdade, como ressaltou o Roberto Caldas ontem, é um organismo das Nações Unidas mais antigo que o próprio sistema das Nações Unidas, porque foi criada em 1919, na época as Nações Unidas ainda não existiam, o que existia era a Liga das Nações, que sucumbiu diante da Segunda Guerra Mundial, ou seja, a Segunda Guerra deixou claro que a estrutura aplicada à Liga das Nações era muito mais uma organização dos vencedores para manter os vencidos sob controle, do que propriamente um fórum internacional, essa estrutura se tornou obsoleta e acabou sendo extinta. Mas a OIT, exatamente pela influência da sociedade civil, pela participação de trabalhadores e empregadores como seus constituintes fundamentais, teve o privilégio de se reinventar.

Em 1944, um ano antes da criação das Nações Unidas, a OIT adotou a Declaração da Filadélfia, que é uma emenda constitucional que muda radicalmente os objetivos da instituição. A Declaração da Filadélfia afirma, por exemplo, que o trabalho não é uma mercadoria, e que portanto o ser humano não é um objeto, essa é a linha filosófica fundamental inaugurada com a Declaração da Filadélfia, que passa a orientar toda a atuação da OIT.

Hoje a OIT é composta de 180 Estados-membros, que se reúnem em Assembléia Geral, denominada Conferência Internacional do Trabalho, todos os anos, na cidade de Genebra, nessas reuniões, os governos são representados por dois delegados, os trabalhadores por um delegado e os empregadores por um delegado, para que haja uma paridade de votos entre os três constituintes fundamentais da OIT. Cada país encaminha uma delegação composta por dois representantes governamentais, um de trabalhadores e um de empregadores, com direito a voto, e mais uma quantidade de assistentes técnicos, que auxiliam essas delegações na elaboração das suas posições diante dos temas propostos.

É na Conferência Internacional do Trabalho que se discute a adoção das normas da OIT, e essas normas são aprovadas pelo voto majoritário em Assembléia Geral. Mas essa Conferência se divide também em grupos de trabalho, grupos que discutem propostas as mais diversas, como propostas de convenções internacionais, propostas de declarações, e ainda um grupo muito especial, que é a Comissão de Normas, que examina casos de possível infração às obrigações contidas em convenções ratificadas pelos países.

Em 1926, a OIT se deu conta de que não era possível, no período de duas semanas, lidar com volume crescente de denúncias que surgiam de violações daquelas normas internacionais e resolveu, experimentalmente, constituir uma Comissão de Peritos, que faria um estudo prévio a ser encaminhado à Comissão de Normas como embasamento para suas discussões, essa experiência, ocorrida em 1926, parece ter sido bem-sucedida, até pelo fato de já durar oitenta e dois anos.

Além da Conferência Internacional do Trabalho, a OIT tem também um Conselho de Administração, que é justamente a reunião de que está participando o Sérgio Paixão, que não pôde estar aqui hoje, esse Conselho de Administração reúne 28 re-

representantes governamentais, 14 de trabalhadores e 14 de empregadores. Então esses 56 representantes dos constituintes da OIT se reúnem três vezes por ano, exatamente para dar seguimento àquelas deliberações da Conferência Internacional do Trabalho. E além disso, a OIT conta ainda com um Escritório Internacional do Trabalho, um corpo de funcionários com status de agentes diplomáticos, que traduz em ações práticas aquelas deliberações da Conferência e do Conselho de Administração.

A OIT aprovou até o momento 188 convenções, das quais 158 ainda estão em vigor, mas num determinado momento se concluiu que esse número de convenções era um número que talvez induzisse certa dispersão, embora todos os temas fossem igualmente relevantes, mas havia certa dificuldade na priorização das ações a serem implementadas pelos países quanto às convenções da OIT.

E foi assim que, em 1998, a OIT adotou a Declaração dos Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho, que estabelece que todo e qualquer país, pela sua exclusiva condição de membro da OIT, tem a obrigação de respeitar quatro princípios fundamentais, a saber: liberdade de associação e negociação coletiva; eliminação de todas as formas de discriminação no trabalho e de acesso ao trabalho; erradicação do trabalho infantil; e eliminação do trabalho escravo. A esses quatro princípios correspondem oito convenções, que são então consideradas as convenções fundamentais da OIT.

Além dessas oito convenções, a OIT também trata como convenções prioritárias outras quatro, relativas à inspeção do trabalho, porque, de fato, sem garantir a inspeção não há sentido em assegurar direitos proclamados nas convenções; a Convenção sobre Consulta Tripartite, porque é princípio básico da OIT que as decisões sobre trabalho adotadas no âmbito dos países devem resultar de diálogo social, deve haver uma troca de idéias e de visões entre trabalhadores, empregadores e governo – me perdoem se insisto nessa tríade, mas esse é o núcleo constitucional da OIT–; e a Convenção sobre Política de Emprego, de 1964. Essas quatro convenções recebem tratamento prioritário, o que não quer dizer que outras convenções não tenham importância equivalente, e aqui adentra um tema que tem sido discutido, muito recentemente, na OIT e nas próprias Nações Unidas, no tocante ao reconhecimento das normas da OIT como normas de direitos humanos.

Parece haver um razoável consenso em torno da idéia de que as oito convenções fundamentais são normas de direitos humanos, até porque esses valores a que me referi, proteção contra a escravidão, proteção contra a exploração econômica das crianças, igualdade e por último, liberdade de expressão e de associação, são valores já consagrados nas normas das Nações Unidas, valores a que se reconhece até o caráter de direito costumeiro internacional. Ontem ouvi um questionamento a esse respeito, o direito costumeiro internacional é aquele que se reconhece como um valor que permeia todas as culturas do mundo, e essas normas inegavelmente se relacionam com valores dessa natureza e por isso, eu digo que há um razoável consenso porque não há uma unanimidade em torno da idéia, tendem a ser reconhecidas como normas definidoras de direitos humanos, mas isso quer dizer que não há outras normas da OIT definidoras de direitos humanos? Obviamente não, e eu invoco dois exemplos, a Convenção 158, que define a vedação da demissão arbitrária, ou seja, aquela despedida do empregado sem nenhuma justificativa, é uma Convenção definidora de direitos humanos, porque resgata primeiro, um nível de civilidade nas relações de emprego, que já está consagrada há muito tempo por exemplo, nas relações de locação: é proibida a denúncia vazia, no Direito do Trabalho brasileiro permite-se a denúncia vazia do contrato de trabalho, com um agravante: o trabalhador depende daquela relação para sua própria sobrevivência e de sua família, então se trata de um imperativo sim de dignidade do ser humano.

E obviamente a Convenção 169, por seu próprio conteúdo, é a própria Convenção quem refere a natureza fundamental dos direitos ali reconhecidos e no artigo 8, Inciso 2º, afirma que aos povos deve ser reconhecido o direito de manter seus próprios costumes e instituições, onde esses direitos fundamentais não sejam incompatíveis com outros direitos fundamentais e direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Ora, daqui se extrai claramente a natureza de direitos humanos que se atribui a esta Convenção: suas disposições não devem prejudicar outros direitos humanos universalmente reconhecidos.

Mas todo esse aparato, essas reuniões, essas discussões resultariam em absolutamente nada se não houvesse um mecanismo de controle, de seguimento, não apenas da adoção mas da efetiva implementação das suas disposições no plano

local, no plano material. E é por isso que OIT atribui à Comissão de Normas da Conferência, e aqui esclareço que essa Comissão de Normas da Conferência é uma comissão tripartite, portanto, quem dará a palavra final quanto ao possível descumprimento de uma norma da OIT serão os próprios trabalhadores, empregadores e governos representados na Comissão de Normas, mas como já disse, um trabalho precedido por um estudo da Comissão de Peritos, e o que é a Comissão de Peritos da OIT? É um grupo de especialistas independentes, ou seja, não têm vinculação com governos, trabalhadores nem empregadores, recrutados pela própria OIT, é o diretor-geral da OIT quem apresenta o nome ao Conselho e Administração, e uma vez aprovado o nome pelo Conselho, inicia-se um mandato de três anos. Esse mandato é renovável, não há limitações na Constituição da OIT quanto ao número de mandatos que um perito pode exercer, mas há um acordo de cavalheiros e damas na Comissão de Peritos – até porque temos hoje praticamente 50% de peritas no nosso grupo– no sentido de que após a quarta recondução, o perito deverá renunciar ao seu mandato, então na prática, o período máximo de permanência de um perito será de quinze anos. Mas, insisto, a cada três anos, os constituintes da OIT têm a oportunidade de rever a atuação daquele perito específico, e se for o caso, se opor à renovação do seu mandato.

Esses peritos procuram representar a diversidade geográfica e de sistemas legais do mundo, nós temos hoje na Comissão de Peritos, para nossa felicidade, dois juízes da Corte Internacional de Justiça de Haia, um do Senegal, que toma posse agora em 2008, e outro de Serra Leoa, nós temos juízes de supremas cortes do Reino Unido, da Austrália, das Bahamas, da Índia e da América Latina temos três peritos, dois professores universitários, um argentino e uma mexicana, e eu na qualidade de juiz do Trabalho. O que se procura com essa mescla de experiências e de sistemas jurídicos diversos e de visões de mundo diferentes, é alcançar realmente uma visão global sobre a melhor forma de implementar as convenções da OIT, e esse objetivo é perseguido à exaustão, na literal acepção da palavra, acreditem.

As nossas reuniões ocorrem entre os meses de novembro e dezembro por duas semanas, em Genebra, e eu tenho certeza absoluta que isso é feito de propósito porque o frio já começa a incomodar e chove todos os dias, então não há

qualquer possibilidade de distração, os peritos trabalham 24 horas por dia, até porque não há mais nada para se fazer.

Por regra costumeira da Comissão de Peritos, embora exista a possibilidade de registro de um voto divergente, as decisões, desde a década de 60 têm sido adotadas por consenso, o que não quer dizer unanimidade, ou seja, diante de um visão diferente sobre determinado dispositivo das convenções, inicia-se um debate sem previsão de horário para terminar, até que todos os peritos do grupo concluam que aquela posição alcançada seja a que melhor expressa o pensamento médio, logo, nenhum dos peritos, vamos dizer assim, que originalmente lançou a discussão sairá 100% satisfeito, mas aquela será a posição possível de se alcançar naquele momento.

E isso tem uma razão de ser, é que a Constituição da OIT prevê que na adoção das normas deverá ter-se em conta o critério da viabilidade, ou seja, essas normas devem ser aplicáveis ou ratificáveis pelos Estados Unidos da América, pela China, pelo Brasil, por Botsuana, pela Polônia, pela Bulgária, por Moçambique, ou seja, as normas precisam levar em consideração, desde a sua concepção, realidades diversas e possibilidades diversas para a efetiva implementação. Assim, na aplicação dessas normas, a Comissão de Peritos deve também ter em conta essas diversidades sem transigir, contudo, naquilo que essas normas têm de fundamental.

Quanto ao produto final do trabalho da Comissão de Peritos, a Dra. Fernanda havia referido aqui à Lúcia que o resultado é um livrinho, esse é o primeiro volume do ano de 2008, são dois volumes deste, mais um volume consistente num estudo geral. E esse estudo geral é da maior importância para a OIT.

Os países têm, sob a égide do artigo 19 da Constituição da OIT, a obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre as convenções, inclusive não ratificadas. A OIT pode pedir aos países que forneçam informações sobre o estágio de observância, ou o estágio de desenvolvimento da legislação nacional, em tese mas também na prática, quanto a normas não ratificadas, e essa deliberação compete ao Conselho de Administração.

Uma vez solicitadas essas memórias, elas são encaminhadas à Comissão de Peritos que nas horas vagas, enquanto não está trabalhando nesse documento, prepara um estudo geral, que busca dar uma visão ampla do estado da arte da implementa-

ção de determinado direito, de determinada norma em todos os países do mundo.

O último estudo geral da OIT foi sobre contratações no âmbito do serviço público, a famosa terceirização, a OIT tem uma convenção que prevê que o Estado não pode ser um elemento de precarização das relações de trabalho, então quando contrata com terceiro deve fazê-lo pelo mais alto padrão em vigor no mercado, e não o contrário, sob pena de forçar para baixo, promover uma corrida para o fundo, como chamam os norte-americanos, em relação às garantias dos trabalhadores.

E aqui fica já uma, não tenho status para fazer qualquer proposta nesse evento, mas fica uma indagação, uma perplexidade: até o momento não foi produzido um estudo geral da OIT sobre populações indígenas e tribais, a Convenção 169. Podem as organizações propor à OIT uma atividade como essa? Por princípio, em termos constitucionais me parece que não, mas nós temos as organizações de trabalhadores, de empregadores lá representadas, preocupadas com essa situação, que podem muito bem começar um trabalho de conscientização, de chamada, de tomada de consciência quanto à necessidade de um documento nesse sentido. O penúltimo estudo geral foi o quarto sobre trabalho forçado, já tivemos quatro e até o momento nenhum sobre populações indígenas e tribais.

Podem ainda as organizações de trabalhadores e empregadores oferecer reclamações sobre o descumprimento de normas internacionais ratificadas, exceção apenas às normas relativas à liberdade sindical, que não precisam nem de ratificação para viabilizar a denúncia. E podem ainda os países-membros da OIT que tenham ratificado específico convênio, oferecer queixa por descumprimento por outro país daquelas mesmas condições. É bem verdade que os casos de reclamações oferecidas por organizações de empregadores e trabalhadores são, de longe, muito mais frequentes do que queixas oferecidas por estados-membros, por razões óbvias: quem tem telhado de vidro não joga pedra para cima; de um modo geral, recebem-se mais reclamações do que queixas.

Agora, no trabalho da Comissão de Peritos levam-se em conta os informes oferecidos pelos estados-membros, acompanhados, infelizmente ainda não muito freqüentemente, mas cada vez mais, por comentários de organizações de trabalhadores e de empregadores, o Estado tem a obrigação de informar as organizações

representativas de trabalhadores e empregadores, do recebimento de um convite pela OIT para apresentar seu relatório sobre determinada convenção ou grupo de convenções, mas por via das dúvidas, a OIT disponibiliza no seu sítio na internet as convenções que serão objeto de exame num determinado ano, as convenções que o Estado tem a obrigação de apresentar memória nos próximos dois anos, e aquelas memórias pendentes e ainda não recebidas dos respectivos Estados, tudo isso é informação pública e pode ser obtida diretamente da internet.

Então, qualquer organização de trabalhadores e de empregadores, ou organismo da sociedade civil, qualquer cidadão pode ir lá e constatar quais serão os temas que serão objeto de informes e buscar, por intermédio das organizações de trabalhadores e de empregadores ou do próprio governo, encaminhar ou fazer chegar à Comissão de Peritos as suas opiniões. Eu ressalto, essa providência é da maior importância, porque muitas vezes a Comissão de Peritos trava um diálogo, vamos dizer, abstrato, descolado da realidade com o governo, exclusivamente com o governo, e situações muito curiosas acontecem.

Eu vou dar um exemplo, não tem muito a ver com nosso objeto aqui mas, um determinado governo europeu proibia o acesso de mulheres às Forças Armadas, a Comissão de Peritos fez uma observação, a Comissão de Normas respaldou essa observação, e iniciou-se então um diálogo com o governo respectivo, depois de muitos anos de conversa, concluiu-se pela adoção de uma política de cotas, e estabeleceu-se uma cota de 20% para mulheres nas Forças Armadas. A política de cotas é importante no estágio inicial, porque ela introduz um elemento novo, ela quebra um paradigma, mas a partir de um determinado momento ela começa a funcionar como um limitador, e a Comissão de Peritos então, passados alguns anos alertou o governo para essa nova realidade, e o governo se irritou profundamente “o que vocês querem afinal? Era proibido, agora 20%, agora quer que acabe com os 20%”, e após uma série de conversas duras, o governo informou “abolimos a política de cotas, o acesso às Forças Armadas no nosso país é livre para qualquer homem ou mulher, desde que tenham 1,85 m e pesem 90 kg”. Claro, nesse caso nós tivemos condições de identificar ali a óbvia discriminação indireta que se praticava, mas muitas vezes esse contato com a realidade vem das informações de trabalhadores e empregadores,

vem das organizações da sociedade civil que se manifestam, seja por intermédio dessas organizações, seja até diretamente.

E aqui eu faço um parêntesis, eu conversava sobre isso ainda agora, a Convenção 169 de fato é uma Convenção *sui generis* no universo da OIT, ela reconhece às populações indígenas um status diferenciado e foge até à regra do tripartis mo, tanto que determina que as consultas sejam feitas com as populações ou suas organizações representativas ou seus representantes individualmente, ora, seria razoável, em tese, nesse contexto, admitir que essas organizações têm status, no tocante à Convenção 169 para oferecer as suas opiniões diretamente. Agora, como eu sou juiz e os juízes adoram encontrar óbices de natureza formal para não entrar no mérito das questões, sobretudo quando elas são controvertidas, faz muito sentido que esses comentários sejam encaminhados sim, juntamente com os comentários das organizações de trabalhadores ou de empregadores, ou do próprio governo. Faz sentido, evita, previne uma discussão que poderia surgir, não sei, nunca surgiu, mas reafirmo que, em tese, consideradas as disposições da OIT, eu não vislumbraria uma quebra do princípio fundamental do tripartis mo o recebimento de comentários pela OIT, emanados das próprias populações indígenas.

Imaginem a seguinte situação: um país onde o próprio movimento sindical esteja em estado de sítio, nós temos países da América Latina em que a média de assassinatos de líderes sindicais é de 60 por ano, como exigir que essas comunidades se manifestem por intermédio do movimento sindical, se nem o movimento sindical consegue garantir a sua própria integridade? E acrescento a isso a circunstância de que as Nações Unidas têm reconhecido status consultivo a um número enorme, mais de mil, organizações não-governamentais. Isso não ocorre na OIT, insisto, por força do princípio do tripartis mo, que é muito valorizado naquela instituição e é mesmo um princípio importante, e as organizações de trabalhadores e de empregadores têm entendido, juntamente com os governos, que a sociedade civil está bem representada por seu intermédio naquele fórum.

Agora, já caminhando para concluir, quais os limites dessa atuação da Comissão de Peritos? É lógico que há limites, e os limites decorrem da própria natureza dos instrumentos com que contam para assegurar a implementação, a

OIT não tem poder coercitivo sobre os Estados-membros, as opiniões da Comissão de Peritos não são vinculantes, mas por outro lado, têm sido utilizadas em alguns casos, como fonte formal de direito. É o caso de uma decisão recente da Suprema Corte da Argentina, embora as conseqüências não tenham sido aquelas desejadas, porque a Corte Suprema entendeu que não poderia interpretar uma norma internacional de forma diferente daquela interpretação ditada pela Comissão de Peritos, e por isso, diminuiu o nível de proteção até que chegasse aquele nível de garantia ditada pela Comissão de Peritos, na verdade, a Constituição da OIT diz o contrário, que prevalece a norma mais favorável, mas o princípio ficou consagrado.

Há casos referidos, eu ainda não tive a oportunidade de confirmar, porque tive essa notícia no curso dessa semana, que evidenciam uma preocupação de outros organismos internacionais com a implementação de normas fundamentais do trabalho. Isso já é uma realidade no Banco Mundial, ontem foi referido que até a concessão de empréstimos tem levado em consideração esses critérios de efetivo respeito às normas assecuratórias de direitos humanos, mas alguns autores começam a vislumbrar essa tendência nos painéis da Organização Mundial do Comércio. Isso seria um avanço extraordinário, embora eu seja um pouco cético, porque me parece que a finalidade da Organização Mundial do Comércio é exatamente o contrário, a finalidade é promover o comércio internacional e a globalização, que como estamos vendo agora, é mais pródiga em globalizar os prejuízos do que os resultados positivos.

Mas o próprio linguajar da Comissão de Peritos é um linguajar que, para quem milita na área jurídica, é um pouco curioso, a Comissão de Peritos não condena, ela “nota com preocupação”, ela não absolve, ela “nota com satisfação”. Mas a verdade é que, a despeito dessa crítica que se faz às chamadas sanções morais que o Sistema Internacional impõe porque muito fracas, foram registrados desde 1964, quando se começou a tomar nota dos resultados práticos dos diálogos da Comissão de Peritos com os países, 2300 casos de progresso, ou seja, casos em que a legislação foi alterada a partir de provocações que começaram na Comissão de Peritos, por sua vez provocados que foram pelos constituintes da OIT. E eu acabei de ter a notícia aqui, conversando com os representantes, dois advogados

equatorianos, que me informam que a nova Constituição equatoriana prevê um mecanismo judicial para exigir a efetiva implementação das recomendações de organizações internacionais, isso me parece também bastante interessante. E aqui nós temos juristas como a Dra. Ella Vieco, que além de grande procuradora geral da república, comprometida com os direitos fundamentais, e com grande respeitabilidade em todo cenário político nacional. Dra. Ella, esse caminho trilhado pelo Equador, talvez valesse a pena ser estudado e refletido para quem sabe, nos servisse de inspiração para um modelo similar.

Eu gostaria muito rapidamente de mencionar que apesar de as opiniões da Comissão de Peritos não terem caráter vinculante, esse número a que me referi de casos, um número substancial de casos de progresso já foi registrado, e a Comissão de Peritos, embora timidamente começa a tocar em pontos sensíveis da questão, inclusive veiculados aqui, na nossa conversa de ontem.

Nos comentários de 2008, a Comissão de Peritos no caso da Colômbia, em que denunciada a ação de grupos paramilitares, em desfavor de comunidades de descendência africana na Colômbia, —ontem se questionava a situação dos quilombolas— temos um parecer específico da Comissão de Peritos sobre comunidades de ascendência africana na Colômbia, que a Comissão de Peritos considerou sob a proteção da Convenção 169, a presença de ações paramilitares com ameaças de limpeza étnica, e o fenômeno da perseguição judicial, qualquer um que denuncie essas ameaças a um promotor ou a um juiz, torna-se imediatamente réu numa ação penal, os próprios meios institucionais reforçam a perseguição a essas comunidades, isso é o que contém a denúncia. A OIT, embora não se tratasse de ano de relatórios para essa Convenção, entendeu que o caso era de tamanha gravidade que resolveu publicar uma observação, concitando o governo da Colômbia à imediata adoção de medidas que garantam a vida e a integridade física e moral dessas comunidades.

Outro caso interessante é o do México, em face de denúncias de vasectomias praticadas em homens indígenas e dispositivos intra-uterinos colocados em mulheres indígenas, como meio de controle de natalidade, sem o consentimento livre e devidamente informado dessas comunidades. A OIT também ressalta que a

esterilização forçada constitui uma séria violação da Convenção, especificamente em seus artigos 2º e 3º, que prevêem a necessidade de respeito à integridade das populações indígenas e seus direitos.

E por último, o caso do Paraguai, aqui e se debateu vivamente a questão da consulta, no caso do Paraguai o que se tem é a adoção de uma legislação relativa às comunidades indígenas, após seminários, entrevistas pessoais, encontros com as comunidades, foi realizada inclusive uma conferência dos povos indígenas, mas sem submissão das conclusões finais, que foram finalmente transportadas à lei, a esses mesmos povos indígenas. A OIT conclui que é necessário o envolvimento de governo e comunidades indígenas em um diálogo genuíno, em relação aos temas que lhe digam respeito, visando ao desenvolvimento de instrumentos includentes, que contribuam para a redução da tensão e o incremento da coesão social, e reputa correto o veto, introduzido na legislação pelo governo a pedido das comunidades indígenas, por falta de consulta. Aqui se perguntou ontem: essa consulta deveria preceder também a adoção de legislação? Essa opinião da Comissão de Peritos inequivocamente ampara esse entendimento.

Perguntas: para o perito da OIT, ministro Lélio Bentes

GIROLAMO TRECANI (UFPA e Iterpa)

Parece-me que tem um dado consolidado para todos nós aqui, que o governo brasileiro reconhece que a Convenção 169 se aplica a quilombolas, e reconhece formalmente na Instrução Normativa 49 a partir de que momento que se faz o processo de consulta, que se realizou ao longo desse ano.

Talvez no Brasil só os Democratas não perceberam que está em vigor esta Convenção, e pretendem não aplicá-la, conforme aparece na ADIN que apresentaram no Supremo dois anos atrás. Portanto, se é consenso que o governo brasileiro reconhece formalmente que isso se aplica, parece-me também que é consenso aqui nesta sala, que está havendo um desrespeito a esta Convenção a partir do momento em que o processo de consulta não foi uma verdadeira consulta, como possivelmente daqui a pouco vai ser colocado, processo que pode ser qualificado de uma farsa, mas que de qualquer maneira não atendeu ao desejado.

Aqui me parece que se colocam duas situações, primeiro, eu gostaria que o senhor aprofundasse um pouco mais, mecanismos de verificação, até que ponto, por exemplo, com certeza o governo brasileiro como fez, e isso me incomodou bastante, no dia em que foi publicada a Instrução Normativa 49, “A Voz do Brasil” chegou a noticiar da seguinte maneira “a Instrução é fruto de um amplo debate com os quilombolas, trezentas lideranças foram ouvidas”, bom, se ouvir é fazer aquilo que foi feito... “até que ponto, efetivamente, os peritos podem dizer que o que foi feito não é exatamente o que está previsto na Instrução”? Segundo, como funcionaria uma denúncia? Só a CUT que tem assento, ou outros além de uma comunicação poderiam fazer uma denúncia formal de descumprimento da Convenção? Por último, gostaria de entender melhor quais são as punições possíveis caso efetivamente a OIT reconheça que houve quebra desta norma?

DIVA (quilombolas de SP)

Eu vejo que realmente o governo brasileiro está deixando a desejar, a presença dos quilombos nesse trabalho. O governo vem investindo na agricultura familiar, dos que trabalham realmente na terra, e os quilombolas trabalham na terra, e aqui se tratando de trabalho, eu não poderia deixar de estar levantando essa questão, ele investe no trabalho dos quilombolas na terra, e eu vejo que os quilombos não fazem parte dessa Convenção da OIT, que seria um meio de eles estarem cobrando, talvez. O que eu queria deixar aqui, não sei como, mas através da Conaq quem sabe, fazer um trabalho, uma reivindicação, não sei, que possa estar incluindo os quilombos na OIT.

ANA MANUELA OCHOA (Colômbia Onic)

O senhor disse que na tomada de decisões não havia uma satisfação 100% completa para as partes, e eu me perguntava, se alguém faz uma análise com justiça, alguém teria que ficar satisfeito, estou perguntando por que não há alguém que fique satisfeito, e me perguntava também se há uma busca, como ontem concluímos, se há uma solução intermediária, uma fórmula intermediária para as pessoas.

Também tenho a preocupação, há um rumor na Colômbia um pouco triste de que o Estado colombiano quer denunciar a Convenção 169 à OIT, ou que já o

denunciou, e não sabemos, não pudemos acessar a informação se isso aconteceu. Eu queria saber se um Estado, sem haver cumprido de alguma maneira com os requisitos de proteção estabelecidos, pode denunciar com facilidade, ou se tem que cumprir algum requerimento para denunciar uma convenção como a Convenção 169. E também fiquei com a preocupação de que o senhor dizia que as consultas podem ser feitas com representantes individualmente, creio que há consenso, entre os descendentes de africanos e os indígenas, que se esse é um direito coletivo, tem que se fazer com a autoridade representativa e de forma coletiva, não se pode fazer com pessoas individuais, creio que foi um pouco a luta.

LÉLIO BENTES (perito OIT)

Quanto às indagações do Gerônimo: legitimidade para reclamar, para oferecer reclamações formais à OIT, essa legitimidade, por definição constitucional é das organizações de trabalhadores e de empregadores, não só da CUT, qualquer organização representativa de trabalhadores e de empregadores, o que eu mencionava é que os informes, complementares ao informe governamental, podem e devem ser acompanhados de comentários das organizações constituintes, mas seria muito importante que viessem também respaldados em elementos trazidos pela sociedade civil.

E no caso específico da Convenção 169, como de algumas outras convenções da OIT, eu particularmente não veria problema, de ordem formal, em tomar em consideração também outras informações de outras origens, até porque eu esqueci de ressaltar isso, os peritos podem, são livres para buscar os seus próprios meios colher informações, nós nos valemos muito das informações que estão na internet para traçar um quadro real, o mais realista da situação, mas de fato, para propor reclamações, deve ser feito por intermédio das organizações de trabalhadores e empregadores, ou no caso, em queixas do governo.

Tomada de posição da Comissão de Peritos sobre a validade da consulta, parece-me que isso dever ser um processo desenvolvido na base de cada caso, com as informações recebidas e o questionamento lançado sobre a validade da consulta, aí sim nós podemos começar a construir um entendimento acerca do que significa exatamente, ou do que significa nesse momento histórico, sociológico,

antropológico, a definição do direito à consulta. Mas insisto, o estudo geral seria uma ótima oportunidade para questionamentos dessa natureza, porque se a OIT for preparar um estudo geral, ela necessariamente terá que enfrentar essa questão: afinal, em que consiste o direito à consulta? Mas ressalto, como nós vimos no exemplo do Paraguai, que o comentário que evidencia a tendência da Comissão, nesse momento, é bastante esclarecedor quanto a necessidade de consulta prévia à adoção de legislação que diga respeito aos interesses das populações indígenas.

No tocante às punições, esse é um tema que se discute reiteradamente na OIT, de fato as sanções que a OIT tem a possibilidade de impor são sanções, na maioria das vezes, de ordem moral, mas não pensem que por isso elas são menos efetivas. Para que se tenha uma idéia, e a Dra. Ella certamente vai se recordar disso, o Brasil reconheceu a existência de trabalho escravo porque o sindicato dos inspetores do trabalho do Rio Grande do Sul formulou uma denúncia à OIT, e para não ter que comparecer publicamente perante a Comissão de Normas da Conferência, com ampla visibilidade internacional e justificar o injustificável, o Brasil reconheceu que tinha trabalho escravo, ou trabalho forçado, como prefere a OIT.

A sanção máxima prevista pela OIT é colocada de forma muito curiosa, ela diz assim: em casos de não cumprimento das recomendações da Comissão de Normas, de grave violação das normas internacionais, de completo desprezo pelas decisões do Conselho de Administração, poderá o Conselho adotar as providências que entender cabíveis, com o fim de compelir, ou de conduzir o Estado-membro à observância de suas recomendações, ou seja, na verdade disse tudo e não disse nada. Na prática qual foi a atitude mais radical adotada até o momento pelo Conselho de Administração da OIT? Data da época do apartheid, foi adotada em relação à África do Sul, quando o Conselho de Administração da OIT exortou todos os países-membros daquela organização a rever as suas relações diplomáticas e comerciais com a África do Sul, é uma mera exortação, mas tem um potencial.

Agora, existe ainda a possibilidade, em último caso, de encaminhamento da questão à Corte Internacional de Justiça em Haia, que essa sim tem o poder de proferir uma decisão vinculante. E existe, em fase de tramitação na OIT, uma emenda que autorizaria a OIT a excluir dos seus quadros o país que violasse rei-

teradamente as suas convenções, essa emenda ainda não foi implementada, ela necessita da ratificação de pelo menos três quintos dos membros da OIT e 50% dos membros permanentes, isso equivaleria a cinco dos membros permanentes, o Brasil é um deles.

Mas o problema está aí, expulsar um país-membro da OIT ajuda ou piora? E aí eu me permito ir à questão ressaltada pela Ana Manuela, quando se encontra uma solução de consenso, ela não será necessariamente a mais justa, com toda certeza. Mas o objetivo é justamente manter o processo de diálogo aberto, a fim de trazer a efetiva observância daquela norma àquele determinado país. Nós poderíamos em tese assumir uma atitude condenatória radical, e com isso provavelmente, e é o que acontece na maior parte das vezes, o país adotaria a atitude que a senhora refere que estaria sendo cogitada na Colômbia, que seria a denúncia da Convenção.

