

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS - CCSO
CURSO DE DIREITO

ANDYARA ADNA FERREIRA DE SOUSA

**A REGULAMENTAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL: efetivação ou
desvirtuação de um direito fundamental?**

São Luís
2017

ANDYARA ADNA FERREIRA DE SOUSA

**A REGULAMENTAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL: efetivação ou
desvirtuação de um direito fundamental?**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Dr. Joaquim Shiraishi Neto

**São Luís
2017**

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Ferreira de Sousa, Andyara Adna.

A REGULAMENTAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL:
efetivação ou desvirtuação de um direito fundamental /
Andyara Adna Ferreira de Sousa. - 2017.

75 p.

Orientador(a): Joaquim Shiraishi Neto.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade
Federal do Maranhão, São Luís- MA, 2017.

1. Autoatribuição. 2. Comunidades tradicionais. 3.
Consulta prévia. 4. Povos. 5. Regulamentação. I.
Shiraishi Neto, Joaquim. II. Título.

ANDYARA ADNA FERREIRA DE SOUSA

**A REGULAMENTAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL: efetivação ou
desvirtuação de um direito fundamental?**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovada em: ___/ ___/ ___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Joaquim Shiraishi Neto
Orientador

Examinador 1

Examinador 2

AGRADECIMENTOS

A trajetória dos cinco anos de graduação até a fase de apresentação deste que é o trabalho que me permitirá alcançar o almejado grau de Bacharel em Direito foi percorrida graças ao auxílio e aos votos de sucesso que recebi. É enorme minha gratidão.

Agradeço a Deus, por todas as oportunidades e bênçãos concedidas a mim, pelo amparo nos momentos mais difíceis, essencial para a conquista deste objetivo.

Aos meus pais, Adelina e Nelio, por serem o meu alicerce, pelo apoio constante e pela confiança que depositam em mim encorajando-me a perseguir meus anseios.

À minha família pelo entusiasmo com minhas conquistas e por todas as palavras de incentivo. Especialmente, ao meu irmão, Lucas, com o qual eu divido os desafios diários e do qual eu sempre ouço conselhos despreziosos que me são fundamentais.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Joaquim Shirashi Neto, por ter aberto as portas da iniciação científica pra mim, por me oportunizar a participação em importantes eventos acadêmicos imprescindíveis para minha formação e também por todos os ensinamentos, orientações, e, especialmente, pelo despertar para as questões envolvendo os povos indígenas e comunidades tradicionais do Brasil, mostrando-me que o Direito vai muito além dos padrões convencionais instituídos.

Às minhas amigas Aline, Bianca, Brenda e Camilla, que me acompanham desde de o Ensino Médio, quando a graduação ainda era só um sonho pra mim. Obrigada pela torcida e pelos momentos de descontração.

À todos professores e aos amigos de graduação que participaram desta importante etapa de minha vida, com os quais compartilhei saberes e aprendizados.

E a todos que de alguma maneira mesmo que involuntariamente contribuíram para que eu chegasse até aqui.

Muito obrigada!

RESUMO

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho é no plano do direito internacional o marco da ruptura com as práticas assimilacionistas instituídas pelas ideologias liberais que perseveraram por um longo período, desrespeitando a pluralidade das sociedades e provocando um verdadeiro projeto de dizimação das identidades diferenciadas. Foram os portadores dessas identidades diferenciadas, povos indígenas e tribais, que por meio de suas mobilizações e lutas pressionaram a OIT a romper com esse modelo integracionista e discriminatório, legitimado pelo tratado anterior, a Convenção nº107. A Convenção 169 fortaleceu a identidade desses grupos étnicos ao consagrar os direitos a autoatribuição e livre determinação e os elevou a protagonistas de suas próprias realidades ao instituir pela primeira vez na história um direito de participação voltado especialmente para eles, o direito à consulta livre, prévia e informada. No Brasil, esse direito ainda não tem sido devidamente efetivado, desta modo o objetivo deste trabalho é analisar esse problema e, verificar se a regulamentação proposta como solução, de fato tem o condão de se prestar a essa finalidade, ou, se, pelo contrário, ela implica na desvirtuação do direito à consulta.

Palavras-chave: Consulta prévia. Regulamentação. Autoatribuição. Povos. Comunidades tradicionais.

ABSTRACT

Convention No. 169 of the International Labor Organization is, in international law, the framework of the break with the assimilationist practices instituted by liberal ideologies that persevere for a long time, disrespecting the plurality of societies and provoking a true decimation of differentiated identities . It was the bearers of these differentiated identities, indigenous and tribal peoples, who, through their mobilizations and struggles, pressed the ILO to break with this integrationist and discriminatory model, legitimized by the previous treaty, Convention No. 107. Convention 169 strengthened the identity of these ethnic groups by consecrating the rights to self-attribution and self-determination and elevated them to the protagonists of their own realities by establishing, for the first time in history, a right of participation aimed specifically at them, and informed. In Brazil, this right has not yet been duly implemented, so the purpose of this paper is to analyze this problem and, to verify if the proposed regulation as a solution, in fact has the power to provide for this purpose, or if, on the contrary, it entails distortion of the right to consultation.

Keywords: Prior consultation. Regulation. Self-attribution. People. Traditional communities.

LISTA DE QUADROS

- | | | |
|-------------------|---|-----------|
| Quadro 01- | Termos utilizados pelos dispositivos jurídicos para designar os grupos sociais portadores de identidade étnica e coletiva | 45 |
| Quadro 02- | Classificação das matérias objeto de consulta prévia em quatro categorias combinadas | 53 |
| Quadro 03- | As etapas do processo de consulta de consentimento livre, prévio e informado. | 59 |

LISTA DE SIGLAS

Art – Artigo

APIB – Articulação dos povos indígenas do Brasil

CF – Constituição Federal

CDB – Convenção sobre Diversidade Biológica

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNPCT - Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CUT - Central Única dos Trabalhadores

GTI - Grupo de Trabalho Interministerial

IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PNPCT – Política Nacional de Desenvolvimento dos Povos e Comunidades Tradicionais

SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A FORMAÇÃO DOS ESTADOS NACIONAIS E O PROCESSO DE HOMOGENEIZAÇÃO	15
2.1	O reconhecimento do plurinacionalismo	22
2.2	Os caminhos para o rompimento do assimilacionismo	26
3	A CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: o marco da superação do assimilacionismo	31
3.1	A trajetória da ratificação da Convenção n. 169 pelo Brasil	38
3.2	Os destinatários da Convenção 169 no Brasil	43
4	O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA	51
4.1	Os critérios do processo de consulta	55
4.1.1	A pré-consulta: planejamento do processo de consulta.....	55
4.1.2	A definição da representatividade.....	56
4.1.3	A transmissão de informação acessível, pública e imparcial.....	57
4.1.4	A condução estatal do processo e a utilização de recursos públicos.....	58
4.2	A efetivação do direito à consulta livre, prévia e informada	60
4.2.1	A Convenção 169 da OIT e a sua força vinculante: a autoaplicabilidade do direito à consulta livre, prévia e informada.....	61
4.2.2	As implicações da regulamentação da consulta.....	65
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
	REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

As concepções de mundo dominantes brotaram do contexto no qual se formaram os Estados nacionais, foi o continente europeu que sediou esses nascimentos. Contudo, essas ideias e o modelo de Estado instituído não se restringiram ao seu local de surgimento, muito pelo contrário eles se difundiram para diversas outras localidades. Isso se explica pelo fato de terem sido os países integrantes dessa parte do mundo, componentes do que se convencionou chamar “velho mundo”, que primeiro se lançaram na descoberta do que pra eles, a época, era desconhecido e, que atualmente já sabemos que se tratavam de outras regiões igualmente povoadas por seres humanos e não por criaturas mitológicas, como o imaginário dos descobridores sugeria.

Ocorre que essa descoberta a qual nos referimos foi muito além do que o significado do termo alude. A chegada dos europeus a outras localidades fez parte do processo de dominação forçada de outras regiões e de desenvolvimento do sistema econômico capitalista. Dessa maneira, com vistas a difundir suas concepções de mundo para facilitar suas conquistas os descobridores reproduziram nas regiões dominadas exatamente a mesma estrutura de Estado que para eles era boa e acertada. Mas e como é esse modelo de Estado-nação? O que ele representa para os indivíduos? Quais as práticas por ele apregoadas? E o quais os pilares o sustentam?

Em que pesem, terem sido realizadas as devidas considerações acerca do tema nas páginas iniciais desta pesquisa, não é demais adiantar que o arquétipo de Estado-nação fruto oriundo da revolução francesa e, em certo sentido também, da americana, é basicamente uma união de indivíduos falantes da mesma língua e submissos a uma única instância de poder. Ele representa o mantenedor da ordem e coesão social.

Ocorre que para que tudo isso se mantenha esse Estado desenvolve uma prática extremamente homogeneizadora, isto é, ele estabelece necessidades comuns aos indivíduos, os entende enquanto seres idênticos uns aos outros, no que diz respeito aos seus hábitos de vida, aos seus anseios, a sua cultura e, até mesmo a suas crenças. Com isso, ele destina a todos o mesmo tratamento e, assim, determina padrões a serem seguidos e os difunde enquanto essenciais para a garantia de recebimento dos direitos imprescindíveis a vivência em sociedade. Toda essas ações padronizadoras são sustentadas pelo Direito de fontes clássicas inspirado nas ideologias monistas centralizadoras que provocam essa massificação da sociedade.

É evidente que essa forma de Estado é em demasiado discriminadora, uma vez que ela exclui do âmbito de concessão de direitos inúmeros sujeitos que não se amoldam a esses padrões por vivenciarem realidades contrárias as instituídas e não se encaixarem no ideal de desenvolvimento sinônimo da acumulação de capital, do consumo, da propriedade privada e da exploração desmedida da natureza para conversão em mercadorias.

Contudo, foi somente após o fim da Segunda Grande Guerra que surgiu de fato uma nova consciência, os extermínios advindos desse conflito armado inspiraram a criação a nível internacional de organizações destinadas a proteção dos seres humanos tiveram início as primeiras tentativas de reconhecimento das diferenças e a necessidade de se promover a liberdade de expressão e de identidade.

A partir desse momento muitos esforços foram empreendidos para superação dos padrões homogêneos convencionais e reconhecimento da diversidade humana. No contexto da pesquisa em tela chama-se atenção para os trabalhos realizados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) que ainda no ano de 1926 voltou seus olhares para a situação a qual eram submetidos os povos indígenas no continente latino-americano que culminou com a edição de sua primeira Convenção a de n.º 29 destinada a extinção do trabalho forçado.

Foi esse pioneirismo na preocupação com esses grupos étnicos que fez com que a OIT fosse reconhecida como competente para tratar das causas relativas a esses grupos portadores de identidade diferenciada, conforme destaca-se no decorrer desse trabalho.

No ano de 1989, a OIT promulga aquela que se tornaria a sua Convenção mais emblemática e transformadora, a Convenção n.º 169, que ao entrar em vigor no plano internacional, em 1999, promoveu uma ruptura com as práticas integracionistas, comprovadamente prejudiciais aos grupos étnicos, que eram legitimadas pela Convenção n.º 107 que a precedeu.

O Brasil acompanhou essa nova ordem plurinacional e reconhecedora do multiculturalismo que se desenvolveu no final da década de 1980, antes mesmo da Convenção 169 do OIT, a Constituição pátria que é de 1988 passou a determinar que o direito nacional fosse aplicado aos povos e comunidades tradicionais levando-se em consideração suas especificidades, instituindo, portanto, uma sociedade plural na qual se deve respeito a todos os grupos étnicos-culturais.

Ainda assim, o Brasil só aderiu a Convenção 169 da OIT e internalizou os seus mandamentos no ano de 2004, isso porque houve inúmeras teses contrárias a ratificação do documento o que prolongou por um longo período de tempo as discussões no âmbito do Senado Federal. Passados quase quatorze anos desde a promulgação da Convenção os povos

indígenas e comunidades tradicionais brasileiros ainda não usufruem de todas garantias e direitos que esse tratado lhes destina. O principal e o mais importante deles, o direito à consulta prévia, livre e informada, insculpido nos artigos 6º e 7º do referido tratado internacional, é o mais desrespeitado nas raras vezes em que é colocado em prática, vez que, na maiorias dos casos que exigem sua implementação ele é totalmente afastado, como se não existisse.

O direito à consulta determina que antes da realização de quaisquer medidas legislativas e/ou administrativas que tenham a potencialidade de afetar diretamente os povos indígenas e comunidades tradicionais, eles devem ser devidamente informados acerca do que se pretende realizar e sobre todos os impactos que poderão advir quando da tomada da medida, para que possam em conjunto e de forma livre, jamais imposta, decidir se consentem ou não com a medida. Ou seja, com esse mecanismo intercultural é dado aos povos indígenas e comunidades tradicionais o direito de atuar ativamente nas questões que lhes digam respeito.

Diante disso, a presente pesquisa vai analisar é o direito à consulta, livre, prévia e informada no Brasil, bem como o problema da implementação. Nesse sentido, este estudo tem como objeto central a verificação dos efeitos advindos na hipótese de regulamentação desse direito, busca-se construir, portanto, a resposta para o questionamento proposto no título desta monografia, isto é, descobrir se a regulamentação efetiva ou o desvirtua o direito à consulta.

Para tanto, as técnicas de pesquisa empreendidas foram o procedimento monográfico, bem como pesquisa bibliográfica. Neste sentido, para a sistematização deste estudo, foi realizado um levantamento documental e bibliográfico por meio de diversas leituras, como as de documentos oficiais, tais como: a Constituição Federal (CF), a Convenção 169 da OIT, decretos sobre as temáticas relacionadas aos grupos étnicos, livros, artigos, teses, dissertações, e diversas publicações no escopo de aprofundar os noções sobre o assunto, e verificar como o tema vem sendo tratado pelos inúmeros pesquisadores que se dedicaram para a construção teórica acerca do tema.

Esta monografia está dividida em cinco partes, sendo a introdução, três capítulos e as considerações finais. A introdução reúne o delineamento do objeto de estudo, bem como os esclarecimentos sobre as técnicas de pesquisa utilizadas. No primeiro capítulo, discutiu-se acerca dos antecedentes históricos que culminaram com o modelo de Estado moderno, dos processos para o reconhecimento do plurinacionalismo e dos caminhos para superação do assimilacionismo. O tratamento desses assuntos se justifica, pois permitem compreender a importância do direito à consulta prévia.

No segundo capítulo, discorreu-se sobre a Convenção 169 da OIT, a trajetória de sua ratificação no Brasil e os sujeitos aos quais ela se destina. Já no terceiro capítulo, buscou-se tratar especificamente do direito à consulta, prévia, livre e informada, defendendo sua importância para os povos indígenas e comunidades tradicionais, bem como descrever os critérios para sua aplicação, estabelecer qual a sua força normativa e, tratar das implicações da regulamentação desse direito. Por fim, expressam-se as considerações finais do conteúdo apresentado, enfatizando o anseio de que este estudo possa contribuir para mais a ampliação dos espaços de discussão sobre a temática.

2 A FORMAÇÃO DOS ESTADOS NACIONAIS E O PROCESSO DE HOMOGEINIZAÇÃO

Os Estados-nação tais como se apresentam atualmente não foram sempre assim, a concepção amplamente difundida de que Estado é a reunião dos três elementos básicos: povo, território e soberania, não é de modo algum antiga. Conforme afirma Duprat (2014):

Não obstante a figura do Estado-Nação ter sido a tal ponto naturalizada, de modo a se tomá-la como fundamental, permanente e a-histórica, ela é um artefato, e bastante recente. A equação nação=Estado=povo, vinculado a um território, é produto das revoluções americana e francesa, especialmente desta, à qual tributa sua forma sistemática. (DUPRAT, 2014, p. 53)

A conjectura do que, hoje, entendemos por nação que engloba uma população formada por cidadãos que falam o mesmo idioma e que tem uma cultura e hábitos similares que os integram, é uma formação recente. Ao analisar o tema no âmbito do século XIX, Hobsbawn (1991) destaca que: “[...] pois parece evidente que, em termos étnicos, linguísticos e outros, na maioria, os Estados, qualquer que fosse o seu tamanho, não eram homogêneos e portanto não poderiam ser simplesmente equalizados com as nações” (HOBSBAWN, 1991, p. 29).

O desenvolvimento pelo qual a humanidade foi passando, especialmente os habitantes do continente europeu, por volta do século XV, com o declínio do, até então, bem articulado sistema feudal perante o poder do monarca gerando inúmeras disputas e conflitos internos, fez surgir a necessidade de formação dos Estados-Nação como organismos capazes de conter as revoltas e unificar o povo, esse momento histórico foi acompanhado por um intenso processo de homogeneização, conforme extraímos das lições de Magalhães e Souza (2011):

[...] a modernidade, inventada a partir do final do século XV, necessita padronizar, igualar os menos diferentes e excluir os mais diferentes (o outro), no processo de construção da identidade nacional, e como esta rejeição, rebaixamento ou encobrimento do outro está na base de várias formas de violência típicas da modernidade. Mais, queremos demonstrar que este processo narcisista de construção da nacionalidade sobre o outro, sobre a diferenciação e exclusão do outro é um dispositivo mental da cultura moderna ocidental que pode ser acionado diante de situações complexas em momentos distintos da história. (MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p.145)

A derrocada do sistema feudal criou a necessidade de estabelecimento de uma estrutura capaz de manter a ordem, unificar as massas e centralizar o poder, surgiu, portanto, a formação de entes fortes e despersonalizados que deveriam se afirmar e se fazer reconhecer enquanto entes poderosos aptos a reunir sobre um território delimitado uma quantidade significativa de indivíduos, para que isso fosse possível foi empreendido um intenso processo de homogeneização dos cidadãos, uma verdadeira padronização de valores capaz de levar

todos a compartilharem das mesmas crenças e cultuarem a mesma religião, desenvolverem as mesmas práticas de vida, falarem o mesmo idioma e se submeterem ao controle de um único exército. Foi todo esse processo que fomentou e deu sustentação a formação dos Estados-Nação, essa homogeneização se fez, portanto, essencial para seu surgimento e permanência. É exatamente isso que Magalhães afirma: “A identidade nacional é fundamental para a centralização do poder e para a construção das instituições modernas, que nos acompanham até hoje [...]” (MAGALHÃES e SOUZA, 2011).

O que estes novos Estados que se formavam objetivavam precipuamente era conferir uma identidade única sobre seu povo, apartando e dizimando as demais identidades pré-existentes. Este forçado processo de nacionalização abrangeu aspectos sociais, culturais, filosóficos e, especialmente, religiosos, suscitando uma crescente intolerância em relação àqueles que não se enquadravam nos padrões instituídos. Ou seja, a constituição desses novos Estados nacionais dependia diretamente desse movimento marginalizador e excludente, da impregnação de um padrão único de vida e aceitação pela população de valores comuns.

