

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GABRIELA BALVEDI PIMENTEL

**O DIREITO DOS POVOS DE DECIDIR SOBRE SEU PRÓPRIO DESTINO:
PERSPECTIVAS A PARTIR DA CONSULTA, DA PARTICIPAÇÃO E DO
CONSENTIMENTO**

CURITIBA

2014

GABRIELA BALVEDI PIMENTEL

**O DIREITO DOS POVOS DE DECIDIR SOBRE SEU PRÓPRIO DESTINO:
PERSPECTIVAS A PARTIR DA CONSULTA, DA PARTICIPAÇÃO E DO
CONSENTIMENTO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Prestes Pazello.

CURITIBA

2014

AGRADECIMENTOS

Ao SAJUP (atual MAJUP), a todos que o construíram e o constroem, por manter esse espaço de lutas e sonhos vivo dentro dessa academia que pode, por vezes, ser tão apática e acinzentada: com vocês aprendi a sonhar e entendi que, para manter a visão límpida sobre o caminho a seguir, devemos estar com os pés sempre sujos de barro. Um agradecimento especial àquelas que construíram o núcleo Rua.

Ao Prof. Ricardo Pazello, não só pela disposição em orientar esse trabalho, mas também por me apresentar à Antropologia e por ser o professor freiriano que é, sempre atento à dialogicidade da produção do conhecimento.

À Prof. Katya, pelo importante trabalho que realiza junto aos pescadores artesanais de Superagui, e por possibilitar que eu participe dessa atuação; ao Prof. Leandro, pelo exemplo na luta pelos Direitos Humanos e pelo valioso aprendizado adquirido no NPJ; e ao prof. Celso, por ainda nos idos do terceiro ano nos apresentar à filosofia da libertação de Dussel.

Ao CAOPJDH, pelo ano de intenso aprendizado e retomada de esperanças, em especial ao eixo de Povos e Comunidades Tradicionais, que me aproximou do tema desse trabalho. Também ao Grupo de Estudos em Antropologia Rural, de cujas ricas e diversificadas discussões saiu a ideia para essa monografia. Um agradecimento especial à Alexandra e à amizade que daqui nasceu, regada a conversas animadas e antropológicas.

Aos queridos amigos que participaram comigo dessa caminhada: Jana, Anna, Joca, Kami e Gabi Caramuru, xará de nome e de dia, grande companheira de risos e confissões nesses seis anos. À doce flor que é a Tchenna, um agradecimento especial, pela paciência e disposição em corrigir esse trabalho!

Aos meus parceiros desperiodizados, Mosca e Dani, por me acompanharem nesse regresso à “vida real”, depois de um ano sabático que mudou a cada um de nós de seu jeito.

À Dani, outra e necessária vez, por ter participado tão ativamente do processo de construção desse trabalho – sem as nossas discussões, questionamentos, mensagens e desabafos, nem metade disso seria possível.

Aos mais belos encontros que tive, quem diria, nesses corredores empoeirados: Andre, Dani (a), Dani (o), Daisy, David, Má, Mosca e Tay. Por todos as risadas e as indignações, os cafés do Fingen e as confluências, pelo crescimento conjunto e os sonhos compartilhados – pelos momentos que foram, e pelos que serão, muito obrigada.

Ao Luc, prova de que as coisas mais bonitas acontecem quando menos se espera, pelo amor e companheirismo, por dar uma trilha sonora toda especial pra minha vida, seja aqui ou do outro lado do Atlântico. Ein besonderen Danke für das Formatieren, I ha di lieb!

Aos meus pais, por tudo em que me apoiaram, por cada ensinamento e cada colo, por todas as oportunidades e pelo amor incondicional. Ao Má, ao Gus, e à dona Lô, meus amores, por estarem sempre presentes, e por colorir cada um dos meus dias. Obrigada, enfim, por essa família muito unida, e também muito ouriçada...

Até que os leões inventem as suas próprias histórias, os caçadores serão sempre os heróis das narrativas de caça.

Provérbio africano, citado por Mia Couto em *A confissão da leoa*.

RESUMO

A presente pesquisa parte da constatação de que o direito dos povos e comunidades tradicionais de decidir sobre seu próprio destino, embora reconhecido pelo Estado brasileiro em diversos documentos internacionais dos quais é signatário, continua a ser negado no país. Para compreender o quadro em que esta situação se insere, torna-se essencial o estudo das relações entre o Estado e os povos e comunidades tradicionais, trajetória que se inicia pela compreensão da colonialidade ainda presente nas relações de poder até uma análise mais prática das políticas adotadas pelo Estado brasileiro desde o “descobrimento”. Metodologicamente, utiliza-se da revisão bibliográfica da doutrina especializada e dos instrumentos internacionais mais relevantes para a temática – em especial a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) - como informantes qualificados para analisar as perspectivas de efetivação desse direito, a partir dos mecanismos oferecidos pelos direitos de consulta, participação e consentimento. Os resultados da análise realizada apontam para as limitações do direito à consulta tomado individualmente, e a necessidade de aplicação dos três direitos em conjunto, aliados ao reconhecimento do direito produzido no seio desses povos e comunidades. Esses dois elementos são considerados como pilares para a possibilidade de efetivação do direito à autodeterminação.

Palavras-Chave: Chave: Povos e Comunidades Tradicionais. Política indigenista. Autodeterminação. Direito à consulta. Direito insurgente.

LISTA DE ABREVIATURAS E/OU SIGLAS

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AGU – Advocacia Geral da União

Art. – Artigo

ANAÍ – Associação Nacional de Apoio ao Índio

APOINME – Articulação dos Povos Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo

CAOPJDH – Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça aos Direitos Humanos

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CIMI – Conselho Indigenista Missionário

CIR – Conselho Indígena de Roraima

CNV – Comissão Nacional da Verdade

CNPI – Comissão Nacional de Política Indigenista

COIAB – Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira

CONAQ – Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas

CPISP – Comissão Pró-Índio de São Paulo

Funai – Fundação Nacional do Índio

GTI – Grupo de Trabalho Interministerial

MNPR – Movimento Nacional da População em Situação de Rua

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

SGPR – Secretaria Geral da Presidência da República

SPI – Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais

STF – Supremo Tribunal Federal

TI – Terra Indígena

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2 COLONIALIDADE, ESTADO MODERNO E DIREITO INSURGENTE NA AMÉRICA LATINA	13
2.1 O OUTRO ENCOBERTO	13
2.2 CRÍTICA À COLONIALIDADE DO PODER COMO DES-ENCOBRIMENTO DO OUTRO	19
2.3 PARA ALÉM DO ESTADO MODERNO: O DIREITO QUE NASCE DO POVO .	25
2.3.1 A função do direito moderno na América Latina	26
2.3.2 Crítica da juridicidade vigente.....	27
2.3.3 O uso alternativo do direito e o direito insurgente	30
2.3.4 O caminho da alteridade no direito.....	34
3 POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS E O ESTADO	37
3.1 “A AMÉRICA NÃO FOI DESCOBERTA, FOI INVADIDA”	37
3.1.1 Breve histórico da política indigenista no Brasil.....	37
3.1.2 Sobre a existência de uma política indígena	43
3.1.3 Modelos de política indigenista.....	44
3.1.4 Breve histórico da política direcionada aos povos e comunidades tradicionais	48
3.2 O ABANDONO DA TUTELA E O CAMINHO PARA UM HORIZONTE PLURALISTA	54
3.2.1 Transição: da tutela ao controle das próprias instituições	54
3.2.2 Rumo a um Estado Multicultural e Pluriétnico	57
3.2.2.1 O novo constitucionalismo latino-americano	57
3.2.2.2 Multiculturalidade e os Direitos Humanos em âmbito Internacional	60
4 DIREITOS DE CONSULTA, PARTICIPAÇÃO E CONSENTIMENTO	62
4.1 A CONVENÇÃO N° 169 DA OIT	62
4.1.1 Breve histórico.....	62
4.1.2 Observações gerais sobre a Convenção n° 169	64
4.1.2.1 Aplicabilidade da Convenção	66
4.1.2.2 Povos indígenas e a Convenção n° 169.....	69
4.1.2.3 Identificação dos povos indígenas e tribais	70

4.1.2.4 Da identidade entre os termos “povos tribais” e “povos e comunidades tradicionais”	71
4.1.3 Direitos à consulta, participação e consentimento.....	73
4.1.3.1 Direito à consulta.....	73
4.1.3.2 Direito à participação.....	75
4.1.3.3 Direito ao consentimento.....	78
4.2 DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS.....	80
4.2.1 Breve histórico do processo de redação da Declaração.....	80
4.2.2 O Estado brasileiro e a Declaração.....	82
4.2.3 Conteúdo da Declaração.....	82
4.3 CASO SARAMAKA VS. SURINAME.....	85
4.3.1 Resumo do caso.....	86
4.3.2 As decisões da CIDH sobre povos indígenas são também válidas para povos tribais.....	87
4.3.3 Direitos reconhecidos.....	87
4.3.4 Contribuições da Decisão.....	90
5 O DIREITO DE DECIDIR SOBRE SEU PRÓPRIO DESTINO: POSSIBILIDADES E DESAFIOS.....	93
5.1 DIREITOS DE CONSULTA, PARTICIPAÇÃO E CONSENTIMENTO NO BRASIL	93
5.1.1 A (não) efetivação dos direitos de consulta, participação e consentimento no Brasil.....	93
5.1.2 A regulamentação da consulta é necessária?.....	98
5.2 DIREITOS DE CONSULTA, PARTICIPAÇÃO E CONSENTIMENTO – LIMITES E DESAFIOS.....	100
5.2.1 Limitações do direito a consulta e complementariedade entre os três direitos	101
5.2.2 O que deve ser garantido.....	103
5.2.3 Obstáculos à efetivação desses direitos.....	105
5.2.4 Desafios para a realização dos direitos de consulta, participação e consentimento.....	107
5.3 RETOMADA DO PODER NORMATIVO E DIREITO QUE NASCE DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS.....	109
5.3.1 Fundamentos jurídicos para o reconhecimento do direito que nasce dos povos indígenas como fonte legítima de direito	109

5.3.2 Fundamentos jurídicos para o reconhecimento do direito que nasce dos povos e comunidades tradicionais não indígenas como fonte legítima de direito...	112
5.3.3. Rumo ao fim do monopólio normativo do Estado: direito insurgente.....	114
6 CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120

1. INTRODUÇÃO

Como o nome já diz, este trabalho representa a conclusão de um curso, e seu conteúdo é fruto das experiências vivenciadas durante esses seis anos na Universidade. Tal período teve como sua marca central a atividade extensionista, o que possibilitou uma visão do Direito que não se restringisse aos códigos ou ao que foi aprendido em sala: dita saída para o mundo trouxe consigo uma mudança de ótica, uma visão do Direito a partir daqueles que não são contemplados por ele, a partir do Outro. Estas são também as lentes que guiam este trabalho.

O conjunto dessas experiências trouxe, em grande parte pelo contato com o Movimento Nacional da População em Situação de Rua (MNPR), uma lição em especial: o que é produzido na academia, a partir dos aprendizados junto aos movimentos sociais, deve estar comprometido com esses. A produção desse conhecimento deve ter como objetivo último servir da forma que possa a essas lutas, não é possível apenas “utilizar” o conhecimento adquirido a partir do contato com os movimentos sociais para a produção de pesquisas acadêmicas que tenham um viés social – é necessário que esse conhecimento reflita em instrumentos para esses sujeitos coletivos, que seja comprometido com eles, e inclusive que se refira a eles como sujeitos da produção desse conhecimento, sob pena de objetificá-los¹.

A aproximação da temática dos povos e comunidades tradicionais em específico surge, no entanto, de uma experiência de estágio junto ao Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos (CAOPJDH), onde atuei no eixo de povos e comunidades tradicionais durante um ano. Nessa oportunidade, pude conhecer a realidade de negação (por parte do Estado) em que vivem esse grupos, sendo privados de direitos básicos, como no caso dos pescadores artesanais da Ilha de Superagui, que ainda hoje estão privados de luz elétrica.

O aprendizado sobre a realidade dos povos e comunidades tradicionais no Paraná esteve aliado às discussões no Grupo de Estudos em Antropologia Rural, onde se desenrolaram alguns estudos acerca da Convenção n° 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e temas a ela relacionados.

¹ Ver o documentário “Mato eles?”, de Sérgio Bianchi, que faz uma forte e necessária crítica nesse sentido.

O conjunto dessas experiências desenhou o caminho que esse trabalho necessariamente seguiria, constituindo-se em uma tentativa de produzir um estudo que pudesse contribuir, à sua forma, para as lutas dos povos e comunidades tradicionais.

Nesse sentido, o texto realiza uma análise detida dos mecanismos existentes relativos aos direitos humanos dos povos indígenas² e povos e comunidades tradicionais, tendo como objetivo delinear uma proposta de utilização desses instrumentos que possibilite a maior efetividade possível do direito desses povos a decidir sobre seus próprios destinos. A análise pretende funcionar, ainda, como arsenal teórico para a defesa e efetivação de outros direitos garantidos em âmbito legislativo mas pouco verificados na realidade, como o direito ao território tradicional.

Para isso, no primeiro capítulo, será verificada a relação entre o Outro, aquele se encontra fora da comunidade de comunicação hegemônica, e o Estado, passando por uma análise que se baseia nas teorizações de Enrique Dussel, a partir da filosofia da libertação, e de Aníbal Quijano, para uma análise a partir da teoria descolonial. Ainda, para o estudo da relação entre o Outro e o Estado na esfera jurídica, utilizaremos como marco teórico o jurista mexicano Jesús de La Torre Rangel.

No capítulo seguinte, analisaremos a relação específica do Estado com os povos e comunidades tradicionais indígenas e não-indígenas, procurando compreender como se desenrola esse vínculo desde o Brasil colônia até os dias atuais. A história da política indigenista e a da política relativa aos povos e comunidades tradicionais encontra-se dividida, pelo fato de que o início daquela remonta a um período muito anterior ao início desta: a primeira começa com o “descobrimento”, a segunda só é oficialmente reconhecida pelo Estado recentemente.

O terceiro capítulo é dedicado a um estudo aprofundado do direito dos povos e comunidades tradicionais no direito internacional, utilizando-se de três documentos

² O uso dos vocábulos “indígena”, “índio” e “tribal” será feito neste trabalho com a consciência de que “termos como ‘índio’, ‘indígena’, ‘tribal’, ‘nativo’, ‘aborígene’ e ‘negro’ são todos criações da metrópole [...] e embora tenham sido genéricos e artificiais ao serem criados, esses termos foram progressivamente habitados por gente de carne e osso. [...] [No entanto, não] deixa de ser notável o fato de que com muita frequência os povos que de início foram forçados a habitar essas categorias tenham sido capazes de se apossar delas, convertendo termos carregados de preconceito em bandeiras mobilizadoras.” (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 278).

importantes: a Convenção nº 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e o Caso Saramaka vs. Suriname, representando importante jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Nessa parte do trabalho, serão apresentados os direitos de consulta, participação e consentimento.

Por fim, no último capítulo, serão estudadas as limitações do direito de consulta, bem como os desafios e possibilidades da realização do bloco de direitos de que tratou o capítulo anterior. Nessa oportunidade, será analisada também a possibilidade do uso conjunto desse bloco de direitos e da questão do direito produzido por essas próprias populações direcionado à efetivação do direito dos povos de decidir sobre seus próprios destinos.

2 COLONIALIDADE, ESTADO MODERNO E DIREITO INSURGENTE NA AMÉRICA LATINA

“Fomos enganados a respeito do descobrimento ter sido bom.[...] Seria bom se as comunidades recebessem algum livro ou folheto a respeito do que realmente foi. Para que todos saibamos por que estamos escravizados. [...] Hoje a conquista continua. Que em nossa conclusão conste a conquista como algo terrível. Não queremos celebrar uma festa se os missionários chegaram com os espanhóis para conquistar. Não vieram como irmãos, como diz o Evangelho, mas para nos escravizar. Sentimos tristeza.”. *Conclusão dos indígenas mexicanos, quando de uma consulta feita a eles sobre os 500 de evangelização em seu país* (DUSSEL, 1993, p. 161).

A história das relações jurídicas na América Latina está relacionada à dos povos colonizados: uma história de genocídios, escravidão, concentração de riquezas e de poder. Para compreender as relações jurídicas nestes países e, especificamente, no Brasil, é necessário, portanto, compreender primeiramente as relações sociais que aqui se formaram (PRESSBURGER, 1990, p. 07).

Para realizar essa aproximação, utilizaremos as contribuições de dois importantes autores latino-americanos, o filósofo Enrique Dussel e o sociólogo Aníbal Quijano. Isso feito, procederemos então a uma breve análise das relações jurídicas na América Latina, a partir das ideias do jurista e filósofo Jesús de La Torre Rangel.

2.1 O OUTRO ENCOBERTO

A compreensão das relações sociais que configuram a América Latina hoje só é possível se voltarmos ao momento da chegada dos europeus à nossa Abya Yala³. Para dar conta dessa aproximação, utilizaremos a obra *1492: o encobrimento do outro (a origem do “mito da Modernidade”)* de Enrique Dussel.

³ Abya Yala é o nome dado à totalidade da terra conhecida pelo povo Kuna, do Panamá, e significa “terra mãe grande”, “terra de sangue” ou “terra madura” (DUSSEL, 1993, p. 108).

Neste trabalho, o autor desvela o “mito da Modernidade” e propõe sua superação: em um primeiro momento, parte da perspectiva europeia para compreender a Modernidade; já num segundo momento, faz uma reflexão intermédia, na qual atinge o ponto limite de possibilidade da perspectiva europeia e começa a expor motivos para que essa ótica seja trocada; e, num terceiro e último momento, apóia-se em uma hermenêutica que parte “do Outro”, para criticar o “mito da Modernidade” e apontar um novo caminho a ser seguido.

Defende Dussel, ao contrário de filósofos europeus como Hegel e Habermas, que a chegada dos europeus à América em 1492 foi um fator determinante para a constituição da Modernidade. Entende o autor que tanto a experiência do “descobrimento” quanto a da “conquista” foram essenciais para a construção do ego moderno e da ideia de que a Europa representa o “meio” e o “fim” da história.

Para Hegel, cuja obra data do século XIX, a história mundial iniciou-se no Oriente e seguiu então em movimento para o Ocidente. Assim, o início da história ocorreu na Ásia, enquanto o fim, o estágio mais avançado do desenvolvimento humano, seria representado pela Europa. Para o filósofo alemão, América e África seriam continentes que não têm relevância para a história mundial, posto que estariam num estado de “infância”, fariam parte do Novo Mundo: isso significa que tanto as pessoas que o habitavam quanto todos os elementos naturais desses continentes (da vegetação à formação geológica) seriam novos se comparados ao Velho Mundo (Europa e Ásia), assim, inferiores (1946 *apud* DUSSEL, 1993).

Por sua suposta superioridade, entende Hegel que os europeus teriam um “direito absoluto” sobre qualquer outro povo, já que seriam os portadores do Espírito nesse “momento de seu Desenvolvimento”. Frente a este povo, nenhum outro teria direito algum (1955 *apud* DUSSEL, 1993, p. 22). Essa compreensão evidencia uma importante característica do pensamento Moderno: o eurocentrismo, acompanhado de outro componente importante, a “falácia desenvolvimentista”.

Com a chegada de Colombo ao “Novo Mundo”, teve lugar o processo que Dussel chama de “invenção da América”⁴, que só aconteceu no imaginário desses navegantes. Esse processo se traduz na experiência subjetiva de dar um “ser

⁴ DUSSEL entende que existem 6 figuras que aparecem a partir de 1492, são elas: a “invenção”, o “descobrimento”, a “conquista”, a “colonização”, a “conquista espiritual” e o “encontro de dois mundos”. Cada figura em específico será explicada ao longo deste capítulo.

asiático” às novas terras encontradas. Dessa forma, os indivíduos com que se depararam não foram reconhecidos como o “Outro”, mas sim “como o ‘si-mesmo’ já conhecido (o asiático) e só re-conhecido (negado então como Outro): ‘en-coberto’” (1993, p. 32).

A “invenção” foi seguida pelo “descobrimento”, que consiste na experiência de conhecer o “novo”, o que traz mudanças profundas na forma do europeu de compreender o mundo. O reconhecimento da existência de uma parte até então desconhecida (para os europeus) do globo produz uma transformação importante na forma como a própria Europa se vê: ela deixa de ser a Europa provinciana e renascentista para se transformar na Europa moderna, “centro do mundo”. Consequentemente, tudo que está à sua volta se transforma em “periferia”.

Reconhecendo-se como “centro”, a Europa passa a desenvolver-se considerando seu horizonte particular como universal. Desta forma

o ego moderno desapareceu em sua confrontação com o não-ego: os habitantes das novas terras descobertas não aparecem como Outros, mas como o Si-mesmo a ser conquistado, colonizado, modernizado, civilizado, como “matéria” do ego moderno. E foi assim que os europeus (particularmente os ingleses) se transformaram [...] nos “missionários da civilização em todo o mundo”, especialmente com os “povos bárbaros”. (DUSSEL, 1993, p. 36).

O momento que segue o “descobrimento” abandona o caráter estético das duas figuras anteriores e assume um viés prático. A partir da “conquista” passa a ter lugar a “práxis da dominação”, em outras palavras, a relação com o Novo Mundo deixa de ter o cunho quase que científico do momento anterior (quando a preocupação dos exploradores estava em descrever a fauna e flora e em produzir mapas, por exemplo) para tomar um caráter de interferência prática na vida dos habitantes desta terra.

Essa interferência prática de caráter militar foi recheada de violência e banhada à sangue dos indígenas, que tiveram negada tanto a sua subjetividade, quanto seus corpos, sendo dizimados enquanto não se reduzissem à condição submissa de “si-mesmo”. Tal processo de negação sistemática do Outro teve como produto não só a destruição dos habitantes originários da América, mas também a construção da subjetividade do conquistador. Assim, a “conquista” se traduz na “afirmação prática do ‘Eu-conquisto’ e [na] ‘negação do outro’ como outro” (DUSSEL, 1993, p. 49).

Também a religiosidade indígena foi colocada em questão pelo colonizador europeu: acreditando ser a conquista fundamentada em um desígnio divino, entendem os colonizadores que devem acabar com as religiões “demoníacas” dos indígenas e mostrá-los o caminho da “única religião que é realmente divina”, o cristianismo. A esse quadro Dussel dá o nome de “conquista espiritual” (1993, p. 59).

O processo de “conquista”, onde prevalece uma práxis de guerra, é seguido pelo que Dussel chama de “colonização”, mais especificamente, a colonização da vida cotidiana do índio. Aqui, a práxis de guerra dá lugar a uma práxis “erótica, pedagógica, cultural, política, econômica, quer dizer, do domínio dos corpos pelo machismo sexual, da cultura, de tipos de trabalho, de instituições criadas por uma nova burocracia política, etc., dominação do Outro” (DUSSEL, 1993, p. 50). Desta forma, o colonizador passa a controlar os modos de vida e de reprodução da vida dos indígenas.

Uma importante consequência desse movimento, é que o “modo de vida” e o “senso comum” do europeu passam a ser considerados como “parâmetros e critérios de racionalidade ou humanidade” (DUSSEL, 1993, p. 63). Desta forma, considera-se atrasado ou “bárbaro” qualquer modo de vida que fuja desses padrões.

A sexta figura apresentada por Dussel (1993, p. 64) consiste na locução “encontro de dois mundos”. O filósofo demonstra que essa é uma expressão falaciosa, um eufemismo, que serve para ocultar a força destrutiva e genocida da conquista, tendo assim um efeito encobridor. O autor admite, no entanto, uma única hipótese em que a expressão pode ser genuinamente utilizada: quando faz referência à nova cultura, híbrida, elaborada pelos mestiços. Nesse caso em específico, pode-se sim falar de um encontro entre esses dois mundos.

Finda a parte da análise que tem como ponto de partida a perspectiva européia, o autor parte para um segundo momento, onde analisa os limites dessa visão e apresenta algumas razões iniciais para a realização da inversão de perspectivas a que se propõe.

Em primeiro lugar, cumpre evidenciar o “mito da Modernidade”. O europeu partia da premissa de que a sua era uma cultura mais “desenvolvida”, melhor e, portanto, superior, em comparação com a cultura dos povos colonizados, consideradas bárbaras, e assim inferiores à européia. Desta feita, a colonização seria em realidade uma forma de “emancipação”, em outras palavras, por meio da

dominação desses povos o europeu faria um grande “bem” para o “bárbaro”, que seria trazido para a “civilização”.

Assim, para justificar suas práticas dominatórias, irracionais e de desmedida violência, é elaborado um “mito civilizador”: tais investidas européias encontrariam sua razão no dever de difundir sua crença cristã, de anunciar a palavra de seu deus e também de difundir os direitos universais do homem moderno. A partir desse mito de bondade, encontram a justificativa para suas práticas abusivas e, por entender que estão cumprindo um dever divino, acreditam ser inocentes pelo assassinato do Outro.

Como define Dussel, nisso “consiste o ‘mito da Modernidade’, em vitimar o inocente (o Outro) declarando-o causa culpável de sua própria vitimização e atribuindo-se ao sujeito moderno plena inocência com respeito ao ato sacrificial” (1993, p. 76).

Em segundo lugar, é necessário desfazer a ideia eurocêntrica de que, antes de 1492, a Ameríndia era um mundo novo, ainda em sua “infância”. Para isso, é necessário “mudar de olhos”, e se colocar na pele daqueles que aqui habitavam. É preciso entender que esse “não era um ‘vazio’ incivilizado e bárbaro: era um ‘pleno’ de humanização, história, sentido.” (DUSSEL, 1993, p. 100).

É necessário ter em mente, também, que os povos indígenas produziram diversas interpretações sobre a chegada do colonizador, além de terem produzido explicações para esse momento e suas consequências. Alguns compreenderam que os estrangeiros que aqui chegaram eram deuses ou enviados de seus deuses. Alguns outros enxergaram já em um primeiro momento essa chegada como uma invasão, outros ainda chegaram a essa conclusão ao longo do tempo. Não é objeto deste trabalho esmiuçar tais impressões, embora essa seja sem dúvidas uma pesquisa importante e interessante.

O que cabe salientar aqui é que a invasão européia gerou novos discursos entre os povos que habitavam este território, que esses povos produziram interpretações sobre essa chegada, de acordo com sua cosmovisão. Além disso, é essencial ter em mente que a colonização não foi pacificamente aceita pelos indígenas: todos os povos resistiram de alguma forma, resistência essa que perdura durante todo o período colonial (DUSSEL, 1993) - período que, de fato, ainda não acabou.

Esclarecidas essas questões, passamos então ao terceiro momento desta obra, onde Dussel assumirá a perspectiva de interpretação do Outro, assim a data de 1492 “deixa de ser agora um momento histórico e se torna um acontecimento ‘mítico’ e por isso profundamente racional mas revestido do duplo sentido do símbolo” (1993, p. 117).

Para os ameríndios, a chegada dos europeus representou o “fim do mundo”: acabava o mundo que conheciam, onde viveram até então e onde eram livres para escolher seus próprios modos de vida e de reprodução dessa vida. Com o “descobrimento” veio também o início de uma nova era, um novo *katun*⁵. O deus dessa nova era é o *capital* e esse novo momento se desenvolve sob o “mito sacrificial da Modernidade”⁶ (DUSSEL, 1993).

Essa nova era que se inicia com a invasão e a colonização, excluiu da comunidade de comunicação hegemônica todos aqueles que se diferenciavam do colonizador branco e europeu. Como herança desse período, índios, negros (que foram trazidos para a América como escravos), mestiços (filhos de índias e brancos), crioulos (filhos e filhas brancos de europeus nas Índias), camponeses, operários e “marginais”⁷ são sistematicamente excluídos da comunidade de comunicação hegemônica, tendo sua história ignorada e esquecida, movimento que segue até os dias de hoje.

Esses indivíduos dificilmente puderam realizar a Modernidade, posto que nesse contexto sempre foram a parte oprimida e explorada, a parte que pagou com seu sangue a acumulação do capital e o desenvolvimento dos países centrais. A esse grupo Dussel chama de “povo latino-americano”⁸, “‘bloco social’ dos oprimidos” ou ainda a “outra face invisível da Modernidade” (DUSSEL, 1993, p. 172).

Para que seja possível a inclusão do “bloco social” dos oprimidos na comunidade de comunicação, para que esse outro, excluído *a priori* da comunidade de comunicação hegemônica, o “não participante hegemônico” se torne “participante anti-hegemônico” (LUDWIG, 2006, p. 58), é imprescindível a superação da

⁵ A palavra *katun* significa “época” na mitologia maia (DUSSEL, 1993, p. 150).

⁶ Tal mito está contemplado na explicação sobre o “mito da Modernidade”, realizada à p. 07.

⁷ Termo usado pelo autor para designar aqueles que estão à margem do sistema capitalista, ou seja, aqueles que não estão integrados na cadeia produtiva e que acabam por oferecer seu trabalho a preços infra-humanos.

⁸ Povo, em Dussel, se refere a categoria estritamente política que dá conta de englobar em si todas as reivindicações distintivas dos segmentos que têm suas necessidades insatisfeitas devido à opressão e à exclusão (DUSSEL, 2007, p. 92 e 93).

Modernidade. Para tal, primeiramente, é necessário negar a negação do mito da Modernidade, como explica Dussel, para que isso aconteça

a “outra face” negada e vitimada da “Modernidade” deve primeiramente se descobrir como “inocente” [...] Ao negar a inocência da “Modernidade” e ao afirmar a Alteridade do “Outro”, negado antes como vítima culpada, permite “des-cobrir” pela primeira vez a ‘outra face’ oculta e essencial à “Modernidade”: o mundo periférico colonial, o índio sacrificado, o negro escravizado, a mulher oprimida, a criança e a cultura popular alienadas, etc. (as “vítimas” da Modernidade) como vítimas de um ato irracional (como contradição do ideal racional da mesma Modernidade). (1993, p. 186).

A partir dessa negação, e da descoberta de sua posição de inocente em relação ao mito sacrificial, se reconhecerá também o quão injusta foi a prática sacrificial, podendo-se então superar a limitação da “razão emancipadora”. Assim, supera-se o mito de que a invasão e a colonização serviram de instrumento para emancipar os povos autóctones, e evidencia-se o contexto de abusos em que essas figuras se inserem.

Entende Dussel que isso é possível até mesmo

para a razão da Ilustração, quando eticamente se descobre a dignidade do Outro (da outra cultura, do outro sexo e gênero, etc.): quando se declaram inocentes as vítimas a partir da afirmação de sua Alteridade como Identidade na Exterioridade como pessoas que foram negadas pela Modernidade. Desta maneira, a razão moderna é transcendida (mas não como negação da razão enquanto tal, mas da razão violenta eurocêntrica, desenvolvimentista, hegemônica). Trata-se de uma “Transmodernidade” como projeto mundial de libertação onde a Alteridade, que era co-essencial da Modernidade, se realize igualmente. (1993, p. 187).

Assim, cabe ao ato de libertação transcender esse mito irracional. Esse ato deve ser racional, na medida em que destrói o mito, e prático-político, “como ação que supera o capitalismo e a modernidade num tipo trans-moderno de civilização ecológica, de democracia popular e de justiça econômica” (DUSSEL, 1993, p. 153).

2.2 CRÍTICA À COLONIALIDADE DO PODER COMO DES-ENCOBRIMENTO DO OUTRO

Analisada a contribuição de Dussel, a partir da obra *1492: o encobrimento do outro (a origem do “mito da Modernidade”)*, para continuarmos o estudo das

relações sociais latino-americanas, partiremos agora para a compreensão das ideias de Quijano, a partir dos textos *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina; Colonialidade do poder e classificação social e Poder y Derechos Humanos*.

Para Quijano, as relações sociais se organizam como relações de poder, posto que não nascem naturalmente, mas sim se constroem como produto de lutas e conflitos, dos quais surgem vitoriosos e derrotados. Segundo o autor, é o conjunto das ações das pessoas, a forma como se relacionam nos diversos âmbitos vitais da existência social⁹, no curso de suas disputas e conflitos, o que dá origem e confere sentido a essas relações sociais. (2001, p. 07).