O que não quer dizer por si só que se deva então permitir que os países observem ou não, a seu bel-prazer as convenções, busca-se construir um entendimento que permita um progresso e uma evolução constantes. É verdade, para nós da área jurídica é muito frustrante, eu tenho que reconhecer, mas é também um aprendizado de se buscar dar consideração a peculiaridades de ordem econômica, cultural, conjuntural de determinados países. Há casos, e a maioria deles, em que o que o país precisa é de assistência técnica e não de sanções, e essa tem sido até agora a filosofia da OIT. Mas eu ressalto, sob o aspecto da efetiva implementação, inclusive com conseqüências de ordem penal e de responsabilidade civil para o Estado, a atuação das cortes regionais de direitos humanos e do próprio judiciário nacional é fundamental. Nesse sentido a OIT tem um projeto muito interessante de troca de experiências entre juízes de diversas partes do mundo, decisões importantes para a implementação dessas normas têm sido divulgadas, para que esses juízes possam se sentir menos sozinhos na luta pela implementação desses direitos fundamentais.

Quanto ao procedimento de denúncia, qual a limitação? A denúncia, embora isso tenha sido discutido na Suprema Corte brasileira, mas em princípio e sob a ótica do direito internacional, é um ato de soberania do Estado, e o que discute

no Brasil, só para informar, é se esse ato precisa ser precedido de uma autorização do Congresso Nacional, porque se a ratificação necessita de uma autorização, por que a denúncia não necessitaria também? Mas sob a ótica da OIT é um tema *interna corporis*, depende da legislação de cada país.

O que a OIT prevê é que as suas convenções não poderão ser denunciadas senão em ciclos, que nós chamamos de janelas, que se abrem a cada dez anos. Então, contados dez anos da vigência inicial da convenção, abre-se uma janela de um ano para denúncia. Mas há ainda uma outra limitação importante, que dependerá do fato de o país específico ter ou não ratificado a convenção. Sobre consulta tripartite, que é a Convenção 144 de 1976, dispõe essa convenção que os atos relacionados com a adoção ou denúncia de normas internacionais, dependem de consulta prévia a trabalhadores e empregadores, essa é uma importante limitação, que precisa ser levada em consideração nessas hipóteses.

E por fim, com relação à Diva, no tocante à proposta apresentada em relação aos quilombos, eu estou plenamente de acordo, embora a Comissão de Peritos já tenha se manifestado sobre a proteção de uma comunidade afro-descendente na Colômbia, parece-me que a situação é perfeitamente comparável a dos quilombolas. Mas seria importantíssimo que o governo brasileiro explicitasse essa posição, talvez até, como foi sugerido ontem, mediante uma comunicação ao diretor-geral da OIT.

Comunicação relativa a implementação dos direitos referentes a povos indígenas

AZELENE KAINGÁNG (liderança indígena e diretora do Warã Instituto Indígena Brasileiro)

Eu sou socióloga, não sou advogada. Queria falar um pouco dessa iniciativa que nós tivemos, esse informe foi apresentado pelas seguintes organizações: Warã Instituto Indígena Brasileiro; Articulação dos Povos Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo, Apoime; a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira, Coiab, e o Conselho Indígena de Roraima, CIR.

Inicialmente nós encontramos essa dificuldade de que somente quem pode e deve apresentar informes, relatórios à Comissão de Peritos são sindicatos e organizações de trabalhadores. Como os povos indígenas não têm sindicatos, nós obvia-

mente tivemos que buscar parceiros e aliados para podermos fazer a apresentação desse informe paralelo ao do governo brasileiro. E quero publicamente agradecer à CUT, na pessoa da Dra. Fernanda, a disposição de não só apresentar o informe das organizações indígenas, porque não é simplesmente topar a apresentação, mas é assumir o conteúdo do informe como seu também, e defender esse conteúdo. Uma das questões comentadas pela CUT, por um dos advogados, que participa normalmente em Genebra das reuniões da Comissão, é realmente dessa falta, não sei se de sensibilidade ou de conhecimento mesmo da importância dos povos indígenas e tribais dentro da Convenção 169, porque uma pergunta que eles fazem é assim: mas não é uma convenção para trabalhadores, porque que tem índio aqui no meio? Quer dizer, já é uma afirmação preconceituosa, já é uma pergunta racista por si só, como se índio não trabalhasse, como se quilombola não trabalhasse, então a dificuldade que se tem realmente de levar esses temas e de defendê-los na Comissão. Talvez seja por isso que a OIT não tenha um estudo geral sobre esses povos, indígenas e quilombolas, realmente não existe um estudo mais avançado sobre a situação desses povos na aplicação da Convenção 169.

Depois da fala do senhor eu não sei se nos animamos ou se vamos embora dizendo “vamos para a guerra”, acho que primeiro deveríamos ter o direito de apresentarmos os nossos informes como beneficiários dessa Convenção, de nós podermos apresentar e defender os nossos informes diretamente à Comissão. E eu acho que os povos indígenas e quilombolas e as suas organizações, para o efetivo cumprimento da Convenção 169, dos direitos contidos na Convenção, só depende de nós mesmos, porque quando o senhor fala que “se observa com preocupação”, “se nota com preocupação”, e realmente não existe essa coisa, que não consegue intimidar, mas de punição de dizer que está sendo descumprido um instrumento que é vinculante a nível interno, e que se o país é signatário dessa Convenção ele deve cumprir, entendemos que tem que ser cumprido sim. Mas que pela sua fala concluímos que esse efetivo cumprimento da Convenção depende realmente somente dos sujeitos do direito que está contido nessa Convenção, quer dizer, temos que pôr a borduna, o facão ou seja lá o que for nas costas, ir lá e dizer “eu quero ser consultado, e se não for o pau vai quebrar”, ou como diz o

Kayapó “vai ter uma guerra mundial no Brasil se nós não formos consultados”.

É um pouco frustrante para nós ouvir de um perito, porque enquanto alguém que realmente não entende da questão, ou não é um perito na questão não fala isso para nós, nós ficamos “acho que é possível, vamos lá, podemos furar o bloqueio, mandamos um informe, quem sabe alguém tem a sensibilidade e lê”, mas também uma coisa boa é que o perito pode recorrer a esses informes, como o senhor colocou, para poder subsidiar os seus pareceres.

Bem, dito isso, eu queria dizer que no informe dos povos indígenas nós elegemos cinco casos, que nós consideramos mais emblemáticos, não os mais importantes, porque nós consideramos que existem muitos casos extremamente importantes que devem ser analisados e que se deve dar a importância devida. Nós elegemos então a questão da usina hidrelétrica de Belo Monte, a questão da terra indígena Kaiowá, Raposa/Serra do Sol, a questão da mineração em terras indígenas, elegendo aí o caso dos Cinta Larga, e a transposição do rio São Francisco. Eleitos esses casos, nós também elegemos alguns temas a serem analisados à luz da Convenção 169, que foi a questão da identidade étnica, consulta e participação, dos direitos territoriais, os recursos naturais e desenvolvimento.

Em relação à questão do direito à auto-identificação dos povos, no artigo 1º da Convenção 169, nós comentamos ontem, quais são os conceitos e quais são as ferramentas que o Estado brasileiro usa para dizer quem é e quem não é, para dizer quem pertence e quem não pertence. Na verdade, nem sempre essas ferramentas beneficiam aqueles que desejam ser identificados como tais, muitas vezes são conceitos do próprio Estado, conceito das instituições do Estado de pertencimento e não necessariamente aqueles conceitos que nós temos de pertencimento.

A Convenção 169 diz que a auto-identificação é um dos critérios fundamentais para dizer quem é e quem não é beneficiário dessa Convenção. Além da auto-identificação, existem questionamentos, especialmente os povos que estão fora da Amazônia brasileira, nós costumamos dizer que existem dois Brasis indígenas: o da Amazônia brasileira e o resto do Brasil, que são os povos indígenas que estão no sul, no sudeste, no centro-oeste, especialmente no Mato Grosso do Sul, e no nordeste, que são povos que muitas vezes são desqualificados no seu direito de

pertencimento e chamados de falsos indígenas ou de misturados, argumentos extremamente preconceituosos, que violam o direito de pertencimento e a identidade étnica desses povos.

Nós sempre falamos: nós não somos os índios bonitos, os índios pintados, não somos o fenótipo do índio que a sociedade não-indígena colocou, impôs, porque não fomos nós que colocamos, você tem que ter um cabelo lisinho, e por isso eu radicalizei e picotei o meu cabelo para ficar curtinho e dar uma enrolada, que é para o povo ver que mesmo assim eu continuo sendo Kaingáng, essa história de que todo índio tem que ter cabelo escorrido e lisinho não é assim, acho que o pertencimento vem das formas tradicionais, dos costumes, dos usos e das tradições históricas e memoriais milenares que esses povos têm.

Então esses povos que estão fora da Amazônia brasileira normalmente são os mais discriminados, que têm esse direito de pertencimento e a questão da identificação étnica mais violado, por isso decidimos fazer com que constasse do nosso informe como um dos pontos fundamentais essa questão.

Outra questão que foi abordada, que vou deixar mais para o final, para comentar mais é a questão do conceito de consulta. A questão de Belo Monte, acho que todos têm acompanhado muito de perto, que é um dos barramentos previstos originalmente pela Eletronorte para o complexo hidrelétrico do rio Xingu, vai inundar agora uma área de 400 m², vai produzir muita energia, 11182 megawatts, e vai afetar os povos indígenas Juruna, Asurini, Araweté, Parakanã, Xikrin, Arara e outros povos mais. É uma das usinas hidrelétricas que tem causado mais polêmica porque está violado o direito à consulta prévia dos povos indígenas que habitam aquela área, para que se libere o licenciamento para a construção da usina, apesar de que já se liberou, já recuou, já liberou de novo, recuou de novo.

A grande reclamação dos povos indígenas que habitam essa região é porque eles não foram ouvidos, é porque eles não foram consultados. E o legal dessa história toda é que mesmo que eles não tenham a noção técnica do conceito de consulta, aliás, nem nós temos, estamos tentando construir, mas eles chegam e falam “nós queremos ser ouvidos, não queremos que mate o peixe, não queremos que mate o rio”. Ontem, a Dra. Deborah falava uma coisa interessante, que é muito

fácil nós aqui, no ar condicionado, ficamos falando de consulta, e o rio? “dane-se o rio, precisamos de energia para continuarmos com nosso ar condicionado, com a nossa energia, com nosso chuveiro quente etc.”, todos nós já ouvimos comentários, no mínimo, de que “agora, por causa dos peixinhos e das árvores, não podemos construir uma usina hidrelétrica, que é um empreendimento de interesse nacional, é importante para a soberania do país etc. etc.”.

Uma coisa que temos que questionar é qual o conceito de interesse nacional, qual é o conceito? Quando se fala de interesse nacional, que nacional é esse que tem esse interesse? Será que é o Congresso Nacional, será que é o Judiciário, será que é o Executivo, quem será? Quem é esse nacional que tem o interesse de construir esse complexo hidrelétrico? Eu acho que tem que se conceituar o que é o interesse nacional, porque em nome desse interesse nacional, que não tem cara nenhuma, “vamos fazer, vamos impor, e não vamos consultar porque é necessário”.

Quando houve aquele episódio, que vocês devem ter visto, do parente Kayapó que cortou o braço do engenheiro da Eletronorte, depois tivemos uma reunião com ele que foi, com todo o respeito e com toda a profundidade do assunto, chega a ser engraçado, porque perguntamos para ele porque eles decidiram realmente fazer isso, e ele falou assim “porque o branco diz que vamos vender pipoca na cidade, mas vai construir a usina de Belo Monte, quer dizer, isso o “Fantástico” não passa, não mostra, porque realmente foi dito para os índios para eles se revoltarem daquela forma”.

E quando ele fala assim “vai ter uma guerra mundial no Brasil” aí vai lá o senador Mozarildo Cavalcanti, a Marisa Serrano, e sobem na tribuna e falam “estão vendo como eles são uma ameaça à soberania nacional, eles estão falando em guerra mundial?” e depois baixamos no Youtube para ele, mostrando ele falando, e perguntamos “o que você quis dizer com isso?” daí ele fala assim “quando eu falei guerra mundial, é porque nosso mundo é aquele, é o meu mundo, é no meu mundo que isso vai acontecer, não sei se é no mundo do outro, mas é no meu mundo”.

O reconhecimento do direito à diferença pelo Estado brasileiro tem que respeitar esses conceitos, do que é guerra mundial, do que é território para mim, do que é consulta para mim, do que é autonomia, do que é autogoverno. Essa é uma atitude de demonstração do autogoverno que os Kayapó têm sobre o território

deles, a autonomia que eles têm sobre o território deles, que não necessariamente são os mesmos conceitos dos Estados nacionais, de soberania, de autogoverno, de autodeterminação. E quando escutamos esses pronunciamentos dos parlamentares, principalmente dos parlamentares brasileiros, nos perguntamos por que será que eles não lêem, por que será que eles não aprendem um pouco mais sobre nós? Porque eles só sabem olhar para a cultura deles, os conceitos deles, e são os representantes do povo, para o umbigo deles, do que aquilo significa. E os conceitos do povo quilombola, de outras populações tradicionais, dos povos indígenas, esses não têm nenhuma importância, então é baseado no conceito deles que eles julgam o que é e o que não é ameaça à soberania, identidade territorial, enfim, a todos esses discursos extremamente racistas que estamos acostumados a ouvir.

Então, a revolta desses povos sobre a usina de Belo Monte, nós quisemos trazer à tona e colocar na mesa, e para que chegue na mesa dos peritos esse informe, é para que exatamente eles saibam desses outros conceitos, desse outro olhar que existe sobre o desenvolvimento do país. Esse Programa de Aceleração do Crescimento, projeto ou qualquer nome que se dê, crescimento para que e para quem? Quando também falamos sobre o direito ao desenvolvimento, é um dos temas que abordamos, é que desenvolvimento então o Estado brasileiro pretende para esse território chamado Brasil? E para quem é esse desenvolvimento, e o que esse chamado desenvolvimento traz para as populações e povos que habitam esse país, porque não é uma população homogênea, é uma população bastante diversa, extremamente diversa, e que todos os olhares e que todos os conceitos têm que ser considerados sim nesse processo de desenvolvimento, porque senão vai ter uma guerra mundial no Brasil como diz o Kayapó.

Uma posição que de alguma forma nos assusta – acho que nem deveria nos assustar mais, sempre achamos que a situação não vai piorar, mas está cada vez pior – é a arrogância com que o Estado olha para essas populações, a arrogância com que o Estado olha para nós e para as nossas vontades, nossos territórios, para as nossas coisas, para as nossas casas, quando dizem “as terra indígenas agora viraram território, isso é uma ameaça à soberania nacional do país”, o que é que agora não virou uma ameaça à soberania do país? E quando se fala em território, embo-

ra a Convenção 169, que acho que existem muitos avanços na Convenção 169, mas também acho que existem alguns conceitos bem sutis, que minimizam os direitos, como por exemplo a questão da qualificação do termos “povos”, qualificar o termo “povos” como um conceito diferente do que dá o Direito Internacional a essa terminologia, eu acho que é uma concepção e uma qualificação preconceituosa, na medida em que ela toma como referência de conceito o conceito branco, o conceito do Estado, um conceito abstrato, um conceito frio.

Acho que esse é um dos pontos em que a Convenção poderia ter avançado, e é óbvio que conseqüentemente, quando fala em terras, embora diga que tem que incluir o conceito de territórios, mas nós queremos ver escrito o termo territórios na Convenção 169 como realmente aquele lugar que nós precisamos, como indígenas, como quilombolas, como populações tradicionais, que tenha todas as características que nos permitam viver com dignidade. E o conceito de território para nós significa tão-somente isso, e não que nós vamos constituir estados independentes, que nós vamos promover movimentos separatistas no país, que aliás, só um parêntesis, o único país que teve movimento separatista de repercussão mundial, a Bolívia, é o único país que adotou a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas como lei, eles passaram pelo Congresso Nacional deles e adotaram a Declaração, que para o Brasil não é um instrumento vinculante, embora para nós, povos beneficiários dessa declaração seja, porque um Estado que assina um instrumento internacional de direitos humanos tem pelo menos e dever moral de cumprir. E não foram os povos indígenas que promoveram esse movimento separatista na Bolívia, muito pelo contrário, foram as elites econômicas daquele país, que há séculos massacraram os povos originários de lá.

São dois exemplos extremos, em compensação, a Austrália não assinou a Declaração das Nações Unidas exatamente por causa da questão do direito ao consentimento prévio, livre e informado, em compensação, toda a costa atlântica deles eles doaram para os povos indígenas, como um direito territorial.

Então, essa questão de que os conceitos, os territórios, os povos indígenas e os seus lugares representam ameaça à soberania do país não é verdade isso. Acho que

se o Congresso Nacional permitisse que uma vez nós subíssemos naquelas tribunas para dizer o que isso significa, quiçá conseguíssemos a adesão de uns dois ou três, mas acho que já teríamos ganhado muito. Eu me assusto quando o Dr. Lélcio fala que há um questionamento pela Corte para ver se para a Convenção 169 ser denunciada deve passar ou não pelo Congresso, nós não temos dúvidas de que passaria, de que com certeza o Congresso votaria a favor da denúncia da Convenção, porque o cumprimento dela já é extremamente questionado, e os conceitos dela também. Eu, pessoalmente, não teria dúvida de que o Congresso votaria a favor da denúncia da Convenção, infelizmente e lamentavelmente.

Na questão da transposição do rio São Francisco, com relação ao direito à consulta, os povos indígenas, tradicionais, as populações ribeirinhas, quilombolas, ninguém foi ouvido adequadamente e de boa-fé, conforme diz o artigo 6º da Convenção, sobre a transposição. Existe outra questão que eu gostaria de levantar aqui, quando se fala na questão da militarização dos territórios, nós logo pensamos na faixa de fronteira, principalmente na fronteira norte do país, mas acontece uma questão muito séria nos territórios indígenas do Nordeste, que são as polícias, o que não deixa de ser uma espécie de militarização dos territórios, que adentram nos territórios, que matam lideranças e que promovem conflitos e brigas, e que não existe nenhuma providência nem um tipo de punição aos promotores desses eventos extremamente negativos, em nome da necessidade de transpor o rio São Francisco. Nós presenciamos a greve de fome, morte de lideranças indígenas, de lideranças ribeirinhas em nome da reivindicação do direito ao consentimento prévio, livre e informado desses povos.

A terra indígena Raposa/Serra do Sol, acho que dispensa qualquer comentário maior, porque acho que todos que estão aqui, que são aliados dos povos indígenas, que são as pessoas que de alguma forma acompanham os acontecimentos já ouviram falar dela. O que eu queria ressaltar na questão da Raposa/Serra do Sol é a questão do voto do relator, e mais uma vez trazendo essa questão da não-observância por parte das instituições do Estado brasileiro, das normas internacionais de direitos humanos, Quando o relator, embora o voto dele seja favorável, mas como socióloga não posso deixar de fazer esse questionamento, é lamentável que

quando ele votou disse que nós não precisamos de instrumentos internacionais para garantir direitos no nosso país.

Como que um país que é signatário de praticamente todos, ainda que não cumpra, os instrumentos internacionais de direitos humanos, afirma que não precisamos desses instrumentos para garantir direitos? Um grande erro, que eu considero, dos defensores de “direitos”, da grande maioria, não quero generalizar, e do Judiciário brasileiro, é a cultura de não fazer um link e não observar, de não ler conjuntamente o direito interno com o direito internacional, isso é raríssimo, e quando acontece, acontece de forma totalmente torta.

É necessário que o judiciário brasileiro se eduque nessa questão e adquira essa cultura de considerar os instrumentos internacionais de direitos humanos, principalmente quando se julga questões como o direito territorial de povos indígenas, quilombolas e tradicionais. Acho que é lamentável que um membro da mais alta corte do país faça um pronunciamento como esse, fiquei estarrecida com essa declaração. A militarização da fronteira da faixa norte, especificamente na questão da Raposa/Serra do Sol, quando se decide que vão haver pelotões dentro da terra indígena, mas não se fazem consultas aos povos indígenas, não é chamar duas, três ou quatro lideranças ou uma organização indígena e dizer “isso vai acontecer”, isso não é uma consulta de boa-fé e não é adequada. Então nós, os sujeitos do direito, temos que definir o que é uma consulta de boa-fé e adequada aos nossos povos. O Brasil, que é signatário da Convenção precisa regulamentar esse direito, com a participação plena e efetiva dos beneficiários da Convenção na definição da norma que vai regulamentar o direito à consulta. É extremamente necessário que se faça isso, para que tenhamos efetivamente garantido esse direito, porque nessa questão dos pelotões na faixa de fronteira, é necessário que os povos indígenas saibam quem mais, além deles, está dentro da casa deles, porque os nossos territórios são as nossas casas, o que está fazendo e o que pretende. A palavra consulta não sei se é adequada, mas precisamos saber, participar efetivamente dessas decisões do Estado em relação às nossas casas, aos nossos territórios.

A questão dos Kaiowá, não é uma das questões mais emblemáticas na questão do direito territorial, todos nós sabemos a situação desumana em que se encon-

tra o povo Guarani-Kaiowá, as políticas que são implantadas são extremamente equivocadas, quando se toma uma decisão acertada, vêm as forças econômicas, as forças políticas e pressionam para que se recue, e se recua porque o que manda nesse país são essas forças, são as elites que mandam, principalmente naquela região. Nós temos um exemplo que o Wilson Matos, que é um advogado indígena de lá, sempre cita: 12 mil indígenas vivendo em 3 mil hectares de terra, um boi hoje tem direito a 3 hectares só para ele, enquanto que o indígena não tem esse direito. Só um parêntesis, um documentário que eu vi sobre o trabalho escravo dos Guarani na Bolívia, em que um Guarani dizia “não me chame de Guarani, me chame de vaca que eu vou ficar mais satisfeito, porque uma vaca tem mais terra do que eu, quem sabe se me chamarem de vaca eu vou ganhar um território também do tamanho do que tem uma vaca hoje”. E a situação dos Guarani não é diferente disso, as políticas que são adotadas, normalmente não obedecem ao disposto no artigo 6º da Convenção, que é de ter direito a uma consulta de boa-fé, apropriada, adequada com os povos, antes de adotar qualquer política.

Na questão da mineração com relação às leis, o Dr. Lélío falava, respondendo à pergunta da Dra. Deborah, que é necessário se consultar, de acordo com o disposto no artigo 6º da Convenção 169, os povos indígenas. Estamos tendo agora a discussão do Estatuto dos Povos Indígenas aqui no Brasil, estão sendo feitas consultas, ainda que dentro das possibilidades, mas que não respondem ao disposto no artigo 6.

Os povos indígenas não podem ser pressionados a apresentar uma proposta, em meses, de uma lei que o Congresso Nacional em quatorze anos não entendeu a importância dela. Acho que o consentimento prévio tem que obedecer a essa questão porque a princípio, consentimento prévio, livre e informado é o quê? Você tem que ter a informação prévia para ter a noção do que vai acontecer se você der o seu consentimento, e essa informação tem que ser de qualidade e de boa-fé. Eu fiz o questionamento ontem: quem é que leva a informação? É o empreendedor, é o Estado. Que informação é levada para os povos? Qual é a informação que vai chegar então para que ele tenha condição de responder adequadamente a uma consulta?

O consentimento tem que ser livre, o povo não pode sofrer nenhum tipo de pressão para dizer sim ou não, tem que ser um consentimento dado livremente. É importante que as lideranças indígenas presentes aqui prestem atenção nisso: é importante que tenhamos liberdade e informação para dar ou não o nosso consentimento sobre determinada questão. Por exemplo, mineração em terra indígena e o Estatuto dos Povos Indígenas, que são duas questões que afetam diretamente as nossas vidas e as gerações futuras dos nossos povos.

Uma outra questão, quando se disponibiliza essa informação os povos têm que ter o tempo deles, o Yanomâmi tem o tempo para pensar, os povos do Xingu têm um tempo, os Kaingáng têm um tempo, esse tempo tem que ser respeitado para nós podermos processar a informação, Por exemplo quando se fala com o Raoni ele fala “tá, eu vou embora, depois eu te falo, me deixa pensar daí depois eu te falo”, o pior é se ele briga com você, porque ele fala “quando passar a minha raiva eu volto”, vai passar em um ano, em um dia, em uma semana, em três anos? Então “quando passar a raiva eu vou esperar” pode ser daqui a uma década. E as pessoas falam “não podemos ficar esperando porque urge o desenvolvimento”, urge também respeitar os direitos dos povos indígenas, dos quilombolas e das populações tradicionais, urge porque nós já estávamos aqui, antes de definir as fronteiras desse país nós já estávamos aqui, e na definição de povos indígenas e tribais, a Convenção 169 é clara nisso “povos indígenas são aqueles que estavam aqui antes da definição das fronteiras”. Então, urge também respeitar esse direito.

A questão da consulta adequada, alguém perguntou ontem sobre a CNPI, que também é um dos itens que colocamos no nosso informe, se ela é ou não uma instância adequada de consulta aos povos indígenas. Não, de acordo com a Convenção 169 não é. Primeiro porque não é paritária, eu acho que os povos indígenas e as organizações não-governamentais que apóiam os povos indígenas e o governo têm que estar em condições iguais, e no mesmo número de assentos. E eu participei da construção do processo inicial de criação do Conselho Nacional dos Povos Indígenas, que depois se transformou numa comissão, em que nós dizíamos “para os nossos aliados não ficarem de fora, vamos ceder dois assentos para eles”, então deixou de ser paritário, ainda que tenha sido uma vontade nossa, porque

os povos indígenas têm menos representação, e ela é uma Comissão de governo. E a maioria dos membros representantes de povos indígenas foram eleitos numa conferência, que eu ajudei a coordenar, que foi a Primeira Conferência Nacional dos Povos Indígenas, e o decreto que a cria diz que eles têm que ser eleitos através de suas próprias instituições, em reuniões locais e regionais, de acordo com seus usos, costume e tradições, e não foi isso que aconteceu.

Então, de acordo com o que dispõe o conceito de consulta no artigo 6º da Convenção, a CNPI não pode ser considerada uma instância de consulta dos povos indígenas para que se implemente qualquer ação dentro dos territórios, seja qual for, e sobre a questão de legislação, a lei de mineração e principalmente o Estatuto dos Povos Indígenas, em que está aberta a discussão da questão da mineração em terras indígenas, os povos indígenas têm que ser adequadamente consultados, e consultados de boa-fé, e dispor de todos aqueles instrumentos, ferramentas e informações necessárias para que eles possam ter condições de responder a essas consultas.

Comunicação relativa a implementação dos direitos referentes aos povos quilombolas

MARIA APARECIDA MENDES (Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq)

Sou afro-descendente, do quilombo de Conceição das Crioulas localizado no sertão pernambucano, em Salgueiro. Vou colocar um pouco o processo de construção da comunicação quilombola com relação à aplicabilidade da Convenção 169, mas antes gostaria de fazer um breve comentário sobre as oportunidades que observamos nos instrumentos legais brasileiros, como a Constituição, e os instrumentos internacionais ratificados pelo governo brasileiro. Ficamos bastante animados quando estudamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção 169. Mas também ficamos tristes e revoltados com a dificuldade que o governo brasileiro encontra ou não encontra – a falta de vontade política ou sei lá o quê – na aplicação dos direitos que estão contidos nesses instrumentos legais. Essa dificuldade tem gerado resultados terríveis, em especial para as comunidades indígenas e quilombolas, e observamos alguns resultados, vivenciados nas comu-

nidades, que só têm beneficiado a bancada ruralista, os grandes latifundiários, os plantadores de eucalipto, de soja e de cana-de-açúcar.

A expansão das multinacionais no Brasil, passando por cima das comunidades quilombolas, remanejando pessoas, tirando pessoas dos seus territórios, das suas comunidades sem o direito de dizer se quer ou não sair, sem o direito de contar para quem vai ali fazer o processo de deslocamento, a sua história, a sua ligação com aquele espaço, a sua ligação cultural, a sua ligação com a ancestralidade naqueles espaços. E quando falamos das multinacionais, dos grandes latifundiários, para nós é um problema, é muito difícil, mas se torna pior ainda quando falamos do próprio governo, que fala na construção dos grandes projetos em nome do desenvolvimento, em nome do bem da nação brasileira. Nós percebemos que parece que nós, tanto indígenas quanto quilombolas e agricultores familiares, não fazemos parte dessa nação, desse nacional, e o que vem para nos prejudicar não é levado em conta.

Só vou fazer alguns comentários sobre a apresentação da Azelene, porque as duas comunicações são muito parecidas. Chegamos à conclusão de que pouco se fez, de acordo com a Convenção 169 também para os povos quilombolas, com umas surpresas maiores. Não somos consultados, e aí somos atingidos pela base de lançamentos de Alcântara no Maranhão, é um dos grandes exemplos; a história da Marinha e a comunidade de Marambia, no Rio de Janeiro; a história das construções das grandes estradas federais no Rio Grande do Sul; a história da transposição do rio São Francisco e a construção de grandes barragens.

Não somos consultados, não dialogam e aí quando questionamos o Ministério da Integração por conta da transposição, que é o que eu acompanho de perto, eles dizem “mas a cidade foi convidada, os governos municipais foram convidados, estão de pleno acordo, então a transposição sai”, mas e as comunidades quilombolas? Quantas reuniões, quantos encontros já houve com os quilombolas e com os indígenas para tratar disso? Quando foi mostrado o projeto, com os impactos positivos e negativos? Quando foi refletido e discutido? Nunca.

Também a Convenção 169 mostra que no trato, na modificação de leis que se referem aos quilombolas, lá não está escrito populações quilombolas, porque ela é um instrumento internacional, e nos outros países não tem não tem essa denomi-

nação de quilombo, mas tem o conceito de populações tribais. E quando se trata de legislação, de mudança, de criação de projeto está lá na Convenção.

Aqui no Brasil, temos informação de que vários projetos vêm sendo discutidos e vão impactar negativamente e com muita força a vida dos quilombolas. O deputado Valdir Colatto do PMDB-SC também apresentou na Câmara dos Deputados um projeto com o objetivo de sustar o Decreto 4.887 de 2003, que trata de regularização das comunidades quilombolas. E aí, perguntem para nós que estamos nas comunidades se conhecemos Valdir Colatto. Eu tive oportunidade em alguns momentos de consultar a internet e vi a foto do deputado, mas não conhecemos, em nenhum momento tivemos a chance de conversar, de dialogar, com as pessoas que fazem essas leis. Então para nós existe aí um desrespeito da Convenção 169.

Baseado nessas questões todas e em outras, tivemos a iniciativa com um grupo de parceiros, de elaborar uma comunicação para a OIT. Participaram da organização dessa comunicação várias organizações representativas dos quilombolas nos Estados²⁰⁵ e várias organizações parceiras^{189, 206} e via a Central Única dos Trabalhadores (CUT) encaminhamos a comunicação.

Falando de consulta aos quilombolas, o governo brasileiro ensaiou, através da Advocacia Geral da União (AGU), uma consulta. Chamamos para um diálogo quando o governo disse que não iria alterar o Decreto 4.887/2003, mas iria alterar a Instrução Normativa Incri nº 20/2005. Começamos uma luta muito grande para que fôssemos ouvidos, para que a Convenção fosse aplicada nesse momento de alteração dessa norma.

O governo, diante das pressões falou: “então vamos fazer a consulta”. Acontece que para os quilombolas, a consulta passava por um processo de diálogo nas regiões, com o maior número possível de representação das comunidades quilom-

205 Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas, Comissão Estadual das Comunidades Quilombolas do Espírito Santo - Zacimba Gaba, Coordenação Estadual das Comunidades Negras Rurais Quilombola de Mato Grosso do Sul, Comissão Estadual de Comunidades Quilombolas de Pernambuco, Federação das Comunidades Quilombolas de MG - N'golo, Malungu - Coordenação das Associações das Comunidades Remanescentes de Quilombo do Pará, Associação das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Município de Oriximiná, Associação Quilombola de Conceição das Crioulas, Associação Rural Comunitária dos Quilombolas do Timbó e Adjacências, Comissão Quilombola do Sapê do Norte.

