

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO
SISTEMA DE JUSTIÇA
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

IGOR MARTINS COELHO ALMEIDA

UMA ANÁLISE CRÍTICA-COMPARATIVA NA INTERNALIZAÇÃO DO DIREITO
DE CONSULTA PRÉVIA E A ABORDAGEM DOS CONCEITOS DE IDENTIDADE
E MULTICULTURALISMO: EXPERIÊNCIAS NORMATIVAS E
JURISPRUDENCIAIS DA COLÔMBIA, PERU E BRASIL

São Luís/MA

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO
SISTEMA DE JUSTIÇA
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

UMA ANÁLISE CRÍTICA-COMPARATIVA NA INTERNALIZAÇÃO DO DIREITO
DE CONSULTA PRÉVIA E A ABORDAGEM DOS CONCEITOS DE IDENTIDADE
E MULTICULTURALISMO: EXPERIÊNCIAS NORMATIVAS E
JURISPRUDENCIAIS DA COLÔMBIA, PERU E BRASIL

Dissertação de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do título de mestre, sob a orientação do Prof. Dr. Cassius Guimarães Chai.

São Luís/MA

2015

IGOR MARTINS COELHO ALMEIDA

UMA ANÁLISE CRÍTICA-COMPARATIVA NA INTERNALIZAÇÃO DO DIREITO DE
CONSULTA PRÉVIA E A ABORDAGEM DOS CONCEITOS DE IDENTIDADE E
MULTICULTURALISMO: EXPERIÊNCIAS NORMATIVAS E JURISPRUDENCIAIS DA
COLÔMBIA, PERU E BRASIL

Dissertação de mestrado submetida à Coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão, Curso de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de pesquisa: Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Aprovada em ____/____/2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cassius Guimarães Chai (orientador)

Universidade Federal do Maranhão

*De que vale à pena viver se não for
para lutar pelos ideais daquilo que
acreditamos?*

AGRADECIMENTO

É chegado o momento esperado por todos aqueles que ingressam em um programa de pós-graduação. Mais do que finalizar uma etapa, é chegada a hora de refletir sobre o que representou essa caminhada de 24 meses. Nesse período fui levado a ponderar sobre vários posicionamentos teóricos, baseado nas leituras apresentadas pelo Programa e aquelas descobertas por outros caminhos. Foi um tempo de muitas atribulações, com novos espaços a serem trilhados e perspectivas acadêmicas que se apresentaram e que contribuirão no aperfeiçoamento da vida profissional. Assim, agradeço a todas as pessoas que sempre estiveram comigo nessa jornada, ajudando nas indicações de leituras, na dureza de cumprir prazos e nos intensos debates proporcionados a partir das mais diversas e plurais visões que me deparei. De modo especial, agradeço.

À Deus, por me permitir estar aqui hoje e ao querido e saudoso João Batista que, se estivesse nesse plano, seus lindos olhos verdes estariam completamente marejados;

À minha família, apoiadora de todos os momentos, em especial minha mãe, Maria do Socorro, batalhadora, persistente e exemplo de luta na defesa de suas crias; à minha irmã, Mariana, a quem devo a honra de ser motivo de eternas preocupações, que, junto com Ferdinand e minha linda Maria Fernanda, formam uma família pautada nos valores da ética e da justiça;

Às tias Aurora e Amélia (ou *Dindinha*, como queiram), por todo o apoio ao longo da vida pessoal e acadêmica, pessoas a quem devo muito e que ajudaram a formar meu caráter. Obrigado, queridas;

Ao professor Cassius Chai, pelas orientações acadêmicas ao longo dos últimos anos, à professora Mônica Teresa Sousa, pelos agradáveis debates e discussões em sala de aula e fora dela e ao professor Joaquim Shiraishi, pelas importantes lições e indicações para a construção desse trabalho;

Aos amigos de infância, notadamente aqueles que integram o querido C.I.V. (poucos entenderão): Daniele, André, Tiago, Karla, Alessandra, Bruno, Alexandre, Rafaela, Rafisa e Helloana;

Ao querido João Guilherme, irmão que a vida me deu;

Ao Centro de Cultura Negra do Maranhão, à Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e à todas as pessoas que integram ou passaram por essas entidades, por terem confiado no meu trabalho, meu engajamento e minha militância e ter me proporcionado uma experiência de vida pessoal e profissional que jamais teria alcançado em outros espaços;

À todas as comunidades quilombolas, indígenas e de trabalhadores rurais com as quais tive o prazer de conviver durante esses últimos seis anos, em especial às comunidades do Pólo Coceira, Depósito e Barro Vermelho. Vocês foram fundamentais não apenas na construção desse trabalho, mas também no que sou hoje e no fortalecimento do meu compromisso de vida por um mundo mais justo;

E, por fim, mas como agradecimento especial, minha querida Samira, mulher que escolhi para viver o resto da vida, grande incentivadora do meu ingresso no Mestrado e durante toda a minha permanência nele. Obrigado por estar comigo nos momentos alegres e também nos momentos mais difíceis, principalmente nessa etapa final. Amo-te, meu amor!

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a relação entre o direito de consulta prévia (estabelecido pela Convenção nº 169 da OIT) com as noções de *identidade* e multiculturalismo na Colômbia, Peru e Brasil, partindo de uma análise crítica-comparativa nos sistemas legislativo e judicial desses países. Desta forma, delimita seu objeto de pesquisa a como esse direito é percebido em sua interface com a ideia de *identidade* e diversidade cultural do final do século XX nesses sistemas. A partir do estudo de uma doutrina com autores clássicos e autores e autoras latino-americanos do campo da sociologia sobre os temas aqui levantados, bem como de análise das jurisprudências dos países já mencionados, propõe-se uma discussão para investigar até que ponto os *novos direitos* estão incorporados aos sistemas normativos e como são abordados no sistema judicial. Parte-se da hipótese de que, dada a configuração social desses países e o processo de desenvolvimento vivenciado por eles, existem conflitos sócio-jurídicos que acabam sendo discutidos no âmbito do Poder Judiciário, e como este tem analisado tais conflitos. Para tal, analisa em um primeiro momento as concepções mais atuais sobre *identidade*, multiculturalismo e globalização, passando pela apresentação de como o direito de consulta prévia foi construído internacionalmente e qual seu impacto no âmbito dos povos indígenas e tribais latino americanos. Por fim, faz uma análise crítica sobre como as regulamentações e as decisões judiciais das instâncias superiores desses países vêm enfrentando o debate da afirmação das identidades, do respeito e garantia da diversidade cultural através do direito de consulta prévia, culminando sobre como esse processo ocorreu em outros países para balizar a atuação do Estado Brasileiro na observância dos direitos desses povos.

Palavras-Chave: Direito. Consulta Prévia. Identidade. Multiculturalismo. Povos Indígenas

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo analizar la relación entre el derecho a la consulta previa (establecido por el Convenio 169 de la OIT), con las nociones de identidad y multiculturalismo en Colombia, Perú y Brasil, a partir de un análisis crítico comparativo de los sistemas legislativos y judiciales de estos países. Por lo tanto, marca su objeto de investigación en el que se percibe en su interfaz con la idea de la identidad y la diversidad cultural de finales del siglo XX de estos sistemas. A partir del estudio de una doctrina con los autores clásicos y autores latinoamericanos desde el campo de la sociología en las cuestiones planteadas aquí, así como el análisis de la jurisprudencia de los países antes mencionados, se propone una discusión para investigar el grado en que los *nuevos derechos* están incorporados en los sistemas de regulación y la forma en que se abordan en el sistema judicial. Se inicia con la hipótesis de que, dada la configuración social de estos países y el proceso de desarrollo experimentado por ellos, hay conflictos sociales y legales que terminan siendo discutidos dentro del poder judicial, y cómo se ha examinado estos conflictos. Para este tipo de análisis en un principio las concepciones más actuales de la identidad, el multiculturalismo y la globalización, a través de la presentación del derecho a la consulta previa fue construido a nivel internacional y lo que su impacto en los pueblos indígenas y tribales de América Latina. Por último, un análisis crítico de cómo los reglamentos y decisiones judiciales de los tribunales superiores de estos países se enfrentan al debate sobre la declaración de identidad, el respeto y la garantía de la diversidad cultural a través de la ley de consulta previa, que culminó en cómo se produjo este proceso en otros países para medir el desempeño del Estado brasileño en el cumplimiento de los derechos de esos pueblos.

Palabras clave: Derecho. Consulta Previa. Identidad. El multiculturalismo. Pueblos Indígenas

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE E O MULTICULTURALISMO: pilares de uma nova era de garantia de direitos	13
2.1	A Identidade na contemporaneidade: do reconhecimento à assunção de novos direitos.....	13
2.2	Globalização, Universalismo e Multiculturalismo: uma relação simbiótica.....	26
3	A CONVENÇÃO 169 E SEU PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA.....	41
3.1	A Convenção 169 e seu caráter no Brasil	46
3.2	O direito de consulta prévia aos povos indígenas e tribais na América Latina	48
3.3	O direito de consulta prévia e o necessário consentimento	52
3.4	O fortalecimento do movimento indígena na América Latina	58
3.5	A construção da cidadania.....	63
4	O PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO DO DIREITO DE CONSULTA PRÉVIA NOS ÂMBITOS LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO	67
4.1	Colômbia: da recepção da Convenção 169 aos julgados da Suprema Corte	67
4.1.1	A tentativa de regulamentação: projeto de lei em discussão.....	74
4.1.2	Obstáculos para aplicação	80
4.1.3	Identidade e diversidade cultural na jurisprudência colombiana	82
4.2	Peru e a regulamentação normativa do direito de consulta prévia.....	90
4.2.1	A lei peruana de consulta prévia e a construção da identidade	94
4.2.2	Dificuldades e obstáculos para efetividade da lei.....	97
4.2.3	O direito à identidade e o multiculturalismo na jurisprudência peruana sobre consulta prévia.....	100
4.3	O direito de consulta prévia no Brasil e a sua relação com a identidade e o multiculturalismo.....	105
4.3.1	O direito de consulta prévia na jurisprudência brasileira	110
5	CONCLUSÃO.....	118
	REFERÊNCIAS.....	123

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fundamental realizar uma análise crítica-comparativa sobre como o direito de consulta prévia, instrumento trazido pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), tem encontrado guarida nos sistemas constitucionais de países da América Latina e sua interface com as ideias de *identidade*, multiculturalismo e globalização apresentadas nas regulamentações e decisões judiciais. A presente Convenção foi incorporada aos sistemas jurídicos de diversos países latino-americanos e, conseqüentemente, também por suas Cortes Constitucionais. Realizando uma análise de como o processo de incorporação do direito de consulta prévia ocorreu na Colômbia, no Peru e no Brasil, pretende-se analisar como o direito de consulta prévia foi incorporado aos sistemas normativos desses países, bem como os conceitos de identidade e multiculturalismo, trazidos a partir da adoção da Convenção 169 da OIT, são encarados pelo Poder Judiciário, a partir do exame da jurisprudência desses países.

Para analisar de forma eficaz como o tema é tratado em diferentes sistemas jurídicos-normativos da América Latina, decidiu-se utilizar como metodologia neste trabalho o método estrutural-comparativo, haja vista que vários fatores e elementos sistemáticos estão envolvidos na análise, como as normas oriundas do legislativo e as decisões do Poder Judiciário. Como apresentam Sgarbossa e Jenses (2008), deve-se dar amplitude, em todo o sistema jurídico. Ao considerar as leis e decretos regulamentadores e as decisões judiciais, passa-se à *macrocomparação*.

A escolha dos sistemas da Colômbia e do Peru deve-se a dois motivos principais. Primeiro porque esses dois países possuem rico e vasto material de pesquisa sobre a aplicação da convenção e do direito de consulta prévia, construídos por autores locais e/ou organizações locais e internacionais e organismos multilaterais, propiciando uma visão mais ampla, diversa e crítica sobre o assunto.

Em segundo lugar, na Colômbia, assim como no Brasil, a Convenção nº 169 abrange também povos afrodescendentes, realidade distinta da maioria dos outros países signatários da convenção. A escolha pelo Peru deve-se ao fato de o país ter o mais avançado processo de regulamentação do direito de consulta prévia na América Latina, resultado de uma forte pressão do movimento indígena naquele país. O objetivo é, ao final, fazer uma análise comparativa com o Brasil para que este, caso opte por uma regulamentação, não incorra nos mesmos erros.

A importância do presente projeto de pesquisa está, principalmente, no atual momento vivenciado por povos indígenas e quilombolas no Brasil. Após mais de 25 anos de consolidação democrática e afirmação de seus direitos fundamentais na Constituição de 1988, atravessa-se no país um período de recrudescimento da violência contra os mesmos, dentro do contexto sócio-político de um projeto de nação desenvolvimentista que avança na implantação de grandes obras e projetos (capitaneados, muitas das vezes, pelo Estado) que invadem os territórios tradicionais ocupados por eles. Paralelo a isso, o aparelho estatal não tem respondido a contento o desejo das comunidades e organizações indígenas e quilombolas na garantia de regularização, proteção e defesa de suas terras face ao avanço do capital, em especial do agronegócio e da exploração (legal ou não) de madeira. Trata-se do paradoxo dessa *era de direitos*, parafraseando o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio.

Para além desses problemas levantados, vive-se hoje um movimento de grandes possibilidades de retrocesso dos direitos normativamente já conquistados por esses povos. Exemplos recentes disso são a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3239¹, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 215². Caso a ADI 3239 seja julgada procedente e a PEC 215 aprovada no Congresso, haverá um grande retrocesso normativo para a garantia dos direitos desses povos.

Portanto, a construção e apresentação desse trabalho abrem mais uma estratégia de incidência política para os atores envolvidos nessa discussão no Brasil, com vistas ao fortalecimento de lutas já empreendidas ao longo dos últimos anos. A partir do conhecimento de experiências de países vizinhos, propõe-se apresentar outras armas para as batalhas vindouras que serão travadas sobre o tema nos âmbitos legislativo, judicial, social e político, sendo respeitadas sua autonomia e liberdade de escolha.

Na primeira parte do trabalho apresenta-se a construção do conceito da *identidade* e o cenário do multiculturalismo do final do século XX e início do atual. Nessa passagem pretende-se fazer a relação dessas noções com o direito de consulta prévia, bem como trazer a discussão sobre o papel da *identidade* na contemporaneidade e como ela pode ter contribuído para a emergência dos *novos direitos* no último quarto do século XX. Nessa primeira parte, serão utilizados, como principais referenciais teóricos Hall (2006) e Bauman (2005),

¹ A ADI 3239 foi proposta em 2004 no âmbito do STF pelo então Partido da Frente Liberal (hoje, Democratas) e questiona a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

² A PEC 215 foi apresentada ainda no ano 2000 pelo Deputado Almir Sá (PPB/RR) na Câmara dos Deputados para incluir, no âmbito da competência exclusiva do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas. A PEC 215 propõe ainda que o estabelecimento de critérios e procedimentos de demarcação serão regulados por lei.

expoentes que romperam com paradigmas até então vigentes. Ainda dentro da discussão sobre *identidade* e multiculturalismo, serão traçadas considerações sobre o avanço do processo de globalização cultural e o impacto sobre as tradições e culturas locais. Aqui se tem como principal referencial teórico o sociólogo português Santos (2010), autor de diversas obras sobre o assunto. A adoção desse autor como referencial também é importante porque também trabalha com o multiculturalismo na perspectiva dos povos latino-americanos, objeto de estudo da presente dissertação. Os estudos de Santos (2010) contribuíram para o desenvolvimento e aprofundamento de estudos e pesquisas em diversos campos de saber da região, seja através do emponderamento das comunidades e povos tradicionais, seja através do incentivo a outros agentes locais de construção do pensamento social na América do Sul.

Na segunda é apresentado um panorama sobre a Convenção 169 da OIT, o direito de consulta prévia e seu processo de internalização em diversos países e como esse debate contribuiu para o fortalecimento das *identidades* dos povos indígenas e tribais da região, principalmente no fim da década de 1980, quando vários países da América do Sul saíram de longos períodos de ditadura militar, com opressão e repressão violenta a esses povos. A transição para a democracia na região necessitava assim de uma fase de normatização e consolidação de direitos e valorização do ideário de Justiça a todos e todas.

Ainda nessa parte do trabalho é abordada a discussão de como o direito de consulta prévia chega ao Brasil e os passos de como ele foi se consolidando, até chegar ao presente momento histórico. Para compreensão de como o país está inserido nessa discussão, faz-se necessário também uma apresentação de como esse direito está previsto na América Latina, discorrendo sobre suas principais características e princípios, que o tem colocado na vanguarda normativa na garantia dos direitos desses povos. Ao final desse capítulo será discutido como esse processo de afirmação, no âmbito internacional, de declarações, tratados e convenções tem tido impacto no fortalecimento do movimento indígena na região nos últimos 30 (trinta) anos.

Já no último item aborda-se, de forma mais específica, os procedimentos adotados para internalização do direito de consulta prévia na Colômbia, no Peru e no Brasil, no âmbito do legislativo e do judiciário. Mais do que apenas apresentar como isso ocorreu (ou vem acontecendo, como no caso brasileiro), pretende-se apontar os obstáculos e as dificuldades atravessadas pelos países vizinhos, com o objetivo de que equívocos não sejam cometidos por aqui em uma eventual regulamentação. Será analisado como esse processo ocorreu naqueles dois países, como as suas instâncias superiores de Justiça (principalmente as Cortes Constitucionais) vêm decidindo sobre o direito de consulta prévia e como são abordados nas

decisões os temas da identidade e do multiculturalismo a partir da Convenção 169. No caso do Brasil, apresentam-se os principais e mais impactantes julgados que tratam do assunto.

Portanto, a partir de uma percepção sócio-jurídica, parte-se da hipótese de que o direito de consulta prévia previsto na Convenção 196 da OIT tende a contribuir no processo de luta e construção de direitos dos povos indígenas e tribais na América Latina. Contudo, pretende-se analisar até onde e como essa contribuição é possível no atual contexto sócio-político da região, e principalmente se as decisões judiciais que vem sendo emanadas pelos tribunais superiores desses países tem tido impacto positivo na efetivação e garantia desse direito.

2. A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE E O MULTICULTURALISMO: pilares de uma nova era de garantia de direitos

Nessa primeira parte do trabalho, apresenta-se para o debate a abordagem sobre *identidades* e como ela está inserida em um contexto social e político de prevalência de relações globalizadas pautadas pelo multiculturalismo (ou até mesmo o transnacionalismo em alguns casos), e como esses dois conceitos-chaves foram cruciais para o empreendimento de lutas por parte de vários povos, chegando ao ápice normativo com a consolidação desses direitos em diplomas normativos nacionais e internacionais.

2.1 A Identidade na contemporaneidade: do reconhecimento à assunção de novos direitos

Ao longo das últimas décadas, a discussão sobre *identidade* tem pautado a construção de novas ordens constitucionais, em especial nos Estados de reconhecido caráter multicultural, como o Brasil e outros países latinoamericanos. Essa nova configuração do que se entende como *identidade* tem proporcionado a elevação de princípios e valores antes marginalizados pela sociedade branca e ocidental, ocupando um espaço cada vez maior no *locus* social e nas legislações garantidoras de direitos fundamentais a diversos segmentos sociais historicamente excluídos do processo de desenvolvimento.

Hall (2006) discute a identidade sob a ótica da pós-modernidade³ e se de fato há uma “crise de identidade”. Segundo ele, a identidade na pós-modernidade é marcada, em verdade, por “múltiplas identidades”. Para que tenha lugar reconhecido na sociedade pós-moderna, ao sujeito resta identificar-se com diversos grupos e segmentos sociais, tendo em vista o caráter dinâmico assumido pela sociedade contemporânea. Esse processo de identificação no qual se projetam as identidades culturais é cada vez mais provisório e variável (HALL, 2006, p. 12), exatamente porque o sujeito encontra-se em diversos espaços sociais. Na pós-modernidade, a “identidade plenamente unificada, completa, segura e coerente é uma fantasia.” (HALL, 2006, p. 13). Assim, manifesta-se hoje que muitos dos

³ Não há consenso entre os autores sobre a utilização das terminologias *modernidade* e *pós-modernidade*. Entende-se como *pós-modernidade* o atual momento, calcado na efemeridade das relações sociais; a relação homem x tecnologia; na superficialidade das discussões.

sujeitos na contemporaneidade têm dificuldades em “identificar-se”, tendo em vista essa gama de *identidades* abertas nesse jogo da pós-modernidade apresentado por Hall⁴.

Há de se destacar também o que o autor chama de *jogo de identidades*, quando o sujeito, por interesses ou conveniência, se apropria de uma identidade em detrimento de outras, a partir de uma situação específica apresentada, ou como o sujeito é interpelado e por quem. Destaca-se que ele não criará uma identidade que não lhe pertence, apenas terá a liberdade de escolher uma identidade que possa se sobressair sobre as demais, com o objetivo de encarar uma dada situação.

Essa liberdade de escolha de identidade acentuou-se com a afirmação de direitos trazidos pelos novos ordenamentos constitucionais, que reconhecem através desses dispositivos o processo de marginalização histórica ao qual estavam alguns sujeitos. Tais sujeitos estarão assim mais confortáveis em adotar uma ou outra identidade a partir do seu espaço e de suas relações individuais e/ou sociais com outros indivíduos e/ou grupos e coletividades⁵. Portanto, “a construção da identidade, [...], é guiada pela lógica da racionalidade do *objetivo*” (BAUMAN, 2005, p. 55). Assim, a construção das *identidades* é pautada a partir das mudanças sociais trazidas pela evolução da humanidade, dependendo ainda do espaço e do tempo onde o indivíduo esteja inserido. Trata-se de *identidades politizadas*, tendo em vista que ela muda conforme esse sujeito é interpelado ou apresentado na sociedade, não sendo algo automático. (HALL, 2006, p. 21).

Hall (2006) trabalha a partir da estruturação de três concepções de sujeitos: o centrado, pautado na racionalidade característica do período Iluminista; o sociológico; e, por fim, o sujeito pós-moderno. Como dito, na primeira concepção, a identidade do sujeito é pautada no *indivíduo* enquanto personagem principal da formação/construção da história social. Na concepção do sujeito sociológico, a identidade do indivíduo é construída a partir de uma vivência nos mais diversos espaços de vida, envolto em uma complexidade de relações que a concepção individualista não é capaz de satisfazer. Para o autor, o sujeito tem um “núcleo” ou “essência interior”, que lhe é própria, mas formada a partir da interação entre o sujeito e a sociedade. Já na terceira concepção (também conhecido como *sujeito descentrado*), a identidade é constituída a partir de suas várias experiências de vida, mas, ao contrário da concepção do sujeito sociológico, nesta as múltiplas experiências também estão fragmentadas

⁴ “Poucos de nós, se é que alguém, são capazes de evitar a passagem por mais de uma ‘comunidade de ideias e princípios’, sejam genuínas ou supostas, bem-integradas ou efêmeras, de modo que a maioria tem problemas em resolver (para usar os termos cunhados por Paul Ricoeur) a questão de *la mêmète* (a consistência e continuidade da nossa identidade com o passar do tempo)”. (BAUMAN, 2005, p. 19).

⁵ “As ‘identidades’ flutuam no ar, algumas de nossa própria escolha, mas outras infladas e lançadas por pessoas em nossa volta” (BAUMAN, 2005, p. 19).

em várias identidades, podendo ser contraditórias ou não. As identidades do sujeito pós-moderno tornaram-se provisórias e variáveis, características da própria pós-modernidade, e “esse processo produz o sujeito pós-moderno, conceptualizado como não tendo uma identidade fixa, essencial ou permanente”. (HALL, 2006, p. 12).

Sobre *identidade*, Bauman (2005) afirma que nessa busca incessante por algo concreto, as pessoas perseguem o ideal, o “impossível”. Aqui se percebe uma similaridade com o pensamento de Stuart Hall⁶. Para eles, as *identidades* são negociáveis e revogáveis, dependendo das decisões que o próprio indivíduo toma (BAUMAN, 2005, p. 17). Essa escolha de identidades permite que sujeitos possam romper com uma esfera de estratificação e de caráter diferenciador. Um indígena, a partir do momento que ele se identifica desta forma, estará reforçando um caráter de diferenciação dos segmentos sociais hegemônicos e dominantes, reforçando assim uma carga de preconceito construído a partir de um senso comum. Contudo, o que parece ser um paradoxo, em verdade é uma forma de buscar o acesso a mecanismos de inclusão estabelecidos por instrumentos sociais, políticos e/ou jurídicos.

A partir desse debate é possível avançar na ideia da (des)construção de uma *identidade nacional*, e se esta vem sendo afetada pelo processo de descentramento da identidade na pós-modernidade⁷, em especial pelo avançado grau de globalização vivenciado ao longo do último século. Contudo, importa destacar que esse processo de descentramento não é algo da contemporaneidade (SEN, 2010, p.19). Durante séculos de contatos entre os mais diversos povos e culturas (desde o que se convencionou chamar de *Pré-História* até os dias atuais), a humanidade esteve envolta em processos de transculturalismos.

No final do século XX e início do século XXI, a debate sobre identidades ganhou impulso a partir desse intenso processo de globalização vivenciado pela humanidade, de uma forma tão acelerada como nunca antes vista na História. O rompimento de fronteiras político-geográficas culminou em um novo redesenho social. Nesse aspecto, Hall (2006) aponta três possíveis consequências na descentração das identidades. Para ele, a) as identidades nacionais

⁶ Apesar das similaridades apontadas entre os autores, faz-se importante destacar nesse ponto que as noções de *identidade* trazidas pelos autores divergem em um ponto essencial para a perfeita compreensão desse trabalho: o caráter de como essa identidade é percebida. Bauman, tendo em vista o seu *ethos*, traz a discussão sobre a identidade a partir do conceito de indivíduo. Poderia-se identificá-lo como o *sujeito centrado*, apresentado por Hall. Já para este, a discussão sobre identidade passa pela posição do sujeito enquanto membro de uma coletividade. Apesar dessa contraposição, os referidos autores, rompem com um processo tradicional de afirmação/construção de identidade enquanto algo estanque, sendo assim passível de mutabilidade a partir do espaço social do(s) sujeito(s).

⁷ Como exemplo disso nos dias atuais e no cenário objeto deste trabalho, Sorj e Martuccelli (2008) apresentam que, na Bolívia e no Equador (países que recentemente promulgaram Constituições reconhecendo esses Estados como plurinacionais), a maioria dos indígenas é de camponeses, experimentando assim identificações de classe e etnia como parte de uma mesma identidade.

estão se “desintegrando”, como resultado de uma homogeneização cultural; b) as identidades nacionais estão sendo reforçadas pela resistência à globalização; e c) as identidades nacionais estão em declínio e novas identidades – híbridas - estão tomando seu lugar. Essas possíveis consequências podem advir de forma conjunta ou isolada, o que é mais comum. As duas últimas consequências, por exemplo, apontam para divergências entre si, e que podem ocorrer conforme aspectos culturais, sociais e políticos de cada povo e/ou região do planeta.

Bauman (2005) destaca a formação dos Estados Modernos e o surgimento das *identidades nacionais*, como tentativas de criar elos sociais, políticos e geográficos entre culturas e povos diversos, com o objetivo principal de fortalecer a soberania desses Estados. Assim, a questão da identidade estaria, em tese, resolvida, fazendo um alinhamento entre a *identidade* e a *nacionalidade*. Todos os nacionais teriam, por consequência, a mesma identidade. Essa ideia de identidade nacional como instrumento de reforço da soberania é tratada por Bauman (2005, p. 26-27) como uma grande ficção.

Nascida como ficção, a identidade precisava de muita coerção e convencimento para se consolidar e se concretizar numa realidade (mais corretamente: na única realidade imaginável) – e a história do nascimento e da maturação do Estado moderno foi permeada por ambos. [...] O Estado buscava a obediência de seus indivíduos representando-se como a concretização do futuro da nação e a garantia de sua continuidade.

Por outro lado, o processo de globalização tem fortalecido a construção de sólidas bases de identidades locais/regionais/comunitárias, o que tem se tornado cada vez mais importante. Assim, quanto mais a vida social se torna mediada pelo mercado global⁸, mais as identidades se tornam desvinculadas de tempos, lugares e tradições específicas (HALL, 2006, p. 75). Tal movimento tem levado ao retorno das etnias e identidades locais, o que, à primeira vista, pode parecer um contrassenso, mas a tendência homogeneizadora também gera uma “fascinação pela diferença e com a mercantilização da etnia e da alteridade” (HALL, 2006, p. 77).

Tais identidades são formadas e construídas no interior do que Hall (2006) chama de *representação*, através da construção de signos e narrativas próprias, criando a sensação de pertencimento. Assim, as culturas e identidades nacionais são discursos que precisam ser analisados. Para ele, as identidades nacionais “não são coisas com as quais nós nascemos, mas

⁸ Essa tendência também é apontada por Bauman (2005, p. 34) quando afirma que a transferência da mão de obra e dos mercados, os Estados estão menos sujeitos ao que ele chama de “fervor patriótico”, ou seja, de requerer de seus cidadãos a consolidação dessa “identidade nacional”. Para ele, esse “patriotismo” foi transferido para o mercado.

são formadas e transformadas no interior de uma *representação*” (HALL, 2006, p. 48). Destaca-se que as identidades nacionais não levam em conta apenas a entidade política, mas também outros aspectos, como o cultural. Por isso, fala-se não apenas na “nação brasileira”, mas também em *nações indígenas*.

Aqui se entra em um ponto controverso. As identidades nacionais seriam identidades unificadoras? Para Hall (2006, p. 62), as modernas nações ocidentais (e aqui destacamos as nações latinoamericanas) são todas híbridas culturais. As identidades apresentadas nesses países descontroem a ideia de “cultura nacional”. Isso então fundamenta o que se pode chamar de “novo constitucionalismo americano” e a formação de Estados Plurinacionais, uma vez que estes reconhecem a existência em seu território de povos com as mais diversas matizes e identidades distintas daquelas que originaram tais Estados (a identidade ocidental europeia, nesse caso). Assim, ele solapa a ideia de nação enquanto identidade cultural unificada. Para o autor, as identidades nacionais não subordinam todas as outras formas de diferença e não estão livres do jogo do poder, divisões e contradições internas e diferenças sobrepostas. Esse movimento de reconhecimento constitucional das diversidades e múltiplas identidades em um Estado surge no início do século XXI na América Latina, com a formação de Estados Plurinacionais (ALBÓ, 2009, p. 107). Nesses Estados, não se fala mais em uma identidade nacional específica, mas sim em identidades constitutivas de uma nação.

Bauman (2005) coaduna com o pensamento de Hall (2006), de que a identidade nacional é apenas uma ficção. “Essa ideia [da identidade nacional] foi forçada a entrar na *Lebenswelt* de homens e mulheres modernos – e chegou como uma ficção”, afirmou ele. Ainda nesse sentido, merece destaque a seguinte passagem:

A ideia de ‘identidade’ nasceu da crise de pertencimento e do esforço que esta desencadeou no sentido de transpor a brecha entre o ‘deve’ e o ‘é’ e erguer a realidade ao nível dos padrões estabelecidos pela ideia – recriar a realidade à semelhança da ideia. (BAUMAN, 2005, p. 26).

Importante aqui destacar, em breve linhas, o nascimento das *identidades unificadoras*. Com o surgimento dos Estados Modernos, se necessitava consolidar um modelo de sociedade que não estivesse mais pautada na descentralidade, muito comum nas sociedades feudais (BAUMAN, 2005, p. 25). Nesse processo de formação e consolidação dos Estados Modernos, seus dirigentes (muitos deles monarcas absolutistas) necessitavam dar respostas eficazes e demonstração de força na conquista de novos territórios, com o objetivo de

expandir o poderio militar e econômico. A ideia de construção de uma identidade comum a indivíduos e grupos sociais que possuíam características sociais e culturais próprias e distintas passou a ser peça-chave nesse processo. Esse movimento pode ser percebido na formação da atual Espanha. Somente a partir da criação de uma identidade artificial (a identidade de cidadão/cidadã espanhol/a), o Estado conseguiu juntar forças e expandir seu domínio na era colonial dos séculos XV a XVII. Mesmo nascendo como uma ficção, a identidade nacional valeu-se da coerção e do medo para que se consolidasse e transformasse em algo cultural dentro de uma sociedade, valendo-se sobretudo da veia absolutista e autoritária presente na grande maioria deles. Apesar das regras limitadoras, é possível que, por critérios meramente artificiais e/ou geográficos, indivíduos possam escolher ou ter nacionalidades originárias, valendo-se de acordos e regras da diplomacia internacional, sem levar em consideração laços afetivos/culturais com seus ancestrais.⁹ Ainda segundo o autor,

Quando a identidade perde as âncoras *sociais* que a faziam parecer ‘natural’, predeterminada e inegociável, a ‘identificação’ se torna cada vez mais importante para os indivíduos que buscam desesperadamente um ‘nós’ a que possam pedir acesso. (BAUMAN, 2005, p. 30).

Nesse momento, é fundamental trazer a distinção levantada por Geneviève Zubrzycki (2002) citado por Bauman (2005, p. 66) acerca dos critérios estabelecidos para a definição dos conceitos de *identidade nacional* e *identidade cultural*.

Segundo o modelo cívico da nacionalidade, a identidade nacional é puramente política. Nada mais é do que a escolha do indivíduo de pertencer a uma comunidade baseada na associação de indivíduos de opinião semelhante. A versão étnica, ao contrário, sustenta que a identidade nacional é puramente cultural. A identidade é dada aos nascer; ela se impõe sobre o indivíduo.

Bauman (2005), então, reafirma o poder monopolizador da identidade nacional, e que esta só permitiria ou toleraria a coexistência de outras identidades quando estas não colidissem com a primeira, o que, caso acontecesse, deveria gerar “irrestrita prioridade de lealdade nacional” (BAUMAN, 2005, p. 28). Com o fim do Estado enquanto agente promotor

⁹ Exemplo disso é o que dispõe o artigo 12, II, alínea *a* da Constituição Brasileira, que assegura a naturalização aos “que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral”. Adotam-se critérios meramente formais e vagos. Nota-se que a Constituição Brasileira exige que o indivíduo apenas nasça em países de língua portuguesa, que tenha residência ininterrupta no país por apenas um ano e que tenha “idoneidade moral”. No primeiro requisito aponta-se uma situação interessante. O indivíduo oriundo de Angola, por exemplo, mas que não fala o português (e sim um dos diversos dialetos e línguas existentes no país) pode, desde que cumpridos os outros requisitos, requerer a cidadania brasileira e, conseqüentemente, a identidade nacional de brasileiro.

da economia e do papel produtivo, rompe-se a obrigatoriedade exercida pelo Estado na garantia da identidade nacional, pois o indivíduo já não possui um papel de relevância para esse sistema. Desta forma, livre de quaisquer amarras institucionais/governamentais, o sujeito busca outras identidades, que se assemelhem às suas experiências de vida, à sua história. Nesse processo, ganham fôlego as ações de fortalecimento da autoidentificação, inclusive com o reconhecimento institucional dessa forma de construção/fortalecimento de identidades.

A construção dessa identidade cultural é apresentada por Castells (1999, p. 23-24) como fonte a partir do que ele denomina de *processo de individuação*. Aponta ainda que as identidades só são incorporadas pelos indivíduos a partir do momento em que eles internalizam o que é determinado pelas instituições predominantes, pois são processos de autoconstrução realizados pelos sujeitos. Esse processo de construção, segundo ele, ocorre em um contexto marcado, principalmente, pelas relações de poder. Castells (1999) apresenta três formas de construção de identidades¹⁰, sendo a identidade de resistência¹¹ aquela que, em íntima relação com a identidade cultural trazida por Zubrzycki (apud BAUMAN, 2005), é capaz de responder aos anseios dos grupos e coletivos historicamente marginalizados. É também a essa identidade que se refere os instrumentos normativos mais recentes garantidores dos direitos desses mesmos sujeitos.

Contudo, também observa Castells (1999) que essas formas de identidade não são estanques, e, como estão envolvidas nessa sociedade globalizada - em rede, como ele define - em constante processo de mutação, elas podem transformar-se entre si. Para ele, “a dinâmica das identidades [...] evidencia que [...] nenhuma identidade pode constituir uma essência, e nenhuma delas se encerra [...]” (CASTELS, 1999, p. 24), sendo comum que as identidades de resistência transformem-se em identidades de projeto.

Esta, por sua vez, se constituída dentro de uma sociedade em rede, pode originar-se, em muitos casos, a partir de processos de resistência de comunidades. Castells (1999, p. 25) apresenta a identidade de resistência como identidade em um processo de resistência coletiva diante de uma opressão, fundamental para que o coletivo suporte tal opressão e reaja de forma a combatê-la. A íntima relação entre identidade de resistência e identidade de projeto encontra-se justamente na possibilidade de que aquele grupo que luta contra a

¹⁰ Mais sobre o assunto, ver Castells (1999, p. 24)

¹¹ Identidade de resistência é definida por Manuel Castells como a “criada por atores que se encontram em posições/condições desvalorizadas e/ou estigmatizadas pela lógica da dominação, construindo assim trincheiras de resistência e sobrevivência com base em princípios diferentes dos que permeiam as instituições da sociedade, ou mesmo opostos a esses últimos.

opressão possa, em um segundo momento, ver esse projeto como o de uma sociedade ideal, contra todas as opressões junto aos mais diversos grupos.

Quando Castells (1999) analisa a identidade e questão étnica nos Estados Unidos, ele aponta a relação de invisibilidade e anonimidade que esses indivíduos têm naquela sociedade, e que, para romper com essa indivisibilidade, houve um fortalecimento do sentimento de coletividade. O mesmo pode-se dizer dos movimentos indígenas e afrodescendentes na América Latina, pois essa invisibilidade (política e jurídica) esteve presente durante séculos na história de diversos países. O fortalecimento desses movimentos, como se verá mais adiante, consolidou-se a partir do momento em que os mesmos começaram a trabalhar a perspectiva de sua identidade a partir dos grupos coletivos aos quais estão inseridos, principalmente os territoriais.

A partir dessa análise da sociedade afro-americana da década de 1960, ele conclui que a questão étnica, na construção dessa identidade, está integrada com “comunidades culturais” tão ou mais fortes, passando a etnia a constituir a “base para a construção de trincheiras defensivas, territorializadas em comunidades locais, ou mesmo sob a forma de gangues, na luta por seu próprio espaço” (CASTELLS, 1999, p. 78). Aqui também pode ser feita uma relação direta com os povos indígenas e tribais da América Latina, protegidos juridicamente pela Convenção nº 169 da OIT. O reforço da questão étnica proporcionada por esse instrumento normativo cria as bases procedimentais para essa “trincheira defensiva” na luta pelos seus territórios frente a processos de desterritorialização capitaneados por grandes empresas transnacionais e pelo próprio Estado. Essa construção da identidade coletiva é realizada através de um sentimento de pertencimento presente em diversos desses indivíduos, levando-se em consideração todas as ligações culturais desses povos, em processos de resistência contra o poder opressor. Assim, essa identidade coletiva é construída a partir das lutas e mobilizações desses grupos.

Nos estudos sobre as identidades territoriais a partir de movimentos urbanos, Castells (1999) aponta que eles estão voltados a três metas principais: 1) necessidades urbanas de condições de vida e consumo coletivo; 2) afirmação da identidade cultural local; e 3) conquista da autonomia política local e participação na qualidade de cidadãos (CASTELLS, 1999, p. 79). Aqui é possível mais uma vez fazer um diálogo desses conjuntos apontados pelo autor com o que dispõe a Convenção nº 169 da OIT, quando esta garante que aos povos indígenas e tribais lhes sejam assegurados a participação no processo de desenvolvimento, a garantia de sua identidade (a partir do critério da auto-definição), e a observância do respeito

à participação democrática estabelecida no processo de consulta prévia¹². Conclui o autor que, a partir desses elementos,

[...] as comunidades locais, construídas por meio da ação coletiva e preservadas pela memória coletiva, constituem fontes específicas de identidades. Essas identidades, no entanto, consistem em reações defensivas contra as condições impostas pela desordem global e pelas transformações, incontroláveis e em ritmo acelerado. Elas constroem abrigos, mas não paraísos. (CASTELLS, 1999, p. 84).

O debate sobre identidade e identidade nacional também é objeto de análise e discussão entre os principais jusfilósofos da atualidade. Rosenfeld (2003) reflete o pluralismo, a democracia e o constitucionalismo contemporâneos e como isso incide sobre o debate do sujeito constitucional. Sua obra começa abordando o que ele considera como “a natureza evasiva do sujeito e da identidade constitucionais”, passando pela posição desse sujeito, o instrumental reconstrutivo desse recurso e, por fim, sua conclusão.¹³

Nessa primeira parte, discorre sobre os sentidos evasivo e problemático da identidade do sujeito constitucional, partindo do pressuposto, inclusive da ambiguidade do termo sujeito constitucional. Quem seria esse sujeito? O cidadão? O constituinte originário? Aqui, o autor dialoga com Stuart Hall (2006) e Bauman (2005) sobre o pluralismo de identidades e do confronto entre a identidade constitucional e as outras identidades relevantes. A identidade constitucional de Rosenfeld se assemelha com a identidade nacional apresentada por Bauman (2005). Assim, os motivos do confronto também são similares. Para Rosenfeld (2003, p. 22), “a identidade constitucional é problemática porque além de permanecer distinta e oposta a outras identidades relevantes, é inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir sentido suficientemente determinado ou determinável.”

Ou seja, a identidade constitucional, para ter conteúdo, precisa valer-se do conteúdo das outras identidades relevantes. Por fim, a identidade constitucional é fruto de um processo dinâmico, sempre capaz de sofrer revisões, haja vista a mutabilidade das relações sociais no decorrer da vigência de um texto constitucional. Veja-se, por exemplo, o caso da escravidão na sociedade norte-americana, trazido pelo autor. A mesma Constituição que garantia a liberdade individual dos cidadãos também permitia a escravidão antes da Emenda Constitucional nº 13. Outro exemplo é a expressão “Nós, o Povo”, que têm sujeitos constitucionais distintos em 1787 e 2015. Tendo em conta que o sujeito constitucional para Rosenfeld (2003, p. 41) não pode ser personificado – ele seria a união dos diferentes sujeitos

¹² Ver artigos 1º, 6º e 7º da Convenção nº 169 da OIT.