Ainda, entende o sociólogo peruano que quando tais ações se reproduzem tendendo à permanência elas dão origem a padrões de comportamento, que conseqüentemente darão forma a instituições que virão a moldar ou até mesmo controlar as ações das pessoas. A essas instituições e aos padrões de comportamento a elas correspondentes o autor dá o nome de “estrutura”.

Afirma Quijano que o comportamento dos indivíduos passa a se desenvolver então de acordo com esses moldes e padrões, relacionando-se sempre com as instituições respectivas. Desta forma “ocorrerão, [...] como parte de tais ‘estruturas’, mas ao mesmo tempo, em tensão com elas, posto que se trata de relações sociais de poder, isto é, articulando a co-presença da dominação, da exploração e do conflito.” (QUIJANO, 2001, p. 07, tradução livre)¹⁰. Fica claro, assim, que para o autor é o poder que promove a articulação das mais diversas experiências sociais dentro de uma mesma estrutura, a sociedade.

O padrão mundial de poder atual, entende o autor, é o capitalismo, e um de seus principais elementos é a colonialidade. De acordo com as teorizações de Quijano, tal elemento, que se sustenta na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo, atua como “pedra angular do referido padrão de poder e opera em cada um de seus planos, meios e dimensões, materiais e subjetivos, da existência social cotidiana e da escala societal.” (2010, p. 85).

É importante salientar que *colonialidade* não é sinônimo de *colonialismo*. Este último se refere ao fenômeno da colonização, já explicado anteriormente, onde

⁹ O autor dá destaque aos seguintes âmbitos: i) trabalho, seus recursos e produtos; ii) sexo, seus recursos e produtos; iii) subjetividade, seus recursos e produtos; e iv) autoridade coletiva (ou pública), seus recursos e produtos. (QUIJANO, s. d., p. 07).

¹⁰ No original: “Ocurrirán, [...] como parte de tales ‘estructuras’, pero al mismo tiempo, en tensión con ellas, puesto que se trata de relaciones sociales de poder, esto es, articulando la co-presencia de la dominación, de la explotación, del conflicto.”.

determinada população exerce sobre a outra um regime de exploração e dominação, detendo o controle da autoridade política e dos recursos de produção e trabalho desta segunda população. Normalmente, a população colonizadora tem sua sede em outro espaço geográfico.

Mas, embora diferentes, os dois fenômenos têm uma ligação íntima, posto que “[a colonialidade] foi, sem dúvidas, engendrada dentro daquele [colonialismo] e, mais ainda, sem ele não poderia ser imposta na intersubjetividade do mundo [de modo] tão enraizado e prolongado.” (QUIJANO, 2010, p. 84). Assim, a colonialidade, ao lado da modernidade, instaura-se como eixo constitutivo do capitalismo, o padrão de poder que auxilia a manter.

Como explica Quijano, o padrão de poder se constitui a partir da articulação ao nível estrutural entre elementos que são historicamente heterogêneos. Isso quer dizer que esses elementos

provêm de histórias específicas e de espaços-tempos distintos e distantes entre si, que desse modo têm formas e caracteres não só diferentes, mas descontínuos, incoerentes e ainda conflituosos entre si, em cada momento e ao longo do tempo. (2010, p. 90).

O que, numa primeira instância, determina esse campo de relações e permite que ele adquira um caráter de totalidade histórica, é a capacidade de um grupo de se impor sobre os outros e articular sob seu controle os heterogêneos elementos. No entanto, tal capacidade não é suficiente para manter elementos tão diversos articulados de maneira duradoura.

A instância que permite que tal articulação perdure no tempo é o controle do trabalho pelo capital, que configura “condição central do poder capitalista” (QUIJANO, 2010, p. 93). Tal padrão de poder tem influência decisiva nas outras relações intersubjetivas e nos outros âmbitos da existência social (além do âmbito do trabalho), mas tal influência não é unilateral ou unidirecional. As implicações são não só recíprocas, como têm também determinações múltiplas e heterogêneas. No entanto, é necessário que haja primazia de uma dessas instâncias (no caso do poder capitalista, tal instância é representada pelo controle do trabalho pelo capital), não com sentido determinante, mas sim no sentido de proporcionar a articulação do conjunto.

A partir desse entendimento, o autor produz uma crítica à teoria de classes, posto que formada quando o mundo já se “dividia” na dualidade histórica

Europa/Não-Europa. Segundo o autor, essa perspectiva parte de uma noção de história linear (QUIJANO, 2010, p. 111).

Quijano propõe a saída de tal teoria e o avanço para uma teoria histórica da classificação social, entendendo que

[essa] refere-se aos processos de longo prazo nos quais os indivíduos disputam o controle dos meios básicos de existência social e de cujos resultados se configura um padrão de distribuição do poder centrado em relações de exploração/dominação/conflito entre a população de uma sociedade e numa história determinada. (QUIJANO, 2010, p. 113).

Dentro do capitalismo colonial/moderno haveria três linhas de classificação social: o trabalho, a raça e o gênero. Tais linhas, embora diferenciadas, são articuladas dentro de um alicerce global comum, que é a colonialidade do poder. Essa articulação está estruturada em volta de dois eixos centrais, quais sejam,

o controle de produção de recursos de sobrevivência social e o controle de reprodução biológica da espécie. O primeiro implica o controle da força de trabalho, dos recursos e produtos do trabalho, o que inclui os recursos “naturais” e se institucionaliza como “propriedade”. O segundo implica o controle do sexo e dos seus produtos (prazer e descendência), em função da “propriedade”. A “raça” foi incorporada ao capitalismo eurocentrado em função de ambos os eixos. E o controle da autoridade organiza-se para garantir as relações de poder assim configuradas. (QUIJANO, 2010, p. 114).

Como explica Quijano, para que qualquer processo de luta contra o capitalismo tenha alguma chance de vigorar, é necessário que não se manipule de modo separado, ou pior ainda, conflitante, essas três instâncias. Entende o autor que a manutenção, e até mesmo a acentuação, das diferenças entre as três linhas de classificação social tem sido uma estratégia extremamente eficaz dos capitalistas para manter o poder (2010, p. 118).

É importante perceber, como ressalta o autor, que as outras categorias (gênero e trabalho) remontam a um tempo anterior à chegada dos europeus à América, ou seja, já existiam antes dela. A categoria “raça”, no entanto, é um produto da Modernidade, construída com base no cientificismo moderno. A justificativa para sua criação está nas diferenças fenotípicas entre colonizadores e colonizados embora represente, antes de mais nada, uma relação de dominação.

A produção de tal categoria tem papel relevante para o padrão de poder do capitalismo eurocêntrico e moderno/colonial. De acordo com Quijano

a atribuição de novas identidades sociais resultantes [do conceito de raça] e sua distribuição pelas relações do poder mundial capitalista estabeleceu-se e reproduziu-se como a forma básica da classificação societal universal do capitalismo mundial; estabeleceu-se também como o fundamento das novas identidades geoculturais e das suas relações de poder no mundo. E, também, chegou a ser a parte por detrás da produção das novas relações intersubjetivas de dominação e de uma perspectiva de conhecimento mundialmente imposta como a única racional.(2010, p. 119).

A imposição da perspectiva de conhecimento eurocêntrica como a única racional teve diversas consequências. Destacaremos, neste momento, uma delas em particular: a questão do moderno Estado-Nação. Tal forma de organização estatal representa a nacionalização de uma sociedade que, por essa razão, se organiza politicamente na forma de um Estado-Nação, fazendo parte de sua composição as instituições modernas da cidadania e da democracia (QUIJANO, 1993, p. 226).

O Estado-Nação, sendo uma forma específica de organização social, não deixa de ser uma estrutura de poder, da mesma forma que é um produto do poder¹¹. Para que haja uma identidade da população com tal Estado não é necessária somente a existência de uma ideia de comunidade, mas também a experiência de um processo de democratização da sociedade, ou seja, da participação mais ou menos democrática na distribuição do controle do poder (QUIJANO, 1993, p. 227).

No entanto, é evidente que, se tratando de uma estrutura de poder, não seria possível que esse Estado fosse plenamente democrático (implicando igualdade jurídica e civil) em um contexto onde as pessoas se relacionam em desiguais relações de poder. Outra característica do processo de nacionalização, é que ele deve se dar em um espaço territorial determinado, ao longo de certo período de tempo, para que se realize plenamente. É necessário que se estabeleça um poder político centralizado e razoavelmente estável (QUIJANO, 1993, p. 227).

É curioso perceber que, enquanto esse processo de centralização, que precede a formação dos Estados-nação, ocorria na Europa Ocidental, paralelamente tinha início a colonização na América e, posteriormente, também em outros continentes.

A colonização e as marcas por ela deixadas impediram que o processo de nacionalização pudesse se desenvolver na América Latina da mesma maneira como

¹¹ No sentido de que é produto dos conflitos relativos ao controle do trabalho e de todas as outras instâncias da existência social.

havia se desenvolvido na Europa. Nos países latino-americanos¹² onde uma minoria branca detinha todo o controle do poder estatal e social, o processo de nacionalização não representou o nascimento de um interesse nacional comum.

Pelo contrário, o interesse dos senhores brancos, escravistas, era completamente antagônico ao do resto da população (de indígenas, negros escravizados e mestiços), tendo em vista que seu poder se fundava justamente na relação de domínio e exploração que cultivavam frente a esses indivíduos. Em consequência, tais senhores, por não identificarem seus interesses com o dos outros indivíduos que aqui viviam, identificavam-lhes com o interesse de outros senhores brancos, os europeus e os estadunidenses (QUIJANO, 1993, p. 235).

Essa situação impediu a conversão do capital comercial em capital industrial, já que isso demandaria a abolição da escravatura e a liberação dos índios que se encontravam em regime de servidão. Obviamente, os senhores não quiseram dar cabo da situação que lhe concedia seus maiores privilégios, e o fim da escravidão e da servidão só foi acontecer posteriormente. Quando esse momento finalmente é alcançado, não existe nenhum mercado a defender, nem nenhum interesse social em comum entre esses grupos: em resumo, não havia qualquer interesse nacional (QUIJANO, 1993, p. 235-236).

Isso demonstra que, de acordo com Quijano,

o processo de independência dos Estados na América Latina sem a descolonização da sociedade não pode ser, não foi, um processo que se direcionou para o desenvolvimento dos Estado-nação modernos, mas sim uma rearticulação da colonialidade do poder sobre novas bases institucionais. (1993, p. 236).

A persistência da colonialidade do poder trouxe consigo diversas implicações (QUIJANO, 2010, p. 120-125), dentre as quais iremos destacar algumas, mais importantes para o desenvolvimento desse trabalho:

- i) a criação da categoria “raça”, que promoveu uma classificação social a partir de fatores fenotípicos, identificando os dominadores/superiores “europeus” como “raça branca” e os dominados/inferiores “não-europeus” como “raça de cor”;

¹² De acordo com QUIJANO, só se encontram fora desse conjunto os países do Cone Sul (Argentina, Chile e Uruguai), onde a sociedade colonial se desenvolveu de forma diferenciada em relação à dos outros países latino-americanos. Para uma explicação mais aprofundada dessa questão, ver “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, p. 231-233.

- ii) em sociedades onde a colonização levou à destruição de sua estrutura, implicou a redução da população colonizada a indivíduos rurais e iletrados, despojados de seus conhecimentos e dos seus meios de expressão que pudessem exteriorizar ou objetificar esses conhecimentos;
- iii) em outras sociedades, onde não conseguiu atingir essa destruição total, não se chegou à destruição completa das heranças estéticas e intelectuais dessas populações, no entanto, a perspectiva européia foi imposta como hegemônica no campo das relações inter-subjetivas; e
- iv) não só o campo da produção de conhecimento, mas também o imaginário, foi colonizado pela perspectiva eurocêntrica.

Conclui Quijano que

a colonialidade do poder estabelecida sobre a ideia de raça deve ser admitida como fator básico da questão nacional e do Estado-nação. O problema é, sem embargos, que na América Latina a perspectiva eurocêntrica foi adotada pelos grupos dominantes como própria e os levou a impor o modelo europeu de formação do Estado-nação para estruturas de poder organizadas ao redor de sociedades coloniais. Assim ainda nos encontramos hoje num labirinto onde o Minotauro é sempre visível, mas [sem] nenhuma Ariadne para mostrar-nos a ansiada saída. (1993b, p. 238).

Desta forma, para que seja possível um real processo de democratização, são requisitos necessários a descolonização das relações sociais e a redistribuição do controle da autoridade e da violência. Entende QUIJANO que o primeiro passo para que se possa atingir esse horizonte consiste na descolonização do conhecimento (2001, p. 15).

2.3 PARA ALÉM DO ESTADO MODERNO: O DIREITO QUE NASCE DO POVO

Seguindo o entendimento de Quijano de que o primeiro passo para a descolonização das relações sociais consiste na descolonização do conhecimento, procuraremos adotar uma visão do direito e das relações jurídicas que, ao considerar a existência do Outro, ao reconhecer sua importância e sua perspectiva, possa compreender o direito de uma forma alternativa à concepção tradicional. Adotaremos, portanto, uma perspectiva crítica que, a partir do direito insurgente –

sob o marco de Jesús de La Torre Rangel pretende caminhar no sentido da descolonização das relações jurídicas (e sociais).

2.3.1 A função do direito moderno na América Latina

Segundo De la Torre Rangel (2006), a construção do chamado direito moderno teve sua origem nos Estados do Norte, remontando ao século XII, período em que juristas contratados pela classe burguesa (que começa a ganhar força dentro da própria estrutura feudal) passam a resgatar institutos do direito romano, no intuito de defender a propriedade privada de seus clientes frente ao direito do período feudal, que não reconhecia a figura das liberdades individuais.

O desenvolvimento desta corrente do direito permitiu a consolidação e fortalecimento da burguesia à época, a partir da defesa da propriedade privada como meio de exploração, o que protegeu os elementos essenciais para o desenvolvimento da classe, e deu bases para seu crescimento e estabelecimento como classe dominante.

Com as revoluções burguesas, destacando-se a Revolução Francesa, a burguesia postulou o reconhecimento dos chamados direitos naturais do homem, reconhecendo a liberdade, a segurança e a propriedade privada, num horizonte de igualdade formal. Assim, o direito passa a ser conformado por pressupostos conceituais e ideológicos liberais: o igualitarismo jurídico, as liberdades civis, o acesso à propriedade privada e a forma de sujeito de direito baseada na autonomia da vontade (DE LA TORRE RANGEL, 2006).

Essa forma de direito, o direito moderno, ao considerar que todos os seres humanos são (formalmente) iguais, produz normas que são gerais, abstratas e impessoais, e que são provenientes da vontade do legislador. Além disso, para a racionalidade moderna, Direito é sinônimo de lei produzida pelo Estado, negando-se o pluralismo jurídico e a variedade de fontes do Direito.

Gleizal explica que o direito moderno sofreu um processo de fetichização¹³, sendo considerado como absoluto (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 83-84). O direito moderno aparece, portanto, como uma coisa à qual é obrigatório obedecer e

¹³ Fetichização consiste no processo onde “[algo que é] feito pelos homens mesmos, [...] que escapa de seu controle e passa então a aparecer como algo divino, absoluto”. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 83).

mesmo cultural, estando fora do controle do ser humano. Como ensina De la Torre Rangel (2006, p. 84), “a carga ideológica da juridicidade coaduna com a fetichização da formação social onde se gera, e esta por sua vez a fetichização do Direito objetivo e sua forma de aplicação” (tradução livre)¹⁴.

Baseando-se nesse princípio de igualdade formal, que não encontra correspondente no mundo material, tal forma de direito conduz, inevitavelmente, a grandes injustiças.

O filósofo mexicano Porfírio Miranda entende que as mudanças mais significativas trazidas pela modernidade, no campo político, foram as ideias de democracia e de direitos humanos, que se baseiam na concepção de que todos os seres humanos são portadores de uma dignidade infinita, única justificativa possível para o postulado da igualdade, tendo em vista que esse não encontra respaldo empírico (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 86).

No entanto, as ideias modernas acima descritas não são, de forma alguma, compatíveis com o postulado da modernidade no campo social: o capitalismo. Explica Porfírio Miranda que

o capitalismo se caracteriza por três elementos: a busca de vantagens para si como o único motivo impulsionador de ações, a propriedade privada dos meios de produção e a estratificação da sociedade em diferentes níveis de renda e portanto de vida. A busca de vantagens para si como o único motivo propulsor de ações é incompatível com o respeito aos direitos humanos e ao próximo. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 86, tradução livre)¹⁵.

Desta forma, fica clara a incongruência presente entre os citados postulados modernos: os direitos humanos, e mesmo uma democracia real, não são possíveis dentro do capitalismo. Sua garantia plena só será atingida, portanto, dentro de um sistema social alternativo a este.

2.3.2 Crítica da juridicidade vigente

¹⁴ No original : “la carga ideológica de la juridicidad coadyuva a la fetichización de la formación social en donde se genera, y ésta a su vez a la fetichización del Derecho objetivo y su forma de aplicarse”.

¹⁵ No original : “El capitalismo se caracteriza por tres elementos : la búsqueda del propio provecho como único móvil de las acciones, la propiedad privada de los medios de producción y la estratificación de la sociedad en diferentes niveles de ingreso y por tanto de vida. El móvil del propio provecho es obviamente incompatible con el respecto de los derechos humanos al prójimo”.

Para produzir esta crítica, De la Torre Rangel (2006) parte da análise feita por González Morfín para entender o que é direito. Tal autor propõe uma resposta para esse questionamento a partir do método analógico que, para entender um fenômeno, parte do elemento que é mais conhecido (analogado principal) para o menos conhecido (analogado secundário).

No que se refere ao conhecimento humano, o autor entende que o lugar de analogado principal é preenchido pelo direito subjetivo, que constitui a realidade jurídica que o ser humano conhece por primeiro, de forma intuitiva. Em outras palavras, representa o descobrimento pelo homem dos direitos fundamentais para a manutenção de sua existência e dignidade. No que se refere ao ser do direito, essa posição é ocupada pela possibilidade que a pessoa tem de exigir o que lhe pertence, o que é seu, em relação aos outros (admite-se, portanto, o homem tanto como ser social quanto individual) (1974 *apud* DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 31).

O direito subjetivo é o analogado principal para González Morfín, ou seja, o fundamento para o grupo de analogados secundários neste tema, conjunto composto pelas normas, pelo justo objetivo e pelo conhecimento científico do jurídico. O direito se conformaria, portanto, em torno do analogado principal, dos direitos dos seres humanos enquanto tais.

Quando da primeira edição de sua obra *El derecho como arma de liberación en América Latina*, De la Torre Rangel adotava também essa posição (2006, p. 33). No entanto, hoje o entendimento do autor é outro, posto que reivindica o justo objetivo como analogado principal, tendo em vista que somente com a justiça seriam factíveis os direitos humanos (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 33). Essa mudança de posicionamento ocorre porque a ideia de justiça implica uma ideia de alteridade, ela precisa do Outro, assim, há uma passagem de um jusnaturalismo de direitos naturais para um que procura a justiça concreta, concepção que está mais de acordo com a filosofia da libertação (PAZELLO, 2014, p. 366).

O jurista mexicano entende que não há, explicitamente, uma filosofia jurídica que dê conta de explicar o que-fazer sociológico das teorizações sobre o uso alternativo do direito e da crítica jurídica¹⁶. Não se pode negar, no entanto, que ambas são guiadas por um ímpeto de mudanças na estrutura da sociedade, o que pressupõe uma filosofia do direito que possa embasar-lhes. Para o autor, tal filosofia

¹⁶ Sociologia Jurídica Militante, na terminologia usada por De La Torre Rangel (2006, p.53).

de fundo seria a tradição teórica latino-americana sobre os direitos humanos, que traz uma concepção de tais direitos a partir do *pobre*.

Tal é a categoria sociológica adotada por De La Torre Rangel, em sintonia com o sociólogo brasileiro José de Souza Martins, que compreende *pobre* como um termo amplo, que não se resume a uma categoria econômica, mas que para além disto, abrange também fatores sociais. Assim, considera que o termo *pobre* abarca não só a pobreza que leva à fome, mas considera como *pobre* também aquele que não tem acesso a seus direitos ou à justiça, aquele que sofre opressão e desigualdade (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 51).

A título de esclarecimento, é importante pontuar que, neste trabalho, optamos pela utilização da terminologia *povo*, na acepção que lhe é conferida por Dussel, por entender que essa abrange o sentido que De La Torre Rangel dá ao termo *pobre*, mas evita o risco de se incorrer em equívocos de interpretação. Explicamos: o termo *pobre*, pode ser facilmente confundido com o sentido em que é usado na vida cotidiana, que carrega em si uma carga pejorativa¹⁷, o que pode levar o leitor a interpretações errôneas com relação ao sentido do texto. Pontuada essa questão, voltamos à teorização de De La Torre Rangel.

O autor defende também uma ideia de justiça alternativa àquela utilizada pelo direito vigente, que protege tão somente as classes dominantes. O direito vigente utiliza como critério de justiça o que Leibniz (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 48) chama de “justiça conservadora”, aquela justiça que pretende tão somente garantir a manutenção dos “direitos adquiridos” ou a sua reparação no caso de ter sofrido danos.

Em sentido oposto, utiliza como critério de justiça a ideia de “dar a cada um o que é seu”, conceito que é informado por valores diferentes daqueles da “justiça conservadora”. Nesse contexto, “dar a cada um o que é seu” se traduz em dar aquilo que é necessário para que o ser humano possa se desenvolver em sua plenitude, para que possa exercer seu papel enquanto sujeito histórico.

Aqui, De La Torre Rangel (2006, p. 46) faz uma interessante ligação entre as ideias de “lo suyo de cada quien”, do mexicano Preciado Hernández, e do conceito antropológico de “ser sujeito da história” do educador brasileiro Paulo Freire. Desta

¹⁷ De acordo com o *Minidicionário Aurélio*, pode significar tanto “que não tem o necessário à vida; sem dinheiro ou meios”, como “pouco dotado” ou ainda “mendigo, pedinte”. (In: FERREIRA, 1989, p. 395).

forma, a ideia de ser humano é dinamizada, e esse passa a ser visto como um sujeito que vive em determinado tempo, e que tem a capacidade de construir tanto sua história pessoal como comunitária, em conjunto com os outros indivíduos. Assim, também aquilo que necessita para ser sujeito dessa história irá variar de acordo com o momento em que vive.

O autor mexicano conclui que tanto esse critério de justiça, quanto a posição das teorias latino-americanas de direitos humanos como filosofia que informa o direito insurgente e o que-fazer sociológico do uso alternativo do direito, constituem uma consciência de luta, de busca por melhores condições de vida e desenvolvimento.

O direito é, assim, produto da dialética social e do processo histórico. Sendo produto cultural, não está ligado à estática, mas sim à dinâmica da vida e do processo histórico. Nesse sentido, defende Osvaldo de Alencar Rocha que

Nenhum direito está feito e acabado (nada é); as coisas e as ideias se reciclam, se modificam, em transformação criadora (tudo é, sendo), não existe uma prateleira metafísica, onde se possa armazenar a realidade dos fenômenos naturais e sociais. A vida é um contínuo vir a ser. (Em: DE LA TORRE RANGEL *et al.*, 1990, p. 25)

Assim, defende que se deve abominar o Estado como a única instância produtora de Direito, admitindo:

[...] a sociedade em processo de transformação como instância socialmente válida de criação e de recriação da norma jurídica, portanto da lei e do Direito [posto que] [...] as classes sabem o seu Direito, o conjunto dos oprimidos, dentro de suas lutas e aspirações, constrói historicamente o seu Direito. (*Idem*, p. 26).

Nesse diapasão, reconhecendo outras formas de direito, juristas começaram a adotar uma visão teórico-científica que questiona o monopólio estatal de produção e circulação do Direito pelo Estado moderno, defendendo a existência de formas alternativas de produção do direito (PRESSBURGER, 1990, p. 09).

2.3.3 O uso alternativo do direito e o direito insurgente

A partir das críticas apresentadas à juridicidade vigente, e compreendendo a sociedade em processo de transformação como espaço legítimo para a criação do

Direito, De la Torre Rangel constrói uma teoria jurídica de luta, em que defende o “uso total da juridicidade, em toda sua complexidade, a favor dos pobres” (2006, p. 106-107)¹⁸.

De acordo com a compreensão do autor, o uso alternativo do direito

constitui as diversas ações encaminhadas no sentido de que toda a juridicidade (normatividade, direitos subjetivos, ideias e concretizações do direito) seja usada a serviço dos *pobres* como sujeito histórico, tanto frente às instâncias jurídicas e administrativas do Estado, como por eles mesmos em suas relações comunitárias criando e recriando a solidariedade (2006, p. 100, tradução livre, grifo nosso)¹⁹.

Desta forma, fica evidente que o uso alternativo do direito não se restringe a um dos aspectos da juridicidade: todos os aspectos do direito devem ser usados a serviço do povo, seja isso feito frente às instâncias estatais ou dentro de suas relações comunitárias, onde, como já visto anteriormente, se reconhece que há produção de direito.

Compreende-se, ainda, que a legalidade não representa limite ao uso alternativo do direito quando ela representa um obstáculo à busca de condições mínimas de vida com dignidade para o povo. Em casos como este, deve-se observar o que Amilton Bueno Carvalho bem ensina, que os “princípios gerais de direito do *pobre*, [...] estão acima do direito positivado” (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 105, tradução livre, grifo nosso)²⁰.

Tal forma de compreensão do direito usa como chave de interpretação a “morte injusta e prematura dos pobres” (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 179), causada pela desigualdade que caracteriza a realidade latino-americana. Partindo deste marco, o jurídico adquire uma dimensão nova, sendo sua interpretação guiada também por uma nova racionalidade. Passa-se a utilizar uma hermenêutica analética, ou seja, a hermenêutica analógica levada à dimensão do outro como vítima direta da injustiça. Desta forma, defende De la Torre Rangel (2006, p. 179) que o uso alternativo do direito deve utilizar as duas virtudes analógicas relacionadas ao direito, quais sejam, a equidade e a prudência. Mas deve fazer esse

¹⁸ No original: “uso total ed la juridicidad, en toda su complejidad, a favor de los pobres”.

¹⁹ No original : “constituye las diversas acciones encaminadas a que toda juridicidad (normatividad, derechos subjetivos, ideas y concretizaciones de justicia) sea usada al servicio de los pobres como sujeto histórico, tanto ante las instancias judiciales y administrativas del Estado, como por ellos que mismos en sus relaciones comunitarias creando y recreando la solidaridad”.

²⁰ No original : ”principios generales del derecho del pobre, los cuales están por encima del derecho positivado”.

uso tendo sempre em mente o critério analético de que o direito deve não só impedir, mas também oferecer soluções para a morte injusta e prematura dos pobres.

Assim, De la Torre Rangel defende para além de um uso político da legalidade vigente, o direito como arma da libertação, como uma forma de pensar a juridicidade a partir de um outro lugar. Tal uso do direito, que vai contra a lógica das relações sociais de onde ele provém, tem a capacidade de tornar mais agudas as contradições sociais características do lugar onde ele é produzido (2006, p. 113).

Esse movimento encontra

eco em uma teoria crítica do direito que, pelos seus pressupostos, pretende afirmar a dignidade humana que o direito deveria assegurar e negar suas injustiças em prol de uma postura jurídica diferenciada. O corolário do direito, em sua íntegra e nos quatro analogados, como arma de libertação é o entendimento de que ele nasce do povo. Nasce do povo a luta por direitos negados mas também dele a autonomia da sua produção, como no caso das comunidades indígenas e movimentos populares. (PAZELLO, 2014, p. 369).

O jurista mexicano entende que são esses grupos, “as comunidades de pobres” que estão “fazendo uso da juridicidade como Direito insurgente” (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 51, tradução livre)²¹. Esta maneira de uso da juridicidade, o Direito insurgente, tem duas dimensões: uma que se traduz em uma prática jurídica alternativa da juridicidade vigente, e outra, que consiste na reapropriação do poder normativo, retirando o monopólio estatal de produção do direito (DE LA TORRE RANGEL, 1990, p. 28).

A primeira dimensão, do uso alternativo do direito vigente, se desenvolve em duas frentes:

- i) a da efetivação, que tem como objetivo lutar para que as normas jurídicas vigentes que podem beneficiar as classes dominadas sejam efetivadas²²;
- ii) a da “garimpagem” (expressão usada por Fachin²³) que, diferentemente da efetivação, não representa um uso que parte dos direitos

²¹ No original: “las comunidades pobres”, “haciendo uso de la juridicidad como Derecho insurgente”.

²² Essa efetivação encontra como obstáculos o formalismo – tendo em vista que normas de grau hierárquico inferior acabam por limitar sua aplicação –, o conservadorismo de boa parte do judiciário e os governos antipopulares (PAZELLO, 2014, p. 375).

conquistados, mas sim da busca de elementos da juridicidade vigente aos quais seja possível dar um sentido que beneficie as classes dominadas.

Na dimensão do uso alternativo do direito se materializa um âmbito de reinterpretação da juridicidade, melhor adequado ao âmbito judicial. Já a reapropriação do poder normativo se situaria num âmbito que vai para além da representação (seja ela jurídica ou democrática), enseja o direito que nasce do povo e se desenvolve com ele²⁴ (PAZELLO, 2014, p. 375).

Como explica o professor paranaense, essa reapropriação do poder normativo “pelo povo tem a dimensão dos usos do direito (que podem ensejar o uso alternativo do direito objetivo [...], como efetivação e reinterpretação) como momento de passagem de um direito de opressão para um de libertação” (PAZELLO, 2014, p. 376).

Dentre os usos do direito destacados por De la Torre Rangel, podemos mencionar o “uso alternativo de toda a juridicidade”, compreendendo que esta deve ser usada alternativamente no que tange todos os analogados do direito (2006, p. 104-107); o “uso alternativo do direito objetivo”, tornando efetivas normas vigentes que sejam de interesse do povo, ou dando a normas “neutras” um sentido político que leve a uma aplicação favorável ao povo (*Idem*, p. 118-122); no “uso alternativo dos direitos humanos”, vislumbrando uma possibilidade de uso político estratégico desses direitos, um uso alternativo da juridicidade subjetiva como alteridade (*Idem*, p. 123-126); e no “uso pedagógico dos direitos subjetivos” que significa construir uma forma de compreensão do fenômeno jurídico que seja alternativa àquela adotada pelos grupos dominantes (*Idem*, p. 127-129).

Assim, o direito insurgente na obra de De la Torre Rangel partiria do uso alternativo do direito, no sentido já explicado de efetivação e reinterpretação, mas teria nos demais usos do direito destacados pelo autor “mediações para novas perspectivas de juridicidade”. O resultado desses fatores tomados em conjunto constitui a reapropriação do poder normativo (PAZELLO, 2014, p. 379).

²³ Essa garimpagem “correspondería exactamente en procurar dentro del ordenamiento jurídico en vigor las posibilidades contradictorias encontradas en el propio ordenamiento hasta que éste no sea alterado [...]” (1987-1988 *apud* DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 107).

²⁴ Pazello faz uma crítica interessante a esse conceito, a partir de uma perspectiva marxista, entendendo que “não há possibilidade do direito nascer do povo; antes, ele nasce do capital, assim como nele é encontrado. [...] No máximo, uma parte do direito – aquela que pode ser “usada” politicamente – nasce do povo.” (2014, p. 375).

Frise-se que essas duas facetas, o uso alternativo do direito e a retomada do poder normativo, são elementos de algo maior, o próprio direito insurgente, que traz consigo, de um lado, “o uso tático do direito” e de outro, “a luta pelo poder de classe, referido, em última análise, aos movimentos populares” (PAZELLO, 2014, p. 378).