206 Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia, Centro de Cultura Luiz Freire, Centro de Cultura Negra do Maranhão, Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos, Comissão Pró-Índio de São Paulo, Instituto de Assessoria às Comunidades Remanescentes de Quilombos do Rio Grande do Sul, Justiça Global, Movimento Negro Unificado - Seção RS, Rede Social/Terra de Direitos.

bolas, haja vista que são mais de 3 mil comunidades espalhadas pelo Brasil. Então era impossível fazer uma consulta com todo mundo em um só momento, mas o governo falou: “ou tem as consultas regionais, ou tem uma consulta nacional”, então já começamos não tendo o direito de decidir sobre a forma da consulta.

Por uma pressão, abrimos mão das consultas regionais. E acontece a consulta, todo mundo vai para essa consulta, em torno de 300 quilombolas numa sala. Na verdade a conclusão a que chegamos ao final é que o governo foi simplesmente informar que na verdade a alteração da Instrução Normativa Incra nº 20 já havia sido feita pelo próprio governo, e nós ali íamos ficar sabendo.

Estudamos um pouco a proposta, durante um tempo o governo foi lá apresentar, colocar os argumentos. Parecia que já sabia de onde íamos discordar, justificando o tempo todo, por exemplo, a parte da autodefinição tinha que mudar porque se não mudasse haveria muitas contestações; o certificado da Fundação Cultural Palmares passaria a ser um documento obrigatório, o primeiro documento para o Incra iniciar os trabalhos, porque se assim não fosse iria haver muitas contestações, enfim.

Nós, quilombolas e parceiros, fomos de encontro o tempo todo porque não concordamos. Primeiro já achamos bem estranho que para assumirmos a identidade quilombola, para isso ser respeitado, alguém que nunca foi a um quilombo tenha que dizer “é mesmo, eles estão dizendo, eu estudei tudo e eles são mesmo quilombolas”.

E aí chegar ao ponto de para começar as atividades de regularização fundiária nas comunidades, primeiro ter que alguém do governo dizer que somos quilombolas. Porque antes o Incra podia começar as atividades sem o certificado, e agora não pode, só pode começar se a Fundação Palmares disser “eles são mesmo quilombolas, e agora vocês podem iniciar os trabalhos”, para nós isso é uma falta de respeito. Caiu por terra totalmente o que diz a Convenção quando se trata da autodefinição.

Quem melhor do que eu para dizer quem eu sou? Eu posso até dizer que aquele ali é um afro-descendente, posso dizer que ele é índio, que ele é cigano, posso até dizer, mas ele é quem sabem quem ele é. E da mesma forma são as comunidades, quem melhor do que nós para dizer quem somos? E aí infelizmente essa é uma parte muito ruim que foi colocada na nova instrução, a IN Incra nº 49/2008.

Outra parte que consideramos muito ruim, assim como os indígenas, é a questão do território. Da forma como está sendo colocada é pior ainda porque agora são as terras que ocupam, e não as terras que os seus ancestrais ocuparam, que eles fizeram lá as suas manifestações culturais, que eles colheram frutas, caçaram animais e não o que as comunidades precisam atualmente, depois de crescer o número de famílias, precisam para viver naqueles espaços.

Então a partir de agora, dando o exemplo de Conceição das Crioulas, que é uma área de 18 mil hectares, mas os quilombolas atualmente estão em menos de 30% desse território, pois fazendeiros expulsaram o nosso povo daquele território. As terras que foram griladas pelos fazendeiros vão se manter nas mãos dos grileiros, e nós, o povo de Conceição das Crioulas que teve que ir embora para as grandes cidades, vai se manter fora? E meus netos, e meus bisnetos? Eles não vão ter espaço para morar, para construir casa e manter as suas culturas.

E tudo isso discutimos no processo de “consulta” e para nós é muito estranho porque tem coisas que vamos compreendendo no processo e ficamos na dúvida durante a consulta: mas essa consulta vai ser consultiva ou vai ser deliberativa? Trabalhamos dia e noite durante o período dessa consulta, e nos perguntamos no final: e aí, o que vai acontecer com o resultado dessa consulta? O que estamos propondo, estamos sugerindo e estamos discordando vai ser levado em conta? Quando o governo volta, através da Casa Civil diz para nós “não, o que vocês estão discordando, o que não é consenso, o que não tem consentimento aqui, o governo vai dar a canetada final, é o Presidente da República quem vai dizer o que fazer, qual vai ser o resultado desse documento”.

Sáímos muito revoltados porque afinal de contas largamos as nossas casas, as nossas comunidades, viemos para esse processo, e entendemos que fomos informados. Foram três dias para informar para nós, os quilombolas do Brasil, que a IN nº 20 ia ser mudada a qualquer custo. Quer a gente concordasse ou não ia ser mudada, e o Presidente de República ia dar a cartada final.

Depois da reunião em Brasília houve um silêncio. Ninguém sabia o que tinha acontecido, ninguém recebeu resposta nem nada. A consulta aconteceu em abril deste ano, e só agora em setembro sai o resultado final. Então pronto, a nova

instrução foi aprovada, passou a receber o nome de IN nº 49 e tudo o que não concordamos está lá e o governo ainda diz para o mundo “teve um processo muito amplo de consulta, foram 300 quilombolas”.

Imagine, você chega num processo de consulta, não viu o documento, não teve condição de estudar, de refletir, passa três dias brigando com o governo e aí depois o governo divulga para o mundo através dos jornais que teve um processo amplo de consulta, que o documento circulou nos e-mails, todo mundo ficou sabendo, por que não fizeram um estudo, por que não refletiram?

A maioria das comunidades quilombolas está lutando hoje para ter um orlhão. Grande parte delas não tem energia elétrica. Aí diz “mas tem as lideranças quilombolas, tem as representações dos estados”, nem toda representação do estado mora na cidade, porque a luta nossa é para estar lá dentro dos quilombos. Então em menos de oito dias não se faz um comunicado de um quilombola para outro, não consegue chegar um recado. Imagine para se fazer esses estudos em menos de quinze dias, e dar uma resposta para o governo. Portanto, nós entendemos que não houve consulta, por isso nós dizemos que teve um momento, três dias para sermos informados, para estudarmos o documento, e o que questionamos não foi levado em consideração.

O governo ia dizer para a OIT está dizendo para os jornais, para toda a mídia que está havendo um processo de consulta, que está aplicando a Convenção 169, mas começamos a refletir: e a transposição, e as grandes barragens, e tudo que está acontecendo nas comunidades e nós não somos consultados? Aconteceu esse ensaio, e as outras coisas, que vão nos prejudicar profundamente? E os instrumentos legais que estão sendo mudados, que estão sendo alterados, como é que fica isso? Então descobrimos através dos nossos parceiros, das organizações que trabalham conosco, que o governo brasileiro ia encaminhar um relatório para a OIT, para dizer o que está fazendo no Brasil, de acordo com a Convenção 169. Então, como estamos insatisfeitos vamos trabalhar na construção de um instrumento paralelo, vamos fazer também uma comunicação, como os povos indígenas estão fazendo, e trabalhamos todo o processo, construímos o documento e também dialogamos com a CUT que aceitou fazer o encaminhamento.

E aguardamos o documento do governo para saber o que ele está dizendo com relação à aplicabilidade da Convenção 169 no Brasil aos povos quilombolas. E foi outra demora. Quem tinha condições começou a circular e-mail: “onde está o relatório do governo, quando vamos ver o que tem nesse documento?” Certo dia, eu vejo um e-mail com o documento do governo e qual foi a minha surpresa: o governo não falou de nós, pelo menos eu não li, nem disse que estava fazendo alguma coisa para podermos dizer que não estava, nem disse isso.

Nós é que dissemos para a OIT: “o governo brasileiro está desrespeitando, está rasgando a Convenção 169 porque não está nos consultando sobre uma série de acontecimentos, sobre uma série de realizações que estão impactando profundamente a vida do povo quilombola”. Mas o governo não falou de nós. É um absurdo, eu não sei nem que nome dar a essa situação, porque com os povos indígenas “fizemos isso, fizemos aquilo”, mas para nós não se disse nada. Cadê a participação da Fundação Cultural Palmares na elaboração desse documento? Cadê a participação da SEPPIR, do MDA, do Incra para colocar alguma na comunicação que fez para a OIT? Então esse povo nem existe, essa é lição que se tira.

Estou dizendo isso porque acho que o governo brasileiro precisa estudar mais a Convenção 169. Nós, movimentos, nós quilombolas e parceiros precisamos encontrar uma forma de fazer com que o governo entenda que nós somos um povo, que nós ajudamos a construir a riqueza desse país, e que nós não pedimos para vir para o Brasil, nós fomos trazidos. Mas estamos aqui e gostamos daqui e fazemos parte dessa sociedade e queremos ter os mesmos direitos efetivados, que estão escritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Constituição e na Convenção 169 e em muitos outros instrumentos legais. Nós somos humanos, nós fazemos parte dessa sociedade, e nós contribuimos para o crescimento dela.

Em algum momento gostaria de ouvir um pouco – eu sei que as pessoas do governo responsáveis pela elaboração do documento não estão presentes, mas estou vendo pessoas do governo ali, do MDA e da SEPPIR – eu tenho um interesse muito grande de ouvir do governo o que foi que houve, o que aconteceu, porque não fomos mencionados?

Parece que por mais que se conheça, por mais que se saiba que o Brasil é formado por aproximadamente 40 ou 50% de afro-descendentes, as pessoas que compõem os poderes ainda não compreenderam a importância que essa população tem. Talvez seja porque nós ainda não pensamos em fazer uma guerra mundial dos quilombolas no Brasil. Acho que precisamos conversar, dialogar bastante e fortalecer as organizações indígenas, as organizações quilombolas e as do povo negro, dos que lutam principalmente pela democratização do acesso a terra. É preciso nos fortalecermos e caminharmos juntos, porque o governo está com dificuldade de governar, e nós precisamos ajudá-lo a governar também para quem constrói o Brasil, e não só para quem vem explorar. Porque estamos lutando por 18 mil hectares de terra que foi conquistada a duzentos anos pelo nosso povo e não conseguimos. Mas um latifundiário consegue ter mais de 100 mil hectares para plantar soja, e é pouco. Consegue isso para plantar cana-de-açúcar e acha pouco, sem contar agora com a privatização das águas, como é que vai ficar a situação da maioria no Brasil.

A participação cidadã no sistema de monitoramento da OIT e o papel da CUT

FERNANDA CALDAS (representante da Direção Nacional da CUT)

Como o Ministro Lélío já explicou o funcionamento da OIT, em especial o da Comissão de Aplicação de Normas, minha intervenção será bastante objetiva.

Inicialmente, quero destacar uma das principais características da OIT: seu caráter tripartite. A estrutura da organização é tripartite, ou seja, todos os seus órgãos são compostos por representantes do governo, dos trabalhadores e dos empregadores. Assim, a sociedade civil, por meio de trabalhadores e empregadores, tem direito a voz e a voto em todas as esferas decisórias e executivas da Organização – desde a Conferência Internacional do Trabalho [autoridade máxima] até o Conselho de Administração [órgão executivo].

Aliás, a sugestão do Ministro Lélío de colocar a Convenção 169 na ordem do dia da Conferência Internacional do Trabalho é um exemplo de funcionamento dessa estrutura tripartite. Afinal, o Ministro propôs que os trabalhadores integrantes do Con-

selho de Administração, valendo-se do seu direito a voz e a voto, incluíam na pauta da Conferência Internacional do Trabalho um Estudo Geral sobre a Convenção 169.

O Sistema de Controle de Normas da OIT é outro exemplo de tripartismo, principalmente no que se refere às observações feitas por trabalhadores e empregadores sobre a aplicação de convenções ratificadas. Vejamos o porquê.

Ao ratificar uma Convenção, o Estado Membro assume o compromisso de cumpri-la. Trata-se de uma verdadeira declaração vinculante, na qual o Estado diz “eu assumo o compromisso de transformar essa norma em realidade nacional, tanto nas leis quanto no dia-a-dia; eu me comprometo a instituir e a fazer cumprir os direitos mínimos previstos nessa norma”. Dentre as obrigações decorrentes do ato de ratificar uma Convenção está o dever de prestar contas periodicamente à OIT sobre a efetiva aplicação da norma no país. Neste ano, o governo brasileiro tinha a obrigação de informar sobre o cumprimento da Convenção 169. E a CUT, por ser uma das organizações de trabalhadores mais representativas, tinha o direito de fazer comentários sobre a atuação estatal relativamente à Convenção.

Para isso, a CUT dispõe de uma Secretaria de Relações Internacionais, que é responsável por acompanhar e participar das atividades da OIT. Por meio dessa Secretaria, são redigidos os relatórios em que se expressam a visão da Central sobre a realidade do país e a atuação governamental quanto à aplicação das Normas Internacionais do Trabalho. Essa tarefa é estratégica na defesa dos Direitos Humanos e renova-se anualmente.

A confecção desses relatórios, evidentemente, depende da coleta de informações junto às pessoas a quem se aplica a norma. Afinal, os dirigentes da Central não têm condições de conhecer a fundo a realidade da base sindical e, menos ainda, dos índios e dos quilombolas. Por isso, quando se discutiu a elaboração das observações da CUT sobre a aplicação da Convenção 169 no Brasil, decidiu-se buscar uma aproximação com as organizações representativas dos índios e dos quilombolas, para que as próprias comunidades tivessem oportunidade de fazer-se ouvir. Então, além das observações da Central, remeteram-se à OIT os relatórios feitos pelos povos indígenas e quilombolas.

Aproveito a oportunidade para explicar a atuação da CUT junto ao Sistema de Controle de Normas da OIT no que se refere à Convenção 169. Especialmente,

porque houve muitos questionamentos sobre a parceria dos povos indígenas e quilombolas com a CUT. A Convenção 169 é uma Norma Internacional do Trabalho e, por isso, aplica-se aos trabalhadores. A CUT, independentemente de possuir ou uma organização indígena e/ou quilombola como sua afiliada, representa a classe trabalhadora perante a OIT. E foi nessa qualidade que a CUT exerceu seu direito de comentar a aplicação da Convenção 169 no Brasil. Além disso, fiel ao seu Estatuto, a CUT pratica e defende os direitos humanos e a liberdade de expressão. Por isso, além de opinar sobre a realidade nacional, a Central encaminhou para a OIT os relatórios redigidos pelos próprios povos indígenas e quilombolas nacionais.

Eu queria ler uma frase dita pelo Diretor-Geral da OIT que, além de reforçar a justificativa da nossa parceria, expressa a razão de existir da OIT: “A Justiça Social é a melhor ferramenta para garantir uma paz sustentável e erradicar a pobreza. E creio que as pessoas responderão em conjunto, organizando-se, unindo forças para que suas vozes sejam escutadas”.

Acredito que essa frase responda aos questionamentos sobre o envolvimento da CUT na questão da Convenção 169. Acredito, também, que a minha presença aqui seja uma forma de materializar a união da CUT com os povos indígenas e quilombolas na luta pelo cumprimento dos seus direitos, para que as vozes de todos nós – trabalhadores, índios, quilombolas – sejam ouvidas.

É importante destacar que a relação da CUT com povos indígenas e quilombolas, principalmente com os indígenas, não é recente. O trabalho de comentar a aplicação da Convenção 169 não representou o início dessa parceria, mas certamente possibilitou o seu estreitamento. É preciso ressaltar, ainda, que essa parceria não se encerra com o envio dos nossos relatórios à OIT. Pelo contrário, a pretensão da CUT é dar continuidade a essa união.

A propósito da continuidade dessa parceria, não posso deixar de falar sobre o desânimo manifestado aqui quanto à impossibilidade de a OIT impor sanções aos Estados que descumprem a Convenção 169. Talvez por ser advogada, talvez por ser pacifista, eu não vejo a OIT com tanto desânimo nem acredito que precisemos recorrer à guerra para fazer valer a Convenção 169. Afinal, embora o reconhecimento e o cumprimento dos direitos não ocorram no ritmo que desejamos

ou necessitamos, existem avanços. E temos um exemplo concreto desse avanço em relação à Convenção 169.

O governo brasileiro não mencionou os quilombolas no seu relatório sobre a Convenção 169. Mas, o Departamento de Normas da OIT, tão logo recebeu nossos comentários, indagou o Estado sobre o seu silêncio quanto às comunidades remanescentes de quilombos. Segundo informações prestadas por um funcionário do Ministério do Trabalho, o governo brasileiro reagiu a esse contato da OIT, realizando reuniões com vistas à elaboração de um adendo ao relatório oficial. Esse mesmo funcionário alertou que o adendo será breve pela falta de tempo para redigí-lo e que, no próximo relatório, a questão quilombola será tratada com profundidade. Apesar de ser insuficiente e insatisfatória, a reação governamental é um avanço. E nós devemos valorizar os resultados da nossa atuação. Afinal, se a sociedade civil não tivesse aproveitado a oportunidade de se manifestar sobre a aplicação da norma, ninguém na OIT saberia que existem comunidades remanescentes de quilombo no Brasil e que a elas se aplica a Convenção 169.

No mesmo sentido, não devemos menosprezar as repercussões advindas do sistema de controle de normas da OIT. Pois, embora não haja penalidade financeira aos Estados que descumprem as convenções ratificadas, existem sanções de ordem moral. Afinal, a repreensão pública pelo descumprimento de uma convenção [de um compromisso internacional] tem reflexos na comunidade nacional e internacional, que redundam em pressão política pela revisão de leis e de políticas públicas. Insisto que, apesar de insuficientes, essas sanções morais trazem avanços na aplicação das convenções. E nós devemos valorizar todas as ferramentas de que dispomos na luta pela promoção dos direitos humanos. Mais do que isso, devemos explorar todas as ferramentas que possuímos.

Antes de encerrar a minha intervenção, eu gostaria de falar rapidamente sobre as próximas etapas do sistema regular de controle de normas da OIT – o qual, para nós, começou com a elaboração e envio dos nossos relatórios.

Como já foi explicado pelo Ministro Lélío, toda a documentação apresentada pelos governos e pela sociedade civil quanto à aplicação das convenções é remetida ao Escritório da OIT em Genebra, para ser analisada por uma Comissão de Peri-

tos, que publicará suas observações. Por volta dos meses de março e abril de 2009, as organizações representativas de trabalhadores e empregadores reúnem-se para escolher, dentre as observações feitas pela Comissão de Peritos, 25 casos para serem debatidos durante a Conferência Internacional do Trabalho. O resultado desses debates são, possivelmente, aquelas sanções morais a que me referi anteriormente.

Nesse contexto, as próximas ações da CUT relativamente à Convenção 169 serão: divulgar os relatórios que nós – trabalhadores, índios e quilombolas – confeccionamos e tentar incluir na pauta de discussões da próxima Conferência o caso brasileiro.

Por fim, eu gostaria lembrar que a OIT, além de criar normas internacionais do trabalho, tem uma função promocional. Ou seja, uma das obrigações da Organização é promover a aplicação e a efetividade dos direitos mínimos reconhecidos internacionalmente por meio das convenções. Essa atividade promocional é outra ferramenta de que podemos dispor para transformar a Convenção 169 numa realidade nacional. Por exemplo, nós poderíamos fazer pressão para que a OIT prestasse assistência técnica ao governo brasileiro no sentido de tornar efetiva a consulta prevista pela Convenção 169. Talvez essa assistência técnica não seja tão eficiente quanto a aclamada penalidade financeira. Mas, certamente, é uma boa arma na luta pelo cumprimento da Convenção 169 e, por isso, deve ser usada por nós.

Concluo a minha intervenção defendendo o uso de todas as ferramentas que o sistema da OIT nos oferece para fazer cumprir a Convenção 169 e, com isso, defendendo a realização de uma “guerra pacífica”.

Obrigada.

DEBATE

Perguntas

SANDRA (liderança quilombola de Minas Gerais)

Sou quilombola, da comunidade Carrapato em Bom Despacho, Minas Gerais e sou diretora da Federação Quilombola de Minas Gerais, e faço parte da coordenação da Conaq. Minha pergunta é para o Dr. Lélío. O senhor fazendo parte

da Comissão de Peritos da OIT, se o senhor poderia dar particularmente a sua opinião sobre a nossa denúncia na OIT das comunidades quilombola? Gostaria do seu parecer pessoal.

JOSÉ ROBERTO CAMARGO DE SOUZA (Mato Grosso do Sul)

Sou do Movimento Negro do Mato Grosso do Sul, do Conselho Nacional do Combate à Discriminação, e assessor jurídico da Coordenação Estadual das Comunidades Negras Quilombolas do Mato Grosso do Sul. Não é a primeira vez que nós negros, e principalmente as comunidades quilombolas somos ignorados nos relatórios que são enviados às entidades internacionais de direitos humanos, essa não é uma novidade.

Eu só vou fazer um breve comentário quando você diz que o representante nacional – e é estranho que o governo brasileiro não esteja aqui para responder – vai fazer um adendo ao relatório, e vai ser um relatório sucinto quando se refere a mais de cinco mil comunidades, Ele diz que não tem tempo, mas podemos acionar o Incra, podemos acionar a Fundação Cultural Palmares, podemos acionar a Conaq para informar quais são as condições dos territórios quilombolas e das comunidades quilombolas no Brasil.

Eu acho que não é uma desculpa, há sim condição de se fazer um relatório bem elaborado, consistente sobre os problemas das comunidades quilombolas e principalmente, sobre essa consulta, que não é consulta, que foi feita sobre a Norma 49 do Incra.

MACARIO SANTIZO (liderança indígena Guatemala)

Ouvindo a companheira da Conaq, queria pedir para esclarecer um pouco mais, e uma pergunta direta, se existe uma estatística de quantos quilombolas têm no país. Outra coisa pergunta é: o termo “trabalhadores” é uma categoria econômica, ou seja, são pessoas que dependem do salário, fica entre um empregador e um empregado. Eu ouvi que existem quilombolas que não dependem diretamente do salário que são pequenos produtores em unidades familiares e que subsistem disso. Você pode nos dar mais dados, não ficou claro.

GIROLAMO (Iterpa)

Na verdade mais uma pergunta e uma provocação e proposta. Parece que a dinâmica da consulta urgentemente tem que ser regulamentada por instrumento próprio para ser eficaz. Senão, todas as vezes se terá essa dificuldade de saber “o que é e o que não é” e “como que faz”.

Primeiro, acho que é importante registrar o fato histórico de que se teve a consulta, apesar de precária, e os depoimentos são bem claros nisso, mas é inegável o avanço concreto de ter sido criado um espaço de discussão, porque isso também cria reconhecimento.

Se eu entendi bem, a dinâmica da consulta sobre quilombos, na hora H se recebeu um documento que todos mais ou menos conheciam por ouvido falar, mas cujo detalhamento foi entregue na hora. Portanto, como é que se poderia ter – e eu sei que a Conaq tinha proposto ao governo a possibilidade de seminários regionais, estaduais e nada disso foi feito – como se poderia criar mecanismos nesse sentido para se ter com certa antecedência a possibilidade de discutir com as comunidades, pois porquanto ache legítima a representação daquelas 300 pessoas, elas não discutiram com as suas próprias comunidades, e tem muito mais de 300 quilombolas no Brasil. Portanto, como que se vai criar essa dinâmica?

Segundo, também pelo que ouvi falar, os assessores do movimento quilombola ficaram do lado de dentro, mas com o pé fora, porque foram proibidos de falar durante a consulta. Acho muito esquisito esse tipo de atitude, não que eu ache que os quilombolas não conseguiriam dar conta sem assessores, eles provaram que souberam se defender. Mas assim como o governo mobilizou seus melhores quadros para ajudar na elaboração daquele mostrengo, a IN 49, será que os quilombolas não podiam ter sua assessoria debatendo junto com eles, no mesmo tempo?

Acho que poderíamos sim encaminhar propostas a partir desse seminário de seja no campo das comunidades quilombolas, seja no campo dos povos indígenas, de um mecanismo real de consulta com datas, com editais, enfim, alguma coisa que permita dizer: isso efetivamente é consulta, o resto é paródia de consulta.

DAVI YANOMAMI (liderança indígena, Brasil)

Fala introdutória em língua Yanomâmi que infelizmente não é possível transcrever devido a nossas limitações com relação a língua desse povo da Amazônia.

(...) Acabo de falar na minha própria língua, daqui do Brasil. Essa língua não é trazida nem da Europa, nem dos Estados Unidos, nem do Japão. A minha língua nasceu aqui no meu país.

O meu sangue é daqui, o sangue de vocês é europeu. Aquela menina também falou do negro, o negro era trazido por um homem *Yoaci* um mandão, que manda fazer, manda trabalhar, manda derrubar mata, manda fazer, é sofrido.

O homem que chama *Yoaci* é um espírito mal que pensa em destruir tudo, que pensa em maltratar a nós e as terras, as florestas, os rios e poluir tudo. Para nós, aqui nessa terra não existia destruição, e os brancos, que parecem uma pele de macaxeira descascada, chegaram aqui no Brasil e estragaram tudo. Isso eu falei na minha língua Yanomâmi, porque eu defendo a minha cultura, o meu povo indígena do Brasil.

Existe homem na floresta, não existe homem só na cidade. Nós somos homens também, não é homem só quem vem da Europa, quem vem aqui dessa cidade. Existem homens na floresta, e é o homem que fica na floresta que defende tudo, é por isso que estamos aqui, com saúde, barriga cheia.

Se não tiver homem da floresta, se não tiver as comunidades, os brancos acabam com toda a nossa floresta. O homem não pensa em tratar o nosso país como filho, como nossa mulher, como nossa casa, ele não pensa. Só pensa em dinheiro, em negociar com outro país para estragar nossa própria terra aqui.

Vocês que estão trabalhando aqui, fazendo a lei. Tem uma lei e fala bonito, na nossa lei também existe, na Constituição tem uma lei boa e tem uma lei falsa. Tem uma lei que o homem que tem experiência escreveu, que fala para nós respeitar, respeitar qualquer coisa da floresta em que moramos, tem que respeitar a água, a chuva, floresta, rios, montanhas e tudo. Então, o homem da cidade não sabe respeitar, nós sabemos respeitar a nossa floresta, por isso que vocês estão vendo esse verde. Se não tivesse indígenas no Brasil, vocês tinham acabado com tudo. É por isso que vocês estão acabando, derrubando floresta e poluindo, é isso que vocês querem?

Para mim acho que esse homem não existe aqui, existe homem espírito mal, não tem homem herói para cuidar de nós. Obrigado.

JOSÉ CARLOS GALIZA (liderança quilombola do Pará)

Sou da Coordenação da Malungu, Coordenação Estadual das Comunidades Quilombolas do Pará. Minha pergunta é para a Azelene. O governo brasileiro tem uma política para as comunidades quilombola, e como estamos falando de violação de direito e de acesso, queria perguntar o seguinte: os quilombolas têm o programa Brasil Quilombola, têm recursos em vários ministérios, e os quilombolas não conseguem acessar esses recursos. Eu comparo assim: é como você colocar um bebê no berço e colocar um brinquedo em cima para que ele se distrair, mas ele não pode alcançar. Eu comparo isso com a política que o governo hoje, em que a maioria dos quilombolas não consegue acessar esse recurso para poder melhorar suas vidas. A pergunta é: com os povos indígenas, como é a questão do acesso às políticas públicas?

MIRIAM ISCHIU (liderança indígena, Guatemala)

Ouvindo as irmãs indígenas, as análises que fazem, creio que é claro que o processo de consultas no Brasil não é uma proposta que surge das comunidades, coisa que só serve, as chamadas consultas prévias, somente servem de alguma maneira para aparentar que existe validação das comunidades para tudo o que o Estado quer fazer.

Creio que aí realmente está errado todo o processo, porque não só podemos pedir que o governo consulte as comunidades, mas também tem que ter o respeito ao consentimento da decisão que as mínimas comunidades realizam. Nesse sentido, creio que é bom que a Convenção 169, não seja vista de maneira isolada, legalmente, e sim vinculada às leis nacionais, as convenções internacionais. Mas também tem que reconhecer o próprio exercício de direito das comunidades porque elas também têm seu próprio processo.

São três níveis: o Estatal-nacional, o internacional, e o das próprias comunidades. Porque nós também temos as nossas formas de organização, que são próprias realmente. Nesse caso creio que realmente há uma violação dos direitos, quanto ao processo que se realiza. Lembrando da apresentação de ontem da Deborah, ela

dizia que não ia ser simples dizer não à implementação de um projeto que eles acreditavam convir para a maioria, eles mobilizam a comunidade.

Creio que aí há uma visão de falta de humanidade e de respeito aos direitos dessa comunidade, creio que aí sim está totalmente errado o governo quando pensa dessa maneira, porque está violando os direitos dos povos indígenas e das comunidades afro-descendentes.

Dentro de todo processo é preciso analisar também o processo histórico, o contexto nacional e internacional que afetam diretamente as comunidades. Eu creio que no caso da Guatemala realmente é uma luta para que as consultas sejam validadas, sejam respeitadas e que de alguma maneira essa vinculação que se tenha com o Estado não seja que eles tenham que promover as consultas, porque vão nos consultar sobre algo que já está decidido por eles. Isso não pode ser, porque senão isso é validar algo que já está preparado, nos apresentam um prato e nos dizem que tiraram algumas coisas que não queremos, mas afinal é a própria receita que eles vão dar, e não realmente o que nós estamos promovendo.

Tem toda razão o companheiro indígena que falou: realmente, nós, os povos indígenas, somos os que têm mantido a defesa da Mãe Terra, que é afinal quem nutre toda a vida no planeta, e creio que isso é uma reflexão que devemos ter todos, e não nos deixarmos influenciar pela falta de humanidade e a violação dos direitos que se promove nas entidades estatais, e também as outras entidades transnacionais, que afinal são as que buscam seu próprio benefício, a nível individual.

PAULINO (procurador federal do Incra em Sergipe)

Sou Procurador Federal em Sergipe, sou responsável pelo acompanhamento dos reconhecimentos de territórios quilombolas lá em Sergipe. E eu me sinto muito à vontade em lidar com esses direitos de povos e comunidades tradicionais, direitos étnicos, porque sou descendente de ciganos então vou defender um pouco o meu povo aqui.

Gostaria de falar duas coisas, uma com relação à fala da Azelene. Eu conheço pessoalmente o Ministro Aires Brito e quando ele disse que não precisamos de instrumentos internacionais, o que ele quis dizer é que nós já temos instrumentos necessários para a garantia dos povos indígenas, e não que nós não precisemos

recorrer a direitos internacionais. Eu acho que essa é uma questão de reparação justa para se fazer ao voto do ministro.

Em segundo lugar, eu acompanho a ADIN do Democratas contra o Decreto 4.887/2003 desde a sua petição inicial, e com todo respeito ao advogado que subscreveu essa ADIN, tem coisas absolutamente risíveis. Por exemplo, eles defendem a idéia que o remanescente quilombola para ter direito ao seu território tradicional, é preciso que ele esteja ocupando aquela terra durante cem anos, ou seja, o Código Civil prevê cinco, dez e quinze anos para aquisição originária da propriedade através do usucapião, e ele defende cem anos. Eu acho que não tem nenhum cabimento e essa ação realmente não vai prosperar.

Respostas da mesa

LÉLIO BENTES (ministro perito OIT)

Em relação às provocações que foram feitas, no que diz respeito a minha opinião no tocante às comunidades quilombolas, há uma regra da Comissão de Peritos, e eu não posso me pronunciar sobre um caso em andamento. Mas reitero o que eu já disse, que no caso da Colômbia, examinado no ano passado, nós examinamos exatamente comunidades de ascendência africana, e não houve nenhuma dificuldade em considerar esse caso da Colômbia sob a ótica da Convenção 169, ou seja, parece-me que a perspectiva é animadora, desculpe, eu não posso ir além disso.