Mais tarde, já formados e bem estruturados essas nações europeias deram início a corrida pelo desenvolvimento, elas lançaram-se a partir desse momento em uma corrida acirrada que objetivava a expansão dos seus territórios de dominação e aumento de suas riquezas que foram buscar, ou melhor, usurpar em outros continentes. “Em 1492 Cristovão Colombo começa a invasão das Américas (nome dado pelos invasores europeus). Chegando nestas terras começa o processo de extermínio, assassinio, torturas e o encobrimento¹ [...]” (MAGALHÃES e SOUZA, 2011). Contudo, importa ressaltar que esse momento histórico em que esses Estados europeus disputam as riquezas de outros continentes, especialmente, as do continente americano, serve não só para a acumulação de novos ganhos, mas também para a difusão do sistema capitalista que, nesse momento, encontra-se em sua gênese. Sobre isso muito bem esclarecem Magalhães e Souza (2011) de quem novamente vamos nos valer das acertadas lições históricas:

A invasão do mundo, começando pela América é fundamental para o desenvolvimento do sistema econômico criado pelos europeus: o capitalismo. Não haveria capitalismo e o poderoso processo de industrialização da Europa (incluindo EUA mais tarde) sem as riquezas retiradas das Américas (ouro, cobre, prata, madeira, e diversas outras riquezas do subsolo, solo e supersolo) inicialmente, assim como as riquezas da Ásia e África. Não haveria tampouco capitalismo sem as instituições modernas: a moeda nacional; os bancos nacionais; os exércitos nacionais (para invadir e retirar as riquezas dos outros); a polícia nacional (especialmente para vigiar e punir os excluídos do sistema sócio-econômico); o direito nacional e a

¹ Para Enrique Dussel o Outro não foi “descoberto” como Outro, mas foi “em-coberto” como o “si mesmo” que a Europa já era desde sempre. (DUSSEL ENRIQUE, 1492, o encobrimento do outro, cit, apud MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p. 147)

religião nacional como mecanismos de uniformização de valores construindo uma massa uniformizada que se transformará nos consumidores de hoje (que devem gostar das mesmas coisas, especialmente automóveis e marcas de diversos produtos). Neste momento de globalização moderna, o mercado global cria padrões de comportamentos e valores uniformizados em escala global, fundamental para o sucesso do capitalismo global. Parcelas cada vez maiores de pessoas são convertidas ao credo do capitalismo: o individualismo e a competição permanente. Os cidadãos são convertidos em consumidores. Uma nova subjetividade é construída em escala global onde comportamentos e valores construídos por complexas relações sociais e econômicas históricas são naturalizados. (MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p. 147)

O que se difundiu, portanto, foi um modelo de nação, o europeu, era esse o tipo de Estado apregoado como sendo o ideal e o único viável segundo o que foi convencionalizado. Ocorre que esse movimento promoveu a marginalização de todas as outras formas de organização social que não fossem condizentes com a europeia, ou seja, os povos que não se amoldaram a esse padrão instituído acabaram, junto as suas formas de viver e criar, por serem engolidos por todo esse arcabouço criado, tudo isso servindo de base e ao mesmo tempo tomando como alicerce o modelo de desenvolvimento econômico. Como bem se observa nos escritos de Hobsbawm (1991):

[...] Assim, na perspectiva da ideologia liberal, a nação (isto é, a grande nação viável) representava o estágio de evolução alcançada na segunda metade do século XIX. Como vimos, a outra face da moeda “nação como progresso” foi portanto, e logicamente a assimilação de comunidades e povos menores a maiores. Isso não implicou necessariamente abandono de antigas lealdades e sentimentos, embora isso pudesse acontecer [...] (HOBSBAWN, 1991, p. 51)

Logo, o que resultou de todo esse longo processo foi a imposição do estilo europeu de nação, dizimando as diferentes formas de viver, criar e fazer dos povos que não se enquadravam e taxando-os de menos desenvolvidos, atrasados ou não-evoluídos. “A Europa será mostrada para todos como o padrão a ser seguido. É posta como a civilização mais avançada, mais bem acabada e, portanto, destino natural de todos que conseguirem evoluir. [...] Na invasão da “América” o dispositivo moderno se manifesta pela primeira vez na sua radicalidade: o não reconhecimento do outro como pessoa; o não reconhecimento no outro; a lógica nós x eles.” (MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p. 148).

De acordo com essa lógica, o não-europeu é o ser que está à margem do desenvolvimento e que necessita ser assimilado ao contexto estabelecido, caso contrário estará fadado ao desaparecimento. “A cultura da modernidade europeia (humanismo, progresso, técnica, ciência, etc.) de fato representa para os povos latino-americanos a escravidão, exploração, dependência, marginalização e extermínio para as grandes maiorias” (ANGEL SOBRINO, 2000, p. 128-130 apud SILVA, 2017, p. 29). De acordo com Magalhães e Souza (2011):

Muito ilustrativo deste momento de construção de identidade é o debate entre o Frei Bartolomeu de las Casas e o professor Juan Gines de Sepulveda. Las Casas, horrorizado com as brutalidades cometidas pelo invasor europeu nas Américas denuncia ao Papa e ao Rei, que acatam sua reivindicação. Las Casas defendia que este outro (“eles”) era como “nós”. Las Casas começava a desenvolver uma ideia de um grande “nós”: o indígena, diferente, incompreendido era também pessoa, tinha alma como “nós”. De forma diferente, Sepulveda, o construtor da estrutura argumentativa que sobrevive até hoje no direito internacional, que fundamenta as intervenções “humanitárias” e os bloqueios econômicos, defendia a necessidade de intervir, mesmo com força, se necessário, para impedir que “eles” os selvagens, continuassem cometendo sua “selvageria”. Intervir violentamente para evangelizar, para impedir atos selvagens que só aqueles selvagens cometiam. A estrutura argumentativa que Sepulveda constrói continua hoje, mudando apenas as palavras: hoje se intervém em nome dos direitos humanos e da democracia e não tanto em nome da evangelização. As mortes decorrentes destas intervenções são, entretanto, sempre muito maiores do que as mortes que poderiam ocorrer se não houvesse intervenção nenhuma. (MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p. 149)

Até aqui temos insistentemente afirmado o quão fundamental foi esse processo de uniformização para a formação e continuidade dos Estados-Nação, então surge o questionamento: Por que esse processo homogeneizador essencial nos primórdios do surgimento dos Estados modernos ainda se faz necessário? Isto porque, clara está sua finalidade há tempos atrás, conforme desprendemos das palavras de Magalhães “o estado moderno surge da falência do sistema feudal, descentralizado, multi-étnico, multi-linguístico, com a existência de esferas fragmentadas de poder” (MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p. 151). No entanto, não é tão perceptível assim qual o papel dessa homogeneização posteriormente, nos dias atuais, quando, a ordem que, encontrava-se abalada com a derrocada de um sistema que perdurou por anos, o feudalismo, já está estabelecida. E mais uma vez os ensinamentos de Magalhães e Souza (2011) nos orientam:

Esta uniformização de comportamentos foi e continua sendo necessária não só para o poder do Estado, também para a economia capitalista: é essencial que as pessoas gostem de consumir objetos, marcas, carros, é fundamental que as pessoas sejam individualistas, egoístas e competitivas para o sistema funcionar. (MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p. 152-153)

Até agora traçamos os caracteres formadores dos Estados nacionais europeus, partiremos agora para a análise da formação dos Estados nacionais na América Latina e perceberemos que o processo homogeneizador também se desenvolve mesmo que de maneira diferenciada.

Embora, o nascimento dos Estados nacionais latino-americanos tenha ocorrido de um modo completamente diferente ao que se perpetrou na Europa, o processo de homogeneização ocorreu na América Latina, mesmo que de um modo peculiar. Todo o século XIX, período em que se deu a construção dos Estados nacionais, na América Latina, foi marcado por lutas pela independência. Uma peculiaridade que distingue esse momento histórico da experiência

européia é o fato de que os processos de independência dos países latino-americanos foram engendrados sob o comando de fatias reduzidas da população que consistiam nas elites dos mais abastados economicamente e dos poderosos integrantes das forças militares, que foram responsáveis pela exclusão e alienação da grande maioria da população local, povos indígenas originários, imigrantes forçados e africanos, daqueles movimentos de formação dos Estados que estavam ocorrendo.

Na América Latina, os Estados nacionais se formam a partir das lutas pela independência no decorrer do século XIX. Um fator comum nesses Estados é o fato de que, quase invariavelmente, estes novos Estados soberanos foram construídos para uma parcela minoritária da população de homens brancos e descendentes dos europeus. Não interessava para as elites econômicas e militares (masculina, branca e descendente de europeus) que os não brancos (os povos originários e os afro-descendentes), a maior parte dos habitantes, se sentissem integrantes, se sentissem partes do Estado. Desta forma, em proporções diferentes em toda a América, milhões de povos originários (de grupos indígenas os mais distintos), assim como milhões de imigrantes forçados africanos e de outras regiões do planeta, foram radicalmente excluídos de qualquer concepção de nacionalidade. O direito não era para estas maiorias, a nacionalidade não era para estas pessoas. Não interessava às elites que indígenas e africanos se sentissem nacionais. De forma diferente da Europa, onde foram construídos Estados nacionais para todos que se enquadrassem ao comportamento religioso imposto pelo poder dos Estados, após a expulsão dos considerados mais diferentes, na América não se esperava que os indígenas e negros se comportassem como iguais, era melhor que permanecessem à margem, ou mesmo, no caso dos povos originários (chamados de “Índios” pelo invasor europeu), que não existissem: milhões foram mortos. (MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p. 156)

Portanto, os Estados nacionais na América Latina não se desenvolveram a partir de um processo de unificação das identidades, tal como se deu na Europa, mas sim de uma verdadeira exclusão das diferenças, que consistiu, ora, na dizimação de índios, comunidades tradicionais, e negros, ora, na assimilação sutil, mas não menos devastadora, dessas coletividades ao padrão de sociedade instituído.

Não obstante, como decorrência deste processo de nacionalização, tanto o continente europeu, quanto o continente Latino-americano, sofreram com esse fenômeno homogeneizador e conseqüentemente excludente, no qual só é permitida a existência de uma única identidade social, cultural, e religiosa a qual todos os cidadãos são cruelmente submetidos.

No século XVIII, com o surgimento do constitucionalismo houve uma intensa disseminação dos princípios constitucionais e democráticos, que, apesar de ainda sob forte influência dos ideais liberais, entram em um choque com os, até então, estabelecidos padrões oriundos do Estado nacional. Passou a figurar como inaceitável a existência de uma identidade nacional homogênea respaldada em uma única religião, regulando a economia e

todo o sistema jurídico. Assim, tornou-se imprescindível eliminar aqueles ultrapassados elementos homogeneizadores de identidade, com o objetivo de que os mais variados grupos sociais permanecessem reconhecendo e respeitando o poder do Estado como legítimo, evitando assim insurgências que pudessem colocar em risco a ordem nacional.

Ou seja, o processo de homogeneização, que, anteriormente, foi fundamental para fazer com que os indivíduos reconhecessem e se submetessem ao poder do Estado, a partir dessa nova fase, graças a influência que as teses constitucionais passaram a provocar, tornou-se a razão da insatisfação e levante daquelas camadas de cidadãos que foram excluídos, ou, simplesmente abarcados forçosamente ao que foi convencionado. Com isso, surgiu a necessidade de encontrar um novo mecanismo, que, em substituição ao já defasado, processo de homogeneização, tivesse a capacidade de orientar os mais variados grupos sociais a continuarem aceitando o Estado como o ente autêntico detentor do poder e estabelecido da ordem.

Diante disso, coube a Constituição essa função. No entanto, a solução para o problema da exclusão dos “diferentes” não chegou junto com os textos constitucionais, uma vez que mesmo que já regidos por um diploma legal repleto de princípios inovadores, os Estados se conservavam como antes, intolerantes, uniformizadores e massificadores, deixando à margem de todas as benesses, atendimento social e jurídico os diversos grupos que não se amoldavam ao que havia sido instituído, e deixando estas fatias da população numa alienação cultural, social e econômica. O que se fez, portanto, foi legalizar dentro do texto constitucional uma espécie de acordo, que, na realidade, jamais existiu, com os povos originários que legitimava a existência de um Direito intolerante e uniformizador e, que, era, inclusive, desejado por eles, em prejuízo de suas próprias regras, tradições, hábitos de vida, etc, quando, na verdade, não passava de uma imposição.

O despertar promovido pelos princípios constitucionais não foi suficiente para romper com os bem estabelecidos Estados nacionais e seus padrões, como vimos, no seio das primeiras constituições todo o processo homogeneizador foi legitimado. Contudo, esse cenário começa a sofrer transformações com experiências ocorridas na América Latina.

[...] A situação começa a mudar com as revoluções democráticas e pacíficas da Bolívia e do Equador, com seus poderes constituintes democráticos, que fundaram um novo Estado, capaz de superar a brutalidade dos estados nacionais nas Américas: o Estado Plurinacional, democrático e popular. (MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p. 156)

Sobre o surgimento desse Estado plurinacional no âmbito do continente latino-americano, Silva (2017) salienta:

No contexto latino-americano e em alguns países da África também, podemos verificar hoje o caminho do reconhecimento da plurinacionalidade. Conforme Santos salienta, a plurinacionalidade nos traz um novo tipo de institucionalidade estatal, uma nova organização territorial, a democracia intercultural, o pluralismo jurídico, a interculturalidade, novas políticas públicas, novos critérios de gestão pública e de participação cidadã. (SILVA, 2017, p. 99)

Todo esse movimento de instituição de um novo modelo de Estado que ocorreu no continente latino-americano não contagiou outros continentes, uma vez que as mesmas mudanças não foram observadas no continente Europeu que ainda insistiu no modelo de Estado nacional claramente excludente, conforme destacam Magalhães e Souza (2011):

A União Europeia e o direito europeu nada mais são do que a reprodução do direito moderno, uniformizador e hegemônico. Lembremos que os estados europeus são todos hegemônicos: castelhanos sobre os outros na Espanha; ingleses sobre os outros no Reino Unido; francos sobre os outros na França; e assim segue. (MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p. 160)

Contudo, o cenário mundial atual demonstra claramente que o caminho iniciado pelo continente latino-americano é o mais sensato, ou melhor, o único viável, se o que se deseja é a continuidade da humanidade por mais tempo. Isto porque, as recentes crises econômicas mundiais que se desenvolveram no seio do século XXI começaram a demonstrar os indícios de colapso do sistema capitalista moderno e global.

As crises ambientais expuseram o caráter finito dos recursos naturais e os danos advindos da exploração predatória e desmedida, e, conseqüentemente, a urgente necessidade de modificações no padrão internacional de crescimento e geração de energia, todos esses aspectos refletiram a crise do Estado nacional, tornando-se forçoso a instituição de uma nova ordem mundial.

O domínio econômico do capitalismo global, hoje uma realidade, não se sustenta mais do que quatro décadas. É impossível sustentar o ritmo de exploração dos recursos naturais e o comprometimento do meio ambiente com o atual modelo de crescimento do qual depende a economia global para geração de riquezas e empregos. A insistência na manutenção deste modelo se mostra completamente irracional. Neste momento de crise do paradigma moderno a sua superação começa a se apresentar e chama a atenção de todo o mundo: o estado plurinacional. (MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p. 161)

Todas essas causas, atreladas à crescente valorização do conceito de democracia, começou a enfraquecer o modelo convencional de Estado nacional e a impor o estabelecimento de um modelo novo de Estado, o Estado Plurinacional. Ou seja, tornou-se indispensável, nos tempos atuais, concretizar a democracia, pois não há mais condições de se manterem hegemonias características de um modelo ultrapassado, irracional e segregador.

É justamente sobre essa nova ordem mundial que denominamos Estado Plurinacional, que dá seus primeiros aparecimentos na América Latina, e, que, necessita ser instituída que trataremos no tópico seguinte, falaremos a respeito do surgimento do plurinacionalismo e das

condições que permitiram que esse novo ideal de Estado desse os primeiros passos rumo a concretização.

2.1 O reconhecimento do plurinacionalismo

A tendência dos Estados-nação foi de abranger no campo estatal todas as coletividades e estabelecer um padrão único no qual deveriam estar enquadradas todos os indivíduos, sem qualquer preocupação com suas peculiaridades, com suas identidades diferenciadas e com suas práticas de criar, fazer e viver. Como se o Estado fosse capaz de envolver todos os anseios sociais, organizando-os e satisfazendo-os.

Na escala global, a crise capitalista coincide com a crise do Estado Moderno. O modelo liberal e seu enfoque de liberdade numa perspectiva individual corroborou para que a ficção conceitual de um ideal universalista e modelo monista de Estado fossem construídos como ideal para sociedade humana homogeneizada, desprezando as sociedades culturalmente diversas e que viviam às margens da sociedade "nacional", marginalizadas dentro das fronteiras impostas pelo colonizador. (SILVA, 2017, p. 29)

Entretanto, é evidente que o Estado não foi e continua não sendo capaz de agregar todos os cidadãos indistintamente em um padrão único, com isso muitos ficam excluídos, povos indígenas, tribais e comunidades tradicionais, sem receber o tratamento adequado as suas necessidades, uma vez que não são levadas em conta suas diferenciadas identidades e formas de organização social. “A produção jurídica, formal e técnica do Estado moderno só atinge parcelas da ordem social, achando-se quase sempre em atraso, relativamente às aspirações mais desejadas, vivas e concretas da sociedade como um todo” (TELLES JÚNIOR, 1953, p. 514-516 apud WOLKMER, 2001, p.152).

Nessa perspectiva, juridicamente a sociedade seria apenas um conjunto de indivíduos vinculados a um Estado e o direito internacional seria, basicamente, um palco das relações entre Estados, das quais estava excluída qualquer preocupação com os indivíduos ou com os grupos sociais, estes submetidos ao poder soberano e às regras jurídicas dos respectivos entes estatais. Disciplinar interesses de grupos e indivíduos por meio do direito internacional seria absurdo, pois seria uma interferência na soberania dos Estados Nacionais. (SOUZA FILHO e BERGOLD, 2013, p. 36)

Apesar do bem estruturado e difundido modelo de Estado-Nação, sustentado por entre outros pilares, especialmente pelo Direito. Como bem acentua Bourdieu (2003):

O direito consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão do Estado, garantida pelo Estado. Ele atribui aos agentes uma identidade garantida, um estado civil, e sobretudo poderes (ou capacidades) socialmente reconhecidos, portanto, produtivos, mediante a distribuição dos direitos de utilizar esses poderes, títulos (escolares, profissionais etc.), certificados (de aptidão, de

doença, de invalidez etc.) e sanciona todos os processos ligados à aquisição, ao aumento, à transferência ou à retirada desses poderes [...]. O direito é sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas. (BOURDIE, 2003, p. 236-237 apud DUPRAT, 2014, p. 58).

Aos poucos, os acontecimentos sociais vão dando voz a setores marginalizados da sociedade que passam a requerer tratamento jurídico conforme suas necessidades, surge o ambiente favorável para outras formas de Direito que não as instituídas, o espaço para a instalação de um Estado plurinacional e conseqüentemente de um sistema jurídico plural.

[...] o ponto de partida para a constituição e o desenvolvimento de um Direito vivo comunitário não se prende nem à legislação, nem à ciência do Direito, tampouco a decisão judicial, mas às condições da vida cotidiana, cuja real eficácia apoia-se na ação de grupos associativos e organizações comunitárias. Nesse quadro de referência, as “vontades coletivas” organizadas, utilizando-se de práticas sociais que instrumentalizam suas exigências, interesses e necessidades, possuem a capacidade de instituir “novos” direitos, direitos ainda não contemplados e nem sempre reconhecidos pela legislação oficial do Estado. Com efeito, isso ocorre porque a produção jurídica não reside tão-somente no Estado, mas pode surgir de outras instâncias sociais diferenciadas e independentes, mais exatamente do bojo complexo e do contingente de diversos espaços ocupados por sujeitos coletivos autônomos [...] (WOLKMER, 2011, p. 153-154).

Contudo, o desenvolvimento desse plurinacionalismo não ocorreu rapidamente, não foi célere a trajetória para surgimento de uma nova ordem mundial que reconhecesse o pluralismo jurídico, uma vez que o Estado moderno pautado nos ideias liberais foram difundidos da Europa para todas as regiões colonizadas, essa é a lógica internacionalmente dominante. “O direito internacional na sua origem, talvez mais do que o direito comunitário, é hegemônico, europeu, excludente e racista” (MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p. 160).

O término da Segunda Guerra Mundial, entretanto, deu início a uma nova concepção do Direito Internacional. A criação da ONU, em 1945, foi acompanhada de crescente preocupação com os direitos humanos, evidenciada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. As atrocidades cometidas durante as grandes guerras tornaram inaceitável o terror colonialista, pois a mortandade agora não ficava adstrita a um local distante e a um povo exótico e desconhecido. A barbárie fez-se presente e visível. Esse novo direito internacional, todavia, ficou marcado em seu nascedouro por uma tendência que ainda o persegue: a de se conceberem os direitos humanos por meio de documentos voltados à proteção do indivíduo, filtrado pelo prisma abstrato da liberdade e da igualdade. Essa configuração dos direitos humanos nunca foi imune a críticas. (SANTOS, 2013, p. 36)

Apesar do cunho totalmente individualista dessa primeira fase de tutela dos direitos humanos, ela serviu para despertar nas coletividades, povos indígenas, tribais e comunidades tradicionais, a necessidade de lutar pelo reconhecimento de suas identidades e atendimento de suas demandas que não correspondem as convencionadas, foi isso que fez surgir, no século

XX, tantas sociedades emergentes colocando em voga seus anseios. Conforme aduzem José Aparecido dos Santos, dos quais as lições mais uma vez destacamos:

[...] o século XX também fez irromper uma busca de novos atos normativos e de políticas voltadas para grupos sociais, para os valores coletivos, em uma tentativa de regulamentar não apenas as necessidades concretas, básicas e específicas dos indivíduos, mas também os valores, as necessidades e os bens culturais das coletividades que integram, principalmente das minoritárias. Opera-se, gradativamente, uma verdadeira transformação na garantia dos direitos fundamentais, das coletividades e dos indivíduos. Principia assim o reconhecimento da multiculturalidade e da pluralidade jurídica, o reconhecimento da desigualdade concreta dos indivíduos, da diversidade das identidades coletivas humanas e de uma nova, e mais apropriada, percepção da dignidade humana. No direito internacional são aprovados nas últimas décadas do século XX vários tratados e convenções que passam a abordar temas referentes a grupos e, ao mesmo tempo, vários ordenamentos jurídicos estatais passam a também abordar direitos coletivos dos mais variados. (SANTOS, 2013, p. 38-39)

Ou seja, o tratamento marginalizador dado a esses grupos sociais desde os processos de colonização até o período em que se inicia em âmbito internacional a proteção dos direitos humanos, levaram a conflitos de libertação, nos quais eles começaram a afirmar suas identidades ao se recusarem a serem considerados como sujeitos individuais e reivindicarem o seu reconhecimento enquanto povos que se organizam coletivamente e são detentores de direitos coletivos e, que, por isso, requerem tratamento diferenciado por parte do Estado, vez que não se amoldam aos padrões sociais e jurídicos vigentes.