¹³ Discussão travada na obra *A identidade do Sujeito Constitucional*

envolvidos no processo: constituintes, intérpretes, etc – há que se falar em uma auto-identidade constitucional como algo que circula em torno das antinomias do sistema jurídico.

Em um segundo estágio da fase de construção dessa identidade constitucional, o sujeito acaba incorporando, de forma seletiva, as identidades descartadas. Rosenfeld (2003) alerta que isso não significa um retorno às identidades abandonadas, mas sim aquelas identidades que possam se moldar à nova identidade do sujeito. Assim, posteriormente, elas se combinam entre si, constituindo novos modos e identidades mais plurais e diversas.

Portanto, a identidade do sujeito constitucional não é algo concreto, conceituável, mas algo que é construído a partir de várias premissas, inclusive com a renúncia primária de identidades prévias “concorrentes” com a identidade constitucional, e que, paradoxalmente, se utiliza dessas identidades prévias no processo de construção, com novas nuances.

No cenário atual, o processo de globalização econômica tem influenciado decisivamente o debate e as escolhas das identidades, notadamente sobre o poder de coerção sobre seus cidadãos na definição das identidades nacionais. Com o advento do neoliberalismo após o fim da Guerra Fria, o Estado transferiu para os mercados financeiros a tarefa de produção econômica, e com isso, se viu desnecessária a imposição de um sentimento patriótico nacionalista. “Até mesmo o patriotismo, o ativo mais zelosamente preservado pelos estados-nações modernos, foi transferido às forças do mercado [...]” (BAUMAN, 2005, p. 34). Assim, livres de maiores coerções das forças estatais, os indivíduos se sentiram mais livres para afirmar/construir identidades a partir de outros espaços históricos, sociais e culturais. Bauman (2005) revela também a complexidade e as contradições dessa era líquida-moderna, revelando as identidades como aspectos mais evidentes da ambivalência que tem marcado esses nossos tempos.

O anseio por identidade vem do desejo de segurança, ele próprio um sentimento ambíguo. [...] Por outro lado, uma posição fixa dentro de uma infinidade de possibilidades também não é uma perspectiva atraente. Em nossa época líquido-moderna, em que o indivíduo é livremente flutuante, desimpedido, é o herói popular, ‘estar-fixo’ – ser ‘identificado’ de modo inflexível e sem alternativa – é algo cada vez mais malvisto. (BAUMAN, 2005, p. 35).

No que toca à realidade local, os Estados nacionais latino-americanos seguiram uma lógica de criação a partir do modelo importado da Europa. Isso significou uma predileção pelos direitos individuais em detrimento dos coletivos, o que teve um impacto negativo na relação dos povos indígenas com o Estado, na medida em que este renegou o reconhecimento e o acesso a direitos (sobretudo aos seus territórios) aos povos originários. Como privilegiavam o ser individual, a política de identidade na América Latina foi construída,

originariamente, em bases integracionistas, com o objetivo de que os indígenas (e outros povos) rompessem com suas identidades tradicionais e assimilassem a cultura e a identidade ocidental, incluindo-os em modelos societário e econômico que os mesmos não se adequariam. A política desses países foi, ao longo de décadas, fazer com que esses sujeitos se reconhecessem, se identificassem enquanto indivíduos, sujeitos de direitos, cidadãos ocidentais, “capazes de negociar juridicamente, sem reconhecer seus direitos coletivos”.¹⁴

O grande equívoco na construção dessas identidades nacionais nos últimos séculos foi a negação em construí-las (ou forjá-las) desconsiderando a História desses povos e nações, o que levou (e ainda tem levado) a dificuldades de reconhecimento e implementação de direitos para diversos segmentos sociais. Na lógica do processo de homogeneização das culturas, o estabelecimento de elos mínimos (muitos deles impostos) para formação de uma identidade nacional rompeu com histórias e culturas pré-existentes. Diante disso, construir uma identidade nacional revelou-se bem difícil. Sorj e Martuccelli (2008) fazem uma crítica a implantação de políticas de reconhecimento e fortalecimento de identidades étnicas e do pluralismo jurídico por parte dos governos de centro-esquerda, mais progressistas. Para os autores, essas políticas foram implantadas sem a necessária consideração sobre os possíveis custos (em sentido amplo) para a “coesão social e as instituições democráticas”, revelando-se verdadeiro ato de reconhecimento simbólico. (SORJ; MARTUCCELLI, 2008, p. 245).

Essas novas identidades apresentadas por Hall (2006) estão alinhadas à concepção do sujeito pós-moderno, como apresentado. Na globalização da pós-modernidade, o tempo e o espaço tornam-se coordenadas básicas em todos os sistemas de representação.¹⁵ A globalização tem tido assim o efeito de enfraquecer as formas nacionais de identidade nacional e cultural, mas conservando uma linha central, mantendo quase incólume os direitos de cidadania e individuais, contribuindo com o fortalecimento das identidades locais, regionais e comunitárias. (HALL, 2006, p. 73). O que, em um primeiro momento pode parecer uma contradição, na verdade amolda-se como uma estratégia para que tais grupos possam resistir e não desaparecer nesse novo cenário. No contexto da globalização de massa,

¹⁴ SOUZA FILHO (2010, p. 78). Ademais, Sorj e Martuccelli (2008) afirmam que a identidade nacional que passa por um processo de crise é aquela “referente ao período estatal-nacional: aquela que durante o século XX, com maior ou menor êxito conforme o país, ofereceu às classes médias e aos setores populares um discurso integrador”, discurso esse que mostrou-se falho por conta da impossibilidade de um processo completo de integração social sem levar em consideração as características peculiares de cada sujeito ou coletivo que estão dentro de um mesmo espaço territorial.

¹⁵ Meios de representação como a escrita, pintura, arte, filmes, fotografias, comunicação, dentre outros, segundo Stuart Hall.

Quanto mais a vida social se torna mediada pelo mercado global de estilos, lugares, imagens, pelas viagens internacionais, pelas imagens da mídia e pelos sistemas interligados de comunicação, mais identidades se tornam desvinculadas – desalojadas – de tempos, lugares, histórias e tradições específicos e parecem ‘flutuar livremente’ (HALL, 2006, p. 75).

Por isso a necessidade de autoafirmação de povos originários da América Latina. Hall (2006) afirma que o processo de globalização tem levado ao local, a um “retorno da etnia”, muitas vezes como estratégias de garantias de direitos básicos.¹⁶ Os *enclaves étnicos* latino-americanos são os povos indígenas e afrodescendentes, historicamente marginalizados e confinados em verdadeiros guetos, que, apenas nas últimas décadas, começam a ter garantias fundamentais para a preservação de sua cultural e existência, bem como, também ter a possibilidade de assumir um protagonismo político antes restrito às elites de origem colonizadora, mesmo aqueles sendo maioria ampla em alguns Estados nacionais.

Os novos direitos surgidos na América Latina a partir da década de 1990 são resultados de um processo de reivindicações dos movimentos indígenas e de outros povos que questionaram essa imagem e os discursos unificadores dos Estados nacionais da região, construídos em cima da marginalização e extermínio de boa parte desses grupos. O avanço da globalização contribuiu ainda mais para o enfraquecimento dessas identidades forjadas e o fortalecimento de novas identidades locais (SORJ; MARTUCCELLI, 2008) regionais e até mesmo supracionais.¹⁷

É possível perceber dois enfoques distintos na discussão da temática indígena e da implementação de políticas a partir do reconhecimento de suas identidades. O primeiro ocorre quando tais povos são grupos minoritários dentro a sociedade e o processo de autoidentificação é instituído para garantir a sobrevivência desses grupos. No outro, tais grupos constituem-se parte significativa (ou maioria) da sociedade em geral, tendo o processo de reconhecimento de sua identidade como um fator crucial para a igualdade de direitos e de representação política desses sujeitos.¹⁸ Todos os dois enfoques completamente legítimos. Segundo Sorj e Martuccelli (2008, p. 252), nesse processo de reconhecimento e fortalecimento dessas identidades,

¹⁶ O autor cita como exemplo a formação de minorias étnicas oriundas de países da periferia do sistema capitalista para os países centrais, na busca de chances e oportunidades que o próprio sistema capitalista, em conjunto com o processo de globalização econômica, não tem dado em seus locais de origem. Assim, a formação de “minorias” de latinos nos Estados Unidos, de argelinos na França, de africanos na Itália, turcos na Alemanha, dentre outros. Segundo Hall, “esses ‘enclaves’ étnicos minoritários no interior dos estados-nação do Ocidente levou a uma ‘pluralização’ de culturas nacionais e de identidades nacionais.”

¹⁷ Veja-se, por exemplo, o crescimento do sentimento de “povo sulamericano”, ou “dos latinos”, identidade que ultrapassa as fronteiras dos Estados Nacionais das Américas do Sul e Latina, respectivamente.

¹⁸ (SORJ MARTUCCELLI, 2008, p. 248).

É evidente que sua motivação [dos indígenas] fundamental não é a necessidade de se fecharem sobre si mesmos, de se entrenchear em seus territórios, de se rodearem de proteções para sobreviver como indígenas. Pelo contrário, em suas lutas buscam sair da marginalização e se envolver na política para ‘indigenizar’ a Bolívia e o Equador; quer dizer, para conseguir que as instituições, a cultura, a distribuição do poder econômico e do político e a vida pública em geral reflitam a realidade de países nos quais a maioria ou um setor grande da população é indígena. Em última instância, o que buscam é ser incluídos dentro do Estado-nação a partir de um estatuto de igualdade cidadã efetiva.

Outro fator que propiciou o surgimento desses novos direitos foi o reconhecimento da diferença. O paradigma de que “todos são iguais perante a lei” começou a ser desconstruído na medida em que os sujeitos e grupos mais vulneráveis na sociedade começaram um processo de luta por visibilidade, conquista e efetivação de direitos, com medidas urgentes que corrigissem a negação de tais. Assim, “a ideia do funcional/identitário passou a disputar o monopólio da ideia do universal/igualitário até então incontestado.” (SANTOS, 2013, p. 79). Em muitos Estados, o reconhecimento da diferença veio acompanhado de medidas e políticas de inclusão (as chamadas *políticas afirmativas*), consolidadas a partir das características e especificidades de cada um desses sujeitos e grupos.

Esse processo da globalização enquanto agente catalisador como fator de promoção da diversidade cultural também é compartilhada por outros autores. Costa (2009) afirma que essa intensificação do processo de intercâmbio entre os povos revelou a dificuldade que as nações (como as conhecemos hoje) tem para operar um “núcleo central comum”. Ainda segundo Costa (2009), esse intercâmbio de pessoas contribuiu como forte movimento de resistência à “pressão homogeneizadora de uma cultura global”, e acabou ajudando a produzir diversos valores culturais e formas de viver e enxergar o mundo (COSTA, 2009, p. 35). Ele aponta a identidade como uma categoria política, que está calcada na legitimidade das reivindicações identitárias a partir do processo de construção e representação políticas, e quaisquer dessas identidades culturais (sejam elas étnicas, nacionais, religiosas, sociais, etc) ganham respaldo na medida em que sejam reconhecidas socialmente, tendo por base um discurso de um repertório complexo (COSTA, 2009, p. 51).

Quando o Estado intervém para identificar os sujeitos, desde uma concepção previamente concebida e tendo como base conceitos (pré) determinados, corre-se o risco de desatar os laços de edificação histórica da diversidade cultural, rompendo-se com o paradigma da construção da identidade a partir do próprio sujeito, como apresentado por Hall (2006). O Estado deve estar sempre atento para garantir a efetividade de direitos e a execução de políticas públicas partindo da constituição de identidades dos indivíduos e das coletividades,

que, à guisa de entendimentos anteriores, se complementam a partir do espaço que os enxergamos e onde estão dispostos na nossa sociedade

2.2 Globalização, Universalismo e Multiculturalismo: uma relação simbiótica

Para entender a importância do multiculturalismo, é crucial que se faça a discussão sobre o processo de globalização e como ele tem sido fator preponderante na formação cultural dos povos. De início, é importante destacar que existem globalizações (SANTOS, 2010) que estão disseminadas pelos mais diversos campos sociais, mas em especial, na economia, na política e na cultura. Conceituando-a, o sociólogo português afirma que a globalização “é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou entidade rival” (SANTOS, 2010, p. 433). Assim, aquilo que se entende por globalização ocorre quando certo aspecto ou condição local ganha proporções mundiais, a partir de influências (que podem ser militares, econômicas, políticas). É o que Santos (2010) denomina de localismo globalizado, e sua capacidade de reforçar os aspectos e características locais. Analisando por esse prisma, o fenômeno da globalização não é algo recente, remontando à própria história da humanidade.

Santos (2010) destaca ainda outra forma de globalização: o globalismo localizado. Nela há um forte impacto das práticas e ações transnacionais em espaços e condições locais. Esse tipo de globalização é mais comum nos países que estão localizados à margem do processo de desenvolvimento econômico capitaneado por algumas economias centrais. Aos países periféricos desse modelo cabe, por exemplo, a produção de matéria-prima para fornecimento aos países centrais.

O crescente debate sobre a construção e fortalecimento da identidade levou, por consequência, à ampliação das discussões sobre a diversidade de culturas, especialmente a partir da segunda metade do Século XX, tendo o Holocausto exposto para os organismos internacionais a necessidade de proteção às diversas matizes culturais, em especial daquelas chamadas “minorias”. É evidente que se reconhece todas as violações culturais cometidas ao longo dos séculos passados em diversos lugares do mundo e contra as mais diversas civilizações, como as indígenas, as africanas e orientais, por exemplo. Ressalte-se que,

infelizmente, apenas a partir das barbáries cometidas contra a população judaica durante o período da Segunda Guerra Mundial que houve o fomento desse debate¹⁹.

O processo de discussão sobre a proteção à diversidade cultural e o reconhecimento do multiculturalismo se fortaleceu a partir dos diálogos travados em duas grandes conferências internacionais: uma na cidade de Bandung, na Indonésia, e outra na cidade de Teerã, no Irã. A Conferência de Bandung, realizada entre os dias 18 a 24 de abril de 1955, reuniu mais de duas dezenas de países asiáticos e africanos. Era a primeira vez que muitos desses países se reuniam como Estados Independentes, após de libertarem do processo de neocolonização imposto pelos países ocidentais (notadamente os europeus) no início do século XX. A referida conferência como objetivo primordial a discussão sobre a descolonização e o processo de auto afirmação desses povos. Sua importância se destaca a partir dos novos paradigmas da construção dos direitos humanos e a declaração sobre a livre determinação dos povos (CLAVERÓ, 2011, p. 43). Tratou-se do início do reconhecimento internacional sobre os destinos que cada um dos diferentes povos do planeta poderia ter, a partir de decisões próprias, sem interferências externas, livre de serem subjugados por outros povos e culturas. Destaca-se que, ainda no auge do neocolonialismo, o discurso da descolonização ainda enfrentava resistência por parte do Ocidente global. Ao reunir países dominados por outros povos, a Conferência de Bandung teve a legitimidade do discurso como um dos fatores que mais contribuíram para a aceleração com o rompimento do neocolonialismo do século XX, concluindo assim pela livre determinação dos povos como um direito humano fundamental. (CLAVERÓ, 2011, p. 34).

Um marco na mudança de paradigma no processo de descolonização e afirmação do multiculturalismo foi a realização da primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1968, na cidade de Teerã. Essa conferência reforçou o (ainda presente) processo de colonialismo dos países europeus, bem como rechaçou a ideia de universalização dos direitos humanos. Contudo, apesar da sua aparência progressista, aponta Claveró (2011, p. 35) que tal conferência foi um retrocesso no

¹⁹ Importa destacar que foi a Organização das Nações Unidas (ONU), criada a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quem impulsionou o debate sobre a diversidade cultural. Antes da sua criação, a Liga das Nações (criada após o fim da Primeira Guerra Mundial) não estava configurada para alcançar os mesmos objetivos que a ONU. A Organização Internacional do Trabalho (OIT), de maneira tímida, promulgou algumas Convenções sobre populações indígenas na primeira metade do Século XX. Contudo essas primeiras convenções trabalham os indígenas como povos a serem integrados na sociedade moderna, com caráter nitidamente assimilacionista, devendo o Estado garantir todos os meios para que isso ocorresse. Não possuíam o objetivo de preservar suas culturas e reconhecer esses povos enquanto sujeitos partícipes do processo de desenvolvimento nacional dos países signatários.

processo de entendimento dos direitos humanos e seu caráter universal, com o fortalecimento do argumento do relativismo cultural entre os povos.

Para o autor, esse posicionamento refletia apenas a intenção de encobrir regimes ditatoriais em muitos desses países. Para muitos desses Estados, a Declaração Universal dos Direitos Humanos era considerada como uma “arma de agressão imperialista em tempos pós coloniais” (CLAVERÓ, 2011, p. 36 tradução livre). Esse embate só passou a enfrentar menos resistências entre Ocidente e Oriente a partir da II Conferência Mundial de Direitos Humanos promovida pela ONU, realizada em 1993 na cidade de Viena. Nesta foi consolidada a definição do caráter indivisível e transversal dos direitos humanos, a partir de uma relação direta entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Também foi pautada pela discussão *diversidade vs universalidade dos direitos humanos*, ao final reconhecendo a diversidade cultural da humanidade.

A duas primeiras conferências aqui mencionadas tiveram como mérito a abertura de canais de diálogo institucionais para reconhecer a existência da diversidade e o multiculturalismo, abrindo assim espaço para que mecanismos e organizações internacionais de direitos humanos e Estados Nacionais (através do processo de constitucionalização) pudessem elaborar disposições normativas que observassem o respeito e a efetividade dos direitos de tais povos.

Claveró (2011, p. 50) destaca que,

la universalidade, como atentado que es a culturas humanas, produce reacciones no raramente incluso sangrientas mientras que la consideración de la diversidad cultural favorece la intercomunicación sobre bases de derechos compartidos, los humanos.²⁰

É importante destacar que esse é um debate que está longe de ser pacífico. Giraud (2007) alerta que o multiculturalismo pode servir como fachada para a implementação de políticas neoliberais, e assim afetar negativamente os direitos desses povos. Para a autora, princípios multiculturais (como a autonomia e a descentralização político-administrativa) estão alinhados com os princípios neoliberais, como a desresponsabilização do Estado sobre a proteção dos territórios desses povos e a redução da máquina administrativa. Para ela,

²⁰ “a universalidade, como afronta que é à culturas humana, raramente não produz reações sangrentas, mesmo considerando que a diversidade cultural favorece a comunicação com base em direitos compartilhados, os direitos humanos” (tradução livre).

gobiernos que emprenden una política neoliberal, pueden al mismo tiempo reconocer derechos colectivos indígenas (entre ellos, el derecho a la autonomía): como ha sugerido, entre otros, Charles Hale en su análisis del ‘multiculturalismo neoliberal’, los principios del multiculturalismo no están necesariamente en tensión con las políticas neoliberales. En algunos casos, la adopción por parte de los estados del multiculturalismo, junto con la descentralización político-administrativa, puede también leerse como una estrategia tendiente a la cooptación y a la debilitación del liderazgo indígena (GIRAUDO, 2007, p. 23).²¹

Avançando na discussão sobre o processo de descolonização, Clavero (2011) aponta algumas linhas sobre a Conferência de Bandung, ressaltando a importância da mesma como um paradigma para os direitos humanos, haja vista ter-se afirmado a livre determinação dos povos como um direito humano a ser galgado pelos povos, imprimindo assim à Declaração Universal dos Direitos Humanos uma legitimidade que ela efetivamente carecia (CLAVERO, 2011, p. 43).

Mesmo com o advento da discussão sobre o respeito e a interlocução com a diversidade cultural ao redor do planeta, a sociedade envolta no sistema capitalista de consumo exacerbado se viu engolida pelo processo de mundialização de uma determinada cultura – a ocidental. Ao discorrer sobre esse tema, Ortiz (2003, p. 79), converge estudos em diferentes áreas que levam a afirmar a “territorialidade das culturas”²². Elas são formadas a partir dos espaços aos quais os sujeitos ocupam. Para o autor, o fenômeno da globalização, do deslocamento de pessoas, mesmo dentro de grandes cidades ou do próprio país, contribui para o enfraquecimento dessas culturas ao longo dos tempos.

Demonstra-se, assim, a importância de várias constituições, leis e diplomas internacionais que garantem a proteção ao território de povos originários, com traços de significativa distinção em relação aos outros, exatamente para que suas tradições e condições culturais tão peculiares sejam preservadas e não sejam engolidas pela lógica de apenas uma cultura. Essa lógica de imposição de uma cultura é determinada pelo capitalismo monopolista, que tem o poder de dividir geograficamente o planeta, loteando os mais diversos países para empresas e instituições globais, para que cada um difunda, propague e imponha suas ideias e, principalmente, seus modos de vida, com o objetivo de angariar novos mercados e massificar

²¹ “Governos adotam uma política neoliberal podem, ao mesmo tempo, reconhecer os direitos coletivos indígenas (incluindo o direito à autonomia) como sugerido, entre outros, por Charles Hale, a análise de ‘multiculturalismo neoliberal’, os princípios do multiculturalismo não estão necessariamente em tensão com as políticas neoliberais. Em alguns casos, a adoção do multiculturalismo pelos estados, juntamente com a descentralização político-administrativa, também pode ser lido como uma estratégia de cooptação e do enfraquecimento do movimento indígena”. (tradução livre).

²² Noção semelhante se encontra entre outros estudiosos, como SOUSA & NUNES (2010, p. 45). Estes afirmam que “a territorialidade é, sem dúvida, uma dimensão fundamental da afirmação de direitos coletivos, que se choca com as concepções liberais da propriedade. É nela que reside a garantia do reconhecimento de uma identidade coletiva e dos direitos coletivos dos povos indígenas.”

e ampliar seus consumidores. Para Ortiz (2003, p. 94), “[...] as expressões culturais são assimiladas aos bens econômicos, [...]. Cultura e economia são dimensões equivalentes”.

O autor alerta para algo que foi bastante comum no início do processo de colonização das Américas e tem se perpetuado ao longo dos séculos, agora com a chancela do poder econômico e da globalização. Segundo ele, “a tradição antropológica culturalista tenta a todo custo evitar o conflito, subsumindo o choque das civilizações no que se convencionou chamar de ‘contato cultural’” (ORTIZ, 2003, p. 97). Ortiz (2003) ainda afirma que o relativismo cultural é “uma maneira cômoda de se evitar o drama da desigualdade”, pois, segundo ele, “ao se afirmar a plenitude das diferenças, esquece-se que elas se situam no contexto hierarquizado das sociedades” (ORTIZ, 2003, p. 97). Como se apontou na discussão sobre identidades, o reconhecimento²³ das diferenças, mesmo em uma sociedade hierarquizada, deve ser valorizada como um instrumento de fortalecimento das lutas, confrontando exatamente o que Ortiz (2003) denomina de drama da desigualdade.

No nível de legislação internacional, o debate sobre diversidade cultural atinge o ápice com a adoção, pela ONU, da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas²⁴, no ano de 2007. Segundo Claveró (2011, p. 47 tradução livre),

[...] esta nova Declaração de direitos humanos reconhece o direito à livre determinação dos povos indígenas, a ser exercida por meio de medidas que garantam a sua autonomia política, econômica, social e cultural dentro dos Estados onde eles estão radicados.

Aponta ainda que o direito à livre determinação dos povos fomenta um debate sobre o relativismo cultural, fazendo assim um contraponto ao processo de universalização de direitos, comum nos diplomas internacionais adotados por esses organismos multilaterais. Claveró (2011, p. 49) faz um forte crítica à esse processo:

[...] la universalidad, como atentado que es a culturas humanas, produce reacciones no raramente incluso sangrientas mientras que la consideración de la diversidad cultural favorece la intercomunicación sobre base de derechos compartidos, los humanos. La presunción por la universalidad responde todavía a un fondo colonial,

²³ Importa aqui destacar também as palavras de Bauman (2005, p. 43) sobre o reconhecimento. Para o polonês, o “reconhecimento pode ser aquilo que mais faça falta a um ou outro grupo dos bem-sucedidos – a única coisa que parece estar faltando no inventário rapidamente preenchido dos fatores da felicidade”. Portanto, a luta pelo reconhecimento é aquela que se trava para a garantia de direitos àqueles grupos “mal-sucedidos”, ou seja, que lhes foram negados historicamente pelas classes dominantes.

²⁴ Apesar de não ter força vinculante aos Estados, as Declarações devem ser vistas como importantes instrumentos que abrem caminhos para a construção de outros instrumentos normativos nacionais e internacionais que trazem consigo esse caráter vinculante, como os tratados, as convenções e as constituições nacionais. Assim, as Declarações são verdadeiras normas principiológicas, fornecendo os fundamentos necessários para afirmação de direitos.

al que estaba presente em la Declaración Universal y ha venido desafiándose desde la Conferencia de Bandung.²⁵

Esse modelo universalizante e de identificação nacional através de um grupo também é criticado por Walsh (2012, p. 117).

Al crear un Estado y sociedad que parten de y dan razón a los grupos y a la cultura dominantes haciendo que lo ‘nacional’ los represente, refleje y privilegie y no al conjunto de la población, se estructura la conflictividad y problemática persistentes y pervivientes de la colonialidad, algo que difícilmente cambia sin transformar de manera radical las mismas estructuras fundacionales y organizativas del Estado y sociedad nacionales.²⁶

Como parte de uma política de inserção global, esse modelo universalista também foi adotado no Brasil ao longo do século XX. Esse “nivelamento do mundo” (ROUANET, 2009, p. 20), fundamentado nos ideais iluministas, impôs um modelo básico, genérico, um padrão global de racionalidade, que deveria, como processo de evolução do homem, ser implantado pelos nascentes Estados Nacionais. A racionalidade do Iluminismo foi base estruturante para a construção da identidade nacional. Segundo Rouanet (2009, p. 20), havendo a continuidade desse entendimento, essa atitude pode ser levada até o desaparecimento de culturas inteiras.

Essa homogeneidade perdurou até meados do século XX. Um exemplo claro disso foi a política integracionista dos povos indígenas no Brasil (e em outros países) até algumas décadas atrás, fundamentada inclusive em documentos internacionais de organismos e mecanismos internacionais de promoção, proteção e defesa de direitos humanos. A Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi um desses instrumentos que deram base ao processo de universalidade de culturas²⁷. Vieira (2009)

²⁵ “universalidade, como ataque que é à cultura humana, produz reações não raramente sangrentas, enquanto que a consideração da diversidade cultural favorece a interface com base em direitos compartilhados, humano. A presunção de universalidade ainda reflete um fundo colonial, que esteve presente em Declaração Universal e vem desafiando-se desde a Conferência de Bandung.” (tradução livre)

²⁶ “Com a criação de um Estado e sociedade que afasta-se e da razão aos grupos e à cultura dominante, tornando-o “nacional” representar e refletir os privilégios não o conjunto da população, conflitos e problemas persistentes e pervivientes são a Estrutura colonialidade, que praticamente não se alterou, sem transformar radicalmente as mesmas estruturas do Estado e da sociedade nacional fundacionais e organizacionais.” (tradução livre)

²⁷ Vieira (2009, p. 78) afirma ainda que com a estruturação de instituições internacionais, seja no âmbito político-diplomático, seja no âmbito econômico, as condições e possibilidades de soberania e projeto de identidade nacional acabaram sendo determinadas por exigências dessas instituições e corporações transnacionais, alavancando um processo ainda mais rápido de homogeneização das culturas. Para ele, “os processos de globalização em curso estão desafiando as fundações e os princípios políticos do Estado-nação [...]. O processo de globalização econômica está enfraquecendo os laços territoriais que ligam o indivíduo e os povos ao Estado, deslocando o *locus* da identidade política, diminuindo a importância das fronteiras internacionais e abalando seriamente as bases da cidadania tradicional.”

reconhece a existência de “patamares mínimos de homogeneidade”, como a língua, mas afirma que, ainda assim, a coexistência de diversas identidades culturais em um mesmo espaço geográfico (e mesmo que falem a mesma língua), “invalida a noção de cultura nacional unificada” (VIEIRA, 2009, p. 64). Com o enfraquecimento das fronteiras geopolíticas dos Estados, e seus efeitos na identidade nacional, outras formas de identidade (a partir de perspectivas culturais, étnicas, religiosas, de gênero, dentre outras) vão emergindo, ganhando maior destaque.

A homogeneização da cultura criou assim uma “universalidade abstrata”. Como dito, essa universalidade foi transcrita para os instrumentos internacionais até meados do século passado, legitimando um processo de violências (simbólica, física) contra aqueles sujeitos e/ou grupos que não se encaixavam no perfil adotado. Santos (2013, p. 55) apresenta que essas violências tem estado presentes com maior força no Sul global, e daí a importância das experiências culturais e movimentos de resistência surgidos na nessa parte do mundo, notadamente na América Latina. As lutas empreendidas nessa resistência estão imbuídas de princípios norteados por identidades e culturas vividas ao longo de séculos. Ainda segundo o sociólogo português, os direitos humanos, como tradicionalmente construídos até hoje, a partir da concepção ocidental do mundo e universalmente construídos, tendem a operar como um localismo globalizado, e, portanto, serem opressores em diversos aspectos. No contexto do século XXI, para poderem operar como uma forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais. (SANTOS, 2010, p. 438).

Um caminho para esse novo conceito apontado por Santos (2010) como necessária para que os direitos humanos possam ganhar um caráter notadamente libertador e emancipatório está na elaboração e aprovação, por mecanismos internacionais de direitos humanos, de declarações, tratados e convenções que disponham sobre o reconhecimento da diversidade cultural global e a necessária observância de implementação de políticas multiculturais. A Convenção nº 169 da OIT e a recente Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas apontam para essa direção. Ao recepcionar tais instrumentos, os países tendem a tratá-los como instrumentos de direitos humanos.²⁸ Tais instrumentos são discutidos e construídos exatamente a partir dessa *nova visão* sobre os direitos humanos, dentro de uma lógica e um contexto que levam em consideração a pluralidade da diversidade

²⁸ É o caso, por exemplo, do Estado Brasileiro, que, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, reconhece que os tratados e convenções internacionais que, aprovados pelo Congresso Nacional mediante quórum qualificado, serão equivalentes às emendas constitucionais (Artigo 5º, § 3º da CF/88).

étnica-cultural. Desempenham papel (no âmbito institucional) de promoção do diálogo²⁹. Segundo Santos (2010, p. 441), esses

discursos e práticas contra-hegemônicos que, além de verem nos direitos humanos uma arma de luta contra a opressão independente de condições geoestratégicas, apresentam propostas de concepções não-ocidentais de direitos humanos e organizam o diálogo intercultural sobre os direitos humanos e outros princípios da dignidade humana.

Defende Rouanet (2009) que a prevalência da diversidade cultural e o respeito e diálogo transversal entre as mais diversas culturas só podem acontecer em um regime democrático. Democracia e Diversidade devem andar sempre de mãos dadas. Contudo, para um entendimento mínimo entre elas, imprescindível haver respeito a um “núcleo mínimo de normas e princípios comuns, de princípios universais aplicados a todas as culturas; a partir daí, o pluralismo, a diversidade, a variedade cultural”. É o que o autor chama de *universalismo concreto* (ROUANET, 2009, p. 26-27). Este dá as condições de viabilidade, “facilitando a coexistência não antagonística de culturas que de outro modo poderiam hostilizar-se”. Esse núcleo mínimo pode ser atingido a partir da crítica que Santos (2010, p. 441) faz ao universalismo, na medida em que deverão ser “propostos diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas, isto é, sobre preocupações convergentes, ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes.”

Para além do universalismo, o debate sobre diversidade cultural nos organismos internacionais tem reflexo imediato no disposto nas legislações e Constituições das principais democracias ocidentais, e aqui dar-se-á atenção especial às democracias latino-americanas, com forte presença de povos indígenas e tribais.

Com essa definição, faz-se importante destaque o processo de mobilização social capitaneado por movimentos indígenas em diversos países latino-americanos, que culminaram com a promulgação de Constituições Nacionais que, de alguma forma, refletiram a diversidade cultural existente na região para além do reconhecimento de sua existência. A partir dessas mobilizações, houve a incorporação das demandas apresentadas, notadamente pelos indígenas e afrodescendentes, para reconhecer as identidades culturais e os direitos específicos desses povos. Esse reconhecimento foi trabalhado também como uma maneira de consolidar a legitimação democrática nesses países (a grande maioria saída de processos de ditaduras militares), ampliando assim a sua representatividade (GIRAUDO, 2007, p. 7).

²⁹ Trata-se não apenas de um diálogo em que há troca de experiências, mas um diálogo que resulte na transversalidade entre as próprias culturas, o que Santos (2010, p. 443) denomina de “troca de universos de sentidos diferentes e, em grande medida, incomensuráveis.”

Essas mobilizações rechaçando um modelo cultural hegemônico encontraram respaldo, anos mais tarde, no desenvolvimento das constituições de diversos países. Fajardo (2011) traz algumas linhas sobre o processo que ela denomina de constitucionalismo pluralista, traçando uma linha histórica de como as constituições americanas trabalharam ao longo das últimas décadas o tema da diversidade cultural. A autora faz uma premissa fundamental, ao afirmar que o constitucionalismo social, inaugurado com a Constituição Mexicana de 1917, permitiu que fosse questionado o até então vigente constitucionalismo assimilacionista e individualista do século anterior, mediante o reconhecimento de sujeitos coletivos e direitos sociais, bem como a ampliação das bases da cidadania, o que possibilitou o reconhecimento de povos indígenas e seus direitos coletivos, principalmente quanto às suas especificidades culturais (FAJARDO, 2011, p. 140).

No que Fajardo (2011) denomina de ciclo do constitucionalismo multicultural (1982-1988) há o surgimento do multiculturalismo e das novas questões indígenas. Neste ciclo, as Constituições³⁰ introduzem o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural e plurilinguística da sociedade e o direito individual e coletivo à identidade cultural e à alguns direitos específicos. É o caso da Constituição da República Federativa do Brasil. O presente constitucionalismo multicultural é pautado pela “coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das sociedades ‘modernas’” (SANTOS, 2010, p. 26). Ao fazer uma análise sobre as mais diversas noções, críticas e respostas progressivas sobre o multiculturalismo³¹, Santos e Nunes (2010) advertem que nem todas elas são emancipatórias. Assim, necessário lutar e construir noções de diversidade cultural que estejam mais alinhadas à realidade vivenciada na América Latina.

³⁰ No que tange à definição dos termos *multi*, *pluri* e *interculturalidade*, Walsh (2012) apresenta suas genealogias e significados diferentes. Para a autora, “lo pluricultural y multicultural son términos descriptivos que sirven para caracterizar la situación diversa e indicar la existencia de múltiples culturas en un determinado lugar, planteando así su reconocimiento, tolerancia y respecto. El término ‘multi’ tiene sus raíces en países occidentales, en un relativismo cultural que obvia la dimensión relacional y oculta la permanencia de desigualdades e inequidades sociales”. Já o termo “pluri” é utilizado majoritariamente na América Latina, e “refleja la particularidad y realidad de la region donde pueblos indígenas y negros han convivido por siglos con blanco-mestizos y donde el mestizaje y la mezcla racial han jugado un papel significativo. [...] lo ‘pluri’ tipicamente indica una convivencia de culturas en el mismo espacio territorial aunque sin una profunda interrelación equitativa”. Por fim, a autora disserta sobre o que entende por *interculturalidade*, afirmando ainda não existir, e que se assenta em um processo e projeto social e político dirigido à construção de sociedades, relações e novas e diferentes condições de vida das que temos hoje, necessitando uma transformação radical das estruturas, instituições e relações da sociedade. Ver mais em WALSH, Catherine. **Interculturalidad crítica y (de)colonialidad**: Ensayos sobre Abya Yala. 2012.

³¹ Para os autores, existem críticas hegemônicas ao multiculturalismo, este como sendo antieuropeu; que promoveria a desunião entre os povos. Contra-argumentando, os autores apontam algumas respostas progressivas, como o multiculturalismo como o reconhecimento e a visibilidade de culturas marginalizadas; o reconhecimento de diferenças culturais e de experiências históricas; dentre outras. Mas, até mesmo essas respostas também são passíveis de críticas. Ver mais em Santos e Nunes (2010, p. 29-32).

Os autores apontam que, mesmo com as críticas sobre as interpretações do termo multiculturalismo, este se tornou algo para designar as diferenças culturais em um contexto transnacional e global, e que, mesmo assim, essas contradições continuam. O multiculturalismo será emancipatório e contra-hegemônico a partir de como cada Estado o insere dentro de um exercício de hegemonia. Assim,

as versões emancipatórias do multiculturalismo baseiam-se no reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da coexistência ou construção de uma vida comum além das diferenças [...] A ideia de movimento, de articulação de diferenças, de emergência de configurações culturais baseadas em contribuições de experiências e de histórias distintas tem levado a explorar as possibilidades emancipatórias do multiculturalismo, alimentando os debates e iniciativas sobre novas definições de direitos, identidades, de justiça e de cidadania. (SANTOS; NUNES, 2010, p. 33).

Sousa e Nunes (2010) apontam um elemento pouco evidenciado na noção de multiculturalismo usualmente utilizada: a articulação de diferenças, com objetivo de promover o diálogo intercultural. Essa noção emancipadora apresentada, em muitos casos, confunde-se com outras concepções tradicionais, como o pluriculturalismo. Qualquer que seja a política de diversidade e diálogo cultural, imprescindível que, para que elas tenham respaldo na sociedade moderna (marcada pela prevalência do poder econômico), partam do local, dos povos e segmentos sociais que estão na base dessas lutas, dando legitimidade às mesmas, principalmente frente a eventuais oposições do mercado e do Estado. A isso, deve-se buscar alianças de lutas semelhantes em outros territórios e nações.

Um das estratégias apontadas para isso seria a construção da história desses grupos e a adequação a discursos emancipatórios, tendo como ponto de partida o processo de identificação das narrativas e das resistências realizadas por esses sujeitos ao longo do período de exploração capitalista e do domínio colonial (SOUZA; NUNES, 2010, p.41). Acrescente-se a isso a possibilidade de emponderamento desses grupos e sujeitos durante essa reconfiguração da história. Resgata-se o exemplo do Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia, que, ao longo desses anos, tem contribuído sobremaneira com a (re)construção da história desses povos a partir de suas próprias experiências³². A luta pela igualdade de direitos

³² Segundo informações do endereço eletrônico, “o Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia (PNCSA) tem como objetivo dar ensejo à auto-cartografia dos povos e comunidades tradicionais na Amazônia. Com o material produzido, tem-se não apenas um maior conhecimento sobre o processo de ocupação dessa região, mas sobretudo uma maior ênfase e um novo instrumento para o fortalecimento dos movimentos sociais que nela existem. Tais movimentos sociais consistem em manifestações de identidades coletivas, referidas a situações sociais peculiares e territorializadas. Estas territorialidades específicas, construídas socialmente pelos diversos agentes sociais, é que suportam as identidades coletivas objetivadas em movimentos sociais. A força deste processo de territorialização diferenciada constitui o objeto deste projeto. A cartografia se mostra como um elemento de combate. A sua produção é um dos momentos possíveis para a auto-afirmação social.

e de recursos, pelo reconhecimento de sua existência, tradições e culturas, bem como a exigência de justiça perpassa defesa e afirmação das diferenças culturais, da afirmação das identidades coletivas, da autonomia política-administrativa-jurídica e a autodeterminação desses povos.

Giraud (2007, p. 12) apresenta alguns elementos característicos dessa teoria multicultural. Em primeiro lugar, o que ela chama de *elemento descritivo*, que seria o reconhecimento da existência real de diferenças. Um segundo elemento é caracterizado como *elemento valorativo*, que se traduz na valorização positiva dessas diferenças. Por fim, um terceiro elemento, representado na defesa da necessidade de um tratamento político/jurídico especial para promover e proteger essas diferenças (o *elemento normativo*). A autora faz uma importante observação ainda sobre a presença da “etiqueta multicultural” nas Constituições. Ao citar como exemplo a Constituição do Panamá, ela afirma que a ausência dessa etiqueta não significa necessariamente a ausência de reconhecimento dos direitos específicos a esses povos (GIRAUDO, 2007, p. 14).

Já no ciclo do constitucionalismo pluricultural (1989-2005), para além da adoção da identidade e diversidade cultural do ciclo anterior, são desenvolvidos conceitos como de “nação multiétnica/multicultural” e de “Estado Pluricultural”, qualificando assim a natureza da população e reconfigurando o caráter do Estado. Afirma a autora que o grande destaque desse novo ciclo é a introdução de fórmulas de pluralismo jurídico, de forma a romper com uma “identidade do Estado”, bem como com o monopólio no sistema de criação/aplicação de normas jurídicas. Assim, tais Constituições reconhecem a legitimidade do poder conferido às autoridades indígenas e a aplicação de suas próprias normas e procedimentos ou o direito consuetudinário. Contudo, Fajardo (2011, p. 143) alerta para as disputas geradas a partir do reconhecimento estatal aos sistemas legiferante e judicial próprios de alguns povos indígenas, e que nem as leis e nem as Cortes especificaram a extensão destes direitos aos povos indígenas. A maioria das Constituições da América Latina encontra-se nesse ciclo. Dentre elas podem ser citadas a da Argentina e Bolívia (1994), Colômbia (1991), Perú (1993), Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999).

Já o terceiro ciclo, do constitucionalismo plurinacional (2006-2009), tem forte influência da Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas (2007). Neste ciclo estão as novas Constituições da Bolívia (2008) e do Equador (2009). Fajardo (2011, p.149) aponta

É nesse sentido que o PNCSA busca materializar a manifestação da auto-cartografia dos povos e comunidades no fascículos que publica, que não só pretendem fortalecer os movimentos, mas o fazem mediante a transparência de suas expressões culturais diversas”. Mais informações disponíveis em <http://novacartografiasocial.com/apresentacao/>. Acesso em 22 de novembro de 2014.

que “las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen um refundación del Estado a partir del reconocimiento explícito de las raíces milenárias de los pueblos indígenas ignorados [...]”³³. Prossegue afirmando que ao definir-se como um Estado Plurinacional (resultado de um pacto entre os povos), reconhecem os direitos aos povos indígenas que tem, junto com outros povos, o poder de determinar sobre o novo modelo de Estado e as relações entre esses povos que o constituem. Estariam então essas novas Constituições Plurinacionais inseridas no projeto de descolonização apontado por Claveró (2011), tendo em conta estar sendo ressaltada a dignidade e a cultural entre os povos, a diversidade étnico-social-racial entre eles e o caráter da interculturalidade.

