XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

ISABEL CHRISTINE SILVA DE GREGORI

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

S678

Sociedade, conflito e movimentos sociais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Celso Baeta Minhoto, Isabel Christine Silva De Gregori, Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-551-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Movimentos Sociais. 3.Conflito. 4. Elitismo. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS

Apresentação

Vivemos tempos turbulentos em âmbito mundial, mas o Brasil, de modo especial, vive sua própria (e profunda) crise. Uma crise que, como é peculiar às crises de fato, às crises reais -- se poderia chamar aqui de crise com "C" maiúsculo -- , engloba aspectos políticos, sociais, econômicos, éticos, culturais, morais, até mesmo psicológicos. Com um pano de fundo fortemente ancorado na política e em como esta é exercida pelo povo e principalmente por seus representantes, os últimos 4 (quatro) anos (2013-2017) exibiram um país quase em transe. Os ânimos se acirraram e seguem acirrados. Os extremismos ocupam espaços e o discurso de ódio segue a mesma senda.

Num contexto assim, por um lado vicejam movimentos sociais com renovada energia, por outro lado esses mesmos movimentos lutam para sobreviver num espaço e num ambiente, notadamente cultural, que já não lhes é tão amistoso como em outros tempos. O Estado parece agir inspirado por outros valores. Há mesmo quem veja, como o professor Pedro Estevam Serrano, da PUC/SP, já presentes os lineamentos básicos de um "Estado de Exceção" e de uma sociedade aparentemente embevecida com este novo ambiente político-cultural. Num quadro assim, soluções simplistas e presumivelmente finalísticas ocupam espaços e mentes, desenhando possibilidades sombrias ou ao menos arriscadas à jovem democracia brasileira.

Os trabalhos aqui dispostos visam discutir e por à lume alguns aspectos ligados à Sociedade, aos Movimentos Sociais e os Conflitos instalados entre estes elementos. Se reflexões sobre estes trabalhos puderem levar os participantes e os ouvintes do grupo a um ponto mais profundo em suas próprias conjecturas, plenamente atingido estará o objetivo central desta atividade.

RELATÓRIO DOS TRABALHOS APRESENTADOS NO GT “SOCIEDADE, CONFLITOS E MOVIMENTOS SOCIAIS I”

1. A Dra. Priscila Matzenbacher Tibes apresentou sua pesquisa intitulada “CONFLITOS AGRÁRIOS EM RONDÔNIA: A FALTA DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO CAUSA SIMILAR DOS CONFLITOS DESDE O MASSACRE DE CORUMBIARA”. O

ponto a ser destacado é que a ausência de regularização fundiária tem levado instabilidade à questão agrária, gerando situações como a de Corumbiara, em 1995, em que 380 famílias foram expulsas de uma área ocupada.

2. A Claudiane Silva Carvalho trouxe ao debate "A CRISE POLÍTICA E ECONÔMICA NO BRASIL E A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DE O DIREITO ACHADO NA RUA". Discorreu sobre a criminalização dos movimentos sociais e defendeu a utilização do direito achado na rua como um instrumento mais adequado para lidar com movimentos sociais.

3. Sob o título "MOVIMENTOS SOCIAIS E GESTÃO DE CONFLITOS: A RESISTÊNCIA DESDE A 'NÃO CIDADE' EM BLUMENAU/SC", as Dras. Ivone Fernandes Morcilo Lixa e Lenice Kelner discorreram sobre a questão da moradia na cidade de Blumenau, especialmente a moradia com segurança, destacando que os movimento sociais vem perdendo representatividade pelo advento das religiões, especialmente igrejas evangélicas, nas periferias.

4. Os Drs. Patrícia dos Reis e Rafael Santos de Oliveira, apresentando seu trabalho intitulado "A ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS POR MEIO DO CIBERATIVISMO NA DEFESA DOS DIREITOS DOS INFANTES: UMA ANÁLISE DO PROJETO CRIANÇA E CONSUMO E SUAS AÇÕES NO COMBATE À PUBLICIDADE INFANTIL", discorreram sobre a formação do hábito consumista entre crianças e adolescentes, cujo perfil é especialmente vulnerável a este tipo de ação, criando inclusive uma espécie de dependência.

5. A Dra. Winnie de Campos Bueno trouxe a temática da ocupação de imóveis por famílias sem teto em seu trabalho "PARA UMA COMPREENSÃO DO DIREITO REPRESSIVO: UMA ANÁLISE DA TIPOLOGIA DE NONET E SELZNICK A PARTIR DO PROCESSO DE REMOÇÃO DOS MORADORES DA OCUPAÇÃO LANCEIROS NEGROS". A autora destacou de modo especial a truculência policial na desocupação do local, feita de madrugada e com o emprego de jatos d'água contra os ocupantes.

6. Abordando a questão indígena, a Dra. Adriana Dornelles Farias apresentou seu trabalho, intitulado "A PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A CONSULTA PRÉVIA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS", defendendo de modo objetivo o uso de mecanismos internacionais para efetivação dos direitos dos indígenas. Não vê um bom horizonte por meio do nosso Congresso que, inclusive, que ter o poder ou a competência de demarcar reservas indígenas.

7. Sob o título “MOVIMENTOS AFRORRELIGIOSOS E SUAS ESTRATÉGIAS JURÍDICAS CONTRA CASOS DE RACISMO RELIGIOSO EM SERGIPE”, o Dr. Ilzver de Matos Oliveira destacou o racismo religioso. As religiões afro sofrem um renhido ataque por seus atos, hábitos, cultos e isso vem junto com um racismo claríssimo. O Brasil já não é mais um estado laico e a religião cada vez mais ocupa o espaço público.

8. Os Drs. Luiz Nunes Pegoraro e Marcela Silva Almendros trouxeram à discussão a questão da mudança do domicílio eleitoral como forma de manipulação das eleições municipais num trabalho intitulado “DOMICÍLIO ELEITORAL E A MASSA DE MANOBRA NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS”.

