

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS II**

BRUNO MANOEL VIANA DE ARAUJO

KIWONGHI BIZAWU

MARGARETH ANNE LEISTER

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bruno Manoel Viana De Araujo, Kiwonghi Bizawu, Margareth Anne
Leister – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-100-5 2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional .
3. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder
Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

A tarefa de promover o conhecimento, de estimular valores e de desenvolver a pesquisa não é nada simples. Sua complexidade decorre de uma imensidão de fatores, inúmeras dificuldades para a superação de entraves que marcam as determinantes do processo de produção do conhecimento.

O presente livro é composto por vinte e seis artigos, que foram selecionados por pareceristas .

Os autores apresentaram suas pesquisas no Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos, e suas conclusões foram objeto de amplo debate, no qual coordenadores, autores e a comunidade científica presente puderam contribuir com a pesquisa.

Em linhas gerais, o primeiro debate girou em torno do ser humano como sujeito do direito internacional e as doutrinas relativismos e universalistas.

No segundo debate, foram abordados temas como paz Internacional, ingerência ecológica e liberdade religiosa.

O terceiro debate deve como foco o sistema interamericano de direitos humanos, mais especificamente a Corte Interamericana e os tratados internacionais de proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais.

O quarto debate tratou da condição dos refugiados e a imigração no Brasil.

Ainda, foram abordados temas variados como: violação aos direitos humanos da mulher, do idoso e o controle de convencionalidade.

Desse modo, o artigo de Renata Albuquerque Lima , Carlos Augusto M. de Aguiar Júnior analisa as consequências da proteção internacional dos direitos humanos, verificando-se a necessidade de compreender o valor do indivíduo no cenário internacional, bem como a necessidade de refletir sobre o conceito de soberania historicamente construído. Quanto ao artigo de lavra de Helena Cristina Aguiar De Paula Vilela, tem por objetivo investigar se a pessoa humana é sujeito de direito internacional, sob o abrigo da cidadania, e a partir de que

momento foi possível considerar tal afirmação. No mesmo diapasão se situam Gustavo Bovi Gonçalves , Pedro Henrique Oliveira Celulare ao apresentarem uma discussão sobre o conceito de Estado soberano ante a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos sob a ótica do relativismo cultural. Sabrina Nunes Borges , Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy fazem um estudo sobre o surgimento dos direitos humanos como resposta ao abuso e desrespeito praticado pelo homem contra o próprio semelhante. Já Frederico Antonio Lima De Oliveira , Alberto de Moraes Papaléo Paes instigam o espaço da Revista Ensino como um instrumento dialético através da possibilidade de crítica e réplica, apostando numa visão universalista dos direitos humanos.

Para Késia Rocha Narciso , Roseli Borin, numa linguagem poética, a Paz internacional est vista como como direito humanona ótica do efeito borboleta. Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio , Rafael Figueiredo Fulgêncio examinam a violência soberana positivada através das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que estabelecem sanções aplicáveis ao Talibã e à Al-Qaeda, como diplomas jurídicos. Luiza Diamantino Moura aborda a construção da noção da ingerência ecológica como instrumento jurídico para salvaguardar o ambiente dos danos ecológicos. Rafael Zelesco Barretto comenta a relação entre a Sharia, ou lei islâmica, e a liberdade religiosa, enfatizando a possibilidade de múltiplas interpretações das principais fontes deste ordenamento jurídico. Jahyr-Philippe Bichara apresenta uma reflexão sobre imigração e direito internacional, abordando um aspecto jurídico mais complexo da imigração, partindo da soberania dos Estados. Aline Andrighetto destaca em seu artigo os Pactos Internacionais protetores de grupos sociais minoritários, demonstrando a efetividade do compromisso assumido pelos países signatários. Gilda Diniz Dos Santos em belo texto ressalta a jurisprudência internacional e tratados internacionais de direitos humanos contribuindo para efetivação dos direitos humanos do trabalhador. O artigo de Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento , Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento examina a questão atinente ao acesso direto dos indivíduos perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Clarice Gavioli Boechat Simão "analisa o processo de regionalização da proteção dos direitos humanos, abordando suas justificativas e progressos obtidos, notadamente a partir da ótica interamericana, com suas peculiaridades." Débora Regina Mendes Soares faz "uma análise acerca de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais de grupos vulneráveis integrarem o núcleo duro de normas universais e cogentes identificadas pelo Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos como Jus Cogens, especificamente no âmbito da seara da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos." Maria Lucia Miranda de Souza Camargo analisa a responsabilidade do Estado brasileiro frente às violações de direitos humanos ocorridas no país, em razão dos casos que passaram a ser julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Geraldo Eustaquio Da Conceição analisa o instituto do refúgio no Brasil, partindo das Declarações da ONU e da