Se me permitem uma observação sobre os relatórios que são encaminhados pela sociedade civil, isso foi abordado com muita propriedade pela Fernanda e pela Aparecida, é importantíssimo que esse relatório chegue o mais rápido possível à OIT, porque nós temos um problema lá que é o idioma, as línguas da OIT são espanhol, francês e inglês, então há certa demora na tradução e esse encaminhamento é muito oportuno. A interlocução com a OIT se dá por meio do Ministério do Trabalho e Emprego, e aí se percebeu que há certa falha na comunicação, como a Aparecida ressaltou, com as outras instituições que deveriam levar ao Ministério do Trabalho esses dados para que pudessem ser informados à OIT. Acho que isso precisa ser urgentemente corrigido, isso acontece em outros países também, mas de fato aqui fica bastante evidente.

Houve uma colocação relativa à definição de trabalhadores em face dos empregadores, se não me engano pelo representante da Guatemala. Na verdade, a OIT se ocupa de trabalhadores de um modo geral, independentemente de terem ou não uma vinculação com o empregador, tanto que temos convenções que tratam especificamente da proteção dos pequenos produtores rurais. Então essa proteção se estende sim para todas as comunidades que tenham trabalhadores e é o caso das comunidades indígenas e quilombolas.

Por último, só uma retificação de informação para que não haja nenhuma dúvida, quando eu referi à discussão que ocorre hoje no Supremo Tribunal Federal no tocante à necessidade de ouvir o Congresso Nacional para a denúncia de uma Convenção, eu me referia à Convenção 158. Não há nenhum procedimento felizmente, até agora de desafio à constitucionalidade da Convenção 169. O que se discute é, no caso que mencionei, a inconstitucionalidade da Convenção 158 sobre despedida arbitrária.

AZELENE KAINGÁNG (palestrante, Instituto Warã)

Eu quero iniciar pelo seu comentário, talvez não nessas palavras, mas no voto do Ministro Britto do STF existe sim uma menção negativa à questão dos instrumentos internacionais, e se eu não me engano, é em relação à Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Eu não sei se existe essa especificidade, mas existe sim no voto dele uma menção um tanto, não diria pejorativa, mas negativa sobre a não necessidade de instrumentos internacionais. Até considerando isso que você falou, de que ele acha que a legislação interna é suficiente para garantir, no que eu discordo plenamente.

A experiência, não só sobre essa questão de políticas públicas, mas sobre os recursos destinados aos povos indígenas, que você falava que para os quilombolas, que vocês não têm como acessar. Nós temos algumas experiências de acesso dos povos indígenas a recursos para a execução de políticas públicas, um deles extremamente desastroso, que é a política de saúde indígena. Algumas das grandes organizações indígenas no Brasil assumiram e receberam recursos para a execução da política de saúde para os povos indígenas, e foi um desastre, por quê? Porque

assumir um papel que é do Estado, do governo, que é de implementação de políticas e nós como “clientela” assumirmos o papel de execução é muito complicado. Primeiro, nós não estávamos preparados para isso, e o próprio governo não qualificou as organizações indígenas para a execução dessas políticas. Repassaram para essas organizações que se propuseram, a responsabilidade de execução, mas não as qualificaram tecnicamente para poder executar a contento a política de saúde. Então algumas organizações tiveram acesso a recursos, a minha particularmente não teve, porque achamos que esse é um dever do Estado. Quando você passa a assumir a execução da política, você fica muito frágil no processo de reivindicação, de luta, enfim, de avanço na conquista do direito dos povos e nós tivemos algumas experiências que foram bastante desastrosas.

Gostaria de agradecer à Fernanda Franco, da Oxfam, que contribuiu enormemente para a realização e concretização desse informe dos povos indígenas, enviado para o OIT. Esse informe na verdade está dentro de um projeto chamado “Protagonismo dos povos indígenas brasileiros através de instrumentos internacionais de direitos humanos”, que é um projeto cofinanciado por Oxfam e Comunidade Européia.

MARIA APARECIDA MENDES (palestrante, Conaq)

Nós ainda não sabemos o número preciso da população quilombola do país, haja vista que estamos lutando com o IBGE para fazer esse levantamento oficial no Brasil. Mas até para isso enfrentamos uma dificuldade porque a bancada ruralista chega primeiro nas comunidades quilombolas e aí pegam as pessoas menos informadas e incentivam ao processo de não aceitação da suas própria identidade, infelizmente ainda tem muito isso. Sabemos que vamos enfrentar dificuldade também para fazer esse levantamento, mas estamos também na luta.

A maioria dos quilombolas mora nas comunidades rurais. Existem alguns quilombos urbanos mas na maioria são rurais, principalmente muitos deles distantes das capitais, haja vista que no processo de escravidão o povo quilombola adentrou muito no interior. Vivemos na maioria das vezes da produção da agricultura familiar, agricultura de subsistência já que os nossos territórios estão grilados pelos

latifundiários, e trabalhamos muito na produção artesanal, temos uma cultura, temos a nossa alimentação típica.

E ultimamente, com os programas do governo que ele tanto divulga lá fora, que está reduzindo a pobreza, na verdade existem algumas comunidades que são beneficiadas por esses programas, o bolsa-família, a sacola, enfim, essas coisas que não podemos dizer que não queremos, mas que sabemos que seria melhor com o investimento e a valorização das potencialidades existentes nas comunidades, no sentido de valorizar o que têm e transformar em renda para essas comunidades. E quero agradecer ao Zé Carlos Galiza porque ele colocou algo que eu esqueci de dizer aqui que é o acesso às políticas públicas do programa Brasil Quilombola e o da Agenda Social Quilombola, que está lá divulgado bonitinho, mas ficou no papel colorido, e as comunidades permanecem na situação em que sempre estiveram.

O direito de consulta prévia no Brasil

ARTIGO

Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais. A consulta de matérias legislativas no Brasil

Biviany Rojas Garzón

Só agora, há mais de 20 anos da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo uma mudança do marco institucional da relação Estado/povos indígenas, é que ficam evidentes os verdadeiros desafios de levar a sério e implementar os direitos reconhecidos a esses povos no ano de 1988.

A demarcação de terras começa a incomodar seriamente os mais poderosos setores do país. Há uma sensação generalizada de certo “exagero” nos direitos reconhecidos aos índios, parece que entre os cálculos dos constituintes ninguém imaginou que a porcentagem de terras indígenas efetivamente demarcadas poderia superar 10 % do território nacional, e muito menos imaginou que além de terras, os índios iriam querer participar diretamente (sem nenhum tipo de intermediário ou de tutela) das decisões políticas e econômicas que comprometem seu futuro e do país. Hoje já não é mais brincadeira, nem coisa de índio vestido com penas, trata-se da questão de geração de energia hídrica na Amazônia, do desmatamento evitado e da balança comercial negativa pela baixa nas exportações de soja.²⁰⁷ Os assuntos a tratar com os índios não se limitam mais a temas exóticos e isolados, e isso está mudando o apoio político sobre os direitos outrora a eles reconhecidos.

207 Vale à pena lembrar que: “O Brasil tem uma extensão territorial de 851196.500 hectares, ou seja, 8.511.965 km². As terras indígenas (TIs) somam 632 áreas, ocupando uma extensão total de 110171544 hectares (1101715 km²). Assim, 13% das terras do país são reservados aos povos indígenas. A maior parte das TIs concentra-se na Amazônia Legal: são 405 áreas, 108.211140 hectares, representando 20,67% do território amazônico e 98,61% da extensão de todas as TIs do país. O restante, 1,39% , espalha-se pelas regiões Nordeste, Sudeste, Sul e estado do Mato Grosso do Sul” (destaque fora do texto). Mais informação sobre as terras indígenas do Brasil e sua caracterização ver: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/localizacao-e-extensao-das-tis>

O objetivo específico deste artigo é discutir a aplicação de um direito de natureza principalmente política, o direito de consulta sobre decisões legislativas que afetam diretamente não só os povos indígenas, como também os povos quilombolas e as comunidades tradicionais do Brasil, aos quais, da mesma forma que aos povos indígenas, a legislação nacional confere direitos especiais²⁰⁸ em virtude de sua particularidade cultural.

O mencionado direito de consulta foi consagrado pela primeira vez no Brasil na Constituição Federal de 1988, no parágrafo 3o do artigo 231, referente a povos indígenas e a necessidade de autorização do Congresso Nacional para exploração de recursos minerais e do potencial hidrelétrico nas terras destes povos.²⁰⁹ Posteriormente, o direito de consulta como princípio geral foi incorporado na legislação nacional mediante a ratificação da Convenção 169 da OIT, a qual trata do mesmo dispositivo ampliado para povos tribais (quilombolas e comunidades tradicionais no caso do Brasil).²¹⁰ Finalmente, o direito de consulta foi reiterado recentemente na Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas (DDPI) aprovada pela Assembléia Geral dessa organização em setembro de 2007, com voto favorável do Brasil.²¹¹

208 O conceito de direitos especiais tem ampla justificativa e desenvolvimento internacional no sentido de medidas necessárias para restabelecer a equidade entre grupos sociais historicamente discriminados. Assim manifesta-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos Saramaka vs. Surinam de 28/ 11/ 2007 sobre direitos de comunidades quilombolas no Surinam: *"Dentro del derecho internacional en general, y en el derecho interamericano especificamente, se requiere de protección especial para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plena e equitativamente con el resto de la población. Además quizás sea necesario establecer medidas especiales de protección para los pueblos indígenas a fin de garantizar su sobrevivencia física y cultural- un derecho protegido en varios instrumentos y convenciones internacionales."* (grifos nossos)

209 Ao respeito do reconhecimento por parte do Estado brasileiro da identidade do dispositivo do parágrafo 3o do artigo 231 da CF com a cláusula de consulta legislativa, ver "Primeiro Relatório sobre o cumprimento da Convenção No. 169 sobre populações indígenas e tribais- Organização Internacional do Trabalho - OIT" no qual o governo menciona: *"A consulta aos povos interessados está prevista na legislação nacional como necessária nos casos em que a população indígena seja afetada, a exemplo do artigo 231, 3 CF de 1988"*

210 A Convenção No. 169 foi ratificada pelo Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo No. 143, em 20 de junho de 2002, que foi depositado na Diretoria Executiva da OIT, em 25 de julho de 2002, sendo, segundo as regras da OIT, considerado em vigência no país em julho de 2003.

211 O Brasil participou ativamente na aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos fundamentais dos povos indígenas como descreve o texto a seguir: *"O Estado brasileiro declarou, ainda no Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 2006, que não havia dúvida de que a Declaração era uma reafirmação do compromisso da comunidade internacional para garantir o gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, e para respeitar o valor das culturas e identidades indígenas. Após votar a favor da aprovação da Declaração, em 2007, o representante do governo brasileiro manifestou que o texto adotado pelo Conselho de Direitos Humanos era o mais hábil para lidar com os assuntos em questão, e que por isso não deveria ter sido reaberto à discussão, mas recebeu com satisfação o novo texto e votou pela sua aprovação. A delegação brasileira na ONU ainda ressaltou que o exercício dos direitos dos povos indígenas é consistente com a soberania e integridade territorial dos Estados em que residem. Ao mesmo tempo, afirmou que os Estados deveriam ter sempre em mente seu dever de proteger os direitos e a identidade de seus povos indígenas"*. In: UNESCO, UNICRio e Instituto Socioambiental (ISA), "Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: perguntas e respostas". Brasília, setembro de 2008. Pp 7. <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001627/162708POR.pdf>

Tanto essa Declaração como a Convenção 169 da OIT, estão plenamente vigentes no ordenamento nacional, com a hierarquia que lhe corresponde aos dispositivos que dizem respeito à dignidade humana.²¹²

Ou seja, o direito de consulta legislativa ao qual estamos fazendo referência, é o tipo de direito que não carece de fonte, que tem sua mais ampla expressão totalmente definida em diversos instrumentos jurídicos das mais altas hierarquias, mas que ainda não consegue ser adequadamente aplicado em nenhum lugar do continente do qual se tenha notícia.

Superar a brecha entre o reconhecimento do direito de consulta e sua aplicação é sem dúvida o maior desafio atual tanto para o Estado como os povos envolvidos. Os mecanismos para sua aplicação terão que combinar estratégias que vão, desde o exercício imediato do direito de consulta, apelando à vigência da cláusula geral que já descreve seus parâmetros básicos, até a elaboração e adoção de sua regulamentação concreta, a qual necessariamente terá que ser produto de uma adequada aplicação deste mesmo direito.²¹³

A consulta de decisões legislativas que afetam povos indígenas e tribais também pode ser vista como o dever que tem o Poder Legislativo de consultar aos direitos destinatários das normas por eles promulgadas.²¹⁴ Assim colocado o conteúdo principal do direito de consulta fica evidente como ele é um princípio básico do regime democrático, e, portanto, não é nada além da qualificação dos mecanismos de democracia representativa que estão em prática já faz tantos anos

212 Ao respeito da hierarquia das normas internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro Celso de Mello manifestou em Habeas Corpus 87585-8 de 2008: *"Apos detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional"* (grifos nossos)

213 Sobre a obrigatoriedade de consultar e o próprio processo de regulamentação do direito de consulta, a Comissão de Peritos da OIT tem tido a oportunidade de se manifestar em repetidas oportunidades sobre o assunto, só pra dar um exemplo vale a pena citar as observações realizadas pela Comissão ao governo da Colômbia por ter adotado um regulamento de aplicação do direito sem previa consulta com os destinatários do mesmo. Assim no relatório do processo GB.276/17/1 e GB. 282/14/3 a OIT afirma: *"El Comité considera que el Decreto num1320 de 1998, cuyo objetivo explicito es de reglamentar " la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación dentro de su territorio" constituye una medida legislativa susceptible de afectar directamente a dichas comunidades. Por lo tanto, del artículo 6, inciso 1, apartado a) claramente se desprende la obligación de consultar con los pueblos indígenas del país antes de la adopción y promulgación de dicho decreto"*.

214 A colocação do direito de consulta como obrigação do Estado é uma proposta interpretativa da advogada Isabela Figueroa, quem tem aprofundado doutrinariamente na matéria para América do Sul.

no Brasil e no mundo. Por essa mesma razão ninguém deveria se surpreender, ou tratar o tema como totalmente novo, e menos ainda como um atentado contra a instituição legislativa ou a democracia representativa, muito pelo contrário, o direito de consulta aplicado às matérias legislativas aperfeiçoa o sistema representativo e materializa a evolução natural do regime democrático em sociedades plurais como a brasileira.

A única inovação impressa neste direito e realmente importante é aquela que faz referência ao reconhecimento da natureza diversa de seus beneficiários, à incorporação de novos sujeitos coletivos de direitos fundamentais que são os povos indígenas e tribais, uma categoria que foge das regras tradicionais, acostumadas a lidar com pessoas físicas e/ou jurídicas e que dificulta sua compreensão tanto para executores como para operadores jurídicos que não conseguem interpretar adequadamente os novos sujeitos e as novas regras.

A principal demanda do direito de consulta é pela criatividade, pela flexibilidade e adaptação das regras, dos procedimentos, dos espaços, os tempos, o reconhecimento das diversas representações, das diversas formas de debater, pensar e decidir, mas, sobretudo, do respeito mútuo pelos acordos, pelo valor moral da palavra devidamente construída de lado e lado da conversa.

É importante entender que a consulta é fundamentalmente um direito *processual*, sua importância material sempre será decorrente dos direitos substanciais objetos de decisão. Seu valor como direito isolado não vai além de garantir as *formas* que melhor representem uma relação bilateral respeitosa que *visa obter um acordo* entre partes que têm competência para se obrigar mutuamente.

Muito já tem sido discutido sobre este direito, mas a maior parte dos debates fica estagnada em discussões abstratas relativas ao poder de veto que os beneficiários do direito devem ou não ter sobre o conteúdo das decisões que são consultadas. Debates que abstratamente carecem de todo sentido, porque o fato de que decisões administrativas e legislativas afetem um povo, não que dizer que elas envolvem os mesmos direitos em ponderações similares para ter conseqüências jurídicas idênticas. A consulta deve garantir um poder de influência dos povos indígenas sobre as decisões que lhes afetam, mas o peso dessa influência não pode

ser absoluto, menos ainda se tratando de sociedades plurais nas quais nenhum grupo deve ter o poder de se impor sobre os demais. Assim, o poder de influência que devem ter os consultados sobre cada decisão sempre dependerá dos direitos materiais nela envolvidos.

Não deveria ser igualmente avaliado o poder de influência da opinião de um povo quando o direito em questão é seu território, de quando a decisão é, por exemplo, sobre política nacional de educação bilíngüe para povos indígenas do país todo. São coisas de natureza distinta, que envolve direitos materiais muito diferentes e que pondera valores incomensuráveis. Assim é impossível falar abstratamente de poder de veto ou de obrigação de consentimento, o alcance jurídico do valor da opinião consultada terá sempre que ser avaliado com os direitos substanciais que envolvem a decisão objeto de consulta.

Vale à pena citar um breve trecho da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos de novembro de 2007, no que se refere à obrigação de consulta do Estado do Suriname para obter o consentimento²¹⁵ do povo quilombola Saramaka, a respeito da construção de uma grande hidrelétrica em território deste povo.

“138. Es más significativo aún mencionar que el Estado (Surinam) reconoció, asimismo, que el “nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión”. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la con-

215 Ultimamente o *direito de consulta* vem sendo chamado de *direito ao consentimento*, como uma forma de reformular e superar as interpretações mal intencionadas que fizeram de sua aplicação vulgar eventos de legitimação de decisões autoritárias, que tem sido impostas aos povos indígenas e tribais em diferentes países do próprio continente americano. Muitas, vergonhosas e inegáveis têm sido as experiências nesse sentido. Para ser honesto, hoje o conceito de consulta está muito desacreditado nos movimentos latino-americanos e por isso já ninguém gosta de usar essa palavra para fazer referencia ao direito legítimo de participação efetiva que tem os povos indígenas e tribais das decisões que os afetam diretamente. Agora, o fato político do direito estar desacreditado não pode, nem deve levar a confusões conceituais. Este artigo se afasta deliberadamente do que considera um falso debate entre *consulta* e *consentimento*, entendendo que tanto um como outro fazem referencia ao mesmo direito legítimo de *participação política*, e que o conceito de *consentimento*, não é mais que um efeito jurídico possível, e muitas vezes necessário (como o evidencia o caso Saramaka), de um processo de consulta, mas que de nenhuma maneira trata-se de um direito de natureza diferente ao de consulta. Algumas colocações do debate atual pretendem contrapor de forma excludente o direito de consulta, assimilado a Convenção 169 da OIT, ao direito de consentimento, relacionado com a DDPI, o que é um absoluto erro político e de interpretação jurídica. Nada mais contrario ao espírito de ambos instrumentos internacionais, os quais são totalmente compatíveis e complementares no referente ao direito de participação política dos povos e aos instrumentos por eles definidos para tal efeito como o é o direito de consulta, seja ela para chegar a um acordo ou para obter o consentimento dos direitos afetados por uma decisão concreta.

sulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblos Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblos Saramaka, según sus costumbres y tradiciones”.

A decisão da Corte evidencia como existem casos nos quais os direitos envolvidos na decisão consultada são tão fundamentais que não existe nenhuma dúvida de que é impossível adotar uma decisão dessa magnitude sem obter o consentimento do povo, já que nesses casos o que está em jogo não é o direito de consulta, é o direito à sobrevivência física e cultural desse povo, nem cabe o debate relativo ao poder de veto ou não da consulta, não é mais uma questão de participação, é um problema de sobrevivência e por isso é impossível confundir ambas as coisas.

Rodolfo Stafenhagem como relator Especial da ONU para povos indígenas afirmou: *“es esencial el consentimiento libre previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas con relación con grandes proyectos de desarrollo”*, é evidente que você não pode dissociar a consulta e seu efeito jurídico dos direitos envolvidos na decisão consultada, porque em alguns casos ela terá implícita a obrigação de obter o consentimento dos direitos afetados como pré-requisito iniludível, mas em outros não necessariamente.

Quando os casos de consulta são cuidadosamente analisados, sem cair em generalizações abusivas, é possível perceber que o debate abstrato referente ao veto não é fecundo e desloca o direito de consulta de sua natureza procedimental, outorgando-lhe muito mais importância (mero procedimento) do que aos direitos materiais em discussão, o que é totalmente errado. Por isso é importante manter clareza de que na consulta nada é mais importante que os procedimentos, mas que no resultado jurídico dos procedimentos de consulta nada pode ser mais importante que os direitos substantivos nela ponderados, ao final, ela (a consulta) não deve ser transcendente que o assunto ao qual ela está servindo.

Agora, além dessa discussão sobre o veto, tem muitas outras questões relativas às características básicas desse direito sobre os quais se tem avançado na jurisprudência internacional e que valem a pena trazer como subsídios para promover o debate brasileiro no que diz respeito ao seu exercício imediato e sua futura regulamentação como parte do procedimento ordinário de debate e aprovação de leis federais.

Algumas coisas podem ser colocadas sobre o exercício imediato do direito de consulta de decisões legislativas no Brasil, a partir das cláusulas gerais definidas no artigo 6o da Convenção 169 da OIT, e no artigo 19 da DDPI, e dos parâmetros mínimos para sua aplicação que têm sido interpretados na escassa, mas existente, jurisprudência nacional, em experiências dos países vizinhos e da jurisprudência internacional e regional a respeito.

É importante compreender que a regulamentação desse direito é uma questão de aprimoramento jurídico e não um requisito para sua aplicação, já que todos os elementos básicos que o definem como tal estão colocados nas normas gerais referidas anteriormente²¹⁶ e seu desafio consiste na sua verdadeira implementação.

A consulta legislativa no Brasil

Quando se fala de medidas legislativas que devem ser consultadas com os povos indígenas, imediatamente se pensa em leis de caráter geral que têm o poder de afetar aos povos indígenas de todo o país, mas no caso do Brasil, além destas leis gerais ou particulares, o Congresso Nacional tem a competência de adotar medidas referentes à autorização de exploração de recursos minerais e do potencial hidrelétrico dos rios em terras indígenas, o que permite que decisões emitidas pelo Congresso Nacional afetem particularmente alguns povos indígenas e suas terras. Esta condição da legis-

216 A OIT é clara ao insistir em que o direito de consulta é de aplicação direito e não precisa ser regulamentado internamente para seu exercício. Assim no processo GB. 282/14/3 afirma: *“El Comité observa que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que e prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente, asi como la obligación del gobierno de consultar previamente con los pueblos interesados, nace directamente del Convenio num169 y no del reconocimiento de este derecho en la legislación nacional”.*

lação brasileira é totalmente inédita no continente e outorga ao Poder Legislativo um papel fundamental na interlocução do Estado com os povos indígenas, o que faz muito mais relevante e pertinente esta discussão no Brasil.

Na continuação trataremos da obrigação de consulta prévia com os povos indígenas por parte do Congresso Nacional, tanto com relação às decisões específicas para a autorização de exploração de recursos naturais em terras indígenas, como com relação às decisões de caráter geral emitidas através de leis federais que afetam diretamente aos povos indígenas de todo o Brasil.

A consulta prévia aos povos indígenas e a autorização do Congresso Nacional para a exploração de recursos naturais em terras indígenas

O artigo 231 da CF dispõe no seu §3º que:

“O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurado participação nos resultados da lavra, na forma da lei.” (grifos nossos)

A mencionada disposição constitucional inaugura o princípio da consulta prévia na América Latina, e apesar de não ter sido ainda amplamente aplicado, existe jurisprudência nacional que tem clarificado o que implica a mencionada obrigação para o Congresso Nacional, e como esta deve ser implementada em harmonia com a toda a legislação nacional e internacional vigente.

Os elementos questionados no processo de autorização do Congresso Nacional de exploração de recursos naturais em terras indígenas vão desde a necessidade da existência de leis complementares prévias a qualquer autorização, até a oportunidade para consultar os povos diretamente afetados, assim como a competência e o papel de entidades indigenistas (Funai) ambientais (Ibama) neste tipo de processo.

Devido à escassez de casos relativos a estas normas no judiciário, a jurisprudência no Brasil é pouca, mas contundente, definindo regras de interpretação que podem ser resumidas como aparece abaixo:

A primeira constatação da jurisprudência sobre o tema é que a consulta aos povos indígenas afetados deve ser prévia à autorização de Congresso Nacional para a exploração de recursos naturais. Assim vale a pena citar decisão do Tribunal Regional da 1a Região sobre autorização do Congresso Nacional para a Construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte a ser implementada no rio Xingu: “Nesse aspecto, a ausência da norma expressa sobre o momento da oitiva das comunidades afetadas nos induz a olhar a lógica das coisas e não os interesses em conflito.

A lógica indica que o Congresso só pode autorizar a obra em área indígena depois de ouvir a comunidade. Por outro lado, só pode proceder à consulta depois que conhecer a realidade antropológica, econômica e social das comunidades que serão afetadas pelos impactos ambientais.

Dalmo Dallari, no Informe Jurídico da Comissão Pró-Índio (Ano II, nº 9 a 13, abril a agosto de 1990), quanto ao momento da consulta prevista no § 3º do art. 231 da CF/88, faz observações inteiramente pertinentes a hipótese *sub judice*:

“Não é pura e simplesmente ouvir para matar a curiosidade, ou para se ter uma informação irrelevante. Não. **É ouvir para condicionar a decisão.** O legislador não pode tomar uma decisão sem conhecer, neste caso, os efeitos dessa decisão. Ele é obrigado a ouvir. Não é apenas uma recomendação, é na verdade, um condicionamento para o exercício de legislar. Se elas (comunidades indígenas) demonstrarem que será tão violento o impacto da mineração ou da construção de hidroelétrica, será tão agressivo que pode significar a morte de pessoas ou a morte da cultura, cria-se um obstáculo intransponível à concessão de autorização.”

Sendo a oitiva das comunidades afetadas um antecedente condicionante à autorização, é inválida a autorização do DL 788/2005. Não se autoriza para depois se consultar. Ouvem-se os indígenas e depois autoriza-se, ou não.
(grifos nossos)

Apesar da Desembargadora Federal SELENE MARIA DE ALMEIDA anotar a ausência de norma específica para identificar a oportunidade da consulta, é importante lembrar a Convenção 169 da OIT está plenamente vigente no Brasil e que nela fica claro que a consulta sempre deve ser **prévia** à decisão que afeta os povos indígenas, sendo ao contrário, uma simples notificação e não um processo de participação da tomada de uma decisão que lhe afeta indiscutivelmente um povo ou comunidade específica.²¹⁷

A jurisprudência também reforça a competência exclusiva do Congresso Nacional para o cumprimento deste mandado constitucional. Ou seja, o parágrafo 3o do artigo 231, impõe uma obrigação de tal importância ao Congresso Nacional que não existe nenhuma razão para pensar que esta pode ser transferível para o Poder Executivo. Assim, na mesma decisão relativa à Usina de Belo Monte, o TRF da 1a Região afirma:

“A primeira constatação que se tem da mera leitura do § 3º do art. 231 das CF/88 é a obrigatoriedade da consulta às comunidades indígenas afetadas. A hipótese não é de faculdade do Congresso Nacional. O constituinte ordenou que sejam “ouvidas as comunidades afetadas para que participem da definição dos projetos que afetarão suas terras e seu *modus vivendi*”.

A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto de construção. Não há se falar em consulta à Funai a qual poderá emitir parecer

²¹⁷ Neste ponto é importante lembrar que o STF reconhece nos tratados internacionais como as convenções da OIT fonte importante de interpretação das normas internas sobre a matéria. Por exemplo: “A Convenção 126 da OIT reforça a arguição de inconstitucionalidade: ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação” (ADI 1675- MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 24-9-97, DJ de 19-9-03)

sobre o projeto, mas não substitui a vontade dos indígenas. Portanto, a consulta é intuito personae.

Essa problemática não está sendo discutida neste agravo, mas sua abordagem esclarece a intenção do legislador no tema do aproveitamento dos recursos naturais em terra indígena.

Assim como a comunidade indígena não pode ser substituída por outrem na consulta, o Congresso Nacional também não pode delegar o ato. É o Congresso Nacional quem consulta, porque é ele que tem o poder de outorgar a obra. Quem tem o poder tem a responsabilidade pelos seus atos.

A audiência às comunidades faz-se na área que será afetada. Uma representação parlamentar pode ouvir diretamente as lideranças indígenas, avaliar diretamente os impactos ambientais, políticos e econômicos na região. Esta é a coisa certa a se fazer." (Grifos nossos)

Vale à pena destacar a menção que o Tribunal Regional faz da importância de que a consulta seja feita com as **comunidades ou os povos diretamente afetados** sem a necessária presença de intermediários como a Funai e preferivelmente na área que será afetada. Quem melhor que o mesmo povo que sofrerá as conseqüências da decisão para discuti-la e influenciar. De fato decisões jurisprudenciais como a mencionada, vem discutindo qual deve ser o novo papel da Funai após o fim a regime tutelar com a CF de 1988. Enfatizar o fato de que são os povos indígenas os que falam por si mesmos é fundamental para adequada implementação do mecanismo de consulta no Brasil, por essa razão a anotação sobre o papel da Funai no atual contexto jurídico, cujo assunto ainda não está totalmente definido e que deve ser urgentemente abordado tanto pelo governo como pelo movimento indígena.

Adicionalmente, é importante chamar a atenção sobre o critério colocado na jurisprudência com relação à identificação da entidade competente para realizar uma consulta. A decisão do STF é clara ao afirmar que somente é competente

aquela entidade que tem o poder de decisão. Ao final, é o Congresso Nacional quem autoriza ou não e careceria de sentido que a consulta fosse realizada por uma entidade que nada tem a dizer no momento da decisão final como o é o Ibama ou a Funai, ambos órgãos do Executivo.

Um último elemento contido na jurisprudência do TRF da 1ª Região que vem sendo citada é o relativo à natureza política da consulta prévia e sua diferença substancial com mecanismos de participação dentro de processo de licenciamento ambiental como o são as audiências públicas. Assim o TRF da 1ª Região afirma que:

“Em parecer que acompanhou o memorial, o ilustre jurista Edis Milaré afirma que o momento da oitiva das comunidades indígenas afetadas coincide com a audiência pública prevista no art. 3º da Resolução Conama 237/97.

Certamente a audiência pública do EIA constitui o foro adequado criado pelas normas ambientais para propiciar a todo cidadão e instituição a oportunidade de informar-se, questionar, criticar, condenar, opor, enfim, adotar a posição que julgar oportuna face ao empreendimento pretendido.

Mas não se confunde a consulta aos interessados, no caso do EIA, e a oitiva às comunidades indígenas prevista no § 3º do art. 231 da CF/88.

Ademais, a norma Constitucional acima referida está inserida no texto relativo aos índios e fala **exclusivamente de aproveitamento dos recursos hídricos**, incluídos os potenciais energéticos em terra indígena. É lógico que o Congresso, no caso, ouve as comunidades afetadas e não todo e qualquer um. Se a obra atingirá outras comunidades que não as indígenas, elas serão ouvidas, mas sobre os impactos ambientais em terras indígenas, manifestam-se os índios.

A Funai, os índios, os ribeirinhos, as comunidades urbanas, ambientalistas, políticos, religiosos etc., todos podem ser ouvidos em audiência pública inserida no procedimento de licenciamento ambiental.

Contudo, não é do ponto de vista do Direito Constitucional, se confundir a consulta dos índios – da competência do Congresso Nacional –, com a audiência pública referida na Resolução Conama 1/86 e regulamentada pela Resolução 9/87. A audiência pública realizada pelo Ibama para colher subsídios tem natureza técnica. A consulta do Congresso tem por objeto subsidiar a decisão política.” (Grifos nossos)

Esta precisão conceitual entre audiência pública e consulta constitucional aos índios é fundamental para diferenciar os processos de licenciamento ambiental como aqueles que levam em consideração critérios técnicos e os processos de participação política, nos quais os critérios escapam de laudos e especialistas. Na consulta, as decisões políticas devem ser construídas pelas personalidades políticas competentes e os pareceres técnicos deverão guardar seu adequado lugar como subsídio e não como protagonista da decisão final.