2.3.4 O caminho da alteridade no direito

Nos pontos acima, analisamos a ideia de direito insurgente e uso alternativo do direito, compreendendo que são formas de defesa e exercício dos direitos do povo frente a uma juridicidade excludente, a do direito vigente. Nesse sentido, representam um espaço de luta para o povo na busca do reconhecimento e efetivação de seus direitos humanos frente às desigualdades e opressões insistentemente perpetuadas pelo capitalismo.

Como já esboçado anteriormente, essa luta é constituída não somente pela busca de efetivação das leis estatais que garantem direitos ao povo, mas também pelo reconhecimento do Direito por ele produzido. Vários são os grupos (camponeses, indígenas, povos e comunidades tradicionais, entre outros) que produzem uma normatividade paralela à estatal, complexa, e que muitas vezes se encontra à margem daquela.

Algumas são normas que partem de uma lógica completamente diversa da do direito estatal, oferecendo noções diferentes de propriedade, por exemplo; outras suprem lacunas deixadas pelo direito estatal; algumas se criam por adaptarem-se melhor às formas de vida do grupo em questão; outras ainda para criar uma qualidade de vida melhor.

A criação de novas normas pelo povo representa uma face da reapropriação do poder normativo. A relevância do movimento de resgate do poder normativo do monopólio estatal é enorme, como defende De la Torre Rangel:

a importância deste uso da juridicidade pelos *pobres* se dá pelo fato de apresentar alternativas à lógica de Direito dominante, porque o desmistifica e prefigura um novo tipo de relações sociais. Implica o amadurecimento de certos setores da sociedade civil, que vão gestando uma rede de relações sociais distintas da formação social imperante de dominantes e dominados. (1990, p. 34, tradução livre, grifo nosso)²⁵

²⁵ No original : "la importancia de este uso de la juridicidad por los pobres, lo constituye el hecho de presentar alternativas a la lógica del Derecho dominante, porque lo desmitifica y prefigura un nuevo

Essa reapropriação do poder normativo representa, ainda, o reconhecimento do Outro enquanto tal, sua alteridade. Tal movimento tem um papel importante para a luta do povo e, em particular, dos povos indígenas e dos povos e comunidades tradicionais. Nesse sentido, conclui De La Torre Rangel que:

[o fato de se remeter a um] Direito ancestral e a um Direito que rompa com a lógica da juridicidade moderna, não é por considerar esses direitos como um valor intrínseco ou imanente, mas tão somente enquanto representam um início de distinção a favor deles como *outro*. O Direito moderno, pois, é superado pelo justo, que para a totalidade é ilegal. A justiça e o bem comum, desde a perspectiva do *outro*, desde a exterioridade do modo de produção e sua juridicidade, leva à legalidade da justiça. (DE LA TORRE RANGEL, 2004, p. 256, tradução livre)²⁶.

A partir dessa compreensão, determina o caminho necessário para a superação da juridicidade moderna:

A juridicidade moderna, assim como qualquer outra juridicidade alienante, será superada, *quando o outro seja reconhecido como outro*. O primeiro momento será reconhecer a desigualdade dos desiguais, e a partir dali virá o reconhecimento pleno não do desigual mas sim do distinto portador da justiça enquanto *outro*. (DE LA TORRE RANGEL, 2004, p. 256, tradução livre)²⁷.

Em sintonia com De La Torre Rangel, entendemos também que para que seja possível a superação dessa juridicidade excludente que temos hoje, pautada na *ilegalidade da justiça*, com diz Dussel, é imprescindível o reconhecimento do Outro como tal. Somente a partir do momento em que se negue a negação desse Outro será possível alcançar uma juridicidade que reconheça e garanta seus direitos. É necessário, portanto, reconhecê-lo como sujeito da juridicidade, bem como possível produtor dela.

tipo de relaciones sociales. Implica la maduración de ciertos sectores de la sociedad civil, que van gestando una red de relaciones sociales distintas, a la de la formación social imperante de dominantes y dominados”.

²⁶ No original : “Derecho ancestral y a un Derecho que rompa con la lógica de la juridicidad de la modernidad, no es por considerar esos derechos como un valor intrínseco e imanente, sino sólo en cuanto que representan un inicio de distinción a favor de ellos como *otro*. El Derecho moderno, pues, es superado por lo justo, que para la totalidad es ilegal. La justicia y el bien común, desde la perspectiva del *otro*, desde la exterioridad del modo de producción y su juridicidad, provoca hacia una legalidad de la justicia.”.

²⁷ No original : “La juridicidad moderna, así como cualquier otra juridicidad alienante, será superada, *cuando el otro sea reconocido como otro*. El primer momento será reconocer la desigualdad de los desiguales, y a partir de ahí vendrá el reconocimiento pleno no ya del desigual sino del distinto portador de la justicia en cuanto *otro*”.

O Outro tem, em nossa realidade, diversos rostos. Neste trabalho, iremos tratar especificamente daquele que não têm sido considerado Outro, mas *si-mesmo*, desde os idos de 1492: os indígenas. Ao seu lado, trataremos também dos povos e comunidades tradicionais, que têm seus conhecimentos e modos de vida constantemente negados. Para isso, analisaremos no capítulo a seguir a relação desses grupos com o Estado.

3 POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS E O ESTADO

Neste segundo capítulo, nos comprometeremos com a análise da relação entre os povos e comunidades tradicionais e o Estado, com enfoque especial na realidade brasileira. O estudo da relação estatal com os povos indígenas e não-indígenas encontra-se separada, devido à diversidade dessas relações, tanto numa perspectiva histórica, quanto numa perspectiva contemporânea.

3.1 “A AMÉRICA NÃO FOI DESCOBERTA, FOI INVADIDA”²⁸

O Brasil indígena que conhecemos hoje é apenas uma pequena parcela daquilo que foram as complexas relações entre povos indígenas que aqui existiram antes da colonização e que, provavelmente, cobriam todo o território do país. A redução da população indígena que, em 1500, contava com milhões de indivíduos²⁹, para os 800 mil que hoje habitam o país (IBGE, Censo Demográfico 1991/2000), é consequência de um complexo processo de etnocídio e genocídio desencadeado pelo capitalismo mercantil (CARNEIRO DA CUNHA, 2012), como veremos a seguir.

3.1.1 Breve histórico da política indigenista no Brasil

Políticas indigenistas podem ser definidas, conforme a concepção de Marzal (Yrigoyen, 2006, p. 02), como os diferentes “projetos dos vencedores para integrar os vencidos dentro da sociedade que nasce depois dessa conquista”³⁰. Desta forma, se referem aos projetos desenhados pelos colonizadores para realizar a integração dos povos originários ao estado nacional.

²⁸ JENNINGS, 1975, *apud* CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 18.

²⁹ Não há um consenso entre os historiadores com relação às cifras relativas à depopulação entre 1492 e 1650: Rosenblat, avalia que a população americana sofreu uma redução de um quarto. Por outro lado, Dobyns estima que a América perdeu entre 95% e 96% de sua população neste período. (Sánchez-Albernoz 1973, *apud* CUNHA, 2012, p. 17).

³⁰ No original : “los diferentes proyectos de los vencedores para integrar a los vencidos dentro de la sociedad que nace después de la conquista”.

O interesse dos colonizadores pelos indígenas, que ao início do contato (início do século XVI), se reduzia ao escambo, logo tomou novas proporções. Já no século XVII, a Coroa portuguesa passou a interessar-se pela mão-de-obra indígena. Esse interesse foi a causa de diversos conflitos com os jesuítas, sendo constantes as disputas referentes ao cargo de direção dos aldeamentos, tendo em vista que por meio dele se detinha controle sobre a mão-de-obra indígena (CARNEIRO DA CUNHA, 2012).

A escravidão indígena foi abolida repetidas vezes no decorrer dos séculos XVII e XVIII. Neste período, várias foram também as novas leis relativas à proibição do trabalho forçado de indígenas que foram editadas, o que demonstra também que, além de a escravidão indígena ter sido aceita novamente diversas vezes, a prática da ilegalidade no que tange esse assunto era uma realidade recorrente (MARÉS, 1998, p. 46). Estudos demonstram que, materialmente, houve escravidão indígena até o século XIX, havendo relatos de utilização de índios escravos pela Corte até o ano de 1850 (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 83).

No século XVIII, mais um elemento foi adicionado à relação entre indígenas e os colonizadores que aqui haviam se estabelecido: estes viam naqueles aliados contra a entrada de outros europeus (como os franceses e holandeses) em território brasileiro. Essa situação levou à criação de alianças entre tais colonizadores e alguns povos indígenas – relações essas que, a longo prazo, foram vantajosas apenas para os primeiros.

Neste período, reinava a discussão sobre a humanidade ou animalidade dos indígenas, sendo os índios classificados pelos colonizadores como “mansos” (o “índio bom”) ou “bravos” (o “índio mau”), o que definia também sua ação com relação a eles: se seria utilizada a “brandura” (o que em realidade traduz também uma forma de violência, já que representava a aculturação dos povos indígenas e a utilização abusiva de seu trabalho) ou a violência (por meio de guerras declaradas). As ideias científicas e evolucionistas da época entendiam que os índios eram a infância da humanidade – caberia então, aos colonizadores “civilizá-los” (CARNEIRO DA CUNHA, 2012).

Não muito tempo depois, outra importante mudança aconteceu. Com a expulsão dos jesuítas do país³¹, determinada pelo Marquês de Pombal em 1759, e a

³¹ É necessário salientar aqui que, embora os jesuítas oferecessem certa resistência aos planos da Coroa no que tange os indígenas, indo contra a sede de escravização desta, seu contato com os

chegada de D. João VI em terras brasileiras, em 1808, não havia mais resistência quanto à escravização de índios ou à ocupação de suas terras. Desta época data a mudança de foco da cobiça do colonizador português com relação aos habitantes originários desta terra: agora não lhe interessava mais somente o seu trabalho, mas também suas terras³².

Ainda, com a chegada de imigrantes europeus no Brasil, tomaram-se iniciativas para a eliminação dos indígenas que habitassem as áreas em que se pretendia alocar essa população. Com o advento da República, pouco mudou na situação dos povos indígenas, em realidade, os conflitos entre brancos e índios se acentuaram à medida que a penetração no sertão se tornava mais intensa.

Foi nesse contexto que se deu a criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores (SPI), em 1910, cujo objetivo era a promoção da paz no sertão, sendo garantidas condições de sobrevivência para os grupos indígenas e a expansão da sociedade nacional. O SPI conseguiu trazer alguma paz para a área, à época, e salvar parte da população indígena do extermínio. No entanto, o órgão não sabia como lidar com o indígena contatado, fazendo com que o

povos originários não se viu livre de contradições, nesse sentido, ver a obra de Darcy Ribeiro (2006, p. 52-57). Essa relação foi também explorada pela literatura, na brilhante obra de João Ubaldo Ribeiro *Viva o povo brasileiro*, como no trecho que citamos a seguir: “Na doutrina da tarde, às vezes se ensinava a aprisionar em desenhos intermináveis a língua até então falada na aldeia, com a consequência de que, pouco mais tarde, os padres mostravam como usar apropriadamente essa língua, corrigindo erros e impropriedades e causando grande consternação em muitos [...] E, principalmente, deu-se forte atenção ao Bem e ao Mal, [...] viu-se que alguns eram maus e outros eram bons, apenas antes não se sabia. Mulher má não quer ir à doutrina, quer andar nua [...] Feio, feio, mulher má. Mulheres boas não falam com mulher má, mulher má fica sozinha, marido de mulher má também homem bom, mulher má cada vez mais sozinha, fica com gênio muito ruim, parece maluca. Cada vez mais maluca, castigo do céu porque é mulher má. [...] Homem mau diz que história do padre não tem pé nem cabeça, tudo besteirada vai pescar. E também fica cada vez mais sozinho, bebe aguardente, ninguém conversa com ele, homem mau sempre pior, pior, castigo pesado por maldade, vai para um lugar onde o fogo queima sem cessar e lagartos perniciosos atacam o dia inteiro.” (1984, p. 39-40).

³² Ao analisarmos hoje as ações governamentais com relação às terras indígenas praticadas no período, fica clara a espoliação praticada: primeiramente, houve a política de concentração dos indígenas em aldeamentos, retirando-os das áreas onde seu título sobre a terra seria incontestável (possuíam direito originário às vastas terras que sempre habitaram), e deslocando-os para locais limitados, as chamadas terras de aldeias. Paralelamente a esta ação, estimulou-se que estranhos se estabelecessem na vizinhança, sendo incentivadas inclusive as relações entre indígenas e não-indígenas. Às aldeias foram concedidas terras inalienáveis, no entanto, dentro delas foram aforadas áreas para seu sustento. Em seguida, as aldeias foram extintas, sobre a justificativa de que os índios encontravam-se confundidos com a massa da população. Pouco tempo depois, passou-se por cima da lei que atribuía aos indígenas a propriedade da terra das aldeias extintas e lhes foram concedidos apenas lotes dentro destas, as áreas restantes voltam ao controle do Império e depois às províncias. Posteriormente, são repassadas para os municípios, que promovem sua alienação a foreiros ou as utilizam para criar novos centros de população. (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 81).

período seguinte trouxesse sérias consequências para os povos indígenas. Um escândalo internacional decorrente de denúncias de conivência de agentes do SPI com ações de extermínio de indígenas, entre outros atentados contra os direitos humanos do grupo, levaram à extinção do órgão em 1966 (SANTOS, 1989, p. 13-15).

No ano seguinte foi criada a Fundação Nacional do Índio (Funai), que em um primeiro momento surge como um alento para indígenas, antropólogos e indigenistas, mas que alguns meses depois adquire um caráter autoritário: o Conselho Indigenista, que inicialmente orientava o órgão, sendo composto por representantes do governo e da comunidade científica, foi substituído por uma presidência de militares. Fortaleceu-se, então, uma política de caráter integracionista (SANTOS, 1989).

Outro problema grave relativo à Funai encontrava-se na sua dependência com relação ao Ministério do Interior (extinto em 1991, quando o órgão passou a ser ligado ao Ministério da Justiça), tendo em vista a enorme contradição presente no fato de que o órgão responsável pelos indígenas estava sob a autoridade do ministério encarregado do desenvolvimento. À época, políticos e militares podiam livremente afirmar que os indígenas representavam “empecilhos” ao desenvolvimento e, conseqüentemente, podiam tomar decisões guiadas por esse tipo de entendimento (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 100).

Na década de 1970, como consequência das medidas desenvolvimentistas tomadas pela ditadura, os povos indígenas sofreram enorme violência, o período representou em certa medida um retorno à ações de extermínio³³. Terras foram invadidas e “legalmente” transferidas para fazendeiros e empresários brancos, centenas de indígenas morreram vítimas de projetos agropecuários, hidrelétricos³⁴, de infraestrutura, entre tantas outras medidas. Todo esse processo provocou profundas mudanças na cultura e na organização sócio-econômica dos povos

³³ Os casos de assassinato e tortura de povos indígenas têm sido analisados pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), que encerra suas atividades em dezembro deste ano, mas podem ganhar uma frente especial de investigações mesmo após o encerramento das atividades da CNV. A justificativa para isso é a de que, embora os indígenas figurem entre as maiores vítimas do período, poucos casos foram investigados até agora. A política de extermínio adotada no período militar utilizou-se de táticas de guerra para o assassinato dessas populações, como denuncia a jornalista Memélia Moreira, que relatou ter evidências do uso de napalm (espécie de gasolina gelatinosa usada pelas tropas estadunidenses na Guerra do Vietnã) para ataque de aldeias indígenas. (ARRUDA; HUPSEL FILHO, 2014).

³⁴ A exemplo das hidrelétricas de Itaipu e de Tucuruí.

indígenas afetados (SANTOS, 1989). Novamente, os povos indígenas e tradicionais apareciam como o impedimento ao desenvolvimento local e regional, mas nenhum “empecilho” deveria ser capaz de parar as máquinas: o “progresso” deveria prosseguir a qualquer custo.

Na contra-mão dessa ideia de política indigenista, e com o objetivo de lutar contra ela, foi promulgada em 1971 a Declaração de Barbados, que representa o início do que se convencionou chamar de “antropologia comprometida”. Isso fundamentou a ação de grupos da sociedade civil que tinham como objetivo a proteção dos direitos dos povos indígenas, culminando na criação da Comissão Pró-Índio, da Associação Nacional de Apoio ao Índio (Anaí) e na reestruturação da Associação Brasileira de Antropologia (ABA) e do Conselho Indigenista Missionário (CIMI).

Em 1978, foi proposto um decreto que emanciparia os “índios aculturados”, esses receberiam títulos individuais de terra que poderiam ser colocados no mercado – o efeito, claramente, seria a liquidação dos títulos indígenas. A oposição a essa iniciativa tomou grandes proporções, o que pode ser explicado pela insatisfação geral com a ditadura, que era duramente reprimida, e que encontrou nesse tema uma possibilidade de canalização. Essa movimentação marca o início de uma década de mobilizações em torno da questão indígena (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 280).

Assim, as ações anti-indígenas tomadas pelo governo militar tiveram como resposta ações pró-indígenas da sociedade civil e também a organização do movimento indígena, que já havia emergido quando do início da ditadura, mas que toma mais força no começo da década de 1980. Neste contexto, em 1982, pela primeira vez um líder indígena³⁵ entrou no Congresso Nacional. Ainda nesse período, vários outros líderes tentaram conseguir uma vaga na Constituinte Congressual, mas não obtiveram sucesso (SANTOS, 1989).

A organização do movimento indígena em âmbito nacional trouxe frutos, culminando na edição de um capítulo a eles destinado na Constituição Federal de 1988 (art. 231 e 232), onde é reconhecido o direito dos povos indígenas à diferença e seu direito ao território por eles tradicionalmente ocupado, dentre outros direitos.

³⁵ O líder em questão é Mário Juruna, que na análise de SANTOS conseguiu recolocar o indígena como personagem real no âmbito do universo urbano (SANTOS, 1989, p. 45).

Foi também a partir da década de 1980 que foi possível desmentir a previsão de que os povos indígenas viriam a desaparecer. Nesse período, pôde-se constatar um movimento de retomada demográfica com relação à população indígena brasileira, o que se atribui tanto ao fato de que o ciclo de mortes por fatores biológicos teria cessado quanto ao fato de que, nesse período, iniciou-se um processo de reconhecimento da identidade indígena por indivíduos que por muito tempo não se reconheceram como tal (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 123).

Estima-se que os povos indígenas têm crescido, em média, 3,5% ao ano – mais do que a média de crescimento da população brasileira, que foi de 1,6% ao ano entre 1996 e 2000 (AZEVEDO, 2000). Em 1993, contavam-se 519 terras indígenas, somando um território de 895.577,82 km². Dessas, 256 encontravam-se demarcadas fisicamente e homologadas (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 127). Hoje, somam-se 691 terras indígenas (POVOS INDÍGENAS NO BRASIL, *s. d.*), com uma extensão territorial de 8.511.965 km², destas, 464 estão homologadas (ISA, *s. d.*).

Em 1991, uma ampla reforma nas atribuições da Funai foi realizada por meio de decretos, descentralizando as responsabilidades relativas à saúde, educação, desenvolvimento rural e meio-ambiente. Em 2009, um amplo plano de reestruturação da Funai foi lançado por meio do decreto n° 7.056/09, pretendendo oferecer uma maior capacidade de atuação nos lugares onde vivem os povos indígenas. Esse decreto foi revogado em 2012 pelo decreto n° 7.778. A nova estrutura implementada pelo decreto pretende superar os impasses históricos do órgão indigenista oficial. No entanto, diversos povos indígenas se manifestaram contrários a essa mudança, além de manifestarem sua insatisfação com o fato de que os decretos tenham sido promulgados sem a realização da consulta prévia prevista na Convenção n° 169 da OIT (POVOS INDÍGENAS NO BRASIL, *s. d.*).

Embora as lideranças indígenas ainda não tenham uma grande representatividade no governo brasileiro, no quadro internacional a situação é outra. Conforme a análise de Carneiro da Cunha (2009, p. 326), as organizações indígenas emergiram como atores políticos de peso no quadro da ONU.

No entanto, a antropóloga entende que os povos indígenas começam a ser inseridos numa nova onda nacionalista no país, tendo em vista a ascensão da importância das questões ligadas à biodiversidade e a ligação desta com os conhecimentos tradicionais acumulados tanto por povos indígenas quanto

tradicionais. Mas, “se por um lado [essa posição] valoriza o status simbólico indígena, por outro transforma os povos indígenas em ‘nossos índios’, uma fórmula que condensa a ambiguidade inerente à condição indígena” (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 332).

É importante ressaltar que, embora os povos indígenas estejam alcançando novas posições de importância no cenário nacional e internacional, ações que atentam contra os direitos humanos e territoriais desses povos ainda acontecem diariamente. Diversos são os casos de indígenas assassinados, principalmente em decorrência de conflitos fundiários³⁶, e de invasão de terras indígenas. Ações governamentais que ferem os direitos dos povos indígenas também não são raras, a exemplo do caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Pará. Tampouco as tentativas de ferir esses direitos por via legislativa foram extintas, como pode ser visto ao se analisar as Propostas de Emenda Constitucional (PEC) 038 e 215³⁷.

3.1.2 Sobre a existência de uma política indígena

Durante muito tempo perdurou (e perdura até hoje, em alguns meios) a ideia do indígena como sendo apenas vítima do sistema mundial. A razão para esta noção, como explica Carneiro da Cunha (2012, p. 22), tem um fundamento moral e um teórico. O moral se refere a uma má consciência com relação ao passado, que vem acompanhada de boas intenções. O fundamento teórico se encontra no fato de que, para o colonizador, só é possível uma história que tenha ele próprio em seu centro.

Embora bem intencionado, o resultado deste entendimento leva, em realidade, a um novo atentado aos povos indígenas: depois de serem eliminados física e etnicamente, deixam de existir também enquanto sujeitos históricos.

No entanto, ao analisar a política indigenista aplicada no país, não resta dúvidas de que havia também uma política indígena. A metrópole utilizou-se, em

³⁶ Em dez anos (2003-2013), o número de indígenas assassinados chegou a 560, fato que é atribuído à retração nos procedimentos de demarcação das terras indígenas (SOUZA, 2013). Só em 2013, o número de assassinatos foi de 53 indígenas (NÉRI, 2014).

³⁷ Ambas as propostas tentam promover mudanças no processo de demarcação das terras indígenas, transferindo a competência do Executivo para o Congresso, além de discutirem limites com relação a demarcação das terras indígenas. Tais mudanças são absolutamente inconstitucionais, pois o direito dos indígenas à terra é direito originário, não sendo passível de transação ou disposição. Além disso, o processo de demarcação das terras indígenas é meramente administrativo, não podendo portanto ser decidido por via legislativa.

diversas ocasiões, das inimizades entre povos indígenas. Assim, celebravam alianças com um, para derrotar outro; ou ainda, realizavam alianças com povos indígenas para proteger-se de ataques de outros grupos que tentavam a colonização. Fica claro que, para que essa política metropolitana funcionasse, era necessária também uma política indígena, que permitisse e motivasse tais alianças.

Desta forma, vê-se que os povos originários foram atores importantes para sua própria história. O resultado desta interação, no entanto, só teve saldo positivo para a metrópole: para os indígenas, restou o fracionamento étnico.

Como bem aponta Carneiro da Cunha (2012, p. 24) “a percepção de uma política e de uma consciência histórica em que os índios são sujeitos e não apenas vítimas só é nova eventualmente para nós”. Para os povos indígenas, eventos como a origem do homem branco, o porque de este ter acesso a tecnologias avançadas (como a das armas de fogo) e a iniciativa de contato, são frequentemente representados na mitologia como consequência de suas próprias ações ou vontade.

Neste sentido, citamos o mito do povo Achuar para explicar a gênese da desigualdade entre índios e brancos na distribuição de riqueza. Para eles, os seus antepassados e o dos brancos eram idênticos. Contam que, certo dia chegou em suas terras um avião, mas apenas os antepassados dos brancos subiram a bordo, os dos Achuar tiveram medo e resolveram permanecer em terra. Assim, aqueles que embarcaram no avião aprenderam a fabricar tudo com o auxílio de máquinas, e se tornaram brancos. Enquanto isso, os Achuar permaneceram em terra, e tiveram que continuar produzindo tudo com suas próprias mãos, o que os teria levado a dispor de uma quantidade menor de riquezas nos dias atuais (DESCOLA, 2006, p. 402).

Fica claro, então, que as sociedades indígenas explicaram a história do mundo e do que lhes aconteceu em seus próprios termos, apontando para seu papel enquanto sujeitos, posto que suas escolhas refletiam em consequências para seu presente.

3.1.3 Modelos de política indigenista

Para a divisão das políticas indigenistas no tempo, utilizaremos a forma desenhada por YRIGOYEN no texto *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico*

y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino (2006), adaptando-as para a realidade brasileira³⁸.

Primeiramente, quando da chegada dos colonizadores no século XVI, ocorreu um projeto de ocupação e submissão das nações originárias. Isso se implementa através da ocupação dos territórios tradicionais e da submissão dos povos indígenas aos invasores.

Posteriormente, no período que vai do século XVI ao início do século XIX, desenvolve-se o projeto de subordinação política e segregação colonial. Assim, neste período foi promovida a reunião de indígenas de diferentes etnias em aldeamentos. Com relação àqueles povos que não haviam sido “domesticados”, a Coroa declarava “guerra justa”. Ainda, alguns povos conseguiram continuar isolados, não mantendo qualquer forma de interação com o homem branco.

É nessa época que surge o instituto da tutela dos indígenas, nesse momento os indígenas passam a ser entendidos como “irmãos menores” dos colonizadores, sendo atribuída a esses a tarefa de “civilizá-los”. Os indígenas são vistos como inferiores e incapazes, sendo privados da capacidade de decidir sobre seus destinos. O encarregado de tomar estas decisões passa a ser o colonizador (YRIGOYEN, 2009, p. 18). A tutela é entendida como uma proteção dada a essas “grandes crianças” até que elas cresçam e venham a ser “como nós” (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 114).

É curioso analisar, ainda, que à época colonial, raros eram os dispositivos legais que se dirigiam à pessoa do indígena. No geral, se referiam a limitações e garantias do direito alheio, e que de certa forma estava relacionado aos indígenas. Não havia preocupação alguma com o que os povos indígenas pensavam, faziam ou queriam fazer. A única preocupação do colonizador se referia à integração desses povos à sociedade que estava sendo criada. (MARÉS, 1998, p. 48).

Em seguida, no período que abrange o início do século XIX até meados do século XX, o projeto predominante é o assimilacionista, condizente com o horizonte do liberalismo que era predominante naquele início da era republicana. A visão individualista característica deste período histórico impossibilita que o direito e as políticas estatais reconheçam a existência de grupos diversificados dentro do

³⁸ O texto se refere às políticas indigenistas nos países andinos, mas é possível traçar paralelos entre o processo de colonização desses países e o que ocorreu no Brasil.

Estado, os indígenas teriam direitos apenas enquanto pessoas, e não enquanto grupo social (MARÉS, 1989, p. 55).

O antropólogo mexicano Díaz-Polanco (*apud* Verdum, 2009) entende que tal projeto é etnocida na medida em que resolve o “problema dos índios” a partir da liquidação de sua identidade diversificada. O indígena deixaria de ser “índio” e viraria cidadão, sendo destituído de qualquer privilégio que sua condição diferenciada lhe conferiria. Para esta concepção, guiada pelo ideário liberal, “a ‘comunidade indígena’ seria vista como uma ‘corporação civil’ que obstaculiza o livre fluxo da propriedade” (VERDUM, 2006, p.22).

Em meados do século XX, a política assimilacionista dá sinais de esgotamento, assim como o modelo liberal, dando lugar à chamada política integracionista. O indigenismo integracionista aceitava as manifestações culturais indígenas, mas propunha a integração dos índios à sociedade nacional, integração essa que deveria ser realizada respeitando-se os valores culturais da comunidade e a dignidade de cada indivíduo. Aqui se encontra a maior contradição dessa corrente pois, embora apregoasse o relativismo cultural, ela não se desligou da meta liquidacionista de incluir os índios à sociedade nacional.

O resultado dessa contradição, segundo a análise de Díaz-Polanco (1991 *apud* Verdum, 2006, p. 23), foi que a posição relativista converteu-se em mero discurso ideológico, enquanto a prática girava em torno da persecução da integração, dando clara continuidade à percepção evolucionista de soberania da cultura nacional.

O antropólogo mexicano entende que se passa de uma atuação evidentemente etnocida para uma política etnófoga, entendendo-se “etnofagia” como

o processo global mediante o qual a cultura dominante busca engolir ou devorar as múltiplas culturas populares, principalmente em virtude da força de gravitação que os padrões “nacionais” exercem sobre as comunidades étnicas. Não se busca a destruição mediante a negação absoluta ou o ataque violento das outras identidades, senão sua dissolução gradual mediante a atração, a sedução e a transformação. (DÍAZ POLANCO, 1991 *apud* Verdum, 2006, p. 23).

Não só dentro dos estados nacionais o indigenismo integracionista é dominante nessa época, mas também na normativa internacional. Tal modelo definiu a Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais, que será analisada mais profundamente no terceiro capítulo

deste trabalho. De acordo com este instrumento, o Estado é quem teria titularidade jurídica para decidir o desenvolvimento dos povos indígenas.

É no contexto do indigenismo integracionista que se situa, para o caso brasileiro, o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), promulgado em 1973, em plena ditadura militar, durante o governo de Médici. Tal lei, em seu artigo 1º, “regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmonicamente, à comunhão nacional.”. A Lei 6.001/73 é um produto claro da política indigenista integracionista, já que é adepta do relativismo cultural (como podemos ver pela leitura do inciso III do art. 2º da citada lei³⁹), mas continua objetivando claramente a integração dos indígenas à “comunhão nacional”.

O Estatuto do Índio estabelece um tipo de tutela especial para os indígenas, atribuindo o exercício desta ao Poder Executivo o que, claramente, condiciona esta tutela à política indigenista do Poder Federal (SANTOS, 1989, p. 50).

Ainda, a classificação apresentada por esta lei com relação aos indígenas foi extensamente criticada. De acordo com o Estatuto, existiriam três tipos de indígenas: os isolados, os em vias de integração e os integrados, estes últimos seriam os “emancipados”, já que plenamente incorporados à sociedade nacional e em pleno exercício de seus direitos civis. Ainda, os critérios para definição dos “índios” e comunidades indígenas ou grupos tribais presentes no documento estão relacionados à identificação destes indivíduos como indígenas a partir de traços culturais.

Os conceitos presentes no Estatuto do Índio sofreram severas críticas de antropólogos, a exemplo de Carneiro da Cunha que entende que

[...] os grupos étnicos só podem ser caracterizados pela própria distinção que eles percebem entre eles próprios e outros grupos com os quais interagem. Existem enquanto se consideram distintos, não importando se essa distinção se manifesta em traços culturais ou não. E quanto ao critério individual de pertinência a tais grupos, ele depende tão somente de uma autoidentificação e do reconhecimento pelo grupo de que determinado indivíduo lhe pertence. (2012, p. 103).

³⁹ “Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos: III - respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição”.

Fica claro pois que o Estatuto do Índio é um documento de forte caráter integracionista, sendo vergonhoso que esteja em vigor ainda hoje⁴⁰, quando as ideias nele presentes já foram incansavelmente refutadas pela antropologia social e posto que se encontram em flagrante contradição com a Constituição Federal e com instrumentos internacionais que regem o assunto, como a Convenção n° 169 da OIT, que possui força de lei no país.

Por fim, é interessante reproduzir aqui a conclusão de Batalla com relação ao tema, que afirma que

o indigenismo integracionista foi, em seu campo, a expressão consequente de projetos desenvolvimentistas e modernizadores na área da economia e da política, nos quais embarcaram os governos da América Latina com a ideia de diminuir a distância que os separava cada vez mais dos países do chamado “primeiro mundo”. Não se entendeu, ou não se quis entender, que era precisamente a relação assimétrica estabelecida entre os países avançados e os que se denominaram subdesenvolvidos o que fazia possível, de forma simultânea, o desenvolvimento de uns e o subdesenvolvimento dos outros. Para não enfrentar este problema, preferiu-se eleger teorias segundo as quais era o atraso, o primitivismo, a falta de modernização (entendida esta, por suposto, nos termos dominantes), a causa da desigualdade de desenvolvimento. E no interior de nossos países, quem podia representar na mentalidade colonial das classes dominantes, o exemplo mais claro do atraso, de ignorância e de falta de civilização? Os índios, naturalmente. (1985 *apud* SANTOS, 1989, p. 53).