Em que pese a sua não configuração prática, foi o movimento da interculturalidade apontado por Walsh (2012) que propiciou o surgimento dos Estados Plurinacionais na América Latina, tendo a interculturalidade crítica um papel central nos esforços de descolonizar os Estados. Para a autora, a plurinacionalidade “es un término que reconoce y describe la realidad de un país en la cual los pueblos, naciones o nacionalidades indígenas y negras [...] conviven com blancos y mestizos”³⁴ (WALSH, 2012, p. 120). Sendo assim, a proposta de construção dos Estados Plurinacionais tem apontado para o rompimento de históricas relações coloniais desenvolvidas com os povos indígenas e afrodescendentes dos países sulamericanos, mesmo após o processo de independência formal e política de suas metrópoles. A submissão ao longo das últimas décadas tem se dado (em que pese a suposta contradição) em países de regimes democráticos e participativos, mas de nítido caráter multicultural, e a emergência desses Estados Plurinacionais (Bolívia e Equador) tem possibilitado a assimilação de uma proposta libertadora para esses povos, não apenas de reconhecimento de suas culturas, mas também que elas sejam partícipes efetivos do processo de desenvolvimento desses Estados.

Assim, segundo Walsh (2012, p. 122), “la importancia de la plurinacionalidad entonces es su repensar y refundar de lo uninacional, colonial y excluyente dentro de un proyecto de Estado y sociedad que se construye desde la pluralidad y desde las diferencias ancestrales”³⁵. Nessas Constituições se desenvolvem novas relações e organizações sócio-econômicas desses Estados, envolvendo a participação ativa e direta desses povos. Além

³³ “As Constituições do Equador e da Bolívia se propõe a refundar o Estado a partir do reconhecimento explícito das raízes milenares dos povos indígenas antes ignorados [...]” (tradução livre)

³⁴ “é um termo que reconhece e descreve a realidade de um país em que os povos, nações ou nacionalidades negras e indígenas [...] convivem com brancos e mestiços” (tradução livre)

³⁵ “a importância da plurinacionalidade é seu repensar e refundar do uninacional, colonial e excludente dentro de um projeto de Estado e sociedade que se constitui a partir da pluralidade e das diferenças ancestrais”. (tradução livre)

disso, incorporam o conceito de *buen vivir*³⁶, os direitos imanentes à Mãe Natureza e a “ciência do conhecimento”³⁷. Assim, a introdução dessas novas formas e elementos tem por objetivo a construção de uma sociedade na qual as formas de pensar, conhecer, construir e viver sejam feitas de maneira harmônica e balizadas através da pluri ou da interculturalização.

A partir do constitucionalismo pluricultural e do constitucionalismo plurinacional, teve início uma era de surgimento do que se convencionou chamar de *Novos Direitos na América Latina* (SOUZA FILHO, 2010). Fundamentalmente, não se tratam de “novos” direitos, mas sim de uma mudança de paradigma estatal no reconhecimento dos direitos coletivos e das identidades dos povos originários dos países da América Latina, em especial a partir da ascensão de governo com viés ideológico de esquerda e centro-esquerda nesses países. Aqui, a relação entre o Estado e os povos originários desses territórios fica mais próxima, trabalhada na possibilidade de um diálogo mais aberto e entendendo a necessidade de garantia da preservação desses grupos sociais. O multiculturalismo atualmente presente na América Latina constitui-se em uma das fases do que Sorj e Martuccelli (2008) denominam de “trajetória das reformas institucionais” ocorridas na região. A adoção dessas políticas multiculturais, resultado, dentre outros fatores conjunturais, de forte mobilização social, propiciou um ambiente favorável para a consolidação democrática na região, bem como início de um processo de desenvolvimento que seja inclusivo para esses sujeitos.

Ressalte-se que, como outras lutas empreendidas ao redor do mundo, o reconhecimento desses novos direitos incorporados pelos constitucionalismos pluricultural e plurinacional contou com participação e atuação decisiva desses povos originários e de suas organizações representativas e/ou de assessoria na construção das novas constituições e legislações ordinárias latino-americanas. Esses diplomas assumiram assim uma feição mais próxima àquela que se encontravam nas ruas e campos desses países, ou seja, que refletisse seu caráter pluricultural e multiétnico, dando primazia ao coletivo (muito comum nesses países) em detrimento do direito individual (SOUZA FILHO, 2010).

Diante de todo o contexto de fortalecimento do movimento indígena, Souza Filho (2010, p. 94) apresenta como esses novos direitos e os sistemas constitucionais latino-americanos se apresentam hoje:

³⁶ No *buen vivir* se planeja a realização de um novo contrato social, firmado entre o homem e a natureza, a partir de relações de convívios éticas e de respeito mútuo, sendo objetivo primordial a promoção da ação intercultural entre eles

³⁷ Na “ciência do conhecimento” inserido nas Constituições dos Estados Plurinacionais, há o reconhecimento de que a ciência e o conhecimento não são singulares e únicos, ou seja, não são advindos apenas dos meios “oficiais” (escolas, universidades, laboratórios, medicina, etc), mas também das tradições culturais e modos de vida ancestrais dos povos indígenas e afrodescendentes.

Os sistemas jurídicos constitucionais, antes fechados ao reconhecimento da pluriculturalidade e multiétnica, 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 sua tradição, em conformidade com a natureza da qual participa, tem direito à opção de seu próprio desenvolvimento.

Esses novos direitos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada. Não são fruto de uma relação jurídica, mas apenas de uma garantia genérica [...]. Isto quer dizer que os direitos coletivos não nascem de uma relação jurídica determinada, mas de uma realidade, como pertencer a um povo ou formar um grupo que necessita ou deseja ar puro, água, florestas e marcos culturais preservados [...].

Nesse contexto de construção de novas constituições e legislações mais próximas à realidade desses países e desses povos, batalhou-se pela incorporação de normas internacionais que refletissem essa nova conjuntura sócio-política e jurídica. E aqui se encontra a ratificação da Convenção 169 OIT em diversos desses países. Mais do que a inclusão de novos direitos, a presente convenção foi incorporada ao sistema jurídica desses países para regulamentar os direitos já previstos nas progressistas constituições.

Essa luta indígena por reconhecimento, que culminou – do ponto de vista de normatização de direitos - com a promulgação das recentes constituições latino-americanas, é pautada pelo que Santos (2010) chama de *cosmopolitismo*.³⁸ Esse cosmopolitismo, um dos resultados positivos do processo de globalização, propiciou que os mais diversos segmentos ao redor do mundo que lutam por reconhecimento de sua diversidade cultural pudessem se articular para, conjuntamente, empreender uma luta que, sozinhos, dificilmente encontraria ressonância nos espaços de decisão política em âmbito interno ou internacional. É o efeito reverso do capital financeiro-econômico do Norte global. Enquanto este é imposto aos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos (Sul global), o cosmopolitismo é resultado do fortalecimento das bases populares³⁹ (nesse caso, das lutas dos povos indígenas e outros ao redor do mundo) com nítido caráter emancipatório, assim como o próprio multiculturalismo e a luta por reconhecimento da pluralidade de culturas e identidades.

³⁸ Em *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos* (In: **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural), SANTOS (2010, p. 436) apresenta o *cosmopolitismo* como o “conjunto muito vasto e heterogêneo de iniciativas, movimentos e organizações que partilham a luta contra a exclusão e a discriminação sociais e a destruição ambiental produzidas pelos localismos globalizados e pelos globalismos localizados, recorrendo a articulações transnacionais tornadas possíveis pela revolução das tecnologias de informação e comunicação.”

³⁹ Santos (2010, p. 438) expressa o caráter opressor do *localismo globalizado* e do *globalismo localizado* e o caráter libertador do *cosmopolitismo*, ao afirmar que “localismos globalizados e globalismos localizados são a globalização-de-cima-para-baixo, neoliberal e hegemônica; cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade são a globalização de-baixo-para-cima, solidária ou contra-hegemônica.”

O diálogo intercultural é um dos principais mecanismos para que se possa construir um multiculturalismo libertador, que vá além do mero reconhecimento da diversidade étnico-cultural de uma nação e a possibilidade de coexistência pacífica entre elas.⁴⁰ São necessárias medidas e políticas incisivas para que esses novos sujeitos, reconhecidos a partir de suas identidades próprias e auto definidas em um contexto multicultural libertador, sejam protagonistas de suas histórias e também da sociedade nas quais estão inseridos. O aprofundamento dessas relações interculturais e a promoção de políticas de inclusão efetivas para esses sujeitos e grupos são os desafios apontados para esse começo de século.

⁴⁰ Santos (2010, p. 458): “O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja utilizado de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.”

3. A CONVENÇÃO 169 E SEU PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA

O debate sobre identidade e auto-identificação na esfera jurídica tem ganhado relevância nas últimas décadas da América Latina e no Brasil por conta do novo constitucionalismo que tem se implantado em alguns países, como a Bolívia e o Equador. Tal discussão foi impulsionada inicialmente pela adoção da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (que doravante, será descrita como Convenção nº 169). O presente instrumento foi adotado pela OIT em sua 76ª Conferência Internacional do Trabalho⁴¹, sendo a primeira ferramenta normativa vinculante a tratar de povos indígenas e tribais em países independentes.

Observa-se que a OIT foi a primeira organização multilateral a se preocupar com a situação dos povos indígenas e tribais mesmo antes da adoção da Convenção nº 169 e de qualquer instrumento normativo da Organização das Nações Unidas (ONU).⁴² Antes de destrinchar o disposto na Convenção 169 e em especial o que ela dispõe sobre o direito de consulta prévia, faz-se necessário um resgate histórico de como o debate sobre a proteção a povos indígenas e tribais se deu ao longo do século XX, principalmente no âmbito da OIT.

Apontam Swepston e Tomei (1996) que a OIT desenvolve estudos sobre a situação dos trabalhadores indígenas logo após a sua criação, ainda na década de 1920, tendo em vista uma preocupação com o trabalho forçado de tais populações⁴³ em algumas colônias. Segundo as autoras, isso inclusive levou a OIT a, na adoção da Convenção nº 29⁴⁴, orientar os Estados a adotarem normas e ações de cooperação técnica em relação aos povos indígenas e tribais. Finalmente, como resultado dos estudos e grupos de trabalho promovidos pela OIT, foi adotada a Convenção nº 107, “concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes.”⁴⁵

⁴¹ A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi convocada em Genebra pelo Conselho Administrativo da Repartição Internacional do Trabalho, reunindo-se no dia 07 de junho de 1989, data de sua aprovação. Disponível em < <http://www.oit.org.br/node/513>>. Acesso em 18/04/2014.

⁴² Segundo informações disponíveis no endereço eletrônico do escritório da OIT no Brasil, a organização foi criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, pondo, assim, fim à Primeira Guerra Mundial, sendo ainda a única das agências do Sistema das Nações Unidas com uma estrutura tripartite. Destaca-se ainda o caráter de relevância do Estado Brasileiro nesse processo, haja vista o país ser um dos membros fundadores da OIT, tendo participado de todas as Conferências Internacionais do Trabalho. Disponível em < <http://www.oit.org.br/content/hist%C3%B3ria>> Acesso em 18/04/2014.

⁴³ Terminologia adotada à época. A partir da Convenção nº 169 da OIT, passa-se a adotar a terminologia *povos*.

⁴⁴ Convenção nº 29 da OIT sobre trabalho forçado ou obrigatório, adotada em 10 de junho de 1930, na 14ª sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho.

⁴⁵ A Convenção nº 107 da OIT foi adotada em 05 de junho de 1957, na 40ª sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, realizada na cidade de Genebra.

Resultado de um debate com os mais diversos segmentos e representantes indígenas e de povos tribais, a Convenção nº 169 é, ainda hoje, o único instrumento normativo de caráter vinculante aos Estados referente a direitos de povos indígenas e tribais, e por muito tempo, foi o mais completo diploma internacional sobre a temática. Ela rompe com a lógica integracionista, protecionista e paternalista da Convenção nº 107, atendendo assim a boa parte dos anseios desses povos. Aliás, importa afirmar que a Convenção nº 169 deve ser compreendida como parte integrante de um sistema jurídico de proteção dos povos indígenas e tribais, que envolve outros dispositivos internacionais, a exemplo da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁴⁶ e da Convenção sobre o Genocídio⁴⁷.

Giraudó (2007, p. 35) faz a crítica ao modelo integracionista da Convenção nº 107. Dentre os pontos que revelam tal caráter, a autora expõe a partir dos sujeitos abrangidos pelo diploma:

El ‘Convenio 107’, considerado expresión del ‘modelo integracionista’, afirma en su artículo primero que se aplica, por un lado, ‘a los miembros de las poblaciones tribales [*sic*] o semitribales [*sic*] en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional [...]’.⁴⁸

Nítido o caráter de subjugação das culturas dos povos indígenas frente àquelas culturas consideradas “avançadas”, quase sempre as ocidentais. A Convenção nº 107 propunha a unificação de culturas, tornando a sociedade mais homogênea, levando à extinção toda a diversidade e a pluralidade dos mais diversos povos ao redor do mundo.

Apesar de ser considerada um marco na proteção e promoção de direitos de povos indígenas e tribais, haja vista que, à época, era o único instrumento normativo internacional referente às condições de vida e de trabalho desses povos, a Convenção nº 107 foi, ao longo dos anos, sofrendo várias críticas. As principais foram a ideia de que o futuro desses povos estaria na integração com a sociedade majoritária (ocidental, urbana e capitalista) e também a falta de espaços de participação e consulta no que tange as decisões relativas ao

⁴⁶ Em 2007, a Assembleia Geral da ONU adotou, em sua 107ª sessão plenária, em 13 de setembro de 2007, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. A Declaração se inspirou em diversos pontos da Convenção 169, como o reconhecimento do direito de autodeterminação, autonomia e autogoverno desses povos (artigos 3 e 4).

⁴⁷ Ratificada pelo Brasil por meio da Lei nº 2.889, de 1.º de outubro de 1956.

⁴⁸ “A Convenção 107, considerado expressão do ‘modelo integracionista’, afirma no seu artigo primeiro que se aplica, por um lado, ‘aos membros das populações tribais [*sic*] ou semitribais [*sic*] nos países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondam a uma etapa menos avançada que a alcançada por outros setores da coletividade nacional [...]’ (tradução livre)

desenvolvimento, que eram de competência exclusiva dos Estados e não dos povos que pudessem ser afetados. Swepston e Tomei (1996, p. 19) explicam os motivos:

Com a crescente tomada de consciência por parte dos povos indígenas e tribais, durante as décadas de 60 e 70, e com a participação cada vez maior das organizações indígenas no plano internacional. Estas ideias começaram a ser questionadas. Surgiu então a necessidade de atualizar a Convenção nº 107.

O crescimento do movimento indígena no cenário internacional, incidindo politicamente nas arenas políticas de tomada de decisão, foi crucial para a queda da Convenção nº 107. Nesse sentido, I Puig (2011) descreve a emergência e os impactos dos movimentos indígenas nessa arena, em especial em alguns países da América Latina, apontando alguns elementos que propiciaram a emergência desses movimentos.⁴⁹

Essa emergência e a pressão exercida por eles (em âmbito nacional ou internacional) resultaram em uma revisão, por parte do Conselho de Administração da OIT, das normas atinentes aos povos indígenas e tribais. A Convenção nº 169, fruto desses debates, incluiu o princípio fundamental de que as formas de vida desses povos é permanente e durável. Outro ponto crucial foi o reconhecimento da necessidade do envolvimento desses povos e de suas organizações tradicionais no planejamento e na execução de projetos de desenvolvimento que lhes afetem, direta ou indiretamente. (SWEPSTON E TOMEI, 1996, p. 20).

Em que pese mais de 24 anos de aprovação da Convenção nº 169, apenas 22 países ao redor do mundo ratificaram o instrumento.⁵⁰ A Convenção nº 189⁵¹ adotada apenas

⁴⁹ O autor aponta como elementos a conjuntura internacional mais favorável após a Segunda Guerra Mundial, com a construção de diversos instrumentos de afirmação de direitos humanos; o papel das Igrejas (em especial a Igreja Católica) e dos antropólogos, no sentido de emponderamento de tais povos, estimulando os mesmos a exercerem seu protagonismo; e o surgimento das redes transnacionais de defesa de direitos, sobretudo formada por Organizações Não Governamentais (ONG's), que começaram a empreender atividades de *lobby* sobre organizações internacionais, instâncias multilaterais e governos nacionais. Para saber mais, ver "Sobre la emergencia e impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas claves interpretativas desde lo local y lo global", In: WILHELM, Marco Aparicio (org). **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio**. Conflictos y desafíos en América Latina. Barcelona: Icaria edicion, 2011.

⁵⁰ Segundo a OIT, os países que ratificaram, até a presente data, a Convenção 169 são, em ordem alfabética: Argentina, Bolívia (Estado Plurinacional de), Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Equador, Espanha, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Baixos (Holanda), Paraguai, Perú, República Centro-Africana e Venezuela (República Bolivariana de). A primeira ratificação foi da Noruega, em 19 de junho de 1990. A mais recente foi da República Centro-Africana, em 30 de junho de 2010. Disponível em < http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO> Acesso em 19 de abril de 2014.

⁵¹ Convenção nº 189 – OIT – Dispõe sobre o trabalho decente para as trabalhadoras e trabalhadores domésticos. Apesar de adotada em 2011 pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho em sua 100ª sessão (16 de junho de 2011), a Convenção só entrou em vigor em 05 de setembro de 2013. Disponível em < http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:2551460:NO> Acesso em 19 de abril de 2014.

em 2011 pela OIT, já foi ratificada por 13 países⁵². Chama atenção a quase inexistência de países africanos que adotaram a Convenção nº 169 (exceção da República Centro-Africana), continente onde se concentram muitos dos povos tribais que mereceriam proteção para preservação de sua tradicional forma de vida. Outro fator que merece destaque é a ratificação pela Holanda, país sem existência de povos indígenas ou tribais como definidos pela convenção. Para Swepston e Tomei (1996, p. 14),

além das considerações de ordem humanitária e de solidariedade, os partidários da ratificação [por esses países sem a presença de povos indígenas ou tribais] argumentam que, com a ratificação da Convenção, as políticas de desenvolvimento e a ajuda bilateral aos povos indígenas e tribais serão mais equitativas e efetivas.

A efetivação da consulta prévia (um dos principais direitos trazidos pela Convenção nº 169) também possibilita o reconhecimento das especificidades das culturas e modos de vida tradicionais dos povos indígenas e tribais, confrontando assim um processo de universalização de direitos iniciado no pós Segunda Guerra Mundial, mas que foi perdendo força ao longo das últimas décadas. O processo de transformação do direito internacional, criando instrumentos protetivos que refletissem não apenas a diversidade cultural desses povos, mas também o caráter transcultural das sociedades, foi resultado de uma mudança de paradigma que partiu principalmente dos movimentos indígenas na América Latina a partir da década de 1960.

A Convenção nº 169 é resultado de um contexto histórico, social e político de reconhecimento e afirmação das mais diversas culturas. Organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, a partir de concepções teóricas trazidas por autores das mais diversas áreas do conhecimento científico, passaram, a partir da década de 1960 a conter disposições normativas que pudessem garantir o respeito e à proteção das mais diversas matizes socioculturais do planeta. A novidade era o rompimento de uma visão integracionista, que, durante séculos, acabou por dizimar diversas tradições, culturas e até mesmo povos e comunidades inteiras.

A maior novidade da Convenção nº 169 é a incorporação de um novo critério de definição dos sujeitos abrangidos pela mesma, qual seja, o critério da sua identidade como “critério fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones”⁵³ da referida Convenção (GIRAUDO, 2007, p. 27).

⁵² Não há qualquer intenção em discutir a hierarquia sobre o mérito das referidas Convenções. O comparativo refere-se apenas ao lapso temporal entre a adoção e a ratificação pelos mais diferentes países.

⁵³ “critério fundamental para determinar os grupos a que se aplicam as disposições” (tradução livre)

Ainda no cenário de mecanismos legais internacionais, a criação do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas (GTPI)⁵⁴ impulsionou o processo de discussão de criação de ordens normativas que rompessem com o anterior caráter insculpido na Convenção nº 107 da OIT, possibilitando, desta forma, um novo olhar de proteção aos povos indígenas e tribais, respeitando sobretudo sua autonomia e suas formas culturais. A constituição do GTPI apontou a necessidade de criação de regramentos que garantissem as reproduções física, social, cultural e econômica⁵⁵ dos povos indígenas, tendo papel decisivo na criação de desses instrumentos normativos.

Esse processo de pós-descolonização dos povos indígenas e tribais culminou com a recente aprovação pela Organização das Nações Unidas (ONU) da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007⁵⁶. Tanto a Declaração da ONU quanto a Convenção nº 169 reconhecem o direito a livre determinação desses povos, exercendo-a por meio da sua autonomia política, econômica, social e cultural (CLAVERÓ, 2011, p. 47). Aponta I Puig (2011, p. 83) que, “probablemente, sin la labor del GTPI tampoco hubiera aparecido el instrumento jurídico internacional que hasta el momento más impacto ha tenido em los derechos de los pueblos indígena”⁵⁷ manifestando a importância do grupo na criação da Convenção nº 169 da OIT. Giraudo (2007, p. 18) ratifica esse posicionamento ao destacar que as Constituições latino-americanas, ao disporem sobre os povos indígenas, tiveram uma nítida influência da Convenção (consequentemente, do próprio GTPI).

A transformação normativa ocorrida no âmbito do direito internacional sobre povos indígenas causou grandes impactos no direito interno de vários países latino-americanos, sendo que as decisões oriundas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos também têm contribuído sobremaneira nesse processo. Como reflexo desse grande impacto das normas internacionais, Sieder (2011) menciona a invocação desse novo direito internacional em mobilizações políticas de reivindicação de direitos (o que é bem presente hoje, por exemplo, nas manifestações dos povos indígenas brasileiros, no que tange à

⁵⁴ O GTPI foi estabelecido pelo Conselho Econômico e Social, segundo a Resolução nº 1982/34, de 7 de maio de 1982 e é composta de cinco especialistas independentes, membros da Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção de Minorias, vinculada à ONU. Trata-se então de um órgão subsidiário da Subcomissão e se reúne anualmente, com o objetivo de examinar os acontecimentos envolvendo promoção e proteção dos direitos humanos e das liberdades individuais das populações indígenas e ainda, acompanhar a evolução das normas internacionais relativas aos direitos indígenas (MARTÍ I PUIG, 2011, p. 81).

⁵⁵ Entende-se aqui como *reprodução física, social, cultural e econômica* não apenas a reprodução biológica desses grupos, mas também toda a perpetuação de modos de vida e tradições no âmbito social, cultural e econômico, propiciando assim a manutenção de culturas muitas das vezes milenares.

⁵⁶ Declaração aprovada na 107ª Sessão Plenária, realizada no dia 13 de setembro de 2007. Disponível em http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf Acesso em 14 de julho de 2014.

⁵⁷ “provavelmente, sem o trabalho do GTPI, tampoco existiria o instrumento jurídico internacional que até o momento mais impacto tenha tido sobre os direitos dos povos indígenas” (tradução livre)

observância ao direito de consulta prévia), a judicialização dos direitos indígenas e os avanços da jurisprudência na Corte Constitucional da Colômbia (que será melhor objeto de estudo mais à frente) e o surgimento de novas constituições plurinacionais, como o Equador (2008) e a Bolívia (2009) (SIEDER, 2011, p.308).

Essa mudança de concepção no cenário internacional e a consequente criação de normas e regramentos internacionais para proteção da diversidade cultural e do reconhecimento da livre determinação e autonomia dos povos foi fruto de um rompimento e modificação a partir das bases, ou seja, daqueles sujeitos *objeto* de tais políticas.

3.1 A Convenção 169 e seu caráter no Brasil

Resultado de um debate com os mais diversos segmentos e representantes indígenas e de povos tribais, a Convenção nº 169 é, ainda hoje, o único instrumento normativo de caráter vinculante referente a direitos de povos indígenas e tribais, e por muito tempo, foi o mais completo diploma internacional⁵⁸. Rompe com a lógica integracionista, protecionista e paternalista da Convenção nº 107, atendendo assim a boa parte dos anseios desses povos.

O Brasil, que, além de ser um dos Estados-membro da OIT, é um dos dez países que mantém assento permanente no Conselho de Administração, somente ratificou a Convenção nº 169 depois de 11 (onze) anos tramitando no Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, tendo, posteriormente, sido promulgado através do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, afirmando que, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Observa-se que, somente a partir de 8 de dezembro de 2004 (data da publicação da Emenda Constituição 45), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos vindouros, ratificados e aprovados com quórum qualificado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, teriam o *status* constitucional. Ressalte-se que, os tratados e convenções sobre direitos humanos que não seguirem o processo legislativo de aprovação de uma Emenda

⁵⁸ Em 2007, a Assembléia Geral da ONU adotou, em sua 107ª sessão plenária, em 13 de setembro de 2007, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. A Declaração se inspirou em diversos pontos da Convenção 169, como o reconhecimento do direito de autodeterminação, autonomia e autogoverno desses povos (artigos 3 e 4).

Constitucional, continuam ingressando no nosso ordenamento jurídico enquanto leis ordinárias ou complementares. Isto se depreende a partir da jurisprudência do STF, conforme será demonstrado a seguir.

Assim, a Convenção 169 OIT, bem como todos os outros instrumentos de direitos humanos assinados e ratificados pelo país antes da publicação da EC 45, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), ingressaram no ordenamento jurídico nacional com o *status* de lei ordinária.⁵⁹ Inicialmente, este era o entendimento da nossa Suprema Corte. O Ministro Moreira Alves, no julgamento do Habeas Corpus 72131, afirmou que,

com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (...) pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado.

Contudo, em julgamentos mais recentes, o STF tem adotado entendimento diverso, se alinhando às teses da supra-legalidade e da constitucionalidade dos tratados e convenções ratificados pelo Brasil, mesmo antes da Emenda Constitucional 45/2004. Esta nova jurisprudência tem encontrado respaldo (na qual adotamos), principalmente, no princípio da primazia da dignidade da pessoa humana na nova ordem internacional, bem como no disposto no artigo 5º, §2º da Constituição Federal.⁶⁰

Várias são as decisões de ministros do STF nessa linha. Podemos destacar os julgamentos no RREE 349.703 e 466.343, HC 87.585. Segundo afirma Quixadá (2009), o Ministro Celso de Mello, antes defensor da tese da legalidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no Brasil, mudou de posicionamento ao proferir voto no HC 87.585,

Como precedentemente salientei neste voto, a após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (...), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional.⁶¹

Conclui Quixadá (2009, p. 62) que,

⁵⁹ Ver julgamentos da ADI 1675-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/09/2003; RHC 79785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/2002; ADI 1480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/2001; RE 214.329, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 11/06/1999.

⁶⁰ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁶¹ Voto do ministro no HC 87.585, p. 294.

[...] Pela atual composição do Tribunal, pela tendência mundial em dar primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana e pela relevância que os tratados de direitos humanos detêm no sistema internacional de proteção aos direitos básicos da pessoa humana, entendemos que o STF sepultou a tese da legalidade [...]. Resta, agora, esperar para ver se o Tribunal evoluirá, novamente, para a adoção pela maioria da tese da constitucionalidade, posicionamento que está plenamente de acordo com o fundamento e fim da sociedade: a pessoa.

Destarte, entende-se que a Convenção nº 169, como instrumento normativo ratificado pelo Estado Brasileiro que dispõe sobre direitos humanos, tem esse caráter de norma supra-legal, ou seja, em um espaço hierárquico situado entre a Constituição e as leis do país, devendo, portanto, ser observado, e, mais do que isso, assegurados instrumentos que permitam a sua efetivação.

3.2 O direito de consulta prévia aos povos indígenas e tribais na América Latina

Como um dos mecanismos de fortalecimento dos povos indígenas e tribais assegurados na Convenção nº 169, o direito de consulta prévia vem sendo instrumento para reivindicações por parte do movimento indígena⁶² da América Latina. Disposto no Artigo 6º da Convenção, o direito de consulta prévia estabelece que os povos que são abrangidos por esse instrumento deverão ser consultados “mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.”⁶³

A Convenção nº 169 é clara ao dispor que essa competência cabe aos governos. Assim, mesmo que a medida administrativa seja capitaneada por uma empresa privada, com interesses meramente lucrativos, sem qualquer relação direta com o Estado, deve ser este o ente garantidor da realização da consulta prévia para os povos interessados.

Destaca-se que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas consolidou o direito de consulta prévia no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, ratificando os requisitos e características expressas na Convenção 169 da OIT, prezando pelo diálogo e respeito à diversidade cultural dos povos indígenas, ao dispor que

⁶² De forma mais tímida, o movimento de povos tribais em outros países (como os quilombolas no Brasil) também vem pautando suas reivindicações perante os Estados utilizando como estratégia jurídica oficial o direito de consulta prévia.

⁶³ Artigo 6º, 1, a, da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Decreto nº 5.051, 19 de abril de 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 07 de outubro de 2014.

Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem. (artigo 19).

São princípios norteadores do direito de consulta previsto na convenção que ela seja *prévia, livre e informada*. A consulta deverá ser realizada previamente, quando qualquer tipo de medida (legal ou administrativa) puder afetar diretamente as comunidades. Isso significa que este tem que ser o primeiro ato, antes de se tomar qualquer medida para realizar o projeto (ou a medida). Esse entendimento é ratificado pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, ao estabelecer que a admissibilidade das medidas a serem aplicadas a povos indígenas e tribais depende da verificação se tais povos “tenham tido a oportunidade de participar do processo de adoção de decisões relativas a essas medidas.”⁶⁴ Quando se tratar de implantação de grandes projetos de desenvolvimento (como hidrelétricas, exploração de minérios, estradas, dentre outros), o direito de consulta prévia da Convenção nº 169 estabelece ainda que tais povos têm direito de participar de todos os planos e programas que digam respeito a tais projetos, ou seja, a necessidade de participação direta e efetiva daqueles legitimamente interessados.

A consulta prévia será *livre* quando for realizada sem qualquer forma de intimidação ou condição imposta ao grupo que estiver sendo consultado. Os povos e comunidades devem ter condições de chegar a um acordo ou consenso com os governos sem interferências externas (do Estado ou qualquer outro agente), estando cientes de suas vantagens e desvantagens. Só assim, a comunidade poderá tomar sua decisão de forma consciente e legítima.

Por fim, mas não menos importante, a consulta prévia deve ser *informada*. Em verdade, trata-se da garantia do direito fundamental à informação. O Estado deve, de todas as formas, subsidiar as comunidades partícipes da consulta prévia das informações necessárias, com o objetivo de que suas decisões também possam estar revestidas de legitimidade. Observa-se ainda que somente um canal de diálogo aberto e franco, com participação ativa e qualificada de todos os sujeitos poderá render as informações às comunidades e povos.

⁶⁴ Comitê de Direitos Humanos (ONU), *Apirana Mahuika vs Nova Zelândia*. In: *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. N. 2. Universidad de los Andes: Bogotá, 2010. Disponível em http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf Acesso em 07 de outubro de 2014

Quando da elaboração do informe sobre a situação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, Anaya⁶⁵ (2009) advertiu que

para que puedan tomar decisiones libres e informadas acerca de los proyectos de esta naturaleza es necesario que los pueblos indígenas cuenten con información amplia y objetiva sobre todos los aspectos de los proyectos que les afecten, incluyendo el impacto que tendrán sobre sus vidas y sobre el medioambiente.⁶⁶

Relacionado com o direito à informação, estão presentes ainda os princípios da *boa-fé* e do *respeito à diversidade cultural* desses povos. A boa fé já está estabelecida no próprio texto da Convenção nº 169, ao dispor que “as consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé”⁶⁷. Para concretizar tão abstrato princípio, o Comitê de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações (CPACR)⁶⁸ da OIT, quando realizou sua observação sobre a Convenção na Bolívia⁶⁹, estabeleceu que

el concepto de la consulta a las comunidades indígenas [...] comporta el establecimiento de un dialogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común.⁷⁰

⁶⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá) In: Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the right to development. Human Rights Council. General Assembly. United Nations. A/HCR/12/34/Add.5*. 7 September 2009. p. 12. Disponível em < <http://unsr.jamesanaya.org/special-reports/observaciones-sobre-la-situacion-de-la-comunidad-charco-la-pava-y-otras-comunidades-afectadas-por-el-proyecto-hidroelectrico-chan-75-panama-2009> > Acesso em 07 de outubro de 2014.

⁶⁶ “para que possam tomar decisões livre e informadas sobre os projetos desta natureza, é necessário que os povos indígenas contem com informação ampla e objetiva sobre todos os aspectos que os afetem, inclusive o impacto que terão sobre suas vidas e o meio ambiente.” (tradução livre)

⁶⁷ Artigo 6º, 2, Convenção nº 169, Organização Internacional do Trabalho, 2009.

⁶⁸ O Comitê de Peritos para Aplicação de Convenções e Recomendações (CPACR) é um órgão independente, constituído por 20 (vinte) pessoas nomeadas a título individual e independente de qualquer governo. São nomeados pelo Conselho de Administração para um mandato de 03 (três) anos. Trata-se de um órgão de controle dentro da própria OIT, sendo responsável por examinar os relatórios dos governos sobre a aplicação das Convenções e Recomendações emanadas, realizando um trabalho de “avaliação técnica imparcial do estado de aplicação das normas internacionais de trabalho”. Mais informações disponíveis na página da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>. Acesso em 07 de outubro de 2014.

⁶⁹ CPACR. Observação Individual sobre a Convenção 169. Bolívia, 2005. In: La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. N. 2. Universidad de los Andes: Bogotá, 2010. p. 71. Disponível em http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf Acesso em 07 de outubro de 2014

⁷⁰ “o conceito de consulta às comunidades indígenas [...] inclui o estabelecimento de um verdadeiro diálogo entre ambas as partes caracterizadas por comunicação e compreensão, o respeito mútuo e boa fé, com um sincero desejo de chegar a um acordo comum.” (tradução livre)

Já a informação que deve ser garantida a essas comunidades, para ser qualificada, precisa respeitar a cultura e as especificidades de cada uma delas. O respeito à diversidade e às culturas locais também encontra-se albergado pelo texto da Convenção nº 169, quando dispõe que a consulta deverá ser realizada através dos “procedimentos adequados”⁷¹. Esses procedimentos deverão ser construídos e dialogados em cada plano de consulta a ser construído, devendo o governo acordar com as comunidades o prazo da consulta, seus procedimentos, a língua, o espaço, os temas a serem tratados, a metodologia, dentre outros aspectos. O CPACR também se manifestou no sentido de garantir que a participação na consulta prévia seja pautada a modelos jurídico, sociais e culturais de cada povo, de cada comunidade. Para o Comitê⁷², um mecanismo de consulta adequado deve levar “*en cuenta al determinar los valores, concepciones, tempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas*”⁷³.

A Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) também se manifestou sobre a observância dos aspectos sócio-culturais quando da realização da consulta prévia. No julgamento do caso *Saramaka vs Suriname*, a Corte IDH firmou o posicionamento de que os Estados têm o dever de realizar a consulta, de forma ativa com a comunidade de acordo com seus costumes e tradições, com “procedimentos culturalmente adequados”⁷⁴. O respeito ao modo, costumes e tradições de cada um desses povos também diz respeito ao tempo da consulta. A Convenção nº 169 não estabelece lapso temporal para que ela seja realizada, tendo acertado em garantir que elas deverão ser realizadas de “maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir um consentimento”⁷⁵. Os governos não poderão impor prazos de conclusão das consultas, pois isso vai depender das características e do tempo de cada povo, de cada comunidade. Esse também é o posicionamento do CPACR quando afirma que os planos de consulta deverão prever o tempo necessário para a realização da mesma, levando em consideração seus próprios processos de tomada de decisão que se

⁷¹ Artigo 6º, 1, Convenção nº 169 OIT

⁷² CPACR. Observação Individual sobre a Convenção 169. México, 2005. In: La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. N. 2. Universidad de los Andes: Bogotá, 2010. p. 73. Disponível em http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf Acesso em 07 de outubro de 2014

⁷³ “levar em conta determinados valores, concepções, tempos, sistemas de referência e, inclusive, formas de conceber a consulta aos povos indígenas.” (tradução livre)

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso do Povo Saramaka vs Suriname. Sentença de 28 de novembro de 2007. par. 133. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em 07 de outubro de 2014.

⁷⁵ Artigo 6º, 2, Convenção nº 169 OIT

adaptem aos seus modelos culturais e sociais.⁷⁶ Na recente sentença do caso *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador*, a Corte IDH ratificou seu entendimento, pautando sua decisão a partir do estabelecido pela CPACR e por diversas disposições legais e constitucionais de vários países latino-americanos.⁷⁷

3.3 O Direito de consulta prévia e o necessário consentimento

O objetivo da consulta prévia é o estabelecimento de acordos comuns e consensos entre as partes em virtude das medidas propostas⁷⁸. Um dos pontos mais controvertidos sobre o direito de consulta prévia diz respeito ao seu caráter: se trata de uma mera consulta, sem caráter vinculante, ou é necessário o consentimento desses povos?

O artigo 6º da Convenção 169 fala estritamente em *consulta* aos povos, não fazendo referência expressa sobre o caráter vinculante das opiniões dos povos consultados. Porém, logo em seguida, no artigo 7º é garantido o direito aos povos indígenas e tribais de escolherem suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento,

na medida em que lhes afete suas vidas, crenças, instituições, e bem estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.⁷⁹

Nos processos de regulamentação que vem sendo construídos pelas disposições normativas dos Estados latino-americanos⁸⁰, o direito de consulta prévia vem se consolidando, inclusive com a formação de uma jurisprudência no nível das Supremas Cortes, garantindo a tentativa de efetividade desse direito. Contudo, pouco se tem discutido a necessidade do *consentimento livre e informado* que esses povos têm direito, a partir de uma interpretação sistemática da própria Convenção nº 169 da OIT. O consentimento dos povos indígenas e tribais é mais amplo do que apenas escutar a opinião dos mesmos afetados pelas

⁷⁶ CPACR. Observação individual sobre a Convenção 169. Colômbia, 2004. par. 3. In: La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. N. 2. Universidad de los Andes: Bogotá, 2010. p. 73. Disponível em http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf Acesso em 07 de outubro de 2014

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador. Sentença de 27 de junho de 2012. par. 201 ss. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_245_esp.pdf Acesso em 07 de outubro de 2014.

⁷⁸ Artigo 6º, 2, Convenção nº 169 OIT

⁷⁹ Artigo 7º, 1, Convenção 169 OIT

⁸⁰ Em especial da Colômbia e do Perú, objeto desse estudo.

medidas legais e/ou administrativas emanadas pelo Estado. Garante que os povos firmem um posicionamento sobre tais medidas e que ele tenha efeito condicionante na execução dessas medidas.

O processo de construção de uma interpretação mais clara e favorável aos sujeitos de direito foi avançando ao longo dos anos 1990 e início dos anos 2000, culminando com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. No presente documento, existe referência expressa ao termo *consentimento*, sendo dever do Estado a consulta a esses povos, e que qualquer medida legislativa e administrativa que os afete só será levada adiante a partir de seu consentimento livre, prévio e informado.⁸¹

O artigo 32 da Declaração sobre Povos Indígenas da ONU revela ter forte inspiração no artigo 7º da Convenção 169 da OIT ao dispor sobre o direito desses povos na escolha do processo de desenvolvimento que lhes sejam mais favoráveis. Destaca-se a exigência do *consentimento* para a execução de qualquer projeto que afete suas terras ou territórios. No artigo 32, 3 exige-se que o Estado adote os mecanismos eficazes para eventuais reparações dessas atividades, buscando-se mitigar suas consequências “nocivas nos planos ambiental, econômico, social, cultural e espiritual”.⁸² Essas eventuais reparações só recairão sobre aquelas comunidades que efetivamente aceitarem a realização desses grandes projetos em suas terras e territórios. O artigo 32, 1 afirma expressamente que tais povos tem o “direito de determinar e de elaborar suas prioridades e estratégias para o desenvolvimento”.

Trata-se do primeiro diploma do direito internacional que incorpora o direito de consulta prévia e, ao mesmo tempo, exige do Estado que busque o consentimento das comunidades desses povos para a implementação das medidas legislativas e administrativas. Se esse consentimento não for obtido, tais medidas não terão legalidade (e, sobretudo, legitimidade) para sua execução. Nos diplomas que não exigem esse consentimento, o caráter

⁸¹ Artigo 19 – Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem. Disponível em http://unicrio.org.br/docs/declaracao_direitos_povos_indigenas.pdf Acesso em 12 de outubro de 2014.

⁸² Artigo 32

1. Os povos indígenas tem o direito de determinar e elaborar suas prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos.
2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.
3. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa dessas atividades, e serão adotadas medidas apropriadas para mitigar suas consequências nocivas nos planos ambiental, econômico, social, cultural ou espiritual.

de ambiguidade sobre os efeitos das consultas prévias deve ter sobre o conteúdo e a realização dos projetos e medidas que são submetidas para consulta.⁸³

Em decisão emblemática, que acabou se tornando referência para os casos posteriores, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Saramaka vs Suriname*, acabou ratificando o posicionamento da obtenção de um *consentimento livre, prévio e informado* quando se trata de medidas para implantação de grandes projetos de desenvolvimento e investimento que tenham grande impacto sobre os territórios, é necessário que tal consentimento seja obtido pela comunidade, pautado principalmente pela boa-fé entre as partes.⁸⁴

No Equador, durante o processo da Assembléia Constituinte que elaborou a Constituição equatoriana de 2008, houve controvérsias no sentido de garantir ou não a obrigatoriedade do consentimento dos indígenas equatorianos quando acionado o direito de consulta prévia estabelecido na Convenção nº 169. A antiga Constituição do Equador, de 1998, garantia a realização do direito de consulta prévia⁸⁵, como “único requisito antes de la intervención en territorios indígenas, pero poco o nada valían los resultados de esta consulta, pues la decisión de las comunidades no era tomada en cuenta.”⁸⁶ Para Saavedra (2011), os governos e as empresas se utilizavam de artimanhas para assegurar o cumprimento do direito de consulta prévia, sem, contudo, conferir legitimidade às mesmas. Segundo ele, um dos mecanismos mais utilizados para isso era a convocação das assembleias das comunidades para lhes informar sobre os planos de desenvolvimento, mas, que, em nenhum momento, se questionava se as comunidades concordavam com o que estava sendo proposto.