A consulta prévia para a expedição de leis federais que afetam povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais

Assim como existem decisões adotadas pelo Congresso Nacional que afetam pontualmente só alguns povos indígenas e a CF dispõe de consultas específicas, também existe a obrigação de consulta sobre medidas legislativas em termos. Neste segundo caso estamos falando especificamente da consulta nos termos da Convenção 169 da OIT (e para os povos indígenas do artigo 19 da DDPI), ou seja, da obrigação do Congresso Nacional de consultar no âmbito nacional aos povos indígenas, quilombolas e tradicionais que o Estado brasileiro reconhece como grupos social e culturalmente diferenciados da maioria da população brasileira.

Antes de discernir sobre detalhes e procedimentos de aplicação desse direito dentro do trâmite legislativo é fundamental discutir sobre o tipo de decisões legislativas que estão sujeitas a esta condição, já que tanto indígenas como quilombolas e membros de comunidades tradicionais são primeiramente cidadãos

brasileiros aos quais são destinadas às leis produzidas no Congresso Nacional. Por isso é necessário identificar critérios que permitam definir o âmbito de aplicação do procedimento de consulta legislativa, ou seja, os temas que necessariamente deverão ser consultados por afetar os povos interessados antes de serem aprovados como lei no Brasil.

Claramente não podem ser todas as medidas legislativas – que de uma ou outra forma afetam os povos interessados – as que estão sujeitas à obrigação de consulta. Nada mais desproporcionado e afastado do objetivo desse direito, que propõe a discussão de medidas de afetação direta aos povos indígenas e tribais, especialmente aquelas decisões adotadas pelo parlamento precisamente em razão da particularidade social, cultural e econômica que estes povos representam. Sobre este tema específico já existe ampla jurisprudência em países vizinhos como Colômbia, no qual a Corte Constitucional deste país teve a oportunidade de se pronunciar sobre várias ações de inconstitucionalidade de todo tipo de leis por ausência de consulta com os povos indígenas e afro-descendentes.²¹⁸

Com relação às decisões de caráter geral, que afetam em igual medida os povos interessados e demais brasileiros, a Convenção 169 dispõe a obrigação do governo de garantir as medidas necessárias para que a participação política dos povos interessados se faça pelo menos em igual proporção que os demais segmentos do resto da população nacional e em todos os níveis de tomada de decisões (literal b, numeral 1o do artigo 6º da Convenção 169 da OIT).

Vários têm sido os critérios discutidos para definir o limite entre as medidas legislativas sujeitas à consulta e aquelas que, mesmo afetando os povos interessados, pela sua natureza geral não estão condicionadas ao cumprimento desta obrigação. Entre as diferentes propostas jurídicas, vale à pena trazer para a reflexão no Brasil os critérios definidos pela jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, tribunal supremo da América do Sul que mais tem discutido o tema na hora de aplicar o artigo 6o da Convenção 169 como condicionante do tramite legislativo. Assim, esta Corte tem manifestado que:

218 Para ver uma linha de jurisprudência completa sobre o tratamento da obrigação de consulta sobre matérias legislativas derivada da Convenção 169 da OIT na Colômbia, pode consultar o endereço: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=node/20

“(.) la obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, y que dicho deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades. Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.”²¹⁹(grifos nossos)

Com relação aos critérios relativos à identificação da especificidade de afetação das medidas legislativas que devem ser submetidas à consulta prévia, dois critérios mencionados na citação transcrita merecem destaque: por um lado, aquele que faz referência à obrigatoriedade da consulta quando se trata de medidas legislativas que desenvolvem dispositivos da Convenção 169 da OIT, ou seja, todas aquelas medidas especificamente relacionadas com o desenvolvimento dos direitos diferenciados reconhecidos aos povos indígenas e tribais – relativos a educação, saúde, território, recursos naturais, condições trabalhistas, penais etc. – que deverão necessariamente ser consultados, por regulamentar a aplicação da mencionada Convenção no Brasil.

Existem casos nos quais a obrigação de consulta é totalmente evidente como, por exemplo, no caso do projeto lei de mineração em terras indígenas, esta medida legislativa faz referência direta aos artigos 6, 4, 13, 14, 15 e 16 da Convenção 169 da OIT e os artigos 8, 10, 19, 23, 25, 26, 29, 32 da DDPI; razão pela qual

²¹⁹ Corte Constitucional Colombiana Sentencia de constitucionalidad C030/2008.

não existe dúvida sobre o dever de consulta neste caso.²²⁰ O mesmo se poderia afirmar com relação ao Estatuto dos povos indígenas, que tramita há mais de 13 anos no Congresso Nacional e trata da totalidade de assuntos incluídos na Convenção. De igual forma é possível afirmar a obrigatoriedade da consulta prévia quando se trata de decretos legislativos que tramitem no Congresso Nacional para autorizar a exploração do potencial hidroelétrico em terras indígenas.

Uma decisão legislativa, ainda que concebida com alcance geral, pode repercutir diretamente sobre as comunidades indígenas e tribais afetando os direitos diferenciados a estas reconhecidos. A Corte Constitucional colombiana analisou o caso em que a lei de concessão de florestas públicas, que regulamenta a exploração dos bosques nativos do país – os quais estão, na sua maioria, nos territórios daqueles povos, mesmo que sem mencionar os povos indígenas e afrodescendentes como destinatários da norma precisava ser consultada com estes devido a que seu conteúdo material os afeta diretamente, razão pela qual a Corte decidiu que, no caso desta lei é imperativa a obrigação da consulta prévia durante o processo legislativo.

O mencionado critério da materialidade do conteúdo da norma foi reiterado na decisão dessa corte de março de 2009 com relação à lei geral de desenvolvimento rural sancionada e promulgada sem a realização de um adequado processo de consulta prévia com os povos indígenas e afrodescendentes. A Corte manifestou nessa ocasião que:

“Examinados los antecedentes y el curso del proyecto que culminó en la Ley 1152 de 2007, la Corte concluyó que en el presente caso no se cumplió con el deber de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, toda vez que (i) al margen de la validez material de los procesos de participación efectuados, estos fueron llevados a cabo en **forma inoportuna** y por ende, **contraria al principio de buena fe** previsto en el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT ratificado por Colombia; y (ii) **no**

²²⁰ Sobre o tema, vale à pena ver a demanda de inconstitucionalidade por ausência de consulta prévia que a Conaie interps contra o Estado Equatoriano por sancionar a lei de mineração sem consulta com os povos indígenas do país. O texto da ação judicial pode ser consultado na íntegra no link: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=node/37

existe evidencia alguna del cumplimiento de procedimientos preconsultivos, a través de los cuales las autoridades gubernamentales y las comunidades tradicionales acordaran las reglas del trámite de consulta previa.

Estudiado el contenido del Estatuto de Desarrollo Rural, la corporación encontró que se trata de una preceptiva integral, sistema normativo que debió surtir el procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, consagrado como un derecho constitucional fundamental en concordancia con el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de estos grupos sociales.

Para la Corte, es evidente que las normas de dicho Estatuto tienen una relación intrínseca y directa con los intereses de estas comunidades, el cual no se agota en las disposiciones que hacen referencia a estos pueblos, sino que se extiende a la totalidad del texto de la Ley 1152 de 2007, normatividad que desde su inicio ha sido concebida como un régimen integral y sistemático sobre el uso y aprovechamiento de los territorios rurales -habitados en un 70% por dichas comunidades- razón por la cual dicha materia tiene un efecto transversal en todo el ordenamiento legal objeto de análisis. Esta materia está vinculada al núcleo de la definición de la identidad diferenciada de las citadas comunidades. Precisamente, a partir de esa comprobación, el Gobierno Nacional ejerció algunas acciones destinadas a suplir el requisito de consulta previa a los pueblos indígenas tribales, las cuales, al carecer de oportunidad resultaron incompatibles con la vigencia del principio de buena fe establecido en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT. En consecuencia, la Corte procedió a declarar inexecutable la Ley 1152 de 2007 en su integridad.²²¹(grifos nossos)

Adicional às hipóteses mencionadas existem também decisões legislativas de caráter geral que não contemplam medidas especiais para atender as necessidades

²²¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C175 de 2009.

diferenciadas de povos indígenas e tribais, o que em alguns casos pode constituir uma omissão legislativa, já que muitas vezes ditas medidas espaciais são fundamentais para garantir o acesso a direitos dos povos interessados e a omissão deles em legislações gerais poderia até acarretar na imposição aos povos de regras que desconhecem suas particularidades culturais.²²²

Importante deixar claro que nos casos de disposições referentes à regulamentação de condições especiais para estes povos, ditas disposições estarão necessariamente sujeitas ao dever de consulta prévia, na medida em que são criadas exclusivamente para os povos interessados e não poderiam deixar de contar com a sua opinião a respeito antes de serem promulgadas, virando a consulta prévia, requisito de procedimento legislativo para esses casos.

Um exemplo que pode ajudar a concretizar as idéias mencionadas são as leis referentes à educação formal. A regulamentação do sistema de educação formal nacional pode ser feita através de uma lei geral que em nada faça referência aos povos indígenas, quilombolas e tradicionais, e que trate das regras gerais da prestação do serviço de educação formal para todos os brasileiros. Dita lei não terá que ser consultada com esses povos para ser promulgada, mas tampouco poderá ser a eles aplicada, por não levar em consideração suas particularidades culturais. O tratamento homogêneo dos povos com a totalidade da população é claramente uma forma de violentar os direitos diferenciados a eles reconhecidos e em princípio o direito à diferença cultural.

222 A Corte Constitucional colombiana é o tribunal constitucional que tem trabalhado o conceito de omissão legislativa nos casos nos quais leis gerais não regulamentam especificamente as situações excepcionais dos povos indígenas e tribais para garantir seu efetivo acesso a direitos. Nessa linha de pensamento, vale a pena citar uma aparte da decisão C030 de 2008 do mencionado tribunal superior: *“sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas”* Para ver un análisis completo de la jurisprudencia colombiana sobre el derecho de consulta de medidas legislativas ver: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=node/20

Para aplicar uma lei de educação formal aos mencionados povos, o Congresso Nacional deverá, ou incluir um capítulo especial na lei geral que desenvolva as particularidades da prestação do serviço de educação formal quando se trate dos povos interessados, ou expedir uma lei cujo único objetivo seja regulamentar a educação formal para indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Tanto na forma de um capítulo dentro da lei geral, como na forma de uma lei específica, as medidas legislativas mencionadas deverão ser consultadas com os povos interessados.

Resumindo, todas as medidas legislativas que tratem especificamente sobre aquele conjunto de direitos diferenciados reconhecidos na Constituição e nas leis dos povos indígenas e tribais, bem seja de maneira explícita ou como decorrência de sua aplicação, devem ser previamente consultadas com os povos. De igual forma, aquelas decisões de caráter geral que omitem a introdução e desenvolvimento de medidas especiais para garantir os direitos diferenciados destes povos não precisam ser consultadas, na medida em que não têm por objeto regulamentar a especificidade desses direitos, mas tampouco podem ser a eles aplicadas.

É importante lembrar que os critérios mencionados são apenas uma parte de discussões jurídicas em aberto e que no caso brasileiro, terá que ser o próprio Congresso Nacional quem definirá os critérios de aplicação dessa norma. O que não impede que as medidas sobre as quais claramente deve ser aplicado o direito de consulta sejam devidamente consultadas com os legítimos representantes desses povos e previa uma consulta sobre o próprio procedimento de consulta.

Conteúdos mínimos do processo de consulta sobre decisões legislativas

Sem pretender esgotar o debate sobre os diferentes elementos e procedimentos de aplicação do direito de consulta prévia sobre medidas legislativas, na continuação serão apresentados algumas características consideradas como “mínimas” para a aplicação e exercício do mencionado direito:

1) A CONSULTA LEGISLATIVA É PRÉVIA À DECISÃO E POR TANTO DEVE FAZER PARTE DO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO LEGISLATIVA.

Levando em consideração que as propostas legislativas mudam durante seu trâmite é importante definir regras referentes à oportunidade na qual devem ser realizadas as consultas, de tal forma que estas sempre sejam prévias às decisões definitivas. Nesse sentido é importante definir regras de consulta para o debate tanto nas Comissões quanto nas plenárias de cada Casa, levando em consideração que estas não serão necessariamente obrigatórias em todos os casos, já que existem oportunidades nas quais os projetos aprovados nas Comissões são votados nas plenárias sem nenhum tipo de modificação, sendo que, freqüentemente, é nas Comissões que os projetos são debatidos com maior profundidade.

Nos casos de iniciativa governamental de projetos de lei e de emenda constitucional, é importante lembrar que o Poder Executivo também tem obrigação de consultar com os povos suas iniciativas antes de ser radicadas no Congresso Nacional, já que se trata de uma decisão que para o Executivo termina no momento da radicação e por isso deve ser previamente consultada. Vale à pena citar jurisprudência que debate o tema:

“1. No es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones. Sin embargo es claro que, en este caso, la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto son, sobre todo, para que puedan participar activamente y e intervenir en su modificación, si es preciso. No obstante lo anterior, puede presentarse el caso de que la composición inicial del proyecto sea producto del esfuerzo conjunto y concertado de entidades y comunidades, evento en el cual se evidenciaría con más veras el cumplimiento de la participación indígena.”²²³(grifos nossos).

²²³ Sentencia Corte Constitucional de Colombia G891 de 2002.

Como mencionamos no começo deste aparte, o tramite legislativo está condicionado por diferentes momentos de tomada de decisão que devem ser cuidadosamente individualizados para garantir a oportunidade adequada para a consulta aos povos indígenas e tribais. É muito provável que no processo de consulta de medidas legislativas de iniciativa governamental seja necessário realizar pelo menos dois processos de consulta, um relativo à própria iniciativa e outro referente ao debate no próprio Congresso.

Falando no âmbito do processo legislativo, independente de sua iniciativa, segundo as regras internas das Casas Legislativas do Brasil, a época ideal dentro da tramitação legislativa para a realização da consulta poderia ser logo após o informe do relator e antes de ser apresentado para debate e votação na respectiva Comissão e em Plenária. O congressista-relator poderia ser o responsável por liderar o processo de consulta, que no primeiro momento significa a realização de uma *pré-consulta*²²⁴ com as organizações indígenas de representação nacional, para definir as entidades representativas que devem participar do processo e a forma e os procedimentos mais adequados para sua execução.

O ideal seria que concluído o processo de consulta, o relator incluísse em seu informe os principais pontos levantados pelas organizações representativas dos povos interessados. É importante que na sistematização feita pelo relator estejam refletidos os pontos de concordância e de discordância colocados nas reuniões, seja para incluí-los no texto normativo ou para argumentar as razões de sua exclusão na exposição de motivos do projeto de lei. Não se deve esquecer que o objetivo da consulta é garantir a oportunidade real dos povos indígenas e tribais influenciarem a decisão legislativa que lhes afeta diretamente.

Somente na medida em que os textos da decisão final conseguem refletir o processo de consulta com os povos interessados é que este poderá ser considerado como tal. Sem essa condição, os encontros entre parlamentares e representações dos povos interessados não passarão de simples reuniões informativas. Ao final é

²²⁴ O conceito de pré-consulta tem sido desenvolvido pela jurisprudência da Corte Constitucional colombiana mas também pela lei de consulta sobre exploração de hidrocarbonetos em terras indígenas da Bolívia. Para ver mais informação ao respeito entre no site: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/

o conteúdo da decisão o que prova a existência ou não de um verdadeiro processo de consulta prévia.

2) A CONSULTA LEGISLATIVA DEVE SER PRECEDIDA POR UMA PRÉ-CONSULTA SOBRE AS CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR, FORMA E REPRESENTAÇÃO ENTRE AS PARTES.

O Congresso Nacional não pode decidir unilateralmente o local, o tempo, a forma e os interlocutores da consulta, assim como os mecanismos de debate ou de tomada de decisão. Todos esses elementos devem ser bilateralmente acordados antes do próprio início do processo de consulta, no que vem sendo chamado na literatura especializada de *pré-consulta*, a qual é considerada como um momento anterior a consulta na que é possível adaptar os procedimentos às diversas situações territoriais e culturais dos povos indígenas e tribais.

A OIT vem reiterando na suas decisões a necessidade de dispor de mecanismos de adaptação para o exercício de consultas prévias com diferentes povos. Para esta Organização a consulta deve ser considerada como instrumento que flexibiliza e adapta procedimentos para garantir a participação efetiva dos povos interessados e pelo mesmo, não deveria ser compreendida como um simples requisito formal a ser preenchido pelos Estados para legitimar suas decisões relativas a estes povos. Assim a OIT afirmou que:

“No hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. En cuanto al propio proceso de consulta, éste debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse para intercambiar, de manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes. El Comité subraya este punto porque la validez de los procesos de consulta previstos por el Convenio, como mecanismo para prevenir y resolver conflictos, depende de la construcción de mecanismos de diálogo fecundos. La consulta prevista por el

Convenio no es por lo tanto un requisito formal sino un verdadero instrumento de participación.”²²⁵(grifos nossos)

A idéia de realizar uma consulta sobre o próprio processo de consulta, não é eternizar a consulta como uma cadeia infinita de consultas, é simplesmente garantir um primeiro acordo fundamental para sua execução e adaptar os procedimentos de transferência de informação, deliberação e decisão às diversas situações dos povos indígenas e tribais envolvidos no processo. A *pré-consulta* é a instância para flexibilizar a adaptar regras gerais que definem os elementos mínimos que deve conter um processo de consulta. Vale à pena citar um breve aparte sobre a jurisprudência que desenvolveu esta iniciativa.

“El proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo. Ciertamente, el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6º y del artículo 7º de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado.”²²⁶ (grifos nossos)

Neste ponto é importante diferenciar os mecanismos de participação ordinária da sociedade civil no trâmite legislativo do direito de consulta prévia dos povos indígenas e tribais sobre as medidas legislativas que os afetam diretamente. É adequado enfatizar neste ponto que a simples convocatória e realização de uma Audiência Pública, como mecanismo corrente de participação da socieda-

²²⁵ No Processo GB. 295/97 e GB. 304/14/7 aprovado pelo Conselho de Administração sobre o incumprimento do Brasil da Convenção 169 da OIT, Março de 2009. Parágrafo. 42.

²²⁶ Sentencia Corte Constitucional de Colombia T-737 de 2005.

de civil, não é suscetível de ser interpretada como o cumprimento da obrigação de consulta prévia.

Com relação à idoneidade das Audiências Públicas já contempladas no regimento interno do Congresso Nacional para a realização de consultas prévias, a OIT tem se manifestado respeito a impossibilidade de usar estes espaços, tal e como foram definidos originalmente, para executar processos de consulta, mas também reconhece que devidamente adaptados podem uma oportunidade para incorporar os procedimentos específicos de consulta prévia no tramite legislativo.²²⁷

A consulta prévia é um instrumento jurídico que faz parte do direito de participação política, mas que se caracteriza e diferencia dos outros tipos de participação pela sua especificidade sobre cada medida que afeta a um conjunto de sujeitos de direitos muito particulares que são os povos indígenas ou tribais e nesse sentido deve ser qualificada ao interior do regulamento interno das casas.

3) SOMENTE OS POVOS QUE ESTÃO SENDO CONSULTADOS PODEM DEFINIR SUA REPRESENTAÇÃO LEGÍTIMA PARA A REALIZAÇÃO DE UM PROCESSO DE CONSULTA.

Como explicitamente advertem os dispositivos legais que definem o direito de consulta, esta sempre deve ser realizada por meio das instituições representativas dos povos indígenas e tribais, portanto, são eles que devem indicar as instituições adequadas para representá-los em um processo de abrangência nacional, por se tratar de discussão de uma medida legislativa de natureza federal. É neste momento que deve ser realizada a pré-consulta, para identificar as organizações nacionais e regionais que participariam do processo, assim como as regras, procedimentos e prazos que devem regê-lo.

Sobre a importância dos povos interessados em definir sua própria representatividade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi enfática no caso Saramaka ao ordenar ao Estado de Suriname permitir que seja o próprio povo Saramaka quem escolha seus representantes legítimos para a realização do

²²⁷ Sobre a matéria ver: OIT. solicitação direta para a Bolívia. CEACR 2005/76a reunião.

processo de consulta que deve ser realizado pelo mencionado Estado. Assim a CIDH afirmou que:

“18. La Corte omitió deliberadamente en la Sentencia cualquier consideración específica en relación con quién debe ser consultado. Al declarar que la consulta se debe realizar “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”, la Corte reconoció que es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal.”²²⁸

19. Consecuentemente, el pueblo Saramaka debe informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente. El Estado deberá consultar con tales representantes a fin de cumplir con lo ordenado por el Tribunal.²²⁹ Una vez realizada la consulta, el pueblo Saramaka dará a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, así como sus fundamentos.”²³⁰ (grifos nossos)

Os espaços permanentes de representação nacional como a Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), podem ser adequados para orientar os processos de *pré-consulta* que ajudem a identificar as estruturas representativas com as quais deveriam ser realizadas as próprias consultas. No caso específico da CNPI é importante lembrar que ela é uma instância mista de governo e lideranças indígenas que não tem competência alguma para representar os povos indígenas do Brasil nas decisões administrativas e legislativas que podem lhes afetar, mas os

²²⁸ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 1, párr. 133.

²²⁹ La Corte declaró en el párrafo 137 de la Sentencia que, “adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones”. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 1, párr. 137.

²³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia De 12 De Agosto De 2008 (*Interpretación De La Sentencia De Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas*)

representantes indígenas nela presentes podem colaborar nos eventuais processos de pré-consulta. De qualquer forma, este espaço somente convoca os povos indígenas no Brasil, sendo necessário pensar nas alternativas de convocatória nacional para quilombolas e para comunidades tradicionais.

4) O OBJETIVO DA CONSULTA É CHEGAR A UM ACORDO OU OBTER O CONSENTIMENTO DOS POVOS AFETADOS.

Os resultados e produtos das consultas devem estar refletidos na decisão final, sendo este último elemento o principal para qualificar o processo de consulta prévia e diferenciá-lo de qualquer outro tipo de encontro entre parlamentares com representantes dos povos.

A consulta terá cumprido o seu objetivo se a participação dos povos consultados está refletida nos documentos oficiais que contém os resultados da decisão adotada. Obter o consentimento dos povos afetados não significa uma aceitação passiva, neste caso o silêncio não pode ser interpretado como consentimento, este deve ser explícito e motivado.

A consulta prévia pode ser resumida como o procedimento que deve garantir um direito, a possibilidade real de influência sobre uma decisão de Estado que não pode ser nem arbitrária nem autoritária, o que obriga a incluir no seu conteúdo e motivação as discussões levantadas nas reuniões com os diretamente afetados. Se na decisão final não estiverem refletidas as opiniões debatidas, o processo não poderá ser considerado de consulta prévia nos termos da legislação vigente e não passará de ser um simples encontro entre povos e Estado.

Não é qualquer tipo de reunião que pode ser considerada uma consulta. No caso da lei nº. 2822 “Estatuto de los Pueblos y Comunidades Indígenas” do Paraguai, este país solicitou à OIT reconhecer como legítima aplicação do direito de consulta prévia todas as reuniões, oficiais e entrevistas realizadas por membros do governo com alguns os povos indígenas deste país. A OIT respondeu que somente a vinculação do acordo ou consenso produto da consulta na decisão final pode qualificar os encontros como parte de um processo de consulta prévia nos termos do artigo 6o da C169. Assim a CEACR afirmou:

“ La Comisión toma nota de que, según la memoria, la ley núm. 2822 «Estatuto de los Pueblos y Comunidades Indígenas» aprobada por el Congreso Nacional el 3 de noviembre de 2005, que derogaba la ley núm. 904/81 «Estatuto de las Comunidades Indígenas» fue vetada parcialmente por el Poder Ejecutivo a propuesta del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) y organizaciones indígenas representativas, por contener artículos inconstitucionales y atentatorios contra los derechos reconocidos a favor de las comunidades indígenas en la Carta Magna. Asimismo toma nota que el Gobierno indica que el proyecto de ley núm. 2822 fue la culminación de un proceso iniciado en marzo de 2004 en el marco del Programa de «Fortalecimiento institucional del INDI», durante el cual se realizaron consultas a los pueblos indígenas a través de talleres, entrevistas personales con líderes indígenas, reuniones de trabajo y visitas a las comunidades, que concluyó en un Congreso Indígena en marzo de 2005 donde se emitieron las directrices para una mejor aplicación y vigencia de los derechos constitucionales, siendo uno de los mandatos la modificación de la ley núm. 904/81, de lo que resultó la presentación del mencionado proyecto ante el Congreso Nacional sin la revisión final por parte de las organizaciones indígenas representativas. La Comisión también había tomado nota de la comunicación de la Central Nacional de Trabajadores Paraguayos (CNT) recibida el 10 de agosto de 2001, según la cual el proyecto de ley referido «regula el funcionamiento de los organismos responsables de la política indigenista nacional», y no se había cumplido con la obligación de consultar. Visto que el Gobierno tiene previsto adoptar una ley que regule los derechos de los pueblos indígenas a nivel nacional, la Comisión espera que el Gobierno, en el proceso de adopción de la ley sobre derechos indígenas, dé cumplimiento al requisito de consulta previa en los términos previstos en el artículo 6 del Convenio.”
Informe 2007 Sobre Paraguay –C 169: Solicitud directa , CEACR 2006/77a reunión. (grifos nossos)

Finalmente a OIT, em decisão de março de 2009, referente ao cumprimento da obrigação de consulta legislativa por parte do Brasil reitera que:

“El Comité señala a la atención del Gobierno que la consulta prevista por el artículo 6 del Convenio comprende requisitos específicos. No toda consulta estará en conformidad con el Convenio. Para que lo esté, la consulta se debe efectuar mediante procedimientos apropiados a las circunstancias, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento, según lo establecido por el párrafo 2 del artículo 6 del Convenio. Será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”²³¹ (grifos nossos)

Antes de concluir vale a pena destacar que o direito de consulta prévia é *auto-aplicável*, e, portanto, sua implementação não está condicionada à existência de uma regulamentação nacional. Todos os elementos necessários para sua aplicação estão contidos na lei e têm sido amplamente desenvolvidos pela doutrina e a jurisprudência nacional e internacional. Assim, só resta ao Brasil iniciar processos de exercício e aplicação da consulta prévia com povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais relativos às inúmeras iniciativas legislativas e de mudança constitucional que lhes afetam diretamente, e sobre as quais têm o direito preferencial de ser escutados adequadamente.

Conclusão

No Brasil, como em todo o subcontinente americano, é velha a tradição jurídica de escrever *algumas* leis que não são feitas para ser cumpridas, cuja função é estritamente literária. Isso não é novo pra ninguém, o que é novo é pretender que a literatura jurídica vire realidade. É isso exatamente o que este texto tenta promover com relação ao direito de consulta prévia como um direito que até hoje preencheu muitas

²³¹ No Processo GB. 295/97 e GB. 304/14/7 aprovado pelo Conselho de Administração sobre o incumprimento do Brasil da Convenção 169 da OIT, Março de 2009. Parágrafo. 42.

folhas de boa e ruim literatura sem que tenha sido adequadamente implementado em nenhum lugar. O que não deveria impedir que os povos titulares desse direito façam ainda uma tentativa seria de exercer-lo porque ele sintetiza um novo paradigma de relacionamento com o Estado do qual os povos não podem abrir mão.

Os esforços para a aplicação desse direito somente terão sentido na medida em que seja enxergado como um instrumento de diálogo permanente e respeitoso, cujo objetivo é construir acordos, sem armadilhas nem pretensões de nenhuma das partes de impor decisões ou vetos à outra.

O direito de consulta é o mínimo que a sociedade brasileira tem que garantir aos povos indígenas, quilombolas e tradicionais ao se reconhecer como plural e democrática. A consulta não é outra coisa que as regras que definem o debate, e que nada tem a dizer sobre seu conteúdo ou os resultados do mesmo, é muito importante não confundir os *procedimentos* com os *direitos*.

Tudo o que foi escrito aqui não escapa do senso comum de ninguém e evidencia que a consulta depende somente da disposição de boa fé do Estado e dos povos que também são chamados a reorganizar sua tradicional interlocução para tirar um melhor proveito de instrumentos de participação política que outrora lhes fora negada, e que para eles, como para o Estado, representam um grande desafio de re-invenção.

Palestras e debate

MESA 4: O direito de consulta prévia no Brasil

Moderador

Raul Silva Telles do Valle, Instituto Socioambiental

Palestras e palestrantes

“Consulta e autorizações para empreendimentos que impactam terras indígenas”

Márcio Meira, presidente da Funai

“O direito de consulta prévia sobre medidas legislativas que afetam os povos indígenas e quilombolas”

Marina Silva, senadora da República

“Empreendimentos no entorno do Parque Indígena do Xingu”

Marcelo Kamayura, Associação Terra Indígena Xingu (Atix)

Mesa

RAUL SILVA TELLES DO VALLE (ISA)

Para compor a mesa vou chamar a senadora Marina Silva, o Dr. Márcio Meira, presidente da Funai, e o Marcelo Kamayura, liderança jovem do Parque Indígena do Xingu.

Antes eu quero explicar a razão de ser dessa mesa, porque nós pensamos em organizar uma mesa com esse tema e com essa composição. Quem acompanhou desde ontem percebeu que o evento tratou primeiro e genericamente da aplicação de normas internacionais no Brasil, entre elas a Convenção 169, e quais são os desafios para que o Brasil aplique regras internacionais dentro do seu ordenamento jurídico. Vimos experiências estrangeiras boas e más, mas de qualquer forma são lições, mas lições de outros países que já têm a Convenção 169 sendo aplicada,

e uma reflexão sobre essas práticas. Hoje pela manhã caímos num caso mais nacional, vimos os informes à OIT, infelizmente não tivemos um representante do governo para poder falar sobre o relatório oficial, mas foi um debate bastante interessante, uma reflexão sobre a prática da Convenção. E tudo isso só demonstrou que de fato essa Convenção ainda está engatinhando no nosso país, temos muito que pensar, refletir e começar a criar. Acho que o Brasil, que ratificou há pouco tempo a Convenção, ainda tem como seu dever de casa começar a regulamentar a aplicação e começar a aplicar efetivamente essa Convenção, com erros e com acertos como qualquer tentativa tem. Nós esperamos e a razão de ser das mesas de ontem e com as experiências de fora foi que nós possamos aprender quais foram os erros e não repeti-los e tentar nos inspirar no sucesso, para tentar repeti-los aqui, tentar a partir deles, trilhar um bom caminho.

O fato é que estamos senão no zero, no estágio zero-ponto-um, e o objetivo dessa mesa é exatamente colocar uma reflexão sobre como isso vem acontecendo hoje e se não vem acontecendo como poderia ou deveria acontecer, na visão de cada uma das pessoas da mesa.

Consulta e autorizações para empreendimentos que impactam terras indígenas

MÁRCIO MEIRA (presidente da Funai)

Acho que esse encontro é uma oportunidade importante de poder debater o tema da aplicação da Convenção 169 no Brasil e em outros países da América Latina, não só para os povos indígenas, mas também para a comunidade quilombola do Brasil e de outros países, e é uma oportunidade de podermos dialogar.

Trouxemos uma apresentação que para os brasileiros pode parecer repetitiva, mas como temos um público que inclui representantes de outros países, trouxemos um pouco do que é a Funai e o trabalho que nós fazemos, para dar uma geral. E também dizer, que eu vou fazer uma apresentação específica falando dos empreendimentos que afetam terras indígenas e quais as propostas que a Funai está de trazendo dentro do governo hoje, para podermos aplicar o princípio da consulta, a melhor forma de aplicar a consulta, já que como disse o Raúl, embora

o Brasil tenha ratificado a Convenção 169, até hoje não tem uma regulamentação detalhada sobre esse procedimento da consulta.

Nós estamos no momento em um processo de discussão ampla no Brasil, através da Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), sobre o Estatuto dos Povos Indígenas, no qual também o tema da consulta está sendo discutido, mas é um processo ainda em discussão.