Analisadas as dimensões da relação povos indígenas-Estado, realizaremos agora a análise da relação entre povos e comunidades tradicionais (com foco nos povos não-índigenas) e Estado.

3.1.4 Breve histórico da política direcionada aos povos e comunidades tradicionais⁴¹

Estima-se que o número de pessoas que pertencem aos diversos povos e comunidades no Brasil atinja 4,5 milhões e que essas coletividades ocupam cerca

⁴⁰ Organizações indígenas e seus aliados têm se mobilizado, desde a promulgação da Constituição de 1988, no sentido de reescrever a lei geral que rege a questão indígena. Sua intenção era a de substituir o “Estatuto do Índio” por um instrumento que se chamaria “Estatuto dos Povos Indígenas” e que carregaria um conteúdo de direitos coletivos. Uma versão do documento foi aprovada em Comissão do Congresso Nacional, mas o processo foi parado por ordem do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso. O processo está congelado desde então e, desta forma, continua vigente o ultrapassado Estatuto do Índio (MARÉS, 2001, p. 34 e 35).

⁴¹ No intuito de facilitar as explicações referentes à Convenção n° 169 da OIT, destacaremos nesse capítulo a expressão “povos indígenas” do termo “povos e comunidades tradicionais”, embora estejamos cientes de que a acepção correntemente dada a este último contempla também os povos indígenas.

de 25% do território nacional. Apesar disso, esse grupo tem sofrido todo tipo de violência, oriunda principalmente de conflitos fundiários e ambientais, além de ter sido alvo de políticas universalistas, que dissolveram o fator étnico nas questões econômicas (SILVA JÚNIOR; SOUZA, 2009, p. 129).

Nesse ponto, trataremos em especial da legislação relativa aos povos e comunidades tradicionais no Brasil, posto que, devido à grande abrangência do tema, que abarca em si as mais diversas realidades, uma análise mais profunda do conjunto das políticas destinadas a esse grupo superaria os objetivos desse trabalho.

Em especial a partir de 1988, esses grupos (entre outros) que até então estavam completamente invisibilizados social e juridicamente, passaram a ganhar visibilidade por meio da sua mobilização em torno da pauta dos direitos coletivos (*Idem*, p. 129).

O reconhecimento jurídico-formal dos povos e comunidades tradicionais no Estado brasileiro vem com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde não só é conferido um capítulo aos direitos indígenas (art. 231 e 232), como também é reconhecida a diversidade étnica do país e os diferentes modos de criar, fazer e viver, constituindo estes patrimônio cultural imaterial brasileiro (art. 215 e 216).

Ainda, no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), são reconhecidas as terras tradicionalmente ocupadas pelos quilombolas, sendo obrigação do Estado emitir-lhes os títulos respectivos. A Constituição Federal não traz, no entanto, um conceito específico de povos e comunidades tradicionais.

Ao nível internacional, a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, promulgada em 1972, é considerada um “marco jurídico” no tema pois, além de diferenciar patrimônio cultural de patrimônio natural, sublinha a importância dos bens culturais para o desenvolvimento da humanidade (SHIRAISHI, 2007, p. 37).

Posteriormente, em 1989, é promulgada a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que só veio a ser promulgada no Brasil no ano de 2004, através do Decreto 5.051, onde são reconhecidos diversos direitos dos povos indígenas e tribais (terminologia adotada pela Convenção, sobre a qual discutiremos no próximo capítulo), estabelecendo novo direcionamento para a política agrária, ambiental e étnica, no que se refere a esses povos. Ao manter os dois grupos separados, a Convenção dá uma abrangência maior aos seus

destinatários, incluindo diferentes grupos sociais. Nesse sentido, entende SHIRAIISHI que:

as situações vivenciadas por esses grupos sociais não se vinculam necessariamente a um período temporal ou a um determinado lugar. O que deve ser considerado no processo de identificação é a forma de “criar”, “fazer” e “viver”, independentemente do tempo e do local, importando assinalar que referido critério distintivo da noção de “povo” não é o mesmo do direito internacional (2007, p. 45).

O reconhecimento desse grupo foi feito também, em 1992, pela Convenção sobre Diversidade Biológica (aprovada pelo Senado Federal por meio do Decreto Legislativo nº 2 de 1994), que dispõe que:

Art. 8. Cada parte deve, na medida do possível e conforme o caso:

j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.

Entende Alfredo Wagner Berno de Almeida que, a partir da articulação entre a Convenção nº 169 da OIT e a Convenção sobre Diversidade Biológica, pode-se perceber que

a noção de “comunidades locais”, que antes denotava principalmente um tributo ao lugar geográfico e a um suposto “isolamento cultural”, tornou-se relacional e adstrita ao sentido de “tradicional”, enquanto reivindicação atual de grupos sociais e povos face ao poder do Estado e enquanto direito manifesto através de uma diversidade de formas de autodefinição coletiva. A mobilização dos “povos e comunidades tradicionais”, sob este prisma, aparece hoje envolvida num processo de construção do próprio “tradicional” [...].(Em: SHIRAIISHI, 2007, p. 11)

Ainda na esfera internacional, é importante mencionar a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, promulgada em 2001, e a Convenção sobre a Proteção e Promoção de Diversidade das Expressões Culturais, promulgada em 2005, e que passou a integrar a legislação nacional em 2007, por meio do Decreto 6.177/ 2007.

Em âmbito nacional, o reconhecimento desse grupo, ainda sob o nome de “populações” tradicionais (o uso do termo “populações” já havia sido refutado

quando da promulgação da Convenção nº 169 da OIT, conforme será discutido no próximo capítulo), deu alguns sinais a partir da promulgação da Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). Esse documento, em seu art. 4º, inciso XIII, estabelece como um dos objetivos do SNUC “proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente.”.

Posteriormente, em agosto de 2005, na cidade de Luziânia (DF), foi realizado o “I Encontro Nacional de Comunidades Tradicionais – Pautas para Políticas Públicas”, com o objetivo de promover discussões conceituais acerca do que seriam as comunidades tradicionais, de consultar os representantes dos povos e comunidades tradicionais acerca de demandas, de identificar os problemas de acesso aos programas e ações do governo que já existiam à época e de decidir sobre os representantes dos povos e comunidades tradicionais que comporiam a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais (criada em 2004), além de definir uma agenda prioritária para esta (NUPAUB, *s. d.*, p. 01).

Participaram desse encontro representantes dos agroextrativistas da Amazônia, caçaras, ciganos, comunidades de terreiro, geraizeiros, faxinalenses, fundos de pasto, pantaneiros, pescadores artesanais, pomeranos, povos indígenas, quebradeiras de coco-babaçu, quilombolas, ribeirinhos do São Francisco, seringueiros e vazanteiros (NUPAUB, *s. d.*, p. 01).

Nessa ocasião, foi possível estimar a diversidade social dos grupos representados, percebeu-se também que os critérios que promovem o agrupamento de cada um deles é heterogêneo, sendo analisado também seu potencial político-organizativo e a forma como se dá a sua distribuição dentro do território nacional (ALMEIDA, 2007, p. 15).

No ano seguinte, foi instituída a Comissão de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com o objetivo de implementar uma política nacional que contemplasse esse grupo em específico. Essa Comissão compõe-se de 30 representantes de comunidades tradicionais (15 titulares e 15 suplentes) e de 15 representantes de órgãos da administração pública federal. Como resultado de uma grande mobilização das associações, entidades e movimentos sociais relacionados a esses grupos, bem como resultado da intensificação das discussões,

os órgãos estatais acataram suas reivindicações e, em 2007, foi promulgado o Decreto nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (ALMEIDA, 2007, p. 13).

Tal política tem como objetivo geral a promoção do “desenvolvimento sustentável”⁴² dos povos e comunidades tradicionais, bem como a garantia dos direitos culturais, econômicos, sociais, territoriais e ambientais desse grupo, com respeito e valorização à sua identidade, às suas formas de organização e às suas instituições (art. 2º do Anexo).

Ainda, o decreto toca em duas questões essenciais: diferencia povos de comunidades, o que era uma demanda dos movimentos sociais e organizações que representam os povos e comunidades tradicionais, além de definir o que são territórios tradicionais (BRANDÃO, 2014).

O decreto preconiza ainda, como objetivos específicos, a solução e minimização dos conflitos gerados pela implementação de Unidades de Conservação de Proteção Integral nos territórios tradicionais, bem como a garantia dos direitos dos povos e comunidades tradicionais que sejam atingidos direta ou indiretamente por projetos, obras ou empreendimentos e a celeridade no reconhecimento do processo de auto-identificação desses povos (art. 3º, incisos II, IV e IV do Anexo).

Esse documento traz, ainda, uma definição da expressão “povos e comunidade tradicionais”, estando compreendidos no termo, de acordo com seu artigo 3º:

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

Apesar de o documento trazer uma definição interessante do que seriam os povos e comunidades tradicionais, representando as discussões feitas até então pelas organizações, associações e movimentos sociais que representam esse grupo, é importante salientar que o consenso acerca do significado do termo “tradicional” ainda está em processo de construção. Isso se dá devido à

⁴² De acordo com o Decreto nº 6.040/2007, em seu art. 3º, III, o termo refere-se ao “uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras.”

complexidade do grupo, que possui diferentes características econômicas, sociais e religiosas, embora esteja de certa forma unida por “modalidades diferenciadas de uso comum dos recursos naturais” e por “critérios político-organizativos” (ALMEIDA, 2007, p. 16).

Ainda, é essencial sublinhar a importância de esse instrumento não estabelecer de antemão um conceito específico de “povos e comunidades tradicionais” pois, como defende Shiraishi, é importante que os instrumentos legais deixem tal conceito em aberto, apenas oferecendo instrumentos para que o próprio sujeito se auto-defina, se auto-identifique, no intuito de não excluir nenhuma comunidade ou povo tradicional do campo de abrangência do dispositivo (2007, p. 46).

Quando se fala em legislação referente aos povos e comunidades tradicionais, é necessário mencionar também aqueles documentos que se referem a um grupo em específico, e não a essas coletividades em conjunto. Nesse sentido, relembramos aqui: i) do Decreto 4.887/2003, que garante o direito à terra das comunidades quilombolas e estabelece mecanismos para o reconhecimento e titulação de suas terras; ii) do Decreto 1.775/1996, referente à demarcação das terras indígenas e do Decreto 1.141/94 que dispõe sobre o apoio às atividades produtivas para as comunidades indígenas; e iii) da lei 11.699/2008, considerada um primeiro passo para o reconhecimento das comunidades de pescadores artesanais e suas formas de organização.

Por fim, sublinhamos que o reconhecimento dos povos e comunidades tradicionais está atingindo, também, o âmbito das legislações estaduais e municipais. A exemplo disso, podemos citar algumas legislações específicas:

- a) A lei 15.673/2007 e o decreto n° 3.446/97, que regulamenta as Áreas Especiais de Uso Regulamentado (ARESUR), por meio das quais as comunidades faxinalenses foram reconhecidas por meio de dois instrumentos legais do estado do Paraná (SILVA JÚNIOR; SOUZA, 2009, p. 137). No âmbito municipal, citamos a lei n° 1.235/2008 do município de Rebouças ; e
- b) A Lei do Babaçu Livre, do município de Lago do Junco (MA), pioneiro no reconhecimento das quebradeiras de coco babaçu. Iniciativas do gênero já haviam sido implementadas em outros treze municípios (oito no Maranhão, quatro no Tocantins e um no Pará) até 2006 (CAMPOS, 2006).

É importante sinalizar que, embora os últimos anos tenham representado um grande avanço no que se refere ao reconhecimento legislativo dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, ainda há muito o que se fazer. Como denuncia BRANDÃO (2014), há uma grande resistência por parte do Estado de inserir os povos e comunidades tradicionais não-indígenas nas discussões sobre a Convenção nº 169 da OIT, de reconhecê-los enquanto destinatários desse instrumento da normativa internacional. Além disso, pode-se falar também de uma certa negação do Estado no que tange o reconhecimento dos territórios tradicionais desse grupo.

Nesse sentido, Brandão (2014) elenca como dois grandes desafios o reconhecimento dos povos e comunidades tradicionais enquanto sujeitos o que, de acordo com a militante quilombola, exige novas normativas, e a criação de procedimentos e normativas jurídicas para o reconhecimento dos territórios tradicionais de todos os grupos que compõe esse sujeito coletivo chamado “povos e comunidades tradicionais”, e não apenas de indígenas e quilombolas.

3.2 O ABANDONO DA TUTELA E O CAMINHO PARA UM HORIZONTE PLURALISTA

Após analisarmos a forma como se dá a relação entre povos e comunidades tradicionais (indígenas e não indígenas) e o Estado brasileiro, estudaremos agora os avanços que tem sido alcançados no âmbito internacional, e também em outros países continente, no que tange o direito dos povos e comunidades tradicionais. A partir dessa análise, pretendemos identificar novos caminhos possíveis para a relação povos e comunidades tradicionais-Estado no Brasil.

3.2.1 Transição: da tutela ao controle das próprias instituições

Durante as décadas de 1970 e 1980, uma crise de confiança nas ideias de progresso e desenvolvimento teve início, o que se deve, em parte, ao movimento ecológico, às questões por ele propostas e à crise alimentar dos anos 1970. A forma de desenvolvimento que havia sido defendida desde o início dos anos 1950, que visava apenas o crescimento econômico em si, sem se preocupar com a satisfação

das necessidades fundamentais da maior parte da população, já não era suficiente (STAVENHAGEN, 2013, p.66).

O foco da teoria do desenvolvimento, até então, se localizava nas condições e fatores que influenciavam o crescimento industrial. O desenvolvimento agrícola foi colocado em segundo plano, sendo exigido que os países do Sul seguissem a forma de desenvolvimento agrícola adotada pelos países industrializados. Neste contexto, a resposta dada aos problemas agrícolas dos países do Sul foi a chamada Revolução Verde, que representa a difusão de elementos da segunda revolução agrícola nos países do Sul, como a seleção genética, a fertilização mineral, os tratamentos, o cultivo puro de populações geneticamente homogêneas, a mecanização parcial e o estrito controle de água. Tal resposta, apesar de aumentar a produtividade e o rendimento dos produtores de grãos, beneficiou em especial “as regiões férteis mais aptas a rentabilizar os caríssimos componentes necessários e os agricultores que dispunham de meios suficientes para comprá-los e para aplicar os aconselhamentos técnicos correspondentes” (MAZOYER; ROUDART, 2010, p. 500-501).

A existência do campesinato e da economia camponesa foi praticamente ignorada por essa corrente teórica, apesar de estes representarem uma grande parcela da população nos países do Sul. Também a questão étnica foi ignorada pela teoria do desenvolvimento, formando um “ponto cego paradigmático”⁴³ (STAVENHAGEN, 2013, p. 71).

Com essa crise de confiança, passou-se a procurar um modelo que pudesse satisfazer as necessidades fundamentais da população. Além disso, se procurava um novo modelo que se orientasse no sentido da autossuficiência e que conseguisse promover um desenvolvimento em harmonia com o meio-ambiente, ao invés de destruí-lo. Esperava-se, também, encontrar um modelo que conseguisse conviver e atuar em conjunto com tradições culturais pré-existentes, ao invés de descartá-las e encará-las como obstáculos ao desenvolvimento (STAVENHAGEN, 2013, p. 69).

Neste sentido, também a ideia de Estado-nação, entendida como abrangendo uma nação apenas, um povo, passa a receber fortes críticas. Tal concepção não admite a existência de povos com culturas diversificadas dentro de

⁴³ No original: “a paradigmatic blind-spot”.

um mesmo território nacional, povos que têm estruturas sociais, culturais e econômicas diferentes daquelas compartilhadas pela sociedade nacional. A ideologia nacionalista acaba por justificar a hegemonia de um grupo étnico dominante, identificando os interesses destes como “interesse nacional”.

Tal tipo de ideologia promove a exclusão e submissão dos outros grupos étnicos, o que leva a diversas formas de discriminação e segregação nos âmbitos social, econômico e político, levando-os também a ter menos acesso a posições de poder e conseqüentemente pouca influência em decisões que lhes afetam. Esse processo de marginalização e assimilação cultural à sociedade nacional ganha o nome de etnocídio, compreendido este como: “a política de destruição da identidade cultural de um grupo étnico, se distinguindo de processos naturais ou espontâneos de aculturação e mudança cultural” (STAVENHAGEN, 2013, p. 78).

Como resposta a essa crise, e uma alternativa ao modelo de desenvolvimento vigente, surge a ideia de etnodesenvolvimento, ou seja, o desenvolvimento de grupos étnicos dentro da estrutura da sociedade majoritária (STAVENHAGEN, 2013, p. 84). Na concepção de Batalla, o etnodesenvolvimento pode ser entendido como:

a ampliação e consolidação dos âmbitos da própria cultura, mediante o fortalecimento da capacidade autônoma de decisão de uma sociedade culturalmente referenciada para guiar seu próprio desenvolvimento e o exercício da autodeterminação, qualquer que seja o nível que considere, implicando uma organização equitativa e própria do poder. Isto significa que o grupo étnico é a unidade político-administrativa com autoridade sobre seu próprio território e capacidade de decisão nos âmbitos que constituem seu projeto de desenvolvimento dentro de um processo de crescente autonomia e autogestão. (1985 *apud* SANTOS, 1989, p. 52).

A ideia de que cada grupo étnico tem direito a decidir sobre os rumos de seu desenvolvimento, não implica que para cada grupo étnico deva necessariamente existir um estado. Pelo contrário, a solução parece ser a existência de estados que se reconheçam como pluriculturais, multinacionais ou multiétnicos⁴⁴, ou seja, estruturas onde os diferentes grupos étnicos possam encontrar iguais oportunidades de desenvolvimento econômico, social e cultural.

⁴⁴ Os autores que se debruçam sobre o tema utilizam diversas terminologias para tratar do assunto : Yrigoyen utiliza os termos “pluricultural” e “plurinacional”; Marés prefere os termos “pluricultural” e “multiétnico”; Stavenhagen e Anaya, por sua vez, utilizam principalmente os termos “multicultural” e “multinacional”. No entanto, os citados autores não promovem diferenciação entre os termos, não justificando sua opção por um ou pelo outro. Desta forma, neste trabalho, utilizaremos os termos citados como sinônimos.

Esse entendimento informa hoje os instrumentos internacionais que se referem aos direitos dos povos indígenas e tribais. Passou-se a valorizar a diversidade cultural, a diferença, mas num horizonte de igualdade e dignidade. Exemplo disso é a Convenção n° 169 da OIT, que fundamenta a criação de um Estado pluricultural.

Desta forma, superou-se (ao menos no âmbito formal) a ideologia que impõe a necessidade de tutela aos povos indígenas e tribais. Dentro desse novo viés, são os próprios povos que devem ter o poder de decisão sobre questões que lhes afetem, independente do caráter destas decisões, sendo eles os responsáveis por definir e determinar os rumos do seu desenvolvimento.

3.2.2 Rumo a um Estado Multicultural e Pluriétnico

Em meio ao questionamento internacional com relação aos quinhentos anos de “descobrimto” das Américas, o advento da Convenção n° 169 da OIT, o fortalecimentos dos movimentos indígenas, e as reformas constitucionais que ocorreram em diversos países latino-americanos, surge, na década de 1990, um novo modelo de gestão da multiculturalidade, o que Yrigoyen chama de “horizonte pluralista” (2004, p. 172).

3.2.2.1 O novo constitucionalismo latino-americano

As novas constituições dos países latino-americanos foram surgindo com um caráter cada vez mais pluriétnico, reconhecendo a diversidade social, cultural e natural destes Estados, numa perspectiva que Carlos Frederico Marés de Souza Filho chama de socioambiental (2001, p. 26).

A transição, de constituições que não reconheciam a característica multicultural dos Estados latino-americanos, para documentos que a reconhecem e reafirmam, teve início com as leis maiores da Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e Brasil (1988). A primeira, reconheceu o caráter multicultural do Estado, apesar de possuir ainda uma carga integracionista; a segunda reconheceu a multiculturalidade da Nicarágua e é pioneira em reconhecer certa autonomia dos povos indígenas, embora não atinja plenamente um horizonte pluralista; e a terceira reconheceu

importantes direitos coletivos aos indígenas e aos quilombolas (YRIGOYEN, 2006, p. 18 e 19). Marés ressalta que, embora tanto a constituição brasileira quanto a nicaraguense não utilizem palavras como “diversidade” ou “pluralismo”, essas também se encaixam nesse novo movimento de reconhecimento da multiculturalidade dos Estados (2001, p. 28).

O reconhecimento de uma jurisdição indígena em si é inaugurado pela constituição colombiana de 1991⁴⁵, que é seguida pelas constituições dos outros países andinos⁴⁶, quais sejam: Peru (1993), Bolívia (1994-2003), Equador (1998) e Venezuela (1999). Também as constituições do Paraguai (1992) e do México (1992-2001) trazem traços de reconhecimento de uma multiculturalidade.

As novas constituições andinas, sendo analisadas conjuntamente com a Convenção n° 169 da OIT, trouxeram algumas mudanças paradigmáticas de extrema importância. Primeiramente, foi reconhecido o caráter pluricultural dos Estados, sendo garantido o direito à identidade cultural. Tal reconhecimento vem como resposta ao modelo de Estado-nação pautado na monoculturalidade, e permite sua superação. Ainda, é reconhecida a igual dignidade entre as culturas, viabilizando o abandono do modelo onde a cultura ocidental se sobrepunha às demais.

Em segundo lugar, houve o reconhecimento destes povos e comunidades como sujeitos políticos que têm o direito de controlar suas próprias instituições e de escolher a direção em que seu desenvolvimento deve seguir. Isso promove uma superação do modelo tutelar vigente anteriormente, onde os povos eram considerados meros objetos de políticas que, evidentemente, não eram desenvolvidas por eles.

Nesse sentido, são reconhecidas formas de participação, consulta e representação direta dos povos o que, segundo Yrigoyen (2009), supera a ideia de que somente funcionários públicos têm o poder de representar e formar a vontade

⁴⁵ Em outubro de 2014, vinte e três anos depois do reconhecimento da multiculturalidade e da jurisdição indígena pela Constituição colombiana, foi promulgado um decreto (cuja aplicação é facultada à vontade dos povos indígenas em questão) que permite que os povos indígenas do país exerçam de algumas funções públicas, como o Sistema Educativo Indígena próprio, o Sistema Indígena de Saúde Própria e Intercultural e o Sistema Geral de Participação (SGP), por meio de suas autoridades (EL TIEMPO, 2014).

⁴⁶ Países andinos são entendidos, aqui, como aqueles assim chamados devido a suas características geográficas e políticas, abarcando o Peru, Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela. Chile e Argentina, que poderiam ser entendidos como andinos devido à sua localização geográfica, não são considerados como países andinos no dado contexto.

popular. Ainda, o reconhecimento do direito consuetudinário indígena e sua jurisdição especial representam formas de superação do monismo jurídico, sendo um exemplo claro de que existe, nestes países, um pluralismo jurídico interno.

Deste modo, as reformas constitucionais promovem o questionamento dos binômios Estado-nação e Estado-direito. O primeiro se vê refutado pois o Estado deixa de representar uma nação homogênea (e irreal), para abarcar a diversidade presente na realidade desses países, ou seja, os diferentes povos e comunidades que a compõem, respeitando sua diversidade cultural. O segundo é questionado na medida em que começa-se a aceitar outras fontes de produção jurídica que não a Estatal.

Ainda, o reconhecimento dos povos enquanto sujeitos os retira da posição de inferioridade que lhes foi imposta anteriormente. Entende-se que esses povos tem tanto direito (e capacidade) quanto os outros de decidir sobre seu próprio destino.

As novas constituições andinas e a Convenção n° 169 da OIT reconhecem, portanto, três conteúdos mínimos, sendo eles: i) um sistema próprio de normas e procedimentos, sendo reconhecida a capacidade reguladora destes povos e comunidades; ii) a função jurisdicional especial destes povos, o que implica na validade e eficácia imediata das decisões tomadas nesta jurisdição; e iii) um sistema institucional ou de autoridades, em outras palavras, a capacidade destes povos e comunidades de governarem-se (YRIGOYEN, 2006, p. 22).

Essas reformas positivas no sentido de um horizonte pluralista vieram acompanhadas, no entanto, de outras reformas: foi recepcionado também um modelo socioeconômico neoliberal. Assim, as constituições andinas incluem em seu corpo normas relativas à desregulação, à redução dos direitos sociais e à abertura do Estado para as transnacionais que desenvolvem atividades extrativistas. Esse quadro gera, evidentemente, novas tipos de ameaças aos povos indígenas e tradicionais. É necessário, portanto, superar essas novas formas de violação de seus direitos, além dos resquícios das ideologias de inferiorização dos povos indígenas, do Estado-nação e do monismo jurídico (YRIGOYEN, 2006, p. 24).

Desta forma, há ainda um longo caminho a ser trilhado para que todas as inovações trazidas por estas novas constituições se tornem reais. É necessário que seja reconhecido o direito de definição dos povos indígenas e tribais não somente no âmbito formal, mas que se caminhe no sentido da efetivação destes direitos no

âmbito material. A partir desse reconhecimento, tais grupos estarão mais próximos de exercer seu direito de autodeterminação e poderão negociar, sob o princípio da igual dignidade dos povos e culturas, a partir de uma posição de igualdade, para decidir como se dará a sua participação e sobre as formas de articulação democrática da diversidade.

3.2.2.2 Multiculturalidade e os Direitos Humanos em âmbito Internacional

O modelo de um Estado multicultural, além de já presente em alguns países, é também endossado pelo regime internacional de direitos humanos. Os instrumentos internacionais de direitos humanos, no que se refere à questão dos povos indígenas e tribais, têm se desenvolvido no sentido de garantir o direito à integridade cultural desses povos e às formas de praticar esse direito (por meio de instrumentos como a consulta e a participação, por exemplo).

Para que seja possível a manutenção da integridade cultural desses povos, é necessário que seja garantido também o seu direito à autodeterminação. Assim, a legislação internacional garante o direito dos povos a se autodeterminar, ou seja, seu direito a ter o controle de seus próprios destinos e de que as estruturas de governo estejam equipadas de acordo com suas necessidades e formas de organização (ANAYA, 2004, p. 50).

Deste direito se depreende, também, o direito dos povos indígenas e tribais ao autogoverno. Ainda no entendimento de Anaya, delegar a autoridade governamental para as comunidades indígenas significa diminuir sua vulnerabilidade face aos poderes dos interesses da maioria e da elite e tornar possível que o governo responda apenas aos interesses das comunidades indígenas e de seus membros nos temas a eles relacionados.

Trata-se de um sistema que pretende reconhecer, simultaneamente, unidade e diversidade, na medida que defende a integridade cultural e a autonomia, além da participação direta, mas também a continuidade da participação desses povos e comunidades em unidades mais amplas de interação social e política. Desta forma, tais grupos são reconhecidos como distintos do restante da população de um país, possuindo formas próprias de organização, que são válidas e eficazes, mas continuam participando, de uma forma especial, dos Estados de que fazem parte (ANAYA, 2004, p. 60).

Frise-se ainda que, conforme defende Anaya (2004, p. 16), atual relator especial da ONU para a situação dos direitos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, há um movimento do regime internacional de direitos humanos no sentido de tornar o reconhecimento de Estados multiculturais, assim como a sua aplicação na realidade, uma prioridade global.

Realizada a análise da questão dos povos indígenas e povos e comunidades tradicionais no âmbito nacional, partiremos agora para a compreensão do tema na legislação internacional, a partir de documentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

4 DIREITOS DE CONSULTA, PARTICIPAÇÃO E CONSENTIMENTO

Nesse capítulo, serão analisados três importantes instrumentos do direito internacional que reconhecem direitos essenciais dos povos indígenas e dos povos e comunidades tradicionais, quais sejam, a Convenção n° 169 da OIT, a Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas e o Caso Saramaka vs. Suriname, representando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Esses documentos internacionais trazem uma importante mudança de paradigma na compreensão dos direitos desses povos e comunidades no Brasil, como veremos a seguir.

4.1 A CONVENÇÃO N° 169 DA OIT

4.1.1 Breve histórico

O interesse da OIT pelos povos indígenas e tribais remonta à década de trinta. No ano de 1930, percebendo a desigualdade com que os povos indígenas eram tratados no âmbito dos estados nacionais, sofrendo todo tipo de exploração, em especial no que se refere ao campo laboral, o organismo internacional promulgou a Convenção sobre o trabalho forçado (n° 29).

Com o tempo, tornou-se cada vez mais visível que a condição de exploração e injustiça laboral em que estes povos se encontravam era derivada de um contexto de exploração muito maior: a injustiça e o preconceito por eles sofrido estava intimamente ligada a questões relacionadas a temas como identidade, cultura, costumes e terras (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2013, p. 04). Assim, em 1957 foi promulgada a Convenção n° 107 sobre populações indígenas e tribais.

Posteriormente, em 27 de junho de 1989, é promulgada a Convenção n°. 169 da OIT, também conhecida como Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais, que surge da necessidade de revisão da então vigente Convenção n° 107.

Nos trinta e dois anos que separam um documento do outro, muito mudou na situação dos povos indígenas e tribais: nas décadas de 1960 e 1970, em meio à revolução social e cultural que tomou conta do mundo, tais povos conquistaram maiores níveis de organização, atingindo uma representatividade política mais concreta, o que lhes permitiu fazer com que suas reivindicações fossem ouvidas.

Estes povos reclamavam sua identidade étnica, cultural, econômica e social, exigindo que fosse reconhecido seu direito à manutenção de seus modos próprios de existir, criar e fazer.

Neste contexto, diversas críticas foram feitas à Convenção n° 107, que carregava forte caráter integracionista. O documento tinha como objetivo não somente a proteção destas populações, mas também a *integração* destes aos países independentes nos quais seus territórios se localizavam. Exemplo disso pode ser encontrado já em seu artigo segundo, que determina que é dever dos governos “[...] pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua *integração progressiva* na vida dos respectivos países” (OIT, 1957, art. 2°, 2.c, grifo nosso). Ainda, na parte que se refere à educação e aos meios de informação, o documento previa que “[...] deverá ser assegurada a *transição progressiva da língua materna ou vernacular para a língua nacional ou para uma das línguas oficiais do país*” (OIT, 1957, art. 23, 2, grifo nosso).

Outra crítica feita ao instrumento se relacionava à utilização do termo “populações”, devido à conotação de transitoriedade e contingencialidade que este termo carrega (OIT, 2011, p. 08), e ao fato de que transmite a ideia de “simples agrupamentos de indivíduos que compartilham algumas características raciais ou culturais” (TOMEI *apud* ALMEIDA, 2008, p. 28-29).

Frente a esse quadro, tornou-se insustentável a manutenção da Convenção n° 107, pois estava evidente que ela não correspondia ao objetivo de proteção dos povos indígenas e tribais e de seus modos de vida. Em 1986, o Comitê de Peritos da OIT reconheceu que a Convenção possuía caráter integracionista e paternalista, considerando-a ultrapassada e afirmando que sua aplicação era inconveniente (OIT, 2011, p. 07).

Desta forma, na septuagésima sexta Conferência Internacional do Trabalho em 1989 foi adotada a Convenção n° 169, que revisou parcialmente a Convenção n°

107, sendo considerada pela OIT como o primeiro instrumento internacional vinculante que trata em específico dos direitos dos povos indígenas e tribais.