São esses os marcos iniciadores do reconhecimento da plurinacionalidade, do entendimento de que o Estado não é formado por indivíduos iguais, com necessidades iguais, com visões e anseios homogêneos que possam ser atendidos por um arcabouço padrão de políticas públicas ou regulados por ordenamento engessado de normas que lhes ofereça um tratamento jurídico comum. “Os resultados de que somos uma sociedade plural implica numa ampliação dos problemas, em decorrência do grau de disputas acirradas, que se põem por vezes de forma contraditória no interior da sociedade” (SILVA, 2007, p. 143 apud SHIRAIISHI NETO, 2011, p.30)

Nesse processo de afirmação da plurinacionalidade dos Estados é realizada um alargamento da aparelhagem jurídica internacional de tutela dos direitos humanos. Isto porque, a plurinacionalidade provoca o reconhecimento de direitos coletivos dos grupos sociais em circunstâncias em que os direitos individuais das pessoas que os compõem não são capazes de assegurar o reconhecimento de sua identidade cultural ou a aniquilação da discriminação social a qual são submetidos há tanto tempo. É o que fica claro quando nos aproveitamos das palavras de Shiraishi Neto (2011):

Optar pelo reconhecimento de que somos uma sociedade plural tende a impor uma ruptura com os esquemas de pensamento jurídico tradicionais e a necessidade de

repensá-lo à luz das discussões do “pluralismo jurídico”. A diversidade importa no acatamento de “práticas jurídicas” diferenciadas, nem sempre catalogadas e que necessitam ser incorporadas às reflexões jurídicas para garantir direitos efetivos à diversidade de sujeitos e grupos sociais, que sempre ficaram distantes dos tratamentos jurídicos. As dificuldades de interpretar os fenômenos sociais à luz dos padrões jurídicos tradicionais sempre ficaram evidenciadas diante dos fatos, embora os intérpretes preferissem ignorá-los, uma vez que a todo custo procuravam enquadrar as situações aos dispositivos legais, apesar de reconhecer as dificuldades. Para cada situação, um dispositivo, o que implicava numa simplificação das situações, quando reduzidas ao mundo jurídico. (SHIRAISHI NETO, 2011, p. 29)

Tem-se, portanto, que o esse salto da concepção homogeneizadora de Estado-nação para o reconhecimento do Estado Plurinacional deu início a um tratamento das questões envolvendo povos indígenas e, mais tarde, comunidades tradicionais, eles passaram a ser vistos aos olhos do Estado que a partir de então passa a lhes integrar no rol dos tutelados pelos direitos humanos, contudo “compelidos à condição de meros indivíduos e de subcidadãos dos Estados, nos quais geralmente nem gozam de todos os direitos individuais, aos indígenas nunca foi suficiente a enunciação dos direitos do homem” (SANTOS, 2013, p. 39).

Ou seja, de início, o que se pretendia era agregar essas coletividades aos padrões hegemônicos de sociedade, ou seja, os esforços se voltavam para a inserção de povos indígenas, e das comunidades tradicionais a realidade da maioria, a lógica capitalista de desenvolvimento. Dessa maneira, o que se intentou foi a aniquilação das identidades diferenciadas, e, conseqüentemente, das formas de viver, criar e fazer desses sujeitos, na tentativa de torná-los parte da grande massa de indivíduos que vivem de acordo com o modelo convencional instituído, isto é, o Estado passa a enxergá-los, mas não enquanto sujeitos que requerem um tratamento próprio e diferenciado, mas sim como indivíduos que precisam ser integrados a lógica estabelecida e isso evidentemente não lhes serve, posto que “os direitos humanos de alguns e de algumas podem ser as condições desumanas de outros e outras” (CLAVERO, 1997, p. 190 apud SANTOS, 2013, p. 39).

E como já adiantamos no tópico anterior, a América Latina, inicialmente representada por Equador e Bolívia que foram pioneiros através de suas revoluções, saiu na frente quando o assunto é o estabelecimento dos Estados plurinacionais, reconhecedores das diversas etnias que os integram, nas palavras de Magalhães e Souza (2011):

A América Latina vem sofrendo um processo de transformação social democrática importante e surpreendente. Direitos historicamente negados às populações originárias agora são conquistados. Em meio a estes variados processos de transformação social, percebemos que cada país, diante de suas peculiaridades históricas, vem trilhando caminhos diferentes, mas nenhum abandonou o caminho institucional da democracia representativa, somando a está uma forte democracia dialógica participativa. [...] fruto de um processo democrático que se iniciou com revoluções pacíficas, onde os povos indígenas, finalmente, após 500 anos de exclusão radical, reconquistam gradualmente sua liberdade e dignidade. (MAGALHÃES e SOUZA, 2011, p. 162)

É longo o caminho para o total rompimento com os caracteres homogeneizadores instituídos pelos Estados-nação e o estabelecimento de um Estado plurinacional e de uma democracia participativa que seja capaz de representar os anseios dos mais diversos povos e etnias, mas “conforme o pensamento de Quijano, toda democratização possível da sociedade na América Latina deve ocorrer na maioria dos países, ao mesmo tempo e no mesmo movimento histórico, como uma descolonização e como uma redistribuição de poder”(QUIJANO, 2000, p. 241 apud SILVA, 2017, p. 99).

E o puro estabelecimento de um Estado entendido enquanto plurinacional não é o suficiente, é necessário mais do que isso. O ideal é que ocorra o rompimento definitivo no plano do direito internacional com todo processo assimilacionista que busque integrar a realidade instituída os povos indígenas, tribais e comunidades tradicionais em detrimento de sua identidade e de suas práticas. É com vistas nisso que são iniciadas alterações importantes nos documentos internacionais capazes de romper com as políticas de assimilação dessas coletividades aos padrões vigentes e comprometidos com o fortalecimento de suas identidades. Diante disso, o tópico seguinte tratará de modo breve dos processos que vem ocorrendo no plano internacional que objetivam pôr fim a esse movimento de integracionista.

2.2 Os caminhos para o rompimento do assimilacionismo

O século XX ficou marcado pelo do processo de edição de dispositivos legais inovadores que objetivavam a instituição de agendas e políticas públicas direcionadas as demandas dos grupos sociais, voltadas a consagração de ideais coletivos, configurando verdadeiro intento de positivar e dar amparo jurídico não somente as necessidades concretas, inerentes e exclusivas dos indivíduos, como também as práticas, as demandas e os bens das coletividades, especialmente das minoritárias.

É em meados desse século que o direito internacional público principia uma nítida preocupação no que se refere as coletividades, especialmente com os povos indígenas, entretanto, no começo, havia uma forte inclinação as teses assimilacionistas e individualistas herdadas do modelo liberal. Conforme destaca José Aparecido dos Santos (2013):

Um dos primeiros documentos internacionais a se referir aos indígenas foi a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, adotada em 1957, relativa à proteção e à integração das populações indígenas e de outras populações tribais ou semitribais nos países independentes. Essa convenção foi internalizada no Brasil pelo Decreto 58.824, de 14/7/1966, e seu texto contém ideias de uniformização jurídica e de assimilação. O item 1 do art. 1º, por exemplo, estipulava que competia “principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados

e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países”. A natureza liberal da proposta e o ideário individualista da dignidade da pessoa humana podem ser percebidos no item 3 do art. 2º da Convenção 107, pois fica claro que teria “por objetivo o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo”. Esse ideário influenciou a atuação dos organismos internacionais por muito tempo, inclusive o Banco Mundial, cuja política sempre foi de fornecimento de projetos de “desenvolvimento progressivo”, com a finalidade de aculturação gradual dos povos tradicionais. (SANTOS, 2013, p. 33)

Contudo, de maneira gradual, empreende-se, uma legítima alteração no que tange ao amparo dos direitos fundamentais, não só dos indivíduos, mas também das coletividades. É nesse contexto que é iniciado a verdadeira afirmação da multiculturalidade. “O multiculturalismo procura descrever a existência de uma multiplicidade de culturas no mundo, que coexistem e se interfluenciam tanto dentro como fora de um mesmo Estado-Nação, e, como projeto político, aponta para a celebração ou reconhecimento dessas diferenças culturais” (SANTOS, 2003, p. 28 apud SANTILLI, 2005, p. 49). É a partir desse momento que se reconhece efetivamente a existência da desigualdade concreta dos cidadãos, e as mais diversas identidades coletivas humanas, e, o mais importante, de uma inovadora conjectura acerca da dignidade humana “o princípio da dignidade da pessoa humana inclui a proteção à sua liberdade expressiva, em especial a de dizer, autarquicamente, quem é e quais são as suas convicções de vida” (DUPRAT, 2007, p. 19)

Segundo aduz Juliana Santilli (2005), o multiculturalismo foi inaugurado no âmbito internacional com a edição da “Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Povos Indígenas e Tribais, já ratificada pelo Brasil. Ela substituiu a Convenção 107 da OIT, que adotava uma orientação integracionista [...]. Enquanto que “na América Latina, o multiculturalismo encontrou a sua tradução, no mundo jurídico-constitucional, nos anos 1980 e 1990, com a aprovação de Constituições que passaram a reconhecer o caráter multicultural e pluriétnico dos países latino-americanos” (SANTILLI, 2005, p. 49). Para esclarecer esse processo constitucional ocorrido no continente latino-americano, a referida autora utiliza-se dos ensinamentos de Marés (2003), dos quais também iremos nos valer:

As novas constituições foram surgindo com um forte caráter pluricultural, multiétnico e preservador da biodiversidade. Ao lado do individualismo homogeneizador, reconheceu-se um pluralismo repleto de diversidade social, cultural e natural, numa perspectiva que se pode chamar de socioambiental. Os sistemas jurídicos constitucionais, antes fechados ao reconhecimento da pluriculturalidade e da multiétnicidade, foram reconhecendo, um a um, que os países do continente têm uma variada formação étnica e cultural, e que cada grupo humano que esteja organizado segundo sua cultura e viva segundo a sua tradição, em conformidade com a natureza da qual participa, tem direito à opção de seu próprio desenvolvimento. (MARÉS DE SOUZA FILHO, 2003, p. 93 e ss apud SANTILLI, 2005, p. 50)

O Brasil está inserido nesse processo de reconhecimento do multiculturalismo e consequente abandono do assimilacionismo, objetivando a inauguração de uma sociedade que reconheça a pluralidade e que permita uma vida digna dos povos indígenas e comunidades tradicionais, conforme destaca Silva (2017):

O marco normativo de ruptura com o indigenismo integracionista e os avanços no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e tradicionais pelo Estado brasileiro seguem de modo paralelo aos avanços internacionais, com o marco da superação formal da perspectiva integracionista e assimilacionista no final da década de 1980. (SILVA, 2017, p. 93)

Todo esse movimento teve como principais beneficiários os povos indígenas, tribais e as comunidades tradicionais que passaram a ter suas identidades reconhecidas e a garantia, no do seu direito de expressão no plano constitucional, ocorre que essa conquista não é só deles, mas de toda a sociedade. É o que expressa Santilli (2005):

Os dispositivos constitucionais que asseguram os direitos dos povos indígenas, quilombolas e a proteção à cultura consagram duas faces dos direitos coletivos. Asseguram direitos coletivos às minorias étnica e culturalmente diferenciadas, e asseguram a todos – ou seja, a toda a coletividade – o direito à diversidade cultural. Por um lado, os povos indígenas e quilombolas têm o direito a continuar existindo enquanto tais, e à garantia de seus territórios, recursos naturais e conhecimentos, e, por outro lado, toda a sociedade brasileira tem o direito à diversidade cultural e à preservação das manifestações culturais dos diferentes grupos étnicos e sociais que a integram. (SANTILLI, 2005, p. 50-51)

No âmbito do direito internacional, muito embora inúmeros documentos tenham sido elaborados, os progressos verdadeiros no que tange a proteção da identidade, cultura e práticas das comunidades tradicionais e dos povos indígenas e tribais, só foram de fato implementadas com a edição, em maio de 1989, em Genebra, da Convenção 169 da OIT, durante os esforços de ultrapassar os ideias assimilacionistas difundidos pela Convenção 107 que a precedeu. “A Convenção 169 da OIT doze meses após as duas ratificações mínimas exigidas, entrou em vigência no plano internacional em 05 de setembro de 1991” (SANTOS, 2013, p. 41), e de uma maneira nunca antes vista, estabeleceu o critério do autorreconhecimento, também denominado autoatribuição, e inaugurou os direitos de participação, consulta e consentimento livre, prévio e informado, procedimento aplicável quando da tomada de decisões legislativas ou administrativas sejam aptas a interferir na vida e/ou nos territórios de povos indígenas e tribais, tal procedimento- a consulta prévia- é o objeto de pesquisa do presente trabalho monográfico e é sobre ele que trataremos nos capítulos seguintes.

Diante disso, percebemos que o Brasil acompanhado de outros países latino-americanos reconheceu e garantiu o multiculturalismo antes mesmo que os documentos de

direito internacional o fizessem, vez que a aludida “Convenção só viria a ser ratificada pelo Brasil em 2002 e internalizada pelo Decreto 5.051, de 19/4/2004, publicado em 20/4/2004” (SANTOS, 2013, p. 41). Isto porque, a Constituição brasileira, promulgada antes da adesão do país a essa convenção, já garantia o multiculturalismo, conforme nos ensina Santilli (2005):

A Constituição brasileira aprovada em 1988 claramente segue o paradigma do multiculturalismo, ao reconhecer direitos territoriais e culturais aos povos indígenas, quilombolas e a outras populações tradicionais e ao romper com o modelo assimilacionista e homogeneizador. Ganham força as noções constitucionais de titularidade coletiva de direitos, de uso e posse compartilhados de recursos naturais e territórios e de respeito às diferenças culturais.

Na mesma linha, a Constituição colombiana (1991) reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da nação, a reforma constitucional mexicana (1992) reconhece que o país “tem uma composição pluricultural sustentada originalmente em seus povos indígenas”, a Constituição paraguaia (1992) reconhece que o país é “pluricultural e bilíngüe”, a reforma constitucional da Bolívia (1994) a considera “multiétnica e pluricultural” e a Constituição peruana (1993) assegura a toda pessoa o “direito a sua identidade étnica e cultural” (SANTILLI, 2005, p. 51).

Ou seja, no Brasil, graças ao regramento imposto pela Carta Magna promulgada em 1988 foram criados espaços e instituídos mecanismos de participação capazes de garantir aos povos indígenas e comunidades tradicionais o direito de expressar suas demandas e defender suas práticas e territórios. Nas palavras de Liana Amin Lima da Silva (2017):

Os direitos de participação, repartição de benefícios e consulta, já estavam reconhecidos, ainda que em menor escala, na Constituição de 1988. A diferença é que deve ser feita uma interpretação extensiva e progressiva, aplicando a Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, a Declaração das Nações Unidas (2007) e a Declaração Americana (2016) sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Com os avanços internacionais, amplia-se a concepção de direitos civis e políticos dos povos étnicos², em termos de se garantir uma maior participação e representatividade política, à luz dos ideais democráticos e de pluralidade dos Estados. (SILVA, 2017, p. 93)

Portanto, podemos inferir que em se tratando de rompimento com o assimilacionismo e promoção do multiculturalismo e do pluralismo jurídico, a Constituição brasileira de 1988 está para o Brasil, como a Convenção 169 da OIT está para o direito internacional. Os avanços empreendidos pelo texto constitucional nesse sentido são bem resumidos nos ensinamentos de Santilli (2005):

A orientação multicultural da Constituição brasileira se revela pelo reconhecimento de direitos coletivos a povos indígenas e quilombolas, como povos cultural e etnicamente diferenciados. Aos povos indígenas passou a assegurar direitos

² O termo "povos étnicos" é frequentemente utilizado na Colômbia - derechos de los pueblos étnicos ou simplemente derechos étnicos. Ainda que possa ser um aparente pleonasma, torna-se importante para se diferenciar da forma genérica "povos", demonstrando se tratar de direitos de grupos étnicos culturalmente diferenciados da sociedade nacional. A forma de se referir a direitos étnico-raciais é ampliada para direitos étnico-culturais, com os direitos dos povos e comunidades tradicionais, no Brasil. (SILVA, 2017, p. 93)

permanentes e não mais direitos transitórios, já que o direito à identidade étnica e cultural diferenciada também foi assegurado. A Constituição rompeu definitivamente com a ideologia integracionista do Código Civil (até então em vigor) e do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), expressa nos dispositivos que se referem à “integração dos índios à comunhão nacional” e à sua “adaptação à civilização do país” como objetivos a serem atingidos.

A Constituição assegurou aos índios o direito de permanecerem como tais e de manterem a sua identidade cultural como povos etnicamente diferenciados. Reconheceu aos povos indígenas direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, destinando-lhes a sua posse permanente e o usufruto exclusivo de suas riquezas naturais. Vislumbra-se claramente o rompimento do paradigma integracionista e o reconhecimento de direitos culturais aos povos indígenas. (SANTILLI, 2005, p. 52)

Portanto, verificamos que houve uma importante tomada de consciência a nível nacional e internacional no que se refere aos prejuízos causados por políticas públicas assimilacionistas e sobre o quanto essa lógica de integrar todos num sistema homogeneizador de Estado-nação é lesiva aos indivíduos, ou melhor, as coletividades, uma vez que nega a pluralidade que é real e aos poucos dizima, mesmo que sutilmente os diversos grupos étnicos que integram uma sociedade.

Traçada essa trajetória sobre a instituição do tão difundido modelo de Estado-nação e de sua superação para instalação de um Estado plurinacional reconhecedor das variadas etnias e, em seguida, dos movimentos e instrumentos jurídicos que romperam com o assimilacionismo devastador das identidades, seguiremos ao longo de mais dois capítulos tratando com maiores detalhes do documento internacional mais significativo para esse processo, a Convenção 169 da OIT, sobre a qual já fizemos breves menções.

O presente trabalho monográfico se dedicará a partir dos capítulos seguintes a tratar dessa Convenção, das mudanças inauguradas e pretendidas por ela, bem como dos sujeitos aos quais ela destina suas garantias. Abordará também do processo pelo qual o Brasil aderiu a esse documento internacional e dos compromissos aos quais o país se comprometeu a cumprir a partir da ratificação e efetiva entrada em vigor desse documento dentro do Estado brasileiro.

Não obstante, o objetivo principal desse trabalho é tratar de um direito específico instituído pela Convenção 169 da OIT, o direito à consulta prévia livre e informada. Para além de esmiuçar em que consiste esse procedimento e em quais situações ele deve ser realizado, falaremos dos grupos étnicos aos quais ele se destina e a importância de sua efetiva realização para a sobrevivência deles e proteção de seus territórios. Somente após todas essas considerações, buscaremos responder o questionamento central ao qual nos propusemos com a realização dessa monografia, qual seja: a efetivação do direito à consulta prévia, livre e informada no Brasil depende da sua regulamentação? Isto é, esse é um direito autoaplicável ou prescinde de regulamentação?

3 A CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: o marco da superação do assimilacionismo

Os caminhos traçados pela humanidade até os dias atuais têm demonstrado a necessidade de se estabelecerem espaços de debate entre as nações que constituem o planeta, as disputas por territórios, poderio econômico e os saldos das guerras vivenciadas revelaram que os países, de tanto em tanto, precisam se reunir, por meio de seus representantes, para tratar de pautas que lhes são comuns e que exigem um posicionamento conjunto no que diz respeito ao tratamento e cuidado com o elemento mais importante, o ser humano.

A instância que permite essa interação entre os Estados é o Direito Internacional Público. Segundo Mazzuoli (2011), embora seja impossível precisar o momento correto de surgimento, o princípio do Direito Internacional Público é datado ainda na Idade Média, produto dos fatores econômicos, sociais, políticos e econômicos da época. Contudo, a preocupação com o produto humano só vai se revelar mais tarde.