9. “ÉTICA E CORRUPÇÃO: TEMÁTICAS DE PRESENÇA CONSTANTE NO NOTICIÁRIO BRASILEIRO E FACES DE UMA MESMA MOEDA” é o título do trabalho apresentado pelo Dr. Diêgo José Arantes Salomé Gonçalves Leite. Dr. Diego defendeu que, no Brasil, fraudes são comuns nas eleições, especialmente em âmbito municipal. O “voto de cabresto” segue sendo praticado e o poder econômico, assim, é ainda um elemento muito presente em tais eleições.

10. O Dr. Fabio Gallinaro defendeu seu trabalho “DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO”. Dr. Fábio expôs a questão do direito à liberdade de expressão em contraponto à eventual restrição de uso deste direito para defender a descriminalização das drogas, especialmente quando feito nas redes sociais.

Boa leitura!

Profa. Dra. Vivian de Almeida Gregori Torres - USP

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto - UNICSUL

Profa. Dra. Isabel Christine Silva De Gregori - UFSM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A CONSULTA PRÉVIA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS

SOCIAL PARTICIPATION AND CONSULTATION IN THE ESTABLISHMENT OF THE HUMAN RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES

Adriana Dornelles Farias [1]
Rodrigo de Medeiros Silva [2]

Resumo

O presente estudo pretende analisar os direitos dos povos tradicionais à participação social e à consulta prévia contidos na Constituição Federal e na Convenção 169 da OIT, demonstrando a necessidade da participação social, da consulta prévia como mecanismo de participação social e sua necessária regulamentação, e o posicionamento do Poder Judiciário e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Utiliza-se o método dedutivo e a técnica de procedimento descritiva, partindo-se da análise de obras doutrinárias, normativas e legislações, extraindo-se conceitos, fontes e fundamentos que expliquem como os direitos dos povos tradicionais à consulta prévia e à participação social podem ser efetivados.

Palavras-chave: Participação social, Consulta prévia, Direitos humanos, Povos indígenas

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the rights of traditional peoples to social participation and the consultation contained in the Federal Constitution and in ILO Convention 169, demonstrating the need for social participation, prior consultation as a mechanism of social participation and your required regulation, and the positioning of the judiciary and of the Inter-American Court of Human Rights. Use the deductive method and the technique of descriptive procedure, starting from the analysis of doctrinal works, regulations and legislations, extracting concepts, sources and fundaments to explain how traditional peoples rights to prior consultation and social participation can be enforced.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social participation, Prior consultation, Human rights, Indigenous peoples

---

[1] Mestranda em Direitos Humanos na UniRitter; bolsista CAPES; especialista em Direito Internacional pela UFRGS (2016), e Direito Público pela FADISMA (2007); graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS (2004).

[2] Mestrando em Direitos Humanos na UniRitter, bolsista CAPES; especialista em Direito Civil e Processual Civil, pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (2016); graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza-UNIFOR (2003).

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva analisar o direito dos povos tradicionais à participação social e à consulta prévia conforme estabelecidos no art. 231, §3º da Constituição Federal - CF de 88 e na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT e verificar se estes povos são efetivamente ouvidos face ao modelo de desenvolvimento imposto pelos Estados.

Pretende-se, assim, discutir os fundamentos e a aplicação destes institutos. Incialmente, demonstrando a necessidade da participação social desses povos. Após, retratando a consulta prévia como mecanismo de participação social e sua necessária regulamentação.

E por fim, imprescindível debater e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF e da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, acerca da demarcação de terras indígenas, perda de parte do território, ou inviabilização do seu uso.

E aqui questiona-se: se não há efetiva participação destes povos e se as decisões que acabam sendo tomadas não representam seus interesses, como coibir o Estado a dar cumprimento à Convenção 169 da OIT?

O Brasil passou por uma abrupta mudança de governo, que trouxe uma série de restrições aos povos originários e tradicionais. Imprescindível que a participação social e consulta prévia sejam de fato medidas garantidoras de direitos que além de, nunca terem sido efetivados para a maior parte destes segmentos, agora se encontram ameaçados. A exposição do Estado a nível internacional, apesar de pouco efetiva, pode servir para frear as violações estatais.

Para desenvolvimento do tema proposto, utiliza-se o método dedutivo e a técnica de procedimento descritiva, partindo-se da análise de obras doutrinárias, normativas e legislações, extraindo-se conceitos, fontes e fundamentos que expliquem como, a partir dos mecanismos internacionais, os direitos dos povos tradicionais podem ser efetivados, demonstrando a importância da consulta prévia e da participação popular para a proteção dos direitos humanos destes povos.

2. DA NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL DOS POVOS TRADICIONAIS

O direito dos povos originários e tradicionais à participação social na construção de políticas públicas, no processo decisório sobre intervenções em seus territórios, ou na elaboração de medidas administrativas ou legislativas capazes de afetá-los diretamente, tem sido analisado com base no princípio constitucional da soberania nacional ou da supremacia do interesse público, como se a vontade e os interesses dos povos indígenas não fossem também de interesse público e social (DINO, 2014).

Porém, a Constituição Federal consagra tanto a soberania, quanto a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º). Restringir o debate ao fundamento da soberania nacional é equivocado e pernicioso (DINO, 2014).

O direito à participação adquire uma conotação de direito fundamental em si, que se relaciona à preservação de outros direitos fundamentais dos povos em comento. É tido como cláusula pétrea da Constituição, prevista em seus artigos 231 e 232, e fundamentada nos princípios e regras do art. 5º e outros, direcionados a todos os brasileiros e estrangeiros que aqui residem. Neste aspecto, o direito à participação é mais amplo que a consulta prévia sobre as medidas que afetam diretamente esses povos, englobando-a (DINO, 2014).

Fazendo uma breve leitura do texto constitucional, é possível reconhecer que os "índios", por exemplo, possuem direito à autonomia e à autodeterminação. São parte do povo brasileiro, o que lhes assegura mais ainda o direito de participarem das tomadas de decisão acerca das medidas que possam impactar seus modos de vida tradicionais (DINO, 2014).