Atendendo à crítica feita ao uso do termo “populações”, o instrumento adota a terminologia “povos”, por entender que esta “caracteriza segmentos nacionais com identidade e organização próprias, cosmovisão específica e relação especial com a terra que habitam” (OIT, 2011, p. 08). A utilização deste termo traz à luz a existência da diversidade de povos e, como bem aponta Almeida:

[...] chama a atenção para territorialidades específicas, que têm existência efetiva dentro do significado de território nacional, apontando para agrupamentos constituídos no momento atual ou que historicamente se contrapuseram ao modelo agrário exportador (2008, p. 50).

É importante também perceber a diferença de racionalidade trazida pelo novo instrumento. A Convenção nº 107 carregava consigo a ideia de que o único futuro possível, a única opção de desenvolvimento, se traduzia na integração desses povos à “sociedade nacional”. A única opção que os povos indígenas e tribais possuiriam seria a de se adaptar a esta, “modernizar-se”, abandonando suas tradições e modos de vida. A Convenção nº 169, por outro lado, inaugura no direito internacional a possibilidade de os povos decidirem sobre qual o desenvolvimento que desejam para si, dando-lhes instrumentos para escolher qual o caminho que entendem ser o melhor para seu futuro.

A Convenção nº 169 trouxe diversas inovações, das quais trataremos a seguir.

4.1.2 Observações gerais sobre a Convenção nº 169

A Convenção nº 169 surge da compreensão de que os povos indígenas estão submetidos a condições de enorme desigualdade e marginalização, situação que remonta ao tempo das Colônias, sendo consequência do genocídio e etnocídio sofrido por estes povos quando da colonização.

Também os povos tribais são constantemente marginalizados e sofrem grande preconceito, tendo em vista que sua cultura e modo de vida são vistos como “atrasos” ao desenvolvimento do país.

Desta situação retira-se a justificativa para a existência da Convenção n° 169: esta reafirma que os povos indígenas e tribais têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que todos os outros seres humanos, conferindo-lhes instrumentos especiais para acessar e garantir estes direitos. A inovação trazida encontra-se no fato de o documento dar mais atenção à situação dos povos indígenas e tribais, tomando em conta aspectos coletivos de seus modos de viver.

Portanto, o instrumento se fundamenta no respeito às culturas e modos de vida dos povos indígenas e tribais, reconhecendo o seu direito a suas terras e recursos naturais, bem como direito a decidir sobre suas prioridades de desenvolvimento.

Além disso, a Convenção garante também direitos relacionados a outros temas, como a contratação, condições de emprego, a formação profissional, artesanato, indústrias rurais, seguridade social, saúde, educação, meios de comunicação, contatos e cooperação além-fronteiras.

A 169 surge, assim, com o objetivo de “superar as práticas discriminatórias que afetam estes povos e possibilitar que participem da adoção de decisões que afetem as suas vidas” (OIT, 2013, p. 01)⁴⁷.

A OIT entende também que, a partir dos mecanismos de consulta e participação (que são o centro da Convenção n° 169) é possível evitar conflitos, pois eles constituem meios de conciliar interesses distintos e perseguir objetivos de democracia includente, estabilidade e desenvolvimento econômico (OIT, 2013, p. 17).

Ainda no que tange as observações gerais sobre o documento, é necessário mencionar a questão das traduções. Existem algumas diferenças entre a tradução feita pela própria OIT da Convenção n° 169 para o português e a tradução adotada pelo Estado brasileiro no Decreto n. 5.051/2004. Algumas diferenças entre o texto e

⁴⁷No original: “[El objetivo del Convénio] es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas”.

outro não são de grande importância⁴⁸, enquanto outras podem levar a uma interpretação diferenciada do conteúdo do artigo em questão⁴⁹.

Acreditamos que deve-se sempre optar pela tradução que, com relação àquela disposição em específico, represente a hipótese mais benéfica para os povos indígenas e tribais, tendo em mente que, de acordo com seu quinto considerando, o documento tem como objetivo fortalecer as identidades, línguas e religiões dos povos indígenas e tribais.

4.1.2.1 Aplicabilidade da Convenção

A Convenção n° 169 é um tratado internacional que adquire efeito vinculante quando ratificado pelos países, o que é um ato de soberania dos Estados. O Brasil ratificou-a em julho de 2002, e sua entrada em vigor ocorreu um ano depois, em julho de 2003⁵⁰. O instrumento assumiu a forma de Decreto no país em abril de 2004, sob o número 5.051. Assim, a Convenção n° 169 tem força normativa no Estado brasileiro.

A OIT defende, no entanto, que não só o Estado tem a obrigação de cumprir com as disposições do instrumento, mas também a atuação das empresas privadas deve ser guiada neste sentido, entendendo que estas devem aplicá-la e respeitá-la de boa-fé, posto que isso lhes garantiria segurança jurídica e legitimidade (OIT, 2013, p. 26).

⁴⁸ A título de exemplo, mencionamos o artigo 4°, 2: o texto do Decreto n. 5.051/2004 dispõe que “tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos *desejos* expressos livremente pelos povos interessados”, enquanto a versão da OIT determina que “tais medidas especiais não deverão ser contrárias à *vontade* livremente expressa desses povos” (grifo nosso).

⁴⁹ Como exemplo, citamos o artigo 16°, 2. Na versão do Decreto, lê-se: “[...] após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive *enquetes* públicas [...]”; enquanto a tradução feita pela OIT dita que “[...] após a conclusão dos procedimentos adequados previstos na lei nacional, inclusive após *consultas* públicas [...]”.

⁵⁰ A ratificação é o “ato administrativo mediante o qual o chefe de estado confirma tratado firmado em seu nome ou em nome do estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário. Geralmente só ocorre a ratificação depois que o tratado foi aprovado pelo Parlamento, a exemplo do que ocorre no Brasil, onde essa faculdade é do Congresso Nacional” (ACCIOLY *et al.*, 2010, p. 161). Assim, a Convenção n° 169 da OIT foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n° 143 em junho de 2002. O depósito do instrumento de ratificação foi realizado junto ao Diretor Executivo da OIT em 25 de julho de 2002, entrando em vigor no país doze meses após o registro de sua ratificação (como determinado pelo art. 38,2 da Convenção n° 169 da OIT), em 25 julho de 2003. Por fim, em 19 de abril de 2004, a Convenção foi promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto n° 5.051.

No mesmo sentido, a Corporação Financeira Internacional do Banco Mundial (IFC) entende que a ação das empresas deve ser condizente com o direito internacional, além de ressaltar a importância de que as empresas cumpram a legislação nacional do país em que atuam, tendo em vista que em muitos deles a Convenção nº 169 tem aplicabilidade direta (como é o caso do Brasil). Defende, ainda, que a atuação das empresas deve ser direcionada no sentido de não interferir de forma alguma na aplicação da Convenção pelos Estados (IFC, 2007, p. 03).

O controle da aplicação da Convenção é feito pela OIT. Os Estados devem apresentar à organização, com uma periodicidade mínima de cinco anos, uma memória sobre a aplicação da Convenção em seu país, que deve ser produzida em parceria com os povos indígenas e tribais. Esse documento é examinado pelo Comitê de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações, que formula comentários cujo objetivo é guiar o Estado na melhor aplicação da Convenção. O processo de informação e monitoramento da OIT é interessante para os povos indígenas e tribais pois constitui um dos instrumentos mais completos acessíveis para avaliação do cumprimento dos termos da Convenção pelo país signatário (MACKAY, 2002, p. 21).

É facultado às organizações dos povos indígenas e tribais, ou outras organizações da sociedade civil que os representem, a apresentação de informe alternativo ao Comitê de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, com informações que contrastem e complementem aquelas apresentadas pelo Estado. O Equador (2007), o México (2001) e o Peru (2008) são exemplos de países que já se utilizaram de tal possibilidade.

Também as associações de empregadores e trabalhadores (que em conjunto com o Estado formam a composição tripartite⁵¹ da OIT) podem apresentar memórias. Podem também apresentar reclamações relativas à não-aplicação das normas da Convenção as “organizações profissionais”. Tal conceito tem uma definição que não é rígida, incluindo desde sindicatos a associações locais, nacionais ou internacionais. Assim, as “organizações indígenas, os sindicatos camponeses e as associações cooperativas que representem agricultores,

⁵¹ O tripartismo é um dos princípios fundamentais da OIT, e determina que as associações de empregadores e trabalhadores devem participar da organização em pé de igualdade com os representantes dos Estados (SERVAIS, 2004, p. 10).

pescadores, artesãos ou trabalhadores indígenas podem ser”⁵² incluídos nesse conceito (MACKAY, 2002, p. 22).

De acordo com MacKay, não é facultada aos povos indígenas e tribais a possibilidade de oferecer queixas diretamente à OIT (a não ser que eles mesmos componham organizações de trabalhadores), posto que só mandantes tripartites tem acesso a este mecanismo. No entanto, podem se valer das organizações de trabalhadores ou de empregadores para que suas reclamações sejam analisadas (2002, p. 28).

As organizações de trabalhadores têm exercido importante papel de defesa dos direitos dos povos indígenas e tribais, principalmente durante a redação da Convenção n° 169. Entretanto, é importante sublinhar que, na prática, os representantes dos Estados e dos empregadores votam normalmente em conjunto, o que reduz a influência dos votos das organizações de trabalhadores (MACKAY, 2002, p. 05).

Ainda, é preciso ter em mente que a Convenção n° 169 é um instrumento que institui importantes direitos processuais (uma das facetas dos direitos de consulta, participação e consentimento, de acordo com a classificação de Yrigoyen, que será explicada no próximo capítulo), embora também verse sobre direitos materiais, e que a Comissão de Peritos dá atenção especial à análise destes direitos processuais (MACKAY, 2002, p. 11).

Portanto, recorrer a este órgão se mostra um instrumento eficiente principalmente no que tange a efetivação dos direitos de consulta, participação e consentimento, e não tanto no relativo a outros direitos reconhecidos pela 169, como o direito ao território e ao acesso a recursos naturais.

Por fim, é importante perceber que, por ter uma redação um tanto imprecisa, o documento permite ser interpretado a partir de um critério ampliativo ou de um critério restritivo. Nesse sentido, é imprescindível que os povos indígenas e tribais participem dos processos de interpretação e aplicação dessa Convenção, para garantir que o critério adotado seja o ampliativo, aumentando o âmbito de aplicação do documento (MACKAY, 2002, p. 10). Esse é o critério que será adotado nesse trabalho.

⁵² No original: “organizaciones indígenas, los sindicatos de campesinos y las asociaciones cooperativas que representen agricultores, pescadores, artesanos u otros trabajadores indígenas también pueden”.

4.1.2.2 Povos indígenas e a Convenção n° 169

A Convenção n° 169 da OIT recebeu severas críticas de muitos povos indígenas, principalmente com relação ao não uso de uma linguagem que fale especificamente em “autodeterminação”. Ainda, afirmaram que os dispositivos do documento que se referem aos direitos à terra, território, recursos e o traslado populacional, são previsões débeis, e criticaram a inexistência de uma participação indígena significativa no processo de revisão da Convenção n° 107 e construção da 169 (MACKAY, 2002, p. 09).

Nesse sentido, a resolução da *Reunión Preparatoria de los Pueblos Indígenas – Ginebra, (1989)*, chamou todos os povos indígenas do mundo a condenar o processo de revisão da OIT. Além disso, requereu aos Estados que não assinassem a Convenção, e pediu que o Grupo de Trabalho e a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias condenassem essa revisão que consideraram racista (MACKAY, 2002, p. 11).

Não obstante essas considerações, diversas organizações de povos indígenas seguiram defendendo a ratificação dessa Convenção em países onde os povos indígenas tenham expressado sua vontade nesse sentido. Isso se deve, em primeiro lugar, porque em tais países a legislação nacional que trata dos povos indígenas e tribais se encontrava abaixo dos parâmetros mínimos de proteção dos direitos desse grupo apresentados pela 169, não sendo implementada ou mesmo sendo hostil para tais povos (MACKAY, 2002, p. 09).

A ratificação da 169 traz a possibilidade de supervisão internacional da aplicação dos direitos dos povos indígenas e tribais, além de representar um mecanismo que preconiza a transparência nas relações, consultas e negociações entre Estado e povos indígenas e tribais, o que acaba por ter um caráter de avanço nos países onde a legislação relativa a esses grupos seja ainda atrasada se comparada aos parâmetros internacionais (MACKAY, 2002, p. 09).

Certamente, o Estado brasileiro se encontrava em situação como essa pois, apesar de reconhecer um conjunto mais amplo de direitos aos povos indígenas a partir da Constituição de 1988, continua tendo como legislação específica para tais povos o Estatuto do Índio que, como já inferido anteriormente, ainda carrega uma

forte carga integracionista. Assim, a ratificação dessa Convenção foi (e é) importante para as lutas dos povos indígenas e tribais do país.

4.1.2.3 Identificação dos povos indígenas e tribais

O artigo 1º da Convenção 169 estabelece os elementos para identificação de seus destinatários:

Art. 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental⁵³ para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Para definir a forma de identificação dos povos indígenas, Yrigoyen (2009, p. 15) divide os elementos estabelecidos na Convenção em objetivos (histórico e atual – art. 1.1.b) e subjetivo (art. 1.2). O elemento objetivo histórico se referiria ao fato de estes indivíduos descenderem de populações que já habitavam aquele país antes da existência dos Estados atuais. Já o elemento objetivo atual diria respeito ao fato de que, na atualidade, estes indivíduos conservam total ou parcialmente suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas.

O elemento subjetivo, por sua vez, se refere a uma das grandes inovações trazidas pelo instrumento: a autoidentificação, em outras palavras, a autoconsciência da identidade indígena, que abarca tanto a sua descendência de povos originários, como a consciência de que têm instituições próprias.

⁵³ A redação aqui transcrita se refere àquela utilizada no Decreto n. 5.051/2004 e no Decreto Legislativo n. 143/2002, portanto, a redação adotada pelo Estado brasileiro. A tradução da Convenção n° 169 adotada pela OIT no Brasil não usa a expressão “o critério”, como a adotada pelo Estado brasileiro, mas sim “um critério”. Também as versões em inglês e espanhol da versão da OIT falam em “um critério”. Optamos pela tradução adotada pelo Estado brasileiro pois é esta a versão que vem sendo aplicada no país.

Analogamente à classificação feita por Yrigoyen, podemos dizer que para que seja feita a identificação dos povos tribais são necessários também três elementos: os objetivos (art. 1.1.a) e o subjetivo (art. 1.2). No entanto, no caso destes indivíduos em específico, é importante sublinhar que os elementos objetivos não se dividem em histórico e atual.

Isso se evidencia ao analisarmos o texto do art. 1.1.a, que traz apenas dois pontos para a caracterização dos povos tribais: i) “cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional”; e ii) “que estejam regidos total ou parcialmente por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”.

Assim, o texto da Convenção não exige um elemento objetivo de identificação dos povos tribais com qualquer caráter histórico. Os dois pontos acima citados referem-se tão somente a elementos de cunho antropológico, não havendo exigência alguma que se refira a um quesito temporal para reconhecimento destes povos como tribais.

A importância desta distinção se faz clara ao levarmos em consideração a realidade brasileira, que é formada por diversos grupos considerados como tradicionais, embora não tenham uma história que remonte a um período que antecede à formação do Estado brasileiro. A leitura atenta do documento é essencial para que não se exclua, por uma interpretação equivocada, os povos e comunidades tradicionais não indígenas do campo de abrangência da Convenção nº 169.

Como já dito acima, também para a identificação dos povos tribais faz-se necessária a presença do elemento subjetivo, qual seja, a autoidentificação. É preciso que estes indivíduos tenham autoconsciência de que se encontram em condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros setores da coletividade nacional e que sejam regidos por seus próprios costumes ou tradições.

4.1.2.4 Da identidade entre os termos “povos tribais” e “povos e comunidades tradicionais”

A preocupação em explicitar a acepção dada ao termo “povos tribais” que, como já dito anteriormente, se refere a um dos grupos aos quais a Convenção nº

169 se destina, se traduz nos possíveis erros de interpretação a que esta expressão pode levar àqueles que utilizam a língua portuguesa.

Em português, *tribal* significa aquele que é relativo a uma tribo, sendo esta entendida como um “grupo étnico ligado pela língua, costumes, tradições e instituições, e que vive em comunidades, sob um ou mais chefes” (Em: FERREIRA, 1989, p. 509). Esta interpretação, aliada ao uso da palavra no cotidiano do brasileiro, leva a uma relação direta entre tribos e povos indígenas ou originários. Assim, o termo “tribal” é comumente relacionado a uma ideia de temporalidade, de tribos cuja história remonta a um tempo passado.

No entanto, esse não é o significado que a Convenção dá ao termo. Como explicado anteriormente, não há nenhum critério histórico para que seja feita a caracterização de um povo como tribal, sendo necessário tão somente que estes povos se identifiquem como tais, além de possuírem uma organização social, cultural e econômica específica e de serem regidos por seus próprios costumes ou tradições.

Esta definição de *povos tribais* possui uma relação de identidade com o que no Brasil compreendemos por *povos e comunidades tradicionais*. De acordo com o Decreto 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

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

Tal definição vai no sentido da apresentada por Tomei e Swepston:

A própria categoria “populações tradicionais” tem conhecido aqui deslocamentos no seu significado desde 1988, sendo afastada mais e mais do quadro natural e do domínio dos “sujeitos biologizados” e acionada para designar agentes sociais, que assim se autodefinem, isto é, que manifestam consciência de sua própria condição. Ela designa, neste sentido, sujeitos sociais com existência coletiva, incorporando pelo critério político-organizativo uma diversidade de situações correspondentes aos denominados seringueiros, quebradeiras de coco babaçu, quilombola, ribeirinhos, castanheiros e pescadores que se tem estruturado igualmente em movimentos sociais. (TOMEI; SWEPSTON, 1999 *apud* ALMEIDA, 2008, p. 28-29).

Analisando as definições acima, fica claro que as expressões *povos tribais* e *povos e comunidades tradicionais* são apenas formas diferentes de denominar um mesmo fenômeno. Assim sendo, as disposições de direito internacional que se referem a povos tribais podem, sem dúvida, ser traduzidas à realidade brasileira como sendo referentes ao que aqui chamamos de *povos e comunidades tradicionais*.

Nesse sentido, entende Shiraishi que “o significado de “tribal” deve ser considerado “lato sensu”, envolvendo todos os grupos sociais de forma indistinta: seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco, [...] entre outros grupos” (2007, p. 45).

4.1.3 Direitos à consulta, participação e consentimento

Esclarecidas estas questões iniciais, passaremos agora à análise dos direitos de consulta, participação e consentimento.

4.1.3.1 Direito à consulta

O direito dos povos indígenas e tribais a serem consultados com relação a questões que lhes afetem foi inaugurado com a promulgação da Convenção n° 169.

Embora sejam previstas situações específicas em que este direito deve ser aplicado, a OIT entende que o direito a consulta vai para além disso. O organismo afirma que, apesar de a consulta constituir um objetivo importante em si, ela é acima de tudo, em conjunto com o direito a participação, o meio pelo qual os povos indígenas e tribais podem obter plena participação nas decisões relativas ao seu futuro (OIT, 2013, p. 11).

Desta forma, aliado ao direito à participação, constitui a “pedra angular” da Convenção n° 169, sendo entendidos como “princípios fundamentais de governança democrática e desenvolvimento incluyente”⁵⁴ (OIT, 2013, p. 11, tradução livre).

O objeto do direito a consulta é definido a partir da análise das situações previstas para sua realização, sendo elas (OIT, 2011, p. 05):

⁵⁴ No original: “[La consulta y la participación] son principios fundamentales de la gobernanza democrática y del desarrollo incluyente”.

- a) Quando da previsão de medidas legislativas ou administrativas que possam afetá-los diretamente (art. 6, 1.a);
- b) No caso em que os minérios ou recursos do subsolo sejam de propriedade estatal, ou em que o Estado tenha propriedade sobre outros recursos existentes nas terras de povos indígenas ou tribais, hipótese em que deverão ser consultados, com o objetivo de determinar se seus interesses seriam prejudicados pela execução dos projetos de exploração, e em que medida (art. 15, 2);
- c) Quando for considerada sua capacidade para alienar suas terras ou transmitir de alguma outra forma seus direitos sobre elas para fora de sua comunidade (art. 17);
- d) Quando for discutida a organização e o funcionamento de programas de formação profissional de aplicação geral (art. 22);
- e) Quando da discussão sobre a alfabetização e a programas e serviços de educação (art. 27 e 28).

As consultas devem estar orientadas à obtenção do consentimento ou de um acordo com os povos interessados com relação à medida proposta. Desta forma, o processo de consulta consiste na instauração de um diálogo real entre o Estado e as entidades representativas dos povos indígenas ou tribais, não podendo se reduzir a apenas a uma audiência informativa (YRIGOYEN, 2009, p. 28).

Neste sentido, o Comitê Tripartido da OIT (OIT, 2011, p. 04) determina que o cumprimento das disposições da Convenção implica que os povos interessados participem do processo de decisão o mais cedo possível. Devem, portanto, participar de todo o ciclo, inclusive do processo preparatório para os estudos de impacto social e ambiental (OIT, 2011, p. 04).

O Estado deve garantir, no campo processual, que todo o processo seja conduzido de boa-fé, desde o início das conversas com os povos até a negociação específica. Já no campo substantivo, deve-se assegurar que a medida que está sendo proposta trará benefícios ao povo interessado, sendo portanto uma medida que torne possível um acordo, ou ainda o consentimento do povo em questão (YRIGOYEN, 2009, p. 28).

É essencial que o processo de consulta seja ao mesmo tempo amplo e específico. A OIT entende que:

em termos operacionais, isso implica amiúde o estabelecimento de mecanismos institucionalizados para consultas regulares e amplas, como também de mecanismos específicos que se aplicam cada vez que uma comunidade determinada se veja afetada. (OIT, 2013, p. 13, tradução livre)⁵⁵.

Ainda com relação ao processo de consulta, o Comitê Tripartido da OIT entende que não há um modelo que possa ser aplicável a todas as situações e países, mas sim que devem ser desenvolvidos procedimentos específicos que estejam de acordo com a situação nacional e com a realidade dos povos interessados daquele país. Além disso, deve ser levado em consideração também o objeto da consulta – o procedimento para a realização de consultas amplas seria diferente daquele para consultas específicas, por exemplo. O procedimento deve prezar para que a aplicação das disposições da Convenção seja feita de forma sistemática e coordenada, sendo realizada sempre em cooperação com os povos interessados (OIT, 2011, p. 03-04).

Com relação aos agentes que devem realizar a consulta, a OIT entende que “no contexto da Convenção n° 169, a obrigação de garantir consultas adequadas recai clara e explicitamente sobre os governos e não em pessoas ou empresas privadas” (OIT, 2013, p. 14). A justificativa para este entendimento, explica Yrigoyen (2009, p. 29), encontra-se no fato de que é o Estado aquele que detém o poder de tomar medidas administrativas e legislativas, sendo ele, portanto, quem deve se responsabilizar pelos procedimentos relacionados à tomada destas medidas.

As consultas devem ser direcionadas às entidades representativas dos povos indígenas ou tribais. Estas serão determinadas levando em consideração as características do país, as especificidades do povo em questão e o tema e alcance da consulta (OIT, 2013, p. 15).

4.1.3.2 Direito à participação

⁵⁵ No original: “En términos operacionales, esto implica a menudo el establecimiento de mecanismos institucionalizados para consultas regulares y amplias a la par que mecanismos específicos que se aplican cada vez que una comunidad determinada se vea afectada”.

A Convenção n° 169 reconhece que os povos indígenas e tribais encontram-se em uma situação de desvantagem com relação aos outros indivíduos do país em que habitam, principalmente no que tange à participação na vida civil. Essa desigualdade tem diversos fundamentos, conforme explicado no primeiro capítulo desse trabalho, e se traduz na impossibilidade de participação destes povos na adoção de decisões a eles relativas.

A situação é ainda mais grave no que se refere às mulheres destes povos, que por vezes sofrem discriminações dentro do próprio grupo, sendo duplamente impedidas de participar de decisões. Atenção especial deve ser dada a estes casos, promovendo o empoderamento destas mulheres.

Neste contexto, o direito à participação previsto na Convenção n° 169 surge como o objetivo de sanar essa diferença, por meio da garantia da participação dos povos indígenas e tribais no processo de tomada de decisões que lhes afetem.

Como já explicado no ponto anterior, o direito à participação, aliado ao direito à consulta, é considerado como pedra basilar da Convenção n° 169. O direito à participação é, portanto, princípio que deve guiar a aplicação da Convenção como um todo.

A Convenção n° 169 prevê como situações em que os povos interessados tem o direito de participação as seguintes:

- a) No desenvolvimento de ações com objetivo de proteger os direitos dos povos e garantir o respeito pela sua integridade (art. 2);
- b) Na adoção de medidas direcionadas a mitigar as dificuldades enfrentadas pelos povos indígenas e tribais ao enfrentar novas condições de vida e de trabalho (art. 5);
- c) Na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza, responsáveis pelas políticas e programas que se referiram a eles (art.6, 1.b);
- d) No estabelecimento de meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos (art. 6, 1.c)⁵⁶;

⁵⁶ Yrigoyen ressalta, em seu artigo *Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación*, que neste caso os meios devem ser estabelecidos tendo como norte a autonomia dos povos.

- e) Nos planos de desenvolvimento, para que possam escolher suas prioridades dentro deste processo, na medida em que este afete suas vidas e modos de viver (art. 7);
- f) Na aplicação da legislação nacional aos povos indígenas e tribais, devendo ser levados em consideração seus costumes e seu direito consuetudinário (art. 8.1);
- g) Na administração, utilização e conservação dos recursos naturais existentes nas suas terras (art. 15);
- h) Nas hipóteses em que os programas de formação profissional de aplicação geral não atendam às necessidades especiais dos povos interessados, para que seja colocado à disposição dos povos interessados programas que sejam compatíveis com suas necessidades (art. 22, 2);
- i) No fortalecimento e fomento de atividades relacionadas à economia de subsistência dos povos interessados (art. 23);
- j) Na organização e prestação de serviços de saúde (art. 25);
- k) No desenvolvimento e aplicação dos programas de educação (art. 27);
- l) No planejamento, coordenação, execução e avaliação das medidas previstas na Convenção (art. 33, 2.a);
- m) Na proposição de medidas legislativas, administrativas e de outra natureza às autoridades competentes e o controle da aplicação das medidas adotadas (art. 33, 2.b).

O objetivo a ser alcançado com o direito de participação consiste em assegurar que dentro dos projetos de desenvolvimento traçados pelo Estado estejam inseridas as prioridades de desenvolvimento do povo interessado e que dentro desses projetos seja priorizado o prosseguimento de uma melhor qualidade de vida para estes povos. Ainda, o direito à participação tem o poder de assegurar que projetos de desenvolvimento estatais não afetem a integridade dos povos indígenas e tribais (YRIGOYEN, 2009, p. 26).

A Convenção não estabelece uma forma específica de se efetivar a participação, no entanto, a OIT entende que:

[ela] requer a existência ou estabelecimento de instituições e outros mecanismos apropriados, com os meios necessários para cumprir

devidamente com suas funções, e a participação efetiva dos povos indígenas e tribais. (OIT, 2009, p. 01, tradução livre)⁵⁷.

Assim, a participação dos povos deve se dar de forma ativa, por meio da proposição de medidas, programas e atividades que sirvam para direcionar o sentido de seu desenvolvimento. O poder de iniciativa deve ser apropriadas pelos povos interessados (OIT, 2013, p. 20).

Para que isso ocorra, a participação deve ser contínua e constante, ocorrendo em todas as fases do processo, e não apenas em um momento específico. Yrigoyen defende que a participação pode ser implementada por meio de “cotas permanentes em entidades eletivas como o Congresso, administrativas, através de representantes permanentes, ou de modo pontual quando o Estado tenha a intenção de adotar certas políticas” (YRIGOYEN, 2009, p. 26).

4.1.3.3 Direito ao consentimento

Yrigoyen traz um conceito interessante de consentimento, que vale a pena transcrever aqui:

O direito ao consentimento prévio, livre e informado é um direito reforçado de caráter específico, que constitui um requisito adicional ao exercício de outros direitos (como a participação ou a consulta prévia) para que o Estado possa tomar uma decisão, quando a matéria em questão se refere a fatos que possam afetar direitos fundamentais de povos indígenas e colocar em perigo sua integridade.⁵⁸ (YRIGOYEN, 2009, p. 30, tradução livre).

A autora entende que haveria dois tipos de consentimento: o consentimento como “finalidade” e o consentimento como “requisito”. O primeiro se referiria ao consentimento como o objetivo final de um processo de consulta. Desta forma, o Estado que está realizando a consulta deve orientar todo o procedimento no sentido de permitir a obtenção de um consentimento. No entanto, caso não se consiga

⁵⁷ No original: “ [...] requiere la existencia o establecimiento de instituciones u otros mecanismos apropiados, con los medios necesarios para cumplir debidamente con sus funciones, y la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales.”

⁵⁸ No original: “El consentimiento previo, libre e informado es un derecho reforzado de carácter específico, que constituye un requisito adicional al ejercicio de otros derechos (como la participación o la consulta previa) para que el Estado pueda tomar una decisión, cuando la materia en cuestión está referida a hechos que puedan afectar derecho fundamentales de los pueblos indígenas y poner en riesgo su integridad”.

atingi-lo, o Estado pode tomar uma decisão. Neste tipo de situação, a prerrogativa de decisão é do Estado.

De outro lado, existe o consentimento como requisito. Este se refere às situações em que a questão discutida pode colocar em risco a integridade do povo interessado.

Durante o processo de redação da Convenção, houve tentativa por parte de alguns dos membros da Oficina responsável pela redação do documento de que fossem estabelecidas mais hipóteses em que o consentimento fosse considerado como requisito. No entanto, isso foi barrado pela maioria dos membros da Oficina (OIT, 2011, p. 03). Na redação final da Convenção n° 169, as situações previstas são as seguintes:

- a) Quando da adoção de medidas para salvaguardar as pessoas, instituições, bens, cultura e meio ambiente dos povos interessados (art. 4, 2);
- b) Quando seja considerado necessário o traslado e o reassentamento desses povos (art. 16,2).

Nestes casos, portanto, a medida só pode ser tomada caso haja o consentimento do povo interessado. No entanto, no próprio artigo 16, a Convenção n° 169 prevê exceção à necessidade do consentimento em caso de traslado na hipótese em que, depois de concluídos os procedimentos estabelecidos pela lei nacional, em que os povos possam ter representação efetiva, o Estado compreenda que o traslado é necessário.

Ainda, no que se refere ao artigo 16, Yrigoyen defende que, partindo-se de uma análise sistemática da Convenção, é possível afirmar que é necessário o consentimento dos povos interessados antes de os Estados adotarem qualquer medida que tenha o potencial de afetar seus direitos mais fundamentais, como sua existência e sua integridade biológica ou cultural (YRIGOYEN, 2008, p. 09).

Terminada a análise das disposições relativas à Convenção n° 169, é necessária agora a análise do documento mais recente (e abrangente) relativo ao direito dos povos indígenas no âmbito internacional.

4.2 DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Aprovada em setembro de 2007 pela Assembleia Geral da ONU, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas surge, entre outras razões, da preocupação com a necessidade de respeito e promoção dos direitos dos povos indígenas e do entendimento de que são eles quem deve ter o controle sobre as decisões que afetam a si e aos seus territórios, terras e recursos naturais, tendo em vista que isso lhes permitirá a manutenção de seus modos de vida e o seu desenvolvimento de acordo com suas prioridades e aspirações.

4.2.1 Breve histórico do processo de redação da Declaração

Para esse ponto, utilizaremos as informações disponibilizadas pelos advogados Fernando Mathias e Erika Yamada, do Instituto Socioambiental (ISA), organização da sociedade civil brasileira, sem fins lucrativos, que tem como objetivo a proposição de soluções sociais e ambientais, sob foco central que passa pela defesa dos direitos humanos e dos povos (ISA, *s.d.*), no sítio eletrônico do Instituto. Esta organização está intimamente ligada às lutas do movimento indígena e também de movimentos que representam diversos povos e comunidades tradicionais não-indígenas no país.