O Direito Internacional ganha uma face humanizadora com o nascimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente com a arquitetura normativa nascida no pós-Segunda Guerra desde a Carta das Nações Unidas (1945) desenvolvendo-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e com os inúmeros tratados internacionais de proteção desses mesmos direitos surgidos no cenário internacional após esse período. (MAZZUOLI, 2011, p. 57)

Então, é partir do período posterior a Segunda Grande Guerra que o mundo passa a ter uma preocupação com os seres humanos, com a vida dos indivíduos e agendas nesse sentido passam a ser discutidas a nível internacional com o intuito de que os países se filiem a elas comprometendo-se a cumpri-las. A materialização dessa filiação se dá por meio da adesão aos tratados internacionais, nos ensinamentos de Accioly e Nascimento e Silva “tratado é expressão genérica, variando as denominações utilizadas conforme a sua forma, seu conteúdo, o seu objeto ou o seu fim (HIDELBRANDO ACCIOLY e NASCIMENTO e SILVA, 2000, p. 23-24 apud MAZZUOLI, 2005, p. 176). Seguindo essa linha de pensamento Mazzoulli (2005, p. 176-177) adverte: “definimos "tratado internacional" como sendo um acordo formal de vontades, concluído entre Estados ou organizações interestatais entre si, regido pelo direito das gentes e destinado a produzir, imprescindivelmente, efeitos jurídicos para as partes que o ratificam”.

Logo, o tratado é o gênero da qual derivam inúmeras espécies, instrumentos que possibilitam a agregação de várias nações no comprometimento com pautas comuns. Apesar de existirem inúmeros tipos de tratados cunhados com diversas nomenclaturas diferentes, o

que interessa para a presente monografia é o tratado internacional ao qual denominados: convenção.

Esta expressão começou a ser empregada no sentido atual a partir da proliferação dos congressos e conferências internacionais, nos quais matérias da maior relevância para a sociedade internacional passaram a ser frequentemente debatidas, dando à luz atos internacionais criadores de normas gerais de Direito Internacional Público, demonstrativos da vontade uniforme das partes em assuntos de interesse geral. A expressão convenção conota então aquele tipo de tratado solene (e multilateral) em que a vontade das partes não é propriamente divergente, como ocorre nos chamados tratados-contrato, mas paralela e uniforme, ao que se atribui o nome de tratados-lei ou tratados-normativos [...] (MAZZUOLI, 2005, p.178)

Feitas essas breves considerações a respeito das Convenções criadas no âmbito do Direito Internacional Público, é possível iniciarmos as considerações sobre a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho aprovada durante a 76ª Conferência da OIT realizada, em Genebra, no ano de 1989.

Trata-se de um tratado internacional sobre os Povos Indígenas e Tribais que surgiu dos esforços empreendidos com o objetivo de superar as práticas assimilacionistas dessas coletividades a realidade moderna de Estado-nação até então difundidas e inclusive legitimadas pela Convenção 107 da OIT que lhe é anterior.

A anterior Convenção, Convenção n. 107 da OIT, de 05 de junho de 1957, concernente à Proteção e Integração das Populações Indígenas e de outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes, doravante, Convenção 107, expressava preocupação com a proteção das populações indígenas em tom tutelar, com a finalidade da integração progressiva das populações aos respectivos países. Baseava-se na questão étnica como moral, seguindo a ótica de tutela indígena, ou seja, os indígenas tratados como incapazes e em vias de integração e assimilação à sociedade nacional. (SILVA, 2017, p. 124)

Das supracitadas lições de Liana Amin Lima da Silva, inferimos as noções sobre a lógica individualista que permeou os primeiros esforços de tutela dos direitos dos povos indígenas, tribais e comunidades tradicionais no plano internacional. De início, eles ainda eram inferiorizados, taxados como primitivos, dessa maneira o melhor a se fazer era integrá-los junto aos demais indivíduos da sociedade, sem qualquer preocupação com suas identidades diferenciadas. “Dessa forma, a Convenção 107 refletia a política que era dominante nos anos 1950, política do paternalismo e integração ou assimilação no marco de um ideal protecionista. Isso expressava a crença que os povos indígenas eram transitórios. (SILVA, 2017, p. 125).

Embora tenha representado uma primeira tentativa de se codificar, em um instrumento legal de âmbito internacional, os direitos fundamentais desses povos, graves problemas persistiram, inclusive em ex-colônias que haviam se tornado independentes, principalmente em decorrência do tratamento diferente que recebiam em relação ao dispensado aos demais segmentos da população nacional. No bojo da revolução social e cultural que ocorreu em quase todo o mundo nas décadas de 1960 e 1970, os povos indígenas e tribais também despertaram para a realidade de suas

origens étnicas e culturais e, conseqüentemente, para seu direito de serem diferentes sem deixarem de ser iguais. Conscientes de sua importância e sob a orientação de sólidas organizações de promoção de seus interesses e proteção de seus direitos, esses povos passaram a assumir, eles próprios, o direito de reivindicar, acima de tudo, sua identidade étnica, cultural, econômica e social, rejeitando, inclusive, serem chamados de “populações”. A própria Convenção nº 107, até então considerada um marco histórico no processo de emancipação social dos povos indígenas, passou a ser criticada por suas tendências integracionistas e paternalistas, fato admitido pelo próprio Comitê de Peritos que, em 1986, considerou-a obsoleta e sua aplicação inconveniente no mundo moderno. Sensível a essas críticas e atento às rápidas transformações sociais do mundo atual, o Conselho de Administração incluiu uma proposta de revisão da Convenção nº 107 na pauta das Conferências Internacionais do Trabalho de 1988 e 1989, com vistas a garantir a preservação e sobrevivência dos sistemas de vida dos povos indígenas e tribais e sua ativa e efetiva participação no planejamento e execução de projetos que lhes dissessem respeito (OIT, 2011, p. 6-7).³

Ainda segundo Silva, importa destacar que a Convenção 107 apesar de todos os erros que cometeu teve uma importância significativa para esses grupos étnicos, uma vez que foi o primeiro documento internacional a reconhecer a existência deles e a definir o termo “populações indígenas”, entendendo-os pela primeira vez enquanto uma coletividade composta por indivíduos merecedores de tratamento semelhante ao destinado aos demais cidadãos, também lhes foram concedidos por meio das disposições da Convenção 107 o direito à terra, a educação, a língua materna e o respeito as suas práticas jurídicas ao reconhecer a validade de seu direito consuetudinário na solução dos conflitos.

Contudo, mesmo que de grande importância todas essas garantias não eram suficientes porque todos esforços buscavam a integração dessas coletividades a realidade instituída e isso não era mais admitido. A busca agora é pelo total rompimento com qualquer prática de assimilação. Diante disso, a OIT enxergou a necessidade de iniciar os trabalhos para superação da Convenção 107. “De 01 a 10 de setembro de 1986, se realizou a Reunião de Expertos sobre a revisão da Convenção no 107” (SILVA, 2017, p. 126). Todo esse movimento pela revisão da Convenção só ocorreu graças as mobilizações dos próprios índios, conforme expressa Huaco Palomino (2015):

O motivo fundamental para proceder a revisão era a constatação, por parte da OIT, da mudança de concepções filosóficas desde que se adotara Convenção em 1957 e isso graças aos pontos de vista expressados pelas próprias organizações de povos indígenas a nível nacional e internacional, pois o enfoque integracionista já não podia seguir vigente como princípio norteador na relação entre os Estados e os povos indígenas. (HUACO PALOMINO, 2015, p. 28 apud SANTOS, 2017, p. 126)

Portanto, o ano de 1988, na 75ª Reunião da Conferência da OIT, ocasião em que a Convenção 107 foi discutida e revisada, foi rompido definitivamente no plano do Direito Internacional com os ideais assimilacionistas. É a Convenção 169 da OIT editada no ano

³ Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho, 1 v. Brasília: OIT, 2011.

seguinte que se presta ao papel de inaugurar essa nova ótica reconhecedora do multiculturalismo, é o que expressa já em seu preâmbulo:

Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho,

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Organização Internacional do Trabalho e reunida na mesma cidade em 7 de junho de 1989 em sua Septuagésima Sexta Reunião.

Observando as normas internacionais previstas na Convenção e na Recomendação sobre populações indígenas e tribais de 1957, e evocando os termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e dos muitos instrumentos internacionais sobre prevenção da discriminação, e **considerando a evolução do Direito Internacional desde 1957 e desdobramentos ocorridos na situação de povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo, em decorrência dos quais considerou adequado adotar novas normas internacionais sobre a matéria, com vistas a corrigir a orientação assimilacionista das normas anteriores, e reconhecendo as aspirações desses povos de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e de seu desenvolvimento econômico e de manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões no âmbito dos Estados nos quais vivem**, e observando que, em diversas partes do mundo, esses povos não têm condições de gozar de seus direitos humanos fundamentais na mesma medida que o resto da população dos Estados nos quais vivem e que, em muitos casos, tem-se observado um processo de erosão de suas leis, valores, costumes e perspectivas, e chamando atenção para as importantes contribuições de povos indígenas e tribais para a diversidade cultural e a harmonia social e ecológica da humanidade e para a cooperação e entendimento internacionais, e observando que as disposições apresentadas a seguir foram estabelecidas em regime de colaboração com as Nações Unidas, a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura e a Organização Mundial da Saúde, bem como com o Instituto Interamericano do Índio, em níveis adequados e em suas respectivas áreas de atuação, e que há uma proposta para que essa cooperação seja mantida no sentido de promover e garantir a aplicação dessas disposições, e após ter decidido adotar determinadas propostas de revisão parcial da Convenção sobre populações indígenas e tribais de 1957 (nº 107), matéria que constituiu o quarto item da pauta da sessão, e após determinar que essas propostas devem assumir a forma de uma Convenção internacional resultante de uma revisão da Convenção sobre populações indígenas e tribais de 1957; adota, neste vigésimo sétimo dia de junho do ano de mil novecentos e oitenta e nove, a seguinte Convenção, que poderá ser chamada Convenção sobre povos indígenas e tribais de 1989. (OIT, 1989, grifo nosso)

Logo, a Convenção 169 da OIT comprometeu-se desde o início em resguardar as especificidades de cada povo e de criar os espaços favoráveis a afirmação e preservação de suas identidades, para tanto estabeleceu no item 2 do art. 1º: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”. Segundo Santos, “essa Convenção também reconhece a igualdade e especificidade desses povos, e o direito de autorregulação de suas instituições sociais, seu desenvolvimento econômico, suas formas de vida cultural e espiritual, dentro do Estado em que vivem” (SANTOS, 2013, p. 41).

Outra peculiaridade da Convenção 169 da OIT que traduz o tamanho de sua importância para os povos indígenas, tribais e comunidades tradicionais é o fato dela ser norteada pelos princípios de autoatribuição e autodeterminação.

O critério da autoatribuição, define que os próprios grupos devem ser encarregados de se autorreconhecerem como tais, de acordo com sua identidade étnico-racial-cultural. Com o autorreconhecimento, enterra-se de vez a perspectiva paternalista da tutela, em que o reconhecimento dos grupos étnicos dependia exclusivamente do olhar dos Estados, dependendo de laudos antropológicos e da declaração oficial (critério político) dos Estados. Desse modo, a Convenção 169, como marco normativo internacional, ensejou a ruptura com a ideologia assimilacionista. Ideologia esta que não previa qualquer tipo de participação e consulta dos povos interessados e ratificava um entendimento etnocêntrico do "caráter" étnico (indígena ou tribal) dos grupos, como se fosse algo transitório com o fim de se integrar às sociedades nacionais, ou seja, ao Estado moderno, que não admitia a existência da diversidade étnica dentro de suas fronteiras. Por isso a relevância do dispositivo da Convenção 169 que prevê o critério da autoidentificação (autoatribuição ou autorreconhecimento), para além de um direito fundamental dos povos indígenas e tribais, se consolida como princípio que permeia toda a Convenção 169, sendo claro que dele se deriva a noção de pertencimento ao grupo étnico e as fronteiras socio-culturais que são definidas pelo próprio grupo (SILVA, 2017, p. 137).

No que se refere ao princípio da autodeterminação, Silva (2017) afirma que durante os debates para edição da Convenção 169 houveram muitas discussões sobre a utilização do termo, apesar de que, na época, ele já havia sido anteriormente instituído por três documentos internacionais adotados pela ONU, quais sejam: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em 1965, e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos adotados em 1966. Os especialistas reunidos durante a elaboração da Convenção entenderam por não inserir o termo na redação desse tratado internacional.

Mesmo assim, entendemos que a Convenção 169 garante sim a autodeterminação, uma vez que ela deve ser interpretada e entendida enquanto integrante de um arcabouço de documentos internacionais que visam a promoção desse direito à autodeterminação. É exatamente o que destaca Silva (2017):

Resgatando as lições dos debates nos trabalhos preparatórios da Convenção 169, verifica-se que, **ainda que os termos "autodeterminação" e "livre determinação" não apareçam expressamente no texto**, o seu conteúdo encontra-se preenchido, o que pode ser observado da leitura dos artigos 2º, 4º, 6º, 7º, 8º, 9º, 15, 16, 17, 27 e 32.

A interpretação dos direitos previstos na Convenção 169, deve ser feita à luz da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e Declaração Americana (2016). A Declaração (ONU, 2007) dispõe, em seu artigo 3º que "os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural". O artigo 4 dispõe que "os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como dispõem dos meios para financiar suas funções autônomas".

Assim, a liberdade de determinar-se enquanto povo, definindo os caminhos e o futuro de sua existência deve ser reconhecida e respeitada externamente (aqui utilizamos a terminologia livre determinação). Enquanto o termo autodeterminação reflete no exercício da autonomia interna, ou seja, no âmbito de cada povo, de cada comunidade, no âmbito da jurisdição indígena ou tradicional, conforme sua organização social própria, autogoverno e direito próprio (SILVA, 2017, p. 144, grifo nosso)

A Convenção 169 é constituída por 44 artigos, divididos em dez partes, as quais se subdividem em itens que tratam de diversas temáticas que representam as inúmeras demandas atinentes aos povos indígenas, tribais e comunidades tradicionais. Destarte, a primeira parte trata da política geral, a segunda parte diz respeito a terra e trata da importância e proteção dos territórios habitados por essas coletividades, já a terceira se destina a aspectos referentes a contratação e condições de emprego, a quarta parte da formação profissional, artesanato e indústrias rurais, a quinta da seguridade social e saúde, a sexta da educação e meios de comunicação, a sétima parte aborda as questões referentes aos contratos e cooperação além-fronteiras, a oitava da administração, a nona faz um apanhado das disposições gerais e a décima parte institui as disposições finais. Pelo que se observa, a convenção engloba um rol variado de pautas que correspondem a questões essenciais para esses grupos étnicos.

Inspirada nos princípios de livre determinação e autoatribuição a Convenção 169 da OIT garante aos povos indígenas e tribais direitos que são fundamentais a sua existência que se perpetua na existência com dignidade, “os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade” (artigo 2º, item 1). Para a concretização desse propósito a Convenção estabelece medidas a serem tomadas, definidas no item 2 do artigo 2º, *in verbis*:

2. Essa ação incluirá medidas para:

- a) garantir que os membros desses povos se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades previstos na legislação nacional para os demais cidadãos;
- b) promover a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando sua identidade social e cultural, seus costumes e tradições e suas instituições;
- c) ajudar os membros desses povos a eliminar quaisquer disparidades socioeconômicas entre membros indígenas e demais membros da comunidade nacional de uma maneira compatível com suas aspirações e estilos de vida. (OIT, 1989)

E vida digna para esses povos vai muito além da concepção convencional, pois para eles não basta viver enquanto indivíduo singularmente entendido detentor de direitos e deveres, lhes é essencial existir enquanto povo, membros de uma coletividade com a qual são intrinsicamente ligados. “O direito à integridade pessoal, na órbita dos direitos individuais está diretamente vinculado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Passando da

esfera individual para a concepção dos direitos coletivos, integridade está intrinsecamente ligada à dignidade enquanto povo” (SILVA, 2017, p. 145).

Outro direito garantido pela Convenção 169 que é essencial aos povos indígenas, tribais e comunidades tradicionais é o direito ao território que está intimamente relacionado ao direito a vida dessas coletividades, uma vez que eles mantêm uma verdadeira relação de pertencimento com os espaços que ocupam e com a natureza que os cerca. Dessa maneira, resguardar e proteger seus territórios significa afirmar sua existência e permitir que ela se prolongue ao longo do tempo. Coube a Parte 2 denominada “Terras” da Convenção 169 da OIT o papel de garantir a proteção e o respeito aos territórios secularmente ocupados por esses povos. Artigo 13, itens 1 e 2:

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a **importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios**, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, **os aspectos coletivos dessa relação**.

2. **A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios**, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma (OIT, 1989).

Quanto a esses direitos territoriais de que trata a Convenção segundo Silva (2017) cumpre enfatizar que:

O direito à posse e à propriedade coletiva ou comunitária, não possui o sentido estrito da propriedade privada (civilista). Portanto, não se trata de direitos individuais de propriedade numa sociedade capitalista, mas sim da concepção ampliada de posse tradicional e/ou propriedade coletiva/comunitária abarcada pela noção de territorialidade e pertencimento (SILVA, 2017, p. 151).

Além do direito a preservação de seus territórios, a Convenção 169 da OIT também lhes garante o direito de manterem seus saberes, práticas culturais (Parte VI- Educação e Meios de Comunicação- arts. 26 a 31) aqui destacamos a defesa de seu patrimônio linguístico:

Artigo 28

1. Sempre que for viável, dever-se-á ensinar às crianças dos povos interessados a ler e escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no grupo a que pertençam. Quando isso não for viável, as autoridades competentes deverão efetuar consultas com esses povos com vistas a se adotar medidas que permitam atingir esse objetivo.

2. Deverão ser adotadas medidas adequadas para assegurar que esses povos tenham a oportunidade de chegarem a dominar a língua nacional ou uma das línguas oficiais do país.

3. Deverão ser adotadas disposições para se preservar as línguas indígenas dos povos interessados e promover o desenvolvimento e prática das mesmas (OIT, 1989).

Ainda na parte inicial das disposições da Convenção, na Parte 1 designada política geral encontramos a tutela do direito de organização social própria e reconhecimento de suas instâncias consuetudinárias de resolução dos conflitos, com a ressalva de que só são admitidos

àqueles mecanismo estiverem em consonância com o regramento pátrio do países signatários da Convenção, bem como com sistema jurídico do Direito Público Internacional É o que preceitua o artigo 8º e 9º, *in verbis*:

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.
3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.
2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto (OIT, 1989).

Em que pese a importância de todos esses direitos mencionados, cumpre salientar que o mais revolucionário de todos é o direito à consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas, tribais e comunidades tradicionais de que trata o artigo 6º itens 1 e 2 da Convenção 169 da OIT, pois esse mecanismo busca viabilizar a atuação ativa dessas coletividades em todos os assuntos, tomadas de decisões e modificações que se intente empreender e que seja suscetível a afetá-los. Contudo, não trataremos do direito à consulta prévia agora pelo fato de ser esse o tema central sobre o qual se debruça o presente trabalho de monografia, de modo que ele será minuciosamente tratado no capítulo seguinte onde iremos nos aprofundar no conteúdo desse instrumento de participação, na forma como ele deve ser realizado para que os objetivos pretendidos sejam todos satisfeitos, bem como no debate a respeito da necessidade ou não de sua regulamentação pelo Estado brasileiro.

Por hora, prosseguiremos com o próximo tópico desse capítulo nos dedicando aos sujeitos aos quais se destina a Convenção 169 da OIT e no processo de adesão desse importante tratado de direito internacional pelo Brasil.

3.1 A trajetória da ratificação da convenção n. 169 da OIT pelo Brasil

O reconhecimento da plurinacionalidade da sociedade e o abandono da lógica paternalista e assimilacionista em relação aos povos indígenas e comunidades tradicionais

tiveram início, no Brasil, com a promulgação da Constituição cidadã em 1988, conforme já explicitamos no capítulo anterior. Não obstante, a internalização da Convenção 169 da OIT pelo país, de forma alguma, perde sua importância.

Isto porque, a adesão do Brasil a esse inovador documento internacional amplia as instâncias de recorribilidade das quais esses sujeitos- povos indígenas e comunidades tradicionais- podem se valer para reivindicar suas demandas e denunciar as violações (são muitas, infelizmente) que lhes são praticadas; atrelado a isso soma-se o compromisso firmado pelo Brasil no âmbito internacional que vincula o país as obrigações determinadas pelo Direito Internacional Público.

