

# Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais



República Federativa do Brasil

## Ministério Público da União

RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS  
Procurador-Geral da República

CARLOS HENRIQUE MARTINS LIMA  
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

MAURÍCIO CORREIA DE MELLO  
Diretor-Geral Adjunto da Escola Superior do Ministério Público da União

## Câmara Editorial Geral

AFONSO DE PAULA PINHEIRO ROCHA  
Procurador do Trabalho – PRT 5ª Região (BA)

ANTONIO DO PASSO CABRAL  
Procurador da República – PR/RJ

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER  
Promotor de Justiça – MPDFT

JOSÉ ANTONIO VIEIRA DE FREITAS FILHO  
Procurador do Trabalho – PRT 1ª Região (RJ)

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA  
Procuradora de Justiça – MPDFT

OTÁVIO AUGUSTO DE CASTRO BRAVO  
Promotor de Justiça Militar – PJM/RJ

RICARDO DE BRITO ALBUQUERQUE PONTES FREITAS  
Procurador de Justiça Militar – PJM/Recife

ROBÉRIO NUNES DOS ANJOS FILHO  
Procurador Regional da República – 3ª Região

# Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais

Organizadora Deborah Duprat



Brasília - DF  
2015

# Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais

Uma publicação da ESMPU

SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2º andar

70200-640 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185

Home page: <www.escola.mpu.mp.br>

E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>

Hotsite: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2015. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica

Adriana Ribeiro Ferreira

Assessoria Técnica - Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Preparação dos originais e revisão de provas em língua portuguesa

Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles, Anna Lucena, Glaydson Dias Mendes

Preparação dos originais em língua espanhola

César Baldi

Assessoria Técnica - Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto gráfico e diagramação

Rossele Silveira Curado

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268

CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

C766 Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais/Organizadora:  
Deborah Duprat. - Brasília: ESMPU, 2015

348 p.

ISBN 978-85-88652-87-3

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-88652-88-0

1. Direito internacional do trabalho. 2. Norma internacional. 3. Direito indígena. 4. Saúde indígena. 5. Direitos humanos. 6. Igualdade. 7. Meio ambiente – proteção. I. Duprat, Deborah.

CDD 341.124

## Sumário

<b>Apresentação</b> .....	7
<b>Consulta Indígena: Colombia (y España) entre Derecho Constitucional y Derechos Humanos</b> <i>Bartolomé Clavero</i> .....	11
<b>A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada</b> <i>Deborah Duprat</i> .....	53
<b>Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações</b> <i>Felício Pontes Jr.</i> .....	79
<b>Autonomia indígena no Brasil: desafios e possibilidades</b> <i>Gersem Baniwa</i> .....	117
<b>La travesía de los Rrom de Colombia por el OIT-169: Notas para un balance preliminar de los caminos recorridos y por recorrer</b> <i>Juancarlos Gamboa Martínez</i> .....	139
<b>El reto de la igualdad: género y justicia indígena</b> <i>Judith Salgado Álvarez</i> .....	169
<b>Populações tradicionais e meio ambiente: espaços territoriais especialmente protegidos com dupla afetação</b> <i>Leandro Mitidieri Figueiredo</i> .....	209
<b>Apontamentos sobre persecução e execução penal em face de indígena</b> <i>Lucyana Marina Pepe Affonso</i> .....	243

<b>Os direitos dos índios: paradoxos e colonialismos internos</b> <i>Paulo Thadeu Gomes da Silva</i> .....	287
<b>Pluralismo e descolonização em saúde indígena no Brasil: contribuições e desafios da Convenção n. 169 da OIT</b> <i>Rosane Freire Lacerda</i> .....	307
<b>Muerte, destierro y simulacro estatal: la consulta previa entre los afro colombianos</b> <i>Santiago Arboleda Quiñonez</i> .....	325
<b>O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais</b> <i>Maria Luiza Grabner</i> .....	345

Nas décadas de 1980 e 1990, muitos Estados latino-americanos promoveram mudanças significativas em seus ordenamentos constitucionais, de modo a fazer de suas minorias nacionais reais sujeitos de direito. Assim foi com Nicarágua e Guatemala em 1986; Brasil em 1988; Colômbia em 1991; México e Paraguai em 1992; Peru em 1993; Bolívia e Argentina em 1994; Equador em 1988 e Venezuela em 1999.

Paralelamente e no mesmo período, o direito internacional passa por idêntica transformação com a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, que altera o paradigma da assimilação desses grupos às sociedades majoritárias nacionais, propósito da anterior Convenção n. 107 da OIT, para reconhecer-lhes direito à autodeterminação, à eleição de seu próprio destino, além de partícipes importantes nos processos deliberativos de seus Estados.

Ainda que alguns autores vejam na Convenção n. 169 certo rasgo etnocêntrico, pela condicionalidade de todo o seu texto à categoria universal dos direitos humanos, há um elevado consenso quanto ao seu caráter descolonizador e ao que representa de refundação do Estado moderno.

Não obstante tão importante documento, e o fato de que vários Estados incorporaram, em seu constitucionalismo, expressa ou implicitamente, noções de nação multiétnica e Estado pluricultural, suas minorias nacionais, em graus diferentes obviamente, seguem com dificuldades de acionar esses catálogos de direitos.

Por outro lado, países como Equador, em 2008, e Bolívia, em 2009, promoveram reformas constitucionais, passando a reconhecer, ao lado da jurisdição ordinária, a jurisdição indígena ou campesina.

O seminário realizado em 2014, pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, e que dá origem à presente obra, teve por eixo os contextos nacionais na aplicação da Convenção n. 169. Seu propósito foi fazer avançar, no nosso âmbito interno, a concretização desse documento, colhendo da experiência de outros países os avanços obtidos e, com eles, exercitar uma reflexão que possibilite superar as dificuldades que nos são comuns.

Há um diagnóstico imediato: os longos anos de práticas sociais, políticas, administrativas e jurídicas hegemônicas, próprias de um modelo de Estado-Nação orientado por uma homogeneidade que mal disfarçava o domínio de um único e determinado grupo, acabaram por naturalizá-la, de tal modo que as legítimas reivindicações descolonizadoras da atualidade são, por via de regra, vistas, pelas diversas instâncias de poder, com enorme perplexidade.

Não por outra razão, os textos da presente obra transitam por três grandes temas da Convenção n. 169: os seus destinatários, o instituto da consulta e o necessário pluralismo do agir do Estado. A aproximá-los, também, a convicção de que a diversidade étnico-cultural deve ser tratada transversalmente pelos ordenamentos jurídicos internos, e que a interculturalidade se apresenta como um imperativo de justiça.

O conjunto dos textos, especialmente pelo fato de revelar contextos nacionais diversos e de fazer uso recorrente da jurisprudência de cortes regionais e nacionais de direitos humanos, é ainda um fator de inibição de interpretações da Convenção n. 169 que a convertam em um discurso hegemônico e dominante.

O primitivismo, o barbarismo e a selvageria foram os principais discursos empregados pelo Ocidente para constituir a alteridade. Aliás, todo o empreendimento colonial teve como pilar o outro construído em termos de inferioridade e distância temporal e, com esse olhar, constituiu e nomeou novos sujeitos, novos povos, novas identidades.

O processo descolonizador engendrado pela Convenção n. 169 da OIT é, portanto, urgente. Ele tem de percorrer o caminho contrário, permitindo aos próprios atores se apresentarem. Ele tem de se livrar das

visões tão perversamente naturalizadas. Ele tem de conquistar corações e mentes. Ele tem de invadir as instituições de ensino e as diversas instâncias do Estado.

Oxalá esse livro possa fortalecer lutas que se desenrolam na ordem da existência cotidiana e no interior do campo jurídico.

**Deborah Duprat**

*Subprocuradora-Geral da República  
Coordenadora da 6ª CCR/MPF*

# Consulta Indígena Colombia (y España) entre Derecho Constitucional y Derechos Humanos

Bartolomé Clavero<sup>1</sup>

*Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.*

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 19).

1. Consulta *étnica* en Colombia entre Convenio y Constitución.
2. Jurisprudencia constitucional colombiana entre ordenamiento de derecho y presunción de antropología.
3. Garantías de derechos de los pueblos indígenas entre Tratado de Derechos Humanos y Constitución de Estado.
4. Epílogo sobre Colombia y España ante jurisdicciones supraestatales.

Por vía convencional, de tratado internacional, antes que constitucional, se ha establecido por América Latina el derecho de consulta a los pueblos indígenas como regla para las relaciones entre los mismos, en cuanto que sujetos políticos reconocidos, y los respectivos Estados. Las

---

<sup>1</sup> Jurista e historiador español, especialista en historia del derecho, catedrático de la Universidad de Sevilla, España. Autor de varios libros, en especial Derecho Global y La orden de los poderes, ambos por Editorial Trotta. En el trienio 2008-2010 BC ha sido miembro del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Constituciones vienen respondiendo de forma desigual a un compromiso internacional que interesa al ejercicio tanto de los derechos de ciudadanía como de las funciones normativa, jurisdiccional y gubernamental del Estado. Colombia es caso que se ha significado por el desarrollo de una notable jurisprudencia constitucional al respecto, una jurisprudencia que se está presentando como digna de ser atendida por parte de las jurisdicciones correspondientes de otros Estados de América Latina que comparten el compromiso internacional, realmente todos ellos hoy en día desde la reciente Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, una declaración con cláusulas vinculantes. Reúna o no Colombia tal mérito comparativo, es un caso el suyo que pone de manifiesto la envergadura constitucional, por implicación constituyente, de la institución de la consulta a los pueblos indígenas<sup>2</sup>.

## 1 Consulta étnica en Colombia entre Convenio y Constitución

El día siete de agosto de 1991 la República de Colombia deposita en la Organización Internacional del Trabajo la ratificación del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 (Convenio 169, por el número de serie de los tratados de este organismo). En el mismo se instituye como obligación del Estado la consulta regular a dichos pueblos. El principal artículo que la contempla dispone que “los gobiernos”, esto es los Estados que ratifican, “deberán consultar a los pueblos interesados”, pueblos indígenas, “a través de sus instituciones representativas”, “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, y ello “mediante procedimientos apropiados” y “de buena fe”, todo “con la finalidad de

2 Agradezco al Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional y especialmente a su presidenta, Ana Giacomette, la invitación a ocuparme de la consulta a pueblos indígenas con ocasión del IV Congreso Internacional *Proceso y Constitución*, dedicado a *Dialéctica y Diálogo Jurisprudencial: Presente y Futuro*, 18-20 de marzo, 2014. Agradezco igualmente a Julio Gaitán la oportunidad de ubicar este tema de la consulta dentro del contexto aun colonial de la historia de los derechos humanos en sesiones de grado y de doctorado de la Universidad del Rosario, así como a Gonzalo Ramírez el lance de un diálogo a micrófono abierto, en la Universidad Externado de Colombia, sobre lo propio y algo más, todo ello la semana precedente. Las afirmaciones de entrada acerca de la trascendencia constitucional de la consulta indígena entre procedimientos y derechos entiéndanse como conclusiones anticipadas.

llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, así como otro inciso del mismo artículo prescribe “establecer los medios” y “proporcionar los recursos necesarios” por parte de los Estados “para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos”, los indígenas. Así, los Estados ratificantes, como fuera el caso temprano de Colombia, quedan también obligados a respaldar y fortalecer tales *instituciones representativas*, esto es en suma, la autonomía de los pueblos indígenas aunque la palabra no se utilice (art. 6)<sup>3</sup>.

Otros artículos abundan y concretan. Así se incide en la consulta para la garantía de “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras” y también de sus intereses “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” por parte de los Estados (art. 15); se requiere la consulta “a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad” (art. 17); se dispone que todo programa o proyecto de formación o promoción indígenas “deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas” y ello “a fin de responder a sus necesidades” y aspiraciones (arts. 22 y 27); afrontar por parte del Estado cambios que afectan a pueblos indígenas requiere su “participación y cooperación” (arts. 5 y 7); cooperación se precisa, junto con la consulta, a más efectos (arts. 20, 22, 25, 27 y 33); en materia de enseñanza, dado el derecho de la infancia indígena a recibirla en la propia lengua, se deberán “celebrar consultas con

3 Del Convenio 169 utilizo la edición de *Normlex*, el sitio online de las normas de la Organización Internacional del Trabajo; de la Constitución de Colombia, la de *Political Database of the Americas* de la Universidad de Georgetown que, junto a ediciones reformadas hasta 2009 (última visita, marzo de 2014), mantiene exento el texto original definitivo, el de 1991 (el publicado por la Asamblea Constituyente en la Gaceta Constitucional, n° 114, hubo de ser todavía corregido); de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la edición que empleo es la de un folleto de Naciones Unidas escaneado en el sitio del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (a la que fue objeto de aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas se le hicieron todavía unas correcciones de estilo en la versión castellana). Sobre la recurrencia de reformas constitucionales en Colombia, en lo que aquí, salvo para el Acto Legislativo 1/2012 en lo referente a la llamada justicia transicional, no será necesario entrar por cuanto no afecta a un asunto que, como el de la consulta indígena, no está contemplado, según habremos de ver, por la Constitución, Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010 (4ª ed.), pp. 60-67.

esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo” (art. 28).

La finalidad cardinal de la consulta es la de defensa de cultura y territorio indígenas o, mejor dicho, la de garantía de los correspondientes derechos: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (art. 7); “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. La utilización del término tierras (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (art. 13). La consulta, en definitiva, se hace presente a lo largo del Convenio como garantía de los derechos que contempla. No se reduce a un artículo entre otros o, aún menos, a una posibilidad entre otras. Es el gozne de articulación del instrumento<sup>4</sup>.

Como suele ocurrir con los compromisos normativos internacionales que requieren modificaciones en el ordenamiento interno, a lo que se está obligado por el derecho internacional sobre los tratados<sup>5</sup>, la vigencia del Convenio 169 no resulta inmediata según sus propias previsiones. Se atiende a la conveniencia de que los Estados cuenten con

4 Para advertencia temprana, Magdalena Gómez Rivera, *Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México D.F., Instituto Nacional Indigenista, 1991 y, revisado, 1995.

5 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, en vigor desde 1980), art. 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”, a senso contrario, con una salvedad (art. 46: “El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”) impensable para el supuesto del Convenio 169 por lo que enseguida veremos acerca de su ratificación en el contexto constituyente colombiano. La Convención de Viena Colombia la tiene ratificada desde antes de 1991 (Ley 32 de 1985).

un tiempo de vacancia para poder proceder a dicha adaptación de su ordenamiento a los compromisos contraídos. En concreto, el Convenio 169 dispone su entrada en vigor “doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación” (art. 38), lo que en el caso de Colombia acontece en consecuencia el siete de agosto del año 1992. Se entiende que, de haber determinación, el transcurso de un año constituye tiempo bastante para la implantación de las medidas necesarias, inclusive constitucionales, a fin de que novedades como la de obligación del Estado a la consulta indígena en todos los supuestos previstos por el Convenio 169 y de la forma como el mismo los contempla pueda comenzar a practicarse sin mayor problema.

Unos procedimientos están sumaria y suficientemente caracterizados para poner el motor en marcha si se tiene en cuenta la inmensa casuística previsible por la variedad y heterogeneidad de casos y condiciones de *pueblos indígenas en países independientes*. Difícilmente el Convenio podría concretar más. La consulta ha de ser previa a las *medidas legislativas o administrativas susceptibles* de afectar directamente a pueblos indígenas y debe efectuarse con sus *instituciones representativas*, mediante *procedimientos apropiados* y, sobre todo, de *buena fe* y con la vista puesta en el logro de acuerdo. Por parte de los Estados, no han de caber prácticas de mediación ni, aún menos, de cooptación. Por la de los pueblos indígenas, en este diseño tampoco caben otras mediaciones, ni siquiera de organizaciones indígenas si no cuentan con la confianza expresa del pueblo o los pueblos afectados en cada caso a fin de poder considerarse *representativas* a los efectos de la correspondiente consulta<sup>6</sup>. Dígase lo propio de la eventual representación indígena en instituciones del Estado como eminentemente en el Congreso, lo cual puede estar incluso garantizado con cupo de reserva como luego veremos que ocurre en Colombia.

Desde el siete de agosto de 1992 la República de Colombia tiene contraída internacionalmente la obligación de atenerse a los términos del Convenio 169. Desde un año antes, desde el mismo día de 1991, tenía el compromiso de preceder a la adaptación de su ordenamiento de forma

6 Sabine Speiser (ed.), *¿Quién habla por quién? Representatividad y legitimidad de organizaciones y representantes indígenas. Un debate abierto*, Quito, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2013, bien que con contribuciones precisamente no indígenas.

que este tratado fuera en todo practicable a partir de su entrada en vigor. Dentro de estas coordenadas temporales, la obligación de consulta presenta una importante particularidad. Aunque el Convenio no estuviera aún vigente a efectos del compromiso internacional, durante dicho año de vacancia las previsiones de consulta han de aplicarse a fin de que el Estado no preconstituya procedimientos a espaldas de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

No está dicha tal cosa en el Convenio de modo explícito, pero del mismo se deduce con toda lógica. La regulación de la consulta conforme a los criterios sentados por el Convenio como ha de realizarse no es de otra forma que mediante consulta. Así lo han entendido instancias competentes al efecto como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo y el Relator del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instancias que también han aclarado que *medidas legislativas* incluyen las de orden constitucional. De otro modo, los requisitos de consulta podrían fácilmente sortearse. Porque tal no haya sido la pauta general, porque la legislación y la jurisprudencia de los Estados no hayan sido en caso alguno tan consecuente, el derecho sobre consulta del Convenio es el dicho<sup>7</sup>. Mediante el mismo la Organización Internacional del Trabajo rectificaba su trayectoria anterior, acomodada en el colonialismo, de desatención de derechos de pueblos indígena procurando que los Estados siguieran sus pasos, ratificándolo<sup>8</sup>.

7 César Rodríguez Garavito y Meghan Morris (eds.), *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010; Beatriz Cajas y Claudia Heins (eds.), *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*, La Paz, Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 79-114 para Colombia; María Clara Galvis y Ángela María Ramírez (eds.), *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, Washington, Due Process of Law Foundation, 2013, pp. 71-220 para la consulta previa.

8 Luis Rodríguez-Piñero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, Oxford, Oxford University Press, 2005. El éxito de las ratificaciones hasta ahora, a marzo de 2014, es modesto, salvo en América Latina precisamente (por orden cronológico, México, Colombia, Bolivia, Cota Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Guatemala, Ecuador, Argentina, Brasil, Venezuela, Chile y Nicaragua). Información actualizada se tiene en el sitio *Normlex* citado. La Organización Internacional del Trabajo cuenta con una oficina dedicada a la promoción del Convenio 169 ([pro169.org](http://pro169.org)).

La consulta es garantía de tales derechos. Su importancia no se entiende si no se mira a la substancialidad de lo que ampara<sup>9</sup>.

Colombia no es excepción. No lo es en cuanto a la trayectoria previa, como tampoco respecto a la evolución seguida tras la ratificación del Convenio. Ni la jurisprudencia colombiana ha sido tan consecuente o, si prefiere decirse, tan exigente ni, para empezar, el Estado aprovechó el año de vacancia del Convenio para proceder a la adaptación necesaria del ordenamiento interno en modo alguno, consultando con los pueblos indígenas o sin hacerlo. La misma obligación internacional de adoptar la consulta en relación con los pueblos indígenas desde la propia ratificación del Convenio, sin periodo de vacancia, se refuerza en el caso de Colombia por sus términos de adopción del compromiso. El Convenio entró en vigor por ley antes que por él mismo, antes que por tratado<sup>10</sup>. La misma Constitución asimila a legislación interna instrumentos ratificados que pueden entenderse los de la Organización Internacional del Trabajo (art. 53: "... Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna..."). Sin embargo, al adquirir el Convenio 169 fuerza de tratado al cabo del año de la ratificación, el compromiso ascendió de rango normativo. No responde definitivamente a una mera ley disponible para el Congreso ni, aún menos, mediante interpretación, para la Corte Constitucional<sup>11</sup>.

9 Comisión Interamericana de *Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington, Organización de Estados Americanos, 2009, cap. 9 para la consulta.

10 La Ley 21 de 1991 "por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes" (Diario Oficial n° 39.720, de 6 de marzo), incorpora el texto del Convenio y dispone que "la presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación", dejando ahora aparte que esta de la publicación como ley sea la práctica regular de aprobación parlamentaria de tratados en Colombia. No es raro en la doctrina colombiana que los artículos del Convenio 169 se citen como artículos de la Ley 21/1991. De hecho, cuando el mismo entra así, por ley, en vigor en Colombia, no lo estaba en ningún sitio, puesto que, como tratado multilateral, tenía que alcanzar un número de ratificaciones para hacerlo y este requisito sólo se acredita el 5 de setiembre de 1991 al cumplirse el año de la ratificación mexicana, tras el depósito por tanto de la colombiana.

11 La misma Convención de Viena contempla la posibilidad de entrada en vigor del tratado con antelación a sus mismas previsiones por voluntad del Estado (art. 25). Este punto ha llegado a plantearse a la Corte Constitucional, declarándose la misma incompetente para revisarlo (Sentencia de Constitucionalidad 321/2006), pero se hizo en relación a un

También y principalmente resulta reforzada tal obligación de consulta por el contexto normativo interno. La ratificación del Convenio 169 se incardina en el último proceso constituyente, el de la actual Constitución. No es sólo que se produjera una coincidencia de tiempos en el año de gracia de 1991. Es más. La recepción del Convenio 169 en el ordenamiento colombiano pudo entenderse que complementaba y hasta redondeaba la propia orientación constitucional, una orientación renovadora en la dirección de reconocimiento de derechos indígenas y asimilables<sup>12</sup>. Materialmente, el Convenio resultaba una pieza básica del propio orden constitucional que estaba de tal forma regenerándose. Colombia se reconstituyó en 1991 con una Constitución y con un Convenio, con la primera en lugar eminente desde luego, pero con el segundo también como adlátere<sup>13</sup>. No creo que entre la una y el otro, la Constitución y el Convenio, se conforme tanto como una *constitución indígena* en Colombia, pero entre ambos instrumentos ha de componerse el parámetro constitucional al respecto<sup>14</sup>.