No fim dos anos setenta e início dos anos oitenta, um estudo realizado pelo então relator da Sub-Comissão da Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, José Martínez Cobo, trouxe à tona informações importantes sobre a situação dos povos indígenas no mundo, o que chamou a atenção da ONU para que esta atuasse ativamente na proteção dos direitos desses povos.

Como consequência disso, em 1982, foi criado o Grupo de Trabalho da ONU sobre populações indígenas, com o objetivo de desenvolver ações internacionais no sentido de proteger os direitos desses povos. Um importante produto dos trabalhos desse grupo foi a edição da Declaração de que tratamos nesse ponto.

Desde 1985, a ONU trabalhava no sentido de produzir tal documento. Durante anos trabalhou-se na construção de uma proposta, em conjunto com os governos, representantes indígenas e da sociedade civil. Após passar por outros

órgãos da burocracia internacional, essa proposta ficou parada, a partir de 1994, na Comissão de Direitos Humanos ao longo de vários anos.

Em 1993, a Assembleia Geral da ONU declarou que aquela (1995-2004) seria a primeira Década dos Povos Indígenas do Mundo e o objetivo principal desse período seria a aprovação da Declaração. Em 2002 foi inaugurado o primeiro período de sessões do Fórum Permanente da ONU para Assuntos Indígenas, composto por especialistas indicados pelas organizações indígenas e especialistas designados pelo governo. Note-se que as duas categorias de especialistas tinham as mesmas prerrogativas no órgão, o que marca o início de um período de representação mais efetiva dos povos indígenas na ONU, fazendo-se ouvir como membros plenos entre os outros povos representados nas Nações Unidas.

Desde então, iniciou-se uma nova era no que se refere à representatividade dos povos indígenas na ONU, a partir desse momento toda organização ou representante dos povos indígenas pode assistir e participar das reuniões do Fórum, que tomam lugar anualmente em Nova Iorque. Além disso, o Fórum tem como uma de suas prerrogativas subsidiar o trabalho do Relator Especial da ONU sobre direitos humanos e liberdades fundamentais indígenas.

As discussões sobre a Declaração seguiram e em 2004, diante dos impasses nas negociações e com medo de que o processo de discussão perdesse força, líderes de povos indígenas chegaram a fazer greve de fome em frente ao prédio da ONU, com a intenção de que uma nova Década dos Povos Indígenas no Mundo fosse instaurada. Em resposta a essa reivindicação, instaurou-se uma nova Década, que se iniciou em 2005 e termina neste ano.

Em 29 de junho de 2006,

“os países chegaram a consenso junto aos representantes indígenas quanto ao teor da declaração, aprovando-a na Comissão de Direitos Humanos. Durante todo esse processo, a estratégia do movimento indígena foi a de preferir estender o tempo de negociação a ceder suas reivindicações básicas frente aos países contrários, capitaneados pelos Estados Unidos.” (MATHIAS; YAMADA, 2010).

O processo anterior à aprovação final do documento pela Assembleia da ONU se estendeu por mais determinado período pois um grupo de países africanos, apoiados pelo Canadá e pelos Estados Unidos, levantaram questões acerca dos termos “autodeterminação” e “povos”, alegando que poderiam gerar conflitos internos, divisões e ameaças às fronteiras.

Finalmente, em setembro de 2007 a Declaração foi aprovada, com 143 votos favoráveis, 11 abstenções e 4 votos contrários (Austrália, Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia).

4.2.2 O Estado brasileiro e a Declaração

Já em 2006, a delegação brasileira manifestou-se no sentido de afirmar que a Declaração representava um pacto da comunidade internacional para garantir aos povos indígenas o gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como o respeito e reconhecimento de valor de suas culturas e identidades (UNIC Rio *et al.*, 2008, p. 05).

Ainda, em 2007, após votar favoravelmente à aprovação da Declaração na Assembleia Geral da ONU, o representante do governo brasileiro afirmou que a redação mais hábil e completa para o tratamento da temática era aquela que havia sido adotada pelo Conselho de Direitos Humanos (e que foi alvo de críticas por algumas delegações, como explicado no ponto anterior), mas que mesmo assim recebia com satisfação o novo texto (UNIC Rio *et al.*, 2008, p. 05).

Por fim, a delegação brasileira reafirmou sua opinião no sentido de que o texto da Declaração está em consonância com a soberania e a integridade territorial dos Estados em que residem os povos indígenas, e ressaltou que tais Estados devem estar sempre atentos ao cumprimento do dever de proteger os direitos e a identidade de seus povos indígenas (UNIC Rio *et al.*, 2008, p. 05).

Apesar da manifestação positiva e afirmativa dos direitos dos povos indígenas, o Estado brasileiro tem adotado políticas que vão em sentido contrário à defesa dos direitos desses povos (esse quadro será melhor analisado no próximo capítulo).

4.2.3 Conteúdo da Declaração

Compreendendo que são os povos indígenas que devem ter o poder de decidir sobre as questões que lhes afetem, o artigo terceiro da Declaração assegura

aos povos indígenas o direito à autodeterminação⁵⁹, ou seja, o direito de determinar livremente sua condição política e de buscar seu desenvolvimento econômico, social e cultural da forma que julgarem ser a melhor. Esta é a primeira vez em que o direito à autodeterminação é explicitamente afirmado em um tratado internacional.

No que se refere aos direitos de consulta, participação e consentimento, a Declaração não só reafirma os direitos já previstos na Convenção n° 169 da OIT, mas também inova. A atribuição de uma maior abrangência a estes direitos, principalmente no que diz respeito ao direito ao consentimento prévio, livre e informado, pode ser considerada como a maior contribuição deste documento para os direitos indígenas.

As hipóteses em que é necessário o consentimento prévio, livre e informado, de acordo com o documento, são as seguintes:

- a) Em caso de traslados dos povos indígenas de suas terras e território, sendo necessário também um acordo prévio relativo a uma indenização justa, além da possibilidade de regresso ao local, sempre que isso for possível (art. 10). Essa indenização será feita pela forma de terras, territórios e recursos naturais de igual qualidade, extensão e condição jurídica àqueles do lugar de onde o povo foi trasladado, com exceção dos casos em que este haja decidido de maneira distinta (art. 28.2) ;
- b) Quando da adoção e aplicação de medidas legislativas e administrativas que afetem os povos indígenas (art. 19);
- c) Para que materiais perigosos sejam armazenados ou eliminados em terras ou territórios indígenas (art. 29.2);
- d) Para o desenvolvimento de atividades militares em terras ou territórios indígenas (art. 30);
- e) Antes da aprovação de projetos que afetem suas terras ou territórios e outros recursos, especialmente no que toca o desenvolvimento e a utilização ou exploração de recursos naturais (art. 32.2).

⁵⁹ O termo “autodeterminação” vem sendo interpretado, no âmbito dos textos internacionais como “vigência do direito costumeiro interno e participação política dos povos indígenas nas decisões que os afetam, não como reivindicação de autonomia” (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 131). No mesmo sentido, alerta a Convenção n° 169 da OIT que o termo “povos” nesse contexto “não deverá ser interpretada como tendo qualquer implicação co respeito aos direitos que se possa conferir a esse termo no direito internacional” (OIT, 1989, art. 1°, p. 3°).

A Convenção n°169 já previa a necessidade de consentimento prévio, livre e informado no caso de traslado populacional, descrito no item A. No entanto, o texto da Convenção determinava que, caso não houvesse consentimento, o traslado poderia ainda ser realizado após a conclusão dos procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, nos quais os povos interessados tivessem a possibilidade de ser efetivamente representados (OIT, 1989, art. 16, 2). A diferença substancial que a Declaração da ONU traz, no tocante a esse item em específico, está no fato de que ela não prevê qualquer exceção à regra do consentimento quanto ao traslado populacional: se não há consentimento do povo interessado, não há traslado.

A Declaração traz ainda algumas novas situações onde se fazem necessárias a realização de consultas prévias, livres e informadas, são elas:

- a) Quando da adoção de medidas específicas para proteger as crianças indígenas contra a exploração econômica e contra qualquer tipo de trabalho que possa ser lhes ser prejudicial (art. 17);
- b) Antes da utilização de suas terras ou territórios para atividades militares (art. 30);
- c) Para a adoção de medidas cujo objetivo seja facilitar o exercício e aplicação do direito de manter e desenvolver contatos, relações e cooperação com os próprios membros do povo de que façam parte ou com outros povos através das fronteiras (art. 36);
- d) Quando da adoção de medidas, inclusive legislativas, para alcançar os fins da Declaração (art. 38).

No que tange o direito de participação, as inovações se referem à exigência de cumprimento deste direito nos seguintes casos:

- a) É reconhecido o direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas aos seus assuntos internos e locais, assim como ao acesso aos meios para financiar suas funções autônomas quando do exercício do seu direito de autodeterminação (art. 4);
- b) É-lhes reconhecido o direito de participação plena na vida política, econômica, social e cultural do Estado, caso assim o queiram (art. 5);

- c) Na adoção de medidas, junto ao Estado, para que os indígenas, inclusive aqueles que vivem fora de suas comunidades, tenham acesso à educação em sua própria cultura e idioma, sempre que isso for possível (art. 14);
- d) Quando da adoção de medidas, junto ao Estado, para assegurar que as mulheres e crianças indígenas tenham proteção e garantias plenas contra todas as formas de violência e discriminação (art. 22);
- e) Para a adoção, junto aos Estados, de medidas para reconhecimento e proteção do exercício dos direitos de manutenção, controle, proteção e desenvolvimento de seu patrimônio cultural e propriedade intelectual (art. 31);
- f) Quando da adoção de medidas para facilitar o exercício e aplicação do direito de manter e desenvolver contatos, relações e cooperação com os próprios membros do povo de que façam parte ou com outros povos através das fronteiras (art. 36);
- g) Quando da adoção de medidas, inclusive legislativas, para alcançar os fins da Declaração (art. 38);
- h) Na plena realização dos dispositivos da Declaração, junto a órgãos e organismos especializados do sistema das Nações Unidas e outras organizações não intergovernamentais (art. 41).

Ao reforçar a necessidade de aplicação destes direitos, além de aumentar o seu campo de abrangência, a Declaração constitui um importante instrumento para a afirmação dos direitos indígenas. Outrossim, representa um documento que conjuga de maneira eficiente os direitos de participação, consulta e consentimento, demonstrando a necessidade de que sejam aplicados em conjunto para que os objetivos da Declaração sejam atingidos – em outras palavras, para que os povos tenham autonomia para decidir sobre seus destinos.

Frise-se que, embora a Declaração não tenha efeito vinculante, deve ser seguida de boa-fé por todos os Estados Membros da ONU. Ainda, deve-se considerá-la tendo em vista seu caráter complementar à Convenção n° 169, característica reconhecida pela própria OIT (OIT, 2013, p. 10).

4.3 CASO SARAMAKA VS. SURINAME

O caso se refere ao julgamento, conduzido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em novembro de 2007, do caso de violações de direitos do povo Saramaka, comunidade tribal que habita a região superior do rio Suriname, pelo Estado do Suriname.

Nosso interesse em realizar uma breve análise do caso se encontra no fato de que, como bem descreve Yrigoyen em seu texto *Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación*, nessa decisão a CIDH realiza a integração dos diversos instrumentos internacionais que versam sobre a questão dos direitos à consulta, à participação e ao consentimento.

Ao unir a Declaração da ONU sobre os Direitos Indígenas, a Convenção nº 169 da OIT, as recomendações do Relator Especial sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos indígenas, e sua própria jurisprudência no que toca os direitos indígenas, a CIDH permite uma melhor compreensão do que são esses instrumentos e de que forma eles se relacionam, demonstrando a necessidade de não se focar somente no direito à consulta, mas sim na interrelação entre esses três direitos.

Ainda, a sentença também ganha importância ao equiparar os direitos dos povos tribais aos direitos dos povos indígenas, como analisaremos a seguir.

4.3.1 Resumo do caso

O Estado do Suriname foi acusado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos de não ter adotado medidas efetivas para o reconhecimento do direito do povo Saramaka ao uso e gozo do território que ocupam e usam de forma tradicional; de ter violado o direito à proteção judicial em prejuízo de dito povo ao não lhes ofertar acesso efetivo à justiça para proteção de seus direitos fundamentais, em particular no que se refere ao direito de possuir propriedades de acordo com suas tradições; e de não ter cumprido com seu dever de adotar disposições de direito interno para assegurar e respeitar o direito dos Saramaka (CIDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam)..

Ainda, os representantes do povo em questão alegaram violação do seu direito ao reconhecimento de pessoa jurídica, tendo em vista que o Suriname não atribuiu personalidade jurídica ao povo Saramaka. Além disso, apresentaram fatos e

argumentos relativos aos efeitos contínuos associados à construção de uma hidrelétrica que haveria inundado seu território tradicional.

Foram analisadas também as violações relativas a concessões feitas pelo Estado a empresas exploradoras de recursos naturais (a exemplo de madeireiras e mineradoras) para que pudessem explorar recursos em território Saramaka. Tais concessões foram realizadas sem a devida consulta ao povo e sem a prévia avaliação dos impactos sociais e ambientais que a instalação da empresa traria àquele território.

Feito o resumo do caso, passamos à análise das questões relativas aos direitos dos povos indígenas e tribais que foram tratadas na decisão.

4.3.2 As decisões da CIDH sobre povos indígenas são também válidas para povos tribais

Uma das partes que merece destaque na decisão em análise se refere ao entendimento da CIDH de que as decisões por ela tomadas relativas ao direito de propriedade dos povos indígenas são também aplicáveis aos povos tribais (CIDH, 2007, pár. 85-86).

Isso se justifica pelo fato de que, assim como os povos indígenas, os tribais têm uma relação especial com a terra e com seu território tradicional, o que se estende aos recursos naturais que ali se encontram e possuem algum tipo de ligação com sua cultura. Além disso, possuem uma concepção diferente de propriedade, que ultrapassa a ideia de posse e produção, estando diretamente ligada à base de sua cultura, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica.

A CIDH entende, em acordo com o direito internacional dos direitos humanos, que estes povos, assim como os indígenas, merecem um tratamento diferenciado, a fim de garantir sua sobrevivência, tanto física quanto cultural.

4.3.3 Direitos reconhecidos

A decisão da Corte reforçou o que já se encontrava disposto no artigo 6(1) da Convenção n° 169 da OIT, ao determinar que ao se tomarem medidas jurídicas e

administrativas que se relacionem aos direitos destes povos sejam realizadas consultas efetivas e plenamente informadas com os povos que serão afetados (OIT, 2007, p. 191-192). Essa determinação se aplicaria, por exemplo, para a tomada de medidas:

- a) Que visem à proteção do território destes povos;
- b) Relativas à delimitação, demarcação e outorga de título de seu território tradicional;
- c) Que estejam dirigidas a reconhecer e assegurar o direito a outorgar ou se abster de outorgar seu consentimento prévio, livre e informado para aquelas atividades que afetem suas terras e recursos.

Ainda, a CIDH reconheceu o direito dos povos indígenas e tribais a terem seu território tradicional demarcado e delimitado, o que deve ser feito através de consultas realizadas com o povo interessado e com os povos vizinhos, a fim de que possam obter o título de seu território, para garantir que tenham uso e gozo permanente de suas terras (CIDH, 2007, p. 115). Outrossim, a Corte reconhece o direito destes povos ao uso dos recursos naturais presentes em seu território e que sejam tradicionalmente utilizados por eles, com o objetivo de garantir a sua sobrevivência enquanto povo (CIDH, 2007, p. 122).

De acordo com o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, existem certas situações onde o direito de propriedade pode sofrer restrições. No entanto, a Corte defende que tais restrições só podem ser feitas caso cumpram os seguintes quesitos: i) tenham sido previamente estabelecidas por lei; ii) sejam necessárias; iii) sejam proporcionais; e iv) tenham por fim atingir um objetivo legítimo de uma sociedade democrática. No caso dos povos indígenas e tribais, mais um quesito se soma aos já mencionados: qualquer restrição só pode ser feita caso não coloque em risco a sobrevivência do povo em questão (CIDH, 2007, p. 127-128).

Nota-se, no entanto, que tais quesitos são um tanto vagos. Seria mais interessante se a Corte apresentasse quesitos mais específicos com relação a assunto tão importante como o direito de propriedade, pois diversos interesses podem ser facilmente encaixados como “necessários” ou como tendo um “objetivo legítimo de uma sociedade democrática”. É importante que se pense em termos mais específicos quais são os critérios para definir se essas restrições são

proporcionais ou necessárias, bem como quais objetivos são considerados como legítimos para implicar restrições nesse sentido.

Levando em consideração a situação acima descrita, além de instrumentos internacionais como a Convenção n° 169, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, as observações do Comitê de Direitos Humanos, entre outros documentos, a CIDH entende que, para que sejam feitas concessões de exploração de recursos naturais dentro de territórios de povos indígenas e tribais, é necessário que certas garantias sejam cumpridas.

Em primeiro lugar, entende que os Estados devem garantir a participação efetiva dos integrantes dos povos indígenas e tribais em todo o processo de produção de planos de desenvolvimento, investimento, exploração ou extração que afetem o seu território tradicional. Tal participação deve ser feita de acordo com os costumes e tradições do povo em questão. A Corte ressalta que tal participação há de ser efetiva.

O direito à participação não se refere somente a medidas específicas. Esse direito deve ser exercido durante todos os momentos de elaboração, planejamento, execução e avaliação de políticas, projetos e programas de desenvolvimento que se relacionem aos povos interessados. Neste caso, os povos fazem parte da “adoção de decisões” (art. 6,1 da Convenção n° 169) e podem “decidir” sobre suas prioridades de desenvolvimento (art. 7 da Convenção n° 169). Desta forma, o direito de participação está diretamente ligado à capacidade de interferir na tomada de decisões (YRIGOYEN, 2008, p. 10).

O Estado tem ainda o dever de consultar ativamente a comunidade, de acordo com seus costumes e tradições. A CIDH entende que a consulta demanda uma comunicação constante entre as partes, ela não deve ser feita apenas quando é necessário obter a aprovação da comunidade, mas sim durante todas as etapas do plano de desenvolvimento. Este processo deve ser conduzido de boa-fé, e requer que o povo que será consultado tenha todas as informações acerca da decisão que irá tomar, inclusive dos riscos que os projetos possam apresentar. Além disso, este processo deve atender sempre ao tempo próprio das comunidades, permitindo-lhes tomar decisões de acordo com suas tradições e de acordo com suas próprias necessidades temporais.

A consulta deve considerar os métodos tradicionais de tomada de decisão e deve gerar condições que tornem possível atingir um consentimento acerca das

medidas propostas, tendo em vista que a Convenção n° 169 estabelece esta como sendo a finalidade deste procedimento. É evidente que isso não significa que um acordo deve necessariamente ser alcançado, no entanto, determina que o procedimento de consulta deve ser guiado neste sentido, tendo em vista o alcance do consentimento (Consejo de Administración de la OIT, 2004, pár. 89).

A CIDH afirma, seguindo o entendimento do Relator Especial da ONU, que é necessário o consentimento prévio, livre e informado destes povos, de acordo com seus costumes e tradições, nos casos que envolvam grandes projetos de desenvolvimento ou de investimento em grande escala, ou seja, aqueles que trariam um impacto maior ao territórios de povos indígenas ou tribais.

A partir deste fato, Yrigoyen entende que é a proteção dos direitos humanos coletivos dos povos, do seu direito à sua integridade como povo, o que gera a exigência do consentimento ou, de outro ângulo, o direito dos povos de se posicionar contrariamente a um projeto que possa colocar em risco a sua existência. Não se pode, sob condição alguma, obrigar um povo a renunciar a seu direito de existência. É dever do Estado proteger os direitos desses povos à sua integridade, conforme o artigo 2° da Convenção n° 169 (YRIGOYEN, 2008, p. 09-10).

Além das garantias referentes à participação, consulta e consentimento, a Corte estabeleceu também que os membros do povo em cujo território será realizado o plano de desenvolvimento devem se beneficiar razoavelmente deste empreendimento.

Por fim, a CIDH decidiu que nenhuma concessão pode ser feita sem que entidades independentes e com capacidade técnica realizem um estudo prévio de impacto social e ambiental, estudo este que deve ser realizado sob a supervisão do Estado (CIDH, 2007, pár. 129-137).

4.3.4 Contribuições da Decisão

A decisão em análise trouxe diversas contribuições para o estudo e aplicação dos direitos de participação, consulta e consentimento. Em primeiro lugar, a sentença promove a integração entre a Convenção n° 169 e a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas e Tribais. Desta forma, demonstra que o advento da segunda não desatualiza a primeira, ao contrário, as duas possuem uma

relação de complementaridade – o advento da Declaração permite uma interpretação mais progressista da Convenção n° 169, contribuindo para ampliar a efetividade dos direitos nela garantidos.

Ainda, a sentença esclarece e desenvolve a noção dos momentos nos quais o direito ao consentimento prévio, livre e informado deve ser garantido, demonstrando que esse não se restringe às situações onde há translados populacionais, mas que deve ser aplicado em todas os eventos onde a medida em discussão possa vir a afetar a integridade biológica ou cultural dos povos interessados.

A decisão reflete, ainda, o valor e necessidade da aplicação do direito à participação, pontuando seu papel essencial para que se possa alcançar uma realidade onde os povos podem efetivamente influir nos processos decisórios, fazendo com que suas prioridades de desenvolvimento sejam respeitadas.

Desta forma, a sentença realiza o papel de desenvolver a interpretação acerca dos direitos de consentimento e participação, o que é essencial, posto que esses direitos têm a capacidade de suprir as insuficiências que o direito à consulta possui⁶⁰.

A importância da decisão da CIDH no caso *Saramaka vs. Suriname* encontra-se no fato de que, além de construir a jurisprudência acerca do tema dos direitos à participação, consulta e consentimento, ela dá diversos direcionamentos quanto ao conteúdo e à aplicação destes direitos.

Isso ganha papel de destaque ao lembrarmos que as sentenças da Corte têm efeito vinculante para todos os Estados que a ela se submetem. Desta forma, sua jurisprudência constitui uma regra para todos os casos que tratem deste tema nas Américas posto que, em última instância, é pela CIDH que estes casos serão decididos. Assim, a decisão funciona como um guia para as decisões nacionais no que se refere a este tema, assim como para as políticas públicas e as leis de cada país americano (YRIGOYEN, 2008, p. 03).

Todos os instrumentos internacionais apresentados neste capítulo foram recepcionados pelo Estado brasileiro, o que tem uma importância gigantesca para a luta dos povos e comunidades tradicionais. Isso porque tais documentos representam uma mudança paradigmática no tratamento de tal grupo: abandona-se

⁶⁰ Uma análise mais aprofundada destas insuficiências será feita no próximo capítulo.

a perspectiva da tutela, para se adentrar num âmbito de compreensão desses grupos como agentes capazes de produzir sua própria história.

Essa passagem é importante para a luta dos povos e comunidades tradicionais no Brasil pois, embora a Constituição Federal de 1988 já reconheça em si a multiculturalidade e o direito desse grupo à autodeterminação, dando maior abertura para o reconhecimento dos direitos desse grupo, ela ainda convive com uma legislação de forte caráter integracionista, como é Estatuto do Índio.

No entanto, se aliamos a Constituição Federal aos documentos internacionais analisados nesse capítulo que, reforçamos, têm força normativa no país, ampliamos o arcabouço legislativo para a proteção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, o que dá maior base jurídica para suas lutas.

Essa é, portanto, a importância de tais documentos para as lutas dos povos e comunidades tradicionais, tanto indígenas quanto não indígenas, no Brasil.

5 O DIREITO DE DECIDIR SOBRE SEU PRÓPRIO DESTINO: POSSIBILIDADES E DESAFIOS

Realizada uma análise detida dos direitos de consulta, participação e consentimento no capítulo anterior, compreendendo seu conteúdo de forma abrangente, investigaremos agora como esses direitos (não) vêm sendo aplicados no Brasil, bem como as limitações do direito a consulta e os desafios à implementação de tais direitos.

5.1 DIREITOS DE CONSULTA, PARTICIPAÇÃO E CONSENTIMENTO NO BRASIL

Neste ponto, priorizaremos a análise da aplicação dos direitos de consulta, participação e consentimento no Brasil, bem como o estudo do processo de regulamentação da consulta que está em curso.

5.1.1 A (não) efetivação dos direitos de consulta, participação e consentimento no Brasil⁶¹

Apesar de signatário da Convenção n° 169 da OIT, e de ter abertamente defendido a aprovação da Declaração da ONU sobre os Povos Indígenas, o Estado brasileiro não tem respeitado os direitos previstos nestes documentos. Em realidade, a prática é a da violação desses direitos.

Em Comunicação feita ao Comitê de Especialistas (também chamado de Comitê de Peritos) na Aplicação das Convenções e Recomendações da OIT sobre o cumprimento da Convenção n° 169 no Brasil, em 2008, a Articulação dos Povos Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME), o Conselho Indígena de Roraima (CIR), a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB) e o Warã Instituto Indígena Brasileiro, apresentaram

⁶¹ Devido ao objeto deste trabalho, decidimos focar nas violações relativas aos direitos de participação, consulta e consentimento nesse ponto. No entanto, é essencial salientar que diversos outros direitos previstos no âmbito internacional, e mesmo na legislação nacional, têm sido violados pelo Estado brasileiro. A título de exemplo, mencionamos denúncia no que se refere à não-observação do respeito às diversidades étnicas e culturais de cada povo, e do critério de autoidentificação como o único passível de definir o pertencimento de um indivíduo a dado grupo. Os povos indígenas do Nordeste têm sido vítima constante de afirmações que desrespeitam esse direito, sendo chamados por alguns setores de “falsos indígenas” (APOINME *et al.*, 2008, p. 03).

diversas denúncias com relação ao não cumprimento dos dispositivos da Convenção no Brasil.

Afirmam as organizações que, até aquele momento, o governo não havia realizado nenhuma consulta que estivesse de acordo com o disposto no art. 6º da Convenção, embora houvesse diversas situações em que essa se fez imperativa, como nos casos da Hidrelétrica de Belo Monte, da transposição do rio São Francisco, da questão da TI Raposa Serra do Sol, da TI dos Guarani-Kaiowá e da mineração realizada em território do povo indígena Cinta Larga⁶² (APOINME *et al.*, 2008, p. 03).

Ainda em outra oportunidade, na Declaração Final do IX Acampamento Terra Livre, os povos indígenas ali reunidos exigiram a efetivação do direito à consulta e ao consentimento prévios, livres e informados, de acordo com as especificidades de cada povo. Segundo o documento, é necessário que seja “respeitado e fortalecido o tecido institucional” de todos e de cada um desses povos, para que disponham de “mecanismos próprios de deliberação e representação capazes de participar do processo de consultas com a frente estatal.” (APIB *et al.*, 2012).

Ainda, declararam que a Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), órgão consultivo presidido pela Funai, e composto por representantes do governo federal, de organizações indígenas e de outras entidades da sociedade civil, criado com o intuito de “auxiliar na articulação intersetorial do governo e proporcionar uma maior participação e controle social indígena sobre as ações governamentais” não pode ser considerada como instância de consulta ou participação indígena. Isso porque a composição do órgão não é paritária, sendo sua presidência ocupada por um dos maiores violadores dos direitos indígenas (APOINME *et al.*, 2008, p. 03).

Como já visto anteriormente, o direito à consulta se estende também aos âmbitos legislativo e administrativo. No entanto, também nessas esferas tal direito têm sido insistentemente desconsiderado: diversos projetos de lei sobre direitos dos povos indígenas tramitam no Congresso Nacional sem que haja qualquer tipo de consulta aos povos. Além disso, o Congresso deixa que projetos de lei de iniciativa do povos indígenas, como o Estatuto dos Povos Indígenas, já mencionado

⁶² Avaliar cada um desses casos em específico não constitui objeto deste trabalho, no entanto, recomendamos a leitura da Comunicação para que se possa dimensionar o tamanho das violações realizadas pelo Estado brasileiro.

anteriormente, fiquem parados por décadas. Não fosse isso suficiente, desconsideram a vontade manifestada pelos indígenas de que todas as matérias relativas a seus direitos diferenciados sejam tratadas num mesmo instrumento, apresentando novos projetos de lei isolados sobre temas a eles relativos, como a questão da exploração de minérios em terras indígenas (APOINME *et al.*, 2008, p. 07).

No que tange os planos de desenvolvimento, estas organizações denunciam que estes são frequentemente inapropriados à realidade dos povos indígenas, ou ainda que medem a intensidade do impacto que causarão nestas populações de modo errôneo, não avaliando a real dimensão dessa intervenção. Isso ocorre em função do descumprimento do direito que esses povos têm de escolher suas prioridades de desenvolvimento e de participar de todos os planos de desenvolvimento que os afetem (APOINME *et al.*, 2008, p. 12).

Também os participantes do Seminário Regional sobre Direitos Humanos e Defesa do Território, realizado no Oeste do Pará em julho de 2014, manifestaram sua insatisfação com o desrespeito do Estado e das empresas brasileiras no que tange o direito à consulta. O grupo defende que esta deve ser realizada com todos os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, e que deve abranger todo tipo de impacto, seja ele gerado por medidas do executivo, do judiciário, do legislativo ou ainda de empresas privadas. Ainda, reivindicam a criação de mecanismos que prevejam a reparação dos passivos ambientais e sociais criados por empreendimentos já existentes (STTR *et al.*, 2014).

Além das experiências onde não houve qualquer tentativa de realização da consulta, há de se analisar também as experiências onde o governo se propôs a realizar a consulta, mas essa não correspondeu aos parâmetros estabelecidos internacionalmente e reivindicados pelos povos e comunidades tradicionais.

A título de exemplo, relembremos a primeira tentativa de consulta prévia realizada pelo Governo Federal, ocorrida em abril de 2008, tendo como objeto o ato normativo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) cujo objetivo era disciplinar os procedimentos para titulação de terras quilombolas em substituição a Instrução Normativa Incra n° 20/2005.

Em interessante trabalho, Lúcia M. M. De Andrade, em parceria com a Comissão Pró-Índio de São Paulo (CPISP), conta como o processo se desenrolou, e aponta os principais problemas enfrentados pelos quilombolas. Em um primeiro

momento, o governo nem sequer se disponibilizou para discutir o processo de consulta em si com os quilombolas, enviando-lhes um calendário pronto, de acordo com o qual teriam exatos 17 dias para analisar a minuta redigida pelo Grupo de Trabalho que cuidava da questão. Esse prazo era, evidentemente, insuficiente para que as comunidades quilombolas de todo o país pudessem analisar a proposta e chegar a um consenso sobre ela (ANDRADE; CPISP, *s. d.*, p. 03).

Diante desse quadro, os quilombolas não reconheceram a legitimidade do processo, e se recusaram a participar dessa consulta. Em resposta a esse protesto, o governo entrou em contato com a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ) para que pudessem discutir o processo de consulta. A CONAQ apresentou então um projeto detalhado sobre como deveria se realizar a consulta, com o objetivo de que todas as comunidades quilombolas dela participassem e tivessem condições condizentes com as previstas na Convenção n° 169 para deliberar sobre o assunto.

A proposta da CONAQ foi rejeitada pelo governo, que se utilizou do que Andrade chama de “pressão da urgência” (*s. d.*, p. 02) para acelerar o processo, comprometendo o caráter livre e prévio da consulta. O processo foi marcado pela imposição de prazos e condições por parte do governo, alegando que a publicação da nova instrução normativa era uma questão urgente (alegação falaciosa, de acordo com Andrade, pois após a “consulta” a normativa levou ainda cinco meses para ser publicada) (ANDRADE; CPISP, *s. d.*, p. 03). Por fim, a consulta acabou sendo reduzida a um só evento nacional.