A Fundação Nacional do Índio é o órgão do governo que estabelece e executa a política indigenista no Brasil, dando cumprimento ao que determina a Constituição de 1988. No Brasil desde 1910 existe uma política de Estado, ou seja, uma instituição do Estado brasileiro, que antes era o Serviço de Proteção ao Índio, que em 1967 foi substituído pela Funai, que é a responsável por uma política indigenista no Brasil. Na prática isso significa que compete à Funai a proteção das sociedades indígenas, tanto territorialmente quanto culturalmente, despertando o interesse da sociedade dominante pelos índios e sua causa, bem como fiscalizar as suas terras, impedindo as ações predatórias que possam ocorrer e que representem risco à vida e preservação desses povos. Isso é um resumo daquilo que estabelece a nossa Constituição de 1988, e que estabelece também a nossa legislação infra-constitucional, o Estatuto do Índio, que é a Lei 6001 de 1973, e também outras leis que regulamentam a política indigenista.

Um resumo, também rápido, da situação dos povos indígenas hoje no Brasil. Nós temos um quadro de aproximadamente 220 etnias, na verdade são um pouco mais porque esse número é dinâmico, hoje nós temos aproximadamente 225, 227, varia um pouco conforme a fonte, que falam aproximadamente 180 línguas diferentes. E a população aldeada estimada em 440 mil, mas nós sabemos que tem uma população de 735 mil pelo censo do IBGE, que foi feito no ano 2001. Então nós temos uma avaliação que hoje que existem, por estimativa, aproximadamente 1 milhão de indígenas, sendo que uma parcela significativa desse 1 milhão vive em cidades, vivem fora das terras indígenas e uma parcela de aproximadamente uns 550, 600 mil vivem nas aldeias. As terras indígenas são ao todo em torno de 615 – esse também é um número dinâmico, que muda a cada ano. Hoje nós já temos um número um pouco maior do que esse em função de

recentes processos, ou ato declaratório ou estudos, porque essas 615 são terras que estão dentro do amplo processo definido pelo Decreto 1.775 de regularização fundiária, que representam aproximadamente 22% da Amazônia Legal. Ou seja, de toda a Amazônia legal brasileira, 22% está regularizado, é propriedade da União, e são tem terras que têm usufruto exclusivo dos índios, conforme estabelece a Constituição, e que representam cerca de 12,5% do território nacional.

O Brasil é o maior país em termos de diversidade cultural e lingüística. Essa é uma frase talvez um pouco puxando para a nossa sardinha, mas é que de fato embora o Brasil não tenha uma população em números absolutos maior do que os nossos vizinhos – muitos vizinhos brasileiros têm uma população indígena maior que o Brasil – nós temos uma característica muito importante nas Américas, que é uma grande diversidade em termos de povos e línguas e isso tem que ser considerado como um aspecto muito importante da nossa diversidade étnica brasileira.

Aqui apresento um mapa que é o mapa oficial das terras indígenas no Brasil, um mapa geral. O que está em amarelo ou vermelho ou listradas são as terras indígenas no processo de regularização a que eu fiz referência. As terras em estudo, que são 114; as delimitadas são 28; as declaradas são 36; as homologadas 26 e as registradas 411, somando 615.

Para quem não conhece o processo no Brasil, nós temos um decreto presidencial que estabelece as regras para o processo de regularização de terra indígena. Registradas são aquelas que já concluíram o seu processo, ou seja, são aquelas em que todo o processo já foi concluído e que inclusive já foi registrada em cartório e na Secretaria de Patrimônio da União, em cumprimento ao Decreto 1.775 que é o decreto que regulamenta o procedimento.

Aqui temos um quadro que mostra a evolução da superfície total das terras indígenas demarcadas. Aqui é interessante porque mostra, principalmente para quem não conhece a situação do Brasil, como a partir de 1988 o processo de demarcação das terras indígenas foi evoluindo e, sobretudo a demarcação das grandes terras indígenas que foi feita. O gráfico mostra como a extensão das terras indígenas cresceu, chegando a esse índice que hoje gira em torno de 100 milhões de hectares de terra. Para se ter uma idéia todas as terras indígenas

somadas dariam aproximadamente um território do tamanho da Colômbia, ou um pouquinho mais

Eu vou entrar agora na questão dos empreendimentos. A nossa tarefa na Funai é fazer com que dentro da terra indígena a área continue preservada e íntegra, respeitada em termos da sua diversidade biológica e cultural, sobretudo no que tange à continuidade cultural dos povos que ali habitam.

Agora eu vou falar mais especificamente do componente indígena no licenciamento ambiental. Esse é um tema, como eu disse no início, que está em fase inicial, ou seja, a história dos empreendimentos no Brasil que afetam terras indígenas, sobretudo a maior parte da história anterior ao estabelecido pela Constituição de 88, a anterior também à ratificação da Convenção 169, é uma história de empreendimentos que foram feitos independentemente dos povos indígenas, passando por cima, muitas vezes causando graves situações de violação dos direitos humanos.

A partir dos procedimentos novos que surgiram com a Constituição de 88 e a ratificação da Convenção 169, nós da Funai estamos estabelecendo algumas propostas de como deve se proceder o componente indígena no licenciamento ambiental, respeitando da melhor forma possível e da forma mais plena a consulta às comunidades que sejam afetadas por esses empreendimentos.

A Funai é o órgão interveniente no licenciamento ambiental, ou seja, atua junto aos órgãos licenciadores, que são o Ibama no caso do órgão federal e também as secretarias estaduais de meio ambiente, as Semas. O papel da Funai é dar diretrizes, analisar os estudos referentes aos impactos sobre os povos e as terras indígenas, e deve garantir também a participação das comunidades indígenas em todas as etapas do licenciamento, os estudos de mitigação etc.

Nós temos aproximadamente 346 processos de licenciamento, em suas diversas fases, que afetam terras indígenas, esse dado é um dado do primeiro semestre de 2008, o segundo semestre ainda estamos fechando as últimas informações;

Dentre os processos destacam-se os de aproveitamento hidrelétrico, que são as usinas hidrelétricas e também as PCHs as Pequenas Centrais Hidrelétricas, que na verdade, apesar do nome não são tão pequenas assim, são grandes mas compa-

radas com as grandes, as mega hidrelétricas elas são pequenas— entre outros, que são 112 processos. É bom deixar claro que o volume de PCHs é muito maior do que de unidades Hidrelétricas grandes, a maior parte é justamente das PCHs. As linhas de transmissão e distribuição, porque essas hidrelétricas se interligam e interligam no sistema nacional, e essas linhas de transmissão muitas vezes afetam terras indígenas. Existem 63 processos de linha de transmissão. E rodovias também, que estão sendo abertas ou estão sendo asfaltadas e que são 63 processos. São os três tipos de situação mais frequentes nesses 346 processos.

Nesses 346 processos 33% é justamente de aproveitamento hidrelétrico; 19% são os de rodovia; 18% linhas de transmissão e distribuição; e o restante são exploração mineral, dutos, usina termonuclear, como a Usina de Angra-3, é uma única usina que está no processo e que tem afetação próxima com os índios Guarani; hidrovias; ferrovias e outros.

Atualmente a Funai tem acompanhado cerca de 60 processos de empreendimentos do Programa de Aceleração do Crescimento. Esse é um dado importante, porque muitas vezes as pessoas associam todos os empreendimentos que existem afetando terras indígenas ao PAC. É verdade que 60 processos são do PAC, mas a maioria dos empreendimentos não faz parte do PAC, o que não quer dizer que não afetam também, ele têm impactos importantes.

É importante deixar claro que os empreendimentos como um todo são importantes de serem analisados, independentemente de serem ou não do PAC. No caso dos processos do PAC, fizemos também uma distribuição por região, na Amazônia legal está quase a metade dos projetos, também tem na região sul uma parte significativa e na região Nordeste e a região Sudeste é a que menor impacto tem. Os maiores impactos estão na Amazônia Legal, mesmo tendo também nas outras regiões.

A maior parte dos impactos são os aproveitamentos hidrelétricos; em segundo lugar são rodovias, e depois têm os outros, ferrovia, gasoduto, linha de transmissão que também são importantes.

Quais são os princípios que a Funai tem trabalhado, falando já da perspectiva dessa nossa gestão, que começou faz quase 20 meses. Estamos construindo esse processo dentro dessa gestão com esses princípios. Primeiro, a prevenção

pela sóciobiodiversidade; segundo, a autonomia dos povos indígenas; terceiro, o respeito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições; os direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam e seu usufruto exclusivo, a vedação da remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nas hipóteses previstas constitucionalmente; a participação dos povos indígenas interessados mediante procedimentos apropriados, respeitando suas tradições e instituições representativas; e a prevenção, precaução e mitigação dos impactos ambientais e socioculturais.

Esses princípios emanam da Constituição brasileira e da legislação, estão todos eles baseados no marco legal que existe no Brasil e como devem ser aplicados. A questão central é como que nós devemos aplicar esse marco regulatório e como precisamos avançar no sentido da regulamentação dele.

O que eu estou apresentando aqui é como a Funai, hoje, está propondo desenvolver o trabalho desses empreendimentos. É uma série de passos. Vamos considerar uma linha do tempo, o primeiro momento é a abertura do processo de licenciamento, apresentação do projeto, e vamos mostrar, ao longo dessa linha do tempo, os momentos em que a Funai é chamada e deve participar do processo.

O primeiro momento é a abertura do processo, depois tem os estudos de viabilidade; o licenciador convida os parceiros; reunião com comunidades; elaboração do termo de referência; reunião com a comunidade; apresentação dos estudos. O que estamos mostrando aqui? É que a cada passo a Funai está colocando como necessário a ida à comunidade e a consulta à comunidade.

Aí tem as audiências públicas; a oitiva indígena; licença prévia; reunião com a comunidade para detalhamento das ações. Para o licenciamento de instalação, de novo reunião com a comunidade para apresentação e detalhamento do projeto. Para licença de operação, de novo a consulta à comunidade.

O que é importante aí? Que é necessário que em cada passo seja consultada a comunidade. A Funai está defendendo que essa consulta seja feita nas aldeias, e que a Funai seja a instituição protagonista do governo para essa consulta nas aldeias e que inclusive, desde o início do processo, a própria comunidade possa sugerir os participantes das equipes que fazem os estudos, de pessoas de confiança

das comunidades etc. O que é importante destacar nesse passo a passo de nossa proposta é que seja feita a consulta à comunidade em cada aldeia.

É necessária a regulamentação do componente indígena e o papel da Funai no licenciamento ambiental, de modo a garantir que os povos indígenas tenham participação relevante em todas as fases, ou seja, tudo isso que eu apresentei aqui, é uma proposta que a Funai está começando a desenvolver nesses processos que estão lá na Funai, e nós estamos querendo que esses procedimentos se transformem numa regulamentação. A proposta que estamos colocando e que vamos para a CNPI, é que essa regulamentação seja emanada de uma resolução do Conama, para que nós tenhamos uma garantia efetiva de que essa regulamentação seja respeitada, independente do período histórico, que a partir de uma resolução do Conama, possamos garantir esses procedimentos da forma como está colocado.

Outro desafio é garantir a informação de maneira prévia e com antecedência para os povos indígenas para qualificar o processo de consulta. Esse é um desafio muito grande. Como foi colocado hoje de manhã e ontem também, o desafio da qualificação da informação que chega para a comunidade, da forma como isso chega para a comunidade, da necessidade de tradução adequada para a comunidade, com o tempo necessário. São todas questões que precisam ser tratadas de forma muito cuidadosa, porque inclusive cada caso é um caso diferente para que possamos qualificar esse procedimento da consulta, e isso precisa ser proposto e regulamentado.

O central dessa apresentação é trazer resumidamente os procedimentos que a Funai está propondo no âmbito interno do governo, para que possamos trabalhar esses processos. Para vocês terem uma idéia, quando nós chegamos na Funai há pouco menos de vinte meses, a Funai sequer tinha uma informação qualificada da quantidade de processos que tinha, seu impacto, onde estavam localizados. Então foi um esforço grande para conseguir organizar as informações dos processos, e a partir daí formular esses procedimentos.

Nós já iniciamos em alguns casos essa prática, em alguns empreendimentos já estamos aplicando esse tipo de procedimento que eu apresentei aqui, mas ele é o próximo desafio, é o particular dentro do geral eu diria, é o particular dos

processos de empreendimento na consulta, dentro de uma coisa mais ampla que é a regulamentação da consulta.

Nós ratificamos a Convenção, agora o grande desafio que nós temos pela frente é exatamente como fazer essa consulta, ou seja, a regulamentação dessa consulta. Acho que esse é o grande desafio de todos. Eu acho que nós temos que estabelecer como meta no próximo período, em 2009 e 2010, essa discussão, talvez no âmbito da discussão do Estatuto, que foi retomada, para que possamos não só definir no âmbito do particular, mas também definir melhor, regulamentando os procedimentos de consulta de uma forma mais ampla.

O direito de consulta prévia sobre medidas legislativas que afetam os povos indígenas e quilombolas

MARINA SILVA (senadora da República)

Quero dizer que estou feliz de participar dessa mesa, diante dos desafios que eu sei que já foram colocados. Partimos do princípio que nós temos a Convenção 169, ela foi ratificada, mas que não foi implementada. Nós não temos nem uma experiência de esforço de implementação da Convenção. Os processos de participação que nós temos e de consulta, eles fazem parte de processos formais a partir de outras exigências legais e institucionais, mas em hipótese alguma podem ser associados à implementação da Convenção.

O licenciamento ambiental faz parte da legislação, as audiências públicas para instruir o processo, mas isso não tem nada a ver com a Convenção 169. As audiências públicas, que acontecem no Congresso Nacional, para instruir matérias quando os parlamentares sentem a necessidade de aprofundar mais o debate para além da discussão entre os pares e os consultores legislativos e seus assessores, em que são chamados especialistas e representantes de comunidades, também são processos institucionais importantes que fazem parte do processo democrático brasileiro, mas que não têm nada a ver com a implementação da Convenção. E as outras formas de plebiscito ou qualquer outra consulta que a nossa Constituição assevera também não é isso. E uma coisa não pode ser colocada em contraposição a outra. Esses processos todos continuarão e são ne-

cessários, fundamentais, mesmo com a regulamentação, a regulamentação é um outro expediente, faz parte de um outro mecanismo.

Infelizmente eu não pude participar como gostaria durante esses dois dias, mas tanto a Áurea, quanto o Carlos e a Jane participaram o tempo todo aqui, porque queremos de fato contribuir com esse debate, por entender que é um processo novo, onde nós não temos nenhum exemplo em que se possa mirar e dizer “eis aqui um bom modelo que está acontecendo em algum país irmão” para que possamos fazer. Nós temos pelo avesso, mirando naquilo que não está dando certo para ver se erramos menos. Porque nós vamos errar também, não há dúvida, aliás nós já estamos errando, por quê? A Convenção, só para se ter uma idéia da complexidade, contrariando a tradição brasileira que é de assinar e firmar imediatamente os acordos de direitos humanos, no caso desse tratado levou dois anos para que o Brasil pudesse assinar.

Esses dois anos não foram por acaso, havia uma controvérsia, dentro do próprio Executivo, dos diferentes setores, que não tinham uma clara compreensão se o Brasil deveria ou não assinar o tratado. Aliás, ele foi assinado e depois me parece que levou mais ou menos seis meses para ser enviado ao Congresso para ratificação. E na tramitação no Congresso, nós tivemos um período de dez anos de tramitação até ser ratificada a Convenção 169, com todos os senões que foram colocados durante esse processo.

Na Câmara dos Deputados nós tivemos um processo intenso de debate na Comissão de Relações Exteriores, com vários recursos para protelar a aprovação da matéria. só para se ter uma idéia, no trâmite da Comissão de Relações Exteriores foram dois anos, e na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania o processo levou dois meses, ou seja, onde se discutiu o mérito do processo se levou dois anos, lançando mão de todos os recursos protelatórios para que a matéria não andasse.

No Senado, ele foi distribuído inicialmente para a Comissão de Relações Exteriores que é a comissão de mérito, e no Congresso essas matérias de acordos internacionais são distribuídas para a Comissão de Relações Exteriores. Nesse caso já estava no plenário com parecer favorável do relator, quando foi feito um pedido

para que a matéria fosse encaminhada à Comissão de Constituição e Justiça, me parece que a pedido do senador Mozarildo Cavalcanti ou alguma coisa semelhante, não tenho certeza aqui. Eu sei que tinha uma dúvida do senador e do senador Bernardo Cabral, mas eu não sei se foram eles que apresentaram o pedido de ir para a Comissão. Voltou para a Comissão de Constituição e Justiça, e depois de ter todo um parecer favorável é que foi ser aprovado em 2002.

Aprovado em 2002, nós ainda tivemos cerca de um ano para que a lei entrasse em vigência, foi ratificado em junho de 2002 e entrou em vigência em junho de 2003. Eu lembro que havia chegado no Congresso e uma das interpelações que fiz aos pares é que nós já tínhamos ratificado há um ano, e eu, juntamente com o deputado Gabeira fizemos um esforço – estou citando o Gabeira mas tivemos outros parlamentares, mas acho que dos que fizeram o esforço nós somos os que continuam, porque político ambientalista e indigenista não é muito sustentável. Então fizemos um esforço para que tramitasse, havia todo um conjunto de parlamentares que acompanhavam essa matéria, e eu lembro que ao chegar ao governo em 2003 fiz uma interpelação de que a Convenção já havia sido ratificada há um ano e que nós ainda não estávamos colocando em vigência, e claro, com a sensibilidade do nosso chanceler Amorim e das autoridades ligadas ao Ministério da Justiça e Funai, enfim foi feito um mutirão, e foi assim que começou a entrar em vigência.

É só para termos claro que não é uma matéria fácil. E já que estamos falando dos que estão implementando com erros, nós erramos porque há dez anos que estamos tentando pelo menos estabelecer como uma referência dos marcos legais existentes, e claro com esse déficit de implementação. O que nós temos que fazer agora, pelo que eu posso entender, é um esforço para, como disse o Márcio, fazermos essa implementação.

Eu, enfim, poderia dizer que existem dois motivos pelos quais os países se mobilizam para ratificar determinados acordos internacionais, aqui muito simplistamente falando, desses acordos com características semelhantes a essas da Convenção 169. Um deles é porque as pessoas de fato estão mobilizadas, moral ou eticamente, politicamente para ter um mecanismo que contribua para que

determinados segmentos da sociedade, que são considerados como minorias, possam ser devidamente acolhidos em suas demandas, e acolher também porque fazem parte dos países, não é só uma coisa de ser acolhido generosamente, não, é um acolhimento mútuo. As pessoas compreendem as injustiças que acontecem em relação a essas comunidades e esperam contar com um instrumento que ajude a reparar essas injustiças e até mesmo processos dramáticos de eliminação de povos inteiros, como aconteceu em vários lugares do mundo e no Brasil não foi diferente. Então é uma mobilização proativa, positiva. Esse seminário tem essa característica é uma mobilização proativa e positiva, porque acreditamos nesses valores e na construção de processos que possam viabilizar e assegurar direitos porque acreditamos e assim defendemos.

E existem aqueles que se mobilizam porque afinal de contas é um grande vexame. O que é que vão dizer de nós por que não ratificamos essa convenção de direitos humanos, essa que defende os índios, que defende os trabalhadores? Esse grupo é um grupo que também funciona, como dizia o apóstolo Paulo “seja por vaidade ou por amor a Cristo, o importante é que pregue o Evangelho”. Difícil são aqueles que são contrários mesmo, mas o certo é quando temos essa compreensão proativa de que esses instrumentos podem nos ajudar positivamente a reparar injustiças e até mesmo prevenir injustiças e estabelecer processos democráticos.

Outra questão que eu acho interessante para pensarmos aqui, é que essa ratificação em si mesma, sem um esforço, sem um entendimento por parte do país, criando um consenso que legítima, que dê sustentabilidade política para sua implementação, fica só papel. E é por isso que eu saúdo esse esforço aqui, porque eu tenho certeza que os especialistas, os advogados, as pessoas que lidam com as questões no cotidiano, estão aqui porque nós queremos dar uma base de sustentação política para uma efetiva implementação.

E essa efetiva implementação não será fruto de uma bolha isolada só dos já convertidos, nós vamos ter que conversar, mediar com os diferentes setores, com os diferentes olhares da sociedade. Até porque o princípio, pelo que eu posso alcançar, não é, e ninguém assim advoga, de que vai ser um grupo se sobrepondo ao conjunto da sociedade. Pelo contrário, é um grupo que quer ter o seus direitos

assegurados como, na maioria dos casos têm os demais setores da sociedade. Então esse é um esforço interessante que acho que temos que pensar.

Por que eu acho que estamos diante de um desafio muito complexo e difícil? Primeiro, porque nós não temos exemplos, faróis, mas temos algumas coisas para nos espelhar para evitar erros. Eu me lembro da nossa experiência quando nós estávamos fazendo a lei de gestão de florestas públicas, e descobri nesse processo agora, lendo e buscando informações sobre esse seminário, que a lei de gestão de florestas públicas tem uma interpelação na OIT porque não se fez a consulta prévia. Naquele momento nós achávamos que como a lei dizia que eram excluídas as Unidades de Conservação, as terras ocupadas pelas comunidades tradicionais e pelos índios, que estava tudo resolvido. Mas o entendimento de quem entrou com o processo é de que mesmo assim deveria ter sido feita a consulta prévia, já que nós ratificamos a Convenção, certo?

É só para termos a idéia de que existem assuntos e demandas, problemas, que não necessariamente são aqueles que vão afetar diretamente ali a comunidade, mas que dizem respeito a uma mudança no conjunto da sociedade, que também afetam as comunidades dos índios e quilombolas, que é o recorte mais claramente definido. E que eles têm um regime especial de escuta para também manifestar as suas opiniões de forma adequadamente informada. Então, como nós não temos esse modelo, temos que tentar construir a partir das experiências que já temos de participação, sem considerar que elas já são a participação, como é que nós vamos estabelecer esse processo.

Eu sei que vocês trataram no detalhe como que isso pode se dar, mencionando todos os aspectos, não vou aqui repeti-los, do que sejam processos de boa-fé, que as pessoas sejam devidamente informadas para poder fazer essa participação, de que não se feche, não se faça o relatório apenas no momento em que se está fechando o parecer, no caso do Legislativo. A oportunidade, a legitimidade, a pré-consulta, a informação, a decisão final antes de começar o relatório, todos esses critérios que vocês trabalharam aqui.

Então como vamos fazer isso? No meu entendimento, e eu tenho advogado muito, de que devemos liderar pelo exemplo, então, como eu estou aqui não fa-

lando pelo Congresso, estou aqui falando pelo meu mandato conferido pelo povo acreano, que me dá uma relativa autonomia para eu defender as minhas posições, porque eu nunca acho que o representante substitui os representados, é por isso até que eu defendo a consulta prévia.

Estou falando pelo mandato, eu acho que precisamos criar um mecanismo de interação com os diferentes setores, e como eu advogo que devemos liderar pelo exemplo, o que eu posso sugerir aqui, muito concretamente, é que comecemos um processo, um projeto de resolução no Congresso para incorporar o procedimento de consulta prévia na tramitação de matérias que afetem direta ou indiretamente os povos indígenas e as comunidades tribais, no caso aí os quilombolas.

E por que eu estou dizendo isso? Porque isso está de alguma forma na minha governabilidade. Eu posso propor um processo como esse dentro do Congresso Nacional, sem prejuízo de que nos aspectos administrativos também se faça essa discussão. Mas que nós pudéssemos já estabelecer um grupo de pessoas dos mais diferentes segmentos para que estudássemos a forma de como se daria essa consulta no processo legislativo, antes de se fazer uma lei, aprovar a lei da mineração ou seja lá o que for. Como é que vamos fazer essa consulta já que ela vai atingir o conjunto ou em parte alguma comunidade, considerando que o direito dessas comunidades de serem auscultadas e da manifestação do Congresso Nacional não está somente na Convenção, mas, sobretudo na Carta Magna.

A minha disposição é que nós possamos trabalhar nessa direção. Se alguém me perguntar como será isso concretamente, materialmente, eu não sei se alguém aqui já tem a resposta, eu posso dizer que eu não tenho, mas o que eu acho que tem aqui é o princípio ético de que a Convenção está correta e de que nós queremos implementá-la, e que a sua implementação vai requerer da parte do Legislativo, do Executivo esses procedimentos, e que nós temos que trabalhar para viabilizar esses procedimentos, internamente ao Congresso Nacional, sem prejuízo dos mecanismos que já são conquistas de todas as pessoas legalmente aptas a participarem das audiências públicas. Seria como pensar esse regime para articular, com o tempo necessário, com todos esses critérios que eu mencionei anteriormente.

Por último, eu gostaria de dizer que eu concordo inteiramente com esse princípio por quê? Porque para mim, da mesma forma que a maioria das pessoas celebra quando descobre uma mina de ouro, eu até rezo para que não tenha no meu Estado. Ou uma reserva de petróleo ou um aproveitamento hídrico para fazer uma hidrelétrica, que é importante para o desenvolvimento do país, certo? Quando eu digo que rezo para não ter mineração no Acre é porque nós estamos bem sem aqueles problemas que eu vejo, sem aquelas mazelas que eu vejo nos lugares que têm, e poucas soluções do ponto de vista mais amplo. Então, do mesmo jeito que as pessoas celebram com justa razão quando somos agraciados pela natureza com esses ativos naturais, eu acho que deveríamos celebrar tanto quanto o fato de ainda termos mais de duzentos povos, ou quando, de vez em quando a Funai confirma que temos uma comunidade isolada.

Quanto mais pudermos assegurar os meios para que essas comunidades possam ser protegidas na sua integridade social e cultural, nos seus processos históricos e econômicos, esse é um esforço que deve fazer parte do nosso cabedal civilizatório, não simplesmente porque estamos sendo bonzinhos, ou porque estamos acolhendo, ou qualquer coisa semelhante, não, isso é constitutivo da nossa condição humana, isso é constitutivo do nosso olhar enquanto seres humanos na relação com outros seres humanos, baseado em princípio de alteridade, de constituição dos diferentes sujeitos na relação com a diferença, na relação com o outro.

Como a Convenção não estabelece sanções, ela estabelece penalidades morais, repreendas, ela é um acordo altamente civilizado. Significa que se parte do princípio que as pessoas ficam constrangidas quando fazem alguma coisa errada. Parte-se do princípio que as pessoas se sentem afetadas se cometerem qualquer erro ético, moral, do ponto de vista dos direitos humanos, da liberdade, daquilo que é constitutivo do direito dos grupos e das pessoas poderem existir e viver com dignidade. É um princípio altamente avançado, que talvez não esteja ainda à altura desse tempo em que estamos vivendo, por quê? Quem é que ousa ficar dez anos para poder ratificar qualquer coisa que a OMC manda? Não, conheço imediatamente, por quê? Vêm penalidades. Mas do ponto de vista das conseqü-

ências da nossa subtração cultural, da nossa condição humana, elas vão erodindo ao longo da história. E talvez quando percebermos que era um prejuízo “por que não fizemos antes?” Aí já pode ser tarde.

Acho que estamos fazendo ainda no tempo certo para o esforço de criar os mecanismos, tanto interno aos países quanto na relação multilateral que surge desses acordos. Não é verdade, no meu entendimento, que o Brasil foi negligente em relação a que isso pode derivar para que as comunidades possam querer se transformar num país, isso não é verdade. A diplomacia brasileira foi altamente cuidadosa em fazer a ressalva a qualquer tipo de interpretação dessa natureza. Pelo contrário, eu entendo como uma ferramenta necessária, importante, constitutiva daquilo que são os direitos da atualidade, não só do ponto de vista social, mas também ético e moral e porque não dizer, civilizatório.

A minha disposição é de que possamos contribuir com o mandato na relação com outros senadores e com aqueles que se dispõem voluntariamente a esse esforço para que possamos apresentar uma iniciativa no Congresso, um projeto de resolução que possa levar a essa regulamentação no Congresso. E claro, espero que possa daí derivar para outras iniciativas no poder Executivo, que o Márcio já colocou aqui algumas questões.

Com essas palavras eu quero mais uma vez cumprimentar e agradecer dizendo que nós temos uma reserva importantíssima, que nós não conseguimos alcançar, que é o conhecimento que essas populações têm associadas aos recursos naturais, o conhecimento histórico, a sua cosmovisão em todos os aspectos. E que em hipótese alguma nós podemos nos dar ao luxo de não compartilhar com eles o nosso esforço para que possam existir na forma mais plena do existir, na relação e na interação com os outros seres e com as outras culturas.

Empreendimentos no entorno do Parque Indígena do Xingu

MARCELO KAMAYURA (Associação Terra Indígena Xingu – Atix)

Eu vou relatar a experiência que estamos vivendo, os povos do Parque Indígena do Xingu, o histórico da não consulta aos povos indígenas no processo de licenciamento das pequenas centrais hidrelétricas no entorno do Xingu.

Fiz questão de colocar esse mapa na apresentação para os parentes de outros países conhecerem o Parque Indígena do Xingu, está aí em vermelho, pedindo socorro, inclusive até está de vermelho. É para mostrar onde que eu moro. Moro bem aqui, local sagrado dos povos indígenas do Alto Xingu, aldeia Morená, bem nesse ponto aqui. E outros povos moram mais aqui e mais para cá também tem vários povos. São 14 etnias morando atualmente no Parque Indígena do Xingu.

Daí é para acompanhar e refletir como foi o processo. Houve um processo de consulta prévia aos povos do Xingu antes da instalação das pequenas centrais hidroelétricas (PCH)? A consulta prévia não aconteceu. Antes do início da construção, nenhuma das comunidades do Parque Indígena do Xingu foi consultada ou informada. Ficamos sabendo da existência dos projetos pela informação de um dos parentes indígenas que trabalhava na época na fiscalização. Ele foi informado informalmente por terceiro ainda, um amigo não-indígena que ouviu falar que essa obra estava acontecendo.

Quando houve a consulta a obra já estava bem adiantada e foi para discutir somente as compensações, na tentativa de comprar as nossas lideranças, quer dizer, na verdade não houve consulta como eu estou ouvindo dizer aqui, qual é o jeito, qual é a fórmula de fazer a consulta. Na verdade, convocaram cinco lideranças para se fechar no gabinete do governo do Estado de Mato Grosso, para discutir compensações e outras promessas de dinheiro e de melhoria de vida para aquela população. Aí começaram as nossas manifestações, então vamos acompanhar como vão evoluindo as coisas.

Em nenhum momento fomos informados, ninguém perguntou se podia construir ou onde construir. Em outubro de 2004, foi realizado o 1º Encontro das Nascentes do Xingu, onde pela primeira vez participamos ativamente da construção de uma política pública para a bacia do Rio Xingu. Naquele momento focamos o nosso pensamento para a questão das águas, a garantia do nosso meio de sobrevivência e do nosso modo de vida. Estavam presentes grandes fazendeiros, pequenos agricultores, pesquisadores e ambientalistas, órgãos governamentais das três esferas, um belo encontro, a meu ver, onde foi possível construir, em tese, um futuro imaginário, no qual os direitos das populações e o

meio ambiente eram respeitados. Mas o pior estava para acontecer, quer dizer, foi tudo bonito, os órgãos se comprometendo a assumir a parte ambiental de reflorestar as nascentes que estão morrendo, que estão pedindo socorro. Mas não esperávamos o golpe fatal que estava para acontecer, nessa mesma data, no final do evento fomos informados de que a barragem de Paranatinga II estava sendo erguida a todo vapor. Esse foi o início de momentos cheios de conflitos internos e tristeza para os povos indígenas do Xingu.

No momento em que fomos informados, com toda aquela correria, todos estavam indo embora. Imediatamente convocamos movimentações para fazer uma comissão para ir ao canteiro da obra para visitar, conhecer, porque nós indígenas só acreditamos vendo. Foi o que aconteceu, fomos em carros e ônibus no dia seguinte, e lá o clima foi de impacto muito grande. As lideranças choraram quando viram toda aquela derrubada, sujeira indo para o rio. Falamos com o gerente da obra para parar imediatamente a obra até que nós conseguíssemos conversar, consultar sobre o que aconteceu, levantar o histórico com os responsáveis.