Com base no princípio da igualdade (art. 5º, caput da CF/88), os povos indígenas devem participar do processo democrático em condição de igualdade com os demais cidadãos brasileiros e em condição diferenciada, em virtude de sua natureza de povo indígena autônomo, que possui a sua própria organização social (DINO, 2014).

Portanto, o direito à participação social possui natureza genuinamente constitucional, decorre dos princípios constitucionais, e se fundamenta no próprio Estado Democrático de Direito Brasileiro. Já a Convenção 169 da OIT é uma norma

interpretativa que reforça a obrigatoriedade de observância desse direito e delineia parâmetros para a sua efetivação (DINO, 2014).

A Convenção é o primeiro instrumento internacional vinculante que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais, assegurando igualdade de tratamento e de oportunidades no exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos ou discriminação e nas mesmas condições garantidas aos demais povos. Ao ratificarem a Convenção, os Estados se comprometem a adequar sua legislação e práticas nacionais às suas disposições e a desenvolver ações que visem sua aplicação integral (RAMOS; ABRAMO, 2011).

Além dos dispositivos constitucionais e da Convenção, o Decreto nº 6.040, de 01 de fevereiro de 2007 e seu anexo, que "institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais", estabelece como um dos princípios a promoção dos meios necessários para a efetiva participação dos Povos e Comunidades Tradicionais nas instâncias de controle social e nos processos decisórios relacionados aos seus direitos e interesses (art. 1º, X, do anexo).

O que se observa é que os direitos destes povos são amplamente assegurados tanto pela legislação nacional como pelas normas internacionais, mas o discurso está claramente dissociado da efetividade (WAGNER, 2014). E, apesar do direito à participação e à consulta serem autoaplicáveis e independam de regulamentação, há um processo de regulamentação em curso no âmbito do Poder Executivo para uniformizar os procedimentos.

O Poder Executivo chegou a criar o Grupo de Trabalho Interministerial - GTI. Porém, a Advocacia Geral da União - AGU editou a Portaria nº 303/2012, estabelecendo que os órgãos jurídicos da Administração Federal deveriam observar as condicionantes[1] definidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da PET

[1] O STF definiu 19 condicionantes para demarcação e ocupação de terras indígenas: 1. O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2. O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3. O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei; 4. O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5. O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades

3388/RR (Caso Raposa Serra do Sol)[2], e os representantes dos movimentos indígenas, contrários à Portaria, se afastaram das discussões do GTI (DINO, 2014).

Para piorar a situação, a Presidência da República lançou um Parecer, com base nas orientações da AGU, que vincula os órgãos da Administração Pública para que estes então se orientem conforme as diretrizes do STF.

Essa decisão contraria a Convenção 169 /1989 da OIT que, apesar de não ter sido regulamentada ainda, os princípios que veicula e os mandamentos democráticos de participação nos processos políticos decisórios, são de observância obrigatória e aplicabilidade imediata por constituírem direitos fundamentais, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da CF/88 de que os direitos e garantias expressos em seu corpo não

---

indígenas envolvidas e à Funai; 6. A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7. O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8. O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9. O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10. O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes; 11. Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12. O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13. A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena; 15. É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16. As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17. É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18. Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis. 19. É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação (STF, 2009).

[2] O conflito em torno da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol é antigo. Desde que a Fundação Nacional do Índio - FUNAI requereu ao Ministério da Justiça o reconhecimento da extensão de aproximadamente 1,7 milhão de hectares da Terra Raposa Serra do Sol, em 1993, passando pela via administrativa até chegar no judiciário com o Mandado de segurança nº 6210/99 interposto pelo Governo de Roraima e negado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, dando continuidade ao processo demarcatório e, posteriormente com a Petição 3388/RR no STF contra a demarcação definida pela União. O STF declarou inexistência de vício no processo administrativo demarcatório e decidiu fixar orientação a todos os demais casos envolvendo demarcação de terras indígenas. Informações sobre a região podem ser consultadas em <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3835>.

excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (DINO, 2014).

Além do que a primazia do princípio da dignidade humana e a prevalência dos direitos humanos como princípio regente do Brasil em suas relações internacionais (art. 4º, inciso II, da CF/88) possuem um *status* diferenciado. Assim, a natureza constitucional da participação indígena decorre também do reconhecimento do *status* constitucional da Convenção 169 da OIT (DINO, 2014).

Mesmo assim, havendo conflito entre uma convenção internacional do trabalho ratificada e as leis internas, deverá prevalecer a norma mais favorável ao ser humano, em homenagem ao princípio *pro homine*. Segundo o § 8.º do art. 19 da Convenção 169 da OIT:

> Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação (MAZZUOLI, 2013)[3].

A Convenção 169 não introduz à ordem jurídica brasileira os direitos à participação social indígena nos processos políticos decisórios ou à consulta prévia sobre as medidas que lhes afetam diretamente, porque o reconhecimento destes direitos precede a sua internalização com *status* constitucional. O que a Convenção fez foi agregar valiosas contribuições normativas com vistas à concretização desses direitos fundamentais. A despeito disso, a Convenção é a norma que delineia os mais importantes parâmetros interpretativos para a participação social indígena (DINO, 2014).

O direito destes povos de participarem dos processos políticos deliberativos que os afetem diretamente, implica no dever do Poder Público consultá-los e está relacionado ao postulado constitucional da democracia, devendo assim ser compreendido, mesmo que o Brasil não tivesse ratificado a Convenção 169 da OIT ou mesmo que a denunciasse, já que o direito que todo cidadão tem de exercer o poder

[3] Mazzuoli denomina como cláusulas de diálogo ou vaso comunicante ou de retroalimentação, presentes nos tratados de direitos humanos, fazendo com que os ordenamentos internacional e interno "dialoguem" para decidir qual norma deve prevalecer no caso concreto, quando conflitantes. O referido art. 19, § 8.º é uma cláusula de diálogo especial, que visa assegurar que uma norma jurídica interna ou uma sentença, ou um costume ou um acordo deva ser aplicada em detrimento de uma convenção ou recomendação internacional do trabalho, já que o princípio adotado pela OIT não é a primazia das normas internacionais do trabalho sobre o direito interno estatal, mas a prevalência da norma mais favorável (2013).

diretamente é fundamento do Estado Democrático de Direito e possui no Brasil natureza constitucional, independentemente do disposto na Convenção (DINO, 2014)[4].