Se acusa sin embargo un serio desajuste desde estos inicios que no podemos aquí eludir. La obligación de consulta del Convenio tiene un alcance materialmente constitucional por cuanto que afecta al ejercicio de funciones como la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, a todas ellas, y porque interesa a derechos de pueblos, pero la Constitución no

---

supuesto que no se da en el caso del Convenio 169, el de que la antelación se produjera con respecto a la aprobación parlamentaria del tratado.

12 Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución muticultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006; Carlos Vladimir Zambrano, *Los ejes políticos de la diversidad cultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006; Libardo José Ariza, *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.

13 B. Clavero, *Nación y naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio, 1810-2010*, pp. 125-131, en *Revista de Historia del Derecho*, 41, 2011, pp. 79-137; *Constitucionalismo indígena por América Latina, con particular consideración de Colombia*, en Ana Catalina Rodríguez, Pedro Rojas y Ángela Santamaría (eds.), *Escuela Intercultural de Diplomacia Indígena. Memoria, derecho y participación*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, pp. 225-237.

14 Frank Semper, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 12-II, 2006, pp. 761-778, para tal idea de *constitución indígena* colombiana integrada sustancialmente, aparte el derecho propio indígena, por Constitución del Estado y Convenio 169 (pp. 762-763).

parece darse por enterada de la novedad. La institución de la consulta indígena no comparece en el texto constitucional, ni en su Título II, *De los Derechos, las Garantías y los Deberes*, ni en su Título IV, *De la Participación Democrática y de los Partidos Políticos*, ni en su Título VI, *De la Rama Legislativa*, ni en su Título VII, *De la Rama Ejecutiva*, ni en título alguno suyo. Aparece la *consulta popular*, en la que no cabe empero subsumir la consulta indígena aunque sólo fuera por la diferencia del sujeto colectivo a ser consultado<sup>15</sup>. Hasta tal punto la Constitución no registra la consulta indígena que pudo haber acercamientos serios a su novedad respecto a los pueblos indígenas sin mencionársele siquiera<sup>16</sup>.

Había y aún hay un reto de articulación constitucional de las obligaciones contraídas por el Estado mediante la ratificación del Convenio 169. En otros casos por las latitudes de Latinoamérica, porque las Constituciones hayan venido a registrar la institución de la consulta como derecho de los pueblos indígenas, tampoco se ha hecho el intento de replantear a su luz los procedimientos de las instancias constitucionales<sup>17</sup>. Colombia perdió la ocasión que se le presentó por la confluencia de la ratificación con la nueva Constitución en 1991, una Constitución que comienza por considerarse multicultural: "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana" (art. 7), y que lo hace esencialmente por atención a la presencia de pueblos indígenas. Con las consecuencias extraídas, el escenario de renovación constituyente abría realmente un horizonte en parte luego bloqueado y entonces desaprovechado<sup>18</sup>.

---

15 Rocío Araujo y María Lucía Torres (eds.), *Retos de la democracia y de la participación ciudadana*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011, con el capítulo específico, pp. 125-152; Gloria Amparo Rodríguez, *El derecho a la participación y la consulta previa a pueblos indígenas*.

16 Como muestra expresiva, Roberto Pineda Camacho, *La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia*, en *Alteridades. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 14, 1997, *Estado nacional, autodeterminación y autonomías*, pp. 107-129.

17 Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya Yala 2011; B. Clavero, *Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*, en Adriana Luna, Pablo Mijangos y Rafael Rojas (eds.), *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica, 1812-2012*, México D.F., Taurus, 2012, pp. 421-453.

18 Como ilustración sectorial, de nuestro sector profesional, entre una nutrida literatura que estoy lejos de dominar, César Augusto Torres Forero, *De las aulas a las urnas. La Universidad del Rosario, la séptima papeleta y la Constituyente de 1991*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007. Sobre el bloqueo ulterior, Jorge Andrés Hernández, *La Constitución de*

La Constitución colombiana dibuja un escenario donde el Convenio 169 y su requerimiento de consulta pueden tener acogida y acomodo, como es punto de partida hoy usual por Latinoamérica<sup>19</sup>. En Colombia, la Constitución lo hace con su atención a “los grupos étnicos” como sujetos de derechos, del derecho a la propia lengua (art. 10), a “la identidad cultural” (art. 68), al “patrimonio cultural” (art. 72), a representación política propia (art. 176) y a la autonomía territorial, de “territorios indígenas” (arts. 286, 320, 321, 329, 330 y transitorio 56) o “entidades territoriales indígenas” (art. 286, 329 y 356), con reconocimiento expreso de justicia y ordenamiento propios (art. 246). El término constitucional para la identificación de este sujeto de derechos es el de *grupo étnico* o también el de *minoría étnica*, pero igualmente se emplea, como puede verse, el calificativo de *indígena*. Hay en el texto constitucional referencias a “comunidades indígenas” (arts. 171, 329 y 330) e incluso a “pueblos indígenas” (arts. 96 y 246, el primero respecto a pueblos transfronterizos). Si este último apelativo, el de *pueblos indígenas* junto a *pueblos tribales*, es el adoptado por el Convenio 169, ¿cómo es que la Constitución prefiere el de *grupos étnicos*? ¿Por qué no comenzó a cumplir con las obligaciones contraídas por el tratado adoptando, mediante su lenguaje, sus categorías?

Hay una respuesta a la vista, la de que el segundo apelativo, el de *grupos étnicos* conforme al tenor de la propia Constitución, puede resultar más abarcador que el de *pueblos indígenas y tribales*. Todos los pueblos indígenas son grupos étnicos, pero no todos los grupos étnicos son pueblos indígenas. El caso más claro aparece entre los artículos transitorios de la misma Constitución al preverse que “las comunidades negras” con “prácticas tradicionales” habrán de ver reconocido por ley “el derecho a la propiedad colectiva”, lo que ha llevado, como veremos, a la asimilación jurisprudencial entre *minorías étnicas* y *minorías negras* sobre la base de los derechos de los *pueblos indígenas*, particularmente en dicho supuesto de comunidad afrocolombiana con base de territorio propio. La posibilidad de la asimilación respecto a derechos, más allá

Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional, en Colombia Internacional, 79, 2013, *Constituciones andinas en debate(s)*, pp. 49-76.

19 B. Clavero, *Supremacismo cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Copenhague, IWGIA, 2010, pp. 366-373.

de lo que en la misma Constitución se sugería, se apreció enseguida. El sujeto *negro* puede beneficiarse del reconocimiento constitucional del sujeto *indígena*, y no sólo del propio, con la consiguiente acreditación a la *consulta étnica*<sup>20</sup>. Dada la existencia de comunidades afrodescendientes de base territorial por otras latitudes latinoamericanas, la asimilación no es sólo colombiana<sup>21</sup>. Lo afrodescendiente es más que lo tribal.

Entre los derechos en sustancia indígenas, la Constitución colombiana no menciona la consulta, sea indígena o étnica, ni tan siquiera cuando se encuentra con pie para hacerlo. Cuando trata de las *entidades territoriales indígenas*, dispone que la regulación de su encaje con otras entidades que concurren en la composición del ordenamiento territorial habrá de efectuarse con intervención de parte indígena: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas (...)” (art. 329). He aquí un caso neto de *consulta* para el Convenio que la Constitución ni siquiera identifica por su nombre. Cómo deba sustanciarse sigue siendo una incógnita pues la actual Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454/2011) aplaza el tratamiento de lo concerniente a las entidades indígenas<sup>22</sup>. Con referencia expresa ahora precisamente a *consulta*, contiene la previsión de una “ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las

20 Enrique Sánchez, Roque Roldán y María Fernanda Sánchez, *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá, Disloque, 1993; Peter Wade, *The Cultural Politics of Blackness in Colombia*, en Norman E. Witten y Arlene Torres, eds., *Blackness in Latin America and the Caribbean*, Bloomington, Indiana University Press, 1998, vol. I, pp. 311-334. No creo necesario ocuparme aquí de la extensión ulterior de derechos a otros sujetos: *raizal y palenquero*, ambos *creoles* (y ambos presentes en la Constitución, el primero nominalmente, como *comunidades nativas* a ser protegidas, pero no en términos de derechos propios: art. 310), y *rom* o gitano, que cabe acercarse al caso *indígena* sin territorio propio, no a todo él por supuesto.

21 Ariel E. Dulitzky, *Cuando los afrodescendientes se transformaron en “pueblos tribales”*. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras*, en *El Otro Derecho*, 41, 2010, *Luchas y debates de los afrodescendientes a una década de Durban: Experiencias en América Latina y el Caribe*, pp. 13-48.

22 Para el momento previo, pues no se altera de forma directa en la vertiente indígena, Liliana Estupiñán y Julio Gaitán (eds.), *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, partes II-IV para Colombia.

Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas” (art. 37, par. 2º). Aun sin consulta, la Ley ya les afecta<sup>23</sup>.

A estas alturas, en 2011 y hoy, bien entrado 2014, esos *mecanismos especiales de consulta previa* siguen siendo problemáticos. Ni los contempla la Constitución, ni hay regulación apropiada, ni se tiene una práctica aceptada, como tampoco se cuenta con nada de ello más en general respecto al acomodamiento constitucional de los pueblos indígenas<sup>24</sup>. Las experiencias intermitentes e irregulares de consultas habidas no han sido para establecer por vía alguna un régimen satisfactorio de garantía respecto a la parte indígena mediante el cumplimiento de la obligación constante del Estado. No han contribuido unos amagos de reglamentación mediante disposiciones de rango inferior al legislativo, cuales sean incluso unas directivas presidenciales, tal y como si se tratara de leyes o equivaliera<sup>25</sup>. Ha de remarcarse todo esto por lo dicho de que el caso colombiano, sobre todo por su jurisprudencia que pronto confrontaremos, se enarbola no raramente como término de referencia para Latinoamérica<sup>26</sup>.

23 Cap. III, “Competencias en materia de ordenamiento del territorio”, art. 29.2, “Del Departamento (...) d) Integrar y orientar la proyección espacial de los planes sectoriales departamentales, los de sus municipios y entidades territoriales indígenas”, lo que en la práctica lleva a la subordinación de éstas además, a algunos efectos, incluso a municipios no indígenas. Pese a su parcialidad reconocida, la Ley formula unos *principios rectores del ordenamiento territorial* que no pueden estar a su alcance (art. 3). La norma ostenta el título oficial de “Ley por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, pero en su texto se refiere a sí misma como Ley Orgánica de Ordenación Territorial, seguramente por haberse planteado el proyecto sin la excepción indígena.

24 F. Semper, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia*; B. Clavero, *Nación y naciones en Colombia*; Efraín Jaramillo, *Los indígenas colombianos y el Estado. Desafíos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*, Copenhague, IWGIA, 2011; el mismo E. Jaramillo, *Colombia*, en *El Mundo Indígena 2013*, Copenhague, IWGIA, 2013, pp. 107-117.

25 *La Consulta Previa a Grupos Étnicos en Colombia. Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio*, 2 vols., Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia, 2009. Cuando una misión del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas visitó Colombia en julio de 2010, a lo que luego me referiré, se nos entregó por dicho Ministerio, que por entonces reunía ambas competencias, un dossier ad hoc sobre el estado de la cuestión sustrayendo documentación clave.

26 Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001; colectivo,

Leyes hay en Colombia que contemplan la consulta, pero no que la regulen en cuanto tal, respecto al conjunto y al despliegue de sus requisitos, formas y efectos. Un reciente anteproyecto de ley, de 2012, ya caducado por la celebración de elecciones parlamentarias en marzo de 2014, sigue sin cubrir satisfactoriamente la regulación de la consulta para el estándar establecido por el Convenio<sup>27</sup>. El asunto está deslegalizado, pero no por consideración del mecanismo de consulta. Aunque la Constitución quiso salir al paso, la práctica constitucional colombiana favorece la transmisión de facultades de la rama legislativa a la ejecutiva, en cuyas manos recae hoy básicamente la materia de consulta, tanto su regulación como su práctica<sup>28</sup>.

La misma Organización Internacional del Trabajo en su labor de supervisión del Convenio 169 no ha dejado de acusar en más de una ocasión el déficit normativo y las inconsecuencias políticas de Colombia en relación a la obligación de consulta<sup>29</sup>. Hay en definitivas cuentas un vacío de regulación, pero un vacío en parte artificial por cuanto que

---

*Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, Parte II, Título III, *Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional*; Esther Sánchez Botero, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010.

27 Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, *Análisis: Borrador de Proyecto de Ley Estatutaria de Consulta Previa. El límite de los derechos de los pueblos étnicos*, Bogotá, Fos-Colombia, 2012; Diana Milena Murcia Riaño, *El derecho a la Consulta previa en Colombia. Análisis del borrador de proyecto de reglamentación de junio de 2012*, Bogotá, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2013 (eds. electrónicas ambas). El proyecto de momento ha servido para que Colombia lo presente, como mérito a su favor, para su turno de examen de 2013 ante la Organización Internacional del Trabajo, a lo que enseguida me referiré.

28 M.F. Quinche Ramírez y Franky Urrego Ortiz, *Los decretos presidenciales en el sistema normativo*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2011. La última Directiva Presidencial, que se presenta además como “Guía para la Realización de la Consulta Previa con Comunidades Étnicas” (10/2013, de 7 de noviembre, completada con el protocolo del decreto 2613, de 20 del mismo mes, Diarios Oficiales 48.967 y 48.980), es un nuevo testimonio tanto de la elusión del derecho internacional como de la artificialidad del vacío consiguiente, aunque el Convenio 169 se invoque, no en cambio la Declaración de la que trataremos.

29 Ana Lucía Maya Aguirre, *El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano*, en *El Otro Derecho*, 40, 2009, *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, pp. 75-95. Documentación sobre exámenes ulteriores, inclusive el dicho de 2013, puede encontrarse en el sitio de la Organización Internacional del Trabajo (ilo.org).

se están eludiendo las directrices marcadas tanto por el Convenio 169 como, en estos últimos años, de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la que luego habremos de ocuparnos desde luego.

A este respecto de la regulación, con el vacío normativo artificial en parte, ha venido a producirse en Colombia una especie de suplencia normativa, concretamente por activismo de la Corte Constitucional<sup>30</sup>. Aunque la consulta no figure en la Constitución ni como derecho indígena ni como obligación del Estado, la Corte Constitucional ha entendido desde 1997 que la misma tiene un alcance de tal carácter, constitucional, mereciendo tutela, con lo que ha desarrollado una jurisprudencia no sólo garantizadora, sino también reguladora, lo primero en contados y sonados casos de incumplimiento más flagrante<sup>31</sup>. Hasta tal punto se ha significado a ambos efectos la Corte Constitucional colombiana que se le viene tomando como guía y modelo para otras jurisdicciones de constitucionalidad y de amparo por Latinoamérica. La necesidad de suplencia hacia el interior se ha hecho virtud de ordenamiento para el exterior por las deficiencias aún mayores de otros casos más que por los méritos propios<sup>32</sup>.

30 Mónica Uribe y Juan Fernando Santa, *El derecho a la consulta previa*, Medellín, Universidad EAFIT, 2008 (ed. electrónica); Daniel Velandia, *Desafíos del Estado colombiano respecto al derecho a la consulta previa y los grupos étnicos*, en *Revista Centro de Estudios Políticos*, 2, 2010, pp. 49-75; Carlos Eduardo Salinas, *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*, en *Revista Derecho del Estado*, 27, 2011, pp. 235-259; Alejandra Vega, *Consulta previa a pueblos indígenas y tribales. Análisis y propuesta de legislación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012 (ed. electrónica); Laura Posada Correa, *La consulta y el consentimiento libre, previo e informado como herramientas de litigio de los grupos étnicos*, Medellín, Universidad EAFIT, 2012 (ed. electrónica); María Alejandra Durán, *El derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2013 (ed. electrónica).

31 Catalina Botero, *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en *Precedente. Revista Jurídica* (Universidad ICESI), 2003, pp. 45-85; Carlos Parra Dussán y G.A. Rodríguez (eds.), *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005; la segunda, *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010 (ed. electrónica); Luis Jorge Garay Salamanca (dir.), *Minería en Colombia: Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos*, Bogotá, Controlaría General de la República, 2013. Una de dichas sentencias más sonadas (Sentencia de Unificación O39/1997) el mismo sitio de la Corte la incluye con resumen en inglés entre "its most important decisions".

32 B. Clavero, *Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia*, pp. 46-53 sobre Colombia, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, 2012,

## 2 Jurisprudencia constitucional colombiana entre ordenamiento de derecho y presunción de antropología

Aquí nos interesa la suplencia, esto es, el desarrollo de una regulación sobre la consulta indígena por parte de la Corte Constitucional. En el último pronunciamiento al respecto, contenido en la Sentencia de Constitucionalidad 253/2013, la propia Corte hace un repaso de dicho desenvolvimiento no sólo por lo que toca a las *comunidades negras*<sup>33</sup>. La misma versa sobre esta categoría de *negro*, resolviendo que, conforme a la Constitución, no es de carácter discriminatorio puesto que sirve, con el uso de dicho calificativo, para extender a comunidades afrocolombianas los derechos de los *grupos étnicos*, esto es, de los *pueblos indígenas*. *Negro*, con su derivado *nigger*, es término proscrito en el vocabulario jurídico y político internacional por su carga racista y grave implicación discriminatoria, mas puede tener a escala local la significación opuesta. Esto no quita que su uso social pueda resultar en casos, tampoco siempre, seriamente ofensivo también en Colombia, pero se entiende que esto no debe contaminar la categoría constitucional. Uso social y uso jurídico se diferencian y se influyen<sup>34</sup>.

Al propósito de la participación de derechos entre *grupos étnicos*, la sentencia se detiene en el derecho a la consulta y en su régimen no sólo por razón de que así se aplique a tales otras comunidades, las *negras*, sino también en sus términos más generales, alcanzando neurálgicamente al caso de los pueblos indígenas. Esto segundo va a ir más

pp. 29-60. Para la virtualización forzada, E. Sánchez Botero, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. En la reciente "Sumilla de sentencias sobre el derecho a la consulta previa emitidas por cortes latinoamericanas" de Juan Carlos Ruiz Molleda (ed.), *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. Compendio de legislación y jurisprudencia*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2012, pp. 339-342, Colombia se lleva con diferencia la parte del león.

33 Para el texto de las sentencias, el sitio de la Corte Constitucional (corteconstitucional.gov.co) cuenta con buenos buscadores; en el de la Universidad del Rosario (urosario.edu.co), la página de la Cátedra Viva Intercultural de la Facultad de Jurisprudencia ofrece enlaces a las específicas sobre consulta previa.

34 P. Wade, *Defining Blackness in Colombia*, en *Journal de la Société des Américanistes*, 95-1, 2009, pp. 165-184; comentarios de Paul Schor y Odile Hoffmann en *Nuevo Mundo/ Mundos Nuevos* (revista electrónica), *Coloquios*, 2009.

allá, bastante más allá, de lo que cabría esperar por la implicación entre categorías, la *negra* específica y la *étnica* común. Como la sentencia va a introducir una importante novedad, la de producir un giro jurisprudencial que nos dirigimos a ver, es por lo que expone su propia trayectoria respecto a la institución de la consulta. Nos interesa ahora al respecto, no la historia de la jurisprudencia constitucional en sí, sino la imagen que de la misma se hace la propia Corte.

La Corte Constitucional se introduce en el repaso de su jurisprudencia sobre consulta *étnica* anunciando que lo hace porque va a modificarla. Lo inicia con la Sentencia de Constitucionalidad 169/2001 que, a propósito de la reglamentación de competencias congresuales, constataba que “la consulta previa no había sido prevista ni por la Constitución ni por la Ley para medidas legislativas” con carácter general, sino sólo para “el caso de la explotación de recursos naturales en los territorios de grupos étnicos”, lo que asegura que se contiene en el artículo 330 de la Constitución: “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: (...) 5. Velar por la preservación de los recursos naturales”. Si hay necesidad de consulta para otros casos, es, según esta primera sentencia de la serie, porque haya leyes que así lo prevean y sólo por dicha razón: “Se estableció que la Corte no podía prescribir como obligatorio un procedimiento que no se contemplaba en el ordenamiento jurídico”, entendiéndolo por *ordenamiento* el constituido por las leyes. De momento sintetizo el relato de la jurisprudencia constitucional realizado por la propia Corte.

La Corte prosigue recordando que fue posteriormente la Sentencia de Constitucionalidad 891/2002 la que “consideró que la participación de los pueblos indígenas a través de la consulta previa adquiere rango de derecho fundamental al relacionarse con la integridad étnica, especialmente cuando se encuentran de por medio regulaciones de temas ambientales en territorios ancestrales”. La base normativa se sitúa en el “principio participativo” contenido en el artículo segundo constitucional: “Son fines esenciales del Estado: (...) facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”, lo cual “adquiere matices más intensos cuando se relaciona con los pueblos indígenas”. La ley so-

metida a juicio de constitucionalidad, que era el Código de Minas (Ley 685/2001), “había sido socializado (...) entre las comunidades indígenas”, con lo cual “se cumplió el requisito de la consulta previa”. Según el estándar de esta sentencia, basta con una serie de actividades al final fallidas: “i) divulgación del proyecto de ley, enviado por correo a las distintas organizaciones indígenas; (ii) ilustración y exposición detallada del articulado del proyecto ante las comunidades y discusión preliminar entre las entidades gubernamentales y estas últimas, a través de los talleres informativos previos, diseñados como mecanismos preparatorios para la Mesa Nacional de Concertación; (iii) organización y celebración –en dos oportunidades– de la Mesa Nacional de Concertación, donde no se llegó a acuerdo alguno, pero por causas no imputables al Gobierno, pues éste siempre demostró su voluntad de realizar la consulta y la concertación en torno al proyecto de ley”.