Qual foi o papel da SEMA, da Funai e de outros órgãos públicos nessa história? Todo o processo de licenciamento aconteceu sem nenhum tipo de consulta aos povos indígenas. Após um intenso processo de reivindicação, que culminou com a ocupação do canteiro das obras da PCH Paranatinga II, o Ministério Público moveu uma ação parando a obra.

Quer dizer, depois que mostramos as armas do nosso jeito, chamamos a mídia, reclamamos, promovemos até uma festa em cima do canteiro para chamar a atenção, a festa sagrada do Kuarup, que não podia nem ser realizada daquela forma, mas queríamos chamar a atenção do mundo e para que alguém fosse nos ajudar. Mesmo assim, o governo, através da Funai, teve um papel muito neutro, não se pronunciou sobre os impactos sobre os povos indígenas, e a Sema não nos deu até hoje nenhum esclarecimento, nenhum. Então foi isso que aconteceu e até hoje estamos esperando a resposta.

Qual foi a conseqüência de não se fazer a consulta antes da instalação da PCH? O fato de não haver consulta causou inúmeros problemas de ordem social, como atritos e conflitos entre as lideranças e etnias do Xingu. Quer dizer, a partir

daquele momento nós não tivemos paz, não tivemos mais a tranquilidade de dormir, de pescar, de caçar, de sermos amigos. O povo ali, apesar de ter 14 etnias falando línguas diferentes, vive com parentesco, se chama de irmão, de tio. Apesar de ser outra etnia, não tem nenhum grau sanguíneo, se consideram, se cumprimentam falando tio, irmão, primos. Esse jeito começamos a perder, sem falar das preocupações das mulheres. O que nos motivou a nos mover e protestar foi que o que mais está em jogo hoje nessa questão das obras: aquelas pessoas que não vão sobreviver enfrentando essa política das barragens, dos impactos, os mais idosos que não conseguem falar e nem interpretar o português.

Continuando a luta, o que mais nós vimos foram as tentativas por parte do empreendedor e outros, de impor entre as lideranças quem tem mais poder de decidir, quer dizer, “você é um líder e decide por todos”. É isso que se vê mais do que socializar os problemas, discutir junto com os jovens, com todas as gerações, e isso é o nosso anseio, o nosso desejo.

Até hoje não existem informações, por parte da Funai, da Sema, ou do empreendedor sobre os impactos e as medidas de mitigação e a compensação das obras. Mas também eu quero ressaltar aqui que nós povos indígenas, naquele momento dizíamos que não queríamos a obra em hipótese alguma. Essa é a questão, o desrespeito aos direitos dos povos indígenas e à Convenção 169 continua.

Em junho de 2008, vejam como estão acontecendo as coisas, descobrimos uma nova PCH, construída em afluente do Xingu. E a história está se repetindo, sem consulta prévia, sem sermos informados, nenhuma carta, nenhum trecho da carta chegou até nós. E a obra está desse jeito que vocês estão vendo aí, e isso vai nos afetar também.

As nossas propostas: estabelecimento de protocolo entre Sema e Funai, tornando a consulta prévia o primeiro item do processo de licenciamento. E acho que fui contemplado aí na palestra do Presidente da Funai; estudo integrado de toda a bacia hidrográfica, buscando identificar os impactos cumulativos das PCHs; zoneamento dos rios, garantindo rios sem barramento para livre circulação dos peixes; monitoramento independente dos impactos sobre os peixes provocados pelas PCHs já existentes; e medidas de mitigação discutidas e acompanhadas pelos povos do Xingu.

E aqui a nossa mensagem também: as leis voltadas para a comunidade indígena têm que contar com a participação de todos os indígenas do país, lei na mudança da saúde indígena, lei na educação, Estatuto do Índio, decretos e portarias.

Era essa a minha apresentação. Obrigado

DEBATE

Perguntas

PAULINO (Coiab)

Dói na alma ouvir os parentes falarem desse jeito. Se fizermos as contas das 346 obras, grandes obras, empreendimentos listados pelo Presidente da Funai, se distribuímos pelas terras indígenas, na verdade mais da metade das terras indígenas já têm um projeto para garantir o seu impacto, ou seja, o negócio não é brincadeira.

Tendo em consideração toda a apreciação humanista da senadora Marina Silva, aparentemente está em curso um projeto sutil e etnocida e genocida, falo nesses termos porque hoje de manhã as lideranças regionais que integram a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil pediram que eu comparecesse e externasse esse sentimento e as opiniões, então estou falando.

A Amazônia tem mais de 60% dos povos indígenas do país, e grande número deles será impactado pelos grandes projetos. Só queria acrescentar um dado aí na fala do parente, no caso de Paranatinga II, a empreiteira chegou a contratar profissionais de ciências sociais, antropólogos para apresentar relatórios forjados, falsos, inclusive para dizer que os locais alegados pelos índios como sagrados não estariam na região atingida, mas estariam a não sei quantos quilômetros de distância das nascentes ou dos locais considerados sagrados para os índios do Xingu. E ficamos tristes quando profissionais se prestam a esse tipo de jogo. Não é novidade, isso é muito comum, isso está acontecendo no Mato Grosso do Sul, onde os fazendeiros montam uma ONG e são assessorados por profissionais desse nível, lamentavelmente.

Mas também tem outra questão que acho que é importante registrar, os aliados, as organizações, as entidades têm que ter cuidado para não fazer o jogo, porque em alguns momentos o movimento indígena se sente como que empurrado a entrar em determinadas concertações visando “garantir pelo menos determinadas compensações. Como quem diz que os valores ancestrais, a cultura milenar, como se tudo isso tivesse preço. E nós sabemos, os conhecimentos tradicionais, os valores espirituais não têm preço, e nos preocupa quando há determinadas tendências nesse sentido.

Eu queria perguntar para o Márcio. O Ministro do Meio Ambiente na revista “Isto É”, quando questionado sobre as evidências de que de fato o canteiro de obras no rio Madeira vai atingir povos isolados, disse “entendemos a questão da cultura indígena, mas cabe à Funai dizer se pode ou não liberar o licenciamento”.

E aí fica a preocupação de que possa haver um empurra-empurra de órgãos do governo. O Presidente da Funai falou há pouco que não cabe à Funai emitir licenciamento, mas segundo o Ministro do Meio Ambiente é a Funai que dá o último parecer para determinado licenciamento sair. E nós sabemos o que implica de fato o impacto, não só sobre povos isolados, mas inclusive povos secularmente contatados, inclusive com o grave problema que envolve razões geopolíticas multilaterais, povos indígenas e comunidades tradicionais da Bolívia serão impactados pelas hidrelétricas do rio Madeira Então eu queria algum esclarecimento sobre isso para a Funai também não ficar mal nessa situação.

A segunda questão é para a senadora, que está falando de um projeto de resolução para ver como a consulta se incorpora para todos os assuntos que impactem os indígenas. A senhora parece que tem um projeto de lei complementar na Câmara que visa regulamentar a questão do interesse relevante da União, ou seja, inclusive bem antes da Convenção 169, a Constituição Federal já diz que determinadas obras serão implementadas desde que sejam de interesse relevante da União, inclusive está vinculada essa questão à consulta pelo Congresso aos povos indígenas atingidos, antes de qualquer empreendimento ser implementado. Queria ter um esclarecimento se a tal de resolução seria mais ou menos isso, uma lei para regulamentar aquela frase “de interesse relevante da União”?

MARIA APARECIDA (Conaq)

Queria fazer uma pergunta para a senadora. O governo brasileiro ratifica a Convenção 169 no que se refere ao tratamento e às consultas aos povos indígenas e populações tradicionais, e ela se aplica às comunidades quilombolas. Acontece que não está havendo consulta nem com relação aos grandes projetos de desenvolvimento do Brasil, nem com uma série de propostas de projetos de lei, a exemplo do projeto de lei do Dep. Valdir Colatto (PMDB-SC) para sustar o Decreto 4.887/203 e tem também a ADIN dos Democratas. E não está havendo nenhuma consulta. Então queremos saber qual é a posição da senadora e qual é a possibilidade de caminhar conosco na tentativa de fazer com que essas ações com relação às comunidades quilombolas passem por uma consulta. Gostaríamos de saber a sua posição, se podemos contar.

RAMÓN LABORDE (advogado indigenista da Colômbia)

A Senadora falou que não conhecia experiências sobre a regulamentação de consulta prévia nas comunidades indígenas. No caso da Colômbia já há antecedentes de decisão da Corte Constitucional que declarou inconstitucional a lei florestal e também a parte que tem a ver com indígenas do plano nacional de desenvolvimento. Nesses dias deve estar saindo outra decisão da Corte Constitucional sobre a lei de desenvolvimento agrícola. Estivemos falando sobre isso, temos esses exemplos e também falamos sobre a possibilidade de veto das comunidades indígenas através desse processo de consulta às medidas pretendidas. Então aqui como se pensaria em implementar essa possibilidade dentro da regulamentação que se estaria promovendo?

MARÍN GUTIERREZ (advogado indigenista da Bolívia)

Queria aproveitar a oportunidade de fazer algumas considerações e consultar o presidente da Funai e a Senadora. A principal dúvida que temos na Bolívia é qual é a situação da licença ambiental que têm as represas no rio Madeira, se não há volta, se isso vai continuar. Como falaram outras pessoas, essas obras vão ter conseqüências também no território boliviano, além disso, está prevista a construção de uma represa menor em território boliviano.

Devo informar que as organizações sociais na área do projeto manifestaram-se em várias ocasiões de forma pública e de maneira frontal ao governo, ao ministro da presidência e ao próprio presidente, que essas obras são contrárias aos seus interesses e, portanto, contrárias a sua vontade como povos. Pela situação política que atravessou no último ano a Bolívia, que teve que concentrar as forças progressistas para vencer outro obstáculo, essa situação ficou um pouco adormecida.

Entretanto, obviamente seguimos produzindo outros tipos de fatos no Brasil, mas eu não descartaria a possibilidade de que no momento em que se iniciem as obras, as pessoas do lugar vão reagir. Temos antecedentes, eu vivo na parte sul da Bolívia, na fronteira com a Argentina, e durante o governo de Carlos Ménen, e do lado boliviano de Jaime Paz Zamora, com o forte impulso da globalização se pretendeu também construir três represas no rio Bermejo. Estas três represas não foram construídas precisamente pela oposição da população boliviana, algo muito similar pode acontecer nessa parte da Amazônia.

Contudo a minha curiosidade é essa: qual é a situação legal, sobretudo da autorização ambiental para a construção das obras? Ouvi recentemente uma notícia, não sei o quanto é certa, que pela concentração de água, os espelhos de água desenvolveriam ou aumentariam a malária, creio que aumentaria, mas não sei quanto mais.

Durante os dois dias em que estamos aqui houve algumas inquietações, pleiteando a possibilidade de que as organizações sociais, e, sobretudo os povos indígenas promovam a sua integração, fortaleçam a sua unidade, vejam mecanismos para trabalhar de maneira conjunta, isso por um lado.

Por outro lado, considerando que a Convenção 169 é uma norma internacional e nesse caso, ratificada tanto pela Bolívia quanto pelo Brasil, o que aconteceria se no lado boliviano se aplica a consulta – considerando que para a consulta na Bolívia encontrou-se um mecanismo de fazê-la mais reflexiva, com seus problemas, mas existe a possibilidade de que isso ocorra– e esta consulta concluir que não é o mais conveniente construir essa obra. Qual seria a repercussão dessa decisão das populações afetadas, baseada em uma norma internacional, no território brasileiro?

Proponho um caso hipotético invertido: no Pantanal, no lado boliviano vai se desenvolver o Projeto Mutum, além de explorar o mutum, vão canalizar o rio Paraguai. Além disso, vão construir uma ferrovia, um porto, ou seja, vão terminar de afetar o Pantanal, que no lado boliviano está quase virgem, ao contrário do que ocorre no Brasil. Quando os efeitos são do outro lado, passando a linha fronteira de um país, e além disso, considerando que os povos indígenas não visualizam as linhas fronteiriças, qual é a opinião de vocês, ante essa possibilidade, de que uma consulta feita num país, nesse caso no lado boliviano, pode repercutir e afetar a implementação dessa obra no Brasil?

MARINA SILVA (senadora)

Em relação à última questão, sobre quando o empreendimento faz impacto em um lado, se pode, pelo que eu pude entender, afetar a decisão de um outro país. Do ponto de vista das relações bilaterais dentre os países, os processos são independentes. Então uma decisão que teoricamente diz respeito apenas ao território brasileiro, estaria inscrita no território brasileiro, pela legislação. Quando tem uma repercussão que afeta os dois países, isso geralmente é remetido para o campo da diplomacia entre os dois países, que passa a fazer essa mediação considerando os vários senões apresentados de ambas as partes.

No processo do Madeira, quando foi feita a avaliação ambiental estratégica pelos órgãos de energia, foi detectada a possibilidade de cinco aproveitamentos hídricos, sendo que quatro, me parece, ficavam do lado brasileiro, e um do lado boliviano. Do lado brasileiro, dois foram descartados, do lado boliviano não sabemos. Dois foram para o licenciamento.

Aí tem todo um processo interno de reposicionamento desses empreendimentos, que antecede a própria licença, como por exemplo, fazer apenas os dois empreendimentos de forma que, segundo a avaliação dos técnicos, o impacto ficasse circunscrito ao território brasileiro, com exceção da questão dos peixes e outras questões que repercutiam para além da fronteira, porque os peixes não conhecem a fronteira. Esse reposicionamento pressupôs a retirada das eclusas- havia um projeto do Ministério dos Transportes que se fizessem

eclusas para perenizar o rio. Na discussão interna, bastante intensa com o Transportes, se fez ver, tanto Ministério do Meio Ambiente, Funai e outros, de que não era oportuno e conveniente um empreendimento com mais este vetor de impacto, porque as áreas do Alto Rio Madeira seriam impactadas se fizessem as eclusas, então se abriu mão das eclusas. E uma série de outras condicionantes que foram surgindo no decorrer do processo, que vão desde resolver problema de sedimento, da malária, das populações. Um encaminhamento que foi dado para a Funai em relação às comunidades indígenas que identificou povos que são isolados, comunidades diretamente afetadas e comunidades que não eram diretamente afetadas.

Tudo isso tem um procedimento legal no que concerne à manifestação da Funai na interação com o processo de licenciamento. Agora, no meu entendimento, para o bem da discussão que se está fazendo aqui, não é bom confundir o licenciamento com os procedimentos das audiências públicas, que é um mecanismo particular, que não atende ao que estamos discutindo aqui. O que estamos discutindo aqui é outra coisa, independe das audiências públicas. É uma conquista da sociedade brasileira que no processo de licenciamento dos empreendimentos não fique apenas na relação do órgão de licenciamento e empreendedor baseado apenas no estudo de impacto ambiental apresentado, mas que se façam audiências públicas para que o processo possa ser instruído a partir do olhar independente da comunidade. Isso é uma conquista institucional que precisa ser melhorada e aperfeiçoada, para os índios, para a sociedade, para os diferentes segmentos, mas que não atende ao que nós estamos discutindo aqui.

Nós estamos discutindo aqui é a consulta prévia, de acordo com a Convenção 169 da OIT, num processo previamente informado, com mecanismo específico que nós ainda não sabemos como será, que não será o mesmo para o Congresso, não será o mesmo para o licenciamento, não será o mesmo para um projeto de desenvolvimento na área de agricultura. Cada processo vai ter uma dinâmica específica que dê conta dessa complexidade.

Em relação ao que eu sugeri, que o mandato poderia ajudar, talvez eu não tenha sido suficientemente clara, mas não tem nada a ver com o projeto que está

no governo. Seria uma iniciativa juntando pessoas com diferentes olhares, aí com certeza passa pelas comunidades indígenas, pessoas que dão assessoramento, experiência de governo, o próprio Congresso e quem mais possamos aportar contribuição para pensar pelo menos um embrião de proposta para submeter o debate e talvez apresentar como uma iniciativa de lei.

E enfim quem vai apresentar é o de menos, o importante é que seja um instrumento construído da melhor forma possível. Eu não estou sendo demandada pelo Executivo para isso. É uma iniciativa que eu estou pensando, a partir do que está se debatendo aqui, já que eu fui instada como alguém que, que está sendo instada a contribuir, já que tenho mandato até 2010, então é única e exclusivamente isso.

Em relação a se pode contar, não sei como posso responder. Às vezes é a história de vida das pessoas que diz se elas podem ou não ser confiáveis para podermos contar com elas, mas mesmo assim ainda não é suficiente, portanto a pergunta é altamente pertinente e aí vamos interagir no processo. Tem sido uma longa jornada em defesa dessas lutas, que não é uma defesa passiva e eu não costumo confundir, por mais que tenha aliança com a causa, como se eu estivesse no lugar das pessoas.

Por exemplo, no processo de licenciamento lá do Tijuco Alto, um processo difícil, complexo, em que todos os cuidados e baseado em princípio de justiça e aí, quando você pensa justiça, você tem que ver os processos como eles acontecem para um lado e para o outro porque eles acontecem em cima da legislação que nós temos. Eu sempre digo que não é errado ter interesses diferentes. Difícil é quando um interesse se sobrepõe ao do outro de forma ilegítima. Então o que nós fizemos o tempo todo foi buscar processos legítimos. E isso, claro que tem todo um custo, uma incompreensão, mas o esforço que fizemos foi para que os problemas que objetivamente foram apresentados pelos quilombolas, que não estavam resolvidos fossem considerados. Outro processo de novo foi aberto, está em curso. E eu espero que, novamente, com critérios objetivos se possa fazer o julgamento dessas questões que não são fáceis.

Então, é procedente a sua pergunta, se pode contar nesse apoio. O que eu posso dizer nesse momento é que sim, agora, vamos todos ficar vigilantes o tempo todo.

MÁRCIO MEIRA (presidente da Funai)

Eu vou seguir, complementando, a linha que a senadora coloca, nós temos convergência com relação a isso. Não devemos, digamos assim, nos restringir ao que já conquistamos em termos do licenciamento ambiental no Brasil. O desafio que temos agora é um desafio novo em relação à regulamentação da Convenção.

E no que tange especificamente à pergunta do Paulino: a Funai não emite o licenciamento. E com relação à eventual possibilidade – e digo eventual porque não há informação confirmada da Coordenação de Índios Isolados da Funai da existência desse povo, existem referências – a nossa posição no processo de licenciamento foi informar de que há referências e que caso esses procedimentos que a Funai cumpre de identificação ocorram, nós teremos que seguir a legislação indigenista brasileira de proteção dos índios em situação de isolamento, que é a política que a Funai desenvolve há cerca de vinte anos, que são os processos de criação de frentes de proteção etnoambiental –hoje nós temos seis em funcionamento, todas elas na Amazônia legal– e que as terras dos índios isoladas sejam interditadas, no caso de confirmação, e demarcadas para que haja proteção dessa população. E que o Estado brasileiro não faz o contato, quer dizer, a política de frentes de atração, frentes de contato, que funcionou no Brasil nos últimos vinte anos foi modificada, e hoje temos uma política que aliás é uma política exemplar, reconhecida internacionalmente. Inclusive na semana passada a Funai esteve participando em Pucalpa, no Peru, de um encontro binacional Peru-Brasil sobre esse tema, no qual o movimento indígena do Peru se posicionou no sentido de que o Estado peruano também tenha uma política semelhante à nossa.

LÉIA TOMÁS (antropóloga)

Sou antropóloga, presto assessoria para a Associação Terra Indígena Xingu, e tenho várias questões e talvez não seja a só para a mesa. A primeira é com relação às PCHs, que o Marcelo levantou Até onde acompanhei no ano passado, eram seis PCHs que estavam previstas dentro do PAC.

Eu enxergo um vácuo em relação a esse procedimento, não só o procedimento de consulta, mas também com relação ao de licenciamento das PCHs. Ao que

parece, não acompanho a legislação ambiental, mas as PCHs são uma alternativa de menor impacto. Então é meio legitimado que as PCHs seriam uma forma para minimizar os impactos ambientais.

A minha pergunta é, no caso do Xingu – agora parece que são doze que estão previstas nos afluentes do rio Xingu – quem dá esse licenciamento normalmente são as secretarias estaduais. Só que quem financia é o governo federal. Então a questão é primeiro, com esse vácuo, como seria o procedimento para discutir sobre os impactos previstos em termos de comunidades locais, de sociedades no entorno das PCHs, antes do licenciamento prévio que é necessário para o BNDES autorizar esse financiamento. Então o processo de consulta teria que ter esse procedimento estadualizado ou será que teria que ser federalizado?

A outra questão seria para o Márcio. Eu gostaria de saber qual é a posição da Funai em relação ao procedimento de consulta e de participação das comunidades indígenas nos processos de implementação das políticas de educação, de saúde, das políticas de Estado. Como que está a posição do Estado brasileiro em relação à implementação da Convenção 169 nas suas próprias políticas.

VIRGÍNIA (liderança indígena da Guatemala)

Ouvindo as palestras, mais uma vez eu creio que os povos indígenas, o grito que estamos dando, todos os povos em todas as nações, em toda a sua diversidade é que há que lutar pela vida. E entendemos a vida desde o nosso entorno natural ao entorno social.

Então esses diálogos e esses debates que estamos tendo neste espaço por certo não estamos em maioria, tampouco estão os que vão tomar as decisões-chaves nesse país e também no nosso país. Mas os poucos que estamos aqui, ouvindo as diferentes exposições dos quilombolas e dos povos indígenas, realmente queremos deixar na história que há que lutar pela vida, e todos esses mega projetos que se estão implantando são contra a vida, não a nossa e sim a dos nossos filhos, os que ainda não nasceram.

O que vamos legar a essa descendência que ainda não se ouve sua voz? Como nos dizia Marcelo, nós estávamos em paz, mas a perdemos, e não só no lugar deles, em vários países os povos indígenas novamente estão recebendo esse atropelo.

Eu só quero fazer um apelo às instituições, às pessoas que têm decisões-chaves, que se unam a essa causa, que se unam a essa voz, que se unam a esse apelo que é um apelo para a vida, é um apelo para a história, é um apelo além dos direitos humanos, é um apelo da sabedoria que têm os povos indígenas, e que pode nos ajudar a salvar o planeta, e que pode nos ajudar também a salvar as transgressões feitas contra a natureza. Nós já sabemos que o capitalismo mata indivíduos e mata povos, e por isso mesmo nós temos que nos unir, essa diversidade que hoje está aqui, temos que nos unir. Essa é a minha conclusão ao que Marcelo nos falou.

MARIA LUIZA GRABNER (procuradora da República em São Paulo)

Sou procuradora em São Paulo, do Ministério Público Federal, e vou colocar a minha questão para a senadora. Quando a senhora falava da questão de que não podemos confundir esse procedimento de consulta previsto na Convenção 169, com outros procedimentos relativamente semelhantes como a audiência pública, enfim, eu me lembrei também da questão dos conhecimentos tradicionais e da Convenção da Biodiversidade, da medida provisória que ainda está em vigor, e de toda a discussão que ainda está em consulta pública, me parece, de um projeto de lei para regulamentar justamente essa questão do acesso aos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos, que é uma especificidade no âmbito da diversidade cultural.

E tanto na Convenção da Biodiversidade como na medida provisória, e me parece que também no projeto de lei se fala de um consentimento prévio fundamentado. A medida provisória fala em anuência prévia, até há críticas a respeito dessa expressão, que de certa forma minimizaria o princípio. Mas eu gostaria de ouvir a sua opinião a respeito, porque estudo isso, e me parece que foi um conceito importado pela Convenção da Biodiversidade. Não sei se ela importou da Convenção 169 ou de outras convenções que falam de consentimento, também prévio e informado no âmbito da medicina por exemplo, e de outros documentos internacionais que estão voltados mais para o direito individual.

Gostaria de ouvir a sua opinião, fazendo a ressalva que assim como as audiências públicas seriam um procedimento à parte, bem específico, mas que é muito

parecido, até na sua formulação e na sua expressão lingüística com a Convenção 169, se poderíamos assimilar os mesmos requisitos e as mesmas garantias também para esse direito específico.

PIRAKUMÃ (liderança indígena Parque Indígena Xingu)

Sou liderança indígena do Xingu, só quero complementar a fala dele sobre as PCHs. Vocês viram aí os problemas que está causando para nós. Isso já é discutido desde 2004 e até agora não temos resposta. Por isso que eu vou perguntar ao presidente da Funai e à Marina sobre essa questão de consulta, porque eu sempre me pergunto o que é consulta, porque acho que nós índios, e os parentes que são de fora, temos que nos unir como a senhora falou aí, fazer aliança, isso que estamos fazendo agora aqui no Brasil, junto com os Enawenê que também estão com um problema sério, igual a nós, e os Kayapó do Pará, estamos nos abraçando para ver se temos um pouco de peso e de respeito, porque sozinhos ninguém é respeitando.

Vocês viram aí os problemas, esse encontro para mim é importante, eu acho que temos que aproveitar e perguntar ao pessoal das mesas porque nós indígenas do Xingu nunca fomos consultados, com a questão de desmatamento, esses PCHs e outros. Porque na verdade, nós estamos até sendo ameaçados com a redução de animais como pássaros. O governo, vou falar logo, o Ibama, sempre culpou os índios, que os índios estão acabando com os passarinhos, os animais, mas isso não é verdade porque os índios não sabem derrubar floresta, porque os índios não sabem criar os animais, porque na floresta já existe animal, como anta, porco do mato, enfim.

Acontecem dentro do território brasileiro as invasões, muita invasão, fazendeiro invade, aí coloca animal no lugar da anta, que é o boi, um animal que está invadindo o próprio lugar dos animais silvestres. Muitas vezes o pessoal do Ibama está proibindo os índios de caçar pássaros porque a roupa dos índios é pena de ave, mas não somos nós que estamos acabando com as aves, o que acaba com as aves é o desmatamento, o que acaba com os peixes é a construção de hidrelétricas, vocês viram, aí.

Então, estamos com uma grande ameaça. Todo mundo pensa que o Parque do Xingu está lá bem conservado, mas não, tem desmatamento no entorno. Isso já foi falado, já avisamos a Funai, já solicitamos a presença do Ibama, e nunca fomos ouvidos, pelo menos nós levamos isso ao conhecimento dos ambientalistas. A Marina mesmo já recebeu o nosso recado na época dela. E o que foi o que o governo falou para ela? O próprio governo a chamava de “ministra dos índios”. Não sei se o outro que entrou aí vai olhar, vai proteger mais a nossa floresta, que está sofrendo.

O Marcelo mostrou aí um local da hidrelétrica onde usaram dinamite que abriu trezentos metros de diâmetro de buracos no leito do rio, para quebrar as pedras. No dia em que fomos avisados, já estava fechado com terra, então no lugar dos peixes lá estava o quê? Maquinário, tratores tirando as pedras, então avisamos a Funai, mas não no tempo dele, era outro, o que aconteceu? Ninguém foi lá, aí os índios foram lá, chamaram uma procuradora da Funai, pelo menos ela foi lá e fez um trabalho, ajudou os índios. Quando ela voltou já estava demitida. E aí, como é que a Funai vai proteger e ajudar os índios? Até agora não entendo, a procuradora que nos ajudou mandaram embora, isso é um problema sério, muito sério mesmo.

Então a minha pergunta para o Presidente da Funai: será que essa Convenção 169 vai ajudar os povos indígenas, será que o índio vai ter oportunidade de chegar, levar os problemas para a questão indígena, como está acontecendo hoje? Porque falaram aí que existe há muito tempo, mas até agora, para nós não existe essa OIT, a única OIT nossa é a Funai, aonde todos os índios chegam, para levar os problemas, para levar adiante, só que nunca acontece.

Isso estou falando aqui para os parentes ouvirem. Hoje, falaram de manhã que não existe melhor do que ninguém. Eu acho que existe sim. Quem são esses melhores do que nós? O presidente não é. A Marina não é. Hoje o ministro não é. Existe melhor do que nós, são fazendeiros, os empreendedores, o pessoal que tem dinheiro. Lula não é poderoso, Lula e o outro ministro são empregados desses fazendeiros. Os ministros escutam mais a voz dos fazendeiros, dos empreendedores. Então quando nós vamos reivindicar ninguém dá resposta, porque tem medo dos poderosos.

Era isso que queria saber do presidente, mais a OIT, esse negócio de consulta prévia. Acho que tem que regulamentar, tem que valorizar isso para todo mundo. Hoje ouvi quilombola na mesma situação dos índios, então temos que juntar índios, quilombolas e outros, nos aliar para ver se o governo nos ouve.

MIRIAM ISCHIU (liderança indígena da Guatemala)

Para mim é uma grande oportunidade poder participar desse diálogo de muitos benefícios para nós como povos indígenas. Estou desde ontem nesse debate e realmente me preocupa tudo o que se falou e mais o que nos disse o Presidente da Funai. Realmente em tudo o que se falou não se tomou em conta o problema que está sofrendo o nosso planeta Terra, nisso devemos pensar e nas conseqüências que podem trazer essas empresas hidrelétricas e tudo o que pode afetar, mais do que tudo a nossa querida natureza.

Eu associo a Funai com a organização da Guatemala que se chama Inar, sabem por quê? Porque é uma armadilha para os povos indígenas. Na Guatemala disseram que o Inar ia fazer estudos para que todas essas empresas não possam enganar o nosso povo, mas nos damos conta hoje de que há tantas empresas na Guatemala que estão fazendo um desastre e já não o chamamos natural e sim socionatural, porque nós somos os destruidores da nossa própria vida. E precisamente vejo isso, porque realmente na apresentação do Presidente da Funai, me chamou muito a atenção, que há todo um estudo ambiental, mas também o comparo com a apresentação que fez o Marcelo, já se apresenta para nós um panorama ainda pequeno, do grande dano que pode causar cada uma dessas empresas hidroelétricas e qualquer outra empresa que lesa a natureza.

Eu lhes pergunto, no caso, de todos os que estamos aqui, será que quando não tenhamos mais uma natureza que possamos respirar o ar, poderemos com o dinheiro comprar o ar? Não, não podemos comprar o ar que nos dá a vida, já dizia aqui a companheira, fechemos alguns instantes o nariz para ver se podemos respirar, pensemos nisso, nessa destruição que estamos fazendo ao nosso planeta, e mais, aos povos. Realmente é um engano porque não podemos, inclusive quando falamos nosso idioma, não podemos nos comunicar, nos pintam muitas coisas

bonitas que ao final realmente são uma mentira. Quero que realmente ponhamos os povos, hoje, os que estamos representando aos milhares de povos que temos em cada país, que levemos essa mensagem: não é o dinheiro o que dá a vida, é a natureza e somos complemento dela.

Assim, eu lhes pediria, nesse caso ao presidente, será um abuso da minha parte talvez, mas realmente que levem em conta isso que está acontecendo na Guatemala, porque lá estamos sofrendo muitos desastres, onde muitos povos e principalmente indígenas estão ficando soterradas sobre as montanhas, porque a Guatemala é um país onde há muitas montanhas, há muitos lugares vulneráveis e aí nos colocou esse sistema neoliberal, por quê? Roubou-nos nossas melhores terras, nos mandou para as montanhas para nos defendermos dessa opressão, e agora que identificaram que tem minério, e como dizia a senadora, não quero que descubram ouro na Guatemala e já estão acabando com tudo.

Entretanto, há uma luta e queremos que isso seja visível aqui, para que não se deixem enganar: tudo que tenha a ver com projetos macros, enormes, nos lesam e aí sim que definitivamente é um dano irreversível, não se pode crescer algo, não se pode deixar uma montanha de um dia para o outro, porque isso só faz o nosso pai celestial. Assim lhes dou essa mensagem e obrigada pelo tempo que me deram.