Uma vez que, esse documento da OIT foi concebido em forma de Convenção o que reverbera no caráter cogente de suas disposições e não apenas em recomendações sem força vinculativa. Conforme destaca SHIRAISHI NETO (2007, p. 36): “Enquanto as Declarações servem como “princípios jurídicos” que orientam instrumentos e ações, as Convenções, por serem Tratados, geram obrigações, vinculando os países na ordem internacional e impondo sanções em caso de descumprimento das normas acordadas”.

Além disso, a ratificação da Convenção 169 da OIT foi importante porque revogou as disposições assimilacionistas da Convenção 107 no âmbito nacional, vez que o Brasil era signatário desse tratado contrário aos avanços da Constituição de 1988.

Contudo, demorou muito para que a Convenção 169 entrasse em vigor no país. O procedimento para a entrada de um tratado como esse no ordenamento jurídico pátrio exige que ele seja apreciado pelo Poder Executivo e pelas duas casas do Poder Legislativo, Câmara dos Deputados e Senado Federal. Em resumo:

No Brasil, a aplicação dos Tratados está sujeita a uma série de procedimentos no âmbito do Poder Legislativo e Executivo. Após a negociação e assinatura que é de competência do Poder Executivo (inc. viii, art. 84 da cf), o Tratado é encaminhado ao Poder Legislativo para ratificação por meio de Decreto Legislativo (inc. i, art. 49 da cf). Na sequência desse processo há o ato de promulgação, que é realizado pelo Poder Executivo por meio de um Decreto. O Tratado passa a ter valor e produzir efeitos jurídicos somente após a sua promulgação (SHIRAISHI NETO, 2007, p. 36).

Após as discussões para revisão da Convenção 107 da OIT, na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em 1989, por 328 votos favoráveis contra 49 abstenções, incluindo a do Brasil, a Convenção 169 foi adotada no plano do Direito Internacional e começou a surtir efeitos em setembro de 1991. O Brasil seguindo os trâmites legais exigidos pela Constituição, apesar de ter tomado consciência do referido tratado ainda em 1991, levou onze anos para colocá-lo em vigor. Segundo aduz Keppi (2001):

Atendendo à exposição de motivos do Ministro das Relações Exteriores, o Poder Executivo, com base no art. 49, inciso I da Carta Magna, enviou, em 1991,

mensagem ao Congresso Nacional solicitando a aprovação da Convenção 169 da OIT. Na Câmara dos Deputados, foi aprovada por unanimidade, tanto na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, como na Comissão de Constituição e Justiça, sendo aprovada pelo plenário daquela Casa em 1993. Neste mesmo ano, seguiu para o Senado Federal (KEPPI, 2001, p. 7).

A razão da demora para ratificação dessa Convenção no Brasil deve-se aos inúmeros debates que ocorreram no âmbito do Senado Federal. Conforme aduz Keppi (2001) houveram acirradas discussões a respeito da viabilidade de adesão desse tratado pelo Brasil, de um lado alguns senadores afirmavam ser o documento internacional compatível com as leis brasileiras o que autorizava a aprovação integral de seu texto e, conseqüentemente sua recepção pelo ordenamento jurídico nacional sem quaisquer ressalvas. Entretanto, alguns parlamentares organizaram-se e questionavam a constitucionalidade de diversas disposições da Convenção que, conforme seus entendimentos, instituiriam garantias jurídicas aos indígenas e comunidades tradicionais incompatíveis com as previsões constitucionais.

Os ataques empreendidos pelos senadores a Convenção foram direcionados a cinco artigos em específico, quais sejam: artigos 14, 15, 16, 17 e 32. Com exceção do art. 32 que dispõe sobre o contato dos povos através das fronteiras, todos os demais artigos tratam de questões envolvendo o território, do direito que esses povos possuem de permanecerem e utilizarem os espaços que ocupam. Isso revela que, na verdade, as críticas empreendidas tem como motivação os interesses econômicos em relação as terras e aos recursos que dela provém, mas são vazias de argumentos jurídicos válidos.

A Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, em 1994, acatou o parecer do senador Jarbas Passarinho, favorável à ratificação, com restrições aos artigos 16, 17 e 32 da Convenção. O senador requereu ainda que fosse ouvida a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC - sobre o seu entendimento em relação ao artigo 14 e seus reflexos sobre os artigos 15 e 16, da Convenção 169 (KEPPI, 2001, p. 7-8)

Segundo a narrativa de Keppi (2011), o parecer apresentado pelo parlamentar apontou uma incompatibilidade do artigo 14 da Convenção 169, “Os direitos de propriedade e posse de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados deverão ser reconhecidos. (...)”, com a Constituição, porque segundo ele essa disposição dá aos indígenas a posse permanente das terras que tradicionalmente ocupam, em oposição ao que determina o art. 20, XI, CRFB/88 que estabelece que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens pertencentes à União. Porém, essa incompatibilidade é apenas aparente, pois, o referido artigo não determina o reconhecimento do direito de propriedade sobre as terras que os povos indígenas ocupam, mas somente o reconhecimento e a proteção do espaço físico ocupado pelos povos indígenas, dando aos Estados-parte o poder de eleger regramento jurídico nacional adequado.

O artigo 15 da Convenção 169, foi mais um apontado como incompatível em relação ao regramento constitucional, segundo o entendimento apresentado no parecer esse artigo leva a conclusão de que é de propriedade dos indígenas os recursos naturais do subsolo. Se essa tese estivesse correta, de fato o art. 15 seria contrário a Constituição de 1988 e não poderia ser admitido, porque o art. 20, IX, da CRFB/88 determina que pertencem à União os recursos naturais do subsolo brasileiro.

Contudo, esse entendimento é equivocado. Pois no segundo item do artigo 15 da Convenção 169 da OIT é reconhecida a hipótese de que os Estados sejam os detentores da propriedade dos recursos naturais, o que derruba a crítica em relação a essa disposição da Convenção.

Artigo 15

[...]

2. Em **situações nas quais o Estado retém a propriedade dos minerais ou dos recursos do subsolo ou direitos a outros recursos existentes nas terras**, os governos estabelecerão ou manterão procedimentos pelos quais consultarão estes povos para determinar se seus interesses seriam prejudicados, e em que medida, antes de executar ou autorizar qualquer programa de exploração desses recursos existentes em suas terras. Sempre que for possível, os povos participarão dos benefícios proporcionados por essas atividades e receberão indenização justa por qualquer dano que sofram em decorrência dessas atividades (OIT, 1991, grifo nosso).

Quanto ao artigo 32 da Convenção 169, o parecer dos senadores apontava também representar uma disposição contrária a Constituição, pois, segundo eles, esse artigo facultava aos povos indígenas a realização de atividades que exorbitassem as fronteiras extremamente danosas a soberania do Estado brasileiro. E mais uma vez, destacamos que a tese parlamentar não tem fundamento. Da leitura do artigo inferimos que ele destina aos governos, e não aos povos indígenas e comunidades tradicionais, a responsabilidade pela adoção das medidas cabíveis quando do contato e cooperação entre os povos no que extrapolar as fronteiras. *In verbis*:

Artigo 32

Os governos tomarão medidas adequadas, inclusive por meio de acordos internacionais, para facilitar contatos e cooperação além-fronteiras entre povos indígenas e tribais, inclusive atividades nas áreas econômica, social, cultural, espiritual e ambiental (OIT, 1991)

Logo, é impossível que a Convenção 169 fomente práticas separatistas, uma vez que ela estabelece que os Estados por meio de seus governos têm o poder para tomar essas medidas, fato que desmonta o argumento expresso pelo parecer.

As últimas incompatibilidades apontadas pelo parecer elaborados pelos senadores que se opunham a ratificação da Convenção 169 pelo Brasil, referem-se aos artigos 16 e 17 da Convenção. Segundo o entendimento dos parlamentares pelo fato de versarem sobre a realização da remoção dos povos indígenas das terras que ocupam e da hipótese de alienarem tais terras, respectivamente; esses artigos seriam inconstitucionais por representarem um retrocesso na proteção dos territórios ocupados pelos indígenas e comunidades tradicionais.

No entanto, essa tese também não é correta e foi devidamente rebatida pelos senadores favoráveis a ratificação da Convenção. Conforme destaca Keppi (2001):

A senadora Benedita da Silva não vê incompatibilidade entre o texto constitucional e o da Convenção, muito menos alguma ameaça à soberania dos Estados que a ratificarem. Em relação à remoção dos índios e à alienação de suas terras, art. 16 e 17, respectivamente, da Convenção, entende que esses direitos estão claramente assegurados pela Constituição e não serão afetados pela Convenção, uma vez que sempre deve prevalecer a lei mais favorável aos índios. Nesse caso, o texto constitucional deve prevalecer ao texto convencional. O senador Artur da Távola observa que as eventuais incompatibilidades entre o texto constitucional e o da Convenção, apontadas pelo senador Cabral, devem ser analisadas, à luz da própria Constituição Federal e da OIT e das “cláusulas de flexibilidade”, previstas nos artigos 34 e 35 da Convenção. Assim, segundo ele, ficarão superadas as antinomias aparentemente existentes entre os dois textos (KEPPI, 2001, p. 9).

Rebatidos os posicionamentos contrários e após longas discussões que fizeram com que o projeto de ratificação da Convenção ficasse “parado” no Senado Federal por tantos anos. Para resumir todo esse processo, nos valem das lições de Santos (2013):

O Projeto de Decreto Legislativo foi aprovado pela Câmara em 1993, mas ficou parado no Senado até 2000, quando a Comissão de Constituição e Justiça o aprovou com uma emenda que pedia a supressão dos termos “povos” e “território”, com a justificativa de que feriam a soberania nacional e a Constituição da República, que define as terras indígenas como propriedade da União com usufruto dos povos indígenas. A Convenção só viria a ser ratificada pelo Brasil em 2002 (através do Decreto Legislativo n. 143) e internalizada pelo Decreto 5.051, de 19/4/2004, publicado em 20/4/2004 (SANTOS, 2013, p. 41, grifo nosso)

Portanto, importa ressaltar que mesmo que o Brasil com a promulgação da Constituição de 1988 tenha adotado uma postura de Estado plurinacional, reconhecedor das variadas identidades que o integram, o modelo de Estado-nação pautado no ideal capitalista de desenvolvimento econômico ainda existe no país. Muitos setores da sociedade ainda se negam a reconhecer o multiculturalismo e isso se revela no posicionamento dos senadores que se apresentaram contrários a ratificação da Convenção 169 da OIT, que protelaram por tanto tempo a entrada em vigor desse tratado no Brasil utilizando argumentos tão desprovidos de validade e tão reveladores dos interesses econômicos que defendem sem qualquer preocupação com o “outro”, mas apenas com o intuito de acumulação de riquezas.

Desta feita, trataremos no próximo tópico de esclarecer quem são os sujeitos tutelados pela Convenção 169 no Brasil, isto é, a quais coletividades ela se destina no âmbito nacional.

3.2 Os destinatários da convenção 169 no Brasil

Antes de iniciar as considerações a respeito dos sujeitos aos quais se destina a Convenção 169 da OIT no Brasil, cumpre fazer um esclarecimento no que se refere a competência da Organização Internacional do Trabalho para editar um tratado internacional que tutela os direitos dos povos indígenas e tribais. Isto é, quais os fatores levaram uma Organização que tem como objetivo tratar de questões relacionadas ao trabalho e emprego ser a responsável pela emissão de documentos internacionais voltados a proteção desses grupos étnicos.

De acordo com Keppi (2001) a justificativa para a competência da Organização Internacional do Trabalho tratar do assunto é o seu pioneirismo na preocupação com as demandas dos povos indígenas e tribais.

Um dos primeiros organismos a levantar a preocupação em relação à proteção internacional dos direitos dos povos indígenas foi a Organização Internacional do Trabalho, propondo Convenções que obrigassem os Estados-partes a respeitarem os trabalhadores indígenas, como pessoas humanas. Apesar de algumas dessas convenções serem anteriores à Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, a partir do qual passou-se a discutir com mais veemência a questão dos direitos humanos, pouco se discutiu acerca dos direitos específicos dos povos indígenas, a nível internacional (KEPPI, 2001, p. 3)

Embora, a finalidade precípua da OIT seja o trabalho e as condições de sua execução no mundo ela foi a primeira instituição a lançar um olhar sobre as demandas dos povos indígenas e tribais. É o que afirma a própria Organização por meio da Resolução referentes as suas ações emitida no ano de 2011:

Desde a sua criação, em 1919, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem considerado, entre suas principais preocupações, a situação das chamadas “populações indígenas” que representavam parte da força de trabalho nos domínios coloniais.

Em 1921, a OIT deu início a uma série de estudos sobre as condições de trabalho dessas populações e, em 1926, instituiu uma Comissão de Peritos em Trabalho Indígena para dar continuidade aos trabalhos já iniciados e emitir recomendações com vistas à adoção de normas internacionais sobre a matéria.

Desses estudos resultaram diversas Convenções, entre as quais destaca-se a de nº 29, sobre Trabalho Forçado (1930) (OIT, 2011, p. 5).

Ou seja, o adiantamento da OIT em relação as demais organizações internacionais no tratamento dessas pautas lhe rendeu experiência suficiente para que ficasse convencido que é ela a instância responsável e competente para emitir normas, no âmbito do direito

internacional público, atinentes a esses grupos étnicos. Normas essas que não se referem somente a trabalho e emprego, mas que versam sobre todas as questões que os envolvam.

No entanto, apesar de os estudos da OIT sobre povos indígenas e tribais datarem de 1926, durante as reuniões para superação da Convenção 107 levantaram questionamentos sobre a competência da Organização para tratar desses assuntos. É o que destaca Silva (2017):

Nos trabalhos preparatórios de revisão da Convenção 107 (1986-1988), ao ser a Oficina questionada se teria a OIT competência para tratar acerca dos direitos indígenas e tribais, para além das questões de trabalho e emprego, a justificativa se encontrava na experiência anterior da OIT. A organização era a única dentro do (2017, p. 125).

Além disso, outros fatores que contribuí para legitimar a atuação da OIT nos assuntos dos povos indígenas e tribais é a sua estrutura, bem como pluralidade de sua composição. Segundo o Instituto Socioambiental- ISA (2009):

A OIT é a única agência do Sistema das Nações Unidas da qual participam diretamente atores não-governamentais, devido à sua formação tripartite. Dela fazem parte, em igualdade de condições, os Estados e as organizações de empregadores e trabalhadores de 178 países ao redor do mundo [...] [...] pela sua composição tripartite e longa experiência, **tem um ágil sistema de monitoramento e controle de suas Convenções e Recomendações, ferramentas na luta pela implementação dos direitos dos povos indígenas**, como tem sido demonstrado no Paraguai, Colômbia, Bolívia, Peru e Equador, onde a pressão exercida pelo órgão, ao lado dos movimentos nacionais, tem obtido conquistas na aplicação tanto dos dispositivos da Convenção quanto de normas nacionais de natureza constitucional. Anualmente, os países-membro da OIT tem obrigação de apresentar um relatório sobre a implementação de cada uma das convenções ratificadas (Instituto Socioambiental, 2009, grifo nosso).

Por conseguinte, entendemos que estão sanadas todas as dúvidas quanto a legitimidade da OIT para a emissão do regramento internacional atinente aos povos indígenas e comunidades tribais. A atuação dessa agência conta com o reconhecimento da ONU e das demais agências que a integram, está, pois, pacificado o entendimento de que a experiência no estudo e trato dessas coletividades adquirida pela OIT ao longo dos anos, atrelada a sua estrutura democrática que viabiliza a participação de sujeitos não-governamentais tornam essa agência a mais apta ao tratamento das pautas dos grupos étnicos e a expedição de um documento tão significativo, a Convenção 169 da OIT.

A Organização Internacional do Trabalho no uso de suas atribuições ao elaborar a Convenção n. 169 objetivou destiná-la a quem? Ou melhor, a quais sujeitos é possível aplicar as disposições desse tratado internacional? À primeira vista esses questionamentos afiguram-se de fácil resolução, uma vez que a própria nomenclatura do dispositivo já anuncia: “Convenção n. 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais”, no entanto, como saber quem são esses povos.

No Brasil, não é simples determinar quais são os sujeitos que podem ser designados como indígenas e tribais e por esse motivo merecedores do tratamento instituído pela Convenção 169. Segundo a Resolução da OIT emitida em 2011, a Convenção aplica-se a povos em países independentes que são considerados indígenas porque seus habitantes são descendentes de povos da mesma região geográfica que habitavam o país no período da conquista ou da colonização e pelo fato de manterem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Aplica-se, também, a povos tribais cujas condições sociais, culturais e econômicas os diferenciam de outras parcelas da população nacional.

Ocorre que essa explicação apesar de aclarar as ideias a respeito do tema, ainda não é capaz de solucionar definitivamente o problema. “Um primeiro olhar sobre a Convenção 169 causa algum desconforto, a começar pelos seus destinatários. É que, nesse campo, ela praticamente reproduz as expressões de que se valeu a sua antecessora, a Convenção 107 [...]” (DUPRAT, 2014, p. 59).

O que também dificulta o entendimento de quem são exatamente esses sujeitos é a multiplicidade de nomenclatura que se tem utilizado nos mais variados dispositivos jurídicos para se referir a essas coletividades, “os dispositivos jurídicos internacionais e nacionais vêm utilizando diferentes termos e expressões com significados praticamente os mesmos para designar as situações que dizem respeito aos grupos sociais portadores de identidade étnica e coletiva” (SHIRAISHI NETO, 2013, p. 42). A seguir encontra-se uma tabela que expressa a diversidade de termos utilizados pelos dispositivos jurídicos para designar os grupos sociais portadores de identidade étnica e coletiva:

Quadro 1: termos utilizados pelos dispositivos jurídicos para designar os grupos sociais portadores de identidade étnica e coletiva

Nº de Ordem	Termo ou expressão utilizados	Dispositivos Jurídicos	Artigos
1	Populações Indígenas	Convenção sobre Diversidade Biológica-CDB;	Preâmbulo; letra j, art. 8º
2	Populações locais	CDB; Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000 – SNUC;	Art. 10 inciso iii, art. 5º; inciso v, art. 5º; inciso ix, art. 5º
3	Populações extrativistas	SNUC	art. 18; § 1º, art. 18
			art. 4º; inciso x, art. 5º; § 2º,

4	Populações tradicionais	SNUC	art. 17; § 5º, art. 17; § 2º, art. 18; art. 20; § 1º, art. 20; § 3º, art. 20; § 4º, art. 20; art. 23; parágrafo único, art. 28; art. 29; art. 32; art. 42; §1.º, art. 42; § 2.º, art. 42
5	Comunidades Indígenas	Medida Provisória n.º 2.186- 16 de 23 de agosto de 2001	art. 4º; art. 8º; §1º, art. 8º
6	Comunidades locais	CDB; OIT, item 3 Medida Provisória n.º 2.186-16 de 2001	Preâmbulo; letra j, art. 8º art. 25 art. 4º; § 1º, art. 8º
7	Comunidades tradicionais	Decreto de 27 de dezembro de 2004; Decreto 13 de julho de 2006; Decreto n.º 6.040, de 7 de fevereiro de 2007	
8	Povos indígenas	Convenção n.º 169 da OIT Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais; Decreto n.º 6.040, de 2007	Preâmbulo; art.1º; item 1, art. 3º; art. 32 Preâmbulo; item 3, art.2º; letra a, item 1, art. 7º Inciso II, art. 3º
9	Povos tribais	Convenção n. 169 da OIT	Preâmbulo; letra a, item 1, art. 1º; item 1, art. 3º; art. 32; art. 36
10	Povos autóctones	Declaração Universal sobre Diversidade Cultural;	art. 4º

11	Minorias	Declaração Universal sobre Diversidade Cultural; Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais	art.4º Preâmbulo; item 3, art. 2º, letra a, item 1, art. 7º
----	----------	---	---

Fonte: SHIRAISHI NETO, 2007, p. 42- 44. Adaptado pela autora.

A partir da leitura do artigo 1º, item 2 “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção”, da Convenção 169, inferimos foram estabelecidos três critérios fundamentais para determinar os grupos aos quais ela se aplica: 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 auto-identificação, entendida como a consciência que tem o grupo social de sua identidade tribal. Este último critério é fundamental na identificação e reconhecimento dos grupos tribais que fazem parte de um país (Instituto Socioambiental- ISA, 2009).