Resulta tal y como si la socialización pudiese llegar a suplir a procesos consultivos frustrados por no alcanzar la “concertación” o decisión en común. Con esto y en suma, desde aquella sentencia de 2002 quedaron fijados por la Corte Constitucional unos criterios conforme a los cuales puede darse fácilmente por realizada, sin requisito de acuerdo, la consulta étnica: “De este modo, se determinó que el Gobierno tiene el deber de propiciar mecanismos efectivos, razonables, suficientes y apropiados de participación, pero en el caso en el que no se llegare a un acuerdo, no se debe frenar el proceso legislativo cuando se trate de asuntos de interés general como los temas mineros. Además, se resaltó que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los grupos étnicos pueden participar ya que también en el Congreso se pueden seguir debatiendo los temas de interés de estas comunidades a través de las personas que hayan sido elegidas como sus legítimos representantes en esta instancia”. Como representación específica de comunidades indígenas se reserva por la Constitución un cupo de dos senadores (art. 171)<sup>35</sup>.

35 “(...) Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. (...)”, recayendo la acreditación de las candidaturas en el Ejecutivo y no en organización u organizaciones de los respectivos pueblos. De autor que fuera senador indígena y luego, como *cursus honorum*, alto cargo gubernamental, Gabriel Muyuy Jacanamejoy, *Indígenas colombianos y su relación con el Estado*, en Ilena Almeida y Nidia Arrobo (eds.), *En defensa del pluralismo y la igualdad. Los derechos de los pueblos indios y el Estado*, Quito, Abya-Yala, 1998, pp. 35-47.

También ya sabemos que la representación indígena de un alcance general no puede suplir el acuerdo de los pueblos afectado por las medidas que se consultan. No cabe que haya suplencia ni siquiera aunque se requiriera el consentimiento indígena en el Congreso, cosa que la Corte Constitucional se guarda de hacer. Es un índice de una ausencia clave que debe subrayarse. Para la fijación jurisprudencial de un patrón de constitucionalidad respecto a la consulta a los pueblos indígenas y comunidades asimiladas, no está sustancialmente compareciendo el Convenio 169, este tratado incorporado al ordenamiento colombiano, según ley, desde marzo de 1991 y, según derecho internacional, elevándose así su rango normativo, desde agosto de 1992.

En el repaso que se está realizando, la referencia viene a continuación dándose por hecho que en el tratado internacional no hay directrices para definirse el estándar: “Aún cuando ni el Convenio 169 de la OIT ni la Constitución previeron un procedimiento para la realización de la consulta, en esta sentencia [891/2002] la Corte empieza a establecer los presupuestos básicos de la consulta previa en relación con la expedición de medidas legislativas, en particular considerando la importancia de garantizar una efectiva participación de los grupos étnicos, que no se limita a una simple labor de información, sino a propiciar espacios de real concertación con estas comunidades en los asuntos que los afectan”. Lo que ya deja marcada una pauta: “Este tipo de análisis se reiteran en otras sentencias relativas a medidas legislativas. (...) En todo caso, se estableció que no era necesario realizar un *examen rígido del procedimiento* que empleó el Gobierno para llegar a la fórmula de la concertación teniendo en cuenta que ni el Convenio 169 de la OIT ni la Constitución lo prevén, y porque para la ejecución de la ley se requería una nueva aprobación por parte de las comunidades indígenas”. Esto último resulta cierto al no estarse requiriendo el acuerdo o consentimiento requerido como objetivos de la consulta por parte del Convenio 169.

Algunas puntualizaciones se han ido añadiendo por sucesivas sentencias. “De este modo –recapacita la Corte– los criterios generales reiterados por la jurisprudencia en relación con la consulta previa de medidas legislativas hasta el 2007 [C-208] se pueden resumir en los siguientes puntos: (i) reconocimiento de la inexistencia de un procedimiento establecido en el Convenio 169 de la OIT y en la Constitución

para realizar la consulta; (ii) la importancia de tener en cuenta el principio de buena fe y la flexibilidad que exigen este tipo de procedimientos, de lo cual se desprende que la participación de las comunidades en la adopción de las medidas legislativas que las afecten debe ser oportuna, efectiva y suficiente y no puede reducirse a un mero trámite informativo; (iii) la necesidad de realizar una pre-consulta en la que el Gobierno y las comunidades establezcan la manera en la que se realizará la consulta; (iv) el que no se llegue a un acuerdo con las comunidades, no exime a las autoridades de adoptar una ley siempre que el trámite haya garantizado la real y efectiva participación de las comunidades; (v) la participación de los grupos étnicos no culmina con la radicación del proyecto sino que continúa en el Congreso con los representantes legítimamente elegidos por dichas comunidades; (vi) cuando para la aplicación de las medidas establecidas en una ley se requiere de ulteriores procesos de consulta, el examen del requisito de consulta previa para la disposición legislativa es más flexible”.

Relevante fue a continuación la Sentencia de Constitucionalidad O30/2008 pues, por deficiencia de consulta en los términos referidos, es anulada una importante norma, la Ley General Forestal (Ley 1021/2006). Es la sentencia que “sistematizó los criterios que la jurisprudencia había venido desarrollando y amplió los ámbitos de aplicación de la consulta previa”, así como “avanzó en la definición del contenido y el alcance de la consulta previa como mecanismo de participación de los grupos étnicos cuando se trate de medidas legislativas no circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (Constitución Política, art. 330)”. Obsérvese que el fundamento último de la consulta sigue residenciándose, de modo no poco forzado como habrá podido apreciarse por la cita de dicho artículo, en la Constitución y no en el Convenio. Pero éste cobra ahora alguna significación: “La consecuencia de omitir el deber de consulta previa se traduce en el incumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado con el Convenio 169 de la OIT; igualmente supone el desconocimiento de la Constitución y por ello puede solicitarse el amparo de este derecho mediante la acción de tutela. Tratándose de leyes, la omisión de la consulta previa produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley, o la declaratoria de constitucionalidad condicionada excluyendo de su ámbito de aplicación los

grupos étnicos afectados, o la declaración de una omisión legislativa por no haber previsto medidas orientadas a estas comunidades”.

La Corte repasa todavía otras sentencias que han mantenido los criterios fijados entre 2007 y 2008. No hace falta que aquí sigamos su relato caso por caso. Nos importa lo que viene a continuación. Aunque el asunto no se plantea en el pedido ni guarda relación con el fallo, pues la cuestión recuérdese que es la del alcance discriminatorio del calificativo *negro*, la Sentencia de Constitucionalidad 253/2013 se introduce pretorianamente en la formulación de una “nueva regla jurisprudencial en relación con la exigibilidad de la consulta previa para medidas legislativas”. Afronta el problema de la inexequibilidad o la anulabilidad de normas inconsultas cuyo precedente ha quedado sentado en 2008 fundándose, por este orden, en Constitución y en Convenio, conforme así, en todo caso, a un derecho establecido en 1991.

Con la violencia normativa del caso, la *nueva regla* consiste en la decisión tajante de que la anulabilidad sea sólo aplicable desde 2008, no desde 1991, tal y como si la jurisprudencia pudiera sobreordenarse a derecho tanto constitucional como internacional: “En el presente caso, encuentra la Corte que la exigibilidad de la consulta previa para medidas legislativas anteriores a la sentencia C-030 de 2008, que consolidó la regla jurisprudencial en esta materia, se opone a principios fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico, tales como la seguridad jurídica, la legalidad y el principio democrático”. Ahora se retuerce el argumento de que no hay regulación ni en Constitución ni en Convenio y la evidencia de que la jurisprudencia está supliendo: “La Constitución no contempla (...) el procedimiento de consulta previa en las normas relativas a la formación de las leyes ordinarias, ni para el trámite de leyes estatutarias. (...) Por su parte, el Convenio 169 de la OIT, solo fija algunos principios generales que deben regir la consulta como la flexibilidad y la buena fe pero no desarrolla ningún procedimiento específico. (...) Las reglas sobre consulta previa fueron establecidas de manera general por la sentencia C-030 de 2008”, a partir de la cual “le es exigible al Legislador la obligación de realizar un procedimiento no previsto en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Congreso, como requisito para tramitar medidas legislativas”.

Otra cosa se argumenta que sería concederle alcance retroactivo a la institución de la consulta previa: “Resulta desproporcionado e irrazonable, el que un procedimiento no contemplado en el ordenamiento jurídico como la consulta previa, pueda ser exigible para medidas legislativas posteriores al establecimiento de reglas procedimentales en esta materia por vía jurisprudencial y de interpretación del Convenio 169 de la OIT. Lo anterior supone la imposibilidad de juzgar o reprochar las actuaciones del Congreso con base en un parámetro de control de constitucionalidad, fundamentado en reglas inexistentes en el momento de tramitar una ley o acto legislativo”. Respecto a la fijación del momento a partir del que puede exigirse la consulta, desde 2008 en vez de 1991 o 1992, la Corte Constitucional está mirando ante todo a un bloqueo de la justicia durante dicho lapso, puesto que en Colombia las instancias judiciales ordinarias son competentes en materia de tutela y la misma Corte tiene establecido, como hemos visto, que la consulta es derecho fundamental aunque no figure como tal en la Constitución. Tal vez, en esta regresión, el siguiente paso sea el de sustraer dicho reconocimiento de derecho susceptible de tutela, para lo que ni siquiera se precisa reforma constitucional<sup>36</sup>.

Los fundamentos de tan problemática conclusión respecto a la fecha de exigibilidad de la consulta, en los cuales la Corte se extiende, son los dichos de que requerir la consulta desde 1991 atentaría contra los cimientos de un *ordenamiento jurídico* en el que, frente al mandato constitucional, no se comprende el derecho indígena, cimientos tales como la *seguridad jurídica*, el *principio de legalidad* y la *irretroactividad de las leyes*. No olvidemos que estamos tratando de derechos de los pueblos indígenas y comunidades asimiladas o, más en concreto, de la consulta previa como garantía de tales derechos. La *seguridad jurídica* se invoca por la Corte como si la misma no alcanzase a los pueblos in-

36 El agüero no sólo depende de la evolución política de Colombia, sino también de un contexto internacional en el que, precisamente tras la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la que pronto hablaremos, está produciéndose una fuerte reacción. Para momento sintomático en esta dirección, B. Clavero, *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, particularmente cap. 3: ¿Globalización del constitucionalismo? *Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos, 1947-2012*, anticipado en *Quaderni Fiorentini*, 41, 2012, pp. 483-580; parte en Gonzalo Andrés Ramírez Cleves y Erli Margarita Marín Aranguren (eds.), *Comercio justo, globalización y medio ambiente*, Bogotá, Universidad del Externado, 2013, pp. 427-461.

dígenas, como si no se les hubiera instalado en la inseguridad suma de *medidas legislativas o administrativas* que les afectan severamente sin siquiera consultarles. Y el *principio de legalidad* se alega como si la Constitución no reconociera ordenamiento indígena y como si no estuviera subordinado a un *principio de constitucionalidad*. Si un Estado se declara constitucionalmente multicultural y reconoce en consecuencia derechos de otra matriz, lo menos que debe hacer la justicia es construir multiculturalmente las categorías que asume y aplica<sup>37</sup>. Por su parte, respecto a la *irretroactividad de las leyes*, la *regla* de que los derechos y sus garantías sólo cobran vida, no porque la Constitución los reconozca, sino porque la ley o la jurisprudencia los contemple, así como tan solamente a partir de esto segundo, no tiene más fundamento que la arbitrariedad pretoriana. La Corte Constitucional hace honor al sesgo de su jurisprudencia cuando, tras la decisiva Sentencia de Constitucionalidad 253 de 2013, revalida la centralización de competencias en materia minera para actuaciones posteriores al 2008 olvidándose del derecho de los pueblos indígenas a la consulta<sup>38</sup>.

Son efectos de la suplencia normativa de la que viene haciéndose gustosamente cargo la Corte Constitucional colombiana. El caso de la consulta *étnica* no es el único. La desigual implantación institucional y el irregular desarrollo legislativo de la Constitución unidos a la violencia política y parapolítica, de cobertura contraguerrillera, que viene asolando de largos años a Colombia han llevado a dicha necesidad de suplencia con aspectos incluso marcadamente positivos<sup>39</sup>. No es el caso del capí-

37 D. Bonilla Maldonado, *La Constitución muticultural*, Conclusión: "Hacia un reconocimiento y un acomodamiento justos de las minorías culturales", aun en estos términos de *minoría* el sujeto.

38 Sentencia de Constitucionalidad 123/2014, respecto al Código de Minas (Ley 685/2001, como sabemos), sentencia que no deja de encarecer la necesidad de coordinación con las entidades territoriales para la defensa del medioambiente y de su respectiva autonomía, sin la debida atención a la consulta como garantía de derechos indígenas, lo que bastaría para cuestionar la constitucional al artículo concernido de dicho código (art. 37: "...ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería..."). Como vimos, la Sentencia de Constitucionalidad 891/2002, ya referente al Código de Minas, figura entre las que han validado como consulta indígena procedimientos de socialización no conformes con el Convenio 169.

39 C. Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Centro

tulo indígena. La concepción sesgada de la seguridad jurídica constituye un indicio de la debilidad cultural de la jurisprudencia constitucional durante todo su desarrollo a dicho respecto. Así, en casos concretos sobre derechos indígenas, ante la necesidad de informarse por parte de la Corte Constitucional, viene recurriéndose a la antropología profesional en vez de a las propias autoridades indígenas que, con competencias judiciales reconocidas por la Constitución, no tienen por qué someterse a mediaciones. El prejuicio cultural lleva a que lo primero y no lo segundo se considere lo adecuado, privándosele así de voz propia y, por ende, de garantía de derecho, a los pueblos indígenas<sup>40</sup>. En este contexto se comprenden las alegaciones de *seguridad jurídica, principio de legalidad e irretroactividad de las leyes* en degradación y detrimento de la garantía de consulta para los pueblos indígenas y asimilados<sup>41</sup>. Esta vertiente que puede decirse antropológica de la trayectoria de la jurisprudencia constitucional no comparece por supuesto en la historia relatada por la propia Corte en relación a la consulta.

Hay más. Vendrá observándose que, en Colombia, la Corte Constitucional es un ejemplo patente de activismo judicial que desborda el diseño constitucional invadiendo la función directamente normativa por vía no sólo de suplencia<sup>42</sup>. Está habituada a apreciar inconstitucionalidad incluso más allá de los requerimientos del caso. Hay una excepción. Ha-

de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010; el mismo C. Rodríguez Garavito, *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*, en *Texas Law Review*, 89, 2010-2011, pp. 1669-1698.

40 E. Sánchez Botero, *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, 2010; para contraste justamente crítico, Paulo Ilich Bacca, *Los derechos indígenas en la era del reconocimiento*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010 (ed. electrónica), cap. 2.6: *Trazas de doctrina etnocéntrica*.

41 En el sitio de la Organización Nacional Indígena de Colombia (cms.onic.org.co) puede verse el rechazo contundente de la sentencia también suscrito por el Proceso de Comunidades Negras, la Confederación Nacional de Organizaciones Afrocolombianas y la Asociación Nacional de Afrocolombianos: "Declaramos acatar la Constitución, el Convenio 169 de la OIT e inaplicar la regla jurisprudencial de la sentencia C 253 de 2013 con base en el artículo 4to de la Constitución..." ("La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...").

42 Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, Legis, 2001.

biéndosele dado pie en más de una ocasión, no se la plantea de forma eficaz y en su totalidad respecto a una ley literalmente racista y abiertamente colonialista, la “Ley por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada” (Ley 89/1890), todavía parcialmente en vigor bajo el supuesto de que sirve para ofrecer garantías en tanto que no se complemente la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial con la referente a territorios indígenas, como si la Constitución por sí sola no valiese a tal efecto. Con este sesgo normativo y, más de fondo, cultural, ¿qué consulta conforme al Convenio 169 va a poder garantizarse? La persistencia de dicha ley resulta un síntoma elocuente<sup>43</sup>.

En definitivas cuentas, debiendo obligar este tratado que es el Convenio 169 a todas las instituciones del Estado, la Corte Constitucional ni lo asume en su práctica ni lo toma como referencia en concreto para el ejercicio del control de *convencionalidad*, un control que no tiene por qué reducirse a derecho interamericano, bien que sin el mismo nunca hubiera configurado la consulta como derecho fundamental<sup>44</sup>. Puede venir para

43 Aún entendiéndola derogada por un fallo que en realidad sólo alcanza a tres de sus artículos (Sentencia de Constitucionalidad 139/1996), Miguel Alejandro Malagón, *La ciencia de la policía y el proceso de civilización de indígenas*, en Manuel Alberto Restrepo (ed.), *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 131-147; expresivo de la carga ideológica que la rodea aún hoy, pues la mantiene, Fernando Mayorga, *Norma general, norma especial: el Código civil de 1887 y la ley 89 de 1890, un caso de regulación protectora de las minorías durante la Regeneración*, en *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, 27, 2013, pp. 159-182. Es una posición de tracto colonial más persistente en Colombia de lo que pudiera sospecharse; véase en momentos inesperados: Hernando Valencia Villa, *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana, 2010 (3ª ed. actualizada), pp. 80-81, basándose en Alfonso López Michelsen, *Introducción al estudio de la Constitución de Colombia*, Bogotá, Universidad de Santo Tomás, 1983.

44 M.F. Quinche Ramírez, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014, centrándose en la jurisprudencia interamericana, que es la que ha acuñado la expresión y así potenciado incluso más en general el valor normativo de los derechos humanos, y no dejando de referirse al extremo, pp. 128 y 144-146: “El Convenio 169 sobre trabajo indígena” y bastante más es “el más importante de todos” los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo incorporados al ordenamiento colombiano en virtud del artículo constitucional 53 citado; la Corte Constitucional no le confiere un valor inmediato que pueda interesar al canon de constitucionalidad sin pasar por su mediación, un indicio de resistencia al control de convencionalidad con entidad propia, esto es, se reconozca o no, supraconstitucional: Néstor Pedro Sagüés, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, en *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, 8-1, 2010, pp. 117-136.

el caso tal control de convencionalidad de forma directa, por actuación consecuente de la Corte Constitucional, o también a través de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana, puesto que ésta ya tiene asumido el Convenio 169 como elemento integrante del propio parámetro de enjuiciamiento, aun refiriéndose a derechos que, como los indígenas, no se registran en la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual no tiene por qué restarle operatividad<sup>45</sup>. Ni de una ni de otra forma la Corte Constitucional realmente asume el Convenio 169, intentando eludirla incluso para fundamentar el derecho de consulta que no figura en la Constitución<sup>46</sup>. De una y de otra forma la Corte Constitucional, a la hora de la verdad, es servicial para con el Estado<sup>47</sup>.

Hablando de tratado y, muy especialmente, de consulta, ¿qué se pensaría si el Congreso y el Gobierno prescindieran de ella para sustituirla por la mediaciones como lo sea la oficiada por la antropología? Formas políticas de socialización a las que la jurisprudencia constitucional hemos visto hacer referencia respecto a la consulta no son muy distintas a las formas profesionales de mediación que la misma jurisprudencia pone en práctica recurriendo a la antropología<sup>48</sup>. Porque la voz indígena pueda

45 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, ya citado; Rosember Ariza, *Pueblos indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013.

46 Para fundamentar la consulta en Constitución, la Corte Constitucional recurre a artículos constitucionales citados y por citar (arts. 2 y 40.2, participación ciudadana indistinta; art. 7, “diversidad étnica y cultural”; art. 329, “participación de los representantes de las comunidades indígenas” en el diseño territorial; art. 330, competencia indígena para “velar por la preservación de los recursos naturales”), junto a algún otro de más difícil relación (art. 70, “la cultura en sus diversas manifestaciones” como “fundamento de la nacionalidad”). Todas estas referencias a dicho concreto efecto pueden encontrarse, con acumulación que acusa debilidad, en la Sentencia de Constitucionalidad 208/2007, sobre identidad étnica y cultural a propósito del Estatuto de Profesionalización Docente.

47 Sin el registro concreto de deferencia política de cara a derechos indígenas, Sebastián Rubiano, *La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política*, en M. García Villegas y Javier E. Revelo (dirs.), *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2009, pp. 84-145; Juan Carlos Rodríguez-Raga, *Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006*, en Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 81-98.

48 Conozco de primera mano las formas de socialización política que suelen practicar en el caso autoridades de Estado, particularmente del Gobierno, por haber participado, en julio

hacerse más presente en procesos de socialización de proyectos, no por ello, aunque la Corte Constitucional lo de por bueno, se hace vivo el voto, esto es en el caso, la consulta y el acuerdo o el consentimiento.