MANAGU (liderança indígena do Parque Indígena Xingu)

Sou líder do povo Ikpeng do Parque do Xingu. Tenho duas perguntas para o presidente da Funai: qual é o histórico da Funai de hoje, onde está a sua responsabilidade, onde está o poder da Funai?

Outra: nós do povo do Xingu queremos sua participação quando nós convidamos o senhor para tratar dos nossos problemas, dos nossos interesses, levar nova informação para a nossa comunidade, será que o senhor fica com medo dos índios?

Por que eu estou dizendo isso? A equipe da Funai não está mais ouvindo o povo indígena. Quando tem encontros, toda instituição aparece, o que falta é a equipe da Funai, o que falha a nossa força dentro da sociedade indígena. Nós, povo do Xingu, de 14 etnias queremos manter, controlar, proteger e desenvolver nosso patrimônio cultural, nosso conhecimento tradicional e nossas expressões

culturais tradicionais, e manifestação de nossa própria ciência, incluindo os recursos humanos e conhecimentos das propriedades da fauna e flora, as tradições orais. Era isso que queria dizer para o presidente.

PAULA MOREIRA (Ipam)

Uma pergunta para o Márcio Meira. Eu queria saber se a Funai já tem alguma idéia de como fazer as consultas aos povos indígenas, em relação aos projetos de conservação florestal ou mitigação tendo em vista que os povos indígenas são os grandes responsáveis pela preservação da floresta, como foi falado de manhã, o modo tradicional de vida deles, a luta histórica deles, por causa disso as florestas estão sobrevivendo até hoje, e conseqüentemente o grande estoque de carbono das florestas.

E a pergunta para a senadora é: como a senhora sabe estamos construindo agora um novo arcabouço legal de tratado do clima, que pela primeira vez vai incluir uma forma de incentivos positivos àqueles que conservam e lutam para evitar o desmatamento. Temos mais um ano para construir esse novo tratado, e por isso a importância dos povos indígenas e tradicionais nesse debate. Eu queria saber se a senhora, ou alguém da mesa, vê a possibilidade de incluir nesse novo arcabouço jurídico as disposições da Convenção 169, da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, adotada no ano passado, como uma linguagem mandatória nesse novo tratado. Porque sabemos que um tratado do clima sempre é um tratado que é muito mais mandatório, tem um poder muito mais vinculante, porque tem metas. Seria possível essa inclusão?

RAUL SILVA TELLES DO VALLE (ISA)

Quería aproveitar a reflexão do Cacique Managu e fazer uma pergunta para o Márcio. Me parece, e isso tem uma razão histórica, em que não vamos entrar aqui, que a Funai é uma instituição de face dupla: para os índios ela é o governo, para o governo ela é dos índios. E isso, historicamente, vem sendo reforçado inclusive em procedimentos. Então hoje umas das questões importantes, talvez a principal, diga respeito a empreendimentos que vão direta ou indiretamente impactar terras

indígenas. A prática dos órgãos licenciadores, quando bem intencionados e bem aparelhados é “vamos perguntar para a Funai: posso construir não posso construir e qual é o seu parecer”.

E você apresentou aqui um procedimento que está em construção dentro da Funai, onde ela consulta os índios para responder a isso. Eu sempre me inquietei com isso, porque na prática, e a apresentação aqui indica que talvez venha a continuar sendo, a Funai atua como um filtro do entendimento mútuo entre ambas as partes. Ou seja, que a consulta se daria com a Funai como uma intermediária entre o próprio Estado – seja ele quem for, um ministério, uma secretaria de meio ambiente – e os povos afetados.

Eu queria ouvir a sua opinião sobre isso, sabendo inclusive da sua história no movimento, no apoio ao movimento indígena, seria esse mesmo o papel da Funai, ou seja, deve continuar a filtrar essa comunicação entre os dois? Como a Funai poderia trabalhar para talvez facilitar os processos de consulta mas sem continuar remarcando esse papel de ser o representante dos índios perante o governo, e do governo perante os índios, sabendo que em nenhum dos dois casos a Funai tem um poder de decisão. Sabemos que quando o governo vai consultar tem vários órgãos e a Funai é um dos órgãos que está lá e para os índios também, ela não consegue refletir ou dar uma decisão para o governo.

Respostas da mesa

MARINA SILVA (senadora)

Em relação ao pós-2012, na verdade o que se está buscando é que se tenha uma estrutura que seja capaz de comportar a aprendizagem que se tem até agora e o desafio que se está vivendo, que é de dar uma resposta para as mudanças do sistema climático, como incorporar os princípios de direitos humanos, essas questões que nós estamos colocando, é o esforço que já vem sendo feito desde o início, da parte de alguns setores, no que concerne, por exemplo, à questão das florestas.

Foi uma batalha foi travada no Brasil particularmente por algumas entidades, alguns especialistas que não prosperou. Somente na Convenção do Clima em Nairóbi, Quênia, é que já conseguimos. Aliás, no Canadá já fomos fazendo

algumas inflexões em relação a isso, depois em Nairóbi aprofundamos mais essa questão, e em Bali conseguimos que já fosse possível considerar a redução de emissão pela redução do desmatamento para os países detentores de florestas. Então há um processo de inflexão, eu própria acho que dei uma contribuição nessas inflexões que foram sendo feitas, e que não foram fáceis, se formos acompanhar o quanto foi tensionado dentro do governo ao longo da história a incorporação dessa nova visão, desse novo olhar.

A estrutura que acontecerá depois de 2012, no meu entendimento, tem que ser uma estrutura que seja capaz de contribuir, comportar a obrigatoriedade de metas dos países desenvolvidos e os países em desenvolvimento não vão fugir desse compromisso. No meu entendimento, cada vez mais nós vamos ser instados a assumir também compromissos no âmbito da Convenção do Clima.

Quais mecanismos serão criados para favorecer a contribuição de países como México, China, Índia e Brasil? Isso é uma discussão que até 2012 temos que dar conta desse recado, mas é claro que eu acho que cada vez mais há necessidade da incorporação, não só dos postulados tradicionais, orientados pela ciência convencional, mas inclusive pelos conhecimentos associados a situações extremas, porque as populações locais podem não ter os mesmos conhecimentos em relação ao enfrentamento das mudanças do clima, mas elas têm conhecimentos associados, mais uma capacidade de adaptação e em alguns casos, talvez por terem maior “rusticidade” sejam mais resilientes. E tudo isso são discussões que começam a acontecer. Eu própria tenho advogado que nessa nova estrutura se dê espaço para comportar as diferentes contribuições, e talvez a contribuição que mais afete as comunidades seja essa de considerar as florestas.

Em relação a se a linguagem consentimento prévio, informado, para o acesso ao recurso genético foi importada da Convenção 169, acho que não vem ao caso querermos saber quem importou de quem. Eu acho que a pergunta que se faz é: a proposta é boa? A proposta é justa? Ela é correta? Se for, que ela esteja na Convenção do Clima, na Convenção da Biodiversidade e na Convenção 169, e que ela possa ser implementada para todos esses segmentos, porque no caso do acesso aos recursos genéticos é algo semelhante, só que associado ao uso de determinados

componentes da biodiversidade. E há conhecimentos tradicionais associados, que as pessoas simplesmente acham que podem ir lá e pegar, ninguém pega pesquisa de ninguém, aí sai com ela e desenvolve a sua pesquisa partir dali. No entanto, as pessoas se dão ao luxo de “pegar” os conhecimentos produzidos ao longo de milhares e milhares de anos, e simplesmente partir a partir dali achando que é uma grande afronta se você pede alguma partilha de benefícios justa e equitativa, ou se as populações têm ou não o direito de dizer que aqueles recursos e a sua biodiversidade, a que eles têm direito ao usufruto legalmente assegurado, se eles permitem ou não que as pessoas possam ter acesso. Então eu acho que no caso aí, eu para ser sincera não sei quem importou de quem, só sei que é justo e deve ser implementado onde for necessário.

O Brasil, pelo menos em todos os processos de negociação que eu participei durante esses últimos cinco anos, no âmbito dos países mega diversos, defende enfaticamente que assim fosse. Lamentavelmente, o projeto que está para consulta, no meu entendimento, começa a sofrer algumas perdas em relação a esses avanços que temos alcançado, nas negociações internacionais. Porque o Brasil vive uma situação ambígua: lá fora nós lideramos um processo altamente avançado com relação ao acesso a recursos genéticos, e internamente, no meu entendimento, há uma dificuldade muito grande de compreender esses conceitos. É semelhante, uma coisa aqui que não tem nada a ver, com a questão de resíduos sólidos perigosos. Nós conseguimos algo inusitado: ganhar na OMC, alegando questões de saúde e meio ambiente, um contencioso para que não importássemos pneus usados, e agora se a decisão não for efetivada internamente no Brasil até o final de dezembro, nós vamos perder na OMC porque não implementamos internamente, ou seja, ganhamos onde nem se imaginaria que ganharíamos e vamos perder para nós mesmos.

Então eu espero que isso possa ser julgado no Supremo, que possamos dar efetividade ao processo, porque vivemos essas contradições, o Brasil tem uma grande audiência internacional, ao que ele diz e ao que ele propõe e tem um caminho que vai sendo de certa forma construído, e a nossa responsabilidade aumenta exatamente em relação a isso. Se o Brasil conseguir dar uma boa resposta para

a implementação da 169, é uma grande contribuição, inclusive no contexto da proposta de integração regional, onde os projetos de desenvolvimento e integração estão acontecendo sem que sejam efetivamente qualificados do ponto de vista ambiental, do ponto de vista das populações tradicionais.

Sobre as PCHs, de fato as PCHs aparecem como panacéia, é o mesmo que desenvolvimento sustentável. Como eu já falei várias vezes: tinha um senador lá de Rondônia que uma vez apresentou um projeto na comissão de Ações Sociais, “Projeto de desenvolvimento sustentável que amplia o corte raso na Amazônia”. Então, põe a palavra sustentável e aí tem um monte de babacas que vai aprovar só porque tem o nome sustentável, e assim vai.

As PCHs são de fato uma alternativa sustentável, de baixo impacto, só que se você sai proliferando PCHs sem critério, de qualquer forma, de qualquer jeito, vira um problema grave, porque uma boa parte delas tem de impacto local. E quando não é dentro de terra indígena, quando tem impacto local, é só o poder público estadual que atua, o poder federal tem uma ação supletiva. Agora, claro que quando afeta terra indígena, aí não dá para dizer que é só uma questão do estado, ainda que seja licenciado pelo estado, é fundamental a presença do governo federal.

MÁRCIO MEIRA (presidente da Funai)

Vou começar respondendo à Léia, sobre as PCHs do rio Xingu. Eu diria que felizmente eu não sou especialista em PCH. Eu sou antropólogo e não tenho o menor apreço por entender de PCH, mas como presidente da Funai sou obrigado. E fui obrigado nos últimos meses a ter que entender essa questão. O que eu posso dizer para você é que está claro para a Funai que as PCHs causam talvez até um impacto maior e mais disseminado no território e mais grave do ponto de vista por exemplo dos índios.

No caso do Xingu é muito evidente isso. E também no caso do rio Juruena, onde que estamos enfrentando uma situação agora em função do impacto nas terras indígenas daquela bacia, principalmente com o povo Enawenê-Nawê, que é um povo de recente contato, que só come peixe, cuja cosmovisão toda está relacionada aos peixes. Então realmente, para nós da Funai está cada vez mais claro que essa questão

das PCHs é muito séria e precisa ser enfrentada, por isso temos nos posicionado cada vez mais, dentro do governo, de uma forma crítica com relação às PCHs.

Não é uma tarefa fácil porque como disse o Raúl. A Funai é vista dentro do governo como dos índios e pelos índios como do governo. Essa identidade contraditória da Funai talvez seja uma questão que jamais será resolvida. Acho que esse fato revela essa ambigüidade, ou seja, nós temos claro na Funai dos problemas desse volume de PCHs. Por exemplo no caso do rio Juruena, começou com uma preocupação dos índios Enawenê em função de uma PCH. Aí é aquela coisa de ir puxando o fio e o fio não termina, acabou que em função de uma conjuntura maior, procuramos saber e levantar para informar aos índios, porque a Funai tem tido uma posição, nesse período que eu estou na Funai, que é de transparência com todas as informações existentes sobre os empreendimentos com a população indígena, tanto é que isso que eu trouxe aqui já foi apresentado na CNPI, em outras instâncias, inclusive eu tenho a listagem de todos os empreendimentos que estão com problemas na Funai para distribuir para vocês aqui.

Nós descobrimos nesse processo que havia, por exemplo, planejadas, em estudos, com licenciamento ainda prévio, ou com o licenciamento de instalação, 83 PCHs só na bacia do rio Juruena. Essa informação é uma informação que nós tornamos pública. Isso trouxe repercussões, obviamente porque os povos indígenas do rio Juruena, principalmente os Enawenê ficaram muito preocupados. Se com algumas PCHs que estão em obras lá, que são cinco, e algumas que já estão funcionando, mais umas quatro ou cinco, já têm tantas dificuldades, eles têm uma visão de que isso já está provocando problemas lá. Não sabemos ao certo se os problemas de impacto ambiental no rio são decorrentes só das PCHs, pode ser que os problemas sejam também sejam causados por outros componentes, por exemplo, o desmatamento das matas ciliares, uso de agrotóxicos nas fazendas e plantações à montante, não temos ainda um quadro completo de informações.

E daí a importância do que o Marcelo colocou e o Pirakumã também, de um estudo integrado da bacia para podermos ver efetivamente quais são os impactos que isso acarreta no rio. Essas informações e o processo de licenciamento das PCHs é um processo pela legislação atual que diz respeito às secretarias estaduais

de meio ambiente. A Funai é ouvida quando afeta terra indígena, e esse conceito também de afeta é muito vago na nossa legislação. O é que dentro de terra indígena obviamente nem é possível fazer. Mas como elas estão fora de terra indígena aí se acha que pode tudo, só que causa uma série de efeitos também, sobretudo se tem um volume tão grande de PCHs. Então esse é um tema que nos preocupa, e que a Funai tem se manifestado criticamente em relação a ele.

Agora, como foi revelado aqui pelo debate e também pela minha apresentação, a Funai não é a instituição do Estado que decide, até porque, embora o uso dos recursos hídricos seja um bem da União, as PCHs muitas vezes são iniciativas de origem privada ou de origem dos Estados. A regulamentação é muito solta em relação às PCHs, muito leve. Como se elas fossem – a palavra – sustentáveis. Então não tem problema. Esse é um tema em que é necessária muita discussão, muito aprofundamento.

Você fez uma pergunta sobre a consulta em outras políticas públicas, eu não falei sobre isso porque o tema da minha palestra era sobre os empreendimentos. Mas eu posso dizer que a forma como nós conduzimos a política indigenista na Funai, e isso com apoio do Ministro da Justiça, enfim da nossa política mais ampla do governo, é de favorecer e de fortalecer os mecanismos de participação. E aqui eu quero dizer que não tem nada a ver com o mecanismo de consulta da Convenção 169 porque esse é outro tema em que precisamos avançar.

Mas nós temos criado mecanismos de fortalecimento, de institucionalidade, da participação indígena na discussão de políticas públicas. O principal exemplo, que ainda está iniciando é a Comissão Nacional de Política Indigenista, que tem uma participação indígena eleita, e também uma participação do governo. É uma instituição criada por decreto presidencial, e que lá estão presentes os ministérios da Educação, da Saúde e outros. Tem subcomissões para cada tema de cada política indigenista e temos pautado essa discussão no âmbito da CNPI. No caso de saúde e educação existem mecanismos específicos de participação em cada política dessas, mas aí seria um outro seminário só para discutir esses temas.

A pergunta do Pirakumã é uma pergunta básica. Do ponto de vista da Funai, a Convenção 169 é uma convenção muito importante, é uma conquista impor-

tante, não só dos povos indígenas do Brasil, mas é uma conquista importante dos povos indígenas e povos tribais do mundo inteiro. E nós temos uma visão de que temos que nos unir, a Funai, como órgão indigenista do governo brasileiro, junto com as comunidades indígenas para que possamos regulamentar essa Convenção, porque ela estabelece uma série de princípios, como a nossa Constituição também estabelece uma série de princípios, e esses princípios são todos favoráveis, positivos aos povos indígenas. E agora precisamos dizer "e aí, como nós vamos operar isso na prática?"

Essa regulamentação precisa de muito apoio, obviamente, do poder Legislativo. A nossa senadora é uma das pessoas com quem nós contamos lá. Ela tem uma história no sentido de apoiar esse tipo de medida porque precisa de aprovação no Legislativo, e também de medidas de regulamentação no âmbito do Executivo. Se a pergunta é se é importante, se ajuda, sim e a Funai tem muito interesse e está se empenhando para que possamos fortalecer esse movimento no sentido de regulamentação, principalmente desse mecanismo de consulta. Como eu apresentei aqui a proposta de evoluirmos nesse processo, para que não aconteça no futuro o que aconteceu no caso das PCHs, que foi apresentado pelo Marcelo.

Miriam, se eu entendi a sua colocação: dentro das nossas possibilidades nós temos muito interesse em conhecer e estabelecer uma cooperação com a experiência da Guatemala, inclusive com a sociedade civil indígena, com o movimento indígena. Eu citei que estive há duas semanas no Peru, em Pucalpa, e a Funai foi convidada pelo movimento indígena do Peru. Por quê? Porque lá existe uma preocupação do movimento indígena com os índios em situação de isolamento, e a Funai, como tem uma política nessa área, nesse setor. Lá no Peru quem faz essa proteção é o próprio movimento indígena, então nós fomos convidados. Nós temos todo o interesse em conhecer mais e poder criar um intercâmbio e até apoiar um intercâmbio de indígenas da Guatemala e do Brasil, se for ao nosso alcance.

Com relação às perguntas do Managu, queria dizer que, obviamente, eu não tenho medo de visitar os povos indígenas, qualquer que seja, a comunidade. Tenho feito isso nos últimos vinte meses em várias terras indígenas do Brasil, mas são seiscentas e tantas, e em vinte meses o presidente não tem como visitar, nem

em quatro anos acho que dá para visitar todas. O Parque do Xingu que tem 14 etnias eu já fui duas vezes lá, visitei algumas aldeias, e não tenho nenhuma dificuldade de poder continuar fazendo essas visitas e poder dialogar e estabelecer esse diálogo com os povos do Xingu.

Com relação ao poder da Funai. A Funai foi vista pelo governos anteriores como uma instituição dos índios. Muitos governos trabalharam para até acabar com a Funai. Muitos governos eu acho que trabalharam deliberadamente, inclusive para extinguir a Funai, e o resultado disso é que nós temos uma instituição que foi realmente muito maltratada. Acho que disso decorre uma série de dificuldades que a Funai enfrenta. Mas eu acho que nesse momento estamos num processo de fortalecimento, e a prova disso é que nós conseguimos, agora nesse ano de 2008 por exemplo, uma medida provisória para que a Funai possa ter um concurso público no ano que vem para contratar mais de 3 mil novos funcionários; aumento dos salários dos funcionários; uma reestruturação organofuncional que está em curso; um projeto de lei que está no Congresso para a criação de cargos para fortalecer a instituição. Então posso testemunhar que estamos trabalhando no sentido de que ela fique cada vez mais forte e trabalhando nesse movimento de fortalecimento.

Agora, eu diria que esse é um processo ainda em curso, que ainda precisamos caminhar juntos para que essa instituição cada vez mais possa ser forte e assuma um papel adequado hoje, porque nós não podemos mais pensar a Funai hoje como era há vinte, trinta anos atrás. Acho que a Funai hoje tem que ser uma instituição forte, mas no sentido de ter uma capacidade também de liderança, de comando, de coordenação, de articulação das políticas públicas, que são obrigação do Estado brasileiro, e que não são necessariamente executadas pela Funai, como por exemplo a saúde, a educação, a cultura e outras, em que a Funai precisa ter um papel de liderança.

Eu acho que a criação da CNPI, que é presidida pela Funai e que tem a participação dos ministérios e dos indígenas também, é uma sinalização do fortalecimento da Funai. A perspectiva é transformar a CNPI de uma comissão num Conselho Nacional de Política Indigenista. Está em tramitação no Congresso um

projeto de lei que foi elaborado pela Comissão, e é importante estarmos juntos lá no Congresso, com os parlamentares que são aliados dos povos indígenas, para aprovar essa lei. Acho que tudo isso recoloca a Funai num patamar superior, em termos de fortalecimento e de um novo papel de instituição.

No caso da pergunta da Paula, a Funai está com uma proposta sendo desenvolvida desde o ano passado que é mais ampla do que a questão da consulta, mas inclui também a participação direta da população indígena em relação a esse tema, que é a implantação de um sistema de gestão ambiental das terras indígenas, em que possamos incluir aí as mais de 600 etnias, e que esse sistema seja integrado também ao Plano Nacional de Áreas Protegidas, criado por decreto, e que dessa forma contribua também com o Sistema Nacional de Unidades de Conservação. Ou seja, que possamos incluir as terras indígenas, que são as áreas mais protegidas de floresta do Brasil, é bom que se diga isso, são as menos desmatadas. Por isso a Funai precisa ter um olhar para frente para junto com as populações indígenas ter programas de gestão ambiental.

Quais foram as medidas que tomamos nesse sentido? Primeiro, com relação ao financiamento do GEF, o Fundo Global para o Meio Ambiente, a Funai junto com o Ministério do Meio Ambiente, quando a Marina era ministra, nós fizemos um acordo para que parte significativa do GEF possa ser aplicada num programa-piloto, em uma terra indígena por bioma, para a gestão ambiental dessas terras. Nós fizemos já uma consulta, umas oficinas em cada região, com as populações indígenas, sobre a aplicação dos recursos do GEF, que são previstos para o ano que vem.

Além disso, estamos com uma renovação do programa de cooperação que temos com o governo alemão, que é conhecido como PPTAL, Programa de Proteção Terras Indígenas da Amazônia Legal, que se conclui em 2008, na verdade se concluiu no ano passado, conseguimos uma prorrogação por mais um ano e negociamos com o governo alemão para que possamos ter um novo programa a partir de 2009, pautado sobretudo na questão da sustentabilidade na gestão ambiental nas terras indígenas. Ou seja, mesmo mantendo o foco na demarcação das terras indígenas, o novo programa terá como foco central o que fazer com

as terras indígenas já demarcadas, quer dizer, a gestão ambiental, a promoção ao etnodesenvolvimento com a participação dos povos indígenas.

É nessa perspectiva, com o novo programa, com a cooperação alemã, os recursos do GEF e a própria organização do Plano Plurianual da Funai que leva a essa visão, e aí se inclui também a possibilidade de trabalharmos com os créditos de carbono e outros programas possíveis, que são complexos não são simples de serem construídos e elaborados.

A pergunta do Raúl é a mais difícil de ser respondida porque talvez ela não possa ser respondida. Acho que talvez haja a possibilidade de a Funai assumir um novo papel de protagonista sim. Estamos construindo agora, com a CNPI, com o Conselho, e com o papel fortalecido. Eu acho que sim, acho que a Funai pode ganhar um vigor, um corpo institucional que dê conta da variada situação da população indígena brasileira. Mesmo com isso, a Funai será sempre vista pelos índios como uma instituição do governo e pelo governo como sendo dos índios. E digo mais, às vezes é o contrário também, é vista pelos índios como dos índios, e pelo governo como sendo instituição do governo.

Cada povo indígena tem uma relação própria com a Funai. Essa relação é diferente para cada povo. E como toda relação ambígua, às vezes é de amor e ódio, e varia de povo para povo. Não sei se essa ambigüidade vai ser superada um dia, acho que não, acho que pelas características estruturantes da relação do Estado com os povos indígenas, e da relação que esses povos construíram com o Estado através da Funai O fato é que essa relação em minha opinião, essa ambigüidade será sempre uma característica dela, mesmo que ela assuma esse papel, que é um papel que deve ser construído pouco a pouco, no sentido de que ela seja uma instituição forte porém não monopolizadora da política, forte com capacidade de articulação e de mobilização do Estado, e também de ter ouvidos abertos para que a população indígena possa participar cada vez mais do processo, de ser ouvida, de ser protagonista efetivamente do processo de construção dessas políticas públicas. Esse é o grande desafio da Funai, daí a dificuldade do gerenciamento dessa instituição, que é considerada por muita gente, a senadora Marina sempre me conta uma história que ela pode contar também, sobre a visão que um político falou sobre a Funai, deixo para ela contar.

MARINA SILVA (senadora)

Eu esqueci de responder uma pergunta sobre se a consulta pode levar a veto. No meu entendimento, não é esse o caráter da consulta, de que leve a veto, porque aí se partiria do princípio de que a integridade do povo, da nacionalidade daquele povo estaria comprometida, ou de que algumas pessoas teriam o poder de veto sobre o conjunto da sociedade. Para mim, a consulta é a exposição dos problemas, da verdade, enfim do caráter da justiça, da denúncia e até mesmo da pró atividade, porque nós não podemos partir do princípio que as comunidades indígenas se apresentam só como um problema, as comunidades podem se apresentar também como uma proposta inovadora fantástica para uma série de outras questões, que não necessariamente é para ser vetada, pode ser uma ação proativa.

Se partirmos do princípio de que é para vetar, acho que realmente aí estamos perdendo o sentido da Convenção, essa é a minha posição. Eu advogo que se tenha as formas mais adequadas para que as pessoas tenham acesso à informação, o tempo necessário para processar a sua informação, dar a sua opinião para que os espaços de mediação desses interesses possam decidir também previamente informados. Porque o previamente informado pelo princípio que eu posso apreender aqui não é apenas para os índios. Ora, se eu vou votar uma lei que diz respeito ao interesse de uma comunidade, que são interesses altamente complexos e eu não tenho todos os elementos, o meu julgamento vai ser falho. Então na hora em que eu recebo todo esse material, estou me expondo a uma verdade, a um olhar que eu não tenho, se eu for uma pessoa de bom caráter, e aí é claro, na lei vamos ter que fazer o fechamento das brechas pelas quais os problemas vão acontecer, porque não podemos nos fiar apenas no caráter das pessoas, as boas instituições são feitas por pessoas de bom caráter, mas se bastasse o bom caráter não haveria necessidade de instituições, então há que se ter a mediação das duas. Mas eu não acho que se deva advogar que tenha poder de veto, porque o poder de veto já ia pressupor que um grupo se sobrepõe ao conjunto da sociedade.

O que se tem que fazer é um processo de exposição de todos os processos, das demandas, das denúncias, da justiça e das coisas positivas e boas que vêm desse processo, para que se tenha uma decisão adequadamente informada e

que o Congresso, com a responsabilidade de cuidar dos interesses da nação, e o interesse da nação de ser também o interesse das populações indígenas, sejam efetivamente contemplados.

A história que Márcio falou é que com certo político – e eu até tenho uma simpatia por ele, convivemos oito anos – o senador Lúcio Alcântara. Quando fui nomeada ministra ele era governador e foi me fazer uma visita de cortesia. E aí perguntando como é que iam ser os desafios com o Ibama, ele disse que sempre pensou que se ele fosse Presidente da República, e tivesse algum desafeto político, ele fazia uma fusão do Ibama, da Funai e do Incra e daria para o desafeto político dele tomar conta. Só para se ter a dimensão da complexidade desses três órgãos.

E sem sombra de dúvida numa hierarquia de complexidade, a Funai é a que domina, está no topo, exatamente por essas ambigüidades todas, que foram colocadas aqui e que enfim, faz parte, quem é presidente da Funai certamente não é por vaidade, não é por status. Espera-se sempre que seja por uma vida de dedicação ao serviço público, no sentido de servir ao público sabendo que é uma tarefa difícil, complexa. Eu estive em Coroa Vermelha, na época o presidente da Funai era o Marés, e ali eu presenciei uma situação em que eu e ele éramos zero-vírgula-nada ou qualquer coisa. Nós estávamos ali numa situação de muita tensão, ele tentava fazer tudo que era possível para mediar aquele conflito, não era ouvido pelo governo, não era ouvido pelo governo do Estado, e também numa situação muito difícil diante dos índios, porque afinal de contas ele era a autoridade que tinha que fazer valer a sua autoridade, e eu sei do compromisso que ele tinha.

E para mim a grande lição daquele encontro dos 500 anos, o comandante Müller e bomba de gás lacrimogêneo em cima da gente, foi na hora em que o cerco se fechou, e vocês sabem que eu sou hiperalérgica, posso fechar a glote a qualquer momento, tenho muito cuidado, na hora em que começaram a jogar o gás alguém me empurrou lá embaixo na praia, com, medo de fechar a minha glote, foi a Áurea que está aqui, quase me acidentou. E então eu fiquei lá, mas os Xavante fizeram uma cena que nunca saiu da minha cabeça, que foi uma roda no chão. Sentados um de costas para o outro, os novos para dentro e os velhos para fora. E eu queria entender porque os velhos para fora e os novos para dentro, e o que me disseram é

que os velhos fazem isso para proteger os jovens, porque afinal de contas os jovens tinham que ficar vivos para continuar a guerra. Claro que aquilo tinha um simbolismo muito grande, mas mesmo como efeito simbólico é fantástico imaginar que eles sentaram exatamente daquela forma no chão e pipocava o gás lacrimogêneo e eles não recuaram, ficaram ali e eles tiveram que parar porque senão ia levar a um nível de intoxicação muito alto. Quer dizer, é um nível de beleza e de interação com essa nossa cultura muitas vezes covarde, que aprendemos na marra, como eu sendo empurrada para não fechar a glote, mas me deu muita vontade de estar sentada também naquela roda, não sei se teria a mesma coragem.

MARCELO KAMAYURA (palestrante, liderança indígena PIX)

Gostaria de agradecer o apoio que vocês me deram, não deu para segurar, peço desculpas por isso. Mas para completar um pouquinho nós também, povos do Xingu, não queremos mais ser surpreendidos dessa forma, da forma como está acontecendo as PCHs. Por isso eu quero ressaltar que no Batovi estão sendo previstas quatro, talvez já esteja o projeto básico sendo apresentado na Aneel, e também temos conhecimento que tem previsto mais dois projetos de PCHs no entorno do PIX e tem um parcialmente construído e tem mais um previsto, e também Paranatinga sendo construído, já funcionando, e tem mais um aproveitamento com a indicação de que vai ser construído em cinco anos.

Quer dizer, tudo isso demonstra que falando no impacto conjunto de todas essas obras não tem como dizer como vai ser a vida do povo do Xingu, os rios que ela filtra, todas eles caem no rio Xingu, praticamente vão ficar zero, nulo, cheios de areia, praias. E como que vai ser a vida? A mesma coisa dos Enawenê, a vida dos povos sem comer peixe e essas coisas. Fazer mitigação ou compensação, projeto assim para criar no criadouro de peixes, isso não compensa para nós porque isso não tem gosto natural.

Recentemente eu estive visitando a aldeia Waurá, as mulheres depositaram completamente a confiança nos jovens “só vocês é que vão reverter levando nossas mensagens, seja para quem for”, essa é a esperança de proteção das causas delas, falando na língua ainda.

Falando um pouquinho da questão da Funai. Se falava aqui sobre fortalecimento ou extinção. Fizemos uma brincadeira recentemente, antes de vir para cá, com as doze lideranças da abrangência do Posto Indígena Pavuru. Lá falamos assim porque vimos na internet que tem projeto de lei para extinção da Funai. Aí falamos assim num rápido raciocínio: acaba a Funai ou não acaba a Funai? A maioria falou que não acaba pela questão que os povos do Xingu ainda não conseguem se defender sozinhos. É mais ou menos isso que eles fizeram a ligação, queremos a Funai fortalecida, reestruturada e que atenda a demanda, as opiniões. Que a estrutura dela seja em correspondência com as idéias dos índios. Foi isso que eles colocaram sobre a questão da extinção da Funai, numa brincadeira assim de fazer um raciocínio rápido, para ver como está o sentimento, o coração dos índios em ligação com a Funai. Nesse momento em que a política está atropelando os nosso direitos, eles também depositaram na Funai a esperança de proteger esses direitos.

impressão e acabamento
Pancrom

tiragem desta edição
1500 exemplares