Para a Convenção, o critério de distinção dos sujeitos é o da consciência, ou seja, da auto-definição. Em outras palavras, é o que o sujeito diz de si mesmo, em relação ao grupo ao qual pertence. A maneira como se auto-representam reflete a representação sobre eles por aqueles com que interagem com eles. Nesse sentido, tem provocado e promovido de forma deliberada uma verdadeira ruptura no mundo jurídico, que sempre esteve vinculado aos intérpretes autorizados da Lei (SHIRAISHI NETO, 2007, p. 45).

Segundo Silva (2017) “no Brasil os sujeitos da Convenção 169 são identificados como povos e comunidades tradicionais”, no entanto, como já demonstrados os termos utilizados pela Convenção 169 são “povos indígenas” e “povos tribais”, mas não se refere a nomenclatura comunidades tradicionais. Diante disso, além dos índios dos quais temos a compreensão de quem são, não é possível saber de pronto quem são esses “povos tribais”. Shiraishi Neto (2007) ensina:

No Brasil, não há “povos tribais” no sentido estrito em que há em outros países, mas existem grupos sociais distintos que vivem na sociedade e essa distintividade é que aproxima da noção de “povos tribais”. O significado de “tribal” aqui deve ser considerado “lato sensu”, envolvendo todos os grupos sociais de forma indistinta: seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco, ribeirinhos, faxinalenses, comunidades de fundos de pasto dentre outros grupos (SHIRAISHI NETO, 2007, p. 45, grifo nosso)

Esse entendimento sobre os destinatários da Convenção 169 no Brasil que permite inserir todas essas comunidades tradicionais sob a tutela das disposições desse tratado

internacional é fomentado pelo Decreto n. 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT). Isso porque em consonância com o critério da autoatribuição, o Decreto n. 6.040 define povos e comunidades tradicionais em seu art. 3º, I, *in verbis*:

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.

O Decreto 8.750 promulgado em 09 de maio de 2016 é outro regramento legal pátrio fundamental para o reconhecimento e fortalecimento da identidade das diversas comunidades tradicionais existentes no Brasil e para sua inclusão nos rol aberto dos destinatários da Convenção 169 da OIT, uma vez que o referido diploma legal institui Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT) que reconhece essas comunidades como suas componentes:

Os grupos que atualmente compõem o Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT) são: os povos indígenas, as comunidades quilombolas, povos e comunidades de terreiro/ povos e comunidades de matriz africana, povos ciganos, pescadores artesanais, extrativistas, extrativistas costeiros e marinhos, caiçaras, faxinalenses, benzedeiros, ilhéus, raizeiros, geraizeiros, caatingueiros, vazanteiros, veredeiros, apanhadores de flores sempre vivas, pantaneiros, morroquianos, povo pomerano, catadores de mangaba, quebradeiras de coco babaçu, retireiros do Araguaia, comunidades de fundos e fecho de pasto, ribeirinhos, cipozeiros, andirobeiros, caboclos (SILVA, 2017, p. 132).

Esse dispositivo tem uma importância enorme, pois ao descrever todos esses povos como sendo povos e comunidades tradicionais ele reforça a impossibilidade de excluir quaisquer grupos das garantias da Convenção 169. Isso porque, determinações como essa reforçam a obrigação do Estado em respeitar esses povos para que não lhes sejam negados direitos como ocorria, até bem pouco tempo, em relação as comunidades quilombolas o tratamento fornecido pela Convenção, felizmente isso já foi corrigido no âmbito de uma decisão judicial. Conforme destacam (Pontes Jr. e Oliveira, 2013, p. 102- 103):

[...] o Estado brasileiro não admitia a aplicação da norma internacional às comunidades quilombolas. Tanto é que o Governo Federal não incluía a situação das comunidades quilombolas nos relatórios enviados à OIT para o acompanhamento do cumprimento da Convenção n. 169 nos países signatários. Coube ao Poder Judiciário reconhecer a aplicabilidade da Convenção n. 169 às comunidades quilombolas. A primeira decisão judicial nesse sentido foi proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 2006.37.00.005222-7, que determinou ao Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara, Maranhão, que se abstinhasse de impedir as

comunidades quilombolas de Trajano, Peptal, Marudá e Peru de manterem roças em seus territórios tradicionais. A sentença foi fundamentada no artigo 14 da Convenção n. 1696 (PONTES JR. e OLIVEIRA, 2013, p. 102-103).

Com base em todo exposto, percebemos que a Convenção 169 da OIT não estabelece um rol taxativo de destinatários, pelo contrário ela entrega aos próprios grupos o poder de se autodefinirem enquanto sujeitos integrantes de grupos étnicos merecedores do tratamento oferecido pelo tratado. “A Convenção não define a priori quem são esses “povos indígenas e tribais”, apenas oferece instrumentos para que o próprio sujeito se auto-defina, como o da “consciência de sua identidade” (SHIRAISHI NETO, 2007). O autor destaca que esse é um critério correto da Convenção, porque se determinasse os destinatários acabaria por deixar diversos povos e comunidades sem a devida tutela.

Esse posicionamento adotado pela Convenção encontra reforço no cenário nacional nos Decretos que mencionamos anteriormente, e, o mais importante, está inserido nas disposições do texto constitucional que assegura o direito a preservação das mais variadas identidades e formas de vida.

[...] a Constituição Federal de 1988 dá um tratamento especial a essas situações que envolvem os povos e as comunidades tradicionais, na medida que reafirma em diversas passagens os critérios de identidade. A noção de identidade pode ser extraída de uma leitura criteriosa do art. 3, pois o mesmo afirma que a resolução dos problemas regionais (inc. iii do art.) passa pela construção de uma “sociedade livre”, “justa” e “solidária” (inc. i do art.), sem qualquer tipo de discriminação (inc. iv) (SHIRAISHI NETO, 2007, p. 46-47).

Portanto, a Convenção 169 da OIT ao consagrar o princípio da autodeterminação promove o “desprezo das classificações totalizantes, porque são, como denunciado pelos estudos culturais, categorias discursivas em torno das quais se organizou um sistema de poder e de exclusão” (HALL, 2013, p. 77 apud DUPRAT, 2014, p. 60).

Definidos os destinatários da Convenção 169 da OIT, melhor dizendo, entendidos os critérios determinados pela Convenção que definem quais sujeitos podem se incluir entre os amparados por esse tratado no Brasil, trataremos no próximo capítulo do procedimento da consulta livre, prévia e informada. O problema central ao qual a presente monografia se destina a responder diz respeito a esse mecanismo de garantia de participação aos povos e comunidades tradicionais instituído pela Convenção 169.

Isto é, nos dedicaremos a responder se esse importante e inovador procedimento de participação, a consulta prévia, livre e informada, é autoaplicável no ordenamento jurídico nacional, ou, se carece de regulamentação. Para tanto, teceremos breves comentários a

respeito da natureza desse direito, da forma exigida pela Convenção para sua realização, da instância responsável pela sua aplicação e, finalmente, das consequências de sua regulamentação. Na busca de esclarecer se a regulamentação desse direito é necessária para promover sua efetividade ou se ela tem o condão de desvirtuar essa garantia dos povos e comunidades tradicionais do Brasil.

4 O DIREITO A CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

A consulta prévia é para além de um direito dos povos e comunidades tradicionais, um princípio que deve nortear o relacionamento político destes sujeitos com os Estados nacionais. Esse é o fato que justifica sua inclusão em reiteradas ocasiões no decorrer do texto da Convenção 169 da OIT, é, portanto, o princípio geral e transversal que deve orientar a atuação do Estado todas as vezes que ela afetar de algum modo os povos interessados.

A nova orientação participativa trazida pela Convenção 169, com o reconhecimento do direito à participação indígena, consulta e consentimento livre, prévio e informado nas decisões que lhes afetem se apresenta como uma forma de superar o paternalismo e a visão assimilacionista e etnocentrista do Estado (SILVA, 2017, p. 168)

É no artigo 6º da Convenção que encontramos a definição desse direito de participação:

Artigo 6º- 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

- b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

- c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir consentimento acerca das medidas propostas.

Podemos considerar que esse dispositivo consiste na cláusula geral da consulta, que delinea de maneira concisa e precisa seus caracteres principais, quais sejam: 1- os acontecimentos nos quais a consulta deve ser desempenhada (medidas administrativas e legislativas que afetam diretamente os povos indígenas e tribais); 2- o momento para sua realização (antes da adoção de qualquer decisão); 3- os intermediários legítimos para a execução da consulta (as instituições representativas dos povos interessados); 4- a forma do processo de consulta (através de procedimentos adequados às circunstâncias e de boa-fé); e 5- o escopo principal e final da consulta (alcançar um acordo).

A obrigatoriedade de realização da consulta prévia não está incutida somente no artigo 6º que corresponde a cláusula geral, a obrigação da realização de consulta também está determinada na Convenção no hipótese de ocorrência de certos eventos específicos, numa

tentativa do tratado internacional de prever situações, destrinchando e meio que exemplificando o princípio geral. É o que observamos na redação do art. 15, itens 1 e 2 que exigem de maneira explícita a realização de consulta nas ocasiões em que se desejem explorar recursos naturais dos povos interessados, ainda os Estados sejam os detentores da propriedade desses recursos.

Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Destarte, é enorme a importância desse instrumento de participação, porque “essa consulta tem por pressuposto, portanto, o domínio desses povos sobre a sua existência, e a expectativa de que, eventualmente, ações externas sobre ela se projetem” (DUPRAT, 2014, p. 64).

Contudo, cumpre destacar que uma emenda aprovada ainda na fase de elaboração do texto da Convenção enfraqueceu muito esse direito, permitindo que algumas situações não sejam passíveis de realização de consulta.

Registra-se que a **inclusão do termo "diretamente" na redação do artigo 6º-1-"a" da Convenção 169**, foi uma alteração proposta pelos membros empregadores e que foi aprovada. Representantes da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) do Brasil, observaram que "o termo "diretamente" era demasiado restritivo, já que muitas medidas que lhes afetem indiretamente, sem embargo, lhes afetam gravemente".

Quase três décadas da entrada em vigor internacional da Convenção, verifica-se que **esse termo acabou sendo, como bem apontava a CONTAG, para muitos casos, uma "brecha da lei" utilizada como argumento para legitimar empreendimentos que não são instalados diretamente sobre o território de povos indígenas, mas os afetam gravemente, afetando a integridade física e cultural dos povos.**

O exemplo emblemático é o caso do megaprojeto complexo hidrelétrico de Belo Monte em que se argumentou que não era caso de remoção ou deslocamento forçado dos povos indígenas, já que não afetaria "diretamente" as terras indígenas em sua região demarcada. Contudo a barragem gerou a mudança do curso da água na Volta Grande do rio

Xingu, gerando a escassez de recursos pesqueiros, afetando todo o sistema de subsistência dos povos indígenas e comunidades ribeirinhas que dependiam do rio para viver (SILVA, 2017, p. 172, grifo nosso)

Existe um amplo debate no que se refere as medidas ensejadoras da realização da consulta prévia, isto é, quais as espécies de medidas legislativas e administrativas que obrigam os Estados a implementarem esse procedimento. Na tentativa de esclarecer as questões a esse respeito propomos a análise do quadro de classificação das matérias objeto de consulta prévia em quatro categorias combinadas, elaborado pelo Instituto Socioambiental-ISA:

Quadro 2: Classificação das matérias objeto de consulta prévia em quatro categorias combinadas

Tipo de Decisão	Caráter Geral	Caráter Particular
Legislativa sobre a Consulta Prévia de Medidas Legislativas	Emenda Constitucional, Lei federal, estadual ou municipal que afeta diretamente os povos indígenas e tribais por sua destinação específica ou conteúdo relativo aos direitos diferenciados dos povos interessados	Decisões que têm como destinatários grupos específicos no interior dos povos interessados, como as autorizações outorgadas pelo Congresso Nacional para a exploração de potencial hidrelétrico ou recursos minerais em terras indígenas.
Administrativa sobre Consulta Prévia de Medidas Administrativas	Regulamentação de leis, definição, adoção e implementação de políticas públicas setoriais destinadas aos povos indígenas e ou tribais.	Decisões sobre casos concretos que afetem territórios específicos, como a licença ambiental de atividades ou obras potencialmente poluidoras.

Fonte: Instituto Socioambiental- ISA, 2009⁴. Adaptado pela autora.

Para além da atenção quando da tomada de quaisquer das espécies de medidas legislativas e/ou administrativas supracitadas que sejam aptas a afetar povos indígenas e comunidades tradicionais para que não se deixe de realizar a consulta prévia, livre e informada quando a situação assim exigir. No entanto, cumpre destacar que deve-se tomar cuidado para que os procedimentos empreendidos não desvirtuem esse instrumento de participação.

⁴ Disponível em: <https://site-antigo.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=o-que-e>. Acesso em 20 de novembro de 2017

Segundo o Instituto Socioambiental (2009) existem algumas práticas que podem ser confundidas com a consulta prévia, mas que de maneira alguma a substituem. A simples divulgação de informações, por exemplo, conforme já advertiu a OIT não pode substituir a realização da consulta. É evidente que “a informação pertinente, clara, oportuna e imparcial deve subsidiar a adoção de qualquer decisão produzida no processo de consulta, mas isso por si só não é o suficiente para caracterizá-lo”.

A consulta prévia também não pode ser substituída pela realização de um evento. Sua aplicação requer, obrigatoriamente, a ocorrência de um processo acordado entre todas as partes afetadas, que poderá ser constituído por diversos eventos, que podem ser: reuniões, oficinas, seminários, assembleias etc., nos quais as partes tenham a possibilidade de manifestação, e sempre realizada durante o tempo que for necessário para o alcance do acordo e fomentada por recursos próprios destinados a sua execução.

O estudo produzido pelo Instituto Socioambiental também adverte que a consulta prévia é espécie dentro do gênero participação, porém ela possui características peculiares que a classificam de maneira particular. Com isso, a existência de ambientes permanentes de participação para representantes dos povos indígenas e tribais em colegiados, como conselhos e comitês de representação cidadã, não satisfazem o cumprimento da obrigação de consulta prévia sobre quaisquer que sejam as decisões tomadas no âmbito desses colegiados.

[...] o fato de haver um representante indígena ou quilombola no Conselho Nacional de Política de Educação não quer dizer que cada decisão do Conselho que afete diretamente povos indígenas e/ou tribais não precise ser consultada com as instituições representativas destes povos mediante procedimentos adequados (Instituto Socioambiental- ISA, 2009)

O direito de consulta garantido pela Convenção 169 também não se confunde com os mecanismos de participação instituídos pelo Estado, como as audiências públicas, por exemplo. Conforme aduzem Pontes Jr. e Oliveira, 2013:

[...] a consulta prévia é uma modalidade *sui generis* de participação, diferenciando-se dos instrumentos tradicionais, como audiências públicas, em razão de seu fundamento, o direito à autodeterminação, enquanto as audiências públicas resguardam o direito à informação e à participação. Daí o caráter eminentemente deliberativo, não somente informativo e participativo, da consulta prévia (PONTES JR. e OLIVEIRA, 2013, p. 100-101).

No mesmo sentido Silva (2017) adverte:

Consulta prévia não se confunde com consulta pública e não pode ser substituída por reuniões informativas ou audiências públicas, que também é direcionada de forma

geral à população interessada (seja a nível local ou nacional) e não representa consulta a povos indígenas e tradicionais, detentores de direitos específicos, como os direitos territoriais, direitos culturais e direito à organização social própria (SILVA, 2017, p. 199).

Outra prática que descaracteriza o procedimento da consulta prévia é a sua delegação a particulares. O Instituto Socioambiental (2009) informa que com frequência a OIT tem emitido pareceres para designar e desestimular a realização de processos de consulta prévia por particulares e não pelo Estado, porque quando isso ocorre o que era pra ser consulta transforma-se em negociação de bens privados e não uma debate sobre os interesses dos povos e comunidades tradicionais.

Por conseguinte, o único interlocutor legitimado pela Convenção 169 para tratar com os povos interessados num processo de consulta prévia, é o Estado, na figura de seu poder executivo ou legislativo, a depender da medida que estejam tratando. A única forma de participação facultada a entes particulares nos processos de consulta é na qualidade de terceiros interessados, porém jamais poderão figurar como interlocutores diretos dos povos indígenas e tribais, uma vez que os processos de consulta se destinam a consecução de princípios e valores públicos acerca dos quais apenas o Estado pode tratar.

Assim sendo, é fundamental que o Estado esteja sempre atento aos processos de consulta prévia no intuito de impedir a desvirtuação desse direito. Os governos devem ser atuantes no sentido de não permitir que outras práticas sejam realizadas em substituição a consulta prévia, livre e informada tal como determina a Convenção 169 da OIT.

Nesse contexto, o próximo tópico tratará das fases de realização da consulta e dos critérios indispensáveis quando de sua execução.

4.1 Os critérios do processo de consulta prévia

A Convenção 169 determina uma série de preceitos para realização do processo de consulta prévia, livre e informada, os quais devem ser observados todas as vezes que esse instrumento de participação for realizado, sob pena de descaracterização desse direito.

4.1.1 A pré-consulta: planejamento do processo de consulta

Todo processo de consulta prévia requer a elaboração de um acordo anterior definidor das regras que irão orientar a tomada das decisões e definir a execução do procedimento, a

definição de um plano anterior a consulta propriamente dita reforça o compromisso das partes com o objeto dos debates e fomenta a confiança entre os atores do processo o que facilita o alcance de um acordo mais justo e equânime.

A consulta é prévia exatamente porque é de boa-fé e tendente a chegar a um acordo. Isso significa que, antes de iniciado o processo decisório, as partes se colocam em um diálogo que permita, por meio de revisão de suas posições iniciais, se chegar à melhor decisão. Desse modo, a consulta traz em si, ontologicamente, a possibilidade de revisão do projeto inicial ou mesmo de sua não realização. Aquilo que se apresenta como já decidido não enseja, logicamente, consulta, pela sua impossibilidade de gerar qualquer reflexo na decisão (DUPRAT, 2014, p. 64)

O Instituto Socioambiental (2009) defende que o plano de consulta viabiliza a adequação de cada caso às circunstâncias e peculiaridades dos diversos povos que estejam sendo consultados e das variadas medidas alvos consulta. Isso porque, é impraticável estabelecer um padrão único de consulta prévia, capaz de respeitar e reconhecer a especificidade de cada povo e de cada processo para desenvolvê-lo adequadamente. Assim sendo, o estabelecimento de um plano de consulta anteriormente ao início de qualquer que seja o processo é uma ferramenta que auxilia a garantia e o respeito aos usos, tradições dos povos envolvidos. Nas palavras de Silva (2017, p. 200): “[...] a primeira etapa de um processo consultivo deve ser a etapa informativa e de "pré-consulta", onde se conformarão os esforços conjuntos do Estado com as comunidades para estabelecer o plano de consulta prévia”.

O ideal é que a instituição do Estado especializada para cada tipo de população (como a FUNAI, no caso dos povos indígenas) seja a encarregada de liderar este primeiro momento de pré-consulta, colaborando com a identificação das instituições representativas dos povos e as entidades públicas competentes para a decisão objeto de consulta. O órgão indigenista ou correspondente deve orientar tanto o Estado quanto os povos envolvidos na discussão do plano de consulta, sem ser necessariamente o interlocutor direto por parte do Estado, sendo seu papel o de simples facilitador do diálogo. Isso não quer dizer que o órgão especializado, quando for a entidade competente para adotar a decisão objeto de consulta, não possa ser o interlocutor direto, mas isso deve estar restringido unicamente a esse tipo de caso (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL- ISA, 2009).

4.1.2 A definição da representatividade

O estabelecimento dos representantes estatais competentes para a condução da consulta, bem como dos sujeitos legítimos para representar os interesses dos povos é um dos critérios essenciais para a efetivação de um verdadeiro processo de consulta prévia.

Um elemento fundamental a levar em consideração sobre este ponto é que a consulta sempre deve ser desenvolvida com instituições representativas dos povos e nunca com indivíduos com representatividade e legítimo mandato para atuar em cada caso. A exigência de definir instituições representativas dos povos não pode significar a construção de representatividades artificiais e alheias aos povos, como associações ou qualquer tipo de personalidade jurídica com o fim de participar do processo em uma categoria institucional. Nada seria mais afastado do objetivo desta disposição.

A ideia de exigir que sejam instituições representativas dos povos as que participem da consulta pretende precisamente reconhecer aquelas instituições de representação política própria de cada povo, sendo esta um cacique, um capitão, um conjunto de velhos e até mesmo associações e outras organizações constituídas como pessoas jurídicas já existentes no decorrer da articulação política de cada povo. O importante é que as pessoas que simbolizem a instituição política representativa em cada caso tenham poder suficiente para falar e decidir pelos povos, segundo seus usos e tradições (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL- ISA, 2009)

Desta feita, é imprescindível que os povos sejam representados por um dos seus, escolhido por eles em conjunto e jamais imposto. Tal representante só tem competência para atuar no caso para o qual os demais sujeitos o designaram e a cada novo processo de consulta é necessário que essa escolha seja feita novamente.