Portanto a consulta prévia é um direito dos povos tradicionais e um dever do Estado, e como tal deve ser respeitado.

3. A CONSULTA PRÉVIA COMO MECANISMO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL E SUA REGULAMENTAÇÃO

Em relação aos mecanismos de participação e decisão, o artigo 6º da Convenção 169 determina que os povos indígenas e tradicionais devem ser consultados, por meio de "procedimentos apropriados", de suas instituições representativas, de forma livre e esclarecida e de "boa fé".

A consulta livre implica em inexistência de qualquer tipo de coerção, intimidação ou tentativa de manipulação, e deve ser prévia porque nenhuma atividade pode ser realizada sem a consulta e o consenso indígena. Ocorre que, os mecanismos de participação não estão regulamentados (FERNANDES, 2014).

A Convenção, por se tratar de direitos e garantias fundamentais, deveria (e deve) ter aplicabilidade imediata (§ 1º do art. 5º da CF/88), mas a uniformização dos procedimentos de consulta prévia e dos espaços de participação social dos povos indígenas, por meio da regulamentação das normativas da Convenção 169, é fundamental para garantir maior segurança jurídica, reduzir questionamentos judiciais e para que as decisões do poder público sigam requisitos mínimos a lhes conferir legalidade e legitimidade, ou a efetividade desses direitos continuará comprometida, dando margem a diferentes interpretações (DINO, 2014).

[4] As convenções internacionais do trabalho são Tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, sua incorporação ao direito brasileiro se dá com o status de norma constitucional material, por força do disposto no art. 5.º, § 2.º, da CF/88, que dispõe: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais (de direitos humanos) em que a República Federativa do Brasil seja parte". Para atribuir hierarquia de norma constitucional formal à estas convenções, basta aprová-las, antes de sua ratificação, pelo quórum do § 3.º, incluso pela EC 45/2004, que estabelece 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 (depois de ratificados) equivalentes às emendas constitucionais" (MAZZUOLI, 2013).

Porém, o processo de regulamentação deve ocorrer em consonância com os princípios informativos da própria Convenção 169, e primar pelo diálogo com os povos indígenas para que tenha legitimidade (DINO, 214).

É necessário regulamentar um procedimento que possibilite a realização das consultas sobre medidas que impactam esses povos legitimamente. Para tanto, a norma regulamentadora deve abarcar princípios e garantias que, se não eliminarem os conflitos próprios do processo democrático, apresentem caminhos procedimentais para a sua mitigação e eventual superação (DINO, 2014).

Não havendo consenso, a norma regulamentadora deve prever que o órgão responsável pela medida administrativa ou legislativa que afete diretamente comunidades tradicionais e originárias, deva, obrigatoriamente, fundamentar suas decisões, analisando os resultados do processo de consulta, detalhando os motivos para eventual rejeição das sugestões, e propostas e críticas destas comunidades consultadas (DINO, 2014).

Ademais, a obrigatoriedade do estabelecimento de mecanismos eficazes e adequados de participação na tomada de decisão em questões que afetem os povos indígenas, é considerada a pedra angular da Convenção. A ideia é assegurar a integridade e a igualdade de oportunidades e eliminar as diferenças de ordem socioeconômica e de todas as formas de coerção e discriminação (FERNANDES, 2014).

As desigualdades históricas, a exploração e a dominação são reafirmadas em prol de uma visão hegemônica violadora. Este é o discurso que impera e que não ouve ninguém que não se enquadre em sua ótica:

> Da nossa parte, como latino-americanos, participantes de uma comunidade de comunicação periférica- dentro da qual a experiência da “exclusão” é um ponto de partida (e não de chegada) cotidiana, isto é, um *a priori* e não um a posteriori- nós precisamos obrigatoriamente encontrar o “enquadramento” filosófico de nossa experiência de miséria, de pobreza, de dificuldade para argumentar (por falta de recursos), de ausência de comunicação ou, pura e simplesmente, de não-fazermos-parte dessa comunidade de comunicação hegemônica (DUSSEL, 2011).

Há diversos métodos, hoje desenvolvidos, com a participação destes povos e comunidades, para que seu olhar seja considerado. A cartografia social, participativa é um deste métodos. Ao construir um mapa que inclui os valores e elementos de suas

culturas, contribui-se na discussão sobre a implantação de certos empreendimentos e, se for caso, de justa reparação:

> É observável o fato que um grande número dentre os processos que se pretende abranger sob esta designação articula-se com experiências de cartografia social ou do chamado mapeamento participativo. Isto porque as atividades de demarcação de terras e mapeamento de territórios por grupos étnicos e povos tradicionais integra, por certo, dinâmicas de politização de identidades estreitamente associadas à reivindicação de direitos territoriais. À medida que direitos são reivindicados em termos espaciais, não estar no mapa tende a significar não ter provas de existência territorial, de condição de posse de terras e acesso a seus recursos (CÁCERES, 2010).

Porém, a realidade é outra. As "consultas" têm sido uma mera formalidade para cumprimento das etapas para aprovação de empreendimentos, na medida em que o próprio Estado disponibiliza seu aparato militar, jurídico e administrativo em favor das empresas e utiliza artifícios coercitivos para autorizá-los. Também não são considerados os tempos, os espaços, as formas de representatividade, tampouco, as línguas indígenas nos "diálogos estabelecidos" (FERNANDES, 2014). Muitas vezes tais "consultas" são ultimatos para o aceite de determinado empreendimento ou apenas propaganda dos mesmos.

O problema é que a assimetria que sempre permeou a relação do Estado com estes povos continua entranhada nas ações institucionais, obstando um relacionamento mais respeitoso e inclusivo. Não à toa, a relação do Estado brasileiro se caracteriza pelo paradoxo da proteção e da violação de direitos constitucionais. Mesmo sendo signatário de tratados internacionais marcos no reconhecimento dos direitos indígenas, por exemplo, o Brasil é um dos principais violadores de direitos, colocando os interesses estatais e de grandes empresas à frente das necessidades dos indígenas (FERNANDES, 2014).