O autor destaca que a falta de clareza nas normas constitucionais e internas sobre a obrigatoriedade do consentimento desses povos os levaram a acionar o Judiciário para que fossem elaboradas *normas secundárias* com o objetivo de dispor os mecanismos adequados para uma consulta previa legítima. O processo de incidência política e jurídica das comunidades indígenas equatorianas resultou em conquistas no âmbito do Tribunal Constitucional daquele país.⁸⁷ Contudo, o caso mais emblemático da garantia do consentimento livre, prévio e informado no Equador se deu através da decisão da Corte

⁸³ La consulta previa a pueblos indígenas – Los estándares del derecho internacional. p. 78.

⁸⁴ Corte IDH. *Saramaka vs Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007. par. 134, 135.

⁸⁵ Luis Angel Saavedra, no artigo *¿Consulta o consentimiento previo?*, no *Noticias Aliadas Informe Especial Consulta Previa: derecho fundamental de los pueblos indígenas*. Lima: Junho, 2011.

⁸⁶ “único requisito antes da intervenção em territórios indígenas, contudo de pouco ou nada valiam os resultados dessa consulta, pois a decisão das comunidades não era levada em consideração.” (tradução livre)

⁸⁷ Para maiores informações, consulta o artigo *¿Consulta o consentimiento previo?*, no *Noticias Aliadas Informe Especial Consulta Previa: derecho fundamental de los pueblos indígenas*, disponível em http://www.noticiasaliadas.org/objetos/informe/14PE_consulta_na.pdf Acesso em 07 de outubro de 2014.

Interamericana de Direitos Humanos no caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador*.

Nesse caso, a Corte IDH voltou a firmar o mesmo posicionamento quando do julgamento de *Saramaka vs Suriname*, afirmando que o direito de consulta prévia não pode servir apenas como espaço de diálogo e consenso, como uma rápida leitura do artigo 6º da Convenção nº 169 sugere. Para a Corte IDH⁸⁸,

[...] el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones.⁸⁹

Nesse ponto da decisão, quando aborda da possibilidade de tomada de decisões da comunidade, a Corte IDH faz referência expressa ao parágrafo 134 da sentença do caso *Saramaka vs Suriname*. Expressões como “avaliar se aceitam o plano de desenvolvimento ou investimento proposto” e “tomada de decisões” evidenciam que, para o Tribunal do Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁹⁰ não basta apenas a realização de uma consulta prévia de boa-fé e informada, mas que seja necessário que se obtenha o consentimento, que a comunidade consultada demonstre claramente que aceita (ou rechaça) o projeto.

Destaca-se ainda que o próprio manual para compreensão da Convenção nº 169, lançado pela OIT em 2013, assegura que a consulta prévia não deve ser entendida apenas como mera consulta, mas como fator impulsionador para a efetiva participação dos povos indígenas e tribais no processo de tomada de decisão de políticas que lhes afetem. Para a OIT, a Convenção reconhece que os povos estão em posição de desvantagem, o que impede sua participação equitativa.⁹¹ Reconhece a OIT⁹² que,

⁸⁸ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa vs Ecuador*. Sentença de 27 de junho de 2012. par. 177. p. 54-55.

⁸⁹ “o Estado deve assegurar-se de que os membros do povo ou comunidade tenham conhecimento dos possíveis benefícios e riscos, para que possam avaliar se aceitam o plano de desenvolvimento ou investimento proposto. Por último, a consulta deve levar em conta os métodos tradicionais do povo ou comunidade para a tomada de decisões.” (tradução livre)

⁹⁰ Nos casos de medidas e projetos de desenvolvimento e investimento que podem afetar diretamente as terras e territórios das comunidades dos povos indígenas e afro-descendentes.

⁹¹ **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (num. 169)**. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo: Ginebra, 2013. p. 19. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf Acesso em 12 de outubro de 2014

⁹² **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (num. 169)**. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo: Ginebra, 2013. p. 20. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf Acesso em 12 de outubro de 2014

El derecho de los pueblos indígenas a la consulta no se limita al derecho de dar a conocer su reacción a medidas iniciadas o impuestas desde el exterior. Los órganos del control de la OIT han subrayado la interrelación de los conceptos de consulta y participación. Lo anterior implica que los pueblos indígenas no deben dar a conocer únicamente su reacción y ser capaces de influir sobre las propuestas iniciadas desde el exterior, sino que deben participar activamente y proponer medidas, programas y actividades que construyan su desarrollo. La participación significa asimismo más que una mera consulta y debe llevar a la apropiación de las iniciativas por parte de los pueblos indígenas. En este sentido, los conceptos entrelazados de consulta y participación son los mecanismos que aseguran que los pueblos indígenas puedan decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y controlar su propio desarrollo económico, social y cultural, como establece al Artículo 7(1) del Convenio.⁹³

Ainda para a própria OIT⁹⁴, “el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio núm. 169”⁹⁵, reconhecendo a sua dificuldade na efetivação. No presente guia, a Organização mais uma vez ratifica qual o entendimento necessário para a execução prática do direito de consulta prévia perante as comunidades dos povos abrangidos por esse instrumento⁹⁶.

El objetivo principal de las disposiciones de estos artículos es garantizar que los pueblos indígenas puedan tener una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos y en los procesos que puedan afectarles directamente. Según los términos del Convenio, la consulta se considera una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos. Al interrelacionar los principios de consulta y participación, la consulta no implica sólo el derecho de reaccionar sino, también el derecho de proponer; los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural.⁹⁷

⁹³ “O direito dos povos indígenas à consulta não se limita ao direito de divulgar a sua reação a medidas iniciadas ou impostas de fora. Os órgãos da supervisão da OIT destacou a inter-relação dos conceitos de consulta e participação. Isto implica que os povos indígenas não só deve divulgar sua reação e ser capaz de influenciar as propostas iniciadas a partir do exterior, mas deve participar e propor medidas, programas e atividades que desenvolvam o seu desenvolvimento de forma activa. A participação também significa mais do que a mera consulta e deverá levar à apropriação de esforços por parte dos povos indígenas. Nesse sentido, os conceitos gêmeos de consulta e participação são os mecanismos para garantir que os povos indígenas possam decidir suas próprias prioridades para o desenvolvimento de processos e controlar seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural, como estipulado no artigo 7º (1) da Convenção.” (tradução livre)

⁹⁴ **Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica.** Una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT / Organización Internacional del Trabajo. Ginebra: OIT, 2009. p. 59.

⁹⁵ “O estabelecimento de mecanismos apropriados e eficazes para a consulta dos povos indígenas e tribais em relação com as questões os atingem é a pedra angular da Convenção nº 169” (tradução livre)

⁹⁶ **Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica.** Una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT / Organización Internacional del Trabajo. Ginebra: OIT, 2009. p. 60.

⁹⁷ “O principal objetivo das disposições destes artigos é garantir que os povos indígenas possam participar efetivamente de todos os níveis de tomada de decisão nos órgãos e processos políticos, legislativos e administrativos que possam afetá-los diretamente. Nos termos da Convenção, a consulta é considerada uma forma essencial do diálogo que serve para harmonizar os interesses conflitantes e evitar, assim como resolver conflitos. Para se inter-relacionam os princípios de consulta e participação, consulta envolve não só o direito de reagir, mas também o direito de propor. Os povos indígenas têm o direito de decidir suas próprias

Ao afirmar que os povos indígenas devem ter uma “participação efetiva”, e que têm o direito de decidir quais são as suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento, a OIT manifesta uma interpretação coincidente com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim como a Corte IDH, a OIT faz um interpretação sistemática do direito de consulta prévia, conjugando os artigos 6º e 7º. Mais à frente, o guia é expresso ao afirmar que o objetivo das consultas é de alcançar acordos ou atingir consentimentos.⁹⁸

Da leitura da Declaração, bem como da interpretação sistemática da Convenção nº 169 da OIT, percebe-se que é garantido o poder de veto dos povos indígenas e tribais nos processos de consulta prévia. Não faria qualquer sentido do ponto de vista desse novo cenário pluricultural (ou plurinacional, em alguns espaços) a simples garantia de oitiva de povos porventura afetados por medidas que comprometem sua tradicional forma de vida sem que os mesmos pudessem contribuir de maneira qualitativa no processo. A simples possibilidade de consulta, sem a obtenção do consentimento, não reflete os anseios de décadas de luta desses povos. Essa interpretação sistemática também encontra respaldo no que dispõe a própria Convenção e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: tais povos têm o direito ao exercício de sua autonomia, ao auto governo no que se refere às suas questões internas e à livre determinação. Impedir que as comunidades possam conceder seu consentimento em assuntos que lhes afetem diretamente vai de encontro ao processo de valorização e afirmação do multiculturalismo/plurinacionalismo do fim do século XX e início do século XXI.

Há de se destacar, por fim, que o direito de consulta prévia não constitui um fim em si mesmo. Trata-se de um direito que deve ser instrumentalizado com o objetivo de garantir a realização de outros direitos fundamentais dos povos indígenas e outros com as mesmas características (como os povos tribais abrangidos pela Convenção 169 da OIT). A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a Convenção nº 169 da OIT e as mais recentes constituições multiculturais e plurinacionais dos Estados latino-americanos asseguram uma gama de direitos que historicamente lhes foram negados. Dentre esses novos direitos estão, fundamentalmente, o direito a autodeterminação dos povos, à autonomia política-jurídica de seus territórios e do planejamento de ações que visem o

prioridades no processo de desenvolvimento e, conseqüentemente, para exercer o controle sobre seu próprio desenvolvimento cultural, social econômico” (tradução livre)

⁹⁸ **Los derechos de los pueblos indígenas y tribales em la práctica.** Una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT / Organización Internacional del Trabajo. Ginebra: OIT, 2009. p. 62

desenvolvimento levando em consideração sua história e suas características econômicas, sociais e culturais. Tais direitos poderão utilizar o instrumento da consulta prévia como alavanca para suas reivindicações frente ao poder estatal.

3.4 O fortalecimento do movimento indígena na América Latina

Ao longo dos últimos 20 (vinte) anos é inegável o fortalecimento e crescimento do movimento indígena na América Latina, em especial nos países andinos. Esse movimento chegou ao auge com a eleição do presidente boliviano Evo Morales em dezembro de 2005, tornando-se o primeiro presidente indígena da Bolívia.⁹⁹

O atual estágio do movimento indígena na América Latina é resultado de uma gama de elementos sociais e políticos que romperam esses países nos últimos anos. Tais elementos estão relacionados com papéis desempenhados por diversos atores, nacionais e internacionais, que contribuíram com o protagonismo do movimento indígena. I Puig (2011) menciona a importância da Igreja Católica¹⁰⁰ (e suas organizações internas), a contribuição dos profissionais da antropologia e das redes transnacionais de defesas desses povos.¹⁰¹ A pressão advinda desse movimento criou, no âmbito internacional, um regime de normas voltadas para a defesa desses povos, como o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas e a Convenção nº 169.

No âmbito nacional, para além dos elementos já mencionados, I Puig (2011) destaca outros aspectos e elementos que impulsionaram esse fortalecimento do movimento indígena nos países latinoamericanos.

⁹⁹ Evo Morales foi eleito com 53,7% dos votos.

¹⁰⁰ No que diz respeito às Igrejas, o autor destaca o papel assumido pela Igreja Católica em busca dos auxílios aos menos favorecidos a partir do Concílio Vaticano II. Aqui, a Igreja assume um papel oposto ao que fazia historicamente, quando catequizava a população indígena latino-americana. Nesse ator de aproximação com o movimento indígenas, segmentos ligados à Igreja Católica foram essenciais, como, no caso do Brasil, o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e a Comissão Pastoral da Terra (CPT). A presença dos religiosos foi extremamente relevante no processo de formação, dinamização das organizações étnicas e no trabalho de mediação dos povos indígenas e suas organizações locais com os Estados Nacionais. Sobre os antropólogos, I PUIG destaca que a partir dos anos 1970 esses profissionais se mostraram verdadeiros “aliados” do movimento indígena. Foram importantes por conta do seu papel na elaboração de estudos sobre as comunidades indígenas, criando entre elas a percepção de conhecimento de sua história e cultura. Para maiores informações, ver I Puig (2011).

¹⁰¹ Tais redes são formadas por diversas organizações não governamentais (ONGs) de caráter humanitário, nacionais ou internacionais. I Puig (2011, p. 79) destaca que elas tiveram um efeito catalisador na defesa desses povos, atuando, notadamente, com uma dialética entre a identidade e a intervenção internacional, levando assim a uma “ativa mobilização”. A partir do final dos anos 1980, essa rede de transnacional de defesa passou a empreender ações de *lobby* internacional sobre organismos nacionais e internacionais de proteção de direitos humanos, bem como sobre os Estados Nacionais, a fim de que estes pudessem garantir os direitos a eles assegurados. Maiores informações, ver I Puig (2011).

O primeiro aspecto é justamente a criação de leis e regramentos internacionais (com sua consequente jurisprudência nos organismos internacionais) de proteção aos direitos desses povos. A existência desse conjunto de decisões em favor dos povos indígenas teve uma grande influência sobre os países latino-americanos¹⁰². Também foi levantado pelo autor a abertura democrática que boa parte desses países teve a partir do final da década de 1980. Com o fim dos regimes militares ditatoriais e da repressão a movimentos sociais organizados, o movimento indígena passou a ocupar os espaços institucionais de participação concedidos pelas recentes constituições nacionais que iam sendo promulgadas. Ressalte-se que, mesmo quando tais espaços não estejam abertos, muitos desses movimentos utilizam-se das mobilizações e levantes para participar do processo de construção das políticas que lhes são caras.

O terceiro aspecto decorre exatamente do segundo. O fim dos regimes militares de repressão teve como consequência a elaboração de cartas constitucionais que pugnassem pela democracia e de outorga de direitos a esses povos. Muitos deles inclusive chegaram a participar da construção das Constituições, através das Assembléias Constituintes. Foi o caso do movimento indígena da Colômbia, Equador, Bolívia, Nicarágua, Panamá e Guianas¹⁰³, lançando bases assim para o novo constitucionalismo latino-americano, calcado sobretudo no modelo multicultural.¹⁰⁴

Essas reformas constitucionais ocorridas principalmente no fim do século XX foram fruto de diversas mobilizações sociais e populares nos países. Através da pauta de reivindicação desses movimentos, as Assembléias Constituintes escreveram textos que refletissem os anseios por novos cenários institucionais e garantias de direitos, como a incorporação das demandas de reconhecimento de identidades culturais (GIRAUDO, 2007, p. 7). As definições dos diversos textos constitucionais representam uma ruptura no que diz respeito ao projeto levado a cabo pelos Estados para povos indígenas nos últimos séculos, pelo menos em sua concretude constitucional, como adverte Giraudo (2007). A participação indígena nas Assembléias Constituintes da Colômbia, Equador e Venezuela foi tão decisiva

¹⁰² I PUIG (2011, p; 85)

¹⁰³ I PUIG (2011, p. 86)

¹⁰⁴ Segundo Van Cott (2000), o modelo de um constitucionalismo multicultural é possível quando uma Constituição aparece com no mínimo três dos seis elementos expostos a seguir: o reconhecimento formal da natureza multicultural das sociedades e da existência de povos indígenas como coletivos distintos; o reconhecimento da lei consuetudinária indígena como oficial e como direito público; o reconhecimento dos direitos de propriedade e restrições à alienação e divisão das terras comuns; o reconhecimento do status oficial das línguas indígenas no território e espaços onde os indígenas estejam assentados; a garantia de uma educação bilíngue; e o reconhecimento do direito a criar espaços territoriais autônomos. Ver mais em I PUIG (2011, p. 86).

no processo de reforma constitucional que a autonomia desses povos foi reconhecida e codificada.

Os outros dois aspectos tem relação direta com o terceiro: a garantia do território e a consolidação da autonomia desses povos (estabelecidos tanto no nível nacional, com as novas constituições, como no plano internacional, a exemplo da Convenção nº 169) tiveram papel fundamental no fortalecimento do movimento indígena. Para I Puig (2011) é importante fazer o destaque que o processo de autonomia e autogoverno dos povos indígenas tem relação intrínseca com as pautas da territorialidade e da jurisdição, como expressões da livre determinação dos povos. Ainda assim, conclui o autor afirmando que, no campo prático, são poucos os avanços nessa direção, notadamente por conta do alto grau de implementação de políticas neoliberais em muitos dos países latino-americanos.

O fortalecimento do movimento indígena também encontra fundamento no novo cenário global do multiculturalismo. Para Giraudo (2007, p. 12), os fundamentos da teoria multicultural são a assunção de uma existência real de diferenças, a valorização positiva das mesmas e a defesa da necessidade de um tratamento político e jurídico especial para promover essas diferenças. Seriam, nessa ordem, os elementos descritivo, valorativo e normativo. Sobre o terceiro elemento, destaca-se que não é necessário que uma Constituição traga, de forma explícita, a *etiqueta multicultural* para defini-la como tal.¹⁰⁵

Ainda sobre o elemento normativo, Giraudo (2007, p. 14) afirma que “una perspectiva multicultural considera que algunas formas de diferencias étnico-culturales pueden protegerse solo con el reconocimiento de derechos colectivos o derechos diferenciados ‘em razón de la pertenencia al grupo’”¹⁰⁶. Aqui encontra-se o processo de afirmação dos direitos coletivos como aqueles capazes de garantir a sobrevivência desses grupos étnicos. É através dos direitos coletivos (e sua consolidação nos instrumentos normativos internos e externos) que os povos indígenas podem usufruir dos direitos individuais (GIRAUDO, 2007, p. 15).

Assim, a positivação deu impulso ao processo de fortalecimento para a construção da identidade dos povos indígenas em muitos países. Giraudo (2007, p. 30) aponta o crescimento do percentual de população indígena. Segundo ela, esse aumento deve-se a afirmação do critério de auto identificação (consagrado na Convenção 169 e em diversas

¹⁰⁵ Vide o caso da Constituição do Panamá, já tratada neste trabalho.

¹⁰⁶ “una perspectiva multicultural considera que algunas forma de diferencias étnico-culturais podem proteger-se apenas com o reconhecimento de direitos coletivos ou direitos distintos ‘em razão do pertencimento do grupo’” (tradução livre)

Constituições). Em sua análise, cita como exemplo o caso do Brasil e a mudança da configuração étnica do país a partir da adoção da auto identificação.

Los últimos censos realizados en América Latina nos muestran una situación demográfica en algunos casos sorprendente. En 2000, más de 700.000 personas se identificaron como indígena en Brasil: el doble que en 1991, año en el que por la primera vez se añadió la categoría indígena (y el término raza en la pregunta). La decisión del Instituto Brasileiro de Geografía e Estatística (IBGE) de incluir la categoría indígena fue el resultado de un proceso de consulta con antropólogos y representantes de la Fundação Nacional do Índio (FUNAI), si bien se considera que hubo una influencia del Banco Mundial, interesado en tener datos demográficos para sus políticas hacia los indígenas. Por tanto, nos encontramos con un país como Brasil hasta 1950, si nos atenemos a la 'descripción' de los censos, tenía una población que se estaba progresivamente blanqueando, mientras que en los últimos censos emerge un país con población mestiza, con una grand mayoría 'no blanca'. La respuesta a este cambio de imagen no se puede encontrar simplemente en los cambios demográficos (GIRAUDO, 2007, p. 32-33).¹⁰⁷

É evidente a influência da Convenção nº 169 em várias das constituições dos países latino-americanos, principalmente no que diz respeito a autonomia e à livre determinação dos povos. O que era um costume de muitos povos passou a ter reconhecimento na esfera jurídica. Giraudó (2007, p. 18) afirma que,

En cuanto a las referencias al derecho indígena en las constituciones, encontramos las siguientes fórmulas: 'sus propias normas y procedimientos' (Colômbia), 'derecho consuetudinário' (Perú), 'costumbres y procedimientos' (Bolivia), 'normas y procedimientos propios [...] de conformidad con sus costumbres o derechos consuetudinarios' (Ecuador), 'con base en sus tradiciones ancestrales [...] según sus propias normas y procedimientos' (Venezuela).¹⁰⁸

Apesar de ser considerada uma carta de notável caráter social, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dedicou apenas dois artigos (Arts. 231 e 232) sobre a questão indígena. Em nenhum deles existe qualquer tipo de referência expressa ao exercício da livre determinação desses povos ou de sua autonomia. O ponto mais avançado da

¹⁰⁷ "O último censo realizado na América Latina mostram uma situação demográfica em alguns casos surpreendentes. Em 2000, mais de 700.000 pessoas se identificaram como indígenas no Brasil: o dobro de 1991, que pela primeira vez foi adicionada a categoria indígena (e o termo raça em questão). A decisão do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para incluir a categoria indígena foi o resultado de um processo de consulta com os antropólogos e representantes da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), embora seja considerado que houve uma influência do Banco Mundial, interessado em ter de dados sociodemográficos para políticas para indígenas. Portanto, encontramos um país como o Brasil, até 1950, se você ficar com a 'description' censo, tinha uma população que foi gradualmente clareamento, enquanto que no último censo surgir hum mestiço país com grande Uma maioria "não-brancos". A resposta a esta reforma não pode ser encontrada simplesmente nas mudanças demográficas." (tradução livre)

¹⁰⁸ "Quanto às referências aos direitos indígenas na Constituição, encontramos as seguintes fórmulas: 'suas próprias regras e procedimentos' (Colômbia), 'direito costumeiro' (Peru), 'as normas e costumes' (Bolívia), 'regras e procedimentos [...] de acordo com seus costumes ou seu direito consuetudinário' (Equador), 'com base em suas tradições ancestrais [...] de acordo com suas próprias regras e procedimentos' (Venezuela)". (tradução livre)

constituição diz respeito apenas ao reconhecimento “aos índios da sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.¹⁰⁹ É necessário destacar que esse diploma foi promulgado cerca de um ano antes da Convenção nº 169.

Contudo, o Brasil é signatário de instrumentos internacionais de proteção aos povos indígenas, entre eles a própria Convenção e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹¹⁰. A interpretação da Constituição Federal brasileira deve ser conjugada com esses dois instrumentos internacionais. Portanto, há de se reconhecer a possibilidade de, mesmo não havendo menção expressa, o ordenamento jurídico brasileiro reconhecer e permitir que os povos indígenas do país possam gozar da autonomia política, social e jurídica. O reconhecimento jurídico dos costumes e direitos dos povos indígenas, através das constituições e legislações ordinárias nos países latino-americanos é resultado das mobilizações e do fortalecimento de suas lutas ao longo das últimas décadas. Porém, também é instrumento de construção da história e identidade desses sujeitos.

Apesar da disposição explícita nas constituições de alguns países, a possibilidade de implementação da justiça através do direito consuetudinário ainda é bastante restrita. Para Giraud (2007, p.22), a ausência de um processo claro de demarcação da jurisdição especial dos sistemas de justiça costumeiros desses povos e sua relação com a justiça oficial, estatal, tem se dado ainda de maneira bastante informal.

O reconhecimento oficial do direito consuetudinário e dos costumes dos povos indígenas no sistema constitucional de muitos países encontra fundamento naquilo que se convencionou chamar de *pluralismo jurídico*.¹¹¹ O direito consuetudinário desses povos é constituído por um sistema próprio, com autoridades e normas oriundas de costumes e tradições seculares, que regulam a coletividade e a relação desses grupos com seu ambiente. Ressalte-se que a ONU, através da Declaração sobre os direitos dos povos indígenas já

¹⁰⁹ Artigo 231, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil

¹¹⁰ A referida Declaração foi aprovada na 107ª Sessão Plenária da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 13 de setembro de 2007, tendo sido assinada pelo Brasil. Importante observar que a presente declaração é fruto das primeiras discussões do GTPI instituído pelas Nações Unidas, ainda na década de 1980. UNESCO, 2009. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001850/185079por.pdf> Acesso em 05 de outubro de 2014.

¹¹¹ O *pluralismo jurídico* é uma escola que pugna pela diversidade das fontes do Direito para além daquelas consideradas oficiais e legais. As fontes do Direito estão presentes nas relações sociais dos mais diversos grupos e segmentos populacionais, partindo principalmente dos seus usos e costumes. Para uma compreensão maior sobre o tema, ver Boaventura de Sousa Santos, Antônio Carlos Wolkmer e Roberto Lyra Filho.

reconheceu a coexistência do direito consuetudinário com o direito estatal.¹¹² E por conta dessa natureza consuetudinária, o direito construído pelos povos indígenas, ao contrário do que se imagina, está em constante evolução, haja vista estar influenciado pela resistência ao direito oficial como pela incorporação das normas de direito positivo que porventura se amoldem ao direito indígena. (GIRAUDO, 2007, p. 43).

Giraudó (2007, p. 46) alerta a “posição ambivalente” assumida pela tradição e cultura indígena e os direitos reconhecidos e positivados:

Las costumbres indígenas asumen una posición ambivalente en relación con la legislación internacional sobre derechos humanos: por un lado, el mantenimiento de las costumbres jurídicas indígenas es considerada parte de los derechos humanos reconocidos internacionalmente a los indígenas, pero, por otro, la defensa de algunas costumbres puede entrar en conflicto con los derechos fundamentales.¹¹³

Há de se mencionar que o processo de autonomia e busca do reconhecimento por esses sujeitos em nada se assemelha ao qualquer espécie de ressurgimento de nacionalismos dentro dos formais Estados Nacionais. Bauman (2005) aponta duas razões para o que ele denomina de “nova safra”. Uma delas encontra fundamento como forma de proteção dentro do processo de globalização sócio-política que toma conta de boa parte dos países ocidentais. A segunda razão apontada é a “reavaliação do pacto tradicional entre nação e Estado”, pois, segundo ele, há um nítido processo de enfraquecimento do Estado, resultando assim em uma espécie de *erosão da soberania nacional*. (BAUMAN, 2005, p. 62).

3.5 A construção da cidadania

Esse novo momento de afirmação dos direitos indígenas também aponta para uma crítica ao liberalismo e ao conceito clássico de cidadania, um verdadeiro “desafio à cidadania liberal”.¹¹⁴

¹¹² Artigos 4 e 5 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. UNESCO, 2009. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001850/185079por.pdf> Acesso em 05 de outubro de 2014.

¹¹³ “Os costumes indígenas assumem uma posição ambivalente em relação a legislação internacional sobre direitos humanos: por um lado, a manutenção dos costumes jurídicos indígenas é considerada parte dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente aos indígenas, mas, por outro lado, a defesa de alguns costumes podem entrar em conflito com os direitos fundamentais.” (tradução livre)

¹¹⁴ Giraudó (2007, p. 48) afirma que essa “cidadania liberal” é um conceito e uma prática excludente, fundada em ficções legais e ideológicas que, enquanto proclamam iguais os cidadãos, consolidavam as bases da hegemonia mestiça e a exclusão indígena. (tradução livre). Trata-se de uma visão clássica do século XIX e anteriores, onde só eram considerados “cidadãos” aqueles que preenchessem certos requisitos, notadamente econômicos.

Esta visão começa a ser rompida, começando por países como a Bolívia e o Equador. No primeiro caso, destaca-se a criação da Oficina de História Oral Andina (THOA, em espanhol), que propiciou a construção de um conceito de cidadania a partir do ponto de vista dos povos indígenas daquele país, um *ato político de descolonização*¹¹⁵, cujo objetivo primordial é a revisão do processo histórico, substituindo a história contada oficialmente, por uma própria, construída pelos sujeitos partícipes dela.

A nova postura a ser adotada diante do conceito de cidadania, deve se opor àquela tradicionalmente consolidada ao longo de todo o século XIX, pois

la trayectoria de la ciudadanía, como la del liberalismo, no es ni lineal ni unívoca y, si en una primera parte del siglo predomina una concepción amplia de la ciudadanía, a medida que avanza asistimos a una tendencia general a restringir derechos de ciudadanía.¹¹⁶ (GIRAUDO, 2007, p. 54).

Nessa concepção de cidadania, povos indígenas (como outros segmentos não alinhados àqueles considerados *cidadãos* para os padrões do liberalismo clássico do século XIX ou a do neoliberalismo da segunda metade do século XX) são alijados do processo de participação democrática, sendo considerados apenas sujeitos destinatários das políticas públicas, a quem o Estado deve tutelar. Contudo, a partir da mudança de concepção sobre a visão cultural (e o conseqüente avanço e consolidação do multiculturalismo) nas últimas décadas, houve uma grande mudança no que diz respeito à cidadania, a representação e as práticas eleitorais na América Latina. Como consequência, vem se consolidando ao longo dos últimos anos a influência das comunidades locais nas práticas eleitorais e a articulação desses novos direitos de cidadania (positivados) dialogando com os antigos direitos comunitários das tradições coloniais (GIRAUDO, 2007, p. 52).

Desta forma, a consolidação dos mecanismos internos e externos de proteção dos direitos dos povos indígenas também passa por essa construção de um novo conceito de cidadania, a partir da construção histórica dos sujeitos-parte do processo. A edificação de um novo projeto de país, que englobe de forma indistinta todos os povos, contrastando com a visão imposta pelos colonizadores ocidentais sem que seja necessário alterar as relações e as

¹¹⁵ Para Giraud (2007, p. 50) destaca que esse ato político assume que, com a independência e com o liberalismo, havia começado uma nova era de colonização e que a transformação em cidadãos seria outra ação colonizadora. O THOA se propõe, de forma explícita a construir a história a partir de uma “forma alternativa de consciência histórica”, desde o ponto de vista *aymara*, contrapondo-se a uma memória histórica indígena autônoma (tradução livre).

¹¹⁶ “A trajetória da cidadania, como a do liberalismo, não é nem linear e nem unívoca, e sim em uma primeira parte do século predomina uma concepção ampla de cidadania, e à medida que avança assistimos a uma tendência geral a restringir direitos de cidadania.” (tradução livre)

raízes nacionais, passa por uma transformação do conceito de cidadania que rompa com sua visão tradicional e neoliberal. Importa ainda destacar que “el sincretismo y la coexistencia dinámica no impidieron, de hecho, que se mantuvieran y defendieran derechos corporativos, en una reinvencción liberal de la existencia de corporaciones.”¹¹⁷ (GIRAUDO, 2007, p. 52).

O reconhecimento constitucional dos costumes sócio-políticos dos povos indígenas vem como uma ruptura do tradicional modelo jurídico, mas, ao mesmo tempo, apresenta relações com usos e costumes de tempos coloniais. A codificação gera assim, paradoxos e controvérsias. Como parte de uma história de retornos e rupturas, o debate sobre a questão indígena apresenta como desafios o cruzamento entre experiências e expectativas de leituras do passado e do futuro, tentando assim impedir que o que era para ser um avanço na garantia de direitos e participação não se torne mera reprodução de um modelo colonizador já rechaçado por esses grupos.

Nesse aspecto, o direito de consulta prévia estabelecido pela Convenção nº 169 é considerado como verdadeiro *centro nervoso* desse diploma internacional. O princípio da participação desses sujeitos visa romper com a lógica integracionista da Convenção nº 107, onde as políticas indigenistas eram voltadas *para* os povos, e não construídas *com* eles. Em seu relatório, o CPACR aponta que as disposições sobre consulta constantes na convenção são as disposições medulares do mesmo, sobre elas repousando todas as demais medidas e normas, sendo instrumento necessário para a criação da institucionalidade do diálogo, assegurando processos de desenvolvimento que sejam inclusivos, bem como prevenir e/ou remediar conflitos¹¹⁸. A OIT reforça ainda, através do artigo 15 da Convenção nº 169, que a consulta deve ser realizada antes de qualquer medida autorizativa por parte dos governos para prospecção ou exploração de recursos naturais que se situem nas terras desses povos. Fazendo referência que vários países já dispunham de mecanismos para a participação e consulta de povos originários/tradicionais, Figueroa (2009, p. 31) ressalta que

Aunque los principios de consulta y participación no fuesen establecidos en el ámbito de la política general de aplicación del Convenio, la OIT entendió que era necesario reforzarlo en aquellas medidas estatales que presentaran un alto riesgo

¹¹⁷ “o sincretismo e coexistência dinâmica não impediram, de fato, que se mantivesse e se defendessem direitos coletivos, em uma reinvenção liberal da existência de corporações.” (tradução livre)

¹¹⁸ Organización Internacional del Trabajo, CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Guatemala (ratificación: 1996) Publicación: 2006, par. 6. In: La Consulta previa con los Pueblos Indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú. Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía – RAMA. Quito, 2009. Disponível em <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=davidcorderoheredia> Acesso em 09 de novembro de 2014.

para la integridad de las tierras y cultura de los pueblos indígenas y tribales. Después de considerar la legislación doméstica en continentes distintos, la OIT concluyó que en muchos países los pueblos indígenas poseían algún grado de participación en los proyectos ejecutados en sus tierras.¹¹⁹

A possibilidade de consulta prévia trazida pela Convenção nº 169 é reflexo de uma nova cultura global que clama por mais espaços de participação social e de envolvimento nas decisões estatais que impactem a vida das pessoas. Ao longo de séculos, políticas de exploração e desenvolvimento foram capitaneadas pelas metrópoles (na era do período colonial americano) e depois pelas elites nacionais alçadas ao poder após a independência política de muitos desses países.

¹¹⁹ “Embora os princípios da consulta e participação que não foram estabelecidas em matéria de política geral da Convenção , a OIT considera que é necessário reforçar essas medidas estaduais que apresentam um elevado risco para a integridade das terras e da cultura dos povos indígenas e tribal. Depois de considerar a legislação nacional em diferentes continentes , a OIT constatou que, em muitos países os povos indígenas tinham algum grau de participação em projetos em suas terras.” (tradução livre)

4. O PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO DO DIREITO DE CONSULTA PRÉVIA NOS ÂMBITOS LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

4.1 Colômbia: da recepção da Convenção 169 aos julgados da Suprema Corte

Após as decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre a receptividade do Direito de Consulta Prévia aos povos indígenas e tribais dos países que ratificaram a Convenção nº 169 da OIT¹²⁰, a Colômbia figura como um dos países que mais tem avançado no sentido de tentar garantir a efetividade desse direito às comunidades indígenas e afrocolombianas.¹²¹ O sistema constitucional desse país apresenta diversos elementos que garantem a observância do referido direito, mesmo não dispondo de uma legislação específica que regulamente o direito de consulta prévia.

A Convenção nº 169 da OIT foi integrada ao sistema jurídico da Colômbia através da Lei nº 21/1991, aprovada pelo Congresso daquele país. A recepção da Convenção seguiu o espírito da nova carta política colombiana, aprovada em 06 de julho de 1991. O parágrafo único do artigo 330 da Constituição assegura a obrigatoriedade da participação dos representantes das comunidades indígenas no caso de exploração de recursos naturais em seus territórios, devendo o Governo adotar todas as medidas necessárias para que isso ocorra.¹²² Nota-se que o dispositivo não faz qualquer referência à vinculação das decisões do Governo ao que for deliberado nessas consultas.

¹²⁰ Podemos citar aqui os casos a) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay. Sentença de 29 de março de 2006, e b) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pueblo Saramaka v. Suriname. Sentença de 28 de novembro de 2007.

¹²¹ GARAVITA & SALINAS (2010) destacam o paradoxo da consulta prévia no Estado colombiano. Para eles, “por un lado, el derecho y la jurisprudencia constitucionales han avanzado notablemente en la protección del derecho a la consulta y, de hecho, constituyen uno de los marcos jurídicos más interesantes sobre el tema en el ámbito latino-americano y global. Por otro lado, sin embargo, el contexto socioeconómico en el que ocurren las consultas – en el que se mezcla la violencia política con la expansión de las economías extractivas – presenta desafíos prácticos formidables para hacer realidad esse marco jurídico”. In: César Rodríguez Garavito y Natalia Orduz Salinas, “La paradoja de la consulta previa en Colombia”, en *AportesDPLF*, Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal, Número 14, año 3, septiembre de 2010, pág. 34.

¹²² “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.” – Constitución Política de La República de Colombia de 1991. Disponível em <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html> Acesso em 19 de junho de 2014.

Importa destacar a edição da Lei de Meio Ambiente (Lei nº 99, de 1993), que, em seu artigo 76 dispõe que “La explotación de de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridade cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley Nº 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán previa consulta a los representantes de tales comunidades.”

Ao longo da década de 1990, o processo de discussão sobre a consulta prévia se intensificou ainda mais através da edição de leis ordinárias e outros diplomas.¹²³ Dentre elas, destaca-se o Decreto Supremo nº 1320, de 1998, que regulamenta o processo de consulta prévia com as comunidades negras e indígenas para a exploração de recursos naturais dentro de seus territórios. Um ponto de destaque nesse decreto é que o mesmo ampliou o âmbito de consulta prévia, não se restringindo apenas a projetos que impactem territórios ou reservas desses povos, mas também a projetos que possam afetar os territórios sem segurança jurídica (sem título de propriedade), mas que são tradicionalmente habitadas por eles.¹²⁴

O Decreto estabelece procedimentos basilares de consulta prévia. Em primeiro lugar, o processo se inicia com a solicitação do interessado do projeto que pretende realizar ao órgão interessado, que deverá identificar os possíveis povos a serem afetados. São elaborados estudos ambientais sobre o projeto e, se verificados impactos sócio-ambientais e culturais sobre as comunidades, direta ou indiretamente, será realizado o processo conforme disposto no decreto. Contudo, ele é alvo de críticas exatamente por não cumprir um requisito essencial para uma norma que dispõe sobre consulta prévia: não foi construído com a participação dos principais interessados, ou seja, os povos indígenas e afro-colombianos.

Há quem sustente a inconstitucionalidade desse Decreto, tendo em vista que o mesmo não foi objeto de consulta pelas comunidades diretamente interessadas, bem como porque ele se limita a consulta apenas aos territórios titulados, sem reconhecer os de posse antiga, e, por fim, porque estabelece um procedimento bastante célere, muito imediatista para a obtenção do acordo, o que não permite que as comunidades tenham tempo necessário para refletir sobre todos os pontos.¹²⁵ Santamaría (2013) é taxativo em afirmar que o referido decreto foi imposto pelo governo, sem consultar os povos e organizações indígenas e que, mesmo considerado inconstitucional pela Corte Constitucional colombiana, segue vigente, sem contribuir no processo de afirmação de direitos desses povos.¹²⁶

¹²³ Derecho a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas. Lima, octubre de 2010. P. 76.

¹²⁴ Derecho a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas. Lima, octubre de 2010. P. 76.

¹²⁵ Diana Carrillo, da Organización Nacional Indígena de Colômbia (ONIC), em entrevista concedida para o Informe Especial **Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas** do *Noticias Aliadas*. Lima: junho, 2011. p. 8.

¹²⁶ Santamaría (2013, p. 10). Versão original: “[...] el Decreto 1320 de 1998 que reglamenta la consulta previa, pese a que fue impuesto por el gobierno sin consultar a los pueblos y organizaciones indígenas, dos veces considerado inconstitucional por la Corte Constitucional y violatorio del Convenio 169 por el Consejo de Administración de la OIT, sigue vigente, como una normativa que no ayuda a los pueblos en la actual situación.”

O grande desenvolvimento das indústrias mineiras na região andina da América do Sul foi a mola propulsora do debate do direito de consulta prévia entre os povos indígenas e tribais em diversos países. Na Colômbia isso não foi diferente, como se pode verificar na apresentação da legislação sobre o tema naquele país.

Mesmo com mais de 22 (vinte e dois) anos após a incorporação da Convenção nº 169, e, conseqüentemente, do direito de consulta prévia no ordenamento colombiano (ratificado por várias sentenças da Corte Constitucional daquele país, como se verá a seguir), muitas críticas ainda são feitas quanto à legítima efetividade desse instrumento.

Mena (2012) afirma que na Colômbia, o direito de consulta prévia para povos indígenas e tribais ainda se encontra longe de ser implementado, reconhecido e respeitado naquele país. Para ele, os principais pontos pendentes a ser implementados pelo Estado Colombiano são 1) estabelecimento de leis e regimentos pertinentes para garantir a efetividade do direito de consulta prévia, com plena concordância com os princípios dispostos nos instrumentos internacionais, e 2) garantia que os fatos que ensejam o direito de consulta prévia (de maneira livre e informada) sejam respeitados, bem como os mecanismos de decisão próprios das comunidades, e, ainda, que as consultas tenham caráter vinculante para os governos.

Para o advogado colombiano, a ausência desses delineamentos mais claros por parte do ordenamento jurídico-legislativo daquele país tem propiciado a não implementação satisfatória do direito de consulta prévia:

Más allá de sendas sentencias constitucionales, los pormenores del respeto al derecho a la consulta no han sido plasmados en leyes, muchos menos reglamentos. La ausencia de lineamientos claros que estipulen cómo debe aplicarse este derecho ha dado pie a un número creciente de conflictos entre comunidades, autoridades y empresarios. En la promoción de grandes proyectos de infraestructura, el derecho a la consulta es garantizado en forma tardía, simulada y no representativa, por hablar solamente de aquellos casos en los que este se ha ejercido.¹²⁷ (MENA, 2012).

Esse também é o entendimento da Fundación para el Debido Proceso Legal¹²⁸ (DPLF em inglês). Apesar de considerar um avanço a constitucionalização do direito de consulta prévia naquele país para as comunidades indígenas e afrodescendentes, bem como as

¹²⁷ “Para além das decisões constitucionais, os detalhes do respeito pelo direito à consulta não tem se refletido em leis, muito menos regulamentos. A ausência de orientações claras que estipulam como essa lei deve ser aplicada levou a um aumento do número de conflitos entre as comunidades, autoridades e empresários. Em promover grandes projetos de infraestrutura, como o direito à consulta é garantido tarde, simulados e não representativa, para falar apenas daqueles casos em que esta tenha sido exercida.” (tradução livre)

¹²⁸ In: **El derecho a la consulta prévia, libre y informada de los pueblos indígenas: La situación de Bolívia, Colômbia, Ecuador y Perú**. Due Proceso of Law Foundation/ OXFAM: Lima, 2011 Disponível em <http://dplf.org/uploads/1301680587.pdf> Acesso em 13 de outubro de 2014.

decisões da Corte Constitucional, “la falta de una ley, sin embargo, bien puede ser suplida por un conjunto importante de reglas jurisprudenciales con base en las cuales se pueden realizar procesos adecuados de consulta.”¹²⁹

Em levantamento realizado pela Fundación Universitaria Claretiana, foram identificados vários pontos considerados como deficitários para satisfazer o direito fundamental de consulta prévia. O principal deles é a falta de conhecimento sobre tal direito por parte dos servidores públicos, das autoridades, dos empresários e até mesmo por muitos povos “étnica e culturalmente diferenciados.”