Além disso, Andrade denuncia também a falta de acesso à informação qualificada, tendo em vista que vários dos quilombolas tiveram acesso à minuta pela primeira vez já na reunião nacional. Foi objeto de denúncia também a falácia da decisão técnica, considerando que o argumento usado na maioria das vezes pelo governo para rejeitar as sugestões dos quilombolas era o de que elas não se sustentavam por “razões técnicas”. Ora, recorrer a essa suposta “neutralidade técnica” é uma questão problemática em si, pois, como bem escreve Andrade “alegar impedimentos técnicos frente a um grupo de pessoas que não domina a linguagem e o conhecimento jurídico é um fator de constrangimento e cerceamento das possibilidades de negociação em busca do consenso” (ANDRADE; CPISP, *s. d.*, p. 07).

Por fim, deve-se notar que os agentes governamentais que têm poder decisório não participaram da reunião, esse fato representa um problema flagrante ao avaliarmos que foram essas as pessoas que, posteriormente, tomaram decisões contrárias às sugestões dadas pelos quilombolas, sem ao menos apresentar uma justificativa válida para esse posicionamento. Esses indivíduos tiveram acesso tão somente ao relatório produzido por aqueles agentes que participaram do evento com os quilombolas, o que deixa claro que tiveram acesso também a apenas uma visão (ANDRADE; CPISP, s. d., p. 09). Devido a todos os problemas apresentados, esse processo não pode, de forma alguma, ser considerado como um real procedimento de consulta prévia, livre e informada, como determinam a Convenção n° 169 da OIT, a Declaração da ONU sobre Povos Indígenas e as decisões da própria CIDH.

Mas esta não é a única denúncia quanto aos abusos do governo no processo de realização da consulta. Também o povo Munduruku do médio e alto Tapajós, local para o qual está projetada a construção do chamado Complexo do Rio Tapajós (que deve contar com a construção de cinco usinas hidrelétricas), com quem o governo está realizando o processo de consulta em novembro desse ano, denuncia irregularidades no processo (MUNDURUKU *et al.*, 2014).

De acordo com comunicado feito ao governo brasileiro em 03 de novembro de 2014, os Munduruku afirmam que este está conduzindo o procedimento de má-fé, já que, por exemplo, alterou o local de reunião sobre a consulta dois dias antes da data combinada para a realização desta. Tal atitude tem forte impacto pois os indígenas da região estavam se preparando há quase um mês para que todos os caciques pudessem participar da reunião no local definido previamente – com a alteração, pouquíssimos representantes indígenas teriam condições de participar da reunião (Munduruku *et al.*, 2014).

A partir das experiências analisadas, percebemos que o governo brasileiro não tem efetivado os direitos de consulta, participação e consentimento e, quando se propõe a realizar um processo de consulta, o faz desconsiderando todas as recomendações dos órgãos internacionais e as contribuições dos povos e comunidades consultados. Portanto, não se pode dizer que no Brasil o direito de consulta é cumprido: os processos que se pretendem chamar de consultas não podem receber tal nome, pois não preenchem requisitos mínimos, como o dever de ser efetivamente prévios, livres e informados.

5.1.2 A regulamentação da consulta é necessária?

Em janeiro de 2012, foi instituído pela Portaria Interministerial n. 35 o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), com o objetivo de “estudar, avaliar e apresentar proposta de regulamentação da Convenção n° 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, no que tange aos procedimentos de consulta prévia dos povos indígenas e tribais.”.

O GTI, no entanto, não conta com a participação de representantes dos povos indígenas. Estes se retiraram da composição do grupo pois alegam a necessidade de que se reconstrua a boa-fé no diálogo entre os povos indígenas e o Estado, para tanto, a revogação da Portaria 303/12 da Advocacia Geral da União (AGU)⁶³ é indispensável. Como o governo não promoveu tal revogação, os povos indígenas se retiraram da discussão (APIB, 2013).

A APIB manifestou seu

“repúdio e rechaço às artimanhas presididas pela Secretaria Geral da Presidência da República (SGPR), que tem buscado descaracterizar as organizações do movimento indígena, alimentando a divisão interna, e enfraquecendo mais do que o movimento, mas o próprio órgão indigenista, a Funai, contrariando a perspectiva de fortalecimento da instituição, conforme o anseio dos nossos povos e organizações.” (APIB, 2013).

Também o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) manifestou seu repúdio à ação do governo federal e seu apoio à APIB, e se retirou das oficinas promovidas pela Secretaria Geral da Presidência da República (SGPR). O Estado, mantendo a Portaria n° 303 e conduzindo o processo de regulamentação sem a participação indígena, “apura a linguagem ideológica colonialista, aprofundando na democracia os instrumentos de dominação racial” (JORNAL PORANTIM, 2013).

Mesmo após a saída dos representantes dos povos indígenas do GTI, as reuniões deste continuaram, com a participação da Funai e da SGPR, embora em ritmo desacelerado. Foi realizada reunião com entidades da sociedade civil ligadas à defesa dos direitos de povos e comunidades tradicionais, onde essas manifestaram sua preocupação sobre a forma como o diálogo tem sido levado, tendo em vista o contexto de investidas contrárias à realização dos direitos fundamentais desses povos. O Ministério das Relações Exteriores afirmou, entretanto, que o Estado

⁶³ A Portaria 303/12 da AGU representa um grande regresso com relação aos direitos indígenas já assegurados pela Constituição Federal e pelos instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Essa portaria promove a relativização do direito à consulta e do direito dos povos indígenas ao usufruto de seu território, bem como a relativização das competências da FUNAI, além de vedar a ampliação das terras indígenas já demarcadas.

brasileiro precisa prestar contas à OIT, apresentando uma proposta de norma regulamentar, mesmo que essa tenha sido produzida sem consenso (FUNAI, 2013, p. 02).

A Funai declarou em 2013 que a aplicação da Convenção nº 169 independe da regulamentação de seu conteúdo pelo Estado brasileiro, pois ela é auto-aplicável desde sua ratificação⁶⁴. O órgão entende, porém, que a regulamentação pode auxiliar na garantia dos direitos previstos no documento, dando-lhes mais eficácia (FUNAI, 2013, p. 01).

Perguntamo-nos, no entanto, qual o propósito de apresentar uma norma regulamentar produzida sem a participação dos povos e comunidades tradicionais (destinatários dos direitos garantidos pela Convenção que está sendo regulamentada), uma norma que vai inclusive contra os direitos protegidos na mesma Convenção que pretende regulamentar.

⁶⁴ A FUNAI entende, independente de eventual regulamentação, que o processo de consulta já é exigível, de acordo com a legislação em vigor, e estabelece alguns passos básicos que esse processo deve observar para que atinja eficácia plena (FUNAI, 2013, p. 06):

- a) “Identificação da(s) decisão(ões) a ser(em) previamente consultada(s), seu(s) respectivo(s) tomador(es) de decisão, e o nível em que a consulta aos povos indígenas será realizada (local, regional, nacional) – SG e Funai em diálogo com representantes indígenas;
- b) Conhecimento das regras e protocolos indígenas do povos interessado ou afetado pela medida, e propor diretrizes indigenistas ao processo, visando proteger suas formas próprias de organização social – Funai em diálogo com representantes indígenas;
- c) Informação aos órgãos de governo envolvidos sobre as particularidades da implementação do processo de consulta nos casos concretos – Funai e SG;
- d) Respeito a tais regras e sistemas de representatividade para apresentação/construção conjunta do processo de consulta – Funai e tomador de decisão;
- e) Pactuar um plano de consulta, garantindo-se etapas de informação, diálogo, formação de consensos e dissensos, devolutiva, monitoramento das decisões adotadas e das pactuações consensuadas – Tomador de decisão e povos indígenas, com mediação e auxílio da Funai e da SG;
- f) Garantia de informações amplas, em linguagem adequada e com tempo suficiente para a formação de entendimento sobre a medida em questão – Tomador de decisão com acompanhamento por Funai e SG;
- g) Garantia de diálogos transparentes e de boa-fé, livres, e capazes de afastar a incidência de riscos às formas próprias de organização social dos grupos afetados ou interessados, no que tange aos esclarecimentos sobre as medidas a serem decididas e seus impactos sobre os povos indígenas – Tomador de decisão e povos indígenas com assessoria da Funai e SG;
- h) Garantia de processo de tomada de decisão coletiva por parte dos povos indígenas naquilo que pode ser consensuado, visando a consideração dos resultados na decisão do Estado – Tomador de decisão com acompanhamento pela Funai;
- i) Devolutiva dos resultados da consulta de maneira transparente, identificando aquilo que pode ou não ser consensuado e quais as medidas adotadas para a mitigação dos impactos, considerando os apontamentos dos indígenas – Tomador de decisão; e
- j) Monitoramento do cumprimento dos acordos consensuados – Funai e SG.”.

Acreditamos que esse processo reivindicado pela Funai representa sem dúvidas um avanço se comparado com a situação atual de não aplicação da consulta, no entanto, pode ainda ser melhorado. Devem ser exigidas, por exemplo, justificativas do tomador de decisão sobre a razão porque não acatou as sugestões do povo consultado.

Shiraishi (2014) faz interessantes críticas ao processo de regulamentação. Em primeiro lugar, o autor afirma que não há necessidade alguma de que o direito à consulta seja regulamentado, pois os tratados internacionais no país têm aplicabilidade imediata após a promulgação presidencial. Assim, o direito a consulta, bem como todos os outros direitos previstos nos instrumentos internacionais que são analisados neste trabalho são auto-aplicáveis.

Apesar disso, e embora exista um esforço tanto do governo quanto da sociedade civil de incorporar a Convenção nº 169 ao contexto brasileiro, e determinar seu significado e sua extensão (vez que no Brasil não existem “povos tribais” no sentido estrito do termo, e que o significado deste para a realidade brasileira teve que ser melhor analisado e construído, por exemplo), o Estado insiste em regulamentar a consulta. Como já vimos, não há necessidade jurídica para tanto e, assim, deve-se analisar as razões que se escondem por trás dessa regulamentação.

Para Shiraishi, considerando que, como visto anteriormente, o direito, apesar de sua pretensão de universalidade, responde em realidade apenas aos interesses daquele grupo que detém o monopólio da produção jurídica,

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

Assim, é necessário que analisemos com um olhar crítico o processo de regulamentação da consulta que está se desenrolando no Brasil, compreendendo que esse não possui valor algum se não contar com a participação dos povos e comunidades tradicionais, sujeitos desse direito.

5.2 DIREITOS DE CONSULTA, PARTICIPAÇÃO E CONSENTIMENTO – LIMITES E DESAFIOS

Após analisar a situação da aplicação do direito à consulta no Brasil, passaremos agora para uma análise geral sobre as limitações dos direitos de

consulta, participação e consentimento, e os desafios existentes para o alcance de sua efetivação plena.

5.2.1 Limitações do direito a consulta e complementaridade entre os três direitos

Embora dentre esse conjunto de direitos o mais reivindicado atualmente seja o de consulta, tendo papel de protagonismo na grande maioria das discussões acerca da Convenção n° 169 da OIT, nos parece que sua aplicação por si só é insuficiente para a garantia do direito à autodeterminação, seu objetivo último.

Um processo de consulta sobre temas que atinjam os povos indígenas e comunidades tradicionais, e que sejam de *interesse nacional*, ou seja, do interesse daqueles que compõe a comunidade de comunicação hegemônica, desenhado pelo Estado que representa, em primeiro lugar, esse *interesse nacional*, não pode ser um processo que dê voz efetiva a tais povos.

A título de exemplo, pensemos em um processo de consulta acerca de um grande projeto de extração mineral (empreendimento que envolve interesse de grandes empresas e do próprio Estado brasileiro, participantes dessa comunidade de comunicação hegemônica) em terras indígenas ou de povos e comunidades tradicionais (não participantes da comunidade de comunicação hegemônica, que se tornarão participantes não-hegemônicos dessa comunidade).

A existência do conflito de interesses entre o próprio Estado e os povos consultados é clara, e um diálogo em condições paritárias só tem chances de ser atingido caso os povos interessados (indígenas e tradicionais) participem das discussões e decisões sobre o próprio processo de consulta desde o começo. Não é suficiente, por exemplo, que o Estado promulgue uma legislação específica sobre como deve se dar o processo de consulta, quais os seus objetivos e o que ele deve garantir. Já a produção desse tipo de legislação deve ser feita com a participação dos povos interessados.

Nessa esteira, também consideramos insuficiente, por exemplo, que esses povos só tenham acesso ao projeto final de um empreendimento que se pretende realizar em suas terras: eles devem participar de todas as etapas do ciclo, desde a concepção do projeto.

O direito à consulta, se não utilizado em conjunto com os direitos de participação e consentimento, pode facilmente ser transformado em um

procedimento “para inglês ver”, não servindo de instrumento para que a voz dos povos indígenas e tradicionais seja realmente ouvida, mas sim permitindo que o Estado “legitime” ações que pretende tomar e que afetam tais povos, mesmo sem levar sua opinião realmente em consideração⁶⁵.

Nesse sentido, alerta Baniwa (2014) que um projeto mal desenhado de consulta pode vir a legitimar os interesses das classes dominantes, e criminalizar as práticas indígenas. Pode haver, ainda, problemas nas escolhas dos representantes dos povos interessados pois, caso essa responsabilidade de escolha não esteja nas mãos dos próprios povos, é possível que o representante escolhido não represente realmente o interesse daquela coletividade.

Para que se evite a materialização desse tipo de situação, nos parece que a saída possível é a defesa da conjugação daqueles três direitos. Como já apontado no capítulo anterior, entendemos que os direitos de participação e consentimento têm a capacidade de suprir as limitações que atingem a aplicação do direito à consulta isoladamente.

A participação dos povos interessados deve se dar com relação a todas as questões que se refiram a eles: produção legislativa, políticas estatais a eles relacionadas, análise de projetos que os afetem, entre outros. E, como já inferido no capítulo anterior, essa participação deve se dar durante todo o processo, eles devem participar de todas as fases de discussão e decisão acerca destes assuntos, inclusive propondo ações e programas. Tal forma de atuação dá elementos para que os povos interessados direcionem o sentido que seu desenvolvimento seguirá.

Ainda, é necessário que o objetivo final da consulta seja o consentimento. Isso significa que, embora ela não seja vinculante (a decisão final, no caso de consulta, será do Estado), deve ser realizada com o intuito de que se possa alcançar um acordo, o que implica que a expectativa de aceite seja plausível: não se pode fazer uma proposta que seja contrária aos interesses do povo em questão, que vá contra a sua dignidade ou mesmo que represente algum tipo de perigo para sua integridade física ou cultural, pois isso inviabiliza a possibilidade de chegada a um acordo. A proposta feita deve respeitar os direitos desse povo e seus interesses.

As considerações acima feitas não diminuem em absoluto a importância do direito à consulta, apenas ressaltam que, para que a implementação desse direito

⁶⁵ É o que acontece hoje nos processos de “consulta” realizados pelo Estado brasileiro.

seja efetiva, é necessário que esteja ligada à garantia dos direitos de participação e consentimento. Entendemos que tais direitos formam um conjunto, uma espécie de bloco, e portanto é necessário o reconhecimento e aplicação dos três para que sejam realmente efetivos e para que possam cumprir o seu fim último: garantir o direito dos povos de se autodeterminar, de decidir sobre os rumos de seu próprio destino.

5.2.2 O que deve ser garantido

Uma pergunta essencial para que se possa compreender o significado dos direitos de consulta, participação e consentimento, é qual é o seu objeto, o que exatamente esse bloco de direitos garante.

Yrigoyen (2009) defende que tais direitos têm dupla natureza, como também duplo é seu objeto. Por um lado, representam direitos que têm um conteúdo próprio, ligado à dignidade dos povos e que, por isso, devem ser realizados. Portam, nesse sentido, caráter substantivo. Por outro lado, são direitos que garantem outros direitos referentes à relação Estado-povos indígenas e povos e comunidades tradicionais (como o direito à escolha de sua forma de desenvolvimento e a capacidade de controlar suas instituições). Nesse sentido, podem ser entendidos como direitos processuais, que devem garantir a efetividade dos outros direitos a eles vinculados.

O sentido dos processos de consulta, participação e consentimento é guiado pelo que a jurista peruana chama de “princípio inderrogável” (2009, p. 33). Tal princípio determina que os povos indígenas e tradicionais devem ter o máximo controle possível de suas instituições e de seus modos de vida e desenvolvimento, ou seja, devem ter a prerrogativa de determinar livremente seu desenvolvimento. Este princípio, que encontra seu fundamento no quinto considerando e no art. 7º da Convenção nº 169 da OIT, bem como na Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas, pode ser ponderado com outros princípios, mas nunca derogado.

Entende a autora (2009, p. 32) que, para que se verifique se esse bloco de direitos está sendo respeitado, devemos proceder tanto uma análise processual quanto uma análise substantiva. No âmbito processual, onde se localiza o objeto processual, deve-se observar se pode ser verificada objetivamente a participação indígena nos processos de tomada de decisões que lhes afetem.

No que toca o seu carácter substantivo, devem ser observados os seguintes conteúdos: i) que os povos tenham o maior controle possível sobre suas prioridades de desenvolvimento e sobre a forma como esse desenvolvimento se desenrola, bem como o controle sobre seu modo de vida; ii) que as políticas de desenvolvimento empreendidas pelo Estado tenham como objetivo principal o melhoramento da condição de vida dos povos interessados; e iii) que seja dada proteção máxima à integridade física e cultural desses povos, não sendo tolerada qualquer forma de violação a esse direito.

Ainda neste âmbito, é necessário que seja verificado (2009, p. 33): i) se as medidas, políticas e projetos a eles relativos garantem ao povo interessado o maior nível possível de controle de seu desenvolvimento, de sua forma de vida e de suas instituições; ii) se a política ou os programas de desenvolvimento tem como objetivo garantir a melhora da situação em que vive o povo em questão, priorizando ações nos campos de saúde e trabalho, por exemplo; e iii) se as medidas adotadas não produzem violações quanto à integridade física ou cultural daquele povo e, caso seja inevitável alguma interferência nesse âmbito (tendo ela uma justificativa razoável), que essa afete minimamente e de forma legítima a integridade do povo.

O objeto substantivo se divide em duas frentes: uma relativa ao mínimo intangível e outra à maximização dos direitos de cumprimento obrigatório. A primeira se refere a um conjunto de direitos que compõem o mínimo que deve ser protegido quando se realizem os processos de consulta, participação e consentimento, qual seja: o direito do povo à sua existência, à integridade física, à existência de meios para sua subsistência e à integridade cultural, que se refere à identidade e aos modos de vida do povo em questão. Saliente-se que esse conjunto de proteções se refere não somente aos sujeitos tomados individualmente, mas também aos sujeitos coletivos (YRIGOYEN, 2009, p. 35).

A segunda frente é constituída pelos direitos de cumprimento obrigatório, que compõem o objeto substantivo do bloco de direitos em análise, cujo alcance deve ser maximizado ao maior nível possível. Tal conjunto é composto pelos seguintes direitos: i) direito de decidir suas prioridades de desenvolvimento; ii) direito de controlar o seu desenvolvimento o máximo possível; iii) direito a melhorar suas condições de vida; e iv) direito a receber benefícios e lucros gerados por projetos de desenvolvimento em função do uso de seu território ou de seus recursos (YRIGOYEN, 2009, p. 37-40).

5.2.3 Obstáculos à efetivação desses direitos

Embora tais direitos tenham sido incorporados à legislação nacional da grande maioria dos países latino-americanos já há algum tempo (no caso do Brasil, o decreto que promulgou a Convenção n° 169 da OIT completou uma década neste ano), vários têm sido os óbices encontrados para que sejam efetivamente implementados.

A OIT (2013, p. 18) aponta como obstáculos centrais para a realização do direito à consulta a desconfiança e a exclusão mútuas existentes entre Estado e povos indígenas e tradicionais, bem como o fato de que o reconhecimento desse direito é recente, encontrando-se tanto os Estados como os povos interessados num processo de desenvolvimento de instâncias apropriadas e modalidades para a consulta.

Apesar de concordarmos com esse último apontamento da OIT, discordamos da premissa inicial. Acreditamos que um dos obstáculos principais para a real aplicação e garantia desses direitos consiste, em verdade, no conflito de interesses entre Estado e povos indígenas e tradicionais. Mais do que uma “exclusão mútua”, acreditamos ser mais correto falar em uma exclusão, realizada historicamente pelo Estado nacional, dos povos indígenas e tradicionais das instâncias de discussão e decisão.

O maior obstáculo para a plena realização desses direitos consiste no não reconhecimento do Outro enquanto tal, no não reconhecimento da alteridade. Essa negação guiou a legislação relativa aos povos indígenas e tradicionais por muito tempo – hoje, embora as legislações internacionais sejam muito mais avançadas, reconhecendo o Outro e seu direito a determinar livremente seu destino, dentre outros direitos de extrema importância, é importante lembrar que mesmo algumas dessas legislações não são derivadas de um processo realmente dialético (a exemplo do processo de edição da Convenção n° 169 da OIT).

No entanto, apesar de existir um certo reconhecimento do Outro na legislação internacional e de esse reconhecimento legislativo começar a dar sinais também no plano nacional, no que se refere às políticas relativas aos povos indígenas e tradicionais adotadas pelo Estado brasileiro hoje, ainda não se pode

falar em um movimento de negação da negação do Outro. Vários são os casos em que se passou por cima da vontade dos povos, a exemplo do que ocorreu na implantação da hidrelétrica de Belo Monte, onde se violou o direito à consulta. Antonia Melo, liderança do Movimento Xingu Vivo⁶⁶ para Sempre afirma que “Só existe diálogo com os movimentos que estão de acordo com a política do governo. Aí Dilma pode receber. Mas é para ficar calado” (CASTILHO, 2014).

Também no âmbito do Poder Judiciário, não se pode falar de um reconhecimento do Outro, em que pese a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em dois casos julgados nos últimos meses, referentes à terra indígena (TI) de Porquinhos (MA) e da TI Guayraroká (MS), onde a 2ª turma do Tribunal relativizou direitos indígenas reconhecidos constitucionalmente (GUETTA, 2014).

Assim, compreendemos que um dos maiores obstáculos para a realização desses direitos consiste no não reconhecimento do Outro enquanto agente produtor de sua história, enquanto indivíduo e coletividade que tem a capacidade e o direito de decidir sobre seu próprio destino, enquanto povo que tem o mesmo direito que qualquer outro de ter sua dignidade respeitada.

Ainda, como um obstáculo específico da realidade brasileira, Arruti (2014) chama a atenção para uma certa recusa existente no país à auto-aplicabilidade das leis. No Brasil, é comum que se recorra à regulamentação detalhada de normas constitucionais ou internacionais por meio de leis de grau hierárquico inferior, principalmente a partir de normas que não estão dentro de um Código. Assim, é comum que direitos importantes sejam regulamentados a partir de normas internas de órgãos administrativos.

Essa situação representa um grave problema, principalmente no que tange os direitos de povos e comunidades tradicionais, pois é comum que tais regulações internas estejam em contradição com os direitos reconhecidos em outros instrumentos legais. Assim, essas normas que de certa maneira estão “fora do alcance dos olhos do direito” acabam por impedir a efetivação dos direitos dos povos e comunidades tradicionais oriundos da adoção de posturas pluralistas do Estado brasileiro na Constituição Federal e em convenções internacionais.

No que tange o contexto brasileiro, Brandão (2014) aponta ainda uma última dificuldade importante. Afirma a militante quilombola que no Brasil só se reconhecem

⁶⁶ Organização que reúne grupos que não aceitam a construção da hidrelétrica.

oficialmente, dentre os povos e comunidades tradicionais, os quilombolas e os indígenas como sujeitos dos direitos previstos na Convenção nº 169 da OIT. O critério de reconhecimento usado pelo Estado brasileiro estaria pautado, na prática, pela existência de conflito territorial (os quilombolas só teriam obtido reconhecimento a partir do julgamento do caso de Alcântara⁶⁷, no Maranhão). Como bem defende Brandão, esse critério é extremamente problemático, pois o que deveria ser levado em consideração não é a existência de conflito, mas sim a da diversidade de culturas e conhecimentos tradicionais, que devem ser protegidos e respeitados.

5.2.4 Desafios para a realização dos direitos de consulta, participação e consentimento

A partir das experiências que têm se desenvolvido no que tange a implementação dos direitos de consulta, participação e consentimento na América Latina, Yrigoyen (2009, p. 42-46) destaca algumas questões que devem ser observadas para que o bloco de direitos em estudo seja efetivado.

Em primeiro lugar, é necessário que haja uma adequação normativa interna que promova tais direitos e desenvolva o seu sentido. Para isso, é necessário que essa legislação leve em consideração todos os direitos, e não somente o de consulta. Ainda, é necessário que o reconhecimento dos direitos seja amplo e que não conduza a reduções: o direito de participação deve se referir a toda a elaboração da política e o direito de consulta não pode se reduzir a um ato informativo, por exemplo. É essencial que essa legislação reconheça o caráter prévio, livre e informado dos direitos de consulta e de consentimento, oferecendo os meios para que se desenvolvam de tal forma. Além disso, esses devem ser processos de boa fé. (YRIGOYEN, 2009, p. 43).

Frise-se, no entanto, que o dever de respeito e aplicação destes direitos existe independente da adoção de normas internas de adequação.

A segunda questão se refere à “implementação institucional” (YRIGOYEN, 2009, p. 43), que consiste na adoção de políticas públicas que implementem de forma efetiva os direitos de consulta e de participação. Para que essa

⁶⁷ Na década de 1980, quilombolas da cidade de Alcântara (MA) foram vítimas de deslocamentos compulsórios de seu território tradicional devido à construção do Centro de Lançamento de Alcântara (CPISP, s. d.).

implementação institucional garanta realmente a realização desses direitos, a autora destaca alguns pontos que devem se verificar: i) tais direitos devem fazer parte das políticas nacionais, setoriais e específicas; ii) deve ser feita uma previsão orçamentária, que impeça a transferência da responsabilidade de realização da consulta do Estado para a empresa interessada; iii) é necessário um modelo de gestão institucional dos direitos de consulta e participação; iv) devem ser designados recursos humanos e materiais, entre outros que se façam necessários, para possibilitar o cumprimento dessas previsões; v) deve ser garantida a existência de mecanismos de controle e auditoria em casos de abusos ou corrupção; vi) deve-se garantir que haja uma coordenação antecipada e eficiente que permita que os povos consultados possam realizar processos de discussão e definição de suas prioridades de desenvolvimento antes de serem realizados os processos de consulta e participação.

Em terceiro lugar, a autora indica a necessidade da existência de uma proteção judicial concreta de tais direitos, zelando pelo seu respeito e efetivação em situações onde haja algum tipo de resistência à sua implementação. Essa proteção judicial deve trabalhar não só no sentido de garantir o respeito aos aspectos processuais, mas também ao objetivo substantivo (já descrito anteriormente nesse capítulo). Além disso, tal processo deve garantir a diferenciação entre indenização e benefícios, garantindo que os povos afetados não sejam somente indenizados, mas que também recebam os benefícios provenientes do uso de seus recursos.

Por fim, a jurista peruana aponta como sendo necessárias mudanças na cultura jurídica dos países que reconheceram os direitos de consulta, participação e consentimento. É da cultura da juridicidade vigente que surgem a maioria das resistências com relação a esse bloco de direitos, de uma cultura que ignora a alteridade do Outro, não reconhecendo sua capacidade de decidir sobre seu destino. Por isso, defende Yrigoyen (2009, p. 45) que para que a aplicação e a implementação institucional de tais direitos possam ser efetivas, é necessário que a cultura jurídica mude, movimento esse que deve atingir não somente os operadores do direito, mas também os sujeitos de direito.

Entende a autora (2009, p. 45) que existem alguns requisitos que são imprescindíveis para que esse horizonte pluralista e democrático possa ser alcançado, sendo eles: i) o processo de informação e sistematização; ii) processos de formação, capacitação e troca de experiências, tanto no âmbito nacional como no

internacional, entre os diferentes atores dos processos de consulta e participação; e iii) pressão da opinião pública.

Entendemos que a “mudança da cultura jurídica” de que fala Yrigoyen passa necessariamente pelo reconhecimento de outras fontes de direito, pela construção de uma cultura jurídica e política que reconheça efetivamente a alteridade.

5.3 RETOMADA DO PODER NORMATIVO E DIREITO QUE NASCE DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

Para o alcance dessa “mudança de cultura jurídica” acreditamos ser essencial, para além da efetivação dos direitos dos povos indígenas e povos e comunidades tradicionais já reconhecidos pela legislação nacional e internacional, o reconhecimento do direito produzido por esses grupos, o direito que nasce do povo.

5.3.1 Fundamentos jurídicos para o reconhecimento do direito que nasce dos povos indígenas como fonte legítima de direito

Compreendemos que o direito produzido pelos povos indígenas é legítimo e válido por si só, posto que produzido por um povo que, como qualquer outro, tem o direito de determinar as regras que regem sua organização social. Esse direito é produto de um consenso produzido dentro dessa comunidade em específico sendo, sem dúvidas, muito mais condizente com sua realidade, valores e costumes do que um direito produzido por um povo alheio a esses dados.

Além disso, reconhecemos que nasce do povo (no sentido que Dussel dá ao termo “povo”) não somente os movimentos de luta pela efetivação dos direitos que lhes são cotidianamente negados, mas também a autonomia para a sua produção.

Apesar disso, acreditamos ser importante destacar também os argumentos provenientes da juridicidade vigente para defender que o direito que nasce dos povos indígenas deve ser reconhecido pelo sistema jurídico brasileiro como direito legítimo, válido e eficaz, devendo ser respeitado e observado.

Nesse sentido devemos lembrar, em primeiro lugar, que o Estado brasileiro afirma, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a

conformação multicultural do Estado brasileiro, ao afirmar o direito à identidade cultural (art. 215 e 216) e ao reconhecer novos direitos indígenas (art. 231 e 232).

Por meio desses dispositivos, o direito brasileiro reconhece os diferentes modos de criar, fazer e viver e determina a valorização da diversidade étnica e regional. Além disso, reconhece a organização social dos povos indígenas, seus costumes, línguas, crenças e tradições. Como defende Marés (2001, p. 28), apesar de a lei maior brasileira não utilizar termos como “diversidade” ou “pluralismo”, podemos inferir do texto constitucional que o Brasil se identifica como um Estado multicultural.

Entende o jurista que, ao afirmar que os indígenas têm direito a ser povo, a Constituição Federal confere-lhes o direito à autodeterminação, o que abarca o direito de dizer como se expressa sua vontade e no que consiste essa vontade, manifestação esta que deve ser respeitada.

Para além das disposições constitucionais, lembramos que o Brasil é signatário da Convenção nº 169 da OIT, incorporada à legislação nacional por meio do Decreto 5.051/2004, documento que reconhece importantes direitos dos povos indígenas e tribais. Destacaremos, nesse momento, alguns dispositivos específicos da Convenção, relativos ao direito de autodeterminação e auto-organização desses povos. Conforme o quinto considerando da Convenção, são reconhecidas:

[...] as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram.

Ainda, de acordo com o art. 8º:

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

Como se pode concluir, a partir da leitura das duas disposições acima transcritas, são direitos dos povos indígenas e tribais a manutenção e o controle de suas próprias instituições e costumes, devendo essas serem respeitadas pelo Estado em que moram. O único limite delineado para a atuação de tais costumes e instituições são os direitos humanos reconhecidos internacionalmente e os direitos fundamentais definidos pelo Estado em que habitam: isso significa que seus costumes e suas instituições devem ser completamente respeitados, não podendo o Estado refutar tais práticas, a menos que essas estejam em desacordo com os direitos humanos⁶⁸ e fundamentais.

Ainda, no que se refere ao reconhecimento do direito indígena, afirma a Convenção em seu artigo 9º:

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

Ao analisarmos esse artigo, que reconhece o dever que os Estados têm de respeitar os métodos utilizados tradicionalmente pelos povos para a repressão de delitos, aliado ao art. 8,1, que determina que o direito consuetudinário seja levado em consideração quando da aplicação da legislação nacional, percebemos que há o reconhecimento do valor do direito desenvolvido dentro dessas comunidades, compreendendo que ele é legítimo e deve ser respeitado pelos Estados dos quais os povos indígenas e tradicionais fazem parte.