Tais violações se materializam, inclusive, em Projetos de Lei, Decretos, Portarias que questionam e ameaçam direitos indígenas, como é o caso da PEC 215/2000, que objetiva passar para o Congresso Nacional a competência exclusiva para aprovação de demarcação das terras indígenas e a ratificação das demarcações já homologadas; e o Projeto de Lei Complementar n. 227/2012, que define os bens de relevante interesse público da União para fins de demarcação de Terras Indígenas, sem observância de qualquer mecanismo de consulta pública aos interessados (DINO, 2014).

Evidentemente, para atender aos interesses de ruralistas, empresas mineradoras, latifundiários, madeireiros e outros grupos que historicamente exploram e invadem terras indígenas e quilombolas (FERNANDES, 2014).

A questão indígena e quilombola está muito vinculada à terra, aos direitos sobre a terra e territórios essenciais para estes povos. Porém, seus direitos sofrem constantes ameaças por que contrariam interesses econômicos, como a exploração de recursos naturais e energéticos localizados nas terras que tradicionalmente ocupam, ou mesmo empreendimentos em seus territórios, ou nas proximidades que impacte o meio ambiente no qual muitas destas comunidades têm seu modo de vida integrado.

Assim, o passivo da degradação ambiental recai de maneira mais forte em cima destes povos, como no caso dos desmatamentos, no uso abusivo de agrotóxico ou em obras, como Belo Monte[5], que causam injustiça ou racismo ambiental:

> Por justiça ambiental, portanto passou-se a entender, desde as primeiras lutas que evocaram tal noção do início dos anos 80, o conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo. Complementarmente, entende-se por injustiça ambiental a condição de existência coletiva própria a sociedades desiguais onde operam mecanismos sociopolíticos que destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, segmentos raciais discriminados, parcelas marginalizadas e mais vulneráveis da cidadania (ACSERALD, 2004).

Nesses conflitos, o direito de consulta e manifestação assegurados aos povos indígenas pela Convenção 169 da OIT e pela CF/88 quanto às decisões que possam lhes atingir, são ignorados, restando frustradas as expectativas acerca das inovações contidas nas disposições da Convenção, faltando, portanto, efetividade. Antes que a Convenção 169 fosse ratificada, a própria CF/88 havia inovado em relação à proteção dos direitos dos povos indígenas, mas pouco se avançou, apesar do ingresso da Convenção 169 no ordenamento jurídico brasileiro (WAGNER, 2014).

Importa reconhecer, essencialmente, que estes povos possuem o “direito de ter direito”. Reconhecer que eles são sociedades complexas e auto-suficientes e possuem organização social, cultura, crenças, tradições, princípios éticos, valores e, portanto, direito próprios (SANTOS, 2005).

[5] Refere-se aqui da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte no curso do Rio Xingu.

Entretanto, este reconhecimento não é pleno, deve se dar, segundo a OIT, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos (art. 8º, 2 da Convenção 169).

Tal dispositivo representa uma contradição dentro da própria Convenção, já que os direitos fundamentais/humanos são valores estabelecidos com base na cultura europeia moderna. É incoerente afirmar a esses povos o direito ao reconhecimento de suas culturas e impor-lhes submissão aos direitos humanos tal qual concebidos no ocidente (SANTOS, 2005).

Valores como o respeito à natureza, solidariedade, fraternidade, cooperação e comunidade fazem partem de culturas indígenas milenares e não estão contemplados no art. 5º da CF/88, que congrega os direitos e garantias fundamentais. Já, valores tidos com direitos fundamentais, como a propriedade privada e a herança, não compõem o imaginário indígena no mesmo sentido que concebemos (SANTOS, 2005).

Na prática, a aplicação do direito consuetudinário é permitida se estiver em conformidade com os direitos humanos "europeus" e ao sistema jurídico do país em que se encontram. Ou seja, uma comunidade pode ser autônoma, ter sua cultura, organização social, crenças, tradições e costumes reconhecidos, mas não possuem autonomia para regular suas relações (SANTOS, 2005).

No mesmo ponto em que garante força normativa aos ordenamentos indígenas (art. 8º, item 1) a Convenção contraditoriamente estabelece como limitador desses ordenamentos a compatibilidade "com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional", bem como "com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos".

Maior a contradição quando o art. 5º da Convenção estabelece que ao se aplicar os dispositivos convencionais deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprias e ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos.

O problema é que, a despeito destas contradições, a justiça brasileira vem interpretando e decidindo em desfavor dos indígenas, quilombolas e outros povos tradicionais (SANTOS, 2005).

O art. 231 da CF/88 é claro ao reconhecer "aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições". E ao reconhecer a organização social, os

costumes, as crenças e tradições desses povos, a Constituição assegura o reconhecimento de seu direito.

São, portanto, livres para produzi-lo e autônomos para aplicá-lo, a menos que envolva indígenas e não-indígenas, quando o Estado pode atuar, ainda assim, respeitando seus costumes, línguas, crenças e tradições (SANTOS, 2005).

Sabe-se que, na prática, as consultas e a participação dos povos originários e tradicionais na tomada de decisões por parte do poder público, tem sido mais simbólicas do que fáticas.

Aqui indaga-se: se não há efetiva participação destes povos e se as decisões que acabam sendo tomadas não representam seus interesses, como coibir o Estado a dar cumprimento à Convenção 169?

A prática de consultas simbólicas dar-se por interesses econômicos que terminam por instrumentalizar, também, a órgãos e instituições públicas. Estas reiteradas condutas do Estado brasileiro terminam por inviabilizar a escuta de boa-fé dos povos originários e tradicionais.