Este cenário apresentado não é muito diferente do que se verifica num país em franca expansão econômica e com claros sinais desenvolvimentistas, como o Brasil. Grandes projetos hidrelétricos, de mineração, energéticos, rodoviários, dentre outros, capitaneados em geral pelo Estado ou por empresas privadas multinacionais, tem impactado diretamente vários territórios de povos indígenas e comunidades tradicionais, inclusive quanto à reprodução física e social dos grupos.

Mesmo sem uma lei específica que trate sobre os procedimentos, mecanismos e condições para garantir o exercício do direito de consulta prévia nos moldes dos princípios estabelecidos pelo direito internacional¹³⁰, a Corte Suprema colombiana já emanou diversas sentenças (como são chamadas as decisões do pleno na Colômbia) no sentido da efetividade do direito e que o mesmo seja observado da forma como estabelecido pela Convenção nº 169 OIT e o disposto na Constituição. Algumas delas datam do ano de 1997 (seis anos após a incorporação da Convenção nº 169 OIT), e continuam por toda a década de 2000 e também na década atual¹³¹. Isso ratifica o posicionamento de Mena (2012), pois a falta de regramentos mínimos sobre o exercício do direito de consulta prévia tem gerado vários conflitos, que acabam desaguando no Judiciário colombiano.

Na Sentença SU-039, de 1997 (uma das primeiras a tratar do assunto), a Corte enfatizou:

¹²⁹ “A falta de uma lei pode ser suplantada por um importante conjunto de regras jurisprudenciais com base nas quais se podem realizar processos adequados de consulta.” (tradução livre)

¹³⁰ O advogado Alberio Moya aponta que, de acordo com as características locais, para garantir o direito fundamental de consulta prévia e que ele tenha êxito enquanto um direito fundamental e de participação coletiva, “se necessitaria de una política de Estado que definiera los contenidos, las variables, los recursos, los mecanimos, las competencias, las áreas temáticas, los controles, los mecanimos de ajustes y revisión, las sanciones y reparaciones y en general, todos los componentes que garanticen la efectividad de este derecho fundamental, que desarolle de manera clara y contundente la participación de las comunidades desde el diseño y aprobación de la política hasta la el reconocimiento y respeto por la negativa de un pueblo o comunidade a aprobar la ejecución de alguna obra, decisión o proyecto en el ámbito de su territorio, que supera incluso, los limites geográficos de los títulos colectivos.”

¹³¹ Podemos citar como exemplo as Sentenças T-652/98, T-634/99, SU-383/03, T- 955/03, T-737/05, T-880/06, T-154/09 y T-769/09.

La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.”¹³²

Em 2011, a Corte volta a se manifestar, através da Sentença T-129/11¹³³. No ponto sobre “*El derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa respecto de obras, proyectos y/o actividades que tengan la potencialidad de afectar sus territorios*”¹³⁴, afirma, logo de início que seus precedentes anteriores sobre o tema, em que pese terem sido aplicados majoritariamente em relação a comunidades indígenas, também

¹³² “A instituição da consulta para as comunidades indígenas que podem ser afetadas por motivos de exploração dos recursos naturais, comporta a adoção das relações de comunicação e entendimento, acompanhados pelo mútuo respeito e a boa-fé entre aquelas e as autoridades públicas, tendentes a buscar: a) Que a comunidade tenha um conhecimento pleno sobre os projetos destinados a explorar ou retirar os recursos naturais nos territórios que ocupam ou que lhes pertencem, os mecanismos, procedimentos e atividades requeridos para por em execução; b) Que igualmente a comunidade esteja consciente e informada sobre a maneira como a execução dos referidos projetos pode implicar uma afetação aos elementos que constituem a base da sua coesão social, cultural, econômica e política e, por fim, o substrato para sua subsistência como grupo humano com características singulares; c) que seja dada a oportunidade para que livremente e sem interferências estranhas possa, mediante a convocação de seus integrantes ou representantes, avaliar conscientemente as vantagens ou desvantagens do projeto sobre a comunidade e seus membros, ser ouvida em relação com suas inquietações e pretensões que apresente, no que importa a defesa de seus interesses e pronunciar-se sobre a viabilidade do mesmo. Busca-se com isso que a comunidade tenha uma participação ativa e efetiva na tomada de todas as decisões que a autoridade deva adotar, que na medida do possível seja acordada e combinada.” (tradução livre)

¹³³ Acción de tutela ejercida por Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito pertenecientes a la etnia Embera-Katío contra los Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, de Minas y Energía, de Agricultura, de Defensa, el Consejo Asesor de Regalías adscrito al Departamento Nacional de Planeación, las alcaldías de Unguía y Acandí, la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), el Ejército Nacional, la Brigada XVII y la Agencia Logística de las Fuerzas Militares. Magistrado Ponente: Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Bogotá D. C., tres (03) de marzo de dos mil once (2011)

¹³⁴ “O direito fundamental das comunidades étnicas à consulta prévia quando da execução de obras, projetos e/ou atividades que tenham potencialidade de afetar seus territórios.” (tradução livre)

deverão ser aplicados, por analogia, a todos os povos étnicos que existem na Nação, entre eles os povos negros e palenqueros.

Depois de fazer um detalhado histórico da jurisprudência anterior sobre o direito de consulta prévia, resgatando caso a caso e quais foram as medidas adotadas em cada um deles, a Corte concluiu que

salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de encontrar elementos de juicio que permitan dilucidar que la consulta previa sí se efectuó, ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de las problemáticas estudiadas la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantisse el derecho a la consulta previa.”¹³⁵

Assim, entende a Corte Constitucional da Colômbia que, se não respeitado o direito de consulta prévia, faz-se necessária a paralisação de qualquer projeto ou empreendimento até que as comunidades afetadas estejam devidamente informadas sobre as potencialidades dos mesmos. Prevalecem aqui os princípios da dignidade humana e aqueles estabelecidos pela Convenção nº 169 em detrimento de quaisquer outros interesses econômico-financeiros, sendo eles do Estado ou da iniciativa privada. Situação bem diferente do cenário apresentado pelo Judiciário brasileiro, especialmente nas decisões emanadas dos juízos de segunda ou última instância, em que, não raras vezes, prevalecem estes últimos interesses, como poderá ser visto adiante.

Mais à frente, a Sentença T-129/11 também ressalta a importância do consentimento prévio, livre e informado das comunidades afetadas e entra em um ponto ainda longe de consenso: o caráter vinculatório das consultas realizadas.

Em interpretação sistemática da Convenção nº 169 (artigos 6º, 1 e 2; e artigo 16, 2)¹³⁶, a Corte entende que o Estado tem a obrigação de levar em consideração a decisão da

¹³⁵ Sentença T-129/11, p. 70. – “exceto por razões de urgência ou para o fato de que não havia motivos para elucidar a consulta em si foi feita, principalmente encomendados na gravidade das questões estudadas a suspensão de projetos ou obras que têm o potencial de afetar ou ter afetado territórios de comunidades étnicas até que a lei não é garantisse a consulta prévia.” (tradução livre)

¹³⁶ “ART. 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.

comunidade envolvidas antes de adotar qualquer medida que implique sua remoção, traslado ou reassentamento. Quando a questão não envolver qualquer ameaça de deslocamento forçado de povos indígenas ou outros povos étnicos, a Corte acaba adotando uma posição, de certa forma, diplomática, sobre o poder de veto das comunidades envolvidas:

A resposta à primeira pergunta conforme o desenvolvimento normativo e jurisprudencial atual não é fácil, já que se está diante de um problema de dois extremos difíceis: de um lado está o veto as decisões oriundas da consulta prévia (que estaria dentro dos limites da Convenção, mas que gera todo tipo de resistência) e a consulta prévia como mera informação (que não estaria conforme a Convenção e que com frequência é empregada para aparentar o cumprimento desse instrumento). Conforme o exposto, para a Corte o critério que permite conciliar estes extremos depende do grau de impacto na comunidade, eventos específicos nos quais a consulta e o consentimento podem inclusive chegar a determinar a medida menos lesiva, como medida de proteção das comunidades.¹³⁷ (tradução livre).

Aqui, a Corte ressalta que a discussão não seja pautada pelo “quem veta quem”, mas que as consultas sejam um mecanismo de discussão e uma oportunidade ímpar para que os organismos estatais e os concessionários de serviços públicos possam informar de forma concreta e eficiente quais os propósitos da obra e as comunidades possam expor quais suas necessidades e expectativas em relação ao projeto, para que assim cheguem ao acordo, como afirma o artigo 6º, 2 da Convenção nº 169 OIT.¹³⁸

É notória a contribuição da Corte no sentido de dar concretude ao disposto no artigo 6º da Convenção nº 169, tornando-se um marco referencial fundamental para outras cortes constitucionais latino-americanas, bem como até mesmo para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Corte Constitucional da Colômbia vem desenvolvendo um papel

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

ART. 16:

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam.

2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

¹³⁷ Versão original - “La respuesta al primer interrogante conforme al desarrollo normativo y jurisprudencial actual no es fácil, ya que se está ante una problema de dos extremos difíciles: puesto que de un lado está la consulta previa veto (que estaría dentro de los términos de la Convención pero que genera todo tipo de resistencia) y la consulta previa mera información (que no estaría conforme con la Convención y que con frecuencia es empleada para aparentar um cumplimiento de dicho instrumento). Conforme a lo expuesto, para la Corte el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades.”

¹³⁸ Sentença T-129/11, p. 74.

crucial na proteção dos territórios e das identidades culturais dos povos indígenas e afrodescendentes daquele país.

Santamaría (2013, p. 7) é categórico ao afirmar a “evidente impossibilidade” do Estado colombiano em cumprir com tantas recomendações oriundas do Sistema Interamericano e demais organismos internacionais e as decisões da Corte Constitucional. Isso por conta do modelo de desenvolvimento capitalista e neoliberal assumido pela Colômbia, incompatível com a garantia de direitos internacionalmente reconhecidos aos povos indígenas e tribais. Sem ações e políticas públicas estatais que ataquem as causas estruturais dos problemas enfrentados por esses povos, a eles restam políticas assistencialistas e que não promovem a independência, livre determinação e autonomia dos mesmos.¹³⁹

4.1.1 A tentativa de regulamentação: projeto de lei em discussão

Como tentativa de fazer cumprir de modo satisfatório o direito de consulta prévia na Colômbia (e assim evitar que a Corte Constitucional continue se manifestando, caso a caso), foi proposto um projeto de lei (ainda em tramitação no Congresso) com vistas a regular a consulta prévia a povos étnicos¹⁴⁰. De maneira geral, o projeto estabelece o conceito, objeto, alcance, princípios, sujeitos envolvidos. Nessa primeira parte, importante destacar a amplitude que o projeto dá ao conceito de *povos tribais* estabelecido na Convenção nº 169. Para além dos povos indígenas, o projeto de lei de incidência do direito de consulta prévia colombiano também abrange os “sujeitos coletivos negros com títulos coletivos de terras, os sujeitos coletivos raizales, os sujeitos coletivos palenqueros e os sujeitos coletivos Rom ou Gitanos”, identificados através de um “Registro Único Nacional de Etnias (RUNE)”, estabelecido em âmbito nacional. Assim, a concepção do projeto é possibilitar a todos aqueles povos que se encaixam no perfil de *povos tribais*, conforme disposto na Convenção nº 169 OIT.

Ainda no âmbito dos aspectos gerais da proposta, merece destaque o alcance da consulta. O artigo 3º dispõe que “el objecto de la consulta previa es buscar la concertación

¹³⁹ Sobre o assunto Santamaría (2013, p. 14) afirma que “[...] frente a la situación de crisis humanitaria que viven los pueblos indígenas, la atención estatal y organismos humanitarios se convierte em fórmula para poner a la población en situación de dependencia. De allí que, por ejemplo, respecto a la situación crítica que viven las familias en el plano alimentario, se den prácticas assistencialistas que no se orientan a generar condiciones para que la población transforme esta situación. Al contrario, por la vía de ofrecer pequeños subsidios, la población se convierte en dependiente, en clientelas articuladas a los poderes políticos locales y en grupos que al perder su seguridad alimentaria profundizan su condición de vulnerabilidad.”

¹⁴⁰ Análise do Projeto de lei proposto pelo Ministério do Interior em junho de 2012. Disponível em http://www.giz-governance-inclusion-social-seguridad.org/wp-content/uploads/2013/09/DMurcia_Analisis-reglamentacion_Colombia_2013.pdf Acesso em 07 de agosto de 2014

con los sujetos colectivos a que se refiere esta ley, em relación con las medidas que directa y específicamente afectan sus intereses, sin que ello implique la obligación de obtener dicho acuerdo, ni un derecho al veto por parte de dichos sujetos.”¹⁴¹

Contudo, o espírito do diálogo é rompido quando o mesmo projeto afirma que, em não havendo um acordo, “a decisão da autoridade estará desprovida de arbitrariedade e autoritarismo”. Mesmo levando em conta os princípios norteadores da consulta prévia e da proposta de lei (como prossegue o dispositivo), tal cenário aponta para a inobservância do princípio da autonomia dos povos – consagrado no âmbito do direito internacional público -, desrespeitando qualquer decisão autônoma por parte das comunidades. Antes de decidir unilateralmente, o Estado deveria zelar pelo respeito e proteção das decisões dos povos, inspiradas nas suas identidades socioculturais.

No âmbito procedimental, o projeto prevê a criação de uma *Assembléia de Consulta Prévia* (doravante, *Assembléia*), como única instância de consulta prévia sobre atos oriundos de emendas constitucionais, leis estatutárias, leis ordinárias, leis orgânicas, leis que aprovam tratados internacionais bilaterais e decretos governamentais que possam, de alguma forma, afetar os territórios desses povos.¹⁴² Conforme dispõe o artigo 9º, a *Assembléia* (eleita para um período de 03 anos) está constituída por 03 (três) câmaras: uma para os sujeitos coletivos Indígenas, uma para os sujeitos coletivos Negros, Raizales e Palenqueros, e a terceira para os sujeitos coletivos Rom ou Gitanos. O projeto prevê a forma de constituição de cada uma dessas câmaras e da secretaria executiva da *Assembléia*.¹⁴³ Uma estrutura que, de

¹⁴¹ “O objetivo da consulta prévia é buscar um acordo com os sujeitos coletivos a que se refere a lei, em relação com as medidas que direta e especificamente afetam seus interesses, sem que isso implique a obrigação de obter dito acordo, nem um direito ao veto por parte dos sujeitos.” (tradução livre)

¹⁴² O Projeto de Lei exclui da possibilidade de consulta por parte dessa *Assembléia* os 1) Tratados Internacionais multilaterais de adesão; 2) os decretos de Estado de Exceção; 3) leis que concedem “faculdades extraordinárias; 4) leis ou outras normas de iniciativa popular; 5) medidas destinadas a garantir a ordem pública; 6) o Plano Nacional de Desenvolvimento, salvo aquelas matérias destinadas direta e especificamente aos sujeitos coletivos identificados no projeto.

¹⁴³ ARTÍCULO 10: Integración de la Cámara de los Sujetos Colectivos Indígenas: La Cámara de los Sujetos Colectivos Indígenas estará integrada por treinta y siete (37) delegados elegidos por las autoridades de los Sujetos Colectivos Indígenas, debidamente reconocidos por el Ministerio del Interior y registrados en el RUNE, de las siguientes regiones:

- a. Región Amazonia: conformada por los departamentos de Amazonas, Caquetá, Guaviare, Vaupés, Guainía, Putumayo, siete (7) delegados;
- b. Región Orinoquia: conformada por los departamentos de Arauca, Casanare, Meta, Vichada, cinco (5) delegados;
- c. Región Norte: Atlántico, Cesar, Guajira, Magdalena, Córdoba, Sucre. diez (10) delegados;
- d. Región Centro Oriente: Boyacá, Cundinamarca, Santander, Norte de Santander, Tolima, Huila, cinco (5) delegados;
- e. Región Occidente: Chocó, Valle, Antioquia, Nariño, Cauca. Caldas, Quindío, Risaralda. (10) diez

ARTÍCULO 11: Integración de la Cámara de los Sujetos Colectivos Negros con títulos colectivos de tierras, Raizales y Palenqueras: La Cámara de los Sujetos Colectivos de las Comunidades Negras con títulos colectivos de tierras, Raizales y Palenqueras se integrará así: Se elegirán delegados proporcionalmente al

certa forma bastante simples, mas que envolve um grande número de representantes desses sujeitos coletivos. Esse modelo de consulta de medidas normativas e legislativas também se repete no âmbito departamental (o equivalente no Brasil ao âmbito dos Estados federados) e distrital (ou municipal), com procedimentos de consulta bastante semelhante.¹⁴⁴

O ponto fundamental do projeto de lei (e de toda a discussão sobre o direito) está centrado no processo de consulta prévia para obras, grandes projetos e atividades que impactem os territórios desses povos. O primeiro ato é a chamada “certificação da presença de sujeitos coletivos”, dada pelo Ministério do Interior (em conformidade com o RUNE) a quem pretende realizar a obra, para informar da presença desses sujeitos no território, bem como suas instâncias de representação. A partir desse ponto, todo o processo de consulta será capitaneado pelo Ministério do Interior, responsável pela coordenação e garantia de realização do processo em todos os níveis administrativos – nacional, departamental, distrital ou municipal (artigo 24).

Conforme a proposta, as fases da consulta prévia são a convocatória, a abertura e instalação, as oficinas de impacto e redução de danos e a ata definitiva da consulta. Observa-se que essas fases podem, por acordo comum entre as partes envolvidas, ser reduzidas. O ponto central do processo de consulta está na realização dessas oficinas que – respeitando-se os princípios do direito de consulta prévia -, serão o ápice do diálogo entre povos e comunidades afetadas, Estado e empresas. Nessas oficinas – além da discussão sobre o

número de Sujetos Colectivos Negros con títulos colectivos de tierras existentes en cada circunscripción departamental, de la siguiente manera:

- a. Del rango de 1 a 10 Consejos Comunitarios por Departamento, um delegado;
- b. Del rango de 11 a 20 Consejos Comunitarios por Departamento, dos delegados;
- c. Del rango de 21 a 30 Consejos Comunitarios por Departamento, três delegados; y,
- d. A partir de 31 Consejos Comunitarios por Departamento, cuatro delegados.

Se elegirán dos (2) delegados de los Sujetos Colectivos Raizal en el seno de su forma organizativa.

Se elegirá un (1) delegado de los Sujetos Colectivos Palenqueros en el seno de su forma organizativa.

ARTÍCULO 12: Integración de la Cámara de los Sujetos Colectivos Rom o Gitano: La Cámara de Sujetos Colectivos Rom o Gitano estará conformada por un total de cinco (5) delegados que serán elegidos por las autoridades de la kumpania debidamente registrados ante el RUNE y ubicados en Sabanalarga, departamento del Atlántico; San Pelayo y Sahagún, departamento de Córdoba; Sampués, departamento de Sucre; Envigado, departamento de Antioquia; Ataco, departamento de Tolima; Girón, departamento de Santander, Cúcuta, departamento de Norte de Santander, y, Bogotá, D.C.

ARTÍCULO 13: Secretaría Técnica de la Asamblea de Consulta Previa: El Ministerio del Interior ejercerá la secretaría técnica de la Asamblea de Consulta Previa. La Secretaría Técnica se dará su propio reglamento.

¹⁴⁴ Basicamente, as fases de consulta aqui são a 1) solicitação da consulta a ser dirigida para a Secretaria Executiva da *Assembléia*; 2) a convocatória dos integrantes da *Assembléia*, com o envio do texto legal/normativo a ser consultado; 3) durante as sessões da *Assembléia*, os responsáveis farão uma apresentação do conteúdo, seguido das propostas de modificações apresentadas pelos membros da *Assembléia*. Após as sessões, no caso dos delegados entenderem que existem outros aspectos do texto que precisam ser considerados ou incorporados, o delegado encaminha a proposta e as razões para a Secretaria Executiva, que, por sua vez, encaminhará ao autor da iniciativa, por decidirá sobre a solicitação; 4) por fim, a Secretaria Executiva elabora uma Ata final das sessões de consulta, contendo as conclusões e o texto resultante.

empreendimento e seus impactos – serão construídas medidas de prevenção, mitigação, controle, adequação, correção ou compensação para os afetados.

No caso de ausência de acordo (ou sendo ele apenas parcial), o Ministério do Interior deverá encaminhar a ata definitiva para a autoridade ambiental responsável pela decisão, que levará em conta de maneira razoável, objetiva e proporcional a finalidade constitucional do Estado para a proteção da identidade social, cultural e econômica dos sujeitos coletivos abrangidos pelo projeto de lei e pela Constituição colombiana.¹⁴⁵

O artigo 37 do referido projeto traz ainda um ponto que merece bastante preocupação por parte dos povos indígenas e demais comunidades tradicionais colombianas. O disposto traz casos de exceção, de obras e grandes projetos que não requerem a consulta prévia. Dentre eles, o projeto destaca:

Las actividades necesarias para el mantenimiento, corrección, rehabilitación, adecuación, reconstrucción de la infraestructura existente y la actualización de las autorizaciones ambientales correspondientes si hubiere lugar a ello; Cuando se trate de actividades destinadas a garantizar el goce de los derechos fundamentales.¹⁴⁶

Nos casos excepcionados propostos, corre-se o risco da realização de obras de “reabilitação, adequação ou reconstrução” da infraestrutura desses projetos causarem impactos nos territórios dessas comunidades, sem que haja o processo de informação e consulta devido aos povos impactados. Muitas adequações e reconstruções podem servir como justificativas legais para se esquivar do processo de consulta e realizar procedimentos de ampliação de obras e projetos, causando ainda mais danos. Trata-se de uma perigosa exceção inserida no projeto, com possibilidade de graves consequências nos territórios dos povos indígenas, negros, palenqueros no território colombiano.¹⁴⁷

Ademais, outro ponto perigoso dos casos de exceção é um suposto confronto de interesses e direitos fundamentais. Com o objetivo de, por exemplo, realizar uma grande obra que possibilite, com o pretexto de concretizar um direito fundamental a diversas pessoas, afrontar outros direitos fundamentais dos povos atingidos. É o caso de se pensar, por

¹⁴⁵ Artigo 31 do Projeto de Lei.

¹⁴⁶ “As atividades necessárias para a manutenção, correção, reabilitação, fitness, a reconstrução da infra-estrutura e modernização das licenças ambientais se houver mesma existente. No caso de atividades para garantir o gozo dos direitos fundamentais.” (tradução livre)

¹⁴⁷ O processo de “readequações” de infraestrutura de grandes projetos já vem dando possibilidade de inobservância ao processo de consulta prévia no Brasil. Podemos citar como exemplo a intenção do governo brasileiro em “readequar” o Centro de Lançamento de Alcântara, com a possibilidade de expansão da área útil do CLA em mais de 12 mil hectares, o que poderá atingir diretamente cerca de 300 famílias. Alega o Estado Brasileiro que a expansão faz-se necessária para readequar e modernizar o projeto espacial brasileiro, inserindo de maneira competitiva no cenário internacional, sem qualquer tipo de consulta prévia aos quilombolas impactados.

exemplo, nos projetos de construção de grandes hidrelétricas, que, com o objetivo de garantir o “gozo do direito fundamental” a energia elétrica, muitos dos direitos fundamentais dos povos e comunidades tradicionais sejam afetados. Assim, segundo o atual projeto colombiano, estes não teriam direito de requerer a consulta prévia, afrontando o disposto na Convenção nº 169.

Por fim, anda bem o projeto de lei colombiano quando estabelece, no artigo 38 que os povos indígenas não contactados ou em isolamento voluntários terão resguardados os seus direitos sobre o território e em nenhuma hipótese sofrerão algum tipo de intervenção ou deslocamentos forçados de seus territórios, merecendo assim especial proteção do Estado. Prossegue o dispositivo que esses indígenas não serão objeto de nenhuma política pública que promova o contato ou realizem intervenções para qualquer finalidade.¹⁴⁸

Um dos pontos fundamentais que o projeto de lei não enfrenta é a necessidade do *consentimento* dos povos indígenas e tribais daquele país. A decisão final por parte de um órgão estatal, conforme prevê o artigo 31, vai de encontro ao espírito de garantia da autonomia política desses povos, assegurada tanto pela Convenção nº 169 quanto pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Eventual aprovação do projeto nos moldes como ele se encontra hoje apenas legitimará, aos olhos do Direito formal e do processo burocrático estatal, decisões ilegítimas para aquelas comunidades, com graves consequências na efetividade de seus direitos.

Mena (2012) faz uma análise do cenário colombiano nos últimos anos sobre a realidade do direito de consulta prévia naquele país. Mesmo com as atuais disposições normativas e as decisões da Corte Constitucional da Colômbia e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o processo de consulta prévia não vem se realizando conforme determina a Convenção nº 169. Segundo o advogado, estão sendo realizadas práticas ilegais de negociações entre supostas lideranças comunitárias e as empresas.

Uma das estratégias utilizadas pelas empresas no processo de consulta prévia – que vem sendo aceita pelo Estado Colombiano – é a simples apresentação das atas de consulta prévia assinadas por supostos membros das comunidades, fruto de estratégias de acordos entre lideranças e as empresas. Outro ponto levantado é a falta de conhecimento de diversos povos

¹⁴⁸ Artículo 38. Pueblos Indígenas no contactados o en aislamiento voluntario. El Estado garantizará el derecho de los pueblos indígenas no contactados o en aislamiento voluntario a permanecer en dicha condición y a vivir libremente, de acuerdo con sus culturas, en sus territorios ancestrales. Por tanto, como sujetos de especial protección, en ningún caso podrán ser intervenidos o despojados de sus territorios, ni serán objeto de políticas, programas o acciones, privadas o públicas, que promuevan el contacto o realicen intervenciones en sus territorios para cualquier fin.

e comunidades, de servidores públicos e das empresas sobre o direito de consulta prévia. Além disso, aponta Mena (2012, p.12) como dificuldades e obstáculos verificados:

- A. Empresas que ignoran olímpicamente la institucionalidad estatal y hacen las consultas previas por su cuenta.
- B. Profesionales de corte neoliberal que sencillamente no aceptan como legítima la existencia de islas a las cuales no pueda acceder el capital.
- C. Otros están en desacuerdo con la protección a sociedades y ambientes determinados y proclaman que la visión extractivista y el interés general y colectivo de los colombianos debe primar sobre el interés general y colectivo de los colombianos para proteger unos pueblos o comunidades.
- D. Empresas que buscan escabullirse del riesgo de que las etnias manifiesten reparos a los proyectos y tratan de descalificar las posturas radicales que no armonizan con su visión.
- E. Otras utilizan mecanismos de corrupción mediante un trato preferencial hacia los servidores públicos, enganchándolos en sus tiempos libres o proveyendo en parte a sus necesidades, o mediante la entrega de regalos y prebendas a las comunidades o a sus líderes, como señuelo para obtener el respaldo a sus posiciones.
- F. Existen empresas que conocen y respetan las implicaciones de garantizar las consultas previas y de realizarlas formalmente.¹⁴⁹

Portanto, o debate sobre a necessidade de regulamentação e/ou efetivação do direito de consulta prévia na Colômbia ainda é muito presente, mesmo tendo sido um dos primeiros países latino-americanos a incorporar a Convenção nº 169. As críticas apontadas por diversos autores e profissionais que lidam com a temática e as decisões oriundas da Corte Constitucional daquele país, que, inclusive já declarou inconstitucional o Decreto 1320/1998, como apontou Santamaría (2013), ainda são persistentes. Isso demonstra como o Brasil encontra-se apenas no início da caminhada, haja vista que a Convenção só passou a vigorar no ordenamento brasileiro a apenas uma década. Ademais, a Corte Constitucional brasileira ainda não se manifestou de maneira clara sobre a consulta prévia, gerando assim insegurança em parte dos operadores/executores das políticas relacionadas com povos indígenas e tribais, o que fragiliza o processo de implementação dos direitos desses povos.

¹⁴⁹ “A. Empresas que ignoram as instituições do Estado e fazem consultas prévias por conta própria.
 B. Profissionais que simplesmente não aceitam como legítima a existência de ilhas que não pode aceder à capital.
 C. Outros discordam com a proteção de determinadas sociedades e meios e proclamar que a visão extrativista e de interesse geral e coletivo dos colombianos deve ter prioridade sobre o interesse geral e coletivo dos colombianos para proteger alguns povos ou comunidades.
 D. As empresas que procuram a esgueirar-se o risco de etnias expressar objeções ao projeto e tentam desacreditar as posições radicais que não combinam com a sua visão.
 E. Outros usam mecanismos de corrupção através de um tratamento preferencial dos servidores públicos, enganchando-os em seu tempo livre ou fornecer em parte às suas necessidades, ou entregando presentes e regalias a comunidades ou seus líderes, como isca para obter apoio para as suas posições.
 F. Há empresas que conhecem e respeitam as implicações de assegurar uma consulta prévia e realizá-las formalmente.” (tradução livre)

Passados mais de vinte anos, a Colômbia ainda enfrenta um forte processo de discussão de implementação do direito de consulta prévia, o que demonstra o grau de complexidade do tema. Trata-se de um país com grande diversidade de povos (assim como o Brasil) inseridos em um modelo de desenvolvimento e de economia que privilegiam pequena parte da sociedade. Efetivar a consulta prévia, levando-se em conta as decisões emanadas dos sujeitos a partir dessa consulta significa romper com esse modelo que privilegia uma minoria em detrimento desses povos. Como visto, mesmo com uma avançada construção doutrinária e jurisprudencial, a execução da consulta prévia, de responsabilidade do executivo, ainda é bastante criticada.

4.1.2 Obstáculos para aplicação

Assim como nos demais países latino-americanos, e apesar da avançada jurisprudência da Corte Constitucional, a Colômbia ainda enfrenta dificuldades e obstáculos na implementação efetiva do direito de consulta prévia. É possível elencar a inexistência de um procedimento normativo específico que regulamente o exercício desse direito, bem como o avanço da indústria extrativa, notadamente de mineração. Contudo, outras peculiaridades locais/regionais podem ser elencadas como empecilhos para o exercício pleno do direito de consulta prévia conforme estabelecido na Convenção nº 169. Dentre eles podemos citar a existência do acirrado conflito interno naquele país e a falta de vontade política para aplicação desse direito.

A existência do conflito armado entre as Forças Armadas colombianas e os grupos paramilitares e guerrilhas locais (que se encontram inseridas nos territórios de florestas e campos, ocupados por povos indígenas e afrodescendentes) tem criado obstáculos ao Governo para a realização dos processos de consulta prévia (ou qualquer outro tipo de política pública que não seja o combate à violência).¹⁵⁰ Essa situação é inclusive reconhecida pela Corte Constitucional daquele país¹⁵¹:

Dada la situación descrita, es necesario que se tomen particularmente en cuenta las circunstancias que impiden la vigencia del derecho a la consulta previa, como el desplazamiento forzado, los homicidios de indígenas, las masacres y asesinatos de líderes indígenas y afrodescendientes, la presencia militar en resguardos indígenas sin previa consulta y la colocación de minas antipersonales, entre otros. La Corte Constitucional concluyó que 34 pueblos

¹⁵⁰ In: **El derecho a la consulta prévia, libre y informada de los pueblos indígenas: La situación de Bolívia, Colômbia, Ecuador y Perú**. Due Processo of Law Foudantion/ OXFAM: Lima, 2011. p. 49.

¹⁵¹ Idem. p. 50.

indígenas a lo largo del país se encuentran amenazados “con el exterminio cultural o físico” y que los territorios de los pueblos indígenas son campo tanto para el desarrollo de la confrontación armada como para las actividades del narcotráfico.¹⁵²

Santamaría (2013) também destaca o conflito interno armado existente no país como um grande obstáculo para a implementação do direito de consulta prévia e consequente proteção de seus territórios. Para ele, ao longo dos últimos 50 anos, o Estado colombiano não tem mostrado força suficiente para reduzir as impunidades no campo dos direitos humanos. Os povos indígenas da Colômbia¹⁵³ continuam sofrendo os efeitos da militarização de seus territórios. A falta de respeito às autoridades indígenas locais e ameaças são as principais formas de afetar a vida local desses povos, culminando na expulsão de líderes e de muitas famílias. Para ele, essas situações vulnerabilizam o equilíbrio da natureza e a possibilidade de viver em harmonia e convivência com ela e com os demais seres vivos. Garavito e Salinas (2010, p. 34) também destacam a existência do conflito interno como obstáculo. Para eles, a presença desses atores é um fator que dificulta a participação livre dos povos indígenas e afrodescendentes nesse processo. Citam inclusive o caso de um processo de consulta no norte do país que acabou resultando no assassinato cometido por grupos paramilitares e guerrilheiros contra lideranças indígenas que se opunham à implantação de um projeto de uma represa.

A falta de vontade política para concretude do direito de consulta prévia também está presente no Estado colombiano. Mesmo com as decisões da Corte Constitucional, do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, dos relatórios emanados pela OIT e pela Relatoria Especial das Nações Unidas sobre a situação dos Direitos Humanos e as liberdades fundamentais dos povos indígenas, “las distintas violaciones a los derechos de los pueblos sigue constituyéndose en la expresión de la política agenciada por diversas instituciones estatales”¹⁵⁴ (SANTAMARÍA, 2013, p.7), principalmente da imposição do modelo econômico baseado no desenvolvimentismo (grandes projetos de infraestrutura e extração de

¹⁵² “Dada a situação descrita, é necessário que se tome particularmente em conta as circunstancias que impidem a vigência do direito de consulta prévia, como os despejos forçados, os homicídios de indígenas, os massacres e assassinatos de líderes indígenas e afrodescendentes, a presença militar em territórios indígenas sem prévia consulta e a colocação de minas antipessoais, dentre outros. A Corte Constitucional concluiu que 34 povos indígenas espalhados pelo país se encontram ameaçados ‘com o extermínio cultural ou físico’ e que os territórios dos povos indígenas são campo tanto para o desenvolvimento de um confronto armado como para as atividades do narcotráfico.” (tradução livre)

¹⁵³ O autor menciona a existência de 102 (cento e dois) povos indígenas.

¹⁵⁴ “as várias violações aos direitos dos povos seguem constituindo-se na expressão da política agenciada por diversas instituições estatais.” (tradução livre)

minérios), no qual a desterritorialização é o caminho mais fácil para acessar os recursos naturais existentes nos territórios indígenas.

Destaca-se que a incorporação da Convenção nº 169 (e, conseqüentemente, do direito de consulta prévia) na Colômbia ocorreu em 1991. A década de 1990 foi marcada pela consolidação do modelo econômico neoliberal, baseado no Consenso de Washington.¹⁵⁵ Além disso, a falta de vontade política também se reflete na ausência de processos de elaboração de planos de desenvolvimento que respeitem as normas de consulta e levem em consideração as características sociais e culturais desses povos, bem como a fiscalização dos atos de particulares (em especial das grandes empresas transnacionais do ramo de extração de minérios). Santamaría (2013) destaca as leis e decretos emanados pelo Governo colombiano que logo são declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário¹⁵⁶, assim como programas estatais que deveriam servir como apoio a essas comunidades. Assim, sustenta o autor que,

[...] frente la situación de crisis humanitaria que viven los pueblos indígenas, la atención estatal y de organismos humanitarios se convierte en fórmula para poner la población en situación de dependencia. De allí que, por ejemplo, respecto a la situación crítica que viven las familias en el plano alimentario, se den prácticas asistencialistas que no se orientan a generar condiciones para que la población transforme esta situación. Al contrario, por la vía de ofrecer pequeños subsidios, la población se convierte en dependiente, en clientelas articuladas a los poderes políticos locales y en grupos que al perder su seguridad alimentaria profundizan su condición de vulnerabilidad.¹⁵⁷ (SANTAMARÍA, 2013, p.14).

4.1.3 Identidade e diversidade cultural na jurisprudência colombiana

A jurisprudência colombiana reconhece o direito de consulta prévia como instrumento para a garantia da afirmação da identidade cultural dos povos indígenas remonta

¹⁵⁵ O Consenso de Washington surgiu em 1989, com o objetivo de abrir os mercados financeiro e econômico dos países latino-americanos para os países industrializados. Foi vendido como um modelo mais estável e aberto, que seria capaz de responder e substituir o modelo anterior, culpado pelas graves crises econômicas ao longo da década de 1980. Estava baseado em dez princípios, entre os quais destacam-se a liberação do mercado, a reforma fiscal, a política de privatizações e a política de abertura para investimento de capital estrangeiro, sem um rígido processo de controle por parte do Estado. Para maiores informações sobre o Consenso de Washington e seus efeitos na América Latina, ver BEJÁR (2004). Disponível em http://biblioteca.hegoa.ehu.es/system/ebooks/14120/original/America_Latina_y_el_consenso_de_Washington.pdf Acesso em 13 de outubro de 2014.

¹⁵⁶ Na mesma linha, o Decreto 963 de 2005 e a Lei Geral Florestal.

¹⁵⁷ “contra a crise humanitária que afeta os povos indígenas, o governo e as agências humanitárias em cuidar fórmula para colocar as pessoas em situações de dependência se torna. Assim, por exemplo, em relação à situação crítica das famílias em termos alimentares, práticas de ajuda que não se destinam a criar condições para que as pessoas a transformar esta situação são dadas. Pelo contrário, por meio de pequenos subsídios oferecer, a população se torna dependente de clientelas articulada poderes políticos locais e grupos que perder a sua segurança alimentar aprofundar a sua vulnerabilidade.” (tradução livre)

a meados da década de 1990, principalmente a partir das disposições normativas de sua Constituição (1991) e da incorporação da Convenção nº 169 em seu ordenamento jurídico. Com a abertura econômica do país para investimentos estrangeiros ao longo daquela década, com o objetivo, principalmente, de exploração econômica de madeiras e da mineração, povos das mais diversas etnias indígenas, com apoio de organizações da sociedade civil e entidades parceiras, começaram a acionar o Poder Judiciário local para que seus direitos fundamentais garantidos nos diplomas acima referidos pudessem ser concretizados. Ao final da década de 1990, muitas dessas ações propostas em instâncias e tribunais locais chegaram à Corte Constitucional do país.

Marino (2003, p. 54) afirma que a formação de uma constitucionalidade multicultural que tomou conta da América nas últimas décadas não se esgota apenas nos seus documentos constitucionais, e que boa parte dos tribunais constitucionais de países latino-americanos fundamentam suas decisões a partir de tratados internacionais, como é o caso da Colômbia. Para ela, esses documentos promovem o reconhecimento e a defesa da diversidade cultural e são diretamente aplicáveis ao ordenamento jurídico colombiano.

Uma das primeiras manifestações da Corte Constitucional colombiana é a Sentença SU – 039/97¹⁵⁸. Ela é fruto da revisão de um ação de tutela proposta pela *Defensoria del Pueblo* (em representação aos indígenas da etnia U'wa) contra o Ministério de Meio Ambiente e a empresa Occidental de Colombia Inc., ajuizada perante o Tribunal Superior do Distrito de Santafé de Bogotá. Segundo a ação proposta pela *Defensoria del Pueblo*, a empresa Occidental pretendia explorar hidrocarbonetos na região do território do Povo U'wa e solicitou junto ao órgão ambiental responsável as licenças para explorações sísmicas, em uma área de extensão aproximada de 208.934 hectares na qual se encontram inseridos povos indígenas e parques nacionais. A ação foi proposta porque as consultas prévias¹⁵⁹ realizadas com o povo U'wa para a expedição das licenças ambientais para a Sociedad Occidental de Colombia Inc. não cumpriram com a legislação vigente.

No que diz respeito ao mérito, a SU 039/97 inicia sua fundamentação sobre a proteção à identidade e à integridade étnica, cultural, social e econômica dos povos indígenas frente ao processo de exploração de recursos naturais em seus territórios a partir das disposições da própria Constituição da Colômbia. Remontando a decisões anteriores da

¹⁵⁸ Sentença SU – 039/97. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>

¹⁵⁹ Segundo o relatório da Sentença, a *Defensoria del Pueblo* alega que “No era procedente la expedición de la licencia ambiental, porque la aludida reunión no puede considerarse como válida para efectos de la participación de la comunidad que tanto la Constitución como las normas ambientales y la legislación indígena exigen cuando se trata de adoptar decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas. (SU 039/97 p. 10)

própria Corte¹⁶⁰, a SU-039/97 destaca que o reconhecimento da diversidade étnica e cultural dos povos indígenas na Constituição do país está relacionada com a adoção da multiplicidade de formas de vida e sistemas de compreensão de mundo diferentes da cultural ocidental.¹⁶¹

Reforça a Corte que a Constituição colombiana previu no artigo 330 que a exploração dos recursos naturais em territórios indígenas deve ser realizada em compatibilidade com a adoção de medidas que o Estado deve adotar para a proteção da integridade social, cultural e econômica dos povos indígenas. Destaca ainda que esse dispositivo não garante a mera participação, mas que ela seja, de fato, decisiva para tutelar seus interesses.¹⁶² Além disso, a Sentença prescreve expressamente que o direito de consulta prévia estabelecido pela Convenção 169 tem como finalidade a efetividade dos direitos dos povos indígenas a seu território e à proteção dos seus valores culturais, sociais e econômicos, como meio para garantir a subsistência como grupos humanos¹⁶³, deixando claro que o bem maior é a proteção da identidade e de seus valores culturais como meios de garantir a sobrevivência desses grupos.

Tratada de maneira tangencial na SU-039/97, a obrigatoriedade do direito de consulta prévia conforme prevista na Convenção nº 169 ganhou um destaque especial na Sentença C-169/01¹⁶⁴. Sobre a afirmação da identidade desses povos, a Corte ratifica que no momento de determinar a obrigatoriedade de se efetivar a consulta prévia aos grupos étnicos,

¹⁶⁰ Sentenças T-380/93, T-342/94 e T-007/95

¹⁶¹ Sentença T-380/93 – “*“El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”.* In: SU-039/97, p. 26

¹⁶² “la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.” SU-039/97

¹⁶³ SU-039/97 p. 29.