legislação brasileira sobre o tema. Cecilia Caballero Lois e Julia de Souza Rodrigues escrevem sobre as deliberações das reuniões ordinárias e extraordinárias realizadas no Conselho nacional de Imigração no período compreendido entre 2013 e 2014, para compreender melhor a formulação dos principais mecanismos criados pelo governo brasileiro para regular a permanência de nacionais haitianos por razões humanitárias no Brasil. Erica Fabiola Brito Tuma e Mariana Lucena Sousa Santos tecem críticas contra duas decisões de diferentes cortes acerca do respeito, proteção e aplicação do direito à saúde. Lino Rampazzo e Aline Marques Marino procuram discutir a situação da migração interna no Brasil dentro da Lei nº 6.815/1980, denominada Estatuto do Estrangeiro, tomando como referência os projetos de lei em trâmite nas Casas Legislativas (PL nº 5.655/2009 e PL nº 288/2013) à luz do direito internacional e da Constituição brasileira de 1988, resgatando, para tanto, o princípio da dignidade humana. Artenira da Silva e Silva Sauaia e Edson Barbosa de Miranda Netto analisam "as interpretações explicitadas nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão acerca da Lei Maria da Penha em sede de Conflitos de Competência." Antonio Cezar Quevedo Goulart Filho faz apontamentos críticos às violações de direitos humanos dos idosos. Igor Martins Coelho Almeida e Ruan Didier Bruzaca estudam o direito de consulta prévia na América Latina, tendo em vista o exemplo colombiano e as perspectivas para o Brasil. Valdira Barros estuda a eficácia dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, tendo por referencial empírico o chamado caso dos meninos emasculados do Maranhão, analisando-se a denúncia internacional apresentada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos sobre o caso. A seu turno, Joao Francisco da Mota Junior indaga a implementação da LAI pelos estados federados e a violação ao pacto San Jose de Costa Rica. João Guilherme Gualberto Torres e Geovany Cardoso Jevaux apresentam o ensaio intitulado "Ensanchas de um controle de convencionalidade no Brasil: três casos sob análise." Cassius Guimaraes Chai e Denisson Gonçalves Chaves abordam o Controle de convencionalidade das leis no contexto jurídico brasileiro, expondo, quanto à sua aplicabilidade, suas tipologias e delimitações teóricas e práticas.

O DIREITO DE CONSULTA PRÉVIA NA AMÉRICA LATINA: O EXEMPLO COLOMBIANO E AS PERSPECTIVAS PARA O BRASIL

THE RIGHT TO PRIOR CONSULTATION IN LATIN AMERICA: THE COLOMBIAN EXAMPLE AND PROSPECTS FOR BRAZIL

**Igor Martins Coelho Almeida
Ruan Didier Bruzaca**

Resumo

A Convenção n. 169 da OIT, que trata dos povos indígenas e tribais, acordada pelos países em 1989, representou um marco no sistema de proteção jurídica dos povos indígenas, pois rompeu com o paradigma que alicerçava a Convenção n. 107 de caráter assimilacionista. Assim, este trabalho objetiva refletir, inicialmente, sobre a experiência colombiana de internalização e regulamentação da Convenção nº 169 da OIT, em especial, o direito de consulta prévia, a partir das decisões da Corte Suprema. O caso colombiano é aqui analisado tendo em vista a sua relevância no contexto dos países sul americanos. Tomar a Colômbia como reflexão, auxilia as nossas recentes pretensões, sobretudo quando o governo brasileiro atua no sentido de regulamentação do direito de consulta prévia, alegando uma maior garantia aos direitos dos povos indígenas e tribais no Brasil.

Palavras-chave: Internalização da convenção, Consulta prévia, Regulamentação

Abstract/Resumen/Résumé

The Convention No. 169 of the ILO, which deals with indigenous and tribal peoples, the countries agreed in 1989, was a milestone in the legal protection of indigenous peoples system because they broke with the paradigm the Convention n. 107 of assimilationist character. Thus, this work aims to reflect initially on the Colombian experience of internalization and regulation of Convention 169 of the ILO, in particular the right to prior consultation, as of Supreme Court decisions. The Colombian case is analyzed here in order of their relevance in the context of South American countries. Taking Colombia as reflection, helps our recent claims, especially when the Brazilian government acts to regulate the right to prior consultation, claiming a better guarantee the rights of indigenous and tribal peoples in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Internalization of the convention, Prior consultation, Regulations

Introdução

O direito de consulta prévia foi introduzido como direito fundamental de povos indígenas e tribais a partir da aprovação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua 76ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1989, fruto do resultado de um processo de mudança de paradigma sobre a proteção de povos indígenas e tribais. A partir das décadas de 1960 e 1970, passou-se a reconhecer a autonomia e a autodeterminação desses povos, e a consulta prévia segue essa linha, dando a esses povos a possibilidade de definir os rumos que entender necessários ao seu desenvolvimento.