O Governo Temer ainda publicou, por meio do Ministério da Justiça, uma portaria que cria Grupo de Trabalho que visa assimilação dos indígenas. Quer dizer, não se trata de uma consulta a diferentes, pretende-se retirar as concepções diferentes, anular as posições diversas para poder impor uma visão única, numa conduta antidemocrática:

> O Diário Oficial de hoje publica, na Seção 2, página 49, a Portaria 541, assinada pelo ocupante do Ministério da Justiça no dia 6 de julho. Através dela, Torquato Jardim institui Grupo de Trabalho para "formular propostas, medidas e estratégias que visem à integração social das comunidades indígenas e quilombolas". "Integração" pode ser uma palavra com várias leituras, é verdade. Mas, no que se refere a "comunidades indígenas e quilombolas", ela em geral aparece associada a ideias anteriores à promulgação da Constituição de 1988. Aliás, bem de acordo com o ideário e as práticas do atual (des)governo, é verdade (PACHECO, 2017).

O Brasil, historicamente, sempre tratou os indígenas e povos tradicionais, na maioria das vezes, como um empecilho ao seu desenvolvimento. Todavia, no atual momento sociopolítico se intensificam propostas e medidas que visam desconsiderar a opinião e direitos destes povos em benefícios de setores minoritários da sociedade, e o marco temporal estabelecido pelo STF no caso Raposa Serra do Sol, é exemplo disso.

4. O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A definição por parte do STF do marco temporal para demarcação de terras indígenas no caso Raposa Serra do Sol, é exemplo clássico de uma decisão judicial contrária aos interesses e direitos desses povos e contrária a própria Constituição Federal. Com essa delimitação, a questão territorial sofre mais um rebote. Segundo o STF, os indígenas e quilombolas só possuem direito às terras que estivessem ocupando em 5 de outubro de 1988, quando promulgada a Constituição Federal[6].

A incoerência do marco temporal é espantosa. Com exceção da primeira Constituição de 1891, todas as Constituições da República respeitaram o território dos povos indígenas. Estas populações, por vezes, não se encontravam precisamente em 1988 em suas terras, por terem sofrido violações até mesmo por parte do poder público.

Além disto, a legislação da época não dava autonomia aos povos indígenas para requererem diretamente seus direitos, obrigando-os a serem representados pela FUNAI e, por alguns anos após promulgação da Constituição de 1988, o próprio Judiciário corroborava com este entendimento.

Instituições como Defensoria Pública e Ministério Público Federal já se posicionaram contra a adoção deste critério de reconhecimento do direito à terra. Todavia, o que aqui é válido ressaltar é que este entendimento está sendo adotado sem ouvir as comunidades que serão impactadas.

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil- APIB e outras organizações dos povos originários já se manifestaram contra este posicionamento[7]. As organizações quilombolas também se colocam contra e se articulam junto com os indígenas[8].

O Poder Judiciário age como se o dever de consulta se restringisse às manifestações nos autos. Entretanto, a Corte Interamericana já entendeu que em casos que possam atingir parte do território, não será suficiente apenas a consulta, sendo necessário o consentimento. Tal entendimento adveio do caso Saramaka vs. Suriname:

---

[6] Ver: PET 3388/RR do STF.

[7] A Nota Pública da APIB sobre a tese do marco temporal está disponível em: <https://www.cese.org.br/nota-publica-da-apib-sobre-a-tese-do-marco-temporal-que-antecipa-os-efeitos-da-pec-21500/>.

[8] Ver: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=8888>.

> O Tribunal considera que, no caso dos planos de desenvolvimento ou investimento em larga escala que teria um grande impacto no território Saramaka, o Estado tem a obrigação não só para consultar com o Saramaka, mas também para obter o consentimento livre, prévio e informando-os de acordo com seus costumes e tradições. (...)[9] (tradução livre)

O marco temporal é bem mais gravoso, pois não só atinge parte de territórios, mas todo o território de diversos povos. Na verdade, será uma anistia ao Estado brasileiro, seus governantes, por não cumprirem a própria Constituição de 1988 quanto à demarcação das terras indígenas (art. 231, da CF) e quilombolas (art. 68 dos ADCT), à inobservância do prazo de 5 (cinco) anos para a demarcação das terras indígenas (art. 67 dos ADCT).

Estão presentes, portanto, todas as condições para apresentação de denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

> Antes de apresentar uma queixa, devem-se cumprir três condições: Primeira, o Estado acusado deverá ter violado um dos direitos estabelecidos na Convenção Americana ou na Declaração Americana; Segunda, deverá o queixoso ter esgotado todos os recursos legais disponíveis no Estado onde ocorreu a violação, e a petição à Comissão deverá ser apresentada dentro dos seus meses da data da decisão final sobre o caso pelo tribunal correspondente ("esgotar os recursos" significa que, antes de recorrer à Comissão, o caso deverá ter sido apresentado aos tribunais de justiça ou às autoridades do país de que se trate, sem que se tenham obtido resultados positivos); e terceira, a queixa não deverá estar pendente de outro procedimento internacional (DHNET).

Todavia, importante registrar o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso, do STF, contrário a adoção do marco temporal, entendimento este compartilhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Em recente julgamento da ACO 362 e da ACO 366[10], Barroso reconheceu que os parâmetros do caso Raposa Serra do Sol somente se aplicavam àquela ação. Para ele, as terras indígenas podem sim ser reconhecidas mesmo que os povos não estivessem nelas em 1988, até porque, podem ter sido retirados à força: "Não deixaram suas terras voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo" (RAMOS; LIMA, 2017).

---

[9] Ver: <http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=288>.

[10] As íntegras do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, nas respectivas Ações Civis Ordinárias podem ser acessadas diretamente no link "Notícias do STF" do dia 16 de agosto de 2017.

A falta da escuta decorre em violação de diversos direitos postos na Convenção Americana de Direitos Humanos, tais como: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (de ser tratado legalmente como pessoa); direito à vida; direito a tratamento humano, incluindo o direito de não ser submetido a tratos ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes; proibição da escravidão; direito à liberdade pessoal; direito de reunião; direito à proteção da família; direito ao nome; direito da criança; direito a nacionalidade; direito a propriedade privada; direito de circulação e residência; direito a participar no governo; direito a igual proteção da lei; direito a proteção judicial contra violações dos direitos fundamentais.