¹⁶⁴ A Sentença é resultado de uma ação de Revisão Constitucional do Projeto de Lei nº 025/99- Senado (e nº 217/99, na Câmara), que tinha por objetivo a regulamentação do artigo 176 da Constituição nacional, ou seja, a regulamentação da participação junto à Câmara dos Representantes dos grupos étnicos, das minorias políticas e dos colombianos residentes no exterior. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-169-01.htm>

deve estar sujeita aos delineamentos constitucionais e legais existentes.¹⁶⁵ Sendo assim, importa destacar que o Estado colombiano estabelece como um direito fundamental a preservação das identidades culturais dos povos que estão inseridos em seu território. Além disso, a Corte reforça o entendimento da consulta prévia como mecanismo de participação democrática, permitindo que as mais diferentes forças que compõem a sociedade possam participar ativamente da adoção de decisões que lhes afetem, especialmente em um Estado Social de Direito, como é reconhecido o Estado colombiano após a Constituição de 1991.¹⁶⁶

Já a Sentença SU-510/98¹⁶⁷ desenvolveu de forma mais profunda o conceito de diversidade cultural e a concepção de identidades, pautadas na Constituição de 1991, mas com relação direta ao que está disposto na Convenção 169 da OIT.

A este respecto, no sobra advertir que las normas constitucionales citadas, sobre las cuales se funda la especial protección que se dispensa a las comunidades indígenas, resultan fortalecidas y complementadas por lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.¹⁶⁸

A mesma jurisprudência destaca ainda que tem sido objeto de várias manifestações da Corte Constitucional da Colômbia que o direito das comunidades indígenas de serem consultadas¹⁶⁹, bem como o direito à autodeterminação desses povos (ambos expressos na Convenção 169) são manifestações do direito à identidade cultural¹⁷⁰, admitindo que a jurisprudência vem se pronunciando no sentido de estabelecer que a referida convenção

¹⁶⁵ Sentença C-169/01, p. 26.

¹⁶⁶ “En la misma oportunidad [Sentença C-089/94], se señaló que la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución, se encuentra ligada a un esfuerzo progresivo de construcción histórica, durante el cual es indispensable que la esfera de lo público, y con ella el sistema político, estén abiertos al reconocimiento constante de nuevos actores sociales. En consecuencia, sólo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho, que se caracteriza por presuponer la existencia de una profunda interrelación entre los espacios, tradicionalmente separados, del "Estado" y la "Sociedad Civil", y que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, vista simplemente como el gobierno formal de las mayorías, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, minoritarios o en proceso de consolidación, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel”. Sentença C-169/01. p. 31.

¹⁶⁷ SU 510/98, par. 43. In: La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una compilación de casos / Organización Internacional del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2009 p. 105. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf

¹⁶⁸ “A este respeito, é evidente que essas disposições constitucionais em que a proteção especial conferida às comunidades indígenas é baseado, foi reforçada e complementada pelas disposições da Convenção da OIT nº 169 sobre Povos Indígenas e Povos tribais em Países Independentes, ratificados pela Colômbia pela Lei 21, de 1991.” (tradução livre)

¹⁶⁹ Idem, p. 105

¹⁷⁰ Idem, p. 106

faz parte do bloco de constitucionalidade, reforçando a proteção estabelecida pelo artigo 7º da Constituição política colombiana.¹⁷¹

Em um julgamento sobre um caso de dois adolescentes indígenas que tiveram negado seu direito ao voto e à participação política, a Corte entendeu que eles fazem parte do *rol* de elementos que caracterizam o direito de identidade cultural desses povos, destacando que as comunidades indígenas gozam de autonomia para a eleição de seus representantes, segundo seus usos e costumes, respeitando-se, dessa forma, sua identidade.¹⁷²

Merece destaque ainda a Sentença C-208/07, de 21 de março de 2007, que, ao julgar a inconstitucionalidade de um concurso para o ingresso no serviço público, ratifica posicionamentos anteriores ao garantir o direito das comunidades indígenas ao respeito à sua identidade étnica e cultural. Quis a Corte garantir o cumprimento de obrigações estatais (aqui na área da educação) para adotar medidas que garantam a execução da política pública respeitando e promovendo a identidade cultural dos povos indígenas.

Es importante anotar que el tratamiento especial que la Constitución Política de 1991 dispensa a la diversidad étnica y cultural, encuentra pleno respaldo en el derecho internacional y, de manera específica, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -O.I.T.-, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Dicho instrumento, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional hace parte del bloque de constitucionalidad, desde su preámbulo deja en claro cuál es su objetivo, señalando que se ocupa de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, a la participación, a la educación, a la cultura y al desarrollo, en el contexto global de la protección a su identidad y en el propósito de que las comunidades indígenas que subsisten en el planeta puedan gozar de los derechos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados miembros, y en consideración a la especial contribución de éstos pueblos a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales.¹⁷³

A Sentença SU-383/03¹⁷⁴ destaca que, a partir da incorporação da Convenção 169 em seu ordenamento jurídico, o Estado colombiano

¹⁷¹ Idem. p. 106.

¹⁷² Sentença T-306/05. In: OIT, 2009 p. 98

¹⁷³ “É importante notar que o tratamento especial que a Constituição de 1991, isenta a diversidade étnica e cultural, é totalmente suportado pelo direito internacional e, especificamente, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos -OIT- Povos Indígenas e Tribais em Países Independientes, aprovado pela Colômbia pela Lei 21 de 1991. Este instrumento, que, segundo a jurisprudência constitucional faz parte do bloco de constitucionalidade do seu preâmbulo deixa claro qual é o seu propósito, observando que promoções direitos dos povos indígenas à terra, participação, educação, cultura e desenvolvimento no contexto mundial de proteger a sua identidade e propósito que as comunidades indígenas existem no planeta pode gozar dos direitos básicos com a mesma intensidade que o resto da população dos Estados-Membros, e tendo em consideração a contribuição especial desses povos para a diversidade cultural, a harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacional.” (tradução livre)

¹⁷⁴ SU 383/03. p. 95. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/su383-03.htm> Acesso em 8 de setembro de 2014.

se encuentra obligado a adoptar las medidas que sean necesarias para que los pueblos indígenas y tribales que habitan en el territorio nacional asuman el control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, dotándolos de instrumentos **que propicien el fortalecimiento de su identidad**, lengua y religión, a fin de salvaguardar a las personas que los integran, sus bienes, su cultura, y sus territorios.¹⁷⁵ (grifo nosso)

O reconhecimento jurisprudencial do direito à identidade e sua relação com a consulta prévia se consolidou ao longo da década de 2000 após várias decisões da Corte Constitucional.¹⁷⁶ Para ela, continua sendo imprescindível que, conforme determina a Constituição colombiana, seja reconhecida a diversidade étnica e cultural, garantindo a autonomia de suas entidades territoriais, de forma democrática e plural, e uma das formas de que se alcance tal objetivo é dando proteção à participação desses sujeitos (de forma coletiva) nos espaços de deliberação estatal.

en el marco del **reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana** (arts. 7 y 70 Const.) y en el contexto de la definición de Colombia como república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (art. 1 ib.), **la Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan.**

Esta especial protección implica un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas y a las comunidades implicadas directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales que habitan el país.¹⁷⁷ (grifo nosso)¹⁷⁸

¹⁷⁵ “se encontra obrigado a adotar as medidas que sejam necessárias para que os povos indígenas e tribais que habitem o território nacional assumam o controle de suas instituições, formas de vida e desenvolvimento econômico, fornecendo-lhes ferramentas que facilitam o fortalecimento de sua identidade, língua e religião, a fim de salvaguardar as pessoas que as compõem, sua propriedade, sua cultura e sua territórios.” (tradução livre)

¹⁷⁶ “La Constitución Política reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7°), como principio fundamental proyectado desde el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República. Las comunidades indígenas, definidas como conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D. 2001 de 1988, art. 2°), gozan de un rango constitucional especial.” Sentença T-769/09, p. 18. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-769-09.htm> Acesso em 8 de setembro de 2014.

¹⁷⁷ “no âmbito do reconhecimento da diversidade étnica e cultural como um valor constitucional e razão da nacionalidade colombiana (arts. 7° e 70 Const.) e no contexto da definição da Colômbia como uma república unitária, descentralizada com unidades territoriais autônomas democrática, participativa e pluralista (art. 1 ib.), a Constituição concede proteção especial para o direito de participação de grupos étnicos nas decisões que os afetam.

Essa proteção especial envolve um processo pelo qual as garantias do Estado para as respectivas autoridades e comunidades envolvidos diretamente participação e acesso a informações sobre um programa ou plano que você pretende realizar no seu território, procurando participativas impactos positivos são identificados ou

Outro mecanismo de afirmação e fortalecimento da identidade cultural desses povos passa também pela garantia do território, usufruído de forma coletiva pelos mesmos. A Sentença T-129/11¹⁷⁹ ratifica esse posicionamento, consolidando a jurisprudência da Corte Constitucional nesse aspecto.

Así mismo, es pertinente tener en cuenta la forma como la jurisprudencia constitucional ha advertido sobre el respeto del territorio en materia indígena. En la **Sentencia T-252 de 1998**, la Corte puntualizó que la propiedad colectiva “*sobre los territorios indígenas reviste la mayor importancia dentro del esquema constitucional, pues resulta ser esencial para la preservación de las culturas y valores espirituales de los pueblos que dentro de ellos se han asentado durante siglos.*”

[...] De esta forma, el Convenio 169 contempla el derecho de las comunidades indígenas y tribales de participar en la toma de decisiones que afecten sus territorios, prerrogativa que además contribuye a la protección del patrimonio material e inmaterial del país.

[...]

En virtud de lo expuesto, es pertinente concluir que la Constitución brinda **a las comunidades étnicas una protección especial sobre las costumbres, la autonomía y el territorio**, salvaguarda que no sólo se extiende y termina en la norma, sino que debe ser prestada de forma efectiva por las autoridades. **Desconocer dichas garantías pondría en peligro la identidad de los pueblos étnicos y llevaría a destruir la independencia que las caracteriza, con notorio daño para la conservación y adecuado desarrollo de sus culturas y creencias.** Así, si la propiedad colectiva sobre el territorio étnico es un derecho del pueblo respectivo, la regla correlativa es el respeto y defensa por parte de todos los organismos del Estado y por supuesto de los particulares.¹⁸⁰

Mesmo pontuando expressamente apenas a Constituição, a sentença acima deve ser interpretada também englobando a Convenção nº 169, pois a mesma decisão menciona

negativa do projeto ou programa em questão, visando salvaguardar as idiosincrasias de povos indígenas e tribais que habitam o país.” (tradução livre)

¹⁷⁸ Sentença T-769/09. p. 20. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-769-09.htm> Acesso em 8 de setembro de 2014

¹⁷⁹ Sentença T-129/11, p. 41-43. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm> Acesso em 8 de setembro de 2014

¹⁸⁰ “Também é importante ter em conta a forma como a jurisprudência constitucional avisa sobre o território, respeitando os assuntos indígenas. No Acórdão T-252 de 1998, o Tribunal declarou que a propriedade coletiva “sobre os territórios indígenas da maior importância no regime constitucional, que acaba por ser essencial para a preservação das culturas e valores espirituais das pessoas dentro deles se instalaram durante séculos. [...] Assim, a Convenção 169 prevê o direito de comunidades indígenas e tribal participar nas decisões que afetam seus territórios, um poder que também contribui para a proteção do patrimônio material e imaterial do país. [...] À luz do exposto, é adequado concluir que a Constituição prevê proteção especial comunidades étnicas sobre os costumes, autonomia e território, protegendo não só se estende e termina na norma, mas devem ser fornecidos de forma eficaz por parte das autoridades. Ignorar estas garantias poria em perigo a identidade dos povos étnicos e levar a destruir a independência que caracteriza com danos notório para a conservação e desenvolvimento das suas culturas e crenças. Assim, se a propriedade coletiva do território étnico é um direito dos povos interessados, a regra correlato é o respeito e proteção por todos os órgãos estaduais e, claro, o particular.” (tradução livre)

que o instrumento normativo internacional faz parte do bloco de constitucionalidade¹⁸¹. Em uma Sentença anterior, a Corte cita de forma mais clara o porquê da Convenção 169 fazer parte desse bloco¹⁸²:

Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos labores de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles -artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales [...]¹⁸³

Sobre isso, Marino (2003, p. 55) traz que a Corte Constitucional afirma existir uma “indiscutível e difícil tensão”, tendo em vista que, de um lado, consagra direitos próprios de um Estado liberal, mas por outro, reconhece a dignidade e a identidade de minorias étnicas nacionais de forma coletiva, garantindo-lhes proteção no mesmo nível.¹⁸⁴ A autora afirma que diminuir esse nível de tensão não é uma tarefa fácil. Adverte que, para isso, é necessário elaborar critérios de decisão que satisfaçam os padrões mínimos de um Estado

¹⁸¹ “De las normas citadas se puede concluir que el Convenio 169 de la OIT es el instrumento a través del cual el Estado colombiano se comprometió con sus habitantes y la comunidad internacional como medio para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y tribales de la Nación a la supervivencia, social, económica y cultural ante la disyuntiva que surge al adoptar medidas administrativas que pueden afectar sus territorios. Instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad.” Sentença T-129/11, p. 43.

¹⁸² Sentença SU 383/03.

¹⁸³ “É particularmente importante para estudar o assunto ainda reiterar que a Convenção 169 da OIT, em particular o direito dos povos indígenas e tribais a consulta prévia em conformidade com o bloco de constitucionalidade Constituição, nos termos do Os artigos 93 e 94 da lei constitucional, não só porque o instrumento que contém vem da Organização Internacional do Trabalho e fornece os direitos trabalhistas desses povos -Artigo 53 CP, i) sob a participação das comunidades indígenas decisões tomadas em relação à exploração de recursos naturais em seus territórios, nos termos do artigo 330 da Carta, pode ser entendida como a negação do direito desses povos a ser consultado sobre outros aspectos inerentes à sua sobrevivência como comunidades artigo 94 CP reconhecível, ii) uma vez que a Convenção sobre o ato de nomeação é maior reconhecimento contra a discriminação sofrida pelos povos indígenas e tribais, iii) porque o direito dos povos indígenas de serem consultados previamente sobre as decisões medidas administrativas e legislativas que os afetem diretamente é a ação afirmativa que o prohíja comunidade internacional e recomenda para combater as origens, causas, formas e manifestações contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata afetando povos indígenas e tribais.” (tradução livre)

¹⁸⁴ MARINO (2003, p. 55)

constitucional de direito e, ao mesmo tempo, as exigências de uma verdadeira política multicultural (MARINO, 2003, p. 57).

4.2 Peru e a regulamentação normativa do direito de consulta prévia

Em conjunto com a Colômbia, o Peru é um dos países da América Latina - do ponto de vista da legislação e da jurisprudência de sua Corte Constitucional – mais avançados na proteção e garantia dos direitos de seus povos originários. A adoção da Convenção nº 169 no país¹⁸⁵ fortaleceu o processo de luta dos povos indígenas peruanos por reconhecimento de seus territórios tradicionais e o respeito à preservação de sua identidade e dos seus valores culturais. Trata-se de importante avanço pois, segundo a Constituição daquele país, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos tem equivalência às normas constitucionais.¹⁸⁶ O Peru não é um país de maioria indígena, mas cerca de 30% de sua população se identifica como tal. A diversidade entre os povos indígenas peruanos é muito grande, tornando-o um dos países mais diversos e multiculturais da América Latina¹⁸⁷, sendo que a maioria dos grupos étnicos indígenas está concentrada no território amazônico daquele país, local de forte pressão política e econômica para a realização de grandes obras de infraestrutura e exploração mineral.

Assim como em outros países da região, o movimento indígena peruano foi se fortalecendo nas décadas de 1980 e 1990. A grande força local culminou com a promulgação de uma Constituição Política com a garantia de vários direitos a diversos segmentos sociais (reconhecida como uma carta pluricultural), a ratificação da Convenção nº 169 e culminando com a aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas. Tais instrumentos possibilitaram avanços na consolidação de legislações ordinárias que pudessem

¹⁸⁵ A Convenção nº 169 da OIT foi adotada no Estado Peruano no dia 05 de dezembro de 1993 (Resolução Legislativa nº 26253, entrando em vigor apenas em fevereiro de 1995).

¹⁸⁶ Constituição Política do Perú de 1993:

Artigo 3º - La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Artigo 55 - Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Quarta Disposição Final e Transitória - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Disponível em <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html> Acesso em 15 de outubro de 2014.

Como pode-se verificar, a Constituição peruana não diz expressamente que os tratados internacionais de direitos humanos tem força constitucional. Trata-se de uma interpretação sistemática, realizada inclusive pelo Tribunal Constitucional daquele país. Exemplo disso é a Sentença nº 03343-2007-PA/TC. Disponível em <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html> Acesso em 15 de outubro de 2014

¹⁸⁷ Estima-se que existam mais de 60 grupos étnicos quechuas, aimaras, aguarunas, dentre outros, em mais de 1100 comunidades espalhadas por todo o país. DUE PROCESS OF LAW, OXFAM (2011, p. 75-76)

garantir a implementação desses direitos, bem como o reconhecimento por parte do Poder Judiciário local dessa diversidade e a observância de sua preservação, principalmente através da garantia de direitos fundamentais para isso, como o acesso ao território.

Em conjunto com a Convenção nº 169, a Constituição Política do Peru traz elementos garantidores do reconhecimento da importância da diversidade cultural para a construção da sociedade peruana. Direito à identidade étnica e cultural, reconhecimento como idiomas oficiais de línguas indígenas; reconhecimento da autonomia organizativa, econômica e administrativa de seus territórios; e a possibilidade de livre disposição de suas terras são apenas alguns dos direitos assegurados constitucionalmente a esses povos e comunidades.¹⁸⁸

A pesar de que la Constitución no consagra expresamente el derecho a la consulta previa, este tiene cobertura constitucional directa por medio de las normas referidas al sistema electoral, concretamente los artículos 176, 178, 181 y 182 de la Constitución⁴⁴¹, que reconocen de manera genérica la posibilidad de realizar consultas populares. Asimismo, tiene cobertura constitucional indirecta, por medio de las normas que reconocen el derecho a la participación, protegido por los artículos 2.17 y 31 de la Constitución, y el derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2.19 constitucional. De igual manera, tiene cobertura constitucional directa, toda vez que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas ha sido reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por el Estado peruano, entre los que se encuentra el Convenio N° 169 de la OIT¹⁸⁹ [...].¹⁹⁰

Como não houve qualquer menção expressa no texto constitucional, Molleda (2012) afirma que o reconhecimento do direito de consulta prévia se deu no âmbito judicial, a partir de decisões do Tribunal Constitucional.¹⁹¹

Durante a década de 1990, o Estado peruano chegou a editar algumas disposições normativas sobre o direito de participação popular, reconhecendo-o, mas sem fazer menção expressa ao direito de consulta prévia. Em muitos momentos tratavam-se apenas de disposições legais vazias, sem qualquer conteúdo voltado para a eficácia desse direito. Muitas foram as críticas quanto as deficiências das primeiras normas. Dentre elas destacam-se a falta de compreensão sobre a consulta prévia ou a falta das medidas para tornar esse direito

¹⁸⁸ DUE PROCESS OF LAW, OXFAM (2011, p. 82)

¹⁸⁹ “Embora a Constituição não consagre expressamente o direito à consulta prévia, este tem cobertura constitucional direta através de normas relativas ao sistema eleitoral, notadamente os artigos 176, 178, 181 e 182 da Constituição, reconhecendo genericamente a possibilidade de referendos. Ele também tem cobertura constitucional indireta, por meio de regras que reconhecem o direito à participação, protegido pelos artigos 2.17 e 31 da Constituição e do direito à Identidade cultural reconhecido no artigo 2.19 da Constituição. Da mesma forma, ele tem cobertura constitucional direta, uma vez que o direito à consulta dos povos indígenas tem sido reconhecido em instrumentos internacionais de direitos humanos assinados e ratificados pelo Peru, entre as quais a Convenção No. 169 OIT.” (tradução livre)

¹⁹⁰ DUE PROCESS OF LAW, OXFAM (2011, p. 83)

¹⁹¹ MOLLEDA (2012, p. 26)

efetivo.¹⁹² Percebendo a fragilidade dessas normas na concretude da consulta prévia, o Estado peruano começa, em fins da década de 2000, a elaborar outros instrumentos normativos com o objetivo de atender o estabelecido pela Convenção nº 169. A diferença para as normas do fim da década de 1990 e início de 2000 era a existência dos mecanismos de participação e consulta desses povos, contudo, ainda de forma limitada. Como exemplo, tem-se a promulgação da Lei Geral do Meio Ambiente, em 2005, onde houve a normatização de disposições que regulamentavam o direito de consulta prévia desses povos no âmbito da competência da lei, mas com as limitações aqui expostas.

Diante de todas essas experiências ao longo da década de 2000, a Comissão de Peritos para Aplicação de Convenções e Ratificações (CPACR) realizou uma missão no Estado peruano, o que culminou com um informe publicado em 2009. Para a CPACR, não existia no Peru um critério jurídico seguro que unificasse a terminologia de povos indígenas. Para a Comissão, a diferença ou analogia com as comunidades camponesas e nativas gera confusões e isso leva a que não fique claro a quem se aplica a convenção¹⁹³. Em segundo lugar, criticaram a falta de uma ação coordenada entre o governo e os povos indígenas para a tomada de decisões. Instava o governo peruano a adotar as providências para a efetiva participação de consulta e diálogo com os povos indígenas e criem mecanismos para permitir o desenvolvimento de uma institucionalidade que garantisse a participação dos povos indígenas. Uma terceira observação é a identificação de atividades econômicas de exploração com grande potencial de impacto sobre as comunidades e povos indígenas, e que, portanto, o governo deveria adotar medidas para realizar consulta prévia que observa-se essa particularidade.¹⁹⁴

Outro fator que contribuiu para que o Estado peruano avançasse na regulamentação do direito de consulta prévia foi a ocorrência de graves conflitos sociais e territoriais por ausência da implementação da consulta prévia. Segundo levantamento da

¹⁹² Na obra **El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú** (Fundación para el Debido Proceso Legal, Instituto de Defensa Legal e Seattle University School of Law; Washington, 2010) estão elencados alguns exemplos de decretos e leis que não conseguiram satisfazer plenamente o direito de consulta prévia como estabelecido na Convenção nº 169 da OIT, como a 1) Resolução Ministerial 159-2000-PROMUDEH; a 2) Lei de áreas naturais protegidas (Decreto Supremo 038-2001-AG); o 3) Decreto Supremo 042-2003-EM; e o 4) Decreto Supremo 038-2001-AG. Disponível em <http://www.servindi.org/pdf/Consulta_PPII_Peru2010.pdf> Acesso em 15 de outubro de 2014.

¹⁹³ El Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú. Fundación para el Debido Proceso Legal, Instituto de Defensa Legal, Seattle University School of Law. Washington, 2010. p. 51. Disponível em http://www.servindi.org/pdf/Consulta_PPII_Peru2010.pdf Acesso em 16 de outubro de 2014.

¹⁹⁴ El Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú. Fundación para el Debido Proceso Legal, Instituto de Defensa Legal, Seattle University School of Law. Washington, 2010. p. 52. Disponível em http://www.servindi.org/pdf/Consulta_PPII_Peru2010.pdf Acesso em 16 de outubro de 2014

Defensoria del Pueblo do Peru, no ano de 2009, 44% dos conflitos ativos e aparentes¹⁹⁵ tinham relação direta com essa ausência. Para a Defensoria¹⁹⁶, “respetando el derecho a la consulta se podría evitar el surgimiento de muchos conflictos sociales y resolver o mitigar otros tantos actualmente existentes en el país, con lo cual se contribuiría al desarrollo igualitario y equilibrado de la sociedad.”¹⁹⁷ Entre esses conflitos, destaca-se um de graves repercussões e violência: o conflito de Bagua.

Bagua é uma província amazônica localizada ao norte do território peruano. O referido conflito ocorreu em junho de 2009 e resultou na morte de 23 policiais e 10 civis (sendo 5 indígenas), mais de 200 feridos e 83 pessoas presas.¹⁹⁸ Ele ocorreu porque o governo central não realizou o processo de consulta prévia com as comunidades indígenas locais antes de editar vários decretos que regulamentavam as atividades extrativas na região. Estes decretos estavam pautados, sobretudo, em uma política econômica alinhada a um tratado bilateral assinado com os Estados Unidos. O então presidente Alan Garcia taxava os opositores de tal política governamental como inimigos do desenvolvimento. Após meses de greves e protestos da população local contra medidas que poderiam acelerar o processo de desmatamento e exploração desenfreada de madeira, o governo presidencial decretou Estado de Emergência e enviou tropas militares para o desbloqueio da estrada ocupada pelos manifestantes, resultando nas 33 mortes e nas duas centenas de feridos, além das pessoas detidas.¹⁹⁹

Logo após a divulgação do CPACR e da ocorrência do conflito em Bagua, o Peru começou a direcionar esforços para fazer cumprir tais recomendações, sobretudo na direção da criação de um marco legislativo que pudesse abarcar esses e outros questionamentos oriundos do movimento indígenas daquele país. A *Defensoria del Pueblo* apresentou uma proposta de lei para regulamentar e implementar o direito de consulta prévia. Foi nesse cenário que foi promulgada a Lei nº 29785, que regulamenta o procedimento estabelecido no

¹⁹⁵ Conflitos ativos: existe um conflito já aparente; Conflito latente: existe a possibilidade do conflito

¹⁹⁶ El Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú. Fundación para el Debido Proceso Legal, Instituto de Defensa Legal, Seattle University School of Law. Washington, 2010. p. 52. Disponível em http://www.servindi.org/pdf/Consulta_PPII_Peru2010.pdf Acesso em 20 de outubro de 2014

¹⁹⁷ “respetando o direito à consulta poderia impedir o surgimento de muitos conflitos sociais e resolver ou mitigar como muitos atualmente existente no país, o que contribuiria para o desenvolvimento equitativo e equilibrado da sociedade.” (tradução livre)

¹⁹⁸ El Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú. Fundación para el Debido Proceso Legal, Instituto de Defensa Legal, Seattle University School of Law. Washington, 2010. p. 49. Disponível em http://www.servindi.org/pdf/Consulta_PPII_Peru2010.pdf Acesso em 20 de outubro de 2014

¹⁹⁹ SANBORN; PAREDES (2014, p. 3)

artigo 6º da Convenção 169. Publicada em 07 de setembro de 2011²⁰⁰, veio atender uma antiga reivindicação dos movimentos indígenas locais.²⁰¹

4.2.1 A lei peruana de consulta prévia e a construção da identidade

Fruto de um compromisso de campanha assumido pelo então candidato à Presidência da República Peruana Ollanta Humala, a sanção da Lei nº 29785 ocorreu logo após a sua chegada ao poder²⁰². Ela apresenta os aspectos gerais sobre a consulta prévia, abordando quem são os sujeitos que devem participar do processo, de que trata tal direito, os princípios norteadores, qual a finalidade da consulta, as formas de participação, as etapas do processo, o direito à informação, publicidade, os recursos disponíveis, dentre outros.

Logo no artigo 2º ela define *consulta prévia* como,

el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.²⁰³

A legislação do Peru avança no sentido de ampliar o conceito de consulta prévia, prevendo de forma explícita a realização de consultas quando as medidas legais ou administrativas afetarem sua identidade cultural. A intenção exposta através da lei encontra respaldo na própria Constituição Política do país que, ao proteger a identidade e diversidade cultural dos povos, entende a cultura como um direito fundamental que deve ser resguardado. Molleda (2012) afirma ainda que a garantia da identidade cultural dos povos a serem

²⁰⁰ Diário de Normas Legales. Disponível em <http://ht.ly/6b5HO> Acesso em 15 de outubro de 2014.

²⁰¹ A referida lei foi objeto de construção que envolveu as organizações indígenas do país, em parceria com a Defensoria del Pueblo. Durante sua tramitação no Congresso, a proposta original sofreu uma pequena mudança na Comissão de Constituição, que foi aceita pelos subscritores da proposta original. A partir daí, o projeto de lei que regulamentou o direito de consulta prévia no Peru tramitou de forma célere, até mesmo como uma espécie de reconhecimento pelas dívidas históricas do estado peruano com sua população originária. Mais informações em DPLF/OXFAM (2011, p. 88).

²⁰² SANBORN; PAREDES (2014, p. 2).

²⁰³ “o direito dos indígenas ou populações nativas de ser consultados de forma prévia sobre medidas legislativas ou administrativas que afetam diretamente seus direitos coletivo, sua existência física, identidade cultural, qualidade de vida ou de desenvolvimento de cidades. Também corresponde a dúvida a respeito de planos, programas e projetos de desenvolvimento nacional e regional diretamente afetam esses direitos. A consulta que faz referência a presente lei é implementada de forma obrigatória apenas pelo Estado.” (tradução livre)

consultados encontra fundamento com as manifestações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).²⁰⁴

Ainda no que se refere ao processo de reconhecimento da diversidade, a lei nº 29785 afirma como um dos princípios da consulta prévia a observância da interculturalidade, ou seja, o processo de consulta deve reconhecer “*respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas*”.²⁰⁵ Mais uma vez, Molleda (2012) ressalta a diferença entre a interculturalidade e o multiculturalismo. Segundo o autor, a lei peruana, ao mencionar como princípio a interculturalidade, quis assegurar que as ações do Estado durante a consulta prévia devem ser pautadas no diálogo cultural, fazendo a interlocução entre as diferentes culturas. Assim, também devem exigir por parte do Estado a renúncia ao costume de impor suas vontades aos que são *diferentes*, exigindo harmonizar as diferentes experiências culturais²⁰⁶, e que esse diálogo intercultural seja também com outras disciplinas, tratando a consulta prévia não apenas como algo que se utilize do direito constitucional ou do direito internacional, mas também de outras ciências, como a antropologia, a sociologia, as ciências biológicas, dentre outras.

Outro sinal da importância do critério da identidade dos povos pode ser encontrado no artigo 7º da Lei 29785. Esse dispositivo enumera os critérios para identificação de povos indígenas ou originários como sujeitos coletivos a serem abrangidos pela consulta prévia no Peru. O dispositivo apresenta critérios objetivos²⁰⁷ e subjetivos. Dentre estes últimos, a lei afirma que ele “*se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.*”²⁰⁸. Assim, a autodefinição do povo indígena

²⁰⁴ “El requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos”. (Informe CIDH sobre los derechos al territorio y a los recursos naturales, párrafo 333). In: MOLLEDA (2012, p. 91).

²⁰⁵ Artigo 4º, 2, Lei nº 29785

²⁰⁶ MOLLEDA (2012, p. 110)

²⁰⁷ Artigo 7º

(...)

Los criterios objetivos son los siguientes:

1. *Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.*
2. *Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.*
3. *Instituciones sociales y costumbres propias.*
4. *Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.*

²⁰⁸ Artigo 7º. “se encontra relacionado com a consciência do grupo coletivo de possuir uma identidade indígena ou originária.” (tradução livre)

ou originário é condição fundamental que os mesmos sejam configurados como sujeitos coletivos partícipes do processo de consulta prévia. Note-se que os critérios expostos na lei não dependem de consulta a terceiros, indo assim ao encontro do que dispõe a Convenção nº 169 e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.²⁰⁹

Contudo, Molleda (2012) aponta a preocupação de que, com a exigência das condições objetivas e subjetivas, a legislação peruana acabou elencando requisitos para além do que reza o artigo 1º da Convenção. Para ele, as exigências da 1) descendência direta, a 2) referência ao vínculo direto entre os povos indígenas e o território que ocupam e 3) a eliminação do requisito de conservar, pelo menos parcialmente, as instituições culturais, econômicas, sociais, dentre outras, podem levar a interpretações restritivas, em prejuízo ao sentido original da Convenção. Para ele, “preocupa que se quiera exigir que los pueblos indígenas hayan permanecido intactos y congelados en el tiempo, negando lo que es evidente, que estos pueblos evolucionan, que dialogan e interactúan con otros pueblos, en ejercicio de su derecho a la libre determinación”²¹⁰. Outro grave problema existente na lei peruana é que o direito de consulta acabou restrito a “povos indígenas ou originários”, excluindo da possibilidade de usufruto dos procedimentos dessa lei outros povos reconhecidamente abrangidos pela Convenção nº 169, como os campesinos.²¹¹

Ainda em observância aos princípios norteadores da convenção e da primazia e respeito à identidade desses povos, a lei nº 29785 prevê que o procedimento de consulta prévia seja realizado respeitando-se a diversidade linguística existente dos povos indígenas ou originários do território peruano.²¹² Esse dispositivo encontra respaldo constitucional (artigo

²⁰⁹ No Brasil, o cenário é distinto. Para o reconhecimento do território de comunidades quilombolas, por exemplo, é exigida uma *Certificação*, expedida por um órgão estatal (a Fundação Cultural Palmares). A comunidade realiza o processo de auto-identificação, mas seu processo administrativo de titulação, bem como o acesso a diversas políticas públicas só é garantido a partir do momento em que essa comunidade é oficialmente reconhecida pelo Estado. Tal exigência está disposta no artigo 6º da Instrução Normativa nº 57 de 20 de outubro de 2009, do INCRA, publicada no Diário Oficial da União no dia 21 de outubro de 2009, p. 52 a 54. Disponível em http://www.incra.gov.br/media/institucional/legislacao/atos_internos/instrucoes/instrucao_normativa/in_57_2_009_quilombolas.pdf Acesso em 16 de outubro de 2014.

²¹⁰ “preocupa que se quiera exigir que os povos indígenas tenham permanecidos intactos e congelados no tempo, negando o que é evidente, ou seja, que estes povos evoluíram, que dialogam e interagem com outros povos, no pleno exercício de seu direito à livre determinação.” (tradução livre)

²¹¹ Para maiores informações sobre as deficiências apresentadas pelo Artigo 7º da Lei de Consulta Prévia do Peru, ver MOLLEDA (2012, p. 151-162).

²¹² Artículo 16. Idioma - Para la realización de la consulta, se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no es hablada mayoritariamente por la población indígena. Para ello, los procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

2, 19)²¹³ e na Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, sendo que o uso de seu próprio idioma é uma forma de expressão da identidade cultural de cada povo. Para Molleda (2012) trata-se de uma norma essencial para que haja um verdadeiro diálogo entre as partes, e não um simples monólogo por parte do Estado.

4.2.2 Dificuldades e obstáculos para efetividade da lei

Mesmo com mais de 17 anos de ratificação da Convenção nº 169 e de adoção do direito de consulta prévia no Peru, os povos indígenas ainda enfrentam muitos conflitos, especialmente territoriais e socioambientais. Segundo levantamento da *Defensoria del Pueblo*, até maio de 2011 foram registrados 227 conflitos sociais, dentre os quais 51% originado por conflitos socioambientais, concentrados principalmente na região amazônica e no centro-sul do país, que contam com forte presença indígena.²¹⁴ A expectativa criada entre os movimentos indígenas peruanos era de que, com a aprovação da Lei do Direito de Consulta Prévia dos Povos Indígenas ou Originários, tais conflitos reduzissem significativamente, o que não ocorreu.

Jesusi (2011) reconhece que a presente lei colocou o Peru na vanguarda, sendo o primeiro país na América Latina a aprovar uma legislação de consulta, sendo considerada pela CPACR e pelo Relator da ONU para Povos Indígenas como compatível com as disposições da Convenção nº 169, não apenas por seu conteúdo, mas também pela forma de construção desse instrumento, que contou com “*el consenso, apoyo y respaldo de todas las organizaciones indígenas e instituciones de la sociedad civil*”²¹⁵ peruana (JESUSI, 2011, p. 19).

Mesmo após o início da vigência da lei do direito de consulta prévia aos povos indígenas e originários, a primeira experiência efetiva de consulta nos moldes dessa lei ocorreu apenas no ano de 2013, quando o departamento administrativo de Loreto decidiu realizar a consulta aos povos Maijuana e Kichwa com o objetivo de criar uma área de preservação de seus territórios ancestrais, situados na Amazônia peruana (SANBORN; PAREDES, 2014, p. 2) Esse caso pioneiro no Peru não foi fruto de grandes controvérsias

²¹³ Constituição Política do Perú, 1993 - Artículo 2º. Toda persona tiene derecho: [...] 19.- [...] Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”.

²¹⁴ Informação disponível no artigo *Derecho a decidir su desarrollo* de Karin Anchelía Jesusi, publicado no NA Informe Especial “Consulta Previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas”. Lima: junho, 2011. p. 19.

²¹⁵ “o consendo, apoio e respaldo de todas as organizações indígenas e instituições da sociedade civil.” (tradução livre)

políticas e econômicas, sendo apresentado como um caso *sui generis* porque foram os povos indígenas que solicitaram ao Estado que, através da criação da área de conservação, os ajudassem a prevenir as atividades exploratórias em seus territórios ancestrais. Contudo, mesmo após toda a realização do procedimento de consulta e da finalização do processo, um obstáculo ainda se impunha: a falta de vontade política no cumprimento dos acordos estabelecidos. Sanborn e Paredes (2014), ao descreverem esse caso, relatam que o último passo do processo de consulta se realizou em 22 de setembro de 2013, e que, até 23 de fevereiro de 2014, a criação da área de conservação ainda não tinha sido finalizada, devido a falta de aprovação do Ministério que comandou o processo (SANBORN; PAREDES, 2014, p. 13).

Esto creó temores entre ambos grupos nativos acerca de que otros intereses se puedan resistir a su creación, tal vez con la esperanza de obtener el acceso a los recursos naturales allí existentes o la construcción de una carretera importante através de la zona²¹⁶.

Outro obstáculo da lei peruana é a exclusividade da decisão final sobre a consulta prévia recaindo nas mãos do ente estatal promotor do processo, conforme dispõe o artigo 15²¹⁷, no caso de inexistência de acordo com as comunidades consultadas. Nesse ponto, a legislação peruana não avançou no sentido de acompanhar as recomendações e decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a interpretação recomendada pela própria OIT²¹⁸ e as decisões das Cortes Constitucionais de países vizinhos, exigindo, ao final do processo, que os povos diretamente afetados possam dar seu *consentimento*. A segurança jurídica para as comunidades consultadas está assegurada apenas 1) quando estas chegam a um acordo com o Estado, 2) quando lhes é garantido por lei que ele é de observância obrigatória para as partes, e que 3) em caso de descumprimento, poderão ser exigidos pelas vias administrativa e judicial.

²¹⁶ “isto criou temores entre os grupos nativos sobre outros interesses que possam resistir á criação do parque, talvez que a esperança de obter acesso a recursos naturais ali existentes ou à construção de uma rodovia importante através da zona.” (tradução livre)

²¹⁷ Artigo 15 - *La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.*

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.

²¹⁸ OIT (2013, p. 17)

Sobre esse artigo, Molleda (2012) afirma que o Estado não tem poder um ilimitado e absoluto para a tomada de decisão, e que, qualquer que ela seja, só será válida desde que não afete os bens jurídicos e constitucionais desses povos. Para o autor, há um profundo silêncio sobre a obrigação do Estado de ter o consentimento²¹⁹ dos povos indígenas, e que mesmo diante desse silêncio normativo, há de se considerar essa obrigação reconhecida nos moldes da sentença da Corte IDH *Saramaka vs Suriname*, e no artigo 16 da Convenção 169.²²⁰ No caso do Peru, os casos submetidos ao procedimento previsto na Lei nº 29785 foram exitosos, ou seja, foram obtidos os acordos necessários (SANBORN; PAREDES (2014, p. 4).

Mesmo com a possibilidade de observância do artigo 16 da Convenção 169 nos processos de consulta prévia no Peru, a ausência de um regramento normativo claro e transparente sobre a exigência do consentimento prévio, livre e informado pode possibilitar que ações atentatórias aos territórios desses povos sejam perpetradas pelo Estado ou por particulares, em especial as empresas transnacionais de atividades de mineração. Para a Sociedad de Comercio Exterior del Perú, mesmo depois de três anos, a lei de consulta prévia ainda gera incertezas jurídicas. A *Sociedad* vem solicitando ao Estado que os projetos considerados de interesse nacional não sejam abrangidos pela referida lei, com o objetivo de agilizar os investimentos no país.²²¹

²¹⁹ MOLLEDA (2012, p. 198)

²²⁰ Artigo 16

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam.

2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas trasladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.

²²¹ Comex: Se debe exonerar de Consulta Previa a proyectos de interés nacional. Disponível em <<http://gestion.pe/economia/comex-se-exonerar-consulta-previa-proyectos-interes-nacional-2089176>> Acesso em 20 de outubro de 2014.

4.2.3 O direito à identidade e o multiculturalismo na jurisprudência peruana sobre consulta prévia

A jurisprudência do Tribunal Constitucional peruano reforça o que dispõe a Convenção nº 169 e a legislação interna no que diz respeito ao direito à identidade (e, mais especificamente, à identidade étnica) e também a existência de um Estado multicultural para a afirmação e garantia de direitos.

As primeiras decisões do Tribunal do Peru começaram a ser emanadas a partir de 2007 (STC 03343-2007-PA), 22 (vinte e dois) anos após a entrada em vigor da Convenção 169, um prazo longo se considerarmos a situação de vulnerabilidade que os povos originários da região estão submetidos ao longo de séculos. Há de se considerar que mesmo com um processo de regulamentação mais avançado que na Colômbia, por exemplo, a jurisprudência do tribunal peruano não é tão desenvolvida em relação ao país vizinho. O *Instituto de Defensa Legal* afirma que boa parte das decisões oriundas da máxima instância judicial desse país é fruto de reclamações judiciais sobre a inconstitucionalidade de normas e decretos legislativos que contrariam o direito de consulta prévia estabelecido na Convenção (FDPL, 2010, p. 52).

Esse baixo número de decisões é reflexo da existência de um forte movimento econômico dentro do Estado Peruano, principalmente no Ministério de Minas e Energia²²², mas que parece haver uma guinada a partir de 2013, quando a Corte Suprema julgou inconstitucional o posicionamento do Ministério quanto a não realização de consultas como previstas na Convenção nº 169 quando se tratassem de setores de mineração e hidrocarbonetos, fazendo assegurar aos povos afetados a participação cidadã, sem levar em consideração as peculiaridades de consulta expressos na Convenção.