Como objetivo primordial deste trabalho, cabe refletir sobre o do direito de consulta prévia na Colômbia, a partir de uma análise crítica, e as discussões recentes em torno da necessidade de regulamentação desse direito no Brasil. O caso colombiano é aqui analisado tendo em vista a sua relevância no contexto dos países sul americano. Tomar a Colômbia como reflexão, auxilia as nossas recentes pretensões, sobretudo quando o governo brasileiro atua no sentido de regulamentação do direito de consulta prévia, alegando uma maior garantia aos direitos dos povos indígenas e tribais no Brasil¹.

Em um primeiro momento serão traçadas linhas introdutórias a respeito da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)². Sobre a Convenção nº 169, vamos recuperar as discussões que nortearam a sua proposição em substituição a Convenção nº 107 e os distintos posicionamentos, que se antagonizavam entre integração-assimilação ou não, bem como a sua importância para os povos indígenas e tribais na América Latina. Merece destaque o processo de internalização da Convenção nº 169 OIT nos países da América Latina ao longo da década de 1990. Boa parte desses países vinha de um longo período de regimes autoritários, de notável caráter ditatorial, sem qualquer compromisso com a afirmação de direitos dos povos ancestrais. A retomada do regime democrático nesses países possibilitou uma tentativa de resgate da histórica e da cultura desses povos, bem como a afirmação e efetividade dos seus direitos. Importa destacar também o grau de organização e visibilidade que esses movimentos vinham ganhando ao longo das últimas décadas, o que contribuiu para a construção de documentos internacionais sobre tais povos (a própria Convenção nº 169 da OIT é exemplo disso), bem como do reconhecimento constitucional da existência, da cultura e dos direitos territoriais desses povos.

¹ Importa salientar que no Brasil não existem povos tribais. Nesse sentido, o significado “tribal” deve ser considerado “lato sensu” envolvendo os grupos sociais emergentes organizados em movimentos sociais (como: os seringueiros, quebradeiras de coco, faxinalenses, catadoras de mangaba, comunidades de fundo de pasto, dentre outros) (cf. SHIRAIISHI NETO, 2010).

² A Convenção nº 169 da OIT foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

Na segunda parte do artigo, será debatido o contexto de internalização da Convenção nº 169 OIT na Colômbia. Com a incorporação do direito de consulta prévia, iniciaram-se as manifestações da corte constitucional daquele país sobre sua constitucionalidade e efetividade, sendo apresentado um panorama sobre as principais decisões da Corte Suprema daquele país sobre o direito de consulta prévia, bem como uma visão sobre a atual situação desse direito naquele País, inclusive discutindo uma proposta de regulamentação apresentada pelo governo colombiano. Nesse sentido será possível perceber como se deu o avanço no processo de discussão e incorporação (tanto legislativamente quanto no seio dos movimentos indígenas e demais povos afrodescendentes) do tema.

Por fim, realiza-se uma análise crítica envolvendo as discussões em torno do processo de regulamentação do direito de consulta prévia no Brasil envolvendo os povos indígenas e tribais.

A ideia de construção desse trabalho surge a partir dos trabalhos profissionais e acadêmicos desenvolvidos com indígenas e quilombolas no Maranhão e da necessidade da autoafirmação desses povos frente a expansão na implementação de projetos desenvolvimentistas que atingem diretamente os territórios de diversas etnias e comunidades. Ademais, o debate é atual no cenário nacional por conta da intenção do governo brasileiro em regulamentar o direito de consulta prévia no país.

1 A Convenção 169: pequeno resgate histórico

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 internacional. Rompe com a lógica integracionista, protecionista e paternalista da Convenção nº 107, atendendo assim aos 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 Indígenas³ e da Convenção sobre o genocídio⁴.

³ 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).

⁴ Ratificada pelo Brasil por meio da Lei nº 2.889, de 1.º de outubro de 1956.

Em que pese mais de 24 anos de aprovação da Convenção nº 169, apenas 22 países ao redor do mundo ratificaram o instrumento.⁵ A Convenção nº 189⁶, adotada apenas em 2011 pela OIT, já foi ratificada por 13 países.⁷ Chama atenção a 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, *acréscimos nossos*), “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”.