Em se tratando de “*decisões de caráter geral, tanto administrativas quanto legislativas*” (Instituto Socioambiental- ISA, 2009), há a necessidade da participação das organizações nacionais dos povos sejam chamadas para que promovam a convocação e forneçam as orientações, de modo a facilitar a realização da consulta nacional, através de seus mecanismos de articulação regionais e locais.

Contudo, cumpre destacar que a consulta de medidas nacionais não pode ser empreendida somente com a participação dos dirigentes das organizações nacionais. Isso porque, cada consulta tem um teor tão particular que inviabiliza a existência de um dirigente nacional legitimado para cada pauta. Para essas situações, o correto a ser feito Neste tipo de caso, o mais adequado é estabelecer um plano de consulta conjunto que viabilize a atuação dos representantes das organizações nacionais, bem como dos representantes escolhidos pelos povos dentre os seus.

4.1.3 A transmissão de informação acessível, pública e imparcial

A veiculação das informações precisas sobre as medidas legislativas ou administrativas objeto da consulta devem ser apresentadas na segunda etapa do processo de consulta prévia. Para que se prestem a finalidade as quais se propõem as informações devem ser fidedignas, porque são elas que irão orientar o povo consultado a tomar sua decisão

favorável ou não ao firmamento do acordo. Dessa forma, constitui uma ilegalidade que atenta não só contra a Convenção 160, mais também contra todo o ordenamento jurídico do Estado a veiculação de informações falsas que objetivem ludibriar o povo para que aceitem sem restrições as medidas administrativas ou legislativas que estejam buscando implementar.

Nas consultas sobre *medidas de caráter geral*, a informação deve ser amplamente difundida e discutida com a maior quantidade de entidades representativas dos povos, se necessário traduzida em várias línguas. Para este tipo de medida, a consulta prévia deve estar preferivelmente acompanhada de uma eficiente *campanha de comunicação nacional*, que pode estar composta por diferentes estratégias presenciais ou midiáticas que permitam intercambiar informação. Este é um elemento fundamental do sucesso da consulta deste tipo de medidas e implica recursos como tempo e orçamento próprios e de dimensões pouco desprezíveis, que devem ser levadas em consideração na definição dos planos de consulta.

Nas consultas sobre *decisões de caráter particular*, a informação está na maioria das vezes a serviço da avaliação de impactos sobre os quais geralmente nunca se tem absoluta certeza, por isso é muito importante um trabalho concomitante com a divulgação de informação, que é preparação para sua compreensão, ou seja, a construção de critérios para ler, compreender e instrumentalizar. Nessa medida, para os casos de decisões concretas em que são grupos particulares os diretamente afetados, é fundamental que exista um trabalho de construção de critérios independente dos empreendedores, sejam estes estatais ou particulares (INSTITUTO SOCIAMBIENTAL, 2009).

Após divulgação das informações preliminares é necessário a realização dos estudos de impacto ambiental “contendo os impactos positivos e negativos, imediatos e futuros, pensando na sobrevivência da comunidade e os direitos das gerações futuras ao território integral” (SILVA, 2017, p. 201). É isso que vai viabilizar que a consulta seja de boa-fé.

4.1.4 A condução estatal do processo e a utilização de recursos públicos

O processo de consulta deve ser conduzido pelo Estado (art. 6º da Convenção 169 da OIT). “Os Estados deverão definir a entidade administrativa ou órgão competente, com estrutura, pessoal disponível e capacitado na matéria, com atribuições específicas para implementar e conduzir processos de consulta prévia” (SILVA, 2017, p. 202). Isso para que seja assegurada a imparcialidade da consulta e ela não seja espaço para concretização de interesses particulares que violem os direitos dos povos e comunidades tradicionais. A fiscalização dessa e de outras exigências cabe ao Ministério Público ao qual a Constituição entregou essa competência, “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo” (art. 232 da CRFB/88).

Quanto aos recursos utilizados no processo de consulta, em regra, devem ser públicos (art. 6º, item c da Convenção 169 da OIT). Contudo “[...]principalmente nos casos em que as consultas interessam a particulares, estes devem colaborar com os recursos para sua realização, devendo o Estado, no entanto, administrá-los[...]” (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL- ISA, 2009). Tais exigências devem ser cumpridas à risca, porque como informa Silva (20017):

É recorrente o fato de que empresas tentem atropelar o dever do Estado e diretamente tentem negociar ou cooptar lideranças. São inúmeros casos denunciados por povos e comunidades, requerendo a anulação de atas de consulta prévia ou termos de anuência assinados individualmente, sem que representem a legitimidade de um processo consultivo verdadeiro e de boa-fé (SILVA, 2017, p. 202).

Por conseguinte, esses são os critérios essenciais que devem ser estritamente observados no decorrer de todo o processo de consulta que deve se desmembrar em seis etapas. Na sequência, apresentamos um quadro, que resume muito bem cada uma dessas etapas:

Quadro 3: As etapas do processo de consulta de consentimento livre, prévio e informado.

1) Etapa de pré-consulta ou plano de consulta	Etapa em que se define as regras do processo de consulta; Caso o povo ou comunidade já tenha um Protocolo de Consulta Prévia elaborado, importante ficar estabelecido o compromisso através de um acordo para que seja respeitado; Caso o povo ou comunidade não tenha conhecimentos de seus direitos garantidos na Convenção 169, a etapa da pré-consulta é também um momento de se estabelecer a necessidade de uma etapa extra para a capacitação e formação das lideranças e representantes das comunidades sobre os direitos que estarão em jogo e sobre o próprio direito à consulta e consentimento livre, prévio e informado; Na pré-consulta é apresentada para a(s) comunidade(s) a intenção de se iniciar o processo consultivo, estabelecido o calendário, metodologia e logística, respeitando os modos de organização e jurisdição própria das comunidades, suas tradições e tempos necessários, levando em conta as dificuldades de comunicação e distâncias entre as comunidades; deverá ser decidido pelas comunidades os locais onde se realizarão as etapas do processo de consulta prévia; ficar estabelecido o respeito à diversidade e autonomia linguística das comunidades, com a realização do processo bilíngue ou plurilíngue, com tradutores quando necessário.
2) Etapa informativa de abertura	Fase informativa de apresentação do projeto, medida legislativa ou administrativa, sua natureza e atores envolvidos; socialização entre as comunidades.
3) Realização do Estudo de Impacto Socioambiental	Proposta e realização do EIA com enfoque socioambiental e diálogo intercultural, com identificação dos impactos, riscos, danos, afetações e possíveis benefícios a serem repartidos de forma justa e equitativa.
4) Etapa de internalização e socialização	O Estado deverá viabilizar a logística e custeio das reuniões internas e encontros das comunidades afetadas, sem intervir nas mesmas, a quantidade de encontros, reuniões ou assembleias e os calendários para que ocorram deverá ser decidido pelas próprias comunidades conforme distâncias, se respeitando o calendário cultural-tradicional e calendário da natureza, para

	não prejudicar as atividades tradicionais e de subsistência das comunidades.
5) Etapa deliberativa/ Protocolização	Acordo, em caso de consentimento; ou Veto.
6) Etapa de seguimento	Caso a medida tenha sido aceita, deverá haver o acompanhamento se as condicionantes ou medidas de prevenção e mitigação de danos serão cumpridas, assim como cumprimento de acordos, implementação de medidas de reparações e repartição de benefícios, quando for o caso; acompanhamento da implementação e execução da medida ou projeto, devendo haver suspensão do mesmo, em caso de descumprimento dos termos acordados.

Fonte: SILVA, 2017, p. 204.

4.2 A efetivação do direito à consulta livre, prévia e informada

A Convenção 169 da OIT está em vigor no Brasil desde o ano de 2004 quando foi promulgada no ordenamento jurídico pátrio por força do Decreto presidencial nº 5. 051. Contudo, mesmo após quatorze anos de vigência desse tratado internacional, o direito a consulta prévia, livre e informada que é o mais importante mecanismo de participação dos povos indígenas e tribais não é efetivado no país, ou, quando é realizado não segue todas as exigências determinadas pela OIT. Para confirmar essa afirmações basta acompanhar o noticiário nacional que a todo tempo divulga casos de desrespeito ao direito de consulta e de mobilização dos povos e comunidades tradicionais pela defesa de suas vidas e de seus territórios.

Em 10 de novembro de 2017, o Ministério Público determinou a paralisação do processo da estrada de ferro EF-170, a “Ferrogrão”, que corta as bacias dos rios Xingu e Tapajós por falta de consulta aos 19 povos indígenas que serão impactados pelas obras⁵.

Em São Gabriel da Cachoeira (AM), os índios da região se mobilizaram, em 30 de novembro, no ginásio municipal da cidade para manifestarem sua indignação contra convocação abrupta de uma audiência pública para instalação do campus da Universidade Federal do Amazonas (Ufam)⁶.

Já no Pará, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) anulou, no dia 6 de dezembro de 2017, a Licença de Instalação (LI) da mineradora canadense Belo Sun, em razão da não realização da consulta prévia. Em decisão unânime, os três desembargadores da 6ª

⁵ MPF manda parar processo de concessão da Ferrogrão por falta de consulta a povos indígenas. Disponível em: < <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/mpf-manda-parar-processo-de-concessao-da-ferrograo-por-falta-de-consulta-a-povos-indigenas>>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

⁶ População indígena protesta contra mineração em São Gabriel da Cachoeira (AM). Disponível em: < <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/populacao-indigena-protesta-contra-mineracao-em-sao-gabriel-da-cachoeira-am>>. Acesso em 03 de dezembro de 2017.

Turma mantiveram a suspensão da Licença de Instalação da mineradora Belo Sun até o cumprimento da legislação indigenista conforme os procedimentos estabelecidos no protocolo elaborado e publicado no mês de agosto desse ano pelos índios Juruna, que serão diretamente impactados pelo empreendimento. A decisão do TRF-1 obriga a elaboração de estudos de impacto ambiental e a realização do processo de Consulta Livre, Prévia e Informada (CLPI) aos índios impactados da forma descrita no protocolo de consulta de cada povo antes da instalação da mina na Volta Grande do Xingu (PA)⁷.

Essas são apenas amostras das notícias mais recentes que compõem o extenso rol de violações aos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais e do desrespeito ao direito de participação desses grupos étnicos. Elas reforçam a falta de efetividade do direito a consulta, prévia, livre e informada, no Brasil.

Foi diante de situações como essa que brotaram os debates acerca da necessidade de regulamentação, por meio de leis ordinárias, do direito à consulta. Nesse contexto, enquanto alguns defendem que a regulamentação é o meio hábil para efetivação desse direito, outros afirmam que regulamentar implica desvirtuar essa garantia de participação e fomentar a sua usurpação pelos poderosos detentores de capital que só visam o ganho de riquezas através da exploração desmedida dos recursos naturais.

No intuito de entender esse debate e explicitar qual o posicionamento, favorável ou contrário a regulamentação, julgamos correto e consequentemente condizente com as garantias asseguradas aos povos e comunidades tradicionais, trataremos a seguir da força vinculante dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, descreveremos as correntes e, por último, das implicações de uma possível regulamentação.

4.2.1 A convenção 169 da OIT e sua força vinculante: a autoaplicabilidade do direito à consulta livre, prévia e informada.

No ordenamento jurídico brasileiro a Convenção 169 da OIT por ser um tratado internacional de direitos humanos tem um grau de hierarquia privilegiado que confere aos direitos por ela instituídos o mesmo regramento das norma constitucionais. Segundo o entendimento de parte da doutrina e jurisprudência ao qual nos filiamos a Convenção 169 é uma norma supralegal o que lhe confere superioridade em relação as normas ordinárias.

⁷ Justiça derruba licença de Belo Sun. Disponível em:< <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/justica-derruba-licenca-de-belo-sun>>. Acesso em 8 de dezembro de 2017.

Pela teoria da supralegalidade as normas dos tratados de direitos humanos são hierarquicamente inferiores à Constituição Federal de 1988. Contudo, por serem normas voltadas à promoção da dignidade da pessoa humana, têm posição superior em relação às leis ordinárias, não podendo assim ser derogadas por estas em função da cronologia ou especialidade, por exemplo (PORTELA, 2011 apud RIBEIRO, 2016, p. 45).

A legitimidade desse entendimento encontra fundamento na Constituição brasileira de 1988 que assumiu um grande compromisso com o princípio da dignidade humana, ela foi pioneira em incluí-lo no rol dos princípios fundamentais, conforme determinação do art. 1º, inciso 3º. Isso reverbera por todo o regramento constitucional pátrio fazendo com que esses valores fundamentais sejam parâmetro em todos os processos interpretativos das normas do ordenamento jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2012).

É nesse contexto que se há de interpretar o disposto no art. 5º, § 2º do texto, que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na 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”. À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil [...] (PIOVESAN, 2012, p. 33).

Assim sendo, o art. 5º, parágrafo 2º, da CRFB/88, dá aos tratados internacionais de direitos humanos o status de norma constitucional, com isso ao aderir a esses tratados o Brasil deve proteger constitucionalmente os direitos neles incluídos. Piovesan (2012) prossegue afirmando que isso também se deve ao processo de globalização que cada vez mais promove a interação entre a o texto constitucional e o ordenamento instituído pelo Direito Público Internacional, disso deriva no alargamento do chamado “bloco de constitucionalidade”, que tende a congrega todas as disposições atinentes a proteção dos direitos fundamentais.

São os destinatários, os seres humanos, desses tratados que justificam a proteção legal e o grau hierárquico superior de que se revestem, é por esse motivo que os demais tratados de direito internacional, ou seja, os que não se referem a direitos humanos não possuem status de norma constitucional. Disso resulta que enquanto os tratados convencionais necessitam ser implementados por meio da edição de normas infraconstitucionais que os regulamentem, os tratados internacionais de direitos humanos são autoaplicáveis. É o que ensina Piovesan (2012):

Não é necessária a produção de um ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática, nos termos do art. 5º, § 1º, que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 2012, p. 34)

Embora seja essa a interpretação correta, Piovesan (2012) adverte que por muito tempo a doutrina e o entendimento jurisprudencial dividiram opiniões quanto a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, haviam quatro teses diferentes acerca do tema: a primeira que defendia a hierarquia supraconstitucional destes tratados; a segunda que afirmava ser a hierarquia constitucional; uma terceira que declarava ser a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e, por fim, a corrente que apregoava a existir paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

No intuito de sanar definitivamente essas divergências, foi realizada uma alteração na Constituição de 1988 por meio da edição, no ano de 2004, da Emenda Constitucional nº45 que incluiu o parágrafo 3º ao artigo 5º do texto constitucional. O referido artigo determina, *in verbis*: “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 à Constituição”.

Ocorre que o parágrafo 3º que foi editado com a finalidade de extinguir a polêmica em torno da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, acabou sendo utilizado por alguns como fundamento para equipar os tratados já ratificados ao status de lei federal, uma vez que à época de sua adesão pelo Brasil a exigência do quórum de três quintos não era exigida.

Entretanto, tal posicionamento não tem razão legítima, conforme as lições de Piovesan das quais mais uma vez nos valem os:

[...] há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quórum qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.

Observe-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o quórum dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era sequer previsto.

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno [...]

[...] Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não

revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro (PIOVESAN, 2012, p. 35-36, grifo nosso)

Por muito tempo, as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de processos sobre tratados internacionais de direitos humanos corroboraram para o enfraquecimento do valor especial e da hierarquia superior desses dispositivos, “de 1977 a 2007, com base no artigo 102, III, “b” da CF/88, a Corte entendeu que as normas internacionais de direitos humanos teriam status de lei ordinária” (RIBEIRO, 2016, p. 44). Foi somente em 2008, em decisão proferida pelo ministro Celso de Melo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, que o STF reconheceu a força normativa e a constitucionalidade material dos tratados internacionais de direitos humanos.

[...] atualmente o Supremo Tribunal Federal tem se dividido entre dois posicionamentos: o majoritário, que defende o status da suprallegalidade das normas internacionais de direitos humanos; e o ainda minoritário, consubstanciado no voto do Ministro Celso de Melo, que aponta a constitucionalidade material dessas normas (RIBEIRO, 2016, p. 45)

Já passou da hora de o Brasil abandonar essa discussão e conferir definitivamente o status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos. Antônio Augusto Cançado Trindade há muito tempo já aponta para isso:

O propósito do disposto nos parágrafos 2º e 1º do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional (...). Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria ao disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal Brasileira (CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 88-89).

Portanto, claro está que essa polêmica não tem razão legítima de existência, a Constituição determina que os tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil é signatário são equiparados as normas constitucionais. Desta feita, a Convenção 169 da OIT por ser um tratado dessa espécie, conforme já esclarecemos anteriormente, tem status de norma constitucional, com isso os direitos por ela consagrados são autoaplicáveis e por isso não exigem implementação através de lei infraconstitucional para a produção de seus efeitos.

Consequentemente, por ser a consulta prévia, livre e informada um direito humano fundamental estabelecido pela Convenção 169, ela possui aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º da CRFB/88: “as normas definidoras de direitos humanos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ou seja, o direito de participação conferido aos povos indígenas e comunidades tradicionais está apto a ser aplicado, as disposições contidas na Convenção são suficientes para implementação desse instrumento em todas as situações em que medidas administrativas ou legislativas tenham potencialidade de lhes afetar “diretamente”⁸

Logo, se o direito a consulta prévia, livre e informada tem aplicabilidade imediata, cumpre destacarmos quais as causas ensejadoras dos discursos defensores da regulamentação desse direito. A seguir, trataremos desses fatores e das possíveis consequências avindas no caso de realização da regulamentação.

4.2.2 As implicações da regulamentação da consulta

No dia 10 de novembro de 2008, a Central Única dos Trabalhadores (CUT) junto a representantes de comunidades quilombolas denunciaram, em Brasília, perante o Comitê Tripartido da OIT o descumprimento de artigos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A decisão de realizar a denúncia surgiu durante o seminário Oportunidades e Desafios para Implementação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (AGÊNCIA BRASIL, 2008).

Essa reclamação da Central Única dos Trabalhadores (CUT) que tramita desde 2008, nos espaços formais da OIT, declarando a não realização da consulta prévia em alguns casos incluiu o Brasil em uma lista preliminar de 42 casos da OIT em 2010/2011 (BRASIL, 2008).

O Governo brasileiro e representantes da CUT fecharam, em maio de 2011, um acordo que admitiu a retirada temporária do caso contra o Brasil. Nesse acordo o Governo brasileiro se comprometeu a iniciar a discussão sobre o processo de regulamentação da consulta prévia e realizar seminário sobre o tema até a Conferência Internacional do Trabalho da OIT, de junho de 2012 (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO [OIT], 2009, p. 773-774

⁸ Aqui cabe uma ressalva no sentido de que não nos afigura coerente, tampouco justo que a consulta prévia só seja realizada nos casos de comprovação de afetação direta aos povos, porque, na maioria dos casos, como já explicitamos os impactos de medidas que só lhes afetam indiretamente são igualmente devastadores. No entanto, essa foi a redação aprovada quando da edição do texto da Convenção n. 169 da OIT.

apud SILVA, 2017, p. 227). A partir disso foram iniciadas, em janeiro de 2012, as atividades do Grupo de Trabalho Interministerial e, em março do mesmo ano foi realizado seminário internacional que definiu as bases do trabalho realizado nos meses seguintes cujo o objetivo principal era regulamentar o direito à consulta (BRASIL, 2008). Assim, a primeira vez que o Brasil cogitou regulamentar o direito à consulta foi, na verdade, uma defesa a denúncia realizada perante a Organização Internacional do Trabalho.

Segundo Silva 2017, o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) foi instituído pela Portaria n. 35 de 27 de janeiro, o GTI é constituído por 24 órgãos, coordenados pela Secretaria Geral da Presidência da República e Ministério das Relações Exteriores (MRE), o objetivo desse órgão era a condução processo de regulamentação dos mecanismos de consulta prévia. Contudo, os procedimentos realizados pelo GTI não foram bem vistos por diversas organizações e grupos relacionados aos direitos humanos.

À época, a atuação do GTI sofreu diversas críticas de organizações e grupos de proteção dos direitos humanos e dos direitos indígenas. A Organização de Direitos Humanos Conectas (2013), por exemplo, expôs sua preocupação de que possam ser apresentadas distorções e distanciamentos dos objetivos da Convenção n° 169 da OIT, e que a regulamentação signifique um retrocesso aos direitos internacionalmente consagrados (na Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, etc.).