La Corte que está requiriendo consulta de otras instituciones del Estado no se entiende a sí misma vinculada a nada semejante a los efectos de la decisión jurisdiccional, bien que en el de la ejecución ha venido a abrir espacio, sobre todo enfrentándose con situaciones que llama de *estado de cosas inconstitucional*<sup>49</sup>. Lo requerido es la consulta previa, no la ulterior. ¿Y de qué serviría su empleo por Congreso y por Gobierno si el ordenamiento como está determinándose en por vía jurisprudencial que se entiende exenta? La Corte, con la presunción supremacista de que la antropología profesional representa a los pueblos indígenas mejor que ellos mismos, ni siquiera concibe la posibilidad de recurrir a la consulta. Queda otro interrogante. ¿Dice la Corte Constitucional la última palabra

de 2010, en la misión aludida del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, que sufrió ese acoso hasta el punto de que por parte indígena llegó a exigirse la evacuación de nuestra escolta oficial para poder celebrar reuniones sobre el terreno: E/C.19/2011/3, *Situación de los pueblos indígenas en peligro de extinción en Colombia. Resumen del informe y recomendaciones*, documento de la sesión décima de dicho Foro ([undesadspd.org/IndigenousPeoples.aspx](http://undesadspd.org/IndigenousPeoples.aspx)), con apartados sobre consulta. Los pueblos en peligro de extinción de los que se ocupó particularmente la misión, pues hay más, son los afectados por el desplazamiento forzoso provocado por la violencia política cruzada entre guerrilla y contraguerrilla con pérdida de territorio y recursos. La consulta sigue siendo necesaria para la forma de la devolución y el alcance de la reparación de derechos, pero este supuesto concreto, aun con toda su relevancia reconocida por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a cuyo valor normativo habremos enseguida de referirnos, no creo que sea necesario tratarlo aquí.

49 C. Rodríguez Garavito y D. Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social*, sobre esta otra práctica, aun descuidando precisamente el capítulo específico de los pueblos indígenas, pero véase ahora del mismo C. Rodríguez Garavito, *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los previos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2012; luego, Natalia Sandoval, *La movilización social en tiempos de Constitución: feministas, indígenas y víctimas de crímenes de Estado ante la Corte Constitucional colombiana*, en *Colombia Internacional*, 79, 2013, *Constituciones andinas en debate(s)*, pp. 191-217. Dicha práctica de declaración de estado de cosas inconstitucional implica que la propia Corte se hace cargo de una ejecución de alcance general, no limitada a la parte de reclamante, con celebración de audiencias participativas que, como en el caso de desplazamientos forzados, abre espacio específico para indígenas. La Corte, sin embargo, ha evitado aplicar dicho *estado de cosas* a lo que no considera como incumplimiento sistemático de la garantía de consulta conforme la contempla el Convenio 169 con efecto de quebrantamiento masivo de derechos indígenas: Mateo Gómez Ramírez, *El estado de cosas inconstitucional. Análisis de los motivos de la Corte Constitucional para su declaratoria*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2010 (ed. electrónica), sintomáticamente sin considerar el caso. Insistiré en este extremo.

respecto a todo lo emprendido sin la debida consulta, inclusive su propia jurisprudencia, antes de 2008? ¿La seguirá diciendo mientras que el Congreso y el Gobierno no asuman con todas sus consecuencias obligaciones derivadas del derecho internacional sobre pueblos indígenas? Ahora comprobaremos que éste no sólo se reduce hoy, ni mucho menos, al Convenio 169.

El mismo año 2013, pocos meses después de la sentencia en cuestión, se produce un pacto entre partes bajo el título convenido de *Acuerdos entre el Gobierno Nacional Indígena de la ONIC y el Gobierno Nacional*. ONIC es la Organización Nacional Indígena de Colombia que se presenta como tal Gobierno por determinación propia. Pues bien, en él se hace la previsión de proceder “a través de la constitución de una comisión mixta Gobierno Nacional-Gobierno Indígena, para revisar el tema de concesiones, títulos y licencias, con el fin de conducir a la suspensión o revocatoria de aquellos que sean violatorios de los derechos fundamentales de los indígenas, así como (a través de) la adopción integral de los mandatos Constitucionales respecto a la Consulta Previa de la Política de privatización de semillas”, como de otras políticas que afectan a pueblos indígenas<sup>50</sup>. El escenario colombiano no es sólo el que tiene y trae a la vista la Corte Constitucional. En medios indígenas consta<sup>51</sup>.

### 3 Garantías de derechos de los pueblos indígenas entre Tratado de Derechos Humanos y Constitución de Estado

Se habrá observado la renuencia de la Corte Constitucional a reconocer que la consulta a pueblos indígenas no tiene su fundamento en

50 Está citado el sitio de la ONIC donde puede encontrarse el documento (de 23 de octubre de 2013) y rastrear la información. Aunque no represente a los pueblos indígenas ubicados en el interior de las fronteras de Colombia en su totalidad, entre otras razones porque los hay que mantienen una actitud de aislamiento voluntario, esta organización colombiana actúa acreditadamente en defensa de todos ellos. En el mismo logo de entrada del sitio de la ONIC puede verse su desdoblamiento entre Organización Nacional Indígena y Autoridad Nacional de Gobierno Indígena.

51 Luis Hallazi, *El derecho a la Consulta Previa en los países andinos*, en *Pukara. Cultura, Sociedad y Política de los Pueblos Originarios*, 89, 2014, pp. 3-5, con denuncia de la sentencia C-253/2013 y registro de los *Acuerdos*.

la Constitución, sino en un tratado internacional, el Convenio 169. Llega a forzar el texto constitucional para fundar la consulta en el principio de participación política (art. 2, junto al 40.2) o para localizarla entre las competencias de las autoridades indígenas donde tampoco figura (art. 330), principalmente. Llega también a determinar la obligación del Estado a la consulta no por el Convenio 169, sino por su propia jurisprudencia discrecional, mostrándose dispuesta a hacerlo en ley, en norma interna en vez de en derecho internacional<sup>52</sup>. Esta posición es una manifestación más de la resistencia de la República de Colombia a aceptar el valor normativo interno, sin necesidad de tales mediaciones, del derecho internacional y de los tratados de derechos humanos entre Estados<sup>53</sup>.

La resistencia se ha manifestado claramente ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de setiembre de 2007 con la abstención de Colombia en la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, alegando que choca con la Constitución colombiana, Declaración a la que, guardándose congruencia, la Corte Constitucional se ha guardado de siquiera referirse. Comencemos por consignar que la Declaración (así sólo en adelante) viene a reforzar la consulta en términos de derecho y además humano, de esta categoría. Es una norma internacional que ha seguido el procedimiento regular de Naciones Unidas para la elaboración y aprobación de instrumentos de derechos humanos<sup>54</sup>.

52 Para una indicación reciente, si hiciera todavía falta, de la deficiencia interna del régimen de la consulta en relación incluso a expectativas abiertas entre medios indígenas por el proceso constituyente de 1991, Carlos Arturo Hernández Díaz, *El 'otro' indígena en el ordenamiento jurídico colombiano*, en Eduardo A. Velandia (dir.), *Derecho Procesal Constitucional*, vol. IV, Bogotá, VC Editores, 2013, pp. 535-555.

53 M.F. Quinche Ramírez, *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009 (2ª ed.). A partir de la Sentencia de Constitucionalidad 28/2006 (ponente Sierra Porto, a quien nos referiremos), la Corte Constitucional elude la integración de un control de convencionalidad, respecto a tratados de derechos humanos, con entidad propia y carácter independiente, que no se subsuma en el de constitucionalidad mediante la construcción jurisprudencial interna del llamado bloque de constitucionalidad. Cuando a continuación, en el mismo año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos categoriza el control de convencionalidad con carácter vinculante, se encuentra con dicha jurisprudencia colombiana ya formada y resistente.

54 C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), *El Desafío de la Declaración*; Stephen Allen y Alexandra Xanthaki, *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart, 2011, en éste particularmente pp. 289-328; Jérémie Gilbert y Cathal Doyle, A

La inhibición de Colombia no es posición que se haya mantenido hasta hoy, lo que merece subrayarse pues, a estas alturas, sigue recordándose internamente más la abstención que la rectificación, que fue tan formal como todavía reticente<sup>55</sup>. Ante la efectuada por otros miembros de Naciones Unidas que habían opuesto más frontalmente votando en contra, como por ejemplo los Estados Unidos, Colombia ha procedido a adherirse a la Declaración. Como no es un tratado, no cabe ratificación. El 21 de abril de 2009, Colombia lo que hace es comunicar por escrito a los Estados Miembros de las Naciones Unidas, reunidos en Ginebra con ocasión de la Conferencia de Examen de Durban contra el Racismo, el cambio de posición<sup>56</sup>.

Para un documento que se dirige a manifestar la adhesión a la Declaración, el pie de entrada al asunto es tan extraño como el de negar la existencia de pueblos indígenas, procedentes de tiempos anteriores a colonizaciones de ultramar, por latitudes colombianas: "Colombia, como país latinoamericano, cuenta con la enorme fortuna de pertenecer a una región que se ha visto forjada por un profundo proceso de mestizaje, en el que pueblos originarios de los más distantes rincones del mundo han confluído para formar nuestras naciones". Pese a lo cual, Colombia "expresa su respaldo unilateral a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas" entendiéndolo que el asunto le afecta, "si bien no constituye un instrumento jurídicamente vinculante". Siguen todavía manifestaciones que transmiten una sensación de ambigüedad: "Colombia entiende que la Declaración no es un documento perfecto. (...) No obstante, desde la perspectiva de la construcción de un

*New Dawn over the Land: Shedding Light on Collective Ownership and Consent*, en especial por lo que se refiere a esto del consentimiento.

55 El citado *Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio* del Ministerio del Interior y Justicia, actualizado a fecha de 2009, sale del aprieto dando por cerrado el capítulo internacional en 2007, antes de la aprobación de la Declaración por Naciones Unidas (vol. I, p. 27), pero, al menos, la incluye, aunque no en su versión final.

56 *Durban* es sabidamente la Declaración y Programa de Acción acordados en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en la ciudad sudafricana de ese nombre en 2001. El Documento Final de la reunión de Ginebra "acoge con beneplácito la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas" (par. 73). Son documentos los de estas conferencias que pueden encontrarse en el sitio del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ohchr.org).

proceso, se constituye en una valiosa herramienta”, en “una importante hoja de ruta”. Por su parte, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos publica el día siguiente, 22 de abril, una nota asegurando, por sugerencia desde luego colombiana, que “el Estado colombiano reconoce así los derechos que los pueblos indígenas ya tenían” aquí en Colombia<sup>57</sup>. Esto se afirma como si fuera una evidencia redonda. Hay por parte colombiana una operación constante de imagen que indudablemente funciona, lo que contribuye desde luego a incrementar un prestigio por Latinoamérica<sup>58</sup>.

Por lo que interesa a la consulta, a sus principios y a sus reglas, importa la afirmación más inequívoca entre los circunloquios de Colombia: la Declaración “no constituye un instrumento jurídicamente vinculante”. En efecto, como ya está dicho, no es un tratado al que los Estados, mediante ratificación y consiguiente supervisión internacional, puedan vincularse, pero la vinculación de los mismos se contiene en el propio texto: “Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración” (art. 38); “Las Naciones Unidas, (...) así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia” (art. 42). A la luz de estos pronunciamientos, Colombia se ha comprometido con el cumplimiento de este instrumento internacio-

57 Tuve conocimiento temprano la documentación por haberse presentado a continuación en la octava sesión del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas del que era miembro a la sazón. La comunicación a los Estados notifica que el cambio de posición se ha participado el mismo día al Secretario General de Naciones Unidas. En la misión referida a Colombia el julio del año siguiente, 2010, comprobamos que no se había hecho intento oficial alguno de transmitir internamente el cambio de postura respecto a la Declaración. El giro parece haberse debido a la aspiración colombiana de volver a ser miembro del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, lo que efectivamente consiguió para el periodo 2011-2012.

58 En el Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos que Colombia ha pasado en abril de 2013, no se ha topado con mucha contradicción de parte de esta instancia al presentarse como “pionera en la garantía del derecho a la consulta previa”. El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas está formado por representantes de Estados, no por expertos o expertas independientes. En el sitio del Alto Comisionado puede encontrarse un informe sobre ulterior documentación, procedente ni del Estado ni del Consejo, que ofrece justo contraste, aunque paliado por la mediación de la relatoría. Las instancias de derechos humanos formadas por expertos y expertas independientes siguen la mejor práctica de hacer públicos integros los informes procedentes de la sociedad civil o, en su caso, de parte indígena.

nal de derechos humanos, “en consulta y cooperación con los pueblos indígenas”, al manifestar formalmente su adhesión, “su respaldo unilateral” como ha dicho, pues no lo hizo en su momento, ante la Asamblea General de Naciones Unidas, multilateralmente. Adviértase también que la Declaración se caracteriza porque, aun no siendo tratado, cuenta con instancias de supervisión específicas en las Naciones Unidas<sup>59</sup>. Por regla general, una declaración de derechos humanos necesita de convención o tratado que la desarrolle para vincular a los Estados mediante ratificación, mas el caso es excepción.

Respecto a la consulta, hay coincidencia de fondo, pero también diferencias entre la Declaración de una parte y el Convenio 169 de otra, comenzando por la ubicación en lo que ya se van perfilando como las bases normativas de un sistema de derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas<sup>60</sup>. En el Convenio la consulta constituye la principal garantía para los pueblos indígenas mientras que en la Declaración esa posición la ocupa la autonomía, una autonomía que es además para él expresión del derecho a la libre determinación de estos pueblos (arts. 3 y 4). Ahora es cuando entra en el derecho internacional la palabra de *autonomía* indígena. En el Convenio, como vimos, el concepto sólo comparece en cambio por implicación, bien que en un momento clave, al hacerse referencia a las *instituciones representativas* de los pueblos indígenas como parte del proceso consultivo. En la Declaración, en todo caso, la consulta, junto a la autonomía, no se debilita en absoluto, sino que se fortalece notablemente. También es manifestación ahora del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y garantía suya. Se tiene autonomía para decidir el pueblo por sí mismo y se tiene la consulta para lo propio cuando la decisión final es ajena.

59 B. Clavero, *Instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, en Artículo Primero. Revista de Debate Social y Jurídico*, 20, 2010, *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Nueva Constitución Boliviana*, pp. 106-121; C. Rodríguez Garavito y M. Morris (eds.), *La consulta previa a pueblos indígenas*, pp. 16-30: “Estándares de los órganos del sistema de las Naciones Unidas”; a continuación, pp. 31-35, se abordan los estándares del derecho interamericano, en lo que aquí no entro, aunque haya hecho referencia en relación a la consulta como garantía y a la asimilación entre pueblos indígenas y afrodescendientes.

60 S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005. El autor, en su calidad de Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que ha sido hasta 2014, participó en la operación reactiva referida frente a la Declaración de las Naciones Unidas: B. Clavero, *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, cap. 3 ya citado.

Hemos visto un índice del fortalecimiento de la consulta, el del uso del sintagma de *consulta y cooperación con los pueblos indígenas*, el modo como han de proceder los Estados *para alcanzar los fines de la presente Declaración* (art. 38). Se emplea en más ocasiones (arts. 15, 17 y 36, además de, con énfasis de entrada, en el preámbulo: "Alentando a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas..."). Hemos visto que consulta y cooperación son ya referencias reiteradas del Convenio 169, pero la conjugación de la fórmula fortalece sin duda.

Hay otro índice todavía más fortalecedor. La Declaración acuña otro sintagma, el de *consentimiento libre, previo e informado*, cuyo uso también reitera respecto al objetivo de la consulta como requisito para emprenderse los proyectos o implantarse las medidas que afecten a los pueblos indígenas o para legitimarse los que les hayan afectado en el pasado, reconociéndoseles en otro caso el derecho a la reparación (arts. 11, 19, 28, 29 y 32). El artículo décimo noveno ofrece la formulación sintética. Es el que está reproducido en el encabezamiento de estas páginas. Si se le repasa se confirmará lo de que la coincidencia con el Convenio no quita las diferencias. *Consentimiento libre, previo e informado* se requiere ahora. Y la afectación de unas medidas ya no ha de ser *directa*. Basta que pueda preverse en cualquier grado<sup>61</sup>.

La coincidencia no menos indudable hace que sea válido para la Declaración lo dicho para el Convenio en el sentido de que la Constitución de Colombia perfila un escenario en el que el actual derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas podría acogerse sin mayores problemas de orden constitucional. Ahí está la autonomía que vendría ahora a reforzarse como expresión del derecho a la libre determinación. También se tienen en la Constitución un registro de derechos de *grupos étnicos* y unas previsiones de participación de los pueblos indígenas como tales pueblos, y no sólo como parte de la ciudadanía, entre

61 Reitero diferencias consecuentes con el reconocimiento de partida del derecho a la libre determinación porque hay una fuerte y muy influyente corriente doctrinal en sentido contrario: S.J. Anaya, *¿Por qué no debería existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?*, en Natalia Álvarez, J. Daniel Oliva y Nieves Zúñiga (eds.), *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Madrid, La Catarata, 2009, pp. 37-50.

las que encajaría a la perfección el mecanismo de la consulta si hubiera voluntad política de parte no indígena. Desgraciadamente, por lo que hemos visto, el desenvolvimiento del propio constitucionalismo colombiano desde 1991 no viene avanzando en tal dirección.

No viene cumpliéndose al efecto el mandato constitucional de integración entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos con prevalencia de este segundo. La Constitución colombiana dispone que "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" (art. 93). "No podrán suspenderse los derechos humanos", se recalca al regularse los estados de excepción (art. 214). Todo esto en principio, en 1991, no entraba en juego a los efectos de la consulta por la sencilla razón de que no existía un tratado de derechos humanos de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 originariamente no lo es. Es tratado, pero no de derechos humanos. Luego, en 2007, la Declaración lo es derechos humanos, pero no es tratado. No está ratificada por el Congreso. Pero en este juego de normas se ha producido un efecto novador desde que Colombia se adhirió a la Declaración en 2009. No sólo se trata de que la Declaración contenga cláusulas vinculantes, sino también y sobre todo de que registra los derechos principales del Convenio, salvo el de libre determinación, lo cual implica que, por su virtud, el Convenio se convierte en un tratado de derechos humanos que, como tal, debe integrarse en el orden de la Constitución prevaleciendo sobre ella en orden a su interpretación conforme. Si prefiere decirse así, ha de formar definitivamente parte del bloque de constitucionalidad colombiano<sup>62</sup>. La propia Corte

62 G.A. Rodríguez, *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario - Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2014. En correspondencia privada con la autora, a quien agradezco información y comentarios, me insiste en la idea importada del bloque de constitucionalidad (*De la consulta previa al consentimiento libre*, pp. 51-52), la cual, a mi entender, sólo transformándosele resulta plausible. Sobre la metamorfosis de este tipo de importaciones, en este caso de Francia pasándose por España, entre culturas no tan homogéneas como suele presumirse, sobre todo las transoceánicas, D. López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004. Respecto al efecto de la Declaración sobre el Convenio en campo constitucional, B.

Constitucional tiene adoptada esta expresión con tendencia a imprimirle un sentido restrictivo no extensible al juego normativo de Declaración y Convenio (Sentencia de Constitucionalidad 582/1999). La Corte ha abierto una posibilidad, la dicha de apreciar *estado de cosas inconstitucional* para proveer una sistemática tutela de oficio de derechos conculcados, que se cuida de no activar en beneficio de la consulta indígena<sup>63</sup>.

Respecto al tándem de Convenio y Declaración, al coincidir sustancialmente en el registro de derechos y las formas de garantía, deja claro la segunda, en un grado que el primero no podía, algo tan neurálgico como que los derechos de los pueblos indígenas tienen la categoría de derechos humanos porque no son derechos privativos o excluyentes, sino los mismos que los del resto de la humanidad, derechos a territorio, a recursos, a cultura propia... La autonomía y la consulta son las formas de garantizarlos una vez que el derecho a la libre determinación ha de ejercerse, según el orden internacional, con admisión de contadas excepciones, y la propia Declaración (art. 46), en el interior de los Estados constituidos. Ahora se tiene la lógica de derechos que no ofrecía el Convenio, aunque pudiera desde luego ya deducirse del mismo<sup>64</sup>. No cabe que su fundamento fuese otro. Mas la lógica subyacente a las posiciones constitucionales incluso favorables a la consulta sigue siendo adversa<sup>65</sup>.

---

Clavero, *Constitucionalización mexicana de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 2013, pp. 181-199. El bloque de constitucionalidad ya lo hemos visto como herramienta del control interno del derecho, por jurisdicciones de Estado, ante las de carácter supraestatal.

63 Ahora, observándolo, G.A. Rodríguez, *De la consulta previa al consentimiento libre*, pp. 215-219. Advertimos por nuestra parte que tal declaración de estados de cosas constitucional requeriría algo improbable a la luz de lo visto, la constatación por la Corte de que las consultas habidas no lo son.

64 B. Clavero, *Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío*, en *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 47, 2002, pp. 35-62, con consideración del Convenio 169.

65 Federación Iberoamericana del Ombudsman, *El Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas*, Lima, 25-26 de abril, 2013, intervención de Humberto Sierra Porto, exmagistrado constitucional colombiano y presidente en la actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, palabras finales: "Un reconocimiento extremo de la consulta previa puede terminar paradójicamente en entregar unos elementos que irían en contra del propósito de unidad nacional que fue el que originó la entrega de este tipo de derechos", con ese doble uso de la palabra más sintomática. La grabación de la reunión se tiene en ocho entregas de youtube; cita en la séptima, 56:38"-56:56". A Humberto Sierra le flanquean dos funcionarios colombianos, Pablo Rueda, Director de Consulta Previa del

A la hora de la verdad, al menos por cuanto afecta a pueblos indígenas, el peso paleoconstitucional de la soberanía y sus corolarios sigue prevaleciendo por encima de los derechos y sus garantías<sup>66</sup>.