Contudo, um dos mecanismos mais importantes de participação popular inseridos no nosso ordenamento jurídico é o Direito de Consulta Prévia, estabelecido pela Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, da OIT. A referida Convenção, primeiro instrumento normativo vinculante para tratar de direitos dos povos indígenas e tribais, foi adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1989.

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 20, tendo em vista uma preocupação com o trabalho forçado de tais populações⁸ em algumas colônias. Segundo as autoras, isso inclusive levou a OIT a, na adoção da Convenção nº 29⁹ a 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

⁵ 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 (OIT, 2010).

⁶ 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 (OIT, 2013).

⁷ 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.

⁸ Terminologia adotada à época. A partir da Convenção nº 107 da OIT, passa-se a adotar a terminologia *povos*.

⁹ 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.

adotada a Convenção nº 107, “concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes.”¹⁰.

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 desenvolvimento, que eram de competência exclusiva dos Estados e não dos povos que pudessem ser afetados (SWEPSTON, TOMEI, 1996, p. 19).

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.

Outros autores também destacam o crescimento do movimento indígena no cenário internacional, incidindo politicamente nas arenas políticas de tomada de decisão. 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 movimentos¹¹.

A emergência desses movimentos 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 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, TOMEI, 1996, p. 20).

¹⁰ 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.

¹¹ 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 (cf. I PUIG, 2011).

A Convenção nº 169 da OIT (e conseqüentemente, o direito de consulta prévia) surge inserido no processo de pós-descolonização dos povos indígenas, Dentro do âmbito dos organismos internacionais, a formação do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas (GTPI)¹² 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 a reprodução física, social, cultural e econômica dos povos indígenas, tendo papel decisivo na criação de desses regramentos. 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 2007¹³. 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 (CLAVERO, 2011, p. 47). Aponta I Puig (2011, P. 83) que, “provavelmente, sem o trabalho do GTPI não apareceria o instrumento jurídico internacional até o momento com mais impacto nos direitos dos povos indígenas” manifestando a importância do grupo na criação da Convenção nº 169 da OIT. Giraud (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.

A efetivação da consulta prévia 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. Claveró (2011, p. 50) aponta que, “[...] a universalidade, como atentado que é às culturas humanas, não produz raramente reações sangrentas, mesmo considerando que a diversidade cultural favorece o interfone com base em direitos comuns, [em direitos] humanos”. 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

¹² 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 (I PUIG, 2011, p. 81)

¹³ Declaração aprovada na 107ª Sessão Plenária, realizada no dia 13 de setembro de 2007 (UN, 2007).

resultado de uma mudança de paradigma que partiu principalmente dos movimentos indígenas na América Latina a partir da década de 1960.

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 (considerado um dos mais garantistas do mundo) tem contribuído sobremaneira nesse processo. Como reflexo desse grande impacto das normas internacionais, Sieder (2011, p. 308) 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 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).

2 A experiência colombiana

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 OIT¹⁴, a Colômbia tem sido um dos países que mais tem avançado no sentido de tentar garantir a efetividade desse direito as comunidades indígenas. Embora não tendo uma legislação consolidada sobre o assunto, o sistema normativo colombiano apresenta diversos elementos que garantem a observância do referido direito.

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.

Neste sentido, importa destacar o texto constitucional quanto a exploração em território indígena, na qual “nas decisões tomadas em relação a essa exploração, o Governo deve incentivar a participação de representantes das respectivas comunidades” (COLOMBIA, 1991, traduziu-se). Nota-se que o dispositivo não faz qualquer referência à vinculação das

¹⁴ Podemos citar aqui os casos a) Corte Interamericana de Direitos Humanos. Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay. Sentença de 29 de março de 2006, e b) Corte Interamericana de Direitos Humanos. Pueblo Saramaka v. Suriname. Sentença de 28 de novembro de 2007.

decisões do Governo ao que for deliberado nessas consultas. Importa também destacar a edição da Lei de Meio Ambiente (Lei nº 99, de 1993), que, em seu artigo 76 dispõe que “as decisões sobre área disciplinar será tomada após consulta com os representantes dessas comunidades” (COLOMBIA, 1993, traduziu-se).

Ao longo da década de 1990 esse processo se intensificou através ainda da edição de leis ordinárias e outros diplomas.¹⁵ 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 (CIDSE, 2007, p. 76).

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: ele não construído com a participação dos principais interessados, ou seja, os povos indígenas e afro-colombianos. Santamaria (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.