A Conectas (2013) denunciou também a realização de encontros sem a participação de representantes dos povos e comunidades tradicionais, como o que aconteceu em 1.º de agosto de 2013. Dentre as 32 organizações nacionais e internacionais convidadas a participar do encontro nenhuma representava os povos e comunidades indígenas e tribais no Brasil (RIBEIRO, 2016, p. 53-54).

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) que reúne organizações representantes dos povos indígenas do Brasil, considerando a decisão do governo brasileiro de prosseguir com o processo de regulamentação dos procedimentos do direito de consulta livre, prévia e informada estabelecido pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), também se manifestou; “[...] movimento indígena se recusou a participar do processo de regulamentação da consulta, considerando uma afronta tal convocação, diante do momento de ataques e ameaças de retrocessos dos direitos e garantias assegurados na Constituição [...]” (SILVA, 2017, p. 227). Na nota pública que elaboraram eles afirmaram:

A APIB esclarece que o apregoado “processo participativo”, no que diz respeito aos povos e organizações indígenas do país, mesmo com a realização de algumas reuniões isoladas e informais com alguns povos e comunidades, rigorosamente não tem acontecido, conforme o princípio da boa-fé estabelecida pela própria Convenção 169. O governo, contrariamente, tem insistido em prosseguir com a regulamentação, apesar das sucessivas afrontas por ele praticadas contra o próprio direito de consulta

e consentimento livre, prévio e informado, por meio de instrumentos jurídicos e administrativos que negam de forma absurda e rotundamente esse direito, como o faz a maléfica Portaria 303.

[...]Diante desses fatos emblemáticos, a APIB mais uma vez torna público o seu repúdio e rechaço às artimanhas presididas pela Secretaria Geral da Presidência da República (SGPR), que tem buscado descaracterizar as organizações do movimento indígena, alimentando a divisão interna, e enfraquecendo mais do que o movimento, mas o próprio órgão indigenista, a FUNAI, contrariando a perspectiva de fortalecimento da instituição, conforme o anseio dos nossos povos e organizações (APIB, 2013).

Os quilombolas também não ficaram satisfeitos com os trabalhos realizados pelo GTI liderado pela Secretaria-Geral da Presidência da República (SG) e o Ministério das Relações Exteriores (MRE), por meio de uma carta a comunidade quilombola do Vale do Ribeira expôs seu repúdio aos processos realizados.

Em 2014, Após o término das atividades, a discussão foi convertida em “Minuta de Portaria Interministerial”, com o objetivo de se regulamentar a atuação dos órgãos da Administração Pública Federal, na concretização da consulta prévia às comunidades quilombolas, nos termos da Convenção 169 da OIT. No entanto, houveram muitas críticas do movimento quilombola recusando as restrições de direitos que estavam subordinados com tal regulamentação (SILVA, 2017).

Portanto, da análise da causa que inspirou a ideia de regulamentar o direito à consulta livre, prévia e determinada percebemos que em momento algum ela foi defendida pelos povos e comunidades tradicionais como sendo a solução para a inefetividade desse instrumento de participação, pelo contrário à ideia de regulamentação foi proposta pelo governo na tentativa de conter as críticas e denúncias perante a OIT pela não realização da consulta. Nesse ponto, entendemos que houve uma simplificação do problema atrelado a uma prática de inobservância das determinações constitucionais que asseguram a aplicabilidade imediata desse direito à consulta.

Para além da contrariedade as disposições do texto constitucional pátrio, quais as demais implicações da regulamentação do direito à consulta livre, prévia e informada? A regulamentação tem a capacidade de dar efetividade a esse direito ou o desvirtua?

Ao longo do presente trabalho ressaltamos o papel transformador cumprido pela Convenção 169 da OIT na extinção das práticas assimilacionistas em relação aos povos indígenas e comunidades tradicionais, destacamos o quanto o direito à consulta prévia, livre e informada é fundamental para a o fortalecimento da identidade diferenciada desses povos, proteção de seus territórios e preservação de seus hábitos de vida e criação. Apesar de tantos avanços positivos esse tratado internacional, assim como a Convenção 107 da OIT, sua

antecessora, também foi alvo das influências das ideias liberais de desenvolvimento. Fato determinante para edição da “forma mais débil de participação, a consulta prévia” (RIBEIRO, 2016).

A ênfase nas questões processuais durante o processo de elaboração do instrumento da consulta prévia fez com que este tivesse a função de criar espaços “despolitizados” de cooperação e debate entre os agentes antagônicos – os povos e seus representantes, as empresas e o Estado – com base em princípios liberais, como da liberdade contratual e da igualdade processual, e que fossem deixadas intactas as relações de poder pré-existentes. Nesse contexto, a função política da consulta na Convenção n.º 169 é de servir como convergência entre as partes com posicionamentos diferentes (GUARAVITO, 2012 apud RIBEIRO, 2016, p. 51).

Diante disso, entendemos que, em que pesem haverem posicionamentos bem intencionados, muitos dos que defendem a regulamentação da consulta prévia o fazem não com o intuito de efetivação desse direito, mas sim com vistas a enfraquecimento da autonomia (ainda que fragilizada, existe) dada aos povos e comunidades através desse instrumento. Isso porque, a regulamentação se destina aos estabelecimento de um procedimento bem organizado e instituído em forma de lei que deverá ser aplicado para todas as consultas realizadas. Verifica-se aqui, pois, uma preocupação com a forma de realização em prejuízo do substância do que é discutido. Isso é tão verdade que até mesmo àqueles que militam pela regulamentação, reconhecem que isso pode significar a usurpação desse mecanismo pelos agentes beneficiários das medidas em detrimento dos povos e comunidades tradicionais. Senão, vejamos:

Dalmo Dallari, jurista, por sua vez, apontou que a regulamentação pode trazer benefícios como maior exigibilidade da realização da consulta, mas não deixa de observar os riscos que consistem na possibilidade de se criar regras que configurem mera aparência de consulta e que limitem a participação dos povos e comunidades em detrimento dos interesses das empresas (DALLARI, 2013 apud RIBEIRO, 29016, p. 55).

Ou seja, a regulamentação da consulta pode retirar dos povos indígenas e comunidades tradicionais o protagonismo que lhes foi fornecido pela Convenção 169 no que tange a determinação do que é bom pra suas vidas. Ribeiro (2017) adverte que:

[...] Receio de que haja a apropriação neoliberal de uma ferramenta, em tese contra-hegemônica, para obtenção do “consentimento voluntário” que permita as pilhagens. Receio de que a discussão voltada meramente para as questões processuais deixem de lado o que realmente se encontra em jogo – a existência física e cultural dos povos e comunidades tradicionais – transformando a consulta em pura formalidade a ser cumprida pelas empresas e Estado não resguardando a vontade dos povos e comunidades (RIBEIRO, 2016, p. 55-56).

Por conseguinte, entendemos com a regulamentação pode significar a realização das consultas diante das situações que a exigem, fato que, à primeira vista, parece positivo, pois, na maioria das vezes as medidas administrativas e/ou legislativas são iniciadas e a consultas não são realizadas como têm denunciado os povos indígenas e comunidades. Contudo, nada há de positivo nisso, uma vez que com a regulamentação a consulta se converterá tão somente num procedimento, que, apesar de bem organizado não terá a capacidade de representar os interesses dos povos, isto é, não será a consulta prévia e livre de que trata a Convenção 169.

O foco nas questões processuais cria uma linguagem franca entre os diversos protagonistas que pelo paradigma da governança estão envolvidos na definição da consulta prévia. A dita linguagem franca então coloca em contato posições distintas sobre o desenvolvimento econômico e “vida buena” permitindo que haja uma comunicação provisória entre as partes. Provisória porque não elimina as divergências materiais, que não são enfaticamente abordadas e sempre voltam à tona (GUARAVITO, 2012 apud RIBEIRO, 2016, p. 56).

A regulamentação revive as práticas homogeneizadoras típicas dos Estados-nação, pois é afeita as regras processuais típicas dos padrões jurídicos dominantes e se distancia dos princípios do pluralismo jurídico que norteiam a Convenção 169 da OIT.

“[...] acreditar na regulamentação da participação e consulta prévia como forma de fazer valer o direito fundamental contido na Convenção por meio desse direito, é pactuar com as regras previamente estabelecidas que sempre se mantiveram distantes de qualquer forma de participação e consulta, fora do controle da sociedade; significa acatar as interpretações hermenêuticas ditadas *a priori*, sem nenhum tipo de controle das suas definições” (SHIRASHI NETO, 2014).

Portanto, finalizamos afirmando a filiação ao posicionamento contrário a regulamentação do direito à consulta livre, prévia e informada, porque entendemos que se isso for empreendido não haverá ganhos para os povos e comunidades tradicionais, tampouco a concretização dos princípios da Convenção 169 da OIT, pois “pactuar com o argumento da necessidade da regulamentação do direito de consulta prévia significa retornar às velhas práticas de usurpação da fala em prol da legitimidade” (SHIRASHI NETO, 2014). Destarte, claro está que a regulamentação não tem a capacidade de efetivar o direito à consulta prévia, livre e informada, a regulamentação o desvirtua.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas, intensificaram-se as mobilizações dos povos indígenas e comunidades tradicionais pelo reconhecimento de suas identidades e pela defesa de seus territórios tradicionalmente ocupados, bem como de sua cultura, línguas, etc. As reivindicações desses sujeitos integrantes de grupos sociais portadores de identidade étnica e coletiva culminou com a ratificação pelo Brasil de diversos dispositivos jurídicos internacionais que se destinam a proteção dessas coletividades, como também no aperfeiçoamento do atendimento de suas diversas e complexas demandas.

O reconhecimento do pluralismo social e do multiculturalismo tem sido uma tendência do Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que determina ser um direito dos cidadãos brasileiros a preservação da pluralidade dos gentes. O desafio a que se propôs a carta constitucional pátria ao garantir isso é grande, uma vez que os padrões jurídicos convencionais não são capazes de abarcar essas pautas, porque está impregnado de ideologias universalizadoras que não respeitam as diferenças e tendem a fornecer um tratamento único a todos sem qualquer cuidado com suas especificidades.

Para reforçar sua oposição a essas práticas discriminatórias, o Brasil ratificou em 2004 a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho que garante aos diversos povos indígenas e comunidades tradicionais o direito de viver conforme suas peculiaridades, tal como a Constituição já determinava nos termos do seu artigo 216, inciso II.

Contudo, de uma breve análise da tomada de diversas medidas administrativas e legislativas realizadas no país e que afetaram diretamente povos indígenas e comunidades tradicionais, é evidente que em praticamente nenhuma das vezes foi respeitado o direito à consulta livre, prévia e informada instituído pela Convenção 169 como ferramenta principal para o atingimento de seus objetivos.

São frequentes as denúncias realizadas por esses grupos étnicos destinatários do tratado internacional da OIT de descumprimento desse direito de participação no Brasil. Os grandes empreendimentos existentes no país que afetaram e causaram enormes prejuízos, a exemplo da Usina de Belo Monte, foram construídos sem a realização da consulta prévia. Na mesma linha, inúmeras mudanças legislativas são realizadas corriqueiramente e mesmo impactando sobremaneira essas coletivas, elas não são instadas a se manifestar a respeito, na maioria das vezes, nem mesmo são informadas.

E tão grave quanto a não realização da consulta é a sua distorção, isto é, em algumas situações o procedimento é aplicado em desconformidade com as determinações da

Convenção 169. Há relatos de casos de divulgação de informações falsas quanto aos impactos das medidas, de condução dos processos por agentes particulares, fato que fere a imparcialidade exigida, e ainda, situações em que os povos são subornados para consentir com o que se pretende realizar, em desrespeito a liberdade no processo decisório.

Diante dessas situações, surgiu o discurso pela regulamentação do direito à consulta. Na opinião dos defensores desse posicionamento a edição de uma lei infraconstitucional que determine a forma como esse procedimento deve ser realizado é a solução para a inefetividade desse direito de participação.

Entretanto, cumpre destacar que esse discurso pela regulamentação não tem o condão de garantir a efetividade desse direito. Ele é apenas um produto do ativismo legislativo que existe no Brasil, dessa ideia de que todo problema pode ser resolvido com a edição de uma lei, como na maior parte, dos casos isso não se justifica no âmbito do direito à consulta.

Isso porque, conforme destacou-se no decorrer da presente pesquisa a Convenção 169 da OIT é um tratado internacional de direitos humanos e por determinação constitucional integra o chamado “bloco de constitucionalidade”. Ou seja, todos os direitos contidos nessa convenção, incluindo o direito à consulta têm aplicabilidade imediata, portanto, não exigem regulamentação, já encontram-se plenamente aptos a produzir seus efeitos.

Além de não se prestar a efetivar o direito à consulta, a regulamentação representa um risco aos povos e comunidades tradicionais, pois pode ensejar a criação de regras que representem apenas a aparência de consulta, mas que na verdade em nada se destina a promover a participação dos grupos étnicos, serve apenas para legitimar a realização de todas as medidas desejadas.

Portanto, é evidente que a regulamentação desvirtua a consulta prévia, porque retira sua força normativa e sobrepõe a preocupação com a forma em detrimento do conteúdo desse direito. Logo, a solução para o problema da efetivação está no ativismo judiciário, é necessário que cada vez mais sejam embargadas as medidas em curso que forem iniciadas sem a realização da consulta aos povos afetados, é necessário que o Ministério Público Federal, órgão designado na Constituição para fiscalizar e acompanhar os procedimentos de consulta, esteja cada vez mais atuante e atento para garantir que os povos e comunidades tradicionais tenham suas identidades preservadas e os territórios que vivem protegidos.

É urgente a necessidade de efetivação do direito à consulta, pois se trata de um direito fundamental que garante a preservação da pluralidade étnica do Brasil, mas é necessário muito cuidado para que a pressa em solucionar esse problema não ocasione a adoção de saídas que violem as garantias que já foram conquistadas pelos povos e comunidades tradicionais.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Entidade quilombola denuncia descumprimento de convenção internacional**, 2008. Disponível em: < <https://cut.org.br/noticias/entidade-quilombola-denuncia-descumprimento-de-convencao-internacional-1174/>>. Acesso em 17 de maio de 2017.

ASCOM. **Elaboração de processos para a consulta prévia da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho**, 2015. Disponível em: <<http://www.governoaberto.cgu.gov.br/no-brasil/planos-de-acao-1/20-plano-de-acaobrasileiro/secretaria-geral-da-presidencia-da-republica/elaboracao-de-processos-para-consulta-previa-da-convencao-169-da-organizacao-internacional-do-trabalho>>. Acesso em: 7 de abril de 2017.

APIB. **Carta pública da APIB sobre a regulamentação dos procedimentos do direito de consulta assegurado pela convenção 169 da OIT**, 2013. Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br/2013/07/27/carta-publica-da-apib-sobre-a-regulamentacao-dos-procedimentos-do-direito-de-consulta-assegurado-pela-convencao-169-da-oit/>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada na 107a. Sessão Plenária da Assembleia Geral da ONU, 13 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

BRASIL. **Decreto 7.747 de 05 de junho de 2012**. Dispõe sobre a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI).

BRASIL. **Decreto 8.593 de 17 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a criação do Conselho Nacional de Política Indigenista - CNPI, órgão colegiado de caráter consultivo responsável pela elaboração, acompanhamento e implementação de políticas públicas voltadas aos povos indígenas.

BRASIL. **Decreto 8.750 de 09 de maio de 2016**. Institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8750.htm>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. **Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016 regulamenta a Lei 13.123 de 20 de maio de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm>. Acesso em 22 de agosto de 2017.

BRASIL. **Lei no 9.985 de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL, Secretaria-Geral da Presidência da República. **Processo de regulamentação dos procedimentos de consulta prévia no Brasil**. Convenção 169 OIT. Brasília, 06 de janeiro de 2015. Disponível em:<http://www.consultaprevia.org/files/biblioteca/fi_name_archivo.625.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2017.

BRASIL. **Decreto n. 5.051, de 11 de abril de 2004 promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm>. Acesso em 8 de março de 2017.

DUPRAT, Deborah. A CONVENÇÃO 169 DA OIT E O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA. In: **Revista Culturas Jurídicas, vol. 1, num. 1. p. 51-72**. São Paulo, 2014. Disponível em:< www.culturasjuridicas.uff.br>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, nº 113-118, 1998, pp. 88-89.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL-ISA. **Consulta Livre Prévia e Informada na Convenção 169 da OIT**, 2009. Disponível em:<https://site-antigo.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/>. Acesso em 20 de novembro de 2017.

HOBSBWAN, Eric J. **Nações e Nacionalismo desde 1978**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Justiça derruba licença de Belo Sun**, 2017. Disponível em:<<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/justica-derruba-licenca-de-belo-sun>>. Acesso em 8 de dezembro de 2017.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **MPF manda parar processo de concessão da Ferrogrão por falta de consulta a povos indígenas**, 2017. Disponível em:<<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/mpf-manda-parar-processo-de-concessao-da-ferrograo-por-falta-de-consulta-a-povos-indigenas>>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **População indígena protesta contra mineração em São Gabriel da Cachoeira (AM)**, 2017. Disponível em:<<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/populacao-indigena-protesta-contramineracao-em-sao-gabriel-da-cachoeira-am>>. Acesso em 03 de dezembro de 2017.

KEPPI, Jandira. **A ratificação da convenção nº 169 da organização internacional do trabalho pelo Brasil**. 2001. 18 p. Ensaio (curso de atualização à distância). Rio Branco, 2001. Disponível em:<https://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org/inst.esp.consulta_previa/files/hist%C3%B3ria_ratifica_c169_brasil.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; SOUZA, Tatiana Ribeiro. **Violência e Modernidade: o dispositivo de Narciso**. A superação da modernidade na construção de um

novo sistema mundo. In: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Décimo Aniversário, 2012, pp. 143-167. Disponível em:<<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em 22 de novembro de 2017.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. 1 v, 5 ed. Brasília: OIT, 2011. Disponível em:<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012.
PONTES JÚNIOR, Felício; OLIVEIRA, Rodrigo. Audiência Pública, Oitiva Constitucional e Consulta Prévia: limites e aproximações. In: DUPRAT, Deborah (Org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. São Paulo: ESMPU, 2015.

PROCESSO DE ARTILAÇÃO E DIÁLOGO – PAD. **Governo brasileiro deve regulamentar consulta prévia este ano**, 2013. Disponível em:<<https://pad.org.br/content/governo-brasileiro-deve-regulamentar-consulta-pr-este-ano>> Acesso em 15 abril. 2017.

RIBEIRO, Thayara Bosi Oliveira. A regulamentação do direito de consulta prévia no Brasil. In: SHIRAIISHI NETO, Joaquim (Org.). **Novos Direitos na América Latina: estudo compartilhado como instrumento de reflexão do próprio direito**. São Luís: EDUFMA, 2016. 267p.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Editora Peiropólis, 2005. Disponível em:<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/SANTILLI_Juliana-Socioambientalismo-e-novos-direitos.pdf>. Acesso em 11 de setembro de 2017.

SANTOS, José Aparecido dos. A Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas. In: MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico; CEZAR BERGOLD, Raul (Orgs.). **Os Direitos dos Povos Indígenas no Brasil**. Curitiba: Letra da Lei, 2013. 354 p.

SILVA, Liana A. L. da. CONSULTA PRÉVIA E LIVRE DETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS NA AMÉRICA LATINA: Re-existir para Co-existir. 2017. 330 p. **Tese (Doutorado)** Programa de Pós- Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Área de concentração: Direito. Curitiba, 2017.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Convenção 169 da OIT: “quando a forma determina o conteúdo”**, 2014. Disponível em:<<http://acervo.racismoambiental.net.br/2014/09/01/convencao-169-da-oit-quando-a-forma-determina-o-conteudo-por-joaquim-shiraiishi-neto/>>. Acesso em 8 março de 2017.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim (Org.). **Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil**. 2 ed. Manaus: edições UEA, 2007.

SHIRAISHI NETO, Joaquim (Org.). **Novos Direitos na América Latina: estudo comparativo como instrumento de reflexão do próprio Direito**. São Luís: EDUFMA, 2016.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. Novos Movimentos Sociais e Padrões Jurídicos na América Latina. In: SHIRAISHI NETO, Joaquim; LIMA, Rosirene Martins; CARDOSO, Luís Fernando Cardoso e; MESQUITA, Benjamin Alvino de (Orgs.). **MEIO AMBIENTE, TERRITÓRIOS & PRÁTICAS JURÍDICAS: enredos em conflito**. São Luís: EDUFMA, 2011, 328 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura de direito**. 3 ed. rev e at. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.