Ahora, con la Declaración y su lógica, unas palabras cobran mayor sentido. Las palabras son importantes para el derecho. Decir, por ejemplo, *genocidio* es decir un delito tipificado por el derecho internacional, lo que no ocurre si es *etnocidio* lo que se dice<sup>67</sup>. Ahora, tras la Declaración, decir *pueblo indígena* es decir un sujeto de derechos en el orden internacional, lo que no ocurre si es *grupo étnico* lo que se dice; asimismo, decir *consulta* en relación a pueblos indígenas es decir un mecanismo conforme a los requisitos contemplados por la Declaración, lo que no ocurre si, como hace la Constitución de Colombia, la palabra no se utiliza. Una función positiva de la terminología constitucional colombiana ha declinado hasta resultar negativa tras la Declaración y después especialmente de que la jurisprudencia constitucional se ha resistido a vincularla a las categorías de derecho internacional.

A estas alturas, con Convenio y con Declaración, la resistencia de la Corte Constitucional a fundamentar la consulta en el derecho internacional, considerándola un derecho fundamental implícito en la Cons-

---

Ministerio del Interior, y Janneth Moreno, Delegada de la Defensoría del Pueblo para los Indígenas y las Minorías Étnicas (sic), de intervenciones todavía más sintomáticas de la falta de sintonía con la lógica constitucional de garantía de derechos. Que la posición se encuentra bastante difundida cabe comprobarse en H. Valencia Villa, *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, p. 216: la Constitución de 1991 incorporaría "etnias aún irredentas al Estado del bienestar y de la modernidad" pudiendo concluirse así el "dilatado y turbulento proceso de construcción nacional". Puede confrontarse B. Clavero, *Nación y naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio*.

66 Sobre la posición (que sintoniza sustancialmente con la jurisprudencia constitucional española respecto al valor de la ley posconstitucional en el momento de ejercicio de la justicia ordinaria), que afecta severamente a consulta indígena aunque el punto no se toque en esta crítica, Luis Alfonso Botero y Sergio Iván Estrada, *La ideología inconstitucional del magistrado Sierra Porto*, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 8, 2004-2005, pp. 297-320. Y recuérdese la sentencia constitucional, cuya ponencia se le debe, impositiva de un control interno de convencionalidad con entidad propia.

67 Como resultado y evidencia de una historia, B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words*, Milá, Giuffrè, 2008. Para Colombia, resaltando también ese efecto práctico, P.I. Bacca, *Estudio sobre genocidio y crímenes de lesa humanidad en curso: El caso de los pueblos indígenas de Colombia*, enero de 2014, Consejería de Derechos Humanos y Paz de la Organización Nacional Indígena de Colombia, en su sitio (cms.onic.org.co).

titución, produce un efecto perverso. En el planteamiento internacional, la consulta, más que derecho, constituye garantía de derechos, de unos derechos tan sustantivos como al territorio propio o a la cultura propia<sup>68</sup>. Es garantía fundamental de derechos fundamentales, forma de ejercer la libre determinación. Convertida en derecho exento, como no sólo hace la Corte Constitucional colombiana, se le reduce a un expediente sin conexión con los derechos que debe garantizar. La consulta deja ser garantía de derecho para convertirse en trámite de acceso a territorio o, si prefiere decirse, de asalto a recursos. Eludir relativamente Convenio y absolutamente Declaración a favor, en apariencia, de Constitución, acaba debilitando incluso el registro constitucional de derechos de los *grupos étnicos*. Bienvenida sean categorías como la de *bloque de constitucionalidad* y la de *control de convencionalidad* si sirven para reforzar derechos integrando ordenamientos, entre comunidades locales y comunidad internacional pasando por el Estado, no en otro caso.

La evolución normativa internacional es definitivamente la contraria de la que hemos visto en la deriva de la jurisprudencia constitucional colombiana, una instancia de Estado. Observemos el extremo más ilustrativo dado el punto al que la misma ha llegado. Si la Declaración registra el derecho a la reparación por falta de consentimiento libre, previo e informado en el pasado, ¿cómo puede ni siquiera considerarse la posibilidad de tenerse por irretroactivo el requisito de la consulta, aparte la arbitrariedad en la fijación del término temporal para su exigencia? Una vez que estamos en antecedentes, hay preguntas que se responden solas.

#### 4 Epílogo sobre Colombia y España ante jurisdicciones supraestatales

Para progresarse en este tipo de reflexiones resulta necesario que se afronte lo que está eludiéndose en Colombia y no sólo en Colombia, esto es, la incorporación resuelta del derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas como parte integrante del ordenamiento interno del Estado con el correspondiente valor normativo directo de alcance materialmente constitucional o, dicho mejor, constituyente.

68 B. Clavero, *La consulta en serio (como mecanismo supletorio a la libre determinación en el derecho internacional y en el Estado Plurinacional)*, 2012, en línea: [bolpress.com/art.php?Cod=2012052903](http://bolpress.com/art.php?Cod=2012052903).

En términos más generales, lo que intenta eludirse es el reto de la integración entre ordenamiento de Estado y ordenamientos supraestatales en beneficio de derechos. En Colombia hemos detectado cómo la Corte Constitucional se resiste a incorporar un control de convencionalidad que integre no sólo derecho interamericano, sino también derecho internacional de los derechos humanos, como elemento del propio ejercicio de control de constitucionalidad. Hemos visto que muy particularmente lo rehúye en relación a la consulta indígena<sup>69</sup>. Lo que sigue es mero epílogo comparativo.

En España, el estado de la cuestión o, mejor dicho, del derecho se encuentra todavía más rezagado tanto respecto a los pueblos indígenas como a los efectos más generales de integración de ordenamiento supraestatal en beneficio de derechos. Conviene ante todo recordar que España tiene ratificado, desde 2007, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sin que esto le haya llevado a plantearse ni, aún menos, a hacer que las empresas españolas presentes por América se planteen la necesidad de contar con los pueblos indígenas mediante consulta para acciones diplomáticas y económicas que les afecten<sup>70</sup>. No lo hace ni antes ni después de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a cuyo favor votó en la Asamblea General de Naciones Unidas. En general, España se muestra especialmente reacia a la integración de derecho supraestatal de derechos humanos en el momento de la justicia<sup>71</sup>. ¿Que se trata ahora de defender no tanto la soberanía estatal como la democracia ciudadana? Si se establecen mecanismos interiores de defensa de derechos en manos de instituciones no representativas, no

69 La jurisprudencia más expresiva a los efectos más generales, aunque no contenga un rechazo expreso del control de convencionalidad por la justicia colombiana, la sienta la doblemente citada Sentencia de Constitucionalidad 28/2006. No conozco doctrina que la comente de forma crítica extendiéndose al supuesto más elocuente de la distancia que se guarda por la Corte Constitucional en materia de consulta indígena respecto no sólo al Convenio 169, sino también y sobre todo a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

70 Mikel Berraondo, *La ratificación del Convenio n° 169 por España. Reflexiones en torno a sus implicaciones*, Madrid, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2009.

71 Javier Chinchón Álvarez, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2012. B. Clavero, *España 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014, cap. 6 en particular.

se entiende por qué no haya de someterse al Estado mismo a semejante disciplina. La propia existencia del control de constitucionalidad agradece, para no derivar hacia la arbitrariedad, la coexistencia de un control de convencionalidad, sobre todo si éste alcanza a la justicia ordinaria<sup>72</sup>.

En lo que toca a la defensa directa de derechos constitucionales y convencionales por la justicia ordinaria el punto de partida tanto de Colombia como de España es igualmente adversativo, puesto que las respectivas Constituciones la reducen a función de ley (Colombia, arts. 228: “La Administración de Justicia es función pública...” y 230: “Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley...”; España, art. 117.1: “La justicia... se administra... por Jueces y Magistrados... sometidos únicamente al imperio de la ley”). Es un pronunciamiento inicial que no casa bien o no se compadece en absoluto con un diseño constitucional que igualmente comparten Colombia y España por la primacía de derechos de valor normativo. La evolución postconstitucional ha sido en cambio diferente. Mientras que en el caso español no se ha abierto espacio sustancial de control de constitucionalidad directo a la justicia ordinaria, en el colombiano se está actualmente en el paso ulterior de extenderse su capacidad constitucional al control de convencionalidad<sup>73</sup>.

A la contra de una tal evolución, se prefiere hablar ahora de diálogo entre instituciones jurisdiccionales como si éste debiera ser el terreno preferente de las relaciones regulares entre instancias superiores de Estado y las supraterritoriales. Así se intenta todavía eludir disciplina internacional de derechos. Es una última línea de resistencia frente a la subordinación jurisdiccional de la justicia de Estado en general y del control de constitucionalidad en particular por primacía y garantía de los derechos humanos por vía no sólo de convencionalidad. En España se cuenta con

72 Por colacionar a este efecto prácticamente inédito todavía en España otro caso ya aludido, el mexicano tras reforma constitucional de 2011 (B. Clavero, *Constitucionalización mexicana de los derechos humanos*), Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, 9-2, 2011, pp. 531-622; el mismo, *Panorama del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid-México, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas Sociales, 2013.

73 Para constancia, baste el contraste entre dos referencias: Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012 (3ª ed. ampliada), y M.F. Quinche Ramírez, *El control de convencionalidad*.

el respaldo de la lectura restrictiva a la que ciertamente se presta el pronunciamiento de su Constitución al respecto: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10.2). La fórmula colombiana más abierta ya nos consta. En España, el mismo diálogo intenta contraerse a Europa (Unión Europea y Consejo de Europa) sin franqueársele de cara al derecho internacional y a sus instancias de supervisión, los comités de tratados de derechos humanos<sup>74</sup>. Si se tiene en el horizonte, pero no sobre el tapete, un reto, éste se refiere más a los tratados de la Unión que al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales con su cuerpo de jurisprudencia<sup>75</sup>.

Comparativamente, respecto a la jurisprudencia interamericana, la apertura de Colombia es superior, pero resistiéndose igualmente a su vigencia directa sin mediación de la justicia interna. Y en España la ocurrencia del bloque de constitucionalidad, tendente en lo esencial a incorporar al canon constitucional la parte competencial de los Estatutos de Autonomía de las nacionalidades y regiones, integra derecho internacional de derechos humanos todavía en inferior medida, si alguna, que en Colombia<sup>76</sup>. En España, a la hora de la verdad de la justicia, parece que

74 Para todo ello, Asociación de Letrados (y Letradas) del *Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

75 Luis Jimena Quesada, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad, ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea*, en Juan Ignacio Ugarte Mendía y Gurutz Jáuregui (coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 285-317. Para un intento de conexión con la recepción constitucional de derechos humanos inexistente en España a efectos de control de convencionalidad, Rogelio López Sánchez, *El artículo 1, párrafo 2, de la Constitución mexicana como criterio hermenéutico de los derechos humanos: su concepción a la luz de la cláusula constitucional española*, en *Revista de Estudios Jurídicos* (Universidad de Jaén, en línea), 13, 2013, artículo 4.

76 F. Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, vol. I, pp. 103-128. La ocurrencia, como ya está recordado, es francesa, en su caso para integrarse en el *bloc de constitutionnalité* derechos porque la Constitución sencillamente no los declara. Ya advertimos en Colombia que, según suele acontecer con migraciones de categorías, igual luego sirve para rotos como para descosidos. En España, el caso resulta menos ambiguo, pues la idea del bloque de constitucionalidad no se ha importado en consideración y para el reforzamiento de derechos, sino por lo dicho de suplir insuficiencias de la Constitución en materia de autonomías territoriales: Louis Favoreu

cuesta realizar la operación incluso en relación al caso más específico, respecto a derechos, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>77</sup>. En general, ha de reconocerse que el derecho internacional de los derechos humanos no está en España ni siquiera a la vista de un horizonte de integración normativa interestatal<sup>78</sup>.

En sus términos generales, nada de esto es un problema exclusivo de Colombia por América como tampoco, por Europa, de España. Lo es de los Estados constitucionales. Pesa la hipoteca histórica de la idea y práctica no sólo del Estado, sino también de la Constitución como manifestación de soberanía<sup>79</sup>. Y pesan desde luego los intereses materiales que se toman como baluarte al uno y a la otra, también y con empeño a la Constitución. Colombia es caso bien expresivo o incluso paradigmático, para lo bueno y para lo malo, más bien para esto segundo en lo que estrictamente respecta a los derechos fundamentales, dígame humanos, de los pueblos indígenas<sup>80</sup>.

---

y F. Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad* (Simposio Franco-Español de Derecho Constitucional), presentación de Javier Pérez Royo, Madrid, Civitas, 1991, de donde proceden las páginas de *La forma del poder*.

77 En España, el caso reciente más flagrante de obstrucción a la vigencia directa de derecho supraestatal de derechos humanos determinando canon de revisión judicial es el representado por el Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2013 respecto a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Del Río Prada versus España) contraria a la llamada *doctrina Parot* de dicha misma Sala, entendiéndose ésta que su venia es necesaria para que la instancia europea pueda sentar jurisprudencia e instando al "Poder legislativo (a que) regule (...) el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones" de dicho Tribunal, el Europeo de Derechos Humanos, como si las mismas no lo fueran en virtud de la ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aun con todas sus reservas, algo así es implausible en Colombia respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

78 Con horizonte prácticamente reducido a Europa (Unión y Consejo), Luis Ignacio Gordillo, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. Conozco reseña que le reprocha no extenderse a derecho internacional global o no regional de derechos humanos, pero no que se lo plantee como otro nivel de convencionalidad sobre o junto al europeo y, desde luego, al de constitucionalidad.

79 B. Clavero, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007, con atención a la presencia de pueblos indígenas por América.

80 Actualmente, tras el Marco Jurídico para la Paz sentado por el Acto Legislativo 1/2012 que efectúa una reforma constitucional a favor de la justicia transicional en el

Si de veras hubiera, en cambio, un neoconstitucionalismo euroamericano, práctico y teórico de consuno, tendiendo puentes transcontinentales, con el impulso decisivo del giro colombiano de 1991, y marcando la ruta del ajuste de ordenamientos interior y exterior, con el capítulo clave de la presencia indígena en América<sup>81</sup>, el apartado penúltimo del presente trabajo sobre derecho de pueblos entre derecho internacional y derecho constitucional habría sido necesariamente el más cumplido.

---

sentido de justicia demediada, está amagándose en Colombia un secuestro de Estado y de Constitución por los intereses cruzados y no siempre enfrentados en el curso de las conversaciones de paz entre guerrilla y gobierno adoptándose decisiones sobre asuntos que afectan neurálgicamente a indígenas sin previsión de consulta. Las dos partes de las conversaciones tienen sitio abierto: [mesadeconversaciones.com.co](http://mesadeconversaciones.com.co) y [pazfarc-ep.org](http://pazfarc-ep.org), el primero interactivo y el segundo permitiendo comentarios en algunas entradas y con una de contacto.

81 Lo que suele presentarse hoy como *neoconstitucionalismo* por Latinoamérica y España (Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, eds., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad del Externado, 2010, y Madrid, Trotta, 2010) recupera claves no tan nuevas, como el valor normativo de los derechos y la habilitación jurisdiccional en función de garantía, más que se hace cargo de los realmente renovadores, como el reconocimiento de pueblos no constitutivos de Estados por secuela colonial y la dotación de mecanismos garantistas de sus derechos, esto en el contexto no sólo constitucional, sino también en el novedoso, que en cambio se aprecia a efectos más generales, del valor normativo del derecho internacional de los derechos humanos (R. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*); tales derechos, los indígenas, de contemplarse por la corriente neoconstitucionalista sin dicha cualificación, se consideran usualmente como sobrevenidos y adicionales, de última generación se les dice, sin mayor impacto constitucional o, aún menos, constituyente. Si se me permite una segunda y ya rotunda palabrota, ante la composición plurinacional de los Estados, no sólo de los americanos, y de sus Uniones, no sólo de la europea, lo que se precisa, antes que un neoconstitucionalismo, es un neoconstituyencialismo (B. Clavero, Ama Llunku, Abya Yala. *Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000).

# A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada

Deborah Duprat

Subprocuradora-Geral da República e Coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Povos Indígenas e Populações Tradicionais).

*Até que os leões inventem as suas próprias histórias, os caçadores serão sempre os heróis das narrativas de caça (Provérbio africano).*

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) disciplina uma nova relação do Estado nacional com o seu povo, circunstância facilmente identificada se confrontada com o texto normativo que lhe é anterior e que é por ela expressamente revogado: a Convenção n. 107 da mesma OIT. Enquanto esse último documento consignava como propósito a assimilação de minorias étnicas à sociedade nacional, o presente, já em seu preâmbulo, evidencia a ruptura<sup>2</sup> com o modelo<sup>3</sup> anterior. Está expresso em seu texto:

1 COUTO, Mia. *As confissões da leoa*. São Paulo: Companhia das letras, 2012. p. 9.

2 A utilização da palavra “ruptura” se dá em sua compreensão atual, de que não há inícios absolutos e continuidades lineares. Há, sim, aquilo que Stuart Hall chama de “rupturas significativas”, em que “velhas correntes de pensamento são rompidas, velhas constelações deslocadas, e elementos novos e velhos são reagrupados ao redor de uma nova gama de premissas e temas (*Da diáspora – identidades e mediações culturais*. 2. ed. Belo Horizonte, MG: UFMG, 2013, p. 143-144). O próprio preâmbulo da convenção homenageia esse último sentido, ao informar que a reunião da Conferência Geral da OIT, ocorrida em 7 de junho de 1989, tinha por objetivo inicial a revisão parcial da Convenção n. 107, mas se decidiu sobre uma nova convenção sobre populações indígenas e tribais.

3 Em paralelo, no âmbito interno dos Estados nacionais, desenvolvem-se movimentos de revisão constitucional que deem conta, entre outras tantas mudanças, da transformação do paradigma da assimilação pelo da autodeterminação dos povos indígenas e tribais.

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;

Reconhecendo 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, religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram [...].

Essa ideia-força, portanto, deve estar presente em toda e qualquer interpretação que se faça da Convenção n. 169. No entanto, aquilo que parece intuitivo nem sempre é de fácil aplicação. Estratégias e práticas de homogeneização centenárias, homologadas pelo Direito e retransmitidas acriticamente pelos cursos universitários, colocam os seus profissionais, se não desconfiados, ao menos perplexos com as consequências de um modelo legal de sociedade plural na perspectiva étnico-cultural. O resultado é que, a despeito de uma disciplina bastante extensa e do endosso do direito constitucional interno, o instituto da consulta, disposto na Convenção n. 169, é considerado uma formalidade desnecessária, ou, quando muito, a ser rapidamente superada. Persiste, assim, ainda que não declaradamente, a ideologia anterior de que, numa *societate de iguais*, o Estado está habilitado, por si só, a dizer o que é o *interesse comum* e por ele orientar-se.

A consulta aos *povos indígenas e tribais* está na contramão dessa compreensão. A Convenção n. 169, ao reformular todo o ideário da Convenção n. 107, teve que reforçar a liberdade expressiva desses povos, invisibilizados normativamente até então, sem presença na arena pública e sem qualquer aporte de suas especificidades nos debates nacionais. Por isso, no processo transformador por ela engendrado, a consulta é um elemento central, e não periférico.

No Brasil, a Constituição de 1988, com o mesmo ideário, precede a própria Convenção n. 169, que é de 1989. Não sendo esse o espaço para maior aprofundamento do tema, ficam apenas as referências de alguns dos dispositivos constitucionais mais emblemáticos que endossam a compreensão aqui desenvolvida: arts. 210, § 2º; 215; 216; 231 e; 232, do corpo permanente, e 68 do ADCT.

O presente estudo tem como ponto de partida esse diagnóstico e se propõe a enfrentá-lo, primeiro sob uma perspectiva que pretensivamente pode ser chamada de histórica, mas limitada à análise bastante ligeira do surgimento do Estado-Nação até a sua configuração contemporânea; e, segundo, por uma interpretação da consulta com base nos parâmetros fornecidos pelos contextos histórico-social e jurídico da atualidade.

## 1 O Estado-Nação e o seu povo

Não obstante a figura do Estado-Nação ter sido a tal ponto naturalizada, de modo a se tomá-la como fundamental, permanente e a-histórica, ela é um artefato, e bastante recente. A equação *nação=Estado=povo*, vinculado a um território, é produto das revoluções americana e francesa, especialmente desta, à qual tributa sua forma sistemática<sup>4</sup>. Conceitualmente, surge como “a coletividade de habitantes de um território, com tradições, aspirações e interesses comuns, subordinados a um poder central que se encarrega de manter a unidade do grupo”<sup>5</sup>.

O Estado-Nação, em sua concepção originária<sup>6</sup>, não se baseou em etnicidade ou língua<sup>7</sup>. Pelo contrário. Hobsbawm<sup>8</sup> acentua:

Que os “Estados-nações” seriam nacionalmente heterogêneos nessa forma foi algo prontamente aceito, pois havia muitas partes da Europa e do resto do mundo onde as nacionalidades estavam tão obviamente

4 As condições para o surgimento do Estado-Nação são analisadas em obra seminal de Benedict Anderson (2008): *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

5 *Enciclopédia Brasileira do Mérito*. São Paulo/Rio/Porto Alegre: 1958/1964, vol. 13, p. 581.

6 Apesar do influente panfleto sobre o terceiro estado – *Que'est-ce le Tiers-État?* –, o abade e teórico Sieyès não conseguiu ver prevalecer certa ideia de pureza étnica ali contida, no sentido de identificar a origem germânica da nobreza, o que fazia dela estrangeira e conquistadora da França. O verdadeiro povo seria o de ascendência gaulesa.

7 Basta ver os Estados-Nação mais antigos: França, Inglaterra e Espanha, sabidamente multinacionais.

8 HOBBSAWM, Eric J. *Nações e Nacionalismo desde 1780 – Programa, mito e realidade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 45. No mesmo sentido, Benedict Anderson, op.cit.

misturadas no mesmo território que desenredá-las em bases puramente espaciais parecia ser bastante irrealista.