O grande desenvolvimento das indústrias mineiras na região andina da América do Sul foi a grande 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 OIT, 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 quando a 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) estabelecer leis e regramentos pertinentes para garantir a efetividade do direito de consulta prévia, com plena concordância com os princípios dispostos nos instrumentos internacionais, e 2) garantir 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 Mena (2012, traduziu-se), 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:

Mais além das decisões constitucionais, os detalhes do respeito pelo direito à consulta não foi refletida nas leis, muito menos regulamentos. A ausência de orientações claras que determinam a forma como essa lei deve ser aplicada deu origem a um número crescente de conflitos entre comunidades, autoridades e empresários. Em promoção de grandes projetos de Infra-estrutura, o direito à consulta é garantido no final, simulados e não representativa, para falar apenas daqueles casos em que esta tenha sido exercidas.

Este cenário apresentado não é muito diferente do que se verifica em um 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 impacto diretamente vários territórios de povos indígenas e comunidades tradicionais, inclusive impedindo a reprodução física 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 internacional, a Corte Suprema colombiana já exarou diversas sentenças (como são chamadas as decisões do pleno na Colômbia) no sentido da exequibilidade do direito e que o mesmo seja observado de 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 atual. Isso ratifica o posicionamento do 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:

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. Se busca 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 (COLOMBIA, 1997, traduziu-se).

Em 2011, a Corte volta a se manifestar, através da Sentença T-129/11. No ponto sobre “O direito fundamental das comunidades étnicas a consulta prévia em relação às obras, projetos e/ou atividades que têm o potencial de afetar seus territórios”, afirma, logo de início que seus precedentes anteriores sobre o tema, em que pese terem sido aplicados majoritariamente em relação a comunidades indígenas, também deverão ser aplicados, por analogia, a todos os povos étnicos que existem na Nação, entre eles os povos negros e palenqueros (COLÔMBIA, 2011).

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

Exceto por motivos de rapidez ou ao fato de que encontrar provas para elucidar que a consulta prévia concretizou-se, ordena-se principalmente, por causa da gravidade das questões estudadas, à suspensão de projetos ou obras que podem afetar ou que afetaram territórios de comunidades étnicas até que a lei não se garantisse a consulta prévia (COLÔMBIA, 2011, traduziu-se).

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 OIT 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 (COLÔMBIA, 2011).

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

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 (COLÔMBIA, 2011).

Santamaria (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.

Sobre o assunto Santamaria (2013, p. 14) afirma:

[...] contra a crise humanitária que afeta os povos indígenas, o cuidado do Estado e as agências de ajuda converte-se em fórmula para colocar as pessoas em situação de dependência. Assim, por exemplo, sobre a crítica situação das famílias em termos alimentares, são dadas práticas de ajuda que não se destinam a criar condições para as pessoas para transformar esta situação. Pelo contrário, por meio do oferecimento de pequenos subsídios, a população se torna dependente de clientelas articulado a poderes políticos locais e a grupos que ao perderem sua segurança alimentar aprofundam a sua condição de vulnerabilidade.

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 étnicos (COLÔMBIA, 2012). 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 OIT. 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 “o fim da consulta é chegar a acordo com os sujeitos coletivos que esta lei se refere, em matéria de medidas que afetam direta e especificamente seus interesses, sem que tal implique a obrigação de obter esse acordo, não um direito de veto por essas pessoas” (COLÔMBIA, 2012).

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.¹⁶ 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 (COLÔMBIA, 2012). Uma estrutura que, de 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.¹⁷

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) (COLÔMBIA, 2014).

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

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

comunidades afetadas, Estado e empresas. Nessas oficinas – além da discussão sobre o 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 colombiana¹⁸.

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:

As atividades necessárias para a manutenção, correção, reabilitação, adaptação, reconstrução de infra-estruturas existentes e atualização das licenças ambientais relevantes, se couberem; No caso de atividades destinadas a garantir o gozo dos direitos fundamentais (COLÔMBIA, 2011, traduziu-se).

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, que causem 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 colombiano¹⁹.

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 exemplo, nos projetos de construção de grandes hidrelétricas, que, com o objetivo de garantir

¹⁸ Artigo 31 do Projeto de Lei.

¹⁹ 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.

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 OIT.

Por fim, anda bem o projeto de lei colombiano quando estabelece, no artigo 38 que aos 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.

Neste compasso, destaca-se o texto do art. 38 do projeto:

Artigo 38. Povos indígenas não contactados ou em isolamento voluntário. O Estado garante o direito dos povos indígenas não contactados ou em isolamento voluntário em permanecer nessa condição e viver livremente de acordo com sua cultura, em seus territórios ancestrais. Por isso, como sujeito à proteção especial, em nenhum caso podem ser apreendidos ou despojados de seus territórios, ou estarão sujeitos às políticas, programas ou ações privadas ou públicas que promovam intervenções de contato ou de conduta no seu território para qualquer finalidade (COLÔMBIA, 2012, traduziu-se).