Molleda (2012) traz um apanhado das decisões do Tribunal Constitucional sobre o direito de consulta prévia e os aspectos que envolvem a identidade e o multiculturalismo imbuídos na Convenção nº 169. Em uma das primeiras decisões, o Tribunal afirma que a Constituição peruana assegura a *tolerância da diversidade*, explicando essa “tolerância” como uma medida em que “los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma”²²³. (MOLLEDA, 2012, p. 237). Para o tribunal, trata-se de “reconhecer a unidade dentro da diversidade e a igualdade como um direito à diferença”. Nesse ponto, a decisão encontra

²²² SANBORN, PAREDES (2013, p. 8)

²²³ “os indivíduos não podem ser arbitrariamente diferenciados, prejudicando-os por motivos baseados, entre outros, por sua opinião, religião ou idioma.” (tradução livre)

respaldo no multiculturalismo, reconhecendo a existência de diversos segmentos sociais distintos na sociedade peruana e que eles devem ter seus direitos resguardados. Porém não avança para obrigar o Estado²²⁴ a dialogar com os mesmos, em caráter de transversalidade entre as diferentes identidades, a fim de que elas possam trabalhar suas linhas prioritárias de desenvolvimento.

Ainda, o Tribunal faz uma importante análise e distinção entre o direito à identidade étnica, o direito à identidade cultural e o direito da etnia existir. Para a Corte²²⁵, o direito à identidade étnica “consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo”²²⁶, e o *direito da etnia existir* como a conservação dos valores de seus ancestrais, símbolos e instituições que os distinguem das demais coletividades. Trata-se de uma visão mais efetiva do direito à identidade assegurada pela Convenção nº 169 e demais normas constitucionais e legais, obrigando o Estado a adoção de medidas para que tal grupo étnico não desapareça.

Em análise do disposto nesse diploma e entrelaçada com o direito à identidade e o reconhecimento do multiculturalismo, o Tribunal Constitucional do Peru ratificou a garantia de que seja respeitado do direito à autodeterminação (ou livre determinação²²⁷) dos povos indígenas e tribais. De início, posiciona-se no sentido de rechaçar que esse direito tenha pretensões “autárquicas, separatistas e anti-sistêmicas” (MOLLEDA, 2012, p. 240), até porque esse direito deve ser interpretado sistematicamente com os demais dispositivos constitucionais peruanos que asseguram a unidade do governo e a integridade territorial do Estado.²²⁸

Em 2009, o Tribunal Constitucional emitiu a Sentença nº 022-2009-PI/TC. A decisão é resultado de uma ação impetrada contra o Decreto Legislativo nº 1089, que

²²⁴ Esse entendimento é reforçado quando o Tribunal afirma que “debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece, además del derecho a la identidad étnica y cultural, una clara dimensión objetiva en cuanto **se obliga al Estado a proteger** la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación. Igualmente, debe tenerse presente que el artículo 89 de la Norma Fundamental reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose **de igual forma la obligación del Estado de respetar** su identidad cultural.” (sem grifo no original).

²²⁵ MOLLEDA (2012, p. 238)

²²⁶ “consiste no poder que a pessoa tem de pertencer a um grupo étnico específico a ser respeitado nos costumes e tradições do grupo étnico a que pertence, evitando assim a singularidade desaparece em tal grupo.” (tradução livre)

²²⁷ Na sentença, o Tribunal utiliza sem qualquer distinção as duas terminologias.

²²⁸ Para o Tribunal Constitucional, a livre determinação “es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales”

regulamenta o Regime Extraordinário de Certificação e Titulação de Imóveis Rurais²²⁹, tendo este sido promulgado sem qualquer consulta aos povos indígenas peruanos. Aqui, mais uma vez, o Tribunal reforça a ideia da *tolerância da diversidade*, e que sobre essa tolerância se pretende construir uma unidade sobre a base da diversidade²³⁰. A construção de uma “unidade sobre a base da diversidade” encontra respaldo em um Estado pluricultural e pluriétnico, como aponta a decisão. Os estados plurinacionais não têm como objetivo construir uma “unidade sobre a base da diversidade”, mas sim reconhecer e dialogar com as diferentes culturas e garantindo mais do que a coexistência pacífica: a transversalidade de conhecimento para o desenvolvimento nacional.

A Sentença 022-2009-PI/TC merece destaque pois analisa de modo específico o direito de consulta prévia como um diálogo intercultural. Logo de início, o Tribunal afirma que “con el Convenio N° 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante”²³¹, rechaçando ainda a ideia de que os direitos estabelecidos no diploma (consulta prévia, território, autoidentificação, livre determinação, etc), sejam privilégios, mas como uma reparação e que sejam beneficiados pelos mesmos direitos fundamentais que são reivindicados e são implementados em favor da maioria dos grupos sociais (MOLLEDA, 2012, p. 248). Continua, garantindo a necessidade de proteção para os elementos necessários e indispensáveis para a continuidade da existência dos povos indígenas, sem prejuízo de seu desenvolvimento e participação na economia global. Nessa linha, o Tribunal Constitucional reforça o entendimento de que a tais povos deve ser assegurado, de acordo com modos e costumes tradicionais, o direito ao desenvolvimento, colocando como exemplo disso a regulação relativa às terras, o reconhecimento e o respeito à sua identidade (MOLLEDA, 2012, p. 248). Por fim, é taxativo ao afirmar que o reconhecimento da identidade desses povos é fundamental para a sua justa integração no processo de desenvolvimento.

la historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. Siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal sentido, **con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía.** Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración

²²⁹ Mais informações sobre o Decreto n° 1.089 no site do Diário Oficial do Estado Peruano. Disponível em http://www.cofopri.gob.pe/pdf/DL_1089.pdf Acesso em 03 de novembro de 2014.

²³⁰ MOLLEDA (2012, p. 244)

²³¹ “a Convenção n° 169 da OIT pretende erradicar modelos de desenvolvimento que pretendiam a assimilação dos povos indígenas a uma cultura dominante.” (tradução livre)

de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana. En suma, **el diálogo intercultural que es exigido por este convenio es el elemento que atraviesa dicho cuerpo normativo, persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra**, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales²³². (MOLLEDA, 2012, p. 249) (sem grifo no original)

Mais uma vez, percebe-se também na jurisprudência do Tribunal Constitucional peruano a importância do repositório de decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, assim como na Corte Suprema da Colômbia. Na Sentença 022-2009, o tribunal peruano menciona diversas decisões da Corte Interamericana²³³ para fundamentar sua decisão. (MOLLEDA, 2012, p. 256 - 257). Nesses países, existe uma tradição muito forte de acesso aos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos quando as violações atingem os povos originários. Por consequência, isso repercute não apenas na legislação interna (por exemplo, a lei peruana que regulamenta o direito de consulta prévia), mas também nas decisões das mais diversas instâncias judiciais desses países. Esse posicionamento é reforçado pela Sentença nº 5427-2009-PC/TC:

A la luz de estas disposiciones, se advierte que el Estado peruano, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se encuentra obligado a desarrollar normativamente el contenido mínimo de las disposiciones internacionales que recogen tales derechos. La adopción de tales medidas, en consecuencia, son un complemento esencial e inmediatamente exigible de cara a efectivizar los derechos enunciados en los tratados internacionales sobre derechos humanos²³⁴. (MOLLEDA, 2012, p. 278).

Em 2011, o Tribunal emitiu sentença oriunda do Expediente nº 025-2009-PI/TC ratificando o posicionamento do direito à consulta prévia enquanto instrumento de

²³² “história dos povos indígenas em nosso país, e em outros lugares, foi marcada pela exclusão. Ser grupos minoritários em vários momentos foram ignorados e violados por informais, traficantes sem escrúpulos industriais e do próprio Estado. A este respeito, em reconhecimento de sua identidade, a inclusão tem como objetivo integrar os povos indígenas de forma mais justa, respeitando a singularidade de sua maneira de expressar e provar sua cidadania. Esta alegação não se enquadra a perspectiva de desintegração da desigual ou spray, mas sim a integração do multicultural. Assim, reconhecendo a herança cultural dos povos indígenas, a convenção pretende que estes podem ser desenvolvidas não só como membros de um povo indígena, mas também como membros da nação peruana. Em suma, o diálogo intercultural que é exigido por este acordo é o elemento através do referido órgão regulador, assim, já não persegue a subordinação de uma identidade dentro de outra, mas respeito pelas diferentes manifestações culturais.” (tradução livre)

²³³ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay
Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua
Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaxa vs. Paraguay

²³⁴ “à luz dessas disposições, se adverte que o Estado peruano, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos, se encontra obrigado a desenvolver normativamente o conteúdo mínimo das disposições internacionais que recorrem a tais direitos. A adoção de tais medidas, em consequência, é um complemento essencial e imediatamente exigível para efetivar os direitos enunciados nos tratados internacionais sobre direitos humanos.” (tradução livre)

fortalecimento da existência física e da identidade cultural dos povos indígenas (MOLLEDA (2012, p. 323), reforçando posicionamento já emitido em situação anterior²³⁵, quando afirmou que o exercício do direito de consulta prévia propicia e materializa o diálogo intercultural. Este tem como fundamento o reconhecimento da identidade dos povos indígenas e seu propósito é favorecer a integração do pluricultural.

Por fim, a decisão referente ao Expediente nº 01126-2011-HC/TC aborda a perspectiva da necessidade da sociedade multicultural a partir da promulgação da Constituição. Novamente, o Tribunal Constitucional do Peru reforça a ideia de uma nação multicultural enquanto aceitação de culturas distintas²³⁶. A decisão avança no sentido de adequar-se aos mais recentes instrumentos internacionais (especialmente a Convenção nº 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas) de políticas de proteção e afirmação de direitos dos povos originários ao fazer a distinção entre *assimilação e integração*,

Debe considerarse también que el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. El concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son «menos avanzadas», y como consecuencia de ello estarían irremediabilmente destinadas a perder su identidad en un proceso de «superación cultural», al ser absorbidas por la sociedad dominante. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante. Ello es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la sociedad.²³⁷ (MOLLEDA, 2012, p. 328)

²³⁵ STC 022-2009-PI/TC

²³⁶ “Lo multicultural implica la aceptación de distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres que provienen de la experiencia histórica, religiosa y étnica; y que informa a su manera y en su singularidad peculiar la identidad nacional en todas sus variantes.” In: MOLLEDA, (2012, p. 328)

²³⁷ “Deve também notar-se que o reconhecimento de outras culturas ou identidades não devem ser confundidas com as políticas de assimilação. O conceito de assimilação é construído sobre as percepções, note que outras culturas minoritárias são “menos avançadas” e, como resultado, inevitavelmente, destinado a perder a sua identidade em um processo de ‘avanço cultural’, a ser absorvida pela controladora. Por outro lado, uma visão que busca a integração, considerando as diferenças culturais ou resultantes de estratégias diferenciadas de tolerância cidadania, é mais respeitosa com as realidades e identidade cultural e étnica dos povos indígenas. A premissa de um lado, deve ser deixado para trás perspectivas que colocaram povos indígenas como culturas e valor menos desenvolvidos e passar para reconhecê-los como iguais, com o mesmo valor e legitimidade chamada cultura dominante. Este é um processo que requer uma mudança progressiva das instituições democráticas do Estado e da sociedade.” (tradução livre)

A decisão reconhece que é necessária uma mudança de paradigma na formatação da sociedade moderna para contemplar a integração da cultura dos povos indígenas nos processos de decisão sobre os avanços dos direitos desses povos.

4.3 - O direito de consulta prévia no Brasil e a sua relação com a identidade e o multiculturalismo.

A Convenção nº 169 foi ratificada pelo Estado Brasileiro somente em 25 de julho de 2002 e promulgada através do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004²³⁸. Resultado da pressão dos movimentos indígenas e quilombolas, o decreto de promulgação da Convenção 169 foi um compromisso assumido que possibilitou o ingresso do país no rol de países signatários do mais importante instrumento internacional vinculante sobre esses povos. Essas passaram a contar com mais uma legislação que pudesse garantir a efetividade de seus direitos.

Figuroa (2009) aponta dois grandes obstáculos para a morosidade na ratificação da Convenção pelo Brasil. Em primeiro lugar, afirma que o Congresso tinha dúvidas quanto a aplicação do termo *propriedade*, previsto no artigo 14, pois isso se contrapunha ao disposto na Constituição brasileira, que reconhecia a posse permanente dos indígenas sobre as terras que eram de propriedade da União (artigo 231). Kayser (2010) afirma que as primeiras reações no Congresso Nacional foram de aprovar com restrições a Convenção nº 169. Foi o caso da Comissão do Senado para Relações Internacionais e Defesa Nacional²³⁹.

Um segundo fator levantado pela autora foi o fato da convenção reconhecer os povos indígenas e tribais como sujeitos de direitos e que esse reconhecimento poderia distinguir os povos indígenas do *povo* brasileiro, criando uma desintegração a partir do direito de autodeterminação desses povos (FIGUEROA, 2009, p. 18).

Nesses dez anos, a Convenção nº 169 passou a ser objeto de estudo e análise também de outros segmentos sobre sua aplicabilidade no Brasil, como antropólogos, juristas e cientistas sociais, envolvidos na discussão sobre de que forma a adoção desse instrumento poderia, efetivamente, colaborar para algo crucial (e ainda incipiente) no país: o reconhecimento definitivo dos territórios desses povos.

²³⁸ No Brasil, é comemorado o Dia do Índio exatamente no dia 19 de abril.

²³⁹ Outro exemplo disso é o Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional sobre o projeto de Decreto Legislativo nº 34, de 1993, do Relator Senador Bernardo Cabral.

O direito de consulta prévia estabelecido pela convenção constitui-se assim em uma das mais importantes bandeiras levantadas para a garantia de direitos indígenas e quilombolas no Brasil, haja vista que muitos desses povos veem chegar em seus territórios projetos de desenvolvimento – capitaneados muitas das vezes pelo próprio Estado – sem qualquer tipo de conhecimento e/ou discussão prévia sobre os mesmos²⁴⁰. Nos últimos doze anos, o avanço desses projetos sobre os territórios desses povos foi significativo²⁴¹, e os impactos sobre elas tem resultado até mesmo em mortes e situação de quase extermínio dos mesmos.²⁴²

A ausência de efetividade e aplicação imediata do direito de consulta prévia no Brasil tem gerado situações de conflitos administrativo e sociais. Por consequência, isso tem reflexos no Poder Judiciário que em poucas decisões tem mencionado expressamente a convenção e o direito de consulta prévia quando envolvam os povos indígenas e tribais.

No âmbito do Poder Executivo, o país tem vivenciado um processo de tentativa de diálogo restrito envolvendo os povos indígenas e quilombolas²⁴³, com objetivo de regulamentar o direito de consulta prévia no ordenamento brasileiro²⁴⁴, ignorando os demais grupos sociais emergentes, reconhecidos pelo governo brasileiro como sujeitos à Convenção nº 169 (Decreto n. 6.040, de 07 de fevereiro de 2007²⁴⁵). Como tentativa de legitimar o

²⁴⁰ Importante lembrar aqui que a legislação brasileira prevê a participação da sociedade nos processos de licenciamentos ambientais de grandes projetos estatais ou privados, no âmbito das audiências públicas. Esses espaços estão inseridos em um projeto construído e consolidado pelos órgãos públicos responsáveis pelas autorizações. Essas audiências, em sua grande maioria, funcionam como *locus* de apresentação dos projetos para os impactados, sendo apresentadas eventuais medidas mitigatórias e compensatórias dos danos que serão causados ao meio socioambiental. Medidas que, ressalte-se, não são construídas com o envolvimento e a participação daqueles que sofrerão tais impactos.

²⁴¹ Pode-se mencionar aqui casos como o da construção da Hidrelétrica de Belo Monte e em outras áreas da região Norte do Brasil, a tentativa de expansão do Centro de Lançamento de Alcântara, o avanço do agronegócio em áreas do cerrado brasileiro e no pantanal.

²⁴² Cite-se como exemplo a situação dos índios Guarani – Kaiowás no Mato Grosso do Sul, vítimas de situação de quase extermínio por conta do avanço do agronegócio em suas terras, amplamente divulgada na imprensa nacional, bem como a situação dos Awá Guajá, no Maranhão, considerada pela *Survival International* a tribo mais ameaçada de extinção do mundo (<http://www.survivalinternational.org/pt/awa>)

²⁴³ O Estado brasileiro reconhece os *quilombolas* (população afrodescendente com modos de vida tradicionais que vivem no campo) como sujeitos de direitos previstos na Convenção n. 169, tanto através do Poder Executivo quanto através de decisões emanadas do Poder Judiciário, como as aqui elencadas.

²⁴⁴ Portaria Interministerial nº 35, de 27 de janeiro de 2012. Referida portaria, publicada no Diário Oficial da União de 30 de janeiro de 2012, criou o Grupo de Trabalho Interministerial, com a finalidade de “estudar, avaliar, e apresentar proposta de regulamentação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, no que tange aos procedimentos de consulta de povos indígenas e tribais” (artigo 1º).

²⁴⁵ O Decreto nº 6.040/2007 institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. O artigo 3º do decreto define Povos e Comunidades tradicionais como “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”. Trata-se de um conceito que se assemelha bastante ao de Povos Tribais estabelecido no artigo 1º da Convenção nº 169 da OIT.

processo de construção do mecanismo de regulamentação, foram realizados seminários e mesas de diálogo por parte do governo federal. Contudo, diversas críticas quanto à metodologia de uma proposta de regulamentação e à participação dos sujeitos envolvidos foram feitas por diversas entidades e organizações representativas desses grupos.²⁴⁶

Já visto com muitas críticas por não envolver os principais sujeitos objeto do direito de consulta prévia, as ações do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), coordenado pela Secretaria Geral da Presidência da República²⁴⁷, ficaram ainda mais comprometidas por conta da decisão dos povos indígenas brasileiros de se retirarem por completo de qualquer processo de discussão da regulamentação do direito de consulta prévia. A decisão dos povos indígenas brasileiros foi tomada a partir da publicação da Portaria nº 303/2012 da Advocacia Geral da União (AGU)²⁴⁸, agravada pela entrada em vigor da mesma.

Mesmo ante a ausência de participação indígena no processo, o governo brasileiro tem insistido nas discussões de regulamentação do direito de consulta prévia, já que tem esse regulamento como forma de controle dos processos econômicos e não como garantia efetiva dos direitos aos povos e comunidades tradicionais do Brasil. O debate é intenso e ainda distante de um consenso entre o Estado Brasileiro e os povos abrangidos pela Convenção nº 169 e suas entidades representativas.

A iniciativa do governo brasileiro em regulamentar o direito de consulta prévia é resultado das denúncias feitas pela sociedade civil junto à própria OIT, em manifestação encaminhada pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) ainda em 2008. Um acordo

²⁴⁶ Nota Pública sobre regulamentação da Consulta Prévia – Conectas e Justiça Global. Disponível em < http://www.conectas.org/pt/acoes/empresas-e-direitos-humanos/noticia/3387-nota-publica-sobre-regulamentacao-da-consulta-previa#_ftn2 . Acesso em 02 de julho de 2014.

Nota Pública sobre o processo de regulamentação do direito de consulta prévia, livre e informada da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – Relatoria de Direitos Humanos à Terra, Território e Alimentação Adequada da Plataforma Dhesca Brasil / Terra de Direitos. Disponível em <http://terradedireitos.org.br/2013/08/02/para-organizacoes-de-direitos-humanos-efetivacao-da-convencao-169-depende-da-participacao-dos-povos-afetados/> Acesso em 02 de julho de 2014.

²⁴⁷ O grupo de trabalho foi criado a partir da Portaria Interministerial nº 35, de 27 de janeiro de 2012. Era composto por 22 representantes de órgãos ligados ao governo federal e, segundo o artigo 1º, tinha por objetivo “estudar, avaliar e apresentar proposta de regulamentação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, no que tange aos procedimentos de consulta prévia dos povos indígenas e tribais”. Ainda conforme a Portaria, o prazo para conclusão dos trabalhos do Grupo de Trabalho era de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis pelo mesmo período.

²⁴⁸ A Portaria nº 303/2012 – AGU, que dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição nº 3388-RR (Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/596939>), foi publicada no Diário Oficial da União em 17 de julho de 2012. Conforme previa o texto original, deveria entrar em vigor na data de sua publicação. Porém, o movimento de reação contrária a ela foi forte por parte dos povos indígenas, o que acabou gerando modificação no artigo 6º, pela PRT 425/2012 – AGU, que deu nova redação ao referido artigo: “Art 6º: Esta Portaria entre em vigor no dia seguinte ao da publicação do acórdão nos embargos declaratórios a ser proferido na Pet 3388-RR que tramita no Supremo Tribunal Federal”. O acórdão foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 04 de fevereiro de 2014, Ata nº 02/2014, DJE nº 23.

celebrado em 2011 impediu que o Brasil tivesse seu caso analisado pela Comissão de Aplicação de Normas na 100ª Conferência Internacional do Trabalho e possibilitou a criação do Grupo de Trabalho para discutir a aplicação do direito de consulta prévia.²⁴⁹

Já no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, destaca-se a inexistência de decisões específicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal sobre o direito de consulta prévia e a Convenção nº 169. A Corte brasileira, no emblemático caso do julgamento da PET 3388 em 2009 (Território Indígena Raposa Serra do Sol), desconsiderou todas as normas de direito internacional dispensadas aos povos indígenas, notadamente a própria convenção. A demarcação contínua da terra indígena aprovada pelo plenário da Corte nos termos do voto do ministro relator²⁵⁰ ignorou os conceitos de identidade, multiculturalismo e pluralidade étnica trazidos pela convenção, ao contrário de outros Tribunais Constitucionais. O STF perdeu a oportunidade de discutir sobre os direitos trazidos pela Convenção nº 169 pouco tempo depois de sua entrada em vigor no Brasil.

Em julgamento de embargos de declaração na PET 3388, o STF voltou a se manifestar. Dessa vez, a Procuradoria Geral da República ingressou com recurso de embargos alegando que a decisão emanada pelo STF em 2009 violou “diversos dispositivos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho ao afastar a consulta aos índios em algumas hipóteses, ou ao dar-lhe um caráter meramente opinativo”²⁵¹. Nessa última decisão, poucas linhas são dedicadas ao tema, relativizando o direito de consulta prévia.

esse direito de participação não é absoluto – como, de resto, nenhum outro. Sendo assim, certos interesses também protegidos pela Constituição podem excepcionar ou limitar, sob certas condições, o procedimento de consulta prévia..²⁵²

O Supremo entende que quando estiver em risco a soberania e defesa nacional, os povos indígenas não devem ser consultados. O mesmo vale também quando o interesse de defesa nacional coincidissem com a expansão das malhas viárias ou a construção de alternativas

²⁴⁹ Informações disponíveis no endereço eletrônico do Processo de Articulação e Diálogo. Disponível em <<http://pad.org.br/content/governo-brasileiro-deve-regulamentar-consulta-pr-este-ano>> . Acesso em 08 de novembro de 2014.

²⁵⁰ Relator da PET 3388, Ministro Carlos Ayres de Britto. Voto disponível no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388CB.pdf> Acesso em 08 de novembro de 2014.

²⁵¹ Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Petição 3.388 Roraima. 23/10/2013. Inteiro Teor do Acórdão. p. 21. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>> Acesso em 08 de novembro de 2014.

²⁵² Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Petição 3.388 Roraima. 23/10/2013. Inteiro Teor do Acórdão. p. 47. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693> Acesso em 08 de novembro de 2014

energéticas. O ministro relator do acórdão dos embargos de declaração atribui ao Poder Executivo (e quando for o caso, ao Poder Judiciário) a ponderação dos casos de aplicação da Convenção 169 e a consulta prévia, utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para a efetivação do direito de consulta prévia.

[...] o acórdão não infirma os termos da Convenção no 169/OIT, mas apenas destaca que, em linha de princípio, o direito de previa consulta deve ceder diante de questões estratégicas relacionadas a defesa nacional. Naturalmente, o acórdão embargado não sugere – nem poderia sugerir – que a expressão “defesa nacional” possa ser usada como rotulo para qualquer tipo de fim, apenas como subterfugio para afastar a participação dos indígenas. Via de regra, o planejamento das operações militares não envolverá a necessidade de prévia consulta. Situação inversa ocorrerá, por exemplo, em relação a construção de uma estrada, ainda que ela seja estrategicamente relevante para o País. Caberá as autoridades competentes e, conforme o caso, ao Poder Judiciário, fazer valer as disposições da Convenção, ponderando os interesses em jogo a luz do princípio da razoabilidade-proporcionalidade.²⁵³

Mesmo não sendo objeto específico de análise dos Embargos de Declaração, o STF indicou qual seu posicionamento sobre a necessidade de consentimento dos povos consultados em possível ação que trate especificamente sobre a Convenção nº 169. Os ministros firmaram o entendimento de que as decisões dos órgãos não devem se sujeitar à opinião desses povos. O processo democrático de poder opinar sobre as diretrizes de seu próprio desenvolvimento, como estabelecido pela convenção, parece ter sido completamente ignorado pelo Supremo.

Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios.²⁵⁴

Excluir qualquer segmento social de tomadas de decisões que atinjam direta ou indiretamente tais grupos no processo de desenvolvimento não é uma decisão democrática, bem como afronta os mais importantes documentos internacionais sob proteção dos povos indígenas. O próprio STF, no julgamento da PET 3388, reconheceu que esses povos devem

²⁵³ Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Petição 3.388 Roraima. 23/10/2013. Inteiro Teor do Acórdão. p. 48. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693> Acesso em 08 de novembro de 2014

²⁵⁴ Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Petição 3.388 Roraima. 23/10/2013. Inteiro Teor do Acórdão. p. 48. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693> Acesso em 08 de novembro de 2014

merecer tratamento especial do Estado brasileiro na aplicação de políticas para proteção de seus territórios e demais condições de vida. Contudo, em nome da soberania e da defesa nacional, tais povos encontram-se vulneráveis. As comunidades indígenas que se situam em região de fronteira estão nessas localidades há séculos, anterior a qualquer delimitação geográfica construída por acordos políticos entre os Estados.

4.3.1 O direito de consulta prévia na jurisprudência brasileira

A OIT reconhece que a primeira decisão judicial brasileira que aplicou a Convenção nº 169 foi oriunda da Seção Judiciária do Maranhão da Justiça Federal, no julgamento do Processo n. 2006.37.00.005222-7. A sentença, publicada em fevereiro de 2007, faz referência ao território étnico quilombola de Alcântara. Trata-se de um mandado de Segurança impetrado para a preservação do direito das comunidades quilombolas daquele município de continuarem tendo acesso aos recursos naturais de suas tradicionais áreas de cultivo, ameaçadas pelo projeto do Centro de Lançamento. A decisão não aprofunda os principais aspectos da convenção, como o direito de consulta prévia, a autoidentificação e o protagonismo desses sujeitos no processo de desenvolvimento. Nela, o juiz reconhece que o Estado, ao ratificar a Convenção nº 169 OIT, estabeleceu a necessidade de “políticas públicas voltadas ao combate à discriminação dos modos de vida tradicionais dos povos indígenas e tribais”²⁵⁵, fundado principalmente no artigo 14 da Convenção²⁵⁶. Trata-se assim da primeira decisão que reconhece a garantia do território como forma de preservação da identidade e dos modos de vida tradicionais do povo quilombola.

A partir da decisão da Justiça Federal do Maranhão, outras referentes aos direitos da população quilombola começaram a ser emanadas citando explicitamente a Convenção 169. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4), em julho de 2008, publicou acórdão

²⁵⁵ 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão. Sentença nº 027/2007/JCM/JF/MA. Processo nº 2006.37.00.005222-7. Joisael Alves e Outros vs Diretor do Centro de Lançamento de Alcântara. 13 de fevereiro de 2007. Disponível em http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/sentenca_Alcantara.pdf. Acesso em 09 de novembro de 2014

²⁵⁶ Artigo 14:

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

da decisão no Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.010160-5/PR reconhecendo a plena aplicabilidade da convenção no direito brasileiro, bem como a garantia de seus aspectos fundamentais, em especial o direito à auto-atribuição (elemento essencial da construção da identidade desses povos), a garantia da território como meio para a garantia dos direitos culturais e o reconhecimento da pluriétnicidade nacional²⁵⁷. Ao analisar a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, a terceira turma do TRF 4 entendeu que o critério da auto-atribuição estabelecido na Convenção nº 169 é plenamente cabível no ordenamento brasileiro, sendo inclusive reconhecido na doutrina jurídica brasileira. Para tanto, a decisão menciona Silva (2004, p. 833),

o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio quem se sente índio. Essa auto-identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado [...] que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para identificação do índio brasileiro.

O reconhecimento da auto-atribuição tem, dessa forma, a possibilidade de enfrentar o viés etnocêntrico impregnado na sociedade brasileira e, em especial, na administração pública e no próprio Poder Judiciário, sendo um instrumento de fortalecimento da pluriétnicidade nacional trazido a partir da Constituição de 1988. Em consonância, o TRF 4 ratifica o reconhecimento da garantia do território enquanto instrumento de respeito à cultura e valores espirituais dos povos indígenas e tribais.²⁵⁸ Destaca-se ainda que o posicionamento encontra respaldo em outras decisões²⁵⁹ no âmbito da Justiça Federal pelo

²⁵⁷ 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.010160-5/PR. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária vs Cooperativa Agrária Agroindustrial. Decisão em 01 de julho de 2008. Disponível em <http://www.cpisp.org.br/acoef/upload/arquivos/Agr%2008%20-%20ac%C3%B3rd%C3%A3o%20julho08.pdf> Acesso em 09 de novembro de 2014

²⁵⁸ 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.010160-5/PR. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária vs Cooperativa Agrária Agroindustrial. Decisão em 01 de julho de 2008. P. 18. Disponível em <http://www.cpisp.org.br/acoef/upload/arquivos/Agr%2008%20-%20ac%C3%B3rd%C3%A3o%20julho08.pdf> Acesso em 09 de novembro de 2014

²⁵⁹ As decisões emanadas no âmbito da Justiça Federal de Sergipe e do Rio Grande do Norte também reconhecem a Convenção 169 no âmbito do ordenamento brasileiro, destacando a garantia da territorialidade como fator promotor da valorização de suas identidades e culturas. Destaca-se que a decisão da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte afirma que “A referida Convenção não versa apenas sobre povos indígenas, mas também sobre outros povos ‘cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial’. Destaque-se que o artigo 14 da Convenção 169 prevê expressamente o direito à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, além de contemplar a obrigação dos Estados de instituírem ‘procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados’. Daí porque, pode-se afirmar que a Convenção n.º 169 também confere suporte normativo para a edição do Decreto n.º 4.887/03.” Justiça Federal do Sergipe. Sentença no Processo nº 2008.85.00.001626-6 – 3ª vara. José João Nascimento Lima vs Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA e OUTROS. Disponível em

país. Em decisão liminar no Mandado de Segurança nº 2008.70.09.002352-4/PR, a Justiça Federal do Paraná também reconheceu a importância da Convenção nº 169 na garantia dos territórios dos povos quilombolas e o impacto desse reconhecimento no fortalecimento e preservação de sua identidade.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual o Brasil é signatário, assegura aos grupos e comunidades tradicionais (indígenas e tribais) prevê o direito de auto-determinação dos povos, ou seja, as próprias comunidades podem se auto-definirem. A partir do decreto nº 4.887/2003, foi concedido a essas populações o direito à auto-atribuição como único critério para identificação das comunidades quilombolas.

[...]

Analisando os suportes jurídicos e sociais em torno do tema, verifica-se que a garantia do acesso à terra está relacionada à identidade étnica como condição essencial para a preservação dessas comunidades.²⁶⁰

Por fim, ao dispor sobre a constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003 e da incorporação da Convenção nº 169 no ordenamento brasileiro, o TRF 4 apresenta um extenso rol de normativas constitucionais latino-americanas de proteção aos povos indígenas e tribais²⁶¹, bem como introduz na jurisprudência brasileira informes, relatórios e decisões do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Convenção para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Entra assim em acordo com as mais avançadas decisões das Cortes Constitucionais da Colômbia e do Peru, aqui apresentadas.

Mesmo antes da Convenção, o debate sobre consulta aos povos indígenas já estava presente na Constituição da República Federativa do Brasil desde sua promulgação, em 1988. O artigo 231, §3º afirma que

“aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, **ouvidas as comunidades afetadas**, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”. (sem grifo no original).

<http://cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/Ord08%20senten%C3%A7a%20maio11.pdf>. Acesso em 09 de novembro de 2014.

Justiça Federal do Rio Grande do Norte. Sentença no Processo nº 2008.84.00.007538-4 – 4ª vara. Elias de Azevedo Cunha Filho vs Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA e OUTROS. Disponível em <http://www.cpisp.org.br/upload/editor/file/Ord08%20Senten%C3%A7a30Dez2011.pdf>. Acesso em 09 de novembro de 2014.

²⁶⁰ Justiça Federal do Paraná. Decisão Liminar no Mandado de Segurança nº 2008.70.09.002352-4/PR. José Marcondes Leal e Outros vc Superintendente Regional do INCRA/PR. Disponível em <http://www.cpisp.org.br/acoes/html/jurisprudencia.aspx?LinkID=64>. Acesso em 09 de novembro de 2014.

²⁶¹ A decisão cita expressamente as disposições constitucionais das Cartas equatoriana, colombiana e nicaraguense.

Garzón (2009) afirma que esse dispositivo da Constituição brasileira inaugura o princípio da consulta prévia na América Latina. Apesar de não estar evidente que essa consulta deve ser prévia, afirma o autor que existe entendimento jurisprudencial que confirma que essa autorização por parte do Congresso Nacional só poderá advir de uma consulta realizada previamente. É justamente nesse aspecto que encontra-se envolvida a discussão da consulta prévia no caso da construção de várias usinas hidrelétricas (UHE) espalhadas pelo país.

O caso mais emblemático é o da UHE Belo Monte. Com projeto originalmente concebido durante a ditadura militar brasileira, Belo Monte destaca-se por dois grandes motivos: a grande capacidade de geração de energia e os (igualmente grandes) impactos sócio-ambientais nas áreas de influência direta e indireta. O debate sobre o direito de consulta prévia começou a solidificar-se na sociedade brasileira e no judiciário a partir do enfrentamento realizado entre os povos afetados (com apoio e assessoria de organizações não governamentais e instituições públicas) e o Governo Federal. A Organização dos Estados Americanos chegou a se manifestar sobre o assunto²⁶², recomendando ao Estado Brasileiro que suspendesse o processo de licenciamento da UHE Belo Monte e adotasse as medidas necessárias para realizar os processos de consulta em relação a cada uma das comunidades afetadas, garantisse que cada uma dessas comunidades afetadas e que deveriam ser consultadas tivessem acesso aos laudos técnicos e estudos de impacto sócio-ambiental da obra, bem como adotasse medidas para proteger a vida e a integridade pessoal de cada um dos membros dessas comunidades para prevenir o deslocamento forçado dos indígenas da volta do Xingu. Não se pretende fazer um apanhado histórico completo da situação sócio-jurídica que envolve a discussão sobre a implantação de Belo Monte e suas consequências, mas apenas de como o debate da consulta prévia tem sido utilizado.

O Ministério Público Federal no Estado do Pará tem acionado o Judiciário no sentido de fazer cumprir o que determina a Convenção nº 169 e ouvir e consultar previamente os povos indígenas que serão afetados pelos impactos da hidrelétrica. Trata-se de verdadeira guerra travada no campo do judiciário federal, onde algumas batalhas têm sido conquistadas em favor dos indígenas e demais povos tradicionais e outras pelo Estado Brasileiro e o consórcio de empresas que realiza o empreendimento. Em uma dessas disputas, destaca-se a decisão da Desembargadora Federal Selene Almeida nos autos da Apelação Cível nº

²⁶² Medida Cautelar 382/10 – Comunidades Indígenas de la Cuenca del Rio Xingu – Brasil. Disponível em http://midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/hotsites/sistema_protecao_direitos_humanos/docs/comissao_idh/medidas_cautelares/2011/medidas_cautelares_2011.pdf. Acesso em 13 de novembro de 2014.

2006.39.03.000711-8/PA²⁶³. Em sua decisão²⁶⁴ (considerada a primeira de grande relevância no debate sobre efetividade do direito de consulta prévia conforme a Convenção nº 169), a desembargadora destaca que a oitiva dos povos e comunidades afetadas deve ser um “antecedente condicionante à autorização” e por isso, o Decreto Legislativo 788/2005²⁶⁵ deveria ser anulado, pois, para a desembargadora, “não se autoriza para depois se consultar”. Ainda segundo a decisão, a Convenção tem efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser aplicada (ponto 19). Ademais, fundamenta que o direito de consulta desses povos é instrumento para que eles decidam suas prioridades no que se refere ao seu desenvolvimento. Na decisão é reforçado o caráter de diálogo da consulta, com vistas à atender os interesses e necessidades desses povos a serem consultados, bem como a consulta como instrumento para fomentar a participação política dos sujeitos envolvidos.

Nesse sentido é que se afirma que a consulta não é uma simples reunião, mas um processo que juntamente com a participação das comunidades indígenas e tribais interessadas negociam com o Estado suas propostas e intenções. É por esse motivo que se afirma que a consulta prévia não é um único encontro, nem um fim em si mesmo, é apenas um instrumento de diálogo. Antes de tudo, o lugar de reflexão e avaliação da medida legislativa ou administrativa proposta pelo governo há de ser discutida primeiro na própria comunidade, informada dos aspectos do projeto e seus efeitos na vida da tribo.²⁶⁶

Recentemente, a Justiça Federal do Estado do Mato Grosso, ao julgar os processos envolvendo ações propostas pelo Ministério Público Federal questionando a não realização de audiências de consulta prévia nos moldes da Convenção nº 169 nos casos da implantação das usinas hidrelétricas (UHE) de São Manoel e Teles Pires²⁶⁷, reafirmou a necessidade da realização de consulta.

A decisão referente ao projeto de implantação da UHE São Manoel trabalha os dispositivos que garantem o direito de consulta prévia e garantia de respeito à diversidade

²⁶³ Apelação Cível resultado de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis – IBAMA, e contra as Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – ELETRONORTE.

²⁶⁴ Proferida no julgamento da respectiva Apelação Cível na pauta de julgamento da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em 17 de novembro de 2011. Síntese do voto disponível em http://site-antigo.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/ementa_julgamento_BM.pdf

²⁶⁵ Decreto oriundo do Congresso Nacional, que autorizou o “Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade pelas Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETRONORTE”, publicado no Diário Oficial da União de 14 de julho de 2005 (Ano CXLII, nº 134). Disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=14/07/2005>. Acesso em 13 de novembro de 2014.

²⁶⁶ Síntese do voto da Relatora, pág. 04.

²⁶⁷ Processos nº 14123-48.2013.4.01.3600 (distribuído por dependência ao processo 13839-40.2013.4.01.3600) e 0003947-44.2012.4.01.3600, respectivamente, ambos da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso.

cultural e territórios desses povos, com as normas constitucionais de proteção e de consulta, harmonizando assim o diploma internacional com a Constituição brasileira, bem como traz os fundamentos de três decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁶⁸ e o que determina a Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas sobre o assunto. Aqui, apresenta-se também o entendimento que vem se consolidando na jurisprudência brasileira (notadamente no âmbito da Justiça Federal) sobre o direito de consulta prévia como instrumento da construção da identidade e do multiculturalismo.

não se pode ignorar a assertiva de que a vontade da Convenção 169 da OIT, e do art. 231, Parágrafo 3º, da Constituição é de, a partir do exercício do direito de consulta, seja permitida a preservação e fomento do multiculturalismo; e não a produção de um assimilacionismo e integracionismo, de matriz colonialista, impostos pela vontade da cultura dominante em detrimento dos modos de criar, fazer e viver dos povos indígenas (art. 216, II, da Constituição).²⁶⁹

Ainda no que se refere à proteção da integridade cultural através do mecanismo do direito de consulta prévia, a liminar também encontra fundamento na paradigmática decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no caso da UHE de Belo Monte.

A decisão não deixa transparente qual o entendimento sobre a necessidade do consentimento dos povos afetados no processo de consulta, pois, ao mesmo tempo que afirma que “consulta visa à solução autônoma, com a obtenção de consentimento das comunidades indígenas afetadas”, logo em seguida defende que, “em caso de discordância é preciso deliberar sobre mitigações e compensações do projeto”²⁷⁰. Esse posicionamento dúbio por parte do Judiciário reforça o clima de insegurança jurídica que paira o tema, principalmente para os povos diretamente interessados.

Outra decisão²⁷¹ oriunda da Justiça Federal do Estado de Mato Grosso no caso da UHE Teles Pires traz alguns delineamentos acerca da consulta prévia no Brasil. Sobre a necessidade do caráter de consentimento, a sentença apresenta que a consulta deve sempre buscar o consentimento, que, para o magistrado, “deve ser tanto o poder de concordar como o de discordar do empreendimento proposto”, sem ainda deixar claro qual posicionamento

²⁶⁸ *Saramaka vs Suriname* (2007), *Xákmok Kásek vs. Paraguai* (2010) e *Kichwa de Sarayaku vs. Equador* (2012).

²⁶⁹ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Justiça Federal do Mato Grosso. Processo Nº 0014123-48.2013.4.01.3600 - 1ª VARA FEDERAL. Nº de registro e-CVD 00134.2014.00013600.2.00569/00136. Sentença de 13 de setembro de 2014. p. 12. Disponível em http://www.pmt.mpf.mp.br/documentos/liminar.consulta.previa_set_2014.pdf Acesso em 10 de novembro de 2014.

²⁷⁰ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Justiça Federal do Mato Grosso. Processo Nº 0014123-48.2013.4.01.3600 - 1ª Vara Federal. Nº de registro e-CVD 00134.2014.00013600.2.00569/00136. Sentença de 13 de setembro de 2014. p. 14.

²⁷¹ Sentença no Processo nº 0003947-44.2012.4.01.3600, proferida em 12 de novembro de 2014.

sobre a vinculação do Estado à esse consentimento. Ao utilizar as palavras de Silva (2006), a sentença dá a entender a necessidade de vinculação à decisão tomada pelos indígenas²⁷².