No entanto, a noção de homogeneidade que lhe era correlata seguia sendo um propósito, especialmente diante da compreensão de que as nacionalidades pequenas só tinham a ganhar incorporando-se às nações maiores. Stuart Mill<sup>9</sup>, articulando o pensamento majoritário de então, dizia:

Ninguém pode supor que não seja mais benéfico para um bretão, ou para um basco ou um navarro francês ser... um membro da nacionalidade francesa, admitido em termos iguais aos privilégios da cidadania francesa... do que azedar, em suas rochas, o arcaísmo semi-selvagem dos tempos passados remoendo-o em sua pequena órbita mental, sem participação ou interesse no movimento geral do mundo. A mesma observação se aplica aos galeses e escoceses das terras altas, como membros da nação britânica.

Relacionada a essa convicção, a força do darwinismo social no século XIX: o Estado-Nação era uma fase da evolução humana, que ia do pequeno ao grande grupo, da família à tribo, à região e à nação<sup>10</sup>. A assimilação dos pequenos povos foi, nesse contexto, um processo inevitável. Em alguns casos, aceita; em outros, obtida por violência real e simbólica.

O fato é que esses grupos menores não tinham como resistir a todo o instrumental concebido para chegar à pretendida homogeneidade. A começar pela adoção de uma única língua administrativa e o seu uso obrigatório nas relações entre o indivíduo e o Estado, seguindo-se a alfabetização pública em larga escala. Os não falantes da língua oficial, nesse ambiente, estavam condenados a ficar à margem da sociedade nacional.

Benedict Anderson<sup>11</sup> aponta, ainda, três instituições fundamentais no sentido de moldar e consolidar os Estados nacionais: os censos, os mapas e os museus. Essas foram as maneiras pelas quais o Estado imaginou o seu domínio, a geografia do seu território, os seres por ele

9 MILL, John Stuart. *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*. Londres: Ed. Popular, 1910, p. 363-364.

10 HOBBSAWM, op. cit., p. 50.

11 ANDERSON, op. cit., p. 227-240.

governados e a sua história comum. Juntos, eles criaram realidades unificadas, categorias raciais claras e fronteiras fixas.

Os censos inscrevem-se em uma dupla perspectiva: a coleta de informações periódicas sobre indivíduos, para o exercício do que Foucault, em diversos trabalhos, chama de *poder disciplinar*, orientado pela regulação e vigilância da população e de cada um de seus membros; e o papel constitutivo, e não meramente descritivo, de categorias populacionais, ou seja, a identidade das pessoas tinha que ser conformada segundo uma das categorias de antemão estabelecidas, de forma exaustiva e inequívoca. Segundo Anderson, “a ideia fictícia do censo é que todos estão presentes neles, e que todos ocupam um – e apenas um – lugar extremamente claro. Sem frações”<sup>12</sup>.

Os mapas, por sua vez, também operam com base em classificações totalizantes e se prestam, tais quais os censos, “a deixar o espaço sob a mesma vigilância que os recenseadores tentavam impor às pessoas”<sup>13</sup>. Tinham logicamente também a função de constituir – e não apenas descrever – a linha que separa interno/externo, nacional/estrangeiro.

E os museus são repositório de uma tradição generalizada, certamente urdida a partir da história do grupo dominante e, como lembra Ernest Renan<sup>14</sup>, necessariamente feita de esquecimento e de falsificação. Assim, episódios como o massacre de povos e a escravidão eram repositados e, nessa nova forma, museificados.

O que é fundamental reter é que essas três instituições – censo, mapa e museu – estavam interligadas e representam o pensamento classificatório e totalizante que podia ser aplicado a qualquer coisa que estivesse sob o domínio do Estado: povos, regiões, religiões, línguas, monumentos etc. “O efeito dessa grade era sempre poder dizer que tal coisa era isso e não aquilo, que fazia parte disso e não daquilo”<sup>15</sup>. Some-se a isso o direito produzido pelo Estado, também operando a partir de

12 Ibidem, p. 228-229.

13 Ibidem, p. 240.

14 *Qu'est que c'est une Nation?*, conferência feita na Sorbonne em 11.3.1882. In: HOBBSAWM, op. cit., nota 19, p. 25.

15 ANDERSON, op. cit., p. 253.

categorias binárias – válido/inválido; legal/ilegal – e homologando os valores a serem inscritos como gerais<sup>16</sup>.

Há, no entanto, um segundo movimento do Estado-Nação, no sentido de mobilizar o sentimento nacional com base na etnia e na língua. Ele começa a ocorrer mais ou menos na segunda metade do século XIX e é atribuído basicamente a dois fatores<sup>17</sup>: crescente e maciça migração geográfica e a transformação de *raça* como conceito central das ciências sociais, reforçadas por ideias evolucionistas do darwinismo. Começa o período da expulsão e morte do estrangeiro, do diferente, de que são exemplos a eliminação em massa dos armênios pelos turcos, em 1915, e a expulsão, também pelos turcos, de 1,3 a 1,5 milhão de gregos que viviam na Ásia Menor, ocorrida em 1922<sup>18</sup>.

A Segunda Guerra Mundial, com o holocausto dos judeus e a eliminação de incontáveis *diferentes*, representa, a um só tempo, o paroxismo desse sentimento e o início da inflexão do Estado-Nação naquilo que é um dos seus pilares: a homogeneidade do povo. Já em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Esse tratado se vale do conceito de genocídio cunhado por Raphael Lemkin, em obra doutrinária de 1944, a qual, referindo-se às técnicas nazistas, inspira-se nas partículas *genos* (raça, tribo) e *cídio* (assassinato)<sup>19</sup>. Em seu artigo 1º, essa convenção diz que o genocídio é crime tanto em tempo de paz como em tempo de

16 “O direito consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão do Estado, garantida pelo Estado. Ele atribui aos agentes uma identidade garantida, um estado civil, e sobretudo poderes (ou capacidades) socialmente reconhecidos, portanto, produtivos, mediante a distribuição dos direitos de utilizar esses poderes, títulos (escolares, profissionais etc.), certificados (de aptidão, de doença, de invalidez etc.) e sanciona todos os processos ligados à aquisição, ao aumento, à transferência ou à retirada desses poderes [...]. O direito é sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas [...]”. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 236-237.

17 HOBBSAWM, op.cit., p. 126 e 130-131.

18 Ibidem, p. 161-162.

19 LEMKIN, Raphael apud RAMOS, André Carvalho. *Curso de direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2014, p.165.

guerra e o define, em seu artigo 2º, como a prática de atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso. No mesmo ano, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consigna, em seu preâmbulo, que os direitos humanos são de aplicação universal e reconhecidos a todas as populações existentes nos Estados membros e nos territórios colocados sob a sua jurisdição.

Outros importantes movimentos vão contribuir decisivamente para a ruptura significativa referida no início deste artigo, especialmente a segunda onda do movimento feminista, os estudos culturais que acompanham o processo de descolonização mais tardio<sup>20</sup> e as várias correntes filosóficas que, grosso modo, constituem o que se convencionou chamar pós-modernidade. A aproximá-los, a convicção de que as mudanças pretendidas passam pelo fim dos binarismos, da fixidez das fronteiras, dos essencialismos.

A segunda onda do movimento feminista<sup>21</sup>, que tem início na década de 1960, além de reivindicar a apropriação e reconstrução da identidade histórica herdada, reconhece que esta é perpassada por inúmeros recortes<sup>22</sup> – gênero, raça, classe, religião, nacionalidade, etnia, orientação

20 Interessante notar que esses movimentos de descolonização são lutas muito mais de caráter anti-imperialista que de viés nacionalista.

21 A primeira onda é identificada com uma abordagem de igualdade meramente formal no acesso a bens e recursos.

22 A questão da identidade mereceria desenvolvimento que não cabe nos limites desse texto. No entanto, é importante reter que também aqui se opera um deslocamento, de uma identidade contínua e coerente ao longo da existência do indivíduo, própria do Iluminismo, para identidades contraditórias, que levam a diferentes posições do sujeito. Um exemplo recorrente é do episódio lembrado por Stuart Hall (*A identidade cultural na pós-modernidade*, 4. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2000, p. 18-21), ocorrido em 1991, quando o então presidente americano, Bush, ansioso por restaurar a maioria conservadora na Suprema Corte, encaminhou a indicação de um juiz negro, Clarence Thomas. Com isso, e jogando o jogo de identidades, ele estaria agradando o eleitorado branco, porque Thomas era um conservador em termos de legislação de igualdade de direitos, e os eleitores negros, que apoiavam políticas liberais em questões de raça. Ocorre que, numa das audiências no Senado, Thomas foi acusado de assédio sexual por uma mulher negra, Anita Hill. A partir daí, as mulheres negras se dividiram, dependendo de qual identidade prevalecia, como negra ou como mulher. Também os homens negros estavam divididos, dependendo de qual fator prevalecia: seu sexismo ou seu liberalismo. As mulheres conservadoras brancas apoiavam Thomas por conta de sua oposição ao feminismo. As feministas brancas se opunham a Thomas tendo por base a questão sexual. E, como Thomas era membro da elite

sexual, entre outros – cada qual acionado a depender da situação que se apresenta<sup>23</sup>. Faz-se ciente também de que o Estado nacional não só é patriarcal, como a distinção que o seu direito impõe entre público/privado situa as mulheres fora dos seus espaços de decisão. Domínios como a família, a sexualidade, a divisão doméstica do trabalho, antes confinados ao campo privado, deslocam-se para o espaço público e político da contestação.

A raça, por sua vez, como categoria biológica ou genética, já tinha tido a sua validade científica abandonada. A persistência do uso do termo nos discursos sobre nação e identidade nacional, agora conotado em termos culturais, é assim analisado por Paul Gilroy<sup>24</sup>:

Enfrentamos, de forma crescente, um racismo que evita ser reconhecido como tal, porque é capaz de alinhar “raça” com nacionalidade, patriotismo e nacionalismo. Um racismo que tomou uma distância necessária das grosseiras ideias de inferioridade e superioridade biológica busca, agora, apresentar uma definição imaginária da nação como uma comunidade cultural unificada. Ele constrói e defende uma imagem de cultura nacional – homogênea na sua branquidade, embora precária e eternamente vulnerável ao ataque dos inimigos internos e externos [...] Este é um racismo que responde à turbulência social e política da crise e à administração da crise através da restauração da grandeza nacional na imaginação. Sua construção onírica de nossa ilha coroada como etnicamente purificada propicia um especial conforto contra as devastações do declínio (nacional).

A contribuição dos estudos culturais não é só de trazer à luz os grupos étnico-culturais que permaneceram às margens das sociedades nacionais mas também a multiplicidade de suas conexões, laterais e descentradas. Esse tema terá maior desenvolvimento no capítulo seguinte.

judiciária, e Anita Hill, uma funcionária subalterna, também estavam em jogo questões de classe. Tudo isso demonstra que a identificação não é automática, mas depende da forma como o sujeito é interpelado.

23 Quem melhor traduziu essas identidades multifacetadas e contraditórias foi o poeta Walt Whitman: Do I contradict myself? Very well then I contradict myself, I am large, I contain multitudes (Me contradigo? Muito bem, me contradigo; sou grande, contenho multidões).

24 GILROY, Paul. *The Black Atlantic*. Cambridge: Harvard UP, 1993, p. 87.

Finalmente, a pós-modernidade<sup>25</sup>, postulando o fim das grandes narrativas generalizadoras, das verdades universais, e nelas introduzindo diferença e especificidade. Mais do que isso, Derrida<sup>26</sup> à frente, o movimento defende a instabilidade inerente ao significado. Há aqui também forte influência da *virada linguística*, que chama a atenção para a conexão mundos da vida/jogos de linguagem<sup>27</sup> e subverte qualquer tentativa de criar mundos fixos e estáveis.

Assim, sujeito e identidade são conceitos que, solapados em suas formas unitárias e essencialistas<sup>28</sup>, ficam a depender das posições discursivas dos falantes. Bourdieu, referindo-se a Goffman, fala das estratégias de apresentação de si<sup>29</sup>, o que pressupõe a possibilidade real, jurídica e politicamente garantida, de afirmar oficialmente a(s) sua(s) identidade(s)<sup>30</sup>.

O que se põe em movimento, portanto, são três ideias que vão reconfigurar o Estado nacional e o direito, interno e internacional: identidade, pluralismo e liberdades expressivas.

Não é por acaso que, ao lado da Convenção n. 169 e da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural<sup>31</sup>, a UNESCO adota, em 2005, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 6.177, de 1º de agosto de 2007. Esta, em seu preâmbulo, aciona pluralismo/identidade/liberdades expressivas, reconhecendo que “a cultura assume formas

25 Da mesma maneira que se dá com ruptura, o termo “pós” corresponde a descrições teóricas que tentam construir uma noção de mudança ou transição concebida como uma reconfiguração de um campo, em vez de um movimento de transcendência linear entre dois estados mutuamente exclusivos. HALL, Diáspora, p. 131.

26 DERRIDA, J. *L'écriture et la différence*. Paris: Éditions du Seuil, 1967.

27 WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*. México: UNAM, 1988.

28 A psicanálise, desde Freud, com a teoria de que nossas identidades, nossa sexualidade e a estrutura de nossos desejos são formadas com base em processos psíquicos e simbólicos do inconsciente, também desorganiza a ideia de identidade fixa, única e inata.

29 BOURDIEU, Pierre. *Meditações pascalianas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 228.

30 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 129.

31 Em seu art. 4, proclama que “a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”.

diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade"; e que "a diversidade cultural se fortalece mediante a livre circulação de ideias e se nutre das trocas constantes e da interação entre culturas". E estatui em seu artigo 1º: "a diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade dos indivíduos de escolherem suas expressões culturais".

Esse novo cenário em que se apresenta o Estado-Nação, a um só tempo factual e normativo, fornece o norte hermenêutico às principais questões relativas à consulta prevista na Convenção n. 169: quem consultar, como consultar e os efeitos da consulta. Passa-se agora à análise desses pontos.

## 2 O instituto da consulta na Convenção n. 169

### 2.1 Quem consultar

Um primeiro olhar sobre a Convenção n. 169 causa algum desconforto, a começar pelos seus destinatários. É que, nesse campo, ela praticamente reproduz as expressões de que se valeu a sua antecessora, a Convenção n. 107: indígenas, tribais e semitribais<sup>32</sup>; ou seja, persiste na utilização de termos coloniais e de definições aparentemente fixas.

A perplexidade, no entanto, não resiste ao avanço da leitura, pois, imediatamente após conceituar, em seu artigo 1º, item 1, povos tribais<sup>33</sup> e povos "considerados indígenas"<sup>34</sup>, estabelece, no item 2, que "a consci-

32 Estes últimos definidos como aqueles "cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional".

33 Aqueles 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".

34 "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

ênica de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção".

Dois aspectos devem ser imediatamente retidos. O primeiro é que tanto a definição de povos indígenas como a de povos tribais são bastante abertas, contentando-se com um único vetor: organização social, cultural, econômica e política que os distinga, total ou parcialmente, de outros setores da sociedade envolvente. E o segundo é que o elemento definatório central é a consciência da identidade pelo próprio grupo. Há aqui um efeito real e simbólico de dimensões impressionantes: devolvem-se aos diversos grupos as expressões com que foram cunhados pelo Estado nacional/colonial, para que delas se apropriem e as ressignifiquem.

Todavia, outros desdobramentos devem ser destacados. É o caso do desprezo às classificações totalizantes, porque são, como denunciado pelos estudos culturais, categorias discursivas em torno das quais se organizou um sistema de poder e de exclusão<sup>35</sup>; porque são formas de racismo, ao destacarem determinadas características de um grupo e representá-las como fixas, inerentes, transmitidas pela cultura e pela herança biológica. Stuart Hall lembra que "o racismo biológico e a discriminação cultural não constituem dois sistemas distintos, mas dois registros do racismo"<sup>36</sup>; porque os grupos não são totalidades, mas compostos de elementos contraditórios, antagônicos e instáveis; porque esses grupos não são "resíduos do passado dentro do presente" [...] "que emergem como anomalias temporais dentro do contemporâneo"<sup>37</sup>; porque uma cultura, enquanto está sendo vivida, é sempre em parte desconhecida e, por isso, não pode ser totalmente objetivada.

De fato, anteriormente anotou-se que os sistemas classificatórios foram fundamentais para assegurar ao Estado o domínio das designações e dos direitos a elas equivalentes. Esse fenômeno corresponde

estabelecimento das atuais fronteiras nacionais e que, seja qual for a sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas".

35 HALL, op. cit., p. 77.

36 HALL, op. cit., p. 78.

37 EAGLETON, Terry. *A ideia de cultura*. São Paulo: Unesp, 2011, p. 44.

a um período histórico do Estado-Nação que se pretende superado, no plano dos fatos e dos direitos. Se a situação presente é de pluralismo do corpo social, se não mais subsiste o poder de um grupo sobre os demais, não há solução possível senão que cada qual assuma para si as suas definições identitárias. A insistência nas classificações externas é a persistência de uma luta por restauração de poder e dominação<sup>38</sup>.

Por outro lado, é preciso resistir à tentação de essencializar comunidades<sup>39</sup>, como entidades orgânicas, autossuficientes e autônomas. A despeito de permanecerem distintas, são atravessadas constantemente pelo entorno. Isso não significa declínio ou perda de identidade, mas, antes, identidades que se fortalecem pela abertura de novas possibilidades. Por isso, a expressão *cultura autêntica* é destituída de sentido: a cultura não está fora da história, das mudanças e das intervenções políticas. Segundo Hall<sup>40</sup>,

a cultura não é apenas uma viagem de redescoberta, uma viagem de retorno. Não é uma "arqueologia". A cultura é uma produção. Tem sua matéria-prima, seus recursos, seu "trabalho produtivo". Depende de um conhecimento da tradição enquanto "o mesmo em mutação" e de um conjunto efetivo de genealogias. Mas o que esse "desvio através de seus passados" faz é nos capacitar, através da cultura, a nos produzir a nós mesmos de novo, como novos tipos de sujeitos. Portanto, não é uma questão do que as tradições fazem de nós, mas daquilo que nós fazemos das nossas tradições [...] A cultura não é uma questão de ontologia, de ser, mas de se tornar.

Some-se a isso todo o fato de que a linguagem ativa uma gama de significados que estão embutidos numa determinada cultura; que não

38 Bourdieu (2003) adverte para o fato de que "qualquer unificação, que assimile aquilo que é diferente, encerra o princípio da dominação de uma identidade sobre outra, da negação de uma identidade por outra". Op. cit., p. 129.

39 Segundo Bourdieu, "o poder sobre o grupo que se trata de trazer à existência enquanto grupo é, a um tempo, um poder de fazer o grupo impondo-lhe princípios de visão e de divisão comuns, portanto, uma visão única de sua identidade, e uma visão idêntica de sua identidade". Ibidem, p. 117. Martha Nussbaum lembra que "também é um equívoco tratar as culturas como algo homogêneo, sem considerar a diversidade interna e o conflito". (Las mujeres y el desarrollo humano. Barcelona: Herdler Editorial, 2002, p. 248).

40 HALL, op. cit., p. 49.

há como dissociar mundo da vida/jogos de linguagem<sup>41</sup>; e que a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais registra expressamente em seu preâmbulo que "a cultura assume formas diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade"; não há como recusar aos diversos grupos a apropriação de suas definições identitárias.

Portanto, e à vista do vetor de que se vale a Convenção n. 169 – organização social, cultural, econômica e política que os distinga, total ou parcialmente, de outros setores da sociedade envolvente –, os grupos, e apenas eles, hão de dizer se se compreendem sob as grandes rubricas *povos indígenas* e *povos tribais*.

No Brasil, o Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, orienta-se pela mesma compreensão, valendo-se, no entanto, de uma única classificação para abranger a clientela, que, na Convenção n. 169, desdobra-se em duas. Os incisos I e II do artigo 3º do decreto merecem ser transcritos:

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;

II – Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações.

Ambos os dispositivos, a despeito de não enunciarem expressamente, têm inspiração óbvia na Convenção n. 169 e não deixam dúvidas

41 WITTGENSTEIN, op. cit.

sobre a abertura do conceito ali inscrito. A ressalva a povos indígenas e quilombolas no inciso II, por contarem com disciplina constitucional, é evidência suficiente de que a definição vai além deles. De resto, a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais conta, em sua composição, com representantes, entre outros, de comunidades de fundo de pasto, quilombolas, faxinais, pescadores, seringueiros, ciganos, indígenas, caiçaras, quebradeiras de coco babaçu.