E a Convenção 169 determina que os governos devem assumir a responsabilidade por proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade; assegurar condições de igualdade de direitos em relação aos demais membros da população e promover a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições (art.2º).

Devem ainda, e primordialmente, garantir sua participação na formulação de políticas públicas e o direito a serem consultados previamente à tomada de decisões com potencial de afetá-los diretamente. O Estado nem preciosa violar os direitos desses povos, a simples omissão gera inúmeros prejuízos de cunha irreparável.

Os povos indígenas, as comunidades de pescadores artesanais, os seringueiros, os pequenos produtores rurais, os quilombolas e tantos outros perdem sua identidade, seu território, seus meios de viver e de se reproduzir. Muitos passam a depender de programas sociais compensatórios ou partem para a economia informal, para o biscate e para o mundo do crime, são destroços de um tipo de genocídio cultural. Seu desaparecimento empobrece o Brasil e o mundo. (LEROY, 2010)

Por muito tempo existiu uma prática de assimilação e aculturação das comunidades indígenas, o que hoje é condenável. Sua forma de vida foi e é, por muitos, considerada empecilho ao desenvolvimento. O seu território é violado desde o Brasil Colônia passando pelo Regime Militar, até os dias de hoje.

O governo Dilma mitigou a importância da FUNAI, batendo recorde negativo de demarcações e realizando obras que violaram os direitos indígenas, como a usina hidrelétrica do Pará. Já o governo Temer, após sua base aliada tentar emplacar dois generais do Exército no comando da Funai, o órgão foi assumido por indicação do

partido de centro-direita Partido Social Cristão - PSC, e o Ministério da Justiça baixou uma portaria que, na prática, ameaça processos de demarcação em fase mais avançada ao criar o um "grupo de trabalho" não previsto na lei em vigor (VALENTE, 2017).

Inclusive, a Advocacia Geral da União elaborou parecer[11] para adoção do marco temporal, ao que povos indígenas já rechaçaram formalmente:

> Lideranças indígenas protocolaram documentos hoje (17) exigindo do governo federal a revogação do Parecer nº 01/2017 da Advocacia-Geral da União (AGU), publicado em julho. O parecer, elaborado pela AGU assinado por Michel Temer, pretende obrigar todos os órgãos do Executivo a aplicar o marco temporal e as condicionantes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no caso Raposa Serra do Sol a todas as demarcações de terras indígenas.
> Motivados pela decisão do STF no julgamento das Ações Civis Ordinárias (ACOs) 362 e 366, ocorrido ontem, indígenas dos povos Tupinambá, Pataxó Hã-Hã-Hãe, Guarani, Kaingang e Xokleng, realizaram cantos em frente ao Palácio do Planalto, ao Ministério da Justiça e à AGU, em Brasília, enquanto lideranças protocolavam documentos exigindo que o Parecer nº 01/2017 – GAB/CGU/AGU seja revogado.
> No julgamento de quarta, o STF negou, por oito votos a zero, o pedido de indenização do estado de Mato Grosso pela criação do Parque Indígena do Xingu, em 1961, e a demarcação de áreas na década de 1980 que, segundo aquele estado, seriam de sua propriedade.
> Os ministros e ministras reafirmaram, com a decisão, os direitos originários dos povos indígenas e o indigenato, em referência à longa história de reconhecimento formal do direito dos povos indígenas às suas terras no Brasil, em diferentes constituições e em legislações que remontam ao período colonial (MIOTTO, 2017).

A política indigenista não pode ficar à mercê de cada governo e suas concepções de desenvolvimento que, na maioria das vezes, atende a interesses empresariais e pouco faz pelas minorias.

As denúncias junto aos Tribunais de Direitos Humanos, apesar do tempo que levam na solução dos conflitos, podem servir para constranger os Estados na esfera internacional e, assim coibir novas violações. Possibilitar a participação social dos povos tradicionais, especialmente, consultando-os previamente em assuntos que os afetem, é um direito que lhes cabe, mais ainda, uma obrigação do Estado. Passou da hora do Estado brasileiro assumir a responsabilidade que lhe cabe na proteção dos direitos desses povos.

[11] O Parecer está publicado no site da AGU: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1552758>.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A participação social dos povos indígenas e os processos de consulta prévia estão assegurados pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT. No entanto, é possível perceber que a Convenção, apesar de ser o primeiro documento a tratar dos diretos dos indígenas, é orientada por valores ocidentais da supremacia do direito estatal e dos direitos humanos. Não seria um problema se o olhar que se quisesse dar aos direitos humanos não fosse o olhar europeu do que sejam e para quem sejam os direitos humanos.

Olhar para os povos indígenas tendo como base os costumes ocidentalizados é no mínimo incoerente e retira deles a sua própria humanidade, na medida em que não considera seus costumes, tradições e modos de vidas quando se discutem os seus direitos ou a retirada deles.

Os povos originários e tradicionais possuem o direito de participar da tomada de decisões que os atinjam, devem ter o direito de serem ouvidos e considerados em suas demandas, independente destes direitos estarem protegidos constitucionalmente ou pelas normas internacionais de proteção aos direitos humanos, mas por força de algo maior que as leis possam enunciar, pela preservação de sua existência, pela sua história, sua continuidade, pelos massacres e abusos sofridos.

Nesse sentido, corrobora-se o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Saramaka vs. Suriname, onde para casos mais gravosos a consulta não é suficiente, precisa de consentimento.

Ocorre que, propostas e medidas administrativas e legislativas se somam atualmente no Brasil sem realizar tal consulta. Algumas tão graves, como a de integração ou aniquilação da cultura, como verifica-se na Portaria nº 541/2017 do Ministério da Justiça.

Mas o mais grave é o Poder Judiciário não cumprir seu papel de controle, ao contrário, corroborar com as violações ao adotar o entendimento de que indígenas e quilombolas deveriam em 05 de outubro de 1988 estarem na posse dos territórios que reivindicam.