Podemos inferir, dessa forma, que a Convenção n° 169 da OIT reconhece o direito produzido pelos povos indígenas e tribais, bem como suas instituições, tendo o Estado signatário o dever de respeitá-los e de reconhecê-los como legítimos, válidos e eficazes. Dessa forma, os povos indígenas e tribais são compreendidos como sujeitos políticos, que detêm o direito de controle de suas instituições e da escolha da direção em que seu desenvolvimento deve caminhar.

⁶⁸ Yrigoyen traz uma reflexão essencial com relação à temática dos direitos humanos, afirmando que, levando em conta o princípio da igual dignidade das culturas, “lo coherente sería una definición intercultural de los derechos humanos, donde los pueblos indígenas tuviesen igual poder de definición que otros pueblos” (2006, p. 20).

Por fim, é importante levar em consideração as conquistas alcançadas pelos povos indígenas nas chamadas constituições andinas. Como já demonstrado anteriormente, tais constituições reconhecem expressamente uma jurisdição indígena⁶⁹, conferindo a esses povos o direito ao seu próprio sistema de direito, às suas próprias autoridades e instituições, bem como a uma jurisdição própria.

Analisando o quadro apresentado, acreditamos ser possível concluir que existem suficientes fundamentos legais, no direito nacional e internacional, para afirmar que o direito indígena (ou seja, o direito que nasce dos povos indígenas) é válido e deve produzir efeitos, devendo ser reconhecido pelo Estado brasileiro.

Além disso, é importante que o Brasil considere o exemplo da legislação adotada por seus vizinhos quando de uma eventual revisão da Constituição ou do obsoleto Estatuto do Índio, no intuito de alinhar-se com os avanços já alcançados por outros países latino-americanos no que tange a questão indígena. Enquanto tais mudanças legislativas não são alcançadas, é essencial que o Estado brasileiro cumpra com as obrigações⁷⁰ assumidas internacionalmente por meio da Convenção n° 169 da OIT, reconhecendo o direito indígena como fonte legítima de direito.

5.3.2 Fundamentos jurídicos para o reconhecimento do direito que nasce dos povos e comunidades tradicionais não indígenas como fonte legítima de direito

Superada a questão da legitimidade e validade do direito indígena, seguiremos agora para a análise da possibilidade do reconhecimento do direito produzido pelos povos e comunidades tradicionais.

Primeiramente, é necessário lembrar que são destinatários da Convenção n° 169 da OIT tanto os povos indígenas quanto os tribais, conceito que, na realidade brasileira, refere-se aos chamados povos e comunidades tradicionais, conforme demonstrado no terceiro capítulo desse trabalho.

Dessa forma, os dispositivos dessa Convenção analisados no ponto anterior aplicam-se também a esse grupo, ou seja, também as instituições e as normas

⁶⁹ Para uma melhor compreensão acerca do desenvolvimento da jurisdição indígena nos países andinos, ver o texto *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, de Raquel Yrigoyen.

⁷⁰ Como define Shiraishi: "Enquanto as Declarações servem como 'princípios jurídicos' que orientam instrumentos e ações, as Convenções, por serem Tratados, geram obrigações, vinculando os países na ordem internacional e impondo sanções em caso de descumprimento das normas acordadas." (2007, p. 36).

desenvolvidas no seio desses povos e comunidades são reconhecidos pelo documento internacional como sendo portadoras de legitimidade e validade, devendo ser respeitadas pelo Estado em que esses grupos se localizam.

Com relação à Constituição Federal de 1988, mais uma vez nos referimos aos artigos 215 e 216, que determinam a valorização da diversidade étnica e regional e definem as formas de criar, fazer e viver dos diferentes grupos que compõe a sociedade brasileira como patrimônio cultural do país. É necessário sublinhar, novamente, que o Estado brasileiro se reconhece como multicultural a partir de 1988.

Ainda, Marés (2014) defende que, à semelhança da isonomia individual reconhecida pelo nosso sistema jurídico, podemos falar também de uma isonomia coletiva. Nesse sentido, compreende-se que todos os povos e comunidades tradicionais têm direitos iguais, sendo necessária a remoção da hierarquia existente entre os diferentes povos na legislação nacional.

Seguindo o raciocínio do professor paranaense, a parte da Constituição Federal que trata dos indígenas vale também para todos os outros povos e comunidades tradicionais, bem como as disposições relativas a quilombolas, por exemplo, podem ser utilizadas por povos indígenas. Desta forma, podemos dizer, com base no art. 231 da Constituição Federal, que também povos e comunidades tradicionais não-indígenas têm reconhecidas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como o direito às terras que tradicionalmente ocupam. Frise-se, no entanto, que afirmar que tais povos têm os mesmos direitos não significa ignorar as diferenças existentes entre eles, sendo necessário levá-las em consideração quando da aplicação desses direitos.

Assim sendo, na linha do que argumentamos no ponto anterior, acreditamos haver suficientes fundamentos legais, tanto em âmbito nacional quanto em âmbito internacional, para defender que os direitos produzidos pelos povos e comunidades tradicionais não indígenas, bem como os povos indígenas, devem ser reconhecidos como fonte válida e legítima de direito pelo Estado brasileiro.

Alguns poucos exemplos do reconhecimento do direito que nasce dos povos e comunidades tradicionais já ocorrem no Brasil, como no caso das comunidades faxinalenses⁷¹. Como resultado da incansável luta dos faxinalenses, o município de

⁷¹ Comunidade tradicional cujos territórios localizam-se na região Centro e Centro-Sul do Paraná.

Rebouças, no estado do Paraná, reconheceu em 2008, por meio de sua Lei Municipal nº 1.235/2008 os acordos comunitários das comunidades faxinalenses, que regulamentam a construção e manutenção das cercas e tapumes dos faxinais e proíbem a colocação de fechos em áreas de uso comum.

Ao reconhecer os acordos comunitários, a lei reconheceu também a legitimidade e a eficácia das regras ali estabelecidas, reafirmando a vigência dessas regras dentro dos territórios de faxinal do município de Rebouças. Em outras palavras, o direito produzido dentro desse grupo é agora reconhecido pelo município como a norma que regula as relações naquele território, no limite do que é previsto dentro desse acordo comunitário.

Esse é um exemplo muito interessante pois, além de demonstrar o reconhecimento do direito produzido por uma comunidade tradicional, ao afirmar que os acordos comunitários daquela comunidade produzem efeito, a lei municipal não produz qualquer tipo de engessamento das tradições daquele grupo. Isso é essencial ao lembrarmos que tradicionalidade não se refere a temporalidade, mas sim se aproxima da ideia de uma “diversidade de formas de autodefinição coletiva” (ALMEIDA, 2007, p. 11) e, desta forma, que os povos e comunidades tradicionais são grupos em movimento, caracterizados pela dinamicidade.

5.3.3. Rumo ao fim do monopólio normativo do Estado: direito insurgente

Como já analisado no primeiro capítulo deste trabalho, para a Modernidade, “todo Estado é de direito e todo o direito é do Estado” (ROSILLO, 2011, p. 637, tradução livre)⁷². Em outras palavras, na sociedade atual é o Estado que detém o monopólio do poder normativo, considerando a si próprio como a única fonte legítima de produção legislativa.

Os Estados nacionais latino-americanos, cuja formação representou a rearticulação da colonialidade do poder, como já explicado anteriormente, de acordo com as teorizações de Quijano, mantêm a perspectiva europeia imposta como hegemônica nas relações intersubjetivas.

O grande problema desse quadro, é que as características dessa normatividade moderna têm servido historicamente como instrumentos para que as classes dominantes imponham seus interesses. Em consequência, aqueles que se

⁷² No original: “todo el estado es de derecho y todo el derecho es del estado”.

encontram fora da comunidade de comunicação hegemônica têm suas necessidades e demandas negadas, não sendo reconhecidos seus direitos sociais e culturais, e menos ainda os direitos por eles produzidos. Ainda, mesmo os direitos favoráveis a esse grupo, que são reconhecidos pela legislação, acabam por não ser efetivados.

A realização desses direitos só é alcançada por meio das lutas comunitárias empreendidas por tais grupos que, desta forma, fazem com que seja ouvida sua voz, tornando-se participantes anti-hegemônicos da comunidade de comunicação. Tais lutas trazem consigo, também, a demanda de reconhecimento pelo Estado da normatividade produzida dentro desses grupos e de sua eficácia – como já visto anteriormente, o povo, em diversas situações, produz normas que regulam sua vida em comunidade, normas essas que, embora não reconhecidas pelo poder hegemônico, não deixam de produzir efeitos dentro daquela comunidade, além de serem válidas, posto que refletem consenso produzido dentro do seio daquele grupo.

Como esclarece Baniwa (2014), ao tratar do exemplo dos povos indígenas, a importância do reconhecimento pelo Estado do direito produzido pelo povo (direito insurgente) não está relacionado à sua “autonomia interna” – em outras palavras, não é porque o Estado não reconhece suas regras e políticas internas que elas deixarão de existir -, mas sim à sua “autonomia externa”, ou seja, à relação entre esses povos e o Estado.

Nesse sentido, o reconhecimento do direito que nasce dos povos e comunidades tradicionais ganha importância quando notamos que tal reconhecimento não se limitará à regulação das relações dentro de um nicho específico, ou seja, dentro das relações do grupo onde foi produzido, mas sim que esse direito terá o papel de mediar as relações entre o Estado e o povo em questão.

Esse movimento terá como consequência a necessidade de que os processos conduzidos pelo Estado e relacionados aos povos e comunidades tradicionais observem o direito por eles produzido. Nesse sentido, será imperativo, por exemplo, que os processos de tomada de decisão desses grupos, bem como o prazo que necessitam para realizá-los, sejam respeitados. Ainda, será necessário que o Estado respeite os projetos de desenvolvimento desenhados por esses povos e comunidades para si mesmos.

Assim, o Estado deverá manter um diálogo real com os povos e comunidades tradicionais, o que dará a esses últimos mais voz nos procedimentos de consulta, participação e consentimento. É necessário salientar que tais processos terão um impacto forte nessa relação com o Estado, posto que mais do que obrigá-lo a escutar os povos e comunidades tradicionais, impõem que ele adapte seus projetos à visão dos povos afetados sobre como deve ser dar seu próprio desenvolvimento.

Desta forma, representa para além do dever de consultar, o dever de sintonizar os projetos que pretende aplicar e que atinjam de alguma forma os povos e comunidades tradicionais à concepção que estes têm sobre qual o sentido em que desejam que seu desenvolvimento caminhe.

Compreendemos, portanto, que o reconhecimento pelo Estado do direito que nasce dos povos e comunidades tradicionais pode conferir maior abrangência e efetividade aos direitos de consulta, participação e consentimento. Diante disso, tal reconhecimento deixa de ter um papel meramente pluralista, para caminhar para um horizonte de insurgência, posto que tais instrumentos implicam a mudança dos próprios projetos do Estado para os povos e comunidades tradicionais – os projetos deixariam de ser feitos *para* estes, para serem desenvolvidos *com* estes, implicando respeito e concordância com sua cosmovisão .

Nesse sentido, utilizando-se a terminologia inaugurada por De la Torre Rangel, é essencial não apenas o “uso alternativo do direito objetivo”, tornando efetivas as normas vigentes que são de interesse do povo, mas também a efetivação e reconhecimento do direito que é produzido pelo povo. Esse movimento deve estar aliado ao “uso pedagógico dos direitos subjetivos”, ou seja, à construção de uma forma de compreensão do fenômeno jurídico que seja alternativa àquela adotada pelos grupos dominantes.

6 CONCLUSÃO

No último capítulo, tratamos de duas questões fundamentais para a realização do direito de autodeterminação: a primeira se refere à necessidade de efetivação dos direitos de consulta, participação e consentimento, e a segunda é relativa à necessidade de reconhecimento do direito que nasce dos povos indígenas e dos povos e comunidades tradicionais.

A efetivação dos direitos de consulta, participação e consentimento representa a possibilidade de real participação dos povos e comunidades tradicionais nas discussões e decisões sobre leis e políticas públicas que lhes afetem. Tais direitos encarnam uma possibilidade de que tais povos tenham sua voz não apenas ouvida, como respeitada, representando uma chance de que esses grupos se tornem interlocutores, oferecendo respaldo à sua posição de participantes não hegemônicos da comunidade de comunicação.

Na linha do que defende Yrigoyen (2009), a real participação de representantes desses povos nos âmbitos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, por meio de cotas permanentes tanto em entidades eletivas, como o Senado e a Câmara dos Deputados, como em entidades administrativas relacionadas a questões que lhes afetam (como o Ministério do Desenvolvimento Social, o Ministério do Meio Ambiente, o Ministério do Desenvolvimento Agrário e a Funai, por exemplo) nos parece imprescindível para que esses povos possam decidir sobre seus destinos. A existência dessas cotas não afasta, naturalmente, a possibilidade de participação pontual de representantes de tais povos quando o Estado planeja adotar políticas relacionadas a eles.

A realização do direito de participação, numa concepção ampla, nos parece uma das bases para que a multiculturalidade do Estado brasileiro saia do papel e materialize-se, sendo também necessária para que os processos de consulta ocorram da forma devida, sendo prévios, livres e informados e, acima de tudo, direcionados ao alcance do consentimento.

O próprio direito de consentimento torna-se também mais palpável a partir da implementação de uma participação real, pois só agentes genuinamente interessados na manutenção da diversidade cultural conseguirão defender a

implementação de direito tão importante frente aos participantes hegemônicos da comunidade de comunicação.

Por outro lado, o reconhecimento do direito produzido por esses povos e comunidades nos parece também essencial para a realização do direito de autodeterminação.

Em primeiro lugar, é imprescindível que o Estado reconheça tal direito para que as práticas tradicionais desses povos e comunidades, que compõe seu modo específico de fazer, criar e viver, sendo elementos essenciais para a manutenção de sua vida física e cultural, não sejam criminalizadas.

Esse tipo de criminalização pelo Estado brasileiro é recorrente, sendo inúmeros os casos em que esses povos e comunidades são obrigados a abandonar certas práticas, para evitar a aplicação de penas ou multas. Conflitos como esse acontecem especialmente com órgãos ambientais, que partindo de uma visão conservacionista, não levam em consideração a relação sustentável que tais povos e comunidades têm com a natureza, acabando por puni-las.

Os pescadores artesanais da Ilha de Superagui, no estado do Paraná, são um grande exemplo desse tipo de situação. Essa comunidade tradicional têm sido proibida há anos pelo órgão ambiental que atua no local de realizar alguns tipos tradicionais de artes de pesca, como o cerco e o uso da rede de manjuba. Tais proibições foram denunciados pelos pescadores como sendo “motivadoras do êxodo da população das comunidades pesqueiras para a cidade e desarticuladoras de seu modo de vida.” (AZEVEDO, 2013).

Em segundo lugar, o reconhecimento do direito que nasce do povo é importante para que possa intermediar as relações entre esses povos e o Estado. Nesse sentido, o Estado deve respeitar seus processos de tomada de decisão, por exemplo, bem como as sanções por eles determinadas no caso de delitos praticados em seu território (no caso dos indígenas, por exemplo). A compreensão do direito produzido no seio desses povos e comunidades como um direito válido e legítimo é essencial para que possa se estabelecer um diálogo real entre os órgãos estatais e os povos e comunidades tradicionais.

O propósito de detalharmos essas duas questões nas linhas acima, desenhando suas possíveis consequências, se deve ao fato de entendermos que a efetivação dos direitos de consulta, participação e consentimento e o reconhecimento do direito que nasce dos povos indígenas e povos e comunidades

tradicionais constituem os dois pilares que embasam a realização do direito de autodeterminação.

Nos parece que mediante a inclusão real desses sujeitos coletivos nos âmbitos decisórios, aliada ao reconhecimento do direito que elas têm de dizer seu próprio direito, estes povos e comunidades estarão mais próximos de deter o poder de decidir sobre os rumos que querem tomar, sobre qual o tipo de desenvolvimento que desejam seguir, sobre a direção em que desejam caminhar enquanto coletividade.

É preciso que o Estado passe a olhar esses sujeitos de fato enquanto povos, enquanto coletividades que têm igual dignidade a qualquer outro povo para definir suas prioridades de desenvolvimento e que deve ter sua cultura e seu modo de viver respeitados.

Um Estado multicultural, como o nosso se propõe ser, tem o dever de garantir a proteção e a continuidade desses modos de vida e dessas culturas, entendendo essa diversidade como um dos fatores fundantes da sociedade que representa.

Compreendemos que, a partir da implementação efetiva desses dois pilares, será possível finalmente caminhar no sentido da aplicação real do direito de autodeterminação desses povos. Tal implementação representa, também, a caminhada em direção a um Estado onde todos os povos indígenas e povos e comunidades tradicionais possam ser efetivamente representados, participando assim da comunidade de comunicação.

Realizar o direito de autodeterminação desses povos, seu direito a decidir sobre seu próprio destino, nos parece, também, significar uma aproximação do objetivo de descolonização da sociedade brasileira, movimento necessário para a construção de uma sociedade que possa se dizer verdadeiramente democrática⁷³.

⁷³ Ressaltamos que esse movimento constitui apenas um passo no sentido de uma maior democratização da sociedade, lembrando que, em sintonia com as teorizações de Quijano, são necessárias tanto a descolonização das relações sociais quanto a redistribuição do controle da autoridade e da violência para que se atinja um processo real de democratização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

i. Artigos e livros

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. Manaus: PGSCA – UFAM, 2008, 2ª edição.

_____. Apresentação. Em: SHIRAISHI NETO, Joaquim (org.). **Direito dos povos e comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. Manaus: UEA, 2007.

ANAYA, S. James. International Human Rights and Indigenous People: The Move Toward the Multicultural State. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 21, n. 1, 2004.

ANDRADE, Lúcia M. M. de; CPISP. **O direito à Consulta Livre, Prévia e Informada: os limites da “consulta aos quilombos”**. *s. d.*

APIB *et al.* **Carta do Rio de Janeiro – Declaração Final do IX Acampamento Terra Livre**. Rio de Janeiro: junho de 2012. Disponível em: < http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=6346&action=read >. Acesso em: 17/09/2014.

APIB. **Carta pública da APIB sobre a regulamentação dos procedimentos do direito de consulta assegurado pela convenção 169 da OIT**. Brasília: julho de 2013. Disponível em: < <http://racismoambiental.net.br/2013/07/carta-publica-da-apib-sobre-a-regulamentacao-dos-procedimentos-do-direito-de-consulta-assegurado-pela-convencao-169-da-oit/> >. Acesso em: 23/09/2014.

APOINME *et al.* **Comunicação ao Comitê de Especialistas na Aplicação das Convenções e Recomendações da OIT sobre o cumprimento da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais**. Brasil: 2008.

CARNEIRO DA CUNHA, Manoela. **Cultura com aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

_____. **Índio no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Enigma, 2012.

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT. **289 reunión, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT.** México, GB.289/17/3, março de 2004. Disponível em: < <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/295-c169casos/643-2004-reclam-mex-reforma.html> >. Acesso em: 25/08/2014.

COYOATL; Teresa Chantes; HUERTA, Sagrario Lobato; MARTÍNEZ, Gabriela Olguín. **Comentarios sobre el cumplimiento del estado mexicano a las obligaciones asumidas por la ratificación del Convenio número 169 de la OIT relativo a pueblos indígenas y tribales en países independientes.** México: 2001.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio ; PRESSBURGER, Miguel; RECH, Daniel ; ROCHA, Osvaldo de Alencar. **Direito insurgente: o direito dos oprimidos.** Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico Popular/FASE, 1990.

_____. **El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho.** México: CENEJUS, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006.

_____. **El derecho que nace del pueblo.** Bogotá: Fundación para la Investigación y la Cultura, 2004.

DESCOLA, Philippe. **As lanças do crepúsculo: relações jivaro na Alta Amazônia.** São Paulo: Cosac Naify, 2006.

DUSSEL, Enrique. **1492: O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: Conferências de Frankfurt.** Tradução Jaime A. Clasen – Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **20 Teses de política.** 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1989.

FUNAI. **Memorando 244/2013/PRES/FUNAI-MJ. Contribuições sobre o direito à consulta aos Povos Indígenas.** 20 de novembro de 2013.

GARCÍA, Fernando; SANDOVAL, Mares. **Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT.** Equador: 2007.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. **El Convenio 169 de la OIT y el sector privado.** 2007. Disponível em: < http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/099d7c004885581abeecfe6a6515bb18/ILO_169_Spanish.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=099d7c004885581abeecfe6a6515bb18 >. Acesso em: 28/09/2014.

IBGE. **Censo Demográfico 1991/2000**. Disponível em: < <http://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2> >, acesso em 21 de agosto de 2014.

LUDWIG, Celso Luiz . **A transformação da filosofia e a libertação**. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, v. 44, p. 43-59, 2006.

MARÉS, Carlos Frederico. **Multiculturalismo e direitos coletivos**. 2001, Curitiba. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/dados/textos/edh/br/mares_multicult.htm >, acesso em 30 de agosto de 2014.

_____. **O renascer dos povos para o direito**. 230 f. Tese (doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, 1998.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: NEAD, 2010.

MCKAY, Fergus. **Una guía para los derechos de los Pueblos Indígenas en la Organización Internacional del Trabajo**. Moreton-in-Marsh: Forest Peoples Programme, 2002. Disponível em: < <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/09/iloguidejul02sp.pdf> >. Acesso em: 25/09/2014.

MUNDURUKU *et al.* **Comunicado ao governo brasileiro**. Jacareacanga e Itaituba: 2014. Disponível em: < <http://www.xinguvivo.org.br/2014/11/04/munduruku-do-tapajos-denunciam-ma-fe-em-negociacao-sobre-consulta-governo-volta-a-recuar/> >. Acesso em: 05/11/2014.

NUPAUB (Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas em Áreas Úmidas Brasileiras). **I Encontro Nacional de Comunidades Tradicionais: uma experiência na formulação de políticas públicas no Brasil**. *Sem data*. Disponível em: < <http://nupaub.fflch.usp.br/sites/nupaub.fflch.usp.br/files/PDF%20-%20I%20Encontro%20Nacional%20de%20Comunidades%20Tradicionais.pdf> >. Acesso em 10/10/2014.

ORGANIZACIONES INDÍGENAS Y LA SOCIEDAD CIVIL DEL PERÚ. **Informe Alternativo 2008 sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT en Perú**. Perú: 2008.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT**. Ginebra: OIT, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Observación General del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. **Informe 2009**

de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Ginebra: OIT, 2009.

_____. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). **Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.** Ginebra : OIT, 2011.

PAZELLO, Ricardo Prestes. **Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito.** Curitiba: Programa de Pós-Graduação (Doutorado) em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. Em: LANDER, Edgardo (org.). **La Colonialidad del Saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas.** Buenos Aires: CLACSO, 1993b, p. 201 – 246.

_____. Colonialidade do poder e classificação social. Em: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do Sul.** São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Poder y Derechos Humanos. Em: PIMENTEL SEVILLANA, Carmen (ed.). **Poder, salud mental y derechos humanos.** Lima: CECOSAM, 2001, p. 9-25.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIBEIRO, João Ubaldo. **Viva o povo brasileiro.** Rio de Janeiro: Record/ Altaya, 1984.

ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. **Derechos humanos desde el pensamiento latinoamericano de la liberación.** 983 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha, 2011.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Os Povos Indígenas e a Constituinte.** Florianópolis: Ed. da UFSC/Movimento, 1989, 83 p.

SERVAIS, Jean-Michel. **Normes internationales du travail.** Paris : L.G.D.J., 2004.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. A Particularização do Universal: povos e comunidades tradicionais face às Declarações e Convenções Internacionais. Em: Shiraishi Neto, Joaquim (org.). **Direitos dos povos e das comunidades tradicionais: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional.** Manaus: UEA, 2007.

_____. **Quando a forma determina o conteúdo.** Combate Racismo Ambiental, 01 de setembro de 2014. Disponível em: <

<http://racismoambiental.net.br/2014/09/convencao-169-da-oit-quando-a-forma-determina-o-conteudo-por-joaquim-shiraishi-neto/> >. Acesso em: 09/09/2014.

SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da; SOUZA, Roberto Martins de. As Comunidades Tradicionais e a luta por direitos étnicos e coletivos no sul do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**, v. 33, n. 2, p. 129-142, jul./dez. 2009.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Ethnodevelopment: a neglected dimension in development thinking. In. _____. **Pioneer on Indigenous Rights**. México: Springer, 2013, p. 65-86.

Sindicato dos Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais de Santarém (STTR) *et al.* **Carta do Seminário Regional sobre Direitos Humanos e Defesa dos Territórios**. Santarém (PA): 2014. Disponível em: < <http://terradedireitos.org.br/2014/07/22/comunidades-e-movimentos-populares-exigem-direito-a-consulta-previa-em-grandes-obras-no-oeste-do-para/> >. Acesso em: 05/08/2014.

UNIC RIO *et al.* **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Perguntas e Respostas**. Rio de Janeiro – Brasília: 2008. Disponível em: < http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Q&A_Declaracao.pdf >. Acesso em: 01/10/2014.

VERDUM, Ricardo. **Etnodesenvolvimento: Nova/ Velha Utopia do Indigenismo**. 190 f. Tese (doutorado em Antropologia Social) – Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, 2006.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. **El Otro Derecho**, Bogotá, n. 40, p. 11-53, 2009.

_____. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. Em: BERRAONDO, Mikel (coordenador). **Pueblos Indígenas y Derechos Humanos**. Madrid: Universidad de Deusto, 2006, p. 537-567.

_____. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El Otro Derecho**, Bogotá, n. 30, p. 171-195, 2004.

_____. **Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación: A propósito de la integración de la Declaración y el Convenio 169-OIT por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka vs. Surinam**. Trabalho apresentado no V Congresso da Rede Latinoamericana de Antropologia Jurídica, Bogotá, 2008.

ii. Seminários

Seminário Internacional 10 anos da Convenção 169 da OIT, realizado no Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP):

ARRUTI, José Maurício. O multiculturalismo monista: notas sobre a experiência brasileira na afirmação de direitos que não se efetivam. Brasília, 23 de abril de 2014.

BANIWA, Gersem. Autonomia indígena no Brasil: impasses, desafios e possibilidades. Brasília, 24 de abril de 2014.

BRANDÃO, Jô. Povos e comunidades tradicionais no Brasil: a luta pelo reconhecimento ao direito na convenção 169. Brasília, 24 de abril de 2014.

MARÉS, Carlos Frederico. A Convenção 169 da OIT e os direitos coletivos e comunitários. Brasília, 24 de abril de 2014.

Seminário Subsídios jurídicos e antropológicos para a regulamentação da consulta prévia junto a povos indígenas no Brasil, realizado na Universidade de Brasília:

MARÉS, Carlos Frederico Marés. Consulta prévia: situação e desafios de implementação no Brasil. Brasília, 10 de outubro de 2011.

iii. Jurisprudência:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam**. Sentencia de 28 de novembro de 2007.

iv. Leis, Decretos e PECs

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

_____. Decreto n. 6.040, de 07 de fevereiro de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2007.

_____. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1973.

_____. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 de julho de 2000.

_____. Portaria 303, de 16 de julho de 2012, da Advocacia Geral da União. Disponível em: < <http://www.cpisp.org.br/indios/html/legislacao/202/portaria-n-303-de-16-de-julho-de-2012.aspx> >. Acesso em: 15/08/2014.

_____. Portaria Interministerial n. 35, de 27 de janeiro de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 de janeiro de 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. Rio de Janeiro: 1992.

_____. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais**. Rio de Janeiro: 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 107 da OIT**. Genebra: OIT, 1957.

_____. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011, 1 v.

_____. **Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)**. Geneva: OIT, 1989.

v. Reportagens

ARRUDA, Roldão; HUPSEL FILHO, Valmar. **Crimes contra indígenas na ditadura devem ser alvo de investigação ampliada**. Estadão, 27 de outubro de 2014. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,crimes-contra-indigenas-na-ditadura-devem-ser-alvo-de-investigacao-ampliada,1583449> >. Acesso em: 27/10/2014.

AZEVEDO, Marta. **Quantos eram? Quantos serão?** Povos Indígenas no Brasil, Instituto Socioambiental, dezembro de 2000. Disponível em: < <http://piib.socioambiental.org/pt/c/no-brasil-atual/quantos-sao/quantos-eram-quantos-serao> >. Acesso em: 30/08/2014.

AZEVEDO, Natália Tavares de. **Pescadores artesanais do Paraná avançam na luta pelos Territórios Pesqueiros**. Conselho Pastoral dos Pescadores, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: < <http://www.cppnac.org.br/pescadores-artesanais-do-parana-avancam-na-luta-pelos-territorios-pesqueiros/> >. Acesso em: 22/10/2014.

CAMPOS, André. **Babaçu livre**. Repórter Brasil, 03 de março de 2006. Disponível em: < <http://reporterbrasil.org.br/2006/04/babacu-livre/> >. Acesso em: 22/10/2014.

CASTILHO, Alceu Luís. 2014. **Cala-boca em Belo Monte**, Agência Pública, 04 de setembro de 2014. Disponível em: < <http://apublica.org/2014/09/cala-boca-em-belo-monte/> >. Acesso em 28/10/2014.

CPISP (Comissão Pró-Índio de São Paulo). **O conflito com o centro de lançamento da aeronáutica**. Comunidades quilombolas do estado do Maranhão, Comissão Pró-Índio de São Paulo. Disponível em: < http://www.cpisp.org.br/comunidades/html/brasil/ma/_alcantara/alcantara_conflito.html >. Acesso em: 16/10/2014.

EL TIEMPO. **Gobierno firma decreto para autodeterminación de los pueblos indígenas**. El Tiempo, 07 de outubro de 2014. Disponível em: < <http://www.eltiempo.com/politica/gobierno/pueblos-indigenas-gobierno-firma-decreto-que-les-dara-autodeterminacion-/14653095> >. Acesso em: 07/10/2014.

GUETTA, Maurício. **O papel do STF no cenário da crescente ameaça anti-indígena**. Instituto Socioambiental, 21 de outubro de 2014. Disponível em: < <http://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/o-papel-do-stf-no-cenario-da-crescente-ameaca-anti-indigena> >. Acesso em: 21/10/2014.

JORNAL PORANTIM. **Editorial do Jornal Porantim**. Combate Racismo Ambiental, 02 de agosto de 2013. Disponível em: < <http://racismoambiental.net.br/2013/08/convencao-169-e-a-regulamentacao-da-consulta-previa/> >. Acesso em: 13/10/2014.

MATHIAS, Fernando; YAMADA, Erika. **Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas**. Instituto Socioambiental, abril de 2010. Disponível em: < <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas> >. Acesso em: 26/10/2014.

NÉRI, Felipe. **Relatório aponta 53 assassinatos de índios em 2013**. G1, 17 de julho de 2014. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/07/relatorio-aponta-que-53-indios-foram-assassinados-no-pais-em-2013.html> >. Acesso em: 30/08/2014.

SOUZA, André de. **Assassinato de índios aumenta 168% nos governos Lula e Dilma**. O Globo, 07 de junho de 2013. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/brasil/assassinato-de-indios-aumenta-168-nos-governos-lula-dilma-8627037> >. Acesso em: 30/08/2014.

vi. Sítios de internet

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **De olho nas terras indígenas.** s. d. Disponível em: < <http://ti.socioambiental.org/> >. Acesso em: 30/08/2014.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **O ISA.** s. d. Disponível em: < <http://www.socioambiental.org/pt-br/o-isa> >. Acesso em: 22/09/2014.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. **A Fundação Nacional do Índio (Funai).** s. d. Disponível em: < <http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/funai> >. Acesso em: 02/09/2014.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. **Localização e extensão das Tis.** Disponível em: < <http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/localizacao-e-extensao-das-tis> >. s. d. Acesso em: 30/08/2014.