A Convenção n. 169, no Brasil, aplica-se a todos esses grupos e a tantos outros que se apresentem sob o único vetor que normativamente os aproxima: organização social, política e cultural distinta da sociedade de grande formato<sup>42</sup>. São muitos, sim. O direito apenas os invisibilizou por longo tempo<sup>43</sup>. Chegou a hora de conhecê-los e reconhecê-los como sujeitos de direitos. E, por isso, é preciso convidá-los a falar. Talvez seja esse o último espaço a ser de fato conquistado. No mais, é interessante notar como esses grupos se apropriaram de mapas e os reconfiguraram: há, na atualidade, cartografias geradas por inúmeras comunidades país

42 Estão sob exame dos órgãos do executivo, por exemplo, pretensões territoriais de comunidades ribeirinhas, extrativistas e geraizeiras. Também há legislação municipal e estadual que contempla quebradeiras de babaçu (art. 196 da Constituição do Maranhão, além de várias leis municipais), comunidades de fundo de pasto (art. 178 da Constituição baiana e Lei n. 12.910/2013 da Bahia) e faxinalenses (Lei n. 3.446/1997 do Paraná). No âmbito do Judiciário, além de várias decisões que determinam a consulta prevista na Convenção n.169 a povos indígenas e quilombolas, começa a haver a determinação de que outros povos e comunidades sejam consultados. Na ação movida pelo Ministério Público Federal contra o Estado do Amazonas (processo n. 0006962-86.2014.4.013200), a juíza da 1ª vara federal do Amazonas, Jaiza Maria Pinto Fraxe, concedeu a liminar “para determinar a suspensão dos efeitos do Decreto n. 32.875, de 10 de outubro de 2012 (que declarou de utilidade pública área destinada a construção de pólo naval); suspensão imediata de todas as medidas atinentes ao projeto de implantação do Complexo Naval Mineral e Logístico, enquanto não realizada a consulta prévia, livre e informada das comunidades tradicionais ribeirinhas que vivem na região, nos termos dos artigos 6 e 15 da Convenção n° 169/OIT”. Consta da decisão o seguinte trecho: “Portanto, comunidades tradicionais não são definidas por algum tipo de rol fechado, tratando-se de qualquer grupo humano com traços culturais peculiares, sistemas de manejo que respeitam os ciclos da natureza, mediante utilização de conhecimentos herdados de gerações passadas, que assim se declarem, não cabendo ao Direito negar-lhe identidade, a pretexto de preenchimento de cadastros e formulários definidos por quem não pertence a esses grupos.” O Superior Tribunal de Justiça, na Reclamação 17.224/PA, referendou a necessidade de consulta aos povos indígenas e tribais atingidos pela Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós.

43 A Convenção n. 169 contém expresso reconhecimento desse dado já em seu preâmbulo: “observando que, em diversas partes do mundo, esses povos não têm condições de gozar de seus direitos humanos fundamentais na mesma medida que o resto da população dos Estados nos quais vivem [...]”.

afora<sup>44</sup>. Pretendem fazer o mesmo com o censo. A Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais<sup>45</sup> já há algum tempo pleiteia a realização de censo que dê conta dessa clientela, com base no critério exclusivo da autoatribuição.

Para Gramsci<sup>46</sup>, uma velha concepção de mundo não é substituída por outra, pronta e acabada, mas deslocada por outro modo de pensamento e internamente retrabalhada e transformada. É disso que aqui se trata.

## 2.2 Como consultar

Os dispositivos da Convenção n. 169 que imediatamente interessam em relação a esse tópico são os seguintes:

Art. 6º

1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que

44 “O Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia produziu um total de setenta fascículos, organizados em seis séries, referentes ao trabalho das três primeiras etapas de pesquisa, entre março de 2005 e janeiro de 2009. Produziu também 13 livros e um mapa (síntese referente à área ecológica dos babaçuais). Em 2006, o Projeto expandiu os trabalhos de mapeamento social para fora da Amazônia com a série 2, intitulada Projeto Nova Cartografia Social dos Povos e Comunidades Tradicionais do Brasil. Entre os anos de 2006 e 2007 foram publicados 10 fascículos, focando a diversidade social, a saber: Povos dos Faxinais, Fundos de Pasto, Quilombolas, Pescadores, Ribeirinhos, Cipozeiros e Povoado Pantaneiro, nos Estados do Paraná, Bahia, Pará, Amazonas, Roraima, Pernambuco, Espírito Santo, Santa Catarina e Mato Grosso”. Informação extraída do sítio <www.ppgcspa.uema.br>.

45 Por meio do Ofício n. 75/2014, de 4 de abril desse ano, o representante do MPF junto à Comissão, Wilson Rocha Assis, o membro da CNPCT e coordenador executivo da CONAQ, Jhonny Martins de Jesus, e o perito antropólogo da 6ª CCR, Marco Paulo Schettino, “sugerem que a agenda do recenseamento dos povos e comunidades tradicionais seja retomada e fomentada pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal [...]”. E, através do Ofício Circular n. 20/2014, a Secretaria Nacional de Articulação Social da Secretaria-Geral da Presidência da República convidou a coordenadora da 6ª CCR a participar de “Oficina sobre Povos e Comunidades Tradicionais e Censos Nacionais, com a equipe técnica do IBGE, que irá ocorrer entre os dias 7 e 8 de agosto de 2014 [...]”.

46 *Cuadernos de la Cárcel*. In: Ediciones Era. Disponível em: <http://rmarx.files.wordpress.com/2012/06/gramsci-antonio-cuadernos-de-la-cc3alrcel-vol-1.pdf>.

sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

[...]

2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado.

Art. 7º

1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.

Essa consulta tem por pressuposto, portanto, o domínio desses povos sobre a sua existência, e a expectativa de que, eventualmente, ações externas sobre ela se projetem. A consulta deve ser prévia (“sempre que sejam previstas”), bem informada (conduzida “de boa-fé”), culturalmente situada (“adequada às circunstâncias”) e tendente a chegar a um acordo ou consentimento sobre a medida proposta.

A consulta é prévia exatamente porque é de boa-fé e tendente a chegar a um acordo. Isso significa que, antes de iniciado o processo decisório, as partes se colocam em um diálogo que permita, por meio de revisão de suas posições iniciais, chegar-se à melhor decisão. Desse modo, a consulta traz em si, ontologicamente, a possibilidade de revisão do projeto inicial ou mesmo de sua não realização. Aquilo que se apresenta como já decidido não enseja, logicamente, consulta, pela sua impossibilidade de gerar qualquer reflexo na decisão<sup>47</sup>. A Resolução CONAMA n. 1, de 23 de janeiro de 1986, que “dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental”, diz, em seu art. 5º, I, que o estudo de impacto ambiental deve “contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto”. Esse é um norte bastante

47 A propósito, ONU, Consejo de Derechos Humano, informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas. James Anaya. Doc ONU A/HRC/12/34, 15 de junho de 2009, p. 65.

adequado também para a consulta, inclusive naqueles casos em que se exige prévia autorização do Congresso Nacional<sup>48</sup>. A Convenção n. 169 não deixa dúvidas quanto a esse ponto: a consulta antecede quaisquer medidas administrativas e legislativas<sup>49</sup> com potencialidade de afetar diretamente povos indígenas e tribais.

Também decorre da racionalidade do sistema que, nas medidas que se desdobram em vários atos, como ocorre, por exemplo, no procedimento de licenciamento ambiental, a consulta prévia seja renovada a cada geração de novas informações, especialmente aquelas relativas a impactos a serem suportados pelos grupos. O consentimento inicial para a obra se dá com base nos poucos dados disponíveis. Uma vez realizado o estudo de impacto ambiental e adicionadas outras tantas informações, a consulta tem que ser renovada, e, mais uma vez, iniciado o processo dialógico tendente ao acordo. Esse é um imperativo que decorre, primeiro, dos próprios vetores da consulta (especialmente, nesse ponto, o seu caráter de boa-fé), e, segundo, da natureza do estudo de impacto ambiental. Esse estudo, nos termos do art. 6º da Resolução CONAMA n. 001/1986, deve fazer: (a) o diagnóstico da área de influência do projeto sob três perspectivas – meios físico, biótico e socioeconômico, e as interações entre eles; (b) a análise dos impactos ambientais do projeto e suas alternativas; (c) a definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos. É o conjunto dessas informações que habilitará os grupos impactados a decidirem pela realização ou não da obra, ou pela adoção de projeto alternativo. Não seria razoável conclusão no sentido de que aquela primeira adesão, feita com base em informações um tanto quanto precárias, pela ausência dos estudos cabíveis, esgotasse o processo de consulta da Convenção n. 169. Portanto, é imperativo considerar que a consulta é de natureza procedimental sempre que a medida projetada assim se apresentar e se renovar a cada fase do procedimento que agre-

48 Art. 231, § 3º, da Constituição brasileira: “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

49 Pende de exame, no Supremo Tribunal Federal, o AgRg na Reclamação 14.404, tendente a anular decreto legislativo que autorizou a construção da UHE Belo Monte sem que fosse precedido de consulta às comunidades atingidas pelo empreendimento.

gar novas informações sobre impactos a serem suportados pelos grupos diretamente atingidos, bem como sobre as medidas tendentes a mitigá-los e compensá-los<sup>50</sup>.

A consulta também pressupõe que nenhuma, absolutamente nenhuma, fase da obra se inicie antes que estejam disponíveis todos os dados técnicos acima referidos, que permitam aos grupos se posicionarem nesse processo dialógico. A despeito da obviedade da assertiva, o que se vem observando, no Brasil, é que muitas das informações que deveriam constar do diagnóstico só são produzidas mais tardiamente, como condicionantes das licenças de instalação e de operação. Assim a obra, o mais das vezes, chega à fase final sem que os grupos tenham acesso à principal informação que os capacitaria a uma decisão consequente: a avaliação dos impactos do empreendimento sobre eles próprios. É evidente a subversão do processo de consulta em seus três pilares: deixa de ser prévia, de boa fé e dialógica.

A consulta também só se qualifica como tal se for compreendido o seu propósito em toda a sua extensão. Daí o imperativo de que seja culturalmente situada. A primeira consequência é de que não há um modelo único de consulta; ao contrário, ela se desenvolve de acordo com as peculiaridades de cada grupo.

Começa-se pela eventual necessidade de tradução, seja de língua, seja de linguagem. Em ambas as hipóteses, o que é preciso assegurar é a compreensão do projeto e todas as suas implicações. Como foi dito anteriormente, linguagem/mundo da vida têm entre si relação de complementariedade. De modo que falantes da mesma língua podem não se compreender porque provenientes de mundos culturais diversos. A intermediação antropológica, nesses casos, se presta a aproximar os interlocutores e possibilitar de fato o diálogo<sup>51</sup>.

50 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já estabeleceu que “através de tais processos de consulta prévia, deve-se garantir a participação dos povos indígenas e tribais em todas as instâncias de decisão dos projetos de exploração de recursos naturais em suas terras e territórios, desde seu desenho, licitação e concessão, até sua execução e avaliação”. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia em Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, p. 248.

51 Para os Enawene Nawe, grupo que só começa a ter mais contato com a sociedade envolvente no fim dos anos 1990, os *Yakaliti* são seres gananciosos e donos dos recursos naturais. Quando não saciados, podem causar doenças e mortes. A vida cotidiana dos

Por outro lado, é preciso atenção ao tempo para a tomada de decisões, tanto quanto a sua extensão como ao momento adequado. Aqui é importante retornar à questão de que, quando se fala em grupos, comunidades e povos, não se está diante de totalidades homogêneas. Essa é uma visão externa, simplificadora e essencialista. As coletividades reais vivem conflitos, dissensos e disputas de várias ordens, de modo que, também internamente, é preciso tempo para construir eventuais consensos. Também há grupos que distribuem o tempo em ciclos, cada qual adequado a determinadas finalidades.

Tampouco há uma fórmula única para a tomada de decisões. Alguns grupos as reservam aos caciques, anciões, professores; outros, à totalidade do grupo ou a instâncias representativas. O que é fundamental reter é que não se pode subverter esse processo mediante uma solução externa<sup>52</sup>.

Portanto, o mais das vezes, o processo de consulta deve contar com antropólogo com conhecimento do grupo a ser consultado. Esse profissional é que permitirá que perguntas e respostas sejam adequadamente postas e compreendidas por ambos os lados. Sem esse aporte, a consulta, em si, tem potencialidade de gerar dano até superior ao do próprio projeto que se pretende implantar<sup>53</sup>.

Enawene Nawe, por isso, conta com extensos cerimoniais de oferecimento de comidas e bebidas aos *Yakaliti*, especialmente peixe, bebida e sal. Antigamente, uma barragem feita com cobras, construída pelo espírito *Talekololi*, causou um dilúvio que inundou por completo o seu território. As pessoas morriam por não ter onde se proteger, e os cadáveres iam sendo devorados, um a um, pelos *Yakaliti*. Restou apenas um casal, que se salvou ao se abrigar no topo de um morro que aumentava de tamanho, conforme subia o nível da água represada. Em 2003, quando os Enawene foram informados pela primeira vez sobre a construção das PCHs no Rio Juruena, houve pânico, temendo-se a repetição do mito. ALMEIDA, Juliana. Alta tensão na floresta: os Enawene Nawe e o Complexo Hidrelétrico Juruena. In: *Reflexões Indígenas*. ARRUDA, Rinaldo S.; JAKUBASKO, Andrea; RAMIRES, Marcos de Miranda. Campinas (SP): Editora Curt Nimuendajú, 2011.

52 Para a Corte Interamericana, a consulta de boa-fé “é incompatível com práticas tais como intentos de desintegração da coesão social das comunidades afetadas, seja através da corrupção dos líderes comunais ou do estabelecimento de lideranças paralelas, ou por meio de negociações com membros individuais das comunidades”. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N. 245, p. 186.

53 O Consórcio Norte Energia, responsável pela construção da UHE Belo Monte, não conseguindo implantar o PBA indígena, apresentou um plano emergencial sob a forma de “listas”. Significava que os índios afetados pelo empreendimento poderiam pedir o que

### 2.3 Os efeitos da consulta

Esse é certamente o tópico que suscita as maiores controvérsias. Há aqueles que defendem ser a consulta mera formalidade, sem aptidão para interferir no processo decisório do Estado, e há outros que advogam a possibilidade incondicional de veto ao projeto.

Ambas as posições, contudo, parecem equivocadas. A primeira, por ignorar os próprios pressupostos e requisitos que a Convenção n. 169 estabelece para a consulta, acima enunciados. E a segunda, por desconsiderar que, numa sociedade plural, nenhum grupo pode ter o domínio absoluto das decisões que escapam ao seu exclusivo interesse.

Há, contudo, no intervalo entre esses dois polos, muito a ser considerado.

Primeiro, e por óbvio, a decisão do grupo é definitiva quanto às medidas que lhes digam respeito com exclusividade. Assim, a implementação de uma determinada política pública ou de uma obra dentro de seu território depende de sua anuência. O veto, aqui, é de natureza absoluta e decorre da autodeterminação do grupo, da autonomia na estipulação e gerência de seus projetos de desenvolvimento.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu, a partir do caso *Saramaka*<sup>54</sup>, uma distinção entre consulta e consentimento, com exigência desse último nas hipóteses de grandes projetos de empreendimento que provoquem perda de território ou seu grave comprometimento no que diz respeito ao acesso, uso e gozo dos recursos fundamentais à existência física e cultural do grupo.

quisessem. Quando o antropólogo Guilherme Orlandini Heurich chegou aos *Araweté*, em 2013, surpreendeu-se com a quantidade de canoas/voadeiras e com o fato de muito jovens serem seus proprietários. Um deles, de nome *Jawiï*, tinha 11 anos e viajava “pra cima e pra baixo nesse Xinguzão”. O Consórcio era visto como o grande doador, universal e infinito. O que não ficou claro nesse processo é como essa fartura, apreciada pelos *araweté*, se apresenta para o seu xamanismo, as exigências dos mortos sobre as coisas que faltam no céu. Nesse quadro de abundância, *Moinowih* disse a Guilherme que tudo que a Norte Energia estava enviando era uma compensação pela morte de todos na aldeia, pela água da barragem (Relato do antropólogo citado em reunião ocorrida na 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em 14 de maio de 2013), ou seja, os *Araweté* estavam vivendo o seu apocalipse.

54 *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, p. 135-137.

Tal entendimento decorre do tratamento que a Convenção n. 169 confere aos territórios ocupados pelos povos indígenas e tribais, considerando-os espaços fundamentais para as suas culturas e seus valores espirituais<sup>55</sup>. Essa noção de território é um dos elementos centrais da virada paradigmática no âmbito do direito. A relação indivíduo/terra/propriedade privada, até então a única por ele homologada, passa a conviver com a de coletividades/territórios/espacos de pertencimento. A primeira, de natureza individual, com o viés da apropriação econômica; a segunda, como *locus* étnico e cultural<sup>56</sup>. Nesse sentido, a desterritorialização forçada corresponde a verdadeiro genocídio, pois se suprime ao grupo espaço identitário dentro do qual a sua existência faz sentido. Daí porque a Convenção n. 169 expressamente dispõe, em seu art. 16.1, que “os povos interessados não deverão ser retirados das terras que ocupam”. E, nos itens seguintes, faz de retirada e reassentamento medidas absolutamente excepcionais, a dependerem de consentimento livre e informado, com garantia de retorno tão logo cessem as razões que fundamentaram a transferência.

Afora essas situações, em que o consentimento é essencial, a consulta deve ser vinculante. Significa dizer que eventuais objeções oferecidas pelo grupo devem ser levadas a sério e superadas com razões melhores. Se estas não se apresentarem, as objeções têm que ser incorporadas ao processo decisório, com alteração, no todo ou em parte, do projeto. Não é possível o descarte ou a desqualificação de ideias contrárias sob argumentos de *autoridade*. A consulta da Convenção n. 169 foi concebida como importante instrumento de correção de assimetrias verificadas na sociedade nacional. Não mais se concebe, tal como se deu em passado bastante recente, que os benefícios do chamado desenvolvimento sejam auferidos por alguns grupos privilegiados, e os seus efeitos perversos, suportados pelos demais. Daí porque a consulta é um processo ético, de natureza argumentativa, em que as partes se relacionam com igual respeito e consideração.

55 Art. 13. 1. “Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”.

56 Internamente, são vários os textos normativos que têm por objeto assegurar a posse/propriedade de territórios aos respectivos grupos. Exemplificativamente, os arts. 231 da CF (indígenas) e 68 do ADCT (quilombolas); Decreto n. 6.040/2007 (povos e comunidades tradicionais); Decreto n. 4.887/2003 (quilombolas); Decreto n. 1.775/1996 (povos indígenas).

### 3 Considerações adicionais. O cosmopolitismo jurídico

A interpretação aqui desenvolvida sobre a consulta da Convenção n. 169 conta com o endosso de cortes e órgãos internacionais e regionais de direitos humanos, como revelam as várias anotações em rodapé. Essa circunstância é de importância considerável na exegese a ser desenvolvida pelos juízes e tribunais do Brasil.

O Estado brasileiro encontra fundamento na cidadania e na dignidade da pessoa humana. Essa proeminência do respeito aos direitos fundamentais do cidadão se estende também ao âmbito das relações internacionais, que devem ser desenvolvidas sob o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

De fato, o Brasil, ao menos desde a promulgação das Convenções de Haia em 1907 (ratificada em 1914), e especialmente com a subscrição da Carta de São Francisco (1945) de constituição das Nações Unidas, assumiu na comunidade internacional o papel de corresponsável pela promoção dos direitos humanos.

Nesse processo participou ativamente da promulgação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas de 1948. E, mais recentemente, ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil está vinculado a essa ordem internacional de proteção aos direitos humanos por força de decisão de sua própria Constituição, que determina que o Estado se regerá em suas relações internacionais com base no princípio da prevalência desses direitos (art. 4º, II). Esse preceito é reforçado pelas normas ampliativas do rol de direitos fundamentais constantes dos §§ 2º a 4º do art. 5º.

Segundo Peter Häberle<sup>57</sup>, na atualidade, são reconhecidas tendências no campo do direito constitucional de vários países ocidentais “que indicam a diluição do esquema estrito interno/externo a favor de

57 HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

uma abertura ou amabilidade do Direito Internacional<sup>58</sup>. Estaria a caminho uma conversão do Estado nacional soberano em Estado constitucional cooperativo, assim resumidamente apresentado:

- Abertura para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno (permeabilidade), também no acento da abertura global dos direitos humanos (não mais cerrados no domínio reservado) e de sua realização “cooperativa”.
- Potencial constitucional ativo, voltado ao objetivo (e elementos isolados nivelados) de realização internacional “conjunta” das tarefas como sendo da comunidade dos Estados, de forma processual e material.
- Solidariedade estatal de prestação, disposição de cooperação para além das fronteiras: assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também a nível jurídico privado (Cruz Vermelha, Anistia Internacional)<sup>59</sup>.

A Constituição brasileira, como já referido, contém vários dispositivos que apontam no sentido de um Estado cooperativo: a previsão de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º); a equivalência de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, desde que aprovados com quórum específico (art. 5º, § 3º); a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (art. 5º, §4º); relações internacionais determinadas, entre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, incisos II, VIII e IX, respectivamente).

Nesse quadro de Estado constitucional fortemente marcado por relações internacionais, é preciso redefinir as fontes de direito e a própria teoria da interpretação. Segundo Häberle,

A ideologia do monopólio estatal das fontes jurídicas torna-se estranha ao Estado constitucional quando ele muda para o Estado cons-

58 *Ibidem*, p. 47.

59 HÄBERLE, op. cit., p. 70-71.

titucional cooperativo. Ele não mais exige monopólio na legislação e interpretação: ele se abre – de forma escalonada – a procedimentos internacionais ou de Direito Internacional de legislação, e a processos de interpretação<sup>60</sup>.

De resto, há evidente valorização, pela jurisprudência nacional, dos comandos dos tratados internacionais incorporados. O ministro Gilmar Mendes sustenta que

[...] o texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, §§ 2º, 3º e 4º, da Constituição Federal, que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional<sup>61</sup>.

Não faz sentido, assim, que haja todo um conjunto de normas constitucionais que privilegiem tratados internacionais em matéria de direitos humanos e se ignore, no momento da interpretação, a posição que cortes internacionais vêm assumindo sobre o tema em questão.

## 4 Conclusão

A Convenção n. 169 da OIT é seguramente o documento internacional que mais e melhor traduziu a passagem do Estado nacional de matiz hegemônico para a sua vertente de pluralismo cultural e étnico. Se, por um lado, tornou visíveis grupos historicamente deslocados para as margens da sociedade, por outro, tratou dos mecanismos necessários para lhes garantir domínio de suas próprias vidas e espaço no cenário público. O reforço de suas liberdades expressivas é o principal deles.