Mena (2012) faz uma análise do cenário colombiano nos últimos anos sobre a realidade do direito de consulta previa 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 OIT. Segundo o advogado, o que vem acontecendo são 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 e comunidades, de servidores públicos e das empresas sobre o direito de consulta prévia. Além disso, aponta Mena (2012, traduziu-se) como dificuldades e obstáculos verificados:

- A. Empresas que ignoram as instituições do Estado e fazem consultas prévias por conta própria.
- B. Profissionais neoliberais que simplesmente não aceitam como legítima a existência de terras que não têm acesso a capital.
- C. Outros discordam com a proteção de certas sociedades e ambientes e proclamam que a visão extrativa e de interesse geral e coletivo dos colombianos deve ter prioridade sobre o interesse geral e coletivo dos colombianos para proteger algumas pessoas ou comunidades.

D. Empresas procuram a esgueirar-se do risco de objecções étnicas para o projeto e tentam desacreditar as posições radicais que não combinam com a sua visão.

E. Outros mecanismos de corrupção utilizados por um tratamento preferencial aos funcionários públicos, buscando-os em seu tempo livre ou promovendo parte de suas necessidades, entregando presentes e regalias para as comunidades ou seus líderes, como isca para obter apoio para as suas posições.

F. Há empresas que conhecem e respeitam as implicações de garantia e consultas prévias para realizar formalmente.

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 da OIT, das 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 Santamaria (2013). 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.

Trata-se de um debate que é bastante complexo, tendo em vista a diversidade de povos envolvidos (várias etnias indígenas, cada uma com características próprias e populações afro-colombianas), e a necessidade de confrontar com um modelo de desenvolvimento implantado que é, por sua própria natureza, explorador dos recursos naturais presentes nesses territórios. Isso vale também para o Brasil, que adota o mesmo modelo, com uma postura de liderança regional capitaneada pela execução de grandes projetos desenvolvimentistas.

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.

3 Uma análise do projeto e perspectivas para o cenário brasileiro

De acordo com o disposto na Convenção n. 169 OIT, na Constituição colombiana, nas sentenças da Suprema Corte, é possível perceber um legítimo caráter de obrigatoriedade do direito de consulta prévia, sendo fundamental a observância dos princípios nela expostos. As sentenças da Corte Constitucional da Colômbia deixam evidente o caráter de observância do regramento do direito de consulta prévia, sem a obrigatoriedade de um minucioso e detalhado projeto que regule tal direito.

Utilizando-se de um discurso de dar efetividade à convenção internacional, e assim agir a favor dos interesses dos povos indígenas e afrodescendentes daquele país, é possível perceber que a real intenção do governo colombiano através do respectivo projeto de lei é um esvaziamento e enfraquecimento da consulta prévia. A proposição de dispositivos como o artigo 34 e 37 demonstram isso.

Ademais, em um contexto de avanço de grandes projetos por parte de empresas transnacionais e de obras públicas executadas diretamente pelos governos nacionais em países com fortes traços de existência de identidades indígenas e tribais, que atingem diretamente os territórios desses povos e comunidades, faz-se imprescindível que se avance no processo de consolidação democrática e de participação dos sujeitos envolvidos. Não basta apenas consultar. É fundamental que a opinião daqueles que porventura serão afetados possa ter algum valor perante a administração pública. Chegar a um consenso (como quer a Convenção nº 169 OIT) quando as partes envolvidas não se equilibram na balança é uma quase uma ficção jurídica²⁰. Sendo assim, é preciso avançar no sentido de garantir que o processo de consulta tenha algum caráter vinculante aos governos. Os mecanismos de participação democrática não devem apenas ouvir a sociedade, mas devem ser capazes de ouvir os ecos da mesma e extrair todos os seus reclamos e suas posições, dando assim legitimidade às decisões administrativas.

Ressalte-se que se entende salutar o desenvolvimento de mecanismos (leis, normativas, decretos, portarias, planos de trabalho, etc), que possibilitem o pleno exercício do direito de consulta prévia sem quaisquer restrições, e em observância aos seus princípios. Todavia, ressaltamos que qualquer proposição para regulamentação do direito de consulta deverá ser aberto de forma a incorporar as situações múltiplas e complexas envolvendo os povos e comunidades tradicionais, sobretudo pelo fato de que estamos vivenciando um

²⁰ Para uma reflexão crítica sobre a adoção de modelos jurídicos de disputas envolvendo o consenso, consultar: Nader (1994).

processo de reconhecimento da diversidade social brasileira. No contexto em que vivemos, restringir, significa violar direitos fundamentais já consagrados²¹.