Estes povos, acima de tudo, encontram-se em situação de vulnerabilidade, precisam de proteção do Estado, mas este age, sistematicamente de forma contrária. O respeito a autonomia para decidirem por si, dando-lhes as informações necessárias,

respeitando as linguagens e visões diferenciadas, faz-se necessário. Assim, estará se dando o primeiro e efetivo passo para o reconhecimento destes povos como sujeitos de direitos.

Portanto, a iniciativa do Judiciário Brasileiro em impor um marco temporal para o reconhecimento do direito ao território, são temas que precisam ser discutidos com a máxima urgência.

Recorrer aos tribunais internacionais de direitos humanos não é a solução para este e outros problemas, mas é um caminho que precisa ser considerado.

6. REFERÊNCIAS

ACSERALD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). **Justiça Ambiental e Cidadania.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, Fundação Ford, 2004.

APIB. **Nota Pública sobre a tese do marco temporal que antecipa os efeitos da PEC 215/00**. Disponível em: <https://www.cese.org.br/nota-publica-da-apib-sobre-a-tese-do-marco-temporal-que-antecipa-os-efeitos-da-pec-21500/>. Acesso em: 19.08.2017.

BRASIL. AGU. Parecer nº01/2017. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1552758>. Acesso em 19.08.2017.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 215/2000**. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?tipoproposicao=PEC+-+Proposta+de+Emenda+%C3%A0+Constitui%C3%A7%C3%A3o&data=23%2F07%2F2017&page=false&numero=215&ano=2000>. Acesso em: 19.08.2017.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PLP 227/2012**. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?tipoproposicao=PLP+-+Projeto+de+Lei+Complementar&data=23%2F07%2F2017&page=false&numero=227&ano=2012>. Acesso em: 19.08.2017.

BRASIL. PALÁCIO DO PLANALTO. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19.08.2017.

BRASIL. PALÁCIO DO PLANALTO. **Decreto nº 6.040/2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov ccivil.br/ _03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm>. Acesso em: 19.08.2017.

BRASIL. STF. **Condições para Demarcação das Terras Indígenas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>. Acesso em: 19.08.2017.

BRASIL. STF. **PET 3388/RR**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Acesso em: 19.08.2017.

BRASIL. STF. **Voto do Relator ACO 362 e ACO 366**. Disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=352624&caixaBusca=N>. Acesso em 19.08.2017.

BRASIL. Terra Raposa Serra do Sol. In: **Terras Indígenas no Brasil**. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3835>. Acesso em: 19.08.2017.

CÁRCERES, Luis Stella Rodríguez. Direitos Territoriais e mapeamento participativo na América Latina. In: CÁRCERES, Luis Stella Rodríguez; ACSERALD, Henri (orgs). **Cartografia Social e dinâmicas territoriais: marcos para o debate.** Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional, 2010.

CIMI REGIONAL SUL. Indígenas e quilombolas protestam no TRF-4 (RS) contra o Marco Temporal e são recebidos por desembargadora. In: **Conselho Indigenista Missionário**. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=8888>. Acesso em: 19.08.2017.

DHNET**. Cartilha de Direitos Humanos: como apresentar de núncias no sistema interamericano.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/mundo/oea/cartilhas/oea1/index.html#1>. Acesso em: 19.08.2017.

DINO, Natália Albuquerque. Entre a Constituição e a Convenção n. 169 da OIT: o direito dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia como uma exigência democrática. In: **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, n. 42-43, p. 481-520, jan./dez. 2014. Disponível em <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/entre-a-constituicao-e-a-convencao-n-169-da-oit-o-direito-dos-povos-indigenas-a-participacao-social-e-a-consulta-previa-como-uma-exigencia-democratica>. Acesso em 19.08.2017.

DUSSEL, Henrique. **Filosofia da Libertação: Crítica à ideologia da exclusão.** São Paulo: Paulus, 2011.

FERNANDES, Rosani de Fatima. **Povos Indígenas, Convenção 169 da OIT e o direito à educação escolar indígena**: desafios à autonomia, especificidade e qualidade no estado do Pará. Trabalho apresentado na 29ª Reunião Brasileira de Antropologia. Natal, 2014. Disponível em: <http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1401982493_ARQUIVO_ArtigocompletoRBARosanideFatimaFernandes.pdf>. Acesso em 19.08.2017.

LEROY, Jean Pierre. **Territórios do futuro: educação, meio ambiente e ação coletiva.** Rio de Janeiro: Lamparina, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua Aplicação sob a Perspectiva do Princípio Pro Homine. In: **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 152. p. 11-34. jul/ago. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/50181/013_mazzuoli.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19.08.2017.

MIOTTO, Tiago. Após vitória, indígenas exigem que Temer respeite decisões do STF e revogue parecer sobre demarcações. In: **Conselho Indigenista Missionário**. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=9436&action=read>. Acesso em: 19.08.2017.

OEA. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=288>. Acesso em: 19.08.2017.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 19.08.2017

PACHECO, Tania. **Ministro da Justiça baixa Portaria para "integração social das comunidades indígenas e quilombolas".** Disponível em: <http://racismoambiental.net.br/2017/07/10/ministro-da-justica-baixa-portaria-para-integracao-social-das-comunidades-indigenas-e-quilombolas/>. Acesso em: 19.08.2017.

RAMOS, Beatriz Drague; LIMA, José Antonio. Por que o debate do marco temporal é tão importante para os indígenas. In: **Revista Carta Capital**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/por-que-debate-do-marco-temporal-e-tao-importante-para-os-indigenas>. Acesso em: 19.08.2017.

RAMOS, Christian; ABRAMO, Laís. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/convencao-169-e-o-instrumento-para-inclusao-social-dos-povos-indigenas>. Acesso em: 19.08.2017.

SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Pluralismo, Multiculturalismo e Reconhecimento: uma análise constitucional dos direitos dos povos indígenas ao reconhecimento. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. vol. 43, 2005. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7050>. Acesso em: 19.08.2017.

WAGNER, Daize Fernanda. Dez Anos Após a Entrada em Vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade. In: **Direito Internacional dos Direitos Humanos II**: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI. p. 247-263. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/ficha/196.pdf>. Acesso em: 19.08.2017.