Ao dedicar um tópico sobre a autodeterminação, a decisão traz à jurisprudência brasileira novos e importantes elementos para a efetivação dos direitos coletivos trazidos pela Constituição brasileira e pela Convenção nº 169. Afirma que nosso ordenamento constitucional “deu lugar a um novo paradigma, nucleado nos valores do pluralismo político e cultural e da autodeterminação”.²⁷³ Baseado na doutrina de Souza Filho (2010), a decisão traz considerações importantes sobre o desejo desses povos se constituírem enquanto tal, sem a intenção de transformar-se em Estados, garantindo-se assim a soberania. O magistrado deixa evidente que o sentido de **autodeterminação** empregado na decisão é vista a partir do ponto de vista antropológico, sob a perspectiva da vontade manifestada pelo povo, “como a possibilidade prevista constitucional e convencionalmente de exercer sua autonomia, ou seja, de formar coletivamente, em liberdade, a vontade coletiva de um dado grupo socialmente organizado.”²⁷⁴

Souza Filho (2010) aponta ainda a “armadilha da autodeterminação”. Explica o autor que os povos têm direito a essa autodeterminação para se constituir em Estado próprio, desde que os mesmos já não estejam sob a jurisdição de um Estado legitimamente reconhecido. Assim, já organizado o Estado, a autodeterminação ganha o sentido da significação do cumprimento das regras legais estabelecidas pelo próprio Estado. “O reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos pelo direito internacional é, pois, o direito à autodeterminação dos Estados que garantam os direitos individuais, entre eles a propriedade.”²⁷⁵

Mais à frente, a decisão sobre a UHE Teles Pires apresenta o malfadado descompasso entre aquilo que é pregado pela Constituição e a realidade fática, e como a ausência de estabelecimento de parâmetros mínimos para a aplicação dos direitos de consulta prévia da Convenção 169 é prejudicial para os povos diretamente interessados e como o Poder Judiciário deve se comportar:

A falta de regulamentação do direito titularizado pelos povos indígenas à consulta prévia, livre e informada é uma triste demonstração de que a mudança de paradigma político-jurídica declarada pela Constituição da República de 1988 não vem sendo

²⁷²“Trata-se de um direito coletivo, pois a comunidade como um todo deve aceitar ou não, as propostas políticas ou econômicas travadas com ela, respeitando-se assim sua forma tradicional na tomada de decisão.” SILVA (2006)

²⁷³ Sentença no Processo nº 0003947-44.2012.4.01.3600, proferida em 12 de novembro de 2014. p. 46

²⁷⁴ Sentença no Processo nº 0003947-44.2012.4.01.3600, proferida em 12 de novembro de 2014. p. 47

²⁷⁵ SOUZA FILHO (2010, p. 106)

experimentada no cotidiano vivido por esses sujeitos de direito. A longa “distância entre intenção e gesto” (Fado Tropical, de Chico Buarque), evidencia a necessidade de atuação do Poder Judiciário para contornar a insuficiente concretização do (não mais tão) novo paradigma constitucional que reconhece o “direito de existência dos indígenas em caráter permanente e de suas culturas.”²⁷⁶

Portanto, o Poder Judiciário brasileiro (notadamente o Federal) inicia um movimento já consolidado na Colômbia e no Peru. Diante da morosidade do Executivo na efetivação das políticas públicas para garantir os direitos territoriais fundamentais desses povos e na regulamentação do direito de consulta prévia, com o estabelecimento de parâmetros mínimos, o Judiciário tem sido acionado (e dado respostas positivas) para exercer seu papel no jogo democrático.

Trata-se de uma estratégia de assumir um risco, pois deve ser ressaltado o perigo que pode ser levar tais discussões a um Poder que tradicionalmente está ligado a interesses divergentes do campo popular. Assim como foi alcançado com a institucionalização dos direitos, a verdadeira luta desses povos pela efetivação dos mesmos deve ser a mobilização de bases. O Poder Judiciário não pode (e nem deve) assumir um protagonismo de uma luta que não é sua. É apenas mais um ator nesse jogo.

²⁷⁶ Sentença no Processo nº 0003947-44.2012.4.01.3600, proferida em 12 de novembro de 2014. p. 48

5. CONCLUSÃO

Em tempos de uma sociedade líquida, como afirma Bauman (2005), trabalhar questões como afirmação/construção de identidades e o multiculturalismo é um desafio que precisa ser encarado frontalmente se não se quiser repetir os erros do passado cometidos pelos Estados e pelos povos. É necessário que as sociedades globais (em especial o mundo ocidental, apresentado como civilizado) compreendam que a diversidade das pessoas e dos povos é marca presente desde tempos imemoriais, e assim deve permanecer. O reconhecimento e o respeito dessas diferenças só advirão quando as pessoas se permitirem a, sem qualquer tipo de (pré) conceito, conhecer e se aproximar do *diferente*, do mundo plural, daqueles que, para muitos, não se enquadram em um perfil de sociedade apresentada pelo mundo capitalista.

A História mostra ao longo dos últimos séculos os horrores cometidos por diversas civilizações em nome de um processo de desenvolvimento que atendesse apenas a interesses e necessidades de um povo. Demorou milênios para que se percebesse (pelo menos no âmbito das relações diplomáticas entre os países) que os povos dependem mutuamente uns dos outros, e que a exploração e extinção de um deles são, aos poucos, o definhamento e a morte da humanidade.

Contudo, essa percepção parece não ter atingido a todos de forma uniforme e integral e a parte da Humanidade, apesar de saber que se vive em uma sociedade global, interconectada, continua sendo movida pelo mesmo sentimento que levou às atrocidades cometidas ao longo dos últimos milênios: a ganância e o poder. Pode parecer um discurso idealista, mas o fato é que comunidades de povos ancestrais continuam sendo expulsos e desterritorializados, sofrendo com o aumento de um processo de “integração” social já ultrapassado. Territórios indígenas e quilombolas no Brasil, por exemplo, continuam sofrendo com o avanço do desenvolvimentismo desenfreado, capitaneado pelos sentimentos acima expostos. Sabidamente, a preservação dos direitos sócio-culturais desses povos não permite apenas a continuidade da existência desses grupos, mas também da própria existência da atual civilização. São esses povos que ainda conseguem manter a diversidade biológica em seus territórios, coisa que o ocidental urbano não consegue fazer.

Importante destacar nesse processo os estudos sobre *identidade* desenvolvidos por Hall (2006) e Castells (1999), relacionando a identidade com as coletividades, seja no campo ou na cidade. Independentemente dos espaços onde essas lutas por reconhecimento são

travadas, elas incorporam a ideia do *coletivo* como estratégia crucial para a visibilidade de suas reivindicações.

A ideia de construção/fortalecimento da *identidade* a partir de um grupo coletivo tem proporcionado maior segurança no enfrentamento das disputas, fortalecendo laços sócio-culturais antes quase inexistentes. A incorporação de direitos nos diplomas e tratados internacionais, bem como nas Constituições de diversos países tem como referencial a discussão de identidade a partir desse viés coletivo. É fundamental que todos os dispositivos legais a serem construídos aqui no Brasil, por exemplo, também tragam consigo essa marca, que poderá possibilitar um avanço no sentido de garantir marcos de segurança jurídica para efetivação de políticas de territorialização e demais direitos que respeitem seus valores, culturas e tradições.

Entende-se que o respeito à identidade, à diversidade cultural, à sabedoria milenar desses povos no processo de desenvolvimento, dentre outros, que tem avançado na América Latina, são peças-chave na discussão sobre a necessidade do estabelecimento de Estados pluriculturais ou Plurinacionais, que reconheçam os direitos dos povos e comunidades tradicionais ao seu território, garantindo autonomia sobre os mesmos. Essa construção, ao longo dos últimos 30 anos, foi impulsionada a partir do reconhecimento social e da institucionalização dos direitos da *pacha mama*. É a mãe terra que garantirá a sobrevivência de todos os povos do planeta, e garantir sua preservação é fundamental.

Como uma das ferramentas de garantir a preservação da autonomia desses povos (reconhecidos internacionalmente, como já apontado neste trabalho), da *pacha mama* e da própria manutenção da existência humana sobre esse planeta, regulamentou-se no âmbito internacional o direito fundamental de que esses povos possam decidir os rumos e diretrizes de seu desenvolvimento, como parte integrante da autonomia dos mesmos. O direito de consulta prévia, estabelecido pela Convenção nº 169 rompe, definitivamente, com os paradigmas de excessiva tutela estatal que os povos indígenas e tribais erroneamente vinham tendo. Trata-se de um direito que a muitos parece básico, mas de suma importância para a preservação da vida e do território desses povos.

Aos poucos, com a incorporação do direito de consulta prévia nos sistemas jurídicos de diversos países latino-americanos, as Cortes Constitucionais de muitos deles tem decidido aos povos abrangidos pela Convenção nº 169 que os Estados garantam a efetividade desse direito. Há de se observar que tal garantia não deve ser o objeto final de luta dos mesmos. A aplicação correta do direito de consulta prévia é (mais) um instrumento para que tais povos alcancem aquilo que almejam desde a ocupação exploratória dos europeus: a

garantia do território, que, mais do que um espaço de reprodução física e social, é verdadeiro lugar sagrado que a *Pacha Mama* destinou a eles.

Deve-se ressaltar, sobretudo, que o direito de consulta prévia (bem como demais instrumentos normativos nacionais e internacionais de proteção aos direitos desses povos) foi resultado de um amplo processo de lutas e reivindicações dos movimentos indígenas e de outros povos. As fortes mobilizações das décadas de 1970 e 1990, combinadas com outros fatores convergentes no cenário internacional, conduziram ao atual momento mais favorável (do ponto de vista legislativo e judicial) para tais povos.

Ainda assim, o poder do desenvolvimentismo capitalista implantado em boa parte do mundo (e com muita força em alguns países latino-americanos que ratificaram instrumentos internacionais de garantia dos direitos dos povos indígenas e tribais, como o Brasil) tem resultado na inobservância dessa legislação e das decisões judiciais garantidoras de tais direitos. Muitas dessas ações são oriundas daquele que deveria, em primeiro lugar, resguardar os direitos e interesses desses povos: o próprio Estado. A contradição aqui exposta apresenta a esses sujeitos de direito que interesses divergentes estão inseridos em um mesmo espaço e é fundamental que esses povos continuem incidindo incisivamente para realizar uma disputa de concepção ideológica dentro de um mesmo *locus* composto de diferentes visões e interesses.

Exemplos de avanço do processo legislativo e jurisprudencial como os encontrados na Colômbia e no Peru devem ser interpretados levando-se em consideração o modelo de sociedade e desenvolvimento com os quais queremos encarar os desafios deste século que se inicia. Mesmo com o processo de regulamentação do direito de consulta prévia, os povos indígenas e tribais desses países ainda encontram grandes entraves institucionais para sua efetividade. O mesmo se pode dizer dos Estados Plurinacionais de Bolívia e Equador. Governos democraticamente eleitos pelo povo, para governar em favor dele, não implica, ato contínuo, em uma mudança completa de paradigma nas ações estatais. Cite-se o exemplo do governo Evo Morales, que enfrentou resistências de alguns movimentos indígenas quando decidiu pela implantação de uma rodovia que atravessava uma reserva florestal daquele país. O ato foi considerado uma afronta aos direitos e interesses dos povos indígenas que viviam naquele território, causando grande mobilização social, o que acabou obrigando um recuo do governo.²⁷⁷

²⁷⁷ Periodismo Humano – Avanza marcha indígena contra carretera y gobierno em Bolívia - <http://periodismohumano.com/sociedad/avanza-marcha-indigena-contra-carretera-y-gobierno-en-bolivia.html> Acesso em 03 de janeiro de 2015

As decisões das Cortes Constitucionais de Colômbia e Peru são construídas a partir de uma profunda análise dos instrumentos normativos internacionais para a proteção dos povos indígenas e tribais, indo para além da Convenção nº 169. Algumas delas pautam-se ainda pelas recomendações e decisões oriundas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Isso tem grande importância, sendo uma via de mão dupla na garantia dos direitos. Por um lado, não deixam margem para contestações sócio-jurídicas, tendo em vista que relacionam todos os pactos e instrumentos dos quais aquele país é signatário e como aquele direito vem se construindo no ordenamento internacional, contribuindo para sua legitimidade. Nesse mesmo ponto, as decisões das Cortes Constitucionais dos países da América Latina reconhecem o papel crucial do sistema interamericano na vanguarda da garantia de direitos juridicamente recém-conquistados, fortalecendo tal sistema.

Alguns aspectos relevantes devem ser destacados. A partir dos estudos e análises realizadas nesse trabalho, pôde-se perceber que a incorporação do direito de consulta prévia no Brasil parece ter se dado de sem o necessário diálogo com as partes diretamente envolvidas no processo. Isso se dá, por um lado, levando-se em consideração o caráter multicultural da Constituição brasileira, em confronto com o caráter pluricultural das constituições colombiana e peruana. Como visto, do ponto de vista jurídico-normativo, é muito mais difícil que se encontre um ambiente institucional favorável em um estado pluricultural quando o diploma internacional está revestido de um estágio bem mais avançado. Por outro lado, a diversidade de povos e comunidades tradicionais que entende-se que são abrangidos pela Convenção nº 169²⁷⁸ mereceria um debate mais profundo e sistemático para que a incorporação desse tratado pudesse se acontecer de modo que garantisse sua efetividade.

Na análise das decisões judiciais das Cortes Constitucionais da Colômbia e do Peru constatou-se que nelas estão refletidos e incorporados os conceitos de *identidade* e *multiculturalismo* mais avançados, como aqui apresentado na primeira parte do trabalho. No Brasil, as decisões judiciais, oriundas principalmente da Justiça Federal, começam a incorporar esses novos conceitos a partir de uma percepção com outros sistemas jurídicos, em especial o sistema interamericano de direitos humanos. A garantia de que os direitos desses povos sejam observados a partir de um olhar plural, diverso e que reflitam seus próprios anseios, objetivos e identidades conduzirá a novos estágios de concretização de direitos.

²⁷⁸ Para além dos povos indígenas e quilombolas, entende-se que a Convenção nº 169 deva ser aplicada a todos os outros povos e comunidades tradicionais, conforme o Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, como, por exemplo, os pescadores tradicionais, os faxinais, os povos de fundo de pasto.

Contudo, é fundamental que as leis e regulamentos e as decisões judiciais, de qualquer um dos três países aqui analisados, avancem no debate e garantam a observância do necessário consentimento desses povos no direito de consulta prévia. O consentimento dos povos indígenas e tribais encontra respaldo em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas e no próprio Manual da OIT para aplicação da Convenção nº 169. Garantir ao Estado a decisão final caso não haja um acordo entre as partes fere gravemente o objetivo e o sentido do direito de consulta prévia. O estudo dos instrumentos normativos e decisões judiciais da Colômbia, Peru e Brasil, no que se refere ao objetivo principal do direito de consulta prévia, ainda não se encaixam com o anseio e o espírito da Convenção nº 169.

Os povos indígenas e demais comunidades tradicionais do Brasil devem estar atentas a esses movimentos nos países vizinhos. O processo de discussão da regulamentação do direito de consulta prévia no Brasil, aos poucos, vem avançando. Os povos diretamente interessados devem estar plenamente informados e envolvidos nesse processo, a fim de que os erros porventura cometidos em outros países não se repitam por aqui. Mesmo sem um processo concreto de regulamentação da consulta prévia, o Judiciário brasileiro (em âmbito federal, haja vista que tais questões envolvem indígenas e quilombolas, sobretudo) começa um movimento de reconhecer que o Estado deve adotar todas as medidas necessárias para que esse direito seja exercido nos moldes da Convenção 169 da OIT e demais regramentos internacionais. Essa discussão chegará em breve ao Supremo Tribunal Federal e este deverá se manifestar, em persistindo a ausência de regulamentação, sobre a constitucionalidade e o modo de exercício do direito de consulta prévia, estabelecendo requisitos e condicionantes, como o fez no caso da decisão do território indígena de Raposa Serra do Sol.

Portanto, os movimentos indígena, quilombola e dos demais povos e comunidades tradicionais existentes no Brasil devem manter o foco nos processos de mobilização e luta pela efetividade de seus direitos, o que é, comprovadamente, o caminho. A história recente dos últimos vinte anos na América Latina demonstra que, sem romper com as amarras de um sistema de produção desenvolvimentista excludente e segregador, os direitos conquistados no âmbito constitucional, amparados por uma legislação internacional e ratificados por decisões advindas das Cortes Supremas, ainda encontram bastante dificuldades de implementação. Avançar na construção de uma sociedade justa, plural e fraterna deve ser a força motriz desses e de demais movimentos sociais, aqui no Brasil e ao redor do mundo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. Das violações em massa aos Padrões Estruturais: Novos Enfoques e Clássicas Tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 6, n. 11, dez. 2009.

ALBÓ, Xavier. **Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú**. La Paz: CIPCA, 2009.

ALMEIDA, Alfredo Wagner B. de. Os quilombos e as novas etnias. In: O'DWYER, Eliane C. (org). **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV/ABA, 2002.

AMELLER, Vladimir. et.al. **El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina**. La Paz: Fundación Konrad Adenauer (KAS) - Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI), 2012. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_33592-1522-4-30.pdf?130221162840. Acesso em 17 de nov. de 2014.

ANÁLISES Crítico de la Consulta Previa en el Perú. Infomes sobre el Proceso de Reglamentación de la ley de consulta y del reglamento. Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Lima, 2012. Disponível em: http://servindi.org/pdf/DAR_Consulta_Previa.pdf. Acesso em 17 de nov. de 2014.

ANAYA, S. James. **Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional**. Madrid. Editorial Trotta, 2005.

_____. Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá) In: Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the right to development. **Human Rights Council. General Assembly**. United Nations. A/HCR/12/34/Add.5*. 7 September 2009. p. 12. Disponível em < <http://unsr.jamesanaya.org/special-reports/observaciones-sobre-la-situacion-de-la-comunidad-charco-la-pava-y-otras-comunidades-afectadas-por-el-proyecto-hidroelectrico-chan-75-panama-2009> > Acesso em 07 de outubro de 2014.

ANDRADE, Lucia M. M. de. **O Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada: os limites da “consulta aos quilombolas”**. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/Artigo%20-%20Consulta%20Quilombola.pdf>. Acesso em 04 de ago. de 2014.

ARRIGHI, Jean Michel. **OEA: Organização dos Estados Americanos**. São Paulo: Manole, 2003.

ASSOCIACIÓN PROTESTANTE DE COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO. **América Latina: entre el desencanto y la esperanza**. Taller de Experiencias em Apoyo a Procesos de Democratización em América Latina. Bogotá: Gente Nueva Editorial, 1997.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Para una teoría postpositivista del derecho**. Lima-Bogotá: Palestra Temis, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo Parasitário: e outros temas contemporâneos**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi/Zygmund Bauman. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2005.

_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001

BECKER, Howard S. **Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais**. Trad: Marco Estevão/Renato Aguiar. 3 ed. São Paulo: Hucitec, 1997.

BEJÁR, Ramón Casilda. América Latina y el Consenso de Washington. **Boletín Económico De Ice**, n. 2803, p. 19 – 38, 26 de abril a 2 de mayo de 2004. Disponível em http://biblioteca.hegoa.ehu.es/system/ebooks/14120/original/America_Latina_y_el_consenso_de_Washington.pdf Acesso em: 13 de outubro de 2014.

BELTRÃO, Jane Felipe; BEGOT, Marjorie; LIBARDI, Estella. Povos Indígenas e Direito à Diferença: Colonialismo Jurídico *versus* Pluralidade de Direitos. In: ANNONI, Danielle. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: Homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

BERNARDES, Márcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 8, n. 15, dez. 2011.

BENAVENTE, Javier Jahncke; MEZA, Rocio. **Derecho a la Participación y a la Consulta Previa en Latinoamérica**: análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas. Perú: CIDSE Secretariat; RED MUQUI – Red de propuesta y acción. ; Lima: MISEREOR; FEDEPAZ – Fundación Ecueménica para el Desarrollo y la Paz, 2010.

BOBBIO, Noberto. **Liberalismo e Democracia**. Marco Aurélio Nogueira (Trad.). São Paulo: Brasiliense, 2005.

BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loic. A Astúcia da Razão Imperialista. **O Mistério do Mistério**. Rio de Janeiro: Renavan, 2005. p. 209-230.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. promulgada em 5 de outubro de 1988 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 07 de ago. de 2014

BRASIL. Congresso. Senado Federal. Decreto 788 de 13 de jul. 2005. Autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás. **Diário Oficial da União**, ano CXLII, n. 134, 14 de

julho de 2005. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=14/07/2005>. Acesso em: 13 de nov. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Petição 3.388 Roraima. 23/10/2013. Inteiro Teor do Acórdão. p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 08 de nov. de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível 2006.39.03.000711-8/PA. Ministério Público Federal vs União Federal e Outros. Quinta Turma. Relatora Desembargadora Federal Selene Almeida. 17/10/2011. Disponível em: http://site-antigo.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/ementa_julgamento_BM.pdf. Acesso em: 09 de nov. de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal. Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.052659-8/DF. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA vs Veneravel Ordem Terceira de São Francisco da Penitencia. Relator Juiz Convocado Cesar Augusto Bearsi. 25/01/2008. Disponível em: http://www.cisp.org.br/acoes/upload/arquivos/sentenca_pedra_do_sal.pdf. Acesso em: 09 de nov. de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal. 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão. Sentença nº 027/2007/JCM/JF/MA. Processo nº 2006.37.00.005222-7. Joisael Alves e Outros vs Diretor do Centro de Lançamento de Alcântara. 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: http://www.cisp.org.br/acoes/upload/arquivos/sentenca_Alcantara.pdf. Acesso em: 09 de nov. de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso. Processo Nº 0014123-48.2013.4.01.3600. Nº de registro e - CVD 00134.2014.00013600.2.00569/00136. Sentença de 13 de setembro de 2014. p. 12. Disponível em: http://www.pmt.mpf.br/documentos/liminar.consulta.previa_set_2014.pdf. Acesso em: 10 de nov. de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.010160-5/PR. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária vs Cooperativa Agrária Agroindustrial. Decisão em 01 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.cisp.org.br/acoes/upload/arquivos/Agr%2008%20-%20ac%C3%B3rd%C3%A3o%20julho08.pdf>. Acesso em: 09 de nov. de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal (5ª Região). 3ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe. Sentença no Processo nº 2008.85.00.001626-6. José João Nascimento Lima vs Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA e OUTROS. Disponível em: <http://cisp.org.br/acoes/upload/arquivos/Ord08%20senten%C3%A7a%20maio11.pdf>. Acesso em: 09 de nov. de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal (5ª Região). 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Sentença no Processo nº 2008.84.00.007538-4 – 4ª vara. Elias de Azevedo Cunha Filho vs Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA e OUTROS. Disponível em: <http://www.cisp.org.br/upload/editor/file/Ord08%20Senten%C3%A7a30Dez2011.pdf>. Acesso em: 09 de nov. de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Decisão Liminar no Mandado de Segurança nº 2008.70.09.002352-4/PR. José Marcondes Leal e Outros vc Superintendente Regional do INCRA/PR. Disponível em: <http://www.cpisp.org.br/acoes/html/jurisprudencia.aspx?LinkID=64> . Acesso em: 09 de nov.de 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CASTELBLANCO, Libia Rosario Grueso. **El Derecho de las Comunidades Afrocolombianas a la Consulta Previa, Libre e Informada**: una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/recursos/publicaciones/publicaciones/?eID=dam_frontend_push&docID=13139. Acesso em 13 de nov. de 2014.

_____. **El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada**: Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponível em <http://www.bibliotecavirtual.info/wp-content/uploads/2011/04/Consulta-Previa1.pdf>. Acesso em 11 de nov. de 2014.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da identidade - a Era da informação**: economia, sociedade e cultura. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, J et al. **A pesquisa qualitativa**: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2008.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS). **La lucha por el Derecho**. Buenos Aires: Siglo XXI. Editores Argentinas, 2008. 272 p.

CHAI, Cassius Guimarães. **Jurisdição Constitucional Concreta em uma Democracia de Riscos**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007.

CHÁVE, Franz. Avanza marcha indígena contra carretera y gobierno em Bolívia. **PeriodismoHumano**. La Paz, 28, jun. 2012. Disponível em: <http://periodismohumano.com/sociedad/avanza-marcha-indigena-contra-carretera-y-gobierno-en-bolivia.html>. Acesso em: 03 de janeiro de 2015.

CLAVERÓ, Bartolomé. Descolonización, Derechos Humanos, Diversidad de Culturas. In: WILHELMI, Marco Aparicio (ed.). **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio**: conflictos y desafíos em América Latina. Barcelona: Icaria Editorial, 2011.

COMEX: Se debe exonerar de Consulta Previa a proyectos de interés nacional. **Gestion**, El diário de economia y negócios de Peru, Miercoles, 15 fevereiro 2014. Disponível em: <http://gestion.pe/economia/comex-se-exonerar-consulta-previa-proyectos-interes-nacional-2089176>. Acesso em: 20 de outubro de 2014.

COMPRENDER el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, n. 169, 1989. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo: Ginebra: OIT, 2013.

Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf. Acesso em: 12 de out. de 2014.

COMPRENDER el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (num. 169). **Manual para los mandantes tripartitos de la OIT**. Oficina Internacional del Trabajo: Ginebra, 2013. p. 19. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf Acesso em 12 de outubro de 2014.

CONVENÇÃO n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011. 1 v.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-129/11**. Acción de tutela ejercida por Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito pertenecientes a la etnia Embera-Katío contra los Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, de Minas y Energía, de Agricultura, de Defensa, el Consejo Asesor de Regalías adscrito al Departamento Nacional de Planeación, las alcaldías de Unguía y Acandí, la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), el Ejército Nacional, la Brigada XVII y la Agencia Logística de las Fuerzas Militares. Bogotá D. C., tres (03) de marzo de dos mil once (2011)., p. 70. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>. Acesso em: 08 de set. de 1984.

_____. **SU 039/97**. Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Etnico Indígena U'WA. Magistrado ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Santafé de Bogotá, D.C., febrero tres (3) de mil novecientos noventa y siete (1997). Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>. Acesso em: 08 de set. de 2014.

_____. **Sentencia No. T-342/94**. Ariel Uribe Orozco y Jorge Alberto Restrepo González. MAGISTRADO PONENTE: ANTONIO BARRERA CARBONELL. Santafé de Bogotá, D. C., julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-342-94.htm>. Acesso em 08 de set. de 2014.

_____. **Sentencia No. T-007/95**. Procuraduría General de la Nación vs La Nación Ministerios de Desarrollo, de Salud y de Educación, Fondo de Solidaridad y Emergencia Social del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República e Instituto de Fomento Industrial -IFI. Megistrado Proponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL. Santafé de Bogotá, D.C. enero diez y seis (16) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-007-95.htm>. Acesso em: 08 de set. de 2014.

_____. **Sentencia No. T-380/93**. Actores: ORGANIZACION INDIGENA DE ANTIOQUIA Magistrado ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-380-93.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2014.

_____. **Sentencia C-169/01**. Revisión constitucional del proyecto de ley número 025/99 Senado y 217/99 Cámara, “*por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia*”. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. Bogotá D.C.,

catorce (14) de febrero de dos mil uno (2.001). Disponível em:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-169-01.htm>. Acesso em: 8 de set. de 2014.

_____. **Sentencia SU.383/03.** Acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC contra la Presidencia de la República y otros. Magistrado Proponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil tres (2003). Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/su383-03.htm>. Acesso em: 8 de set. de 2014.

_____. **Sentencia T-769/09.** Acción de tutela instaurada por Álvaro Bailarín y otros, contra los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Protección Social; y de Minas y Energía. Magistrado Proponente: Dr. Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil nueve (2009). Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-769-09.htm>. Acesso em: 8 de set. de 2014.

_____. **Sentencia T-129/11.** Acción de tutela ejercida por Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito pertenecientes a la etnia Embera-Katío contra los Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, de Minas y Energía, de Agricultura, de Defensa, el Consejo Asesor de Regalías adscrito al Departamento Nacional de Planeación, las alcaldías de Unguía y Acandí, la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), el Ejército Nacional, la Brigada XVII y la Agencia Logística de las Fuerzas Militares. Magistrado Proponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Bogotá, D.C., tres (03) de marzo de dos mil once (2011). Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>. Acesso em: 8 de set. de 2014.

COSTA, Sergio. Diferença e identidade: a crítica pós-estruturalista ao multiculturalismo. In: VIEIRA, Liszt (org.). **Identidade e Globalização** – impasses e perspectivas da identidade e a diversidade cultural. Rio de Janeiro: Record, 2009.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 10, jun. 2009.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DECLARAÇÃO das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 14 de jul. de 2014.

DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna S. **O planejamento da pesquisa qualitativa**: teorias e abordagens. Sandra Regina Netz (Trad.). Porto Alegre: Artmed, 2006.

DUSSEL, Enrique. **El encubrimiento del otro**. Hacia el origen del mito de la modernidad. La Paz: Plural editores, 1994.

EL DERECHO a la consulta previa, libre y informada de los pueblos indígenas. **Aportes DPLF** – Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal. Washington, n. 14, v. 3,

Septiembre, 2010. Disponível em: <http://www.dplf.org/sites/default/files/1301680587.pdf>
Acesso em 14 de out. de 2014.

EL DERECHO a la consulta prévia, libre y informada de los pueblos indígenas: La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Lima: Due Process of Law Foundation/ OXFAM, 2011. Disponível em: <http://dplf.org/uploads/1301680587.pdf>. Acesso em: 13 de out. de 2014.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Juliana Lemos (Trad.) São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, Cesar Rodriguez (coord.). **El derecho em America Latina**. un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-159.

FERNANDES, Cleudemar Alves. **Análise do Discurso**: reflexões introdutórias. São Carlos (SP): Claraluz, 2006.

FLICK, Uwe. **Introdução à pesquisa qualitativa**. Joice Elias Costa (Trad.). 3 ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

_____. **El gobierno de si y de los otros**: curso em el Collège de France: 1982-1983. Horácio Pons (Trad.). Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 2010.

_____. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

_____. **Segurança, Território e População** (Curso de Collège de France, 1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. Instituto de Defensa Legal e Seattle University School of Law. **El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú**. Washington, 2010. Disponível em: http://www.servindi.org/pdf/Consulta_PPII_Peru2010.pdf
Acesso em: 20 de out. de 2014.

GARAVITO, César Rodríguez; MORRIS, Meghan (dirs). **La consulta a los pueblos indígenas**. Los estándares del derecho internacional. Universidad de los Andes; Colección Justicia Global. Bogotá, 2010. p. 71. Disponível em: http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf. Acesso em: 07 de out. de 2014.

GARAVITO, César Rodríguez; SALINAS, Natalia Orduz. La paradoja de la consulta previa en Colombia. **Aportes DPLF**, Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal, n. 14, v. 3, sep. de 2010. p. 34.

GARZÓN, Biviany Rojas et. al. La consulta sobre medidas legislativas a los pueblos indígenas y tribales en Brasil: un verdadero reto de reinención democrática y creatividad normativa. In: _____. **La Consulta previa con los Pueblos Indígenas**: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú. Quito: Red Jurídica para la Defensa de la

Amazonía – RAMA, 2009. p. 58. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=davidcorderoheredia> Acesso em: 09 de nov. de 2014.

GHAI, Yash. Globalização, multiculturalismo e Direito. In: **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade.**: Plínio Dentzein (Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

GIRAUDO, Laura. Entre rupturas y retornos: la nueva cuestion indígena em América Latina In: _____. **Ciudadania y derechos indígenas en América Latina**: poblaciones, estados y orden internacional. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007. p. 7-57.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. rev., atual e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Ciências Criminais ; v. 4).

GREGOLIN, Maria do Rosário Valencise. Identidade: objeto ainda não identificado?. **Estudos da Lingua(gem)**, v. 6, n. 1, 2008. Disponível em: <http://www.estudosdalinguagem.org/seer/index.php/estudosdalinguagem/article/viewFile/88/190>. Acesso em: 08 abr. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, v. I. 2 ed. rev. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, v. II. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Constitución como cultura**. Artículos seleccionados para Colombia. Ana Maria Montoya (Trad.). Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tomaz Tadeu Silva; Guaracira Lopes Louro (Trad.). 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HERRERA FLORES, Joaquin (ed.). Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: **El vuelo de Anteo**. Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2000. p. 19-78.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes(Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos**. Breve século XX: 1914-1991. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **O novo século**. Entrevista a Antonio Polito. São Paulo, Companhia das Letras, 2009.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HUANACUMI, Fernando. **Vivir Bien/Buen Vivir**. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales. CAB, 2010.

IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS - Jurisprudência, Instrumentos Normativos e Experiências Nacionais. Organização Centro pela Justiça e o Direito Internacional; [tradução Rita Lamy Freund]. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/145909875/CEJIL-Implem-DecisooesSIDH>. Acesso em: 13 de jul. de 2014.

INFORME de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A). CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 101.^a reunión, 2012. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174831.pdf. Acesso em: 07 de set. de 2014.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. Instrução Normativa nº 57 de 20 de outubro de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 de outubro de 2009, p. 52 a 54. Disponível em: http://www.incra.gov.br/media/institucional/legislacao/atos_internos/instrucoes/instrucao_normativa/in_57_2009_quilombolas.pdf. Acesso em: 16 de out. 2014.

I PUIG, Salvador Martí. Sobre la emergencia e impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas claves interpretativas desde lo local y lo global. In: WILHELMI, Marco Aparicio (ed.). **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio: conflictos y desafíos en América Latina**. Barcelona: Icaria Editorial, 2011.

JESUSI, Karin Anchelía. Derecho a decidir su desarrollo. **NA Informe Especial** “Consulta Previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas”. Lima: junho, 2011. p. 19.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Trad.: Maria da Glória Lacerda Rurack; Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

LA LEY de la Consulta Previa y su Reglamento en el Perú. Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos – COMISEDH. Peru: abril, 2013. Disponível em: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc16052013-161801.pdf Acesso em 07 de agosto de 2014

LUCIÉ, Milka Castro (ed.). **Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho**. Universidad de Chile, 2004.

MARTINS, Gilberto de Andrade. **Estudo de caso: uma estratégia de pesquisa**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINO, Catalina Botero. Multiculturalismos y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. **Revista Precedente**, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y de Humanidades, Universidad Icesi, Cali, Colombia, 2003. Revisado, actualizado y

reeditado en: Constitución y pluralismo jurídico. Quito, Corporación Editora Nacional/Instituto de Derecho Público Comparado, 2004

MARINO, Catalina Botero. Multiculturalismos y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. **Revista Precedente**, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades, 45-87, Colombia: Universidad ICESI Cali, 2003.

MALDONADO, Daniel Bonilla. **La Constitución Multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes – Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2006.

MENA, Albeiro Moya. **Las industrias extractivas (minería y hidrocarburos) y la consulta previa con consentimiento libre e informado**. VII Congreso Iberoamericano de Regulación: energía, minería, petróleo, gas y otros sectores regulados. Bogotá: 2012

MOLLEDA, Juan Carlos Ruiz. **La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en Perú - Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento**. Lima: Instituto de Defensa Legal; Fundación Hans Seidel, 2012. Disponible em: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo28022013-134431.pdf>. Acceso em: 03 de nov. de 2014.

_____. **La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas del Perú – Compendio de legislación y jurisprudencia**. Lima: Instituto de Defensa Legal; Brot für die Welt, 2012. Disponible em: <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Libroconsultaprevia.pdf>. Acceso em: 03 de nov. de 2014.

MOVIMIENTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Derechos Humanos no Brasil 3: Diagnósticos e Perspectivas**. Passo Fundo: IFIBE, 2012.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz. Consejo de Derechos Humanos 27º período de sesiones**. Tema 3 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. 11 de agosto de 2014. Disponible em: www.ohchr.org/EM/.../A_HRC_27_52_SPA.doc. Acceso em: 04 de set. de 2014.

NADER, Laura; MATTEI, Ugo. **Pluder: When the rule of law is illegal**. Washington: Blackwell Publishing, 2008. p. 10-34.

OFICINA en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. **El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada**. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Disponible em <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7602.pdf?view=1> Acceso em: 17 de nov. de 2014.

OFICINA en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. **El Derecho de las Comunidades Afrocolombianas a la Consulta Previa, Libre e Informada**. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Disponible em <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7653.pdf?view=1> Acceso em 17 de novembro de 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos humanos. **Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam**. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em: 07 de out. de 2014.

_____. _____. **Caso Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador**. Sentença de 27 de junho de 2012. par. 201 ss. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_245_esp.pdf. Acesso em: 07 de out. de 2014.

_____. _____. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay**. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_214_esp.pdf. Acesso em: 07 de out. de 2014.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos. Programa Para Promover El Convenio Núm. 169 De La Oit (Pro 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf. Acesso em: 08 de setembro de 2014

_____. Comitê de Peritos para Aplicação de Convenções e Recomendações. Observação Individual sobre a Convenção 169. México, 2005. In: La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. N. 2. Universidad de los Andes: Bogotá, 2010. p. 73. Disponível em http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf Acesso em 07 de outubro de 2014.

_____. **Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica**. Una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT. Ginebra: OIT, 2009. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf. Acesso em: 08 de set. de 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. Apirana Mahuika vs Nova Zelândia. In: **La consulta previa a pueblos indígenas**. Los estándares del derecho internacional. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. n. 2. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010. Disponível em: http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf. Acesso em: 07 de out. de 2014.

ORTIZ, Renato. **Mundialização e Cultural**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

PATIÑO, María Clara Galvis; RINCÓN, Ángela María Ramírez. **Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria**. Washington: Fundación para el Debido Proceso, 2013.

PERU. Congreso de La República. Ley N. 29785, 7 de setembro de 2011. **Diário de Normas Legales**. Disponível em <http://ht.ly/6b5HO> Acesso em 15 de outubro de 2014

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 134. v. I.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PROMOTION and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the right to development. Human Rights Council. General Assembly. United Nations. A/HCR/12/34/Add.5*. 7 September 2009. p. 12. Disponível em: <http://unsr.jamesanaya.org/special-reports/observaciones-sobre-la-situacion-de-la-comunidad-charco-la-pava-y-otras-comunidades-afectadas-por-el-proyecto-hidroelectrico-chan-75-panama-2009>. Acesso em: 07 de out. de 2014.

QUIXADÁ, Letícia Antonio. **O Supremo e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos**: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais. Monografia apresentada junto à Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo: 2009

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso *Damião Ximenes Lopes*: Mudanças e Desafios após a Primeira Condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 8, n. 15, dez. 2011.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUANET, Sergio Paulo. Universalismo concreto e diversidade cultural. In: VIEIRA, Liszt (org.). **Identidade e Globalização** – impasses e perspectivas da identidade e a diversidade cultural. Rio de Janeiro: Record, 2009.

RUSSO, Eduardo Ángel. **Derechos humanos y Garantías: el derecho AL mañana**. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2008. 496 p.

SAAVEDRA, Luis Angel. ¿Consulta o consentimiento previo?, **Noticias Aliadas Informe Especial**. Consulta Previa: derecho fundamental de los pueblos indígenas. Lima: Junho, 2011. Disponível em: http://www.noticiasaliadas.org/objetos/informe/14PE_consulta_na.pdf Acesso em: 07 de out. de 2014.

SANBORN, Cynthia A.; PAREDES, Alvaro. **Consulta Prévia**: Peru: Americas Quartely. Disponível em: <http://www.as-coa.org/sites/default/files/ConsultaPreviaPeru.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2014.

SANTAMARIA, Ramiro Avila. **El neoconstitucionalismo Transformador**. El estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: Abya Ayala, 2011.

SANTAMARÍA, Rosember Ariza. **Pueblos indígenas de Colômbia ante el sistema interamericano de derechos humanos**. Bogotá: Prujula; Konrad Adenauer Stiftung, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina**. Perspectivas desde una epistemología del Sur. La Paz: CESU, 2010.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

_____. Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Souza; JIMENEZ, Augustin Grijalva (editores). **Justicia indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador**. Quito: Abya Yala, 2013. p. 13-50.

_____. **Se Deus fosse um ativista de direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2013.

_____. (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar – a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Tradução Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEWPSTON, Lee; TOMEI, Manuela. **Povos Indígenas e Tribais: Guia para aplicação da convenção nº 169 da OIT**. 1ª ed. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1999.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. **Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. **Direitos dos povos e comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. 2. ed. Manaus: PPGAS-UFAM / NSCA-CESTU-UEA / UEA Edições, 2010.

_____. **O Direito das Minorias: passagem do invisível real ao visível formal?** Manaus: edições UEA, 2013.

SILVA, Claudia Zapata (compiladora). **Intelectuais Indígenas Piensan América Latina**. Quito: Abya Ayala, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Stuart Hall, Kathryn Woodward. 14 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SILVA, Letícia Borges da. Povos direitos humanos e a Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho). In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. v. I. p. 134.

SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. **O desafio latino-americano: coesão social e democracia**. Trad.: Renata Telles. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Posfácio de Antonio Paim. Tradução Neil Ribeiro da Silva. 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1987.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução Joana Angélica D'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS. Lima, 09 de junio de 2010. Disponível em: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc01072010-225754.pdf Acesso em: 17 de nov. de 2014.

_____. EXP. N.º 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS. BUSTAMANTE JOHNSON. Lina, 19 de febrero de 2009. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>. Acesso em: 15 de out. de 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. 214 p.

_____. **A nova dimensão do Direito Internacional**. São Paulo: Irb, 2003.

VERDUM, Ricardo. **Povos Indígenas**. Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: INESC, 2009.

VIEIRA, Liszt (org.). **Identidade e Globalização**. Impasses e Perspectivas da Identidade e a Diversidade Cultural. Rio de Janeiro: Record, 2009.

VIEIRA, Judith Costa. Quem pode ser quilombola? A (re) construção da identidade coletiva do quilombo de Maicá, Santarém, Pará. In: **Cadernos de debates Nova Cartografia Social: Territórios quilombolas e conflitos**. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de (org.).. et. al. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia/UEA Edições, 2010.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad crítica y (de)colonialidad**. Abya Yala, 2012.

WILHELMI, Marco Aparecido. **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio**. Barcelona: Icaria edicion, 2011.