O Brasil tem vivenciado um processo de tentativa de diálogo restrito envolvendo os povos indígenas e quilombolas, com objetivo de regulamentar o direito de consulta prévia também previsto no ordenamento brasileiro²², 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 2007). Como tentativa de legitimar o 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 segmentos sociais.²³

Já visto com bastante críticas por não envolver os principais sujeitos, objeto do direito de consulta prévia, o trabalho do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), coordenado pela Secretaria Geral da Presidência da República, ficou ainda mais comprometido 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)²⁴, 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 pelo visto tem esse regulamento como forma de controle dos processos e não como garantia efetiva dos direitos aos povos e comunidades tradicionais do Brasil. O debate é intenso e ainda distante

²¹ Para uma crítica ao processo de regulamentação do direito de consulta no Brasil, consultar Shiraishi Neto (2014).

²² 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).

²³ Nota Pública sobre regulamentação da Consulta Prévia (cf. CONECTAS, JUSTIÇA GLOBAL, 2013).

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 (TERRA DE DIREITOS, 2013).

²⁴ 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 (AGU, 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.

de um consenso entre o Estado Brasileiro e os povos abrangidos pela Convenção nº 169 OIT e suas entidades representativas.

Considerações Finais

O Direito de Consulta Prévia faz parte do ordenamento jurídico brasileiro desde 2004, através do Decreto nº 5051/2004 (BRASIL, 2004). Com o avanço dos grandes projetos de desenvolvimento, impulsionados, em grande parte, por investimentos estatais, o Estado Brasileiro iniciou o processo de regulamentação do direito de consulta prévia. Observa-se que o próprio texto da Convenção 169 OIT não obriga os Estados a realizarem procedimentos normativos de regulamentação do direito de consulta prévia. O artigo 6º da referida convenção é expresso ao afirmar que os “procedimentos apropriados” referem-se àqueles que deverão ser adotados pelo Estado em cada uma das consultas realizadas com distintos povos, respeitando as características sociais e culturais peculiares de cada um. Tornar geral o procedimento do exercício do direito de consulta prévia é desconhecer as identidades de cada um desses grupos.

A experiência colombiana demonstrada através das decisões da Corte Suprema daquele país e do projeto de lei que visa a regulamentação da consulta prévia poderão servir como parâmetro para o Estado Brasileiro, na medida em que contribuem para o aprofundamento do debate sobre o direito de consulta prévia para povos indígenas e populações tradicionais no país. Estes devem se empoderar de tais decisões com o objetivo de incidir positivamente no executivo e no judiciário para a efetividade da Convenção nº 169.

Destaca-se aqui a importância de delineamentos básicos e necessários para que o direito de consulta prévia seja plenamente efetivado, observando-se todos os seus princípios norteadores. Contudo, em respeito à diversidade cultural e características peculiares de cada um desses povos, tais delineamentos necessitam ser construídos de forma a abarcar apenas o que eles têm em comum.

Trata-se então do caso de que esse processo de regulamentação seja caracterizado principalmente por um Plano de Consulta, a ser construído democrática e dialogicamente com os sujeitos envolvidos no processo. A normatização do Plano de Consulta poderia trazer maior segurança no processo de participação desses povos, bem como restringir a possibilidade de distorções e atos de má-fé de empresas e do próprio Estado. Nesse ponto, o projeto de lei colombiano pode servir de inspiração para uma eventual regulamentação do direito de consulta prévia no Brasil. A adoção da a) identificação dos povos e comunidades

impactados direta e indiretamente por uma obra ou grande projeto e b) a realização de oficinas de impactos (envolvendo medidas de impactos de mitigação, compensação, dentre outros).

No caso do Brasil, essas oficinas poderão ser instrumento de construção coletiva do Plano de Consulta desses povos/comunidades, possuindo os mesmos plena capacidade em estabelecer prazos, metodologias e até mesmo o caráter da consulta (se vinculante ou não).

A necessidade de delineamentos mais claros para a efetivação do direito de consulta prévia na Colômbia, ressaltando que não se pode idealizar o direito, sob pena de não compreender a sua função e de ignorar o campo de luta em que se encontra referido. O projeto de lei colombiano aponta no sentido de restringir a realização de consultas prévias, bem como não dar prevalência às autônomas deliberações das comunidades. É preciso garantir a segurança jurídica do mecanismo de consulta prévia, mas, por outro lado, é preciso respeitar a autonomia dos povos em deliberar sobre como realizar essa consulta e sobre as suas decisões.

Fundamental construir mecanismos eficazes de implementação da consulta prévia em países com uma significativa diversidade, como a Colômbia e o Brasil. Mecanismos que sejam capazes de, ao mesmo tempo, garantir segurança jurídica em sua implementação e possibilitar que a consulta prévia seja realizada de maneira eficaz e com respeito aos seus princípios norteadores. Contudo, importa observar que, nesse atual modelo de desenvolvimento, a consulta prévia deve servir como um importante instrumento de posições políticas dos povos indígenas e tribais frente ao mesmo. A plena efetivação da Convenção nº 169 da OIT é um grande desafio com esse modelo imposto. O exemplo colombiano aponta isso, e isso deve se refletir no Brasil caso não haja uma mudança de paradigma de desenvolvimento sócio-econômico.

Referências

AGU. **Portaria nº 303** – de 16 de julho de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/596939>>. Acesso em 14 abr. 2014.

BRASIL. **Decreto Nº 5.051**, de 19 de Abril de 2004.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 02 de julho de 2014.

CLAVERO, Bartolomé. **Descolonización, Derechos Humanos, Diversidad de Culturas**. In: WILHELMI, Marco Aparecido. **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio**. Barcelona: Icaria edicion, 2011.

CIDSE. **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, 2007. Disponível em: <<http://www.fedepaz.org/adjuntos/LIBRO-CONSULTA.pdf>>. Acesso em 19 de jun. 2014

COLOMBIA. **Constitución Política de la República de Colombia de 1991**. Bogotá, 1991. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>>. Acesso em 19 de jun. de 2014.

_____. **Ley 99 de 1993**. Bogotá, 1993. Disponível em: <http://www.ideam.gov.co/documents/24024/26915/C_Users_hbarahona_Desktop_Monica+R_normas+pag+web_ley99.pdf/74d71519-bd5b-483e-99f5-d38c2cf1c11e>. Acesso em 19 de junho de 2014.

_____. Corte Constitucional. **Sentencia SU-039/97**. Expediente: T-84771. Peticionario: Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U'WA. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Santafé de Bogotá D.C: febrero tres (03) de mil novecientos noventa y siete (1997). Bogotá, 1997. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>> Acesso em 17 de julho de 2014.

_____. Corte Constitucional. **Sentencia T-129/11**. Expediente: T-2451120. 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). Bogotá, 2011. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>> Acesso em 18 de julho de 2014.

_____. **Proyecto de Ley Estatutaria** –“Por la cual se regula la Consulta Previa para los Pueblos Étnicos y se dictan otras disposiciones”. Bogotá, 2012. Disponível em: <http://enciclopediaafrocolombiana.bligoo.com/media/users/22/1142739/files/312754/Consulta_Previa-_Ley_Colombia-VI_2012_gobierno1.pdf>. Acesso em 18. Jun. 2014.

CONNECTAS, JUSTIÇA GLOBAL. **Nota pública sobre regulamentação da consulta prévia**. 2013. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/empresas-e-direitos-humanos/noticia/3387-nota-publica-sobre-regulamentacao-da-consulta-previa#_ftn2>. Acesso em 11 abr. 2014

GIRAUDO, Laura. **Entre rupturas y retornos: la nueva cuestión indígena en América Latina**. In: GIRAUDO, Laura (ed.). Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

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 Aparecido. **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio**. Barcelona: Icaria edicion, 2011.

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..

NADER, Laura. Harmonia Coercitiva. A economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 26, ano 9, p. 18-29, outubro de 1994.

OIT. **Ratificación del C169** - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). 2011. 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.

_____. **Ratificación del C169** - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). 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.

SANTAMARÍA, Rosember Ariza. **Pueblos Indígenas de Colômbia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Fundación Konrad Adenauer, 2013.

SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (org.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Direitos dos povos e comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. - 2ª Ed. – Manaus: PPGAS-UFAM / NSCA-CESTU-UEA / UEA Edições, 2010.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil**. Manaus: edições UEA, 2010.

_____. **Quando a forma determina o conteúdo**. São Luís, 2014 (texto não publicado).

SWEPSTON, Lee; TOMEI, Manuela. **Povos Indígenas e Tribais: Guia para aplicação da convenção nº 169 da OIT**. 1ª ed. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1999.

TERRA DE DIREITOS. **Para organizações de Direitos Humanos, efetivação da Convenção 169 depende da participação de povos afetados**. 2013. 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 12 abr. 2014.

UN. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em:
<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em 14 de julho de 2014.