É preciso, no entanto, investir demasiadamente nela. Sua abertura para a diferença e para as margens bem como o descentramento da narrativa que ela possibilita geram uma resistência, às vezes até

60 Op. cit., p. 61.

61 AC 2436 MC/PR – Paraná Medida Cautelar em Ação Cautelar. Relator: min. presidente. Julgamento: 3.9.2009.

agressiva, ao que ali se contém<sup>62</sup>. As categorias de *civilização e barbárie*, volta e meia, são acionadas para classificar aqueles que estão a favor ou contra “projetos de desenvolvimento”. Ou tomam-se esses grupos, e seus integrantes, por frágeis, sofredores, necessitados, dependentes, vulneráveis, que, mais do que tudo, devem ser monetariamente satisfeitos. A consulta, então, transforma-se em análises de custo-benefício, com cálculos grotescos que colocam valores em vidas humanas.

Essas percepções, infelizmente, ainda estão presentes no inconsciente jurídico brasileiro: parece quase natural que o pagamento seja uma saída para todos os impasses, e o progresso, um imperativo das sociedades modernas. Contudo, já é hora de prestar atenção às visões concorrentes de desenvolvimento, progresso e boa vida. Elas existem, são muitas e não podem ser mais banidas para as periferias dos debates.

## Referências

ALMEIDA, Juliana. Alta tensão na floresta: os Enawne Nawe e o Complexo Hidrelétrico Juruena. In: ARRUDA, Rinaldo S.; JAKUBASKO, Andrea; RAMIRES, Marcos de Miranda. *Reflexões indígenas*. Campinas: Curt Nimuendajú, 2011.

ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

\_\_\_\_\_. *Meditações pascalianas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

COUTO, Mia. *As confissões da leoa*. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

62 O deputado Paulo Cesar Quartiero, do DEM/RR, apresentou projeto de decreto legislativo, que veio a tomar o PDC n. 1471/2014, com o propósito de sustar a aplicação do Decreto n. 5051, de 19 de abril de 2004 (que promulgou a Convenção n. 169), e revogar a subscrição do Brasil à referida convenção. A proposta foi arquivada, e o mesmo parlamentar apresentou a indicação INC n. 6.346/2014, por meio da qual se sugere à presidente da República a denúncia da Convenção n. 169. Essa proposição está em tramitação, e o seu andamento, obtido no sítio <www.camara.leg.br>, revela que, em 16.7.2014, foi remetida ao ministro chefe da Casa Civil da Presidência da República.

- DERRIDA, J. *L'écriture et la différence*. Paris: Éditions du Seuil, 1967.
- EAGLETON, Terry. *A ideia de cultura*. São Paulo: Unesp, 2011.
- ENCICLOPÉDIA BRASILEIRA MÉRITO. São Paulo/Rio/Porto Alegre: Mérito, v. 13, p. 1958-1964.
- GRAMSCI, Antonio. *Cuadernos de la Cárcel*. Disponível em: <<http://kmarx.files.wordpress.com/2012/06/gramsci-antonio-cuadernos-de-la-cc3alrcel-vol-1.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2014.
- GILROY, Paul. *The Black Atlantic*. Cambridge: Harvarde UP, 1993.
- HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HALL, Stuart. *Da diáspora – identidades e mediações culturais*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2013.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.
- HOBBSAWM, Eric J. *Nações e nacionalismo desde 1780 – programa, mito e realidade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- MILL, John Stuar. *Utilitarianism – Liberty – Representative Government*. Londres: Popular, 1910.
- NUSSBAUM, Martha. *Las mujeres y el desarrollo humano*. Barcelona: Herdler Editorial, 2002.
- RAMOS, André Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Qu'est-ce que le tiers état?*. [s./l.], 1788.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*. México: UNAM, 1988.

# Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações<sup>1</sup>

Felício Pontes Jr.

Procurador da República no Pará. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rodrigo Oliveira

Editor e colunista do Portal da Consulta Prévia. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Bolsista CAPES.

## Introdução

A intensificação dos empreendimentos que exploram recursos naturais é uma das características deste início de século XXI na América Latina. No Brasil, o Programa de Aceleração do Crescimento, política governamental, prevê para a Amazônia 43 obras que afetam terras indígenas, apenas no chamado *eixo transporte*, sem falar em hidrelétricas ou em projetos privados de mineração que batem recordes de exploração a cada ano<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Optou-se por restringir este artigo à participação dos povos indígenas – em detrimento de outros grupos étnicos – em razão de a oitiva constitucional ter como sujeito somente esses povos, como prevê o artigo 231, § 3º, da Constituição Federal. No que diz respeito às diferenças traçadas entre audiência pública e consulta prévia, estas são perfeitamente válidas para as comunidades quilombolas e outras comunidades tradicionais.

<sup>2</sup> VERDUM, Ricardo. *As obras de infraestrutura do PAC e os povos indígenas na Amazônia brasileira*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2012, p. 223.

Segundo dados da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), estão em curso cerca de 350 processos de licenciamento de projetos que afetam povos indígenas. Desse montante, 33% correspondem a usinas hidrelétricas (UHE) e pequenas centrais hidrelétricas (PCH), 19% a rodovias, e 18% a linhas de transmissão<sup>3</sup>.

O fenômeno – isto é, o crescente interesse público e privado sobre os recursos naturais de uso dos povos indígenas<sup>4</sup> – pode ser estudado sob prismas variados. Este artigo se propõe estudar as consequências jurídicas no que se refere ao direito de participação dos povos indígenas na definição desses projetos.

As três formas de participação estudadas serão: I) audiência pública (Resoluções n. 01/1986 e 09/1987 do Conselho Nacional do Meio Ambiente); II) oitiva constitucional (CF, art. 231, § 3º) e; III) consulta prévia (Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, artigos 6º e 15, e Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, artigos 18 e 19).

Não se desconhece que a participação institucionalizada dos povos indígenas vai muito além das formas citadas, a exemplo dos fóruns e conselhos deliberativos. No entanto, a delimitação do tema se deve à frequente sobreposição que se faz entre os três institutos, não sendo raro tomá-los como idênticos ou considerar que a consulta prévia é o gênero do qual audiência pública e oitiva constitucional são espécies.

Os memoriais apresentados pela FUNAI nos autos da Ação Civil Pública n. 2006.39.03.000711-8 podem ilustrar a questão. Na oportunidade, o órgão indigenista incluiu quatro *audiências públicas* entre as reu-

3 MEIRA, Márcio. Consulta e autorizações para empreendimentos que impactam terras indígenas. In: ROJAS GARZON, Biviany (org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009, p. 323-324.

4 David Harvey aponta que uma das características do capitalismo contemporâneo é a pressão sobre os recursos naturais localizados em territórios “de fronteira” (isto é, ainda não explorados), como as terras habitadas por povos indígenas, historicamente removidos de seus territórios ancestrais (HARVEY, 2003 apud RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Etnicidad*. gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados. Bogotá: Dejusticia, 2012, p. 13).

niões que chamou de *consulta*, e que teriam precedido a construção de UHE Belo Monte<sup>5</sup>.

De igual modo, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), por meio de sua Diretoria de Licenciamento Ambiental, justificou que a exigência de consulta prévia aos povos indígenas potencialmente afetados pela construção da UHE Cachoeira dos Patos estaria satisfeita com a realização de audiências públicas<sup>6</sup>.

A frequente troca de termos entre as locuções, como se observa nas expressões *audiência prévia*, *oitiva prévia* e *consulta pública*, evidencia a imprecisão com que se empregam os institutos, a despeito de possuírem características e efeitos jurídicos bem distintos.

Em vista da problemática, este artigo busca identificar e definir os contornos entre audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia. A maior nitidez dos institutos poderá contribuir para garantia da participação efetiva e diversificada dos povos indígenas em projetos que possam afetar seus direitos coletivos.

## Audiência Pública Ambiental

### *Principais características*

As audiências públicas fazem parte do processo de licenciamento ambiental. A base jurídica está na Constituição, na Lei n. 9.784/1999

5 Entre o período de dezembro de 2007 a outubro de 2009, foram realizadas pela FUNAI 42 reuniões de consulta (incluídas as 4 audiências públicas em Brasil Novo, Vitória do Xingu, Altamira e Belém), junto aos povos e comunidades indígenas, todas documentadas em áudio e vídeo” (Tribunal Regional Federal 1ª Região). Apelação Cível n. 2006.39.03.000711-8. Relator: desembargador federal Fagundes de Deus. Brasília, 14 nov. 2011, p. 53, grifos nossos).

6 “No que se refere à participação dos povos indígenas no processo de licenciamento ambiental, o exercício desse direito é resguardado por meio da realização de audiências públicas, conforme previsto na Resolução Conama nº 09/1987 [...]” (IBAMA. *Ofício 02001.011305/2013-95 DILIC/IBAMA*. Resposta à Recomendação/2ºOfício/PRM/STM n. 1, de 29 de julho de 2009, do Ministério Público Federal, recomendando ao IBAMA que consulte previamente os povos indígenas antes de emitir qualquer licença no sentido da construção da UHE Cachoeira dos Patos. Brasília: IBAMA/DILIC, 3 set. 2013, p. 2, grifos nossos).

e, principalmente, em duas resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA): a Resolução n. 01, de 23 de janeiro de 1986, e a Resolução n. 09, de 3 de dezembro de 1987.

A primeira resolução prevê que toda atividade modificadora do meio ambiente deve ser submetida ao licenciamento ambiental e, conseqüentemente, à possibilidade de realização de audiência pública<sup>7</sup>. Recebido o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), o órgão licenciador “determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA”<sup>8</sup>.

A Resolução n. 09, de 3 de dezembro de 1987, por sua vez, esclarece as características da audiência pública. Sua finalidade é “expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito”<sup>9</sup>. A Resolução também amplia os proponentes da audiência. Além do órgão ambiental que pode realizá-lo por iniciativa própria, estão legitimados a propô-la entidade da sociedade civil, Ministério Público, ou cinquenta ou mais cidadãos<sup>10</sup>. O tempo para a solicitação será de 45 dias a partir do recebimento do EIA/RIMA<sup>11</sup>. Uma vez solicitada, a não realização da audiência redundará na invalidade da licença concedida<sup>12</sup>.

Outras características relevantes da audiência pública ambiental são a escolha de local acessível e a possibilidade de haver várias audiências públicas, a depender da solicitação dos interessados e da

7 Resolução CONAMA n. 01/1986, art. 2º c/c art. 11, § 2º.

8 Ibidem, art. 11, § 2º.

9 Resolução n. 09/1987, art. 1º.

10 Ibidem, art. 2º.

11 Ibidem, art. 2º, § 1º.

12 Resolução CONAMA n. 01/1986, art. 2º, § 2º.

complexidade da obra<sup>13</sup>. Sua dinâmica, suscintamente, inicia-se sob a presidência do órgão licenciador, que passa a palavra ao expositor do projeto e, em seguida, abre as discussões com os interessados.

A partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a audiência pública ambiental passa a ter *status* constitucional:

art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. [grifo nosso]

A publicidade ao EIA/RIMA se dá por meio da audiência pública, embora esta não seja a única forma. A disponibilidade do estudo no sítio do órgão ambiental na Internet é também uma forma de publicização. Entretanto, para a sociedade civil em geral e para os povos indígenas em particular, é a audiência pública que deve promover o contato mais eficaz, diante das alteridades culturais.

O evento não se restringe à apresentação do projeto. Também é objetivo da audiência pública recolher contribuições, escritas ou não, por meio de ata, que vão subsidiar a decisão de viabilidade socioambiental do projeto pelo órgão licenciador<sup>14</sup>. É o momento chave para que a sociedade civil (movimentos sociais, organizações não governamentais, universidades etc.) apresente suas críticas, apontando erros e/ou omissões nos estudos. É preciso considerar especialmente as reivindicações da população atingida, a qual detém conhecimentos qualificados sobre a dinâmica do ambiente local.

13 Ibidem, art. 2º, §§ 4º e 5º.

14 Resolução CONAMA 09/1987, art. 4º - “Ao final de cada audiência pública será lavrada uma ata sucinta. Parágrafo Único - Serão anexadas à ata, todos os documentos escritos e assinados que forem entregues ao presidente dos trabalhos durante a seção”; art. 5º - “A ata da(s) audiência(s) pública(s) e seus anexos, servirão de base, juntamente com o RIMA, para a análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto”.

Daí o relevo que assume a audiência pública para a decisão de viabilidade ambiental da obra, como ensina Paulo Affonso Leme Machado:

A Audiência Pública – devidamente retratada na ata e seus anexos – não poderá ser posta de lado pelo órgão licenciador, com o mesmo dever de pesar os argumentos nela expendidos, como a documentação juntada. Constituirá nulidade do ato administrativo autorizador – que poderá ser invalidada pela instância administrativa superior ou por via judicial – quando o mesmo deixar de conter os motivos administrativos favoráveis ou desfavoráveis ao conteúdo da ata e de seus anexos<sup>15</sup>.

É possível afirmar, nesses termos, que a audiência pública ambiental é um mecanismo da democracia participativa, que resguarda o direito à participação e à informação. Aliás, o Princípio n. 10 da Declaração do Rio<sup>16</sup> demonstra a justificativa e o objetivo da participação popular nas audiências públicas:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.

A audiência é parte de um processo administrativo e, como tal, está submetida aos princípios gerais expostos na Constituição Federal e na Lei n. 9.784/1999. Esta lei, em seu art. 2º, elenca os princípios que norteiam a Administração Pública, destacando-se a atuação conforme o Direito, adequação entre meios e fins e observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, entre outros<sup>17</sup>.

15 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 308.

16 Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl\\_rio92.pdf](http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf)>.

17 Lei n. 9.784/1999, art. 2º.

A audiência pública ambiental somente alcança sua finalidade com a participação política da sociedade civil em sua plenitude, o que significa igualdade de tratamento aos participantes, permitindo que todos possam expor argumentos, dúvidas, questionamentos, e que estes sejam levados em consideração.

### *Audiência pública ambiental e povos indígenas*

Quando o empreendimento atinge povos indígenas, é necessário que a audiência pública observe certas exigências, além daquelas usuais, em respeito à diversidade cultural.

O fundamento está no pluralismo político, princípio fundamental da República<sup>18</sup>, e na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ao declarar que os governos deverão “incluir medidas que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população”<sup>19</sup>.

Também é fundamento da participação diferenciada dos povos indígenas na audiência pública ambiental o Princípio n. 22 da Declaração do Rio:

As populações indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm papel fundamental na gestão do meio ambiente e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses dessas populações e comunidades, bem como habilitá-las a participar efetivamente da promoção do desenvolvimento sustentável.

Diante da clara obrigatoriedade em realizar audiências públicas com povos indígenas, é necessário estudar as exigências diferenciadas que são requisitos de validade específicos dessa modalidade de audiência.

O primeiro deles é que o RIMA seja traduzido para a língua falada pelas etnias afetadas. Não há condições efetivas de participação se o do-

18 Constituição Federal, art. 1º, V.

19 Convenção n. 169, art. 2º, item 2, letra a.

cumento que está sendo avaliado estiver escrito em língua que o grupo social não domine.

Considerando que a legislação nacional assegura aos não índios que o RIMA seja escrito em sua língua, que seja “apresentado de forma objetiva e adequada a sua compreensão” e suas informações sejam “traduzidas em linguagem acessível”<sup>20</sup>, somente haverá condições de igualdade dos direitos e oportunidades se ao menos o RIMA for traduzido para a língua falada pelos povos indígenas afetados pelo empreendimento. Pelas mesmas razões, a audiência pública também deve contar com tradução simultânea.

O segundo requisito é que a dinâmica do evento seja diferenciada. Cada povo indígena possui a sua própria organização social e política. Assim, a data, a duração e a forma de participação na audiência devem ser previamente coordenadas com a própria comunidade indígena, tudo devidamente registrado em ata.

Em conclusão, a audiência pública ambiental é etapa de todo e qualquer processo de licenciamento ambiental de atividades modificadoras do meio ambiente<sup>21</sup>. Quando a obra atinge povos indígenas, o processo de licenciamento deve conter especificidades que levem em conta as características do grupo social que possa ser atingido. Essas especificidades possuem o objetivo de assegurar condições de igualdade, em direitos e oportunidades, aos povos indígenas e permitem ao órgão licenciador receber informações diferenciadas e valiosas para deliberar sobre a viabilidade socioambiental da obra.

Como se nota, a audiência pública ambiental não possui caráter deliberativo, isto é, nesse evento, a manifestação dos povos indígenas em favor ou contra a atividade não é dotada de repercussões jurídicas na deliberação do órgão ambiental, o que a distingue profundamente da oitiva constitucional e da consulta prévia.

Todavia, a incompreensão dos institutos tem como resultado que audiências públicas realizadas com povos indígenas, dentro do processo

20 Resolução CONAMA n. 01/1986, art. 9º, parágrafo único.

21 Resolução CONAMA n. 01/1986, art. 2º, c/c art. 11, § 2º.

de licenciamento ambiental, sejam tomadas como consulta prévia, mesmo que não haja qualquer possibilidade de deliberação.

## Oitiva constitucional

A Constituição Federal de 1988 consolidou-se como marco jurídico e político na garantia de direitos dos grupos culturalmente diferenciados. Reconhecendo o Brasil como país pluriétnico, a CF inaugura no ordenamento jurídico uma série de direitos diferenciados. No caso específico dos povos indígenas, positiva o respeito à organização social, aos costumes, às línguas, às crenças e às tradições, além de resguardar os direitos territoriais e o usufruto exclusivo dos recursos naturais em suas terras.

De maneira inovadora, prevê a *oitiva constitucional* no art. 231, § 3º, forma *sui generis* de participação exclusiva dos povos indígenas. Sem qualquer paralelo na legislação de outros países, a Carta Magna exige que o Congresso Nacional *ouça* os povos indígenas antes da autorização de atividades específicas – aproveitamento de recursos hídricos e minerais – em seus territórios:

art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, *ouvidas as comunidades afetadas*, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. [grifo nosso]

Como a leitura sugere, o próprio constituinte possibilita a mitigação dos direitos territoriais e do usufruto exclusivo dos recursos naturais pelos povos indígenas, por entender, de forma abstrata, que a mineração e a hidroeletricidade seriam atividades estratégicas ao interesse nacional<sup>22</sup>. Todavia, a Constituição não descuidou dos interesses indígenas,

22 CF/1988, art. 176, § 1º: “A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados

exigindo que a execução das atividades citadas seja precedida de autorização do Congresso Nacional, emitida após serem ouvidos os povos indígenas afetados.

A oitiva indígena surge, portanto, para resguardar os direitos territoriais e o usufruto exclusivo dos recursos naturais dos povos indígenas, que podem ser impactados com a implantação de projetos hidrelétricos e minerários.

A jurisprudência referente ao direito à oitiva constitucional é bastante escassa. Os principais julgados constam nos autos da Ação Civil Pública n. 2006.39.00.0711-8<sup>23</sup>, na qual se discute, de maneira incidental, a constitucionalidade do Decreto Legislativo n. 788/2005, que autorizou o Poder Executivo a implantar a UHE Belo Monte no rio Xingu<sup>24</sup>.

A primeira controvérsia sobre a oitiva constitucional diz respeito à hipótese de incidência da norma. Deverá haver oitiva quando as atividades descritas forem desempenhadas *em terras indígenas*. O sentido da expressão parece claro: estará localizado em terra indígena aquele empreendimento cujas obras civis estejam no interior dos limites geográficos delimitados da área. Contudo, a questão não é tão simples quanto parece.

Se a norma resguarda, além dos direitos territoriais, o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais, o que ocorrerá quando determinado empreendimento explorar recursos naturais dos indígenas sem que suas obras civis estejam dentro das divisas da terra delimitada?

A situação pode parecer rara, mas é exatamente um dos pontos discutidos no caso da UHE Belo Monte. O rio Xingu será desviado em

---

mediante autorização ou concessão da União, no *interesse nacional*, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou *terras indígenas*". [grifos dos autores]

23 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Processo n. 2006.39.00.0711-8. Anular o Decreto n. 788 e assegurar a oitiva dos povos indígenas. Belém: MPF, 2006.

24 A constitucionalidade fora questionada de maneira incidental em Ação Civil Pública pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ter julgado a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3573-8/PA, por considerar o Decreto Legislativo n. 788/2005 ato normativo de efeitos concretos, portanto insuscetível de controle concentrado de constitucionalidade.

100 quilômetros de extensão. No leito natural do rio, o volume de água será reduzido a cerca de 24% da média anual. Este componente de engenharia foi chamado pelo Estudo de Impacto Ambiental de Trecho de Vazão Reduzida<sup>25</sup> e é onde se localizam duas terras indígenas.

O artifício é essencial ao funcionamento da usina e possibilitou retirar as barragens e o alagamento do interior das Terras Indígenas Paquiçamba e Arara da Volta Grande. No entanto, o leito natural do rio Xingu é divisa dessas terras e seu desvio significa que os Juruna e os Arara usufruirão do rio com volume reduzido em quase 80%.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região teve a oportunidade de enfrentar o tema. Inicialmente, o acórdão proferido em 14 de novembro de 2011 justificou que a usina não estaria em terras indígenas e por isso o decreto legislativo autorizador era válido, já que não se impunha à oitiva constitucional<sup>26</sup>.

Posteriormente, em 14 de agosto de 2012, após apresentação de embargos de declaração, a Turma reviu seu posicionamento. De forma unânime, foi decidido que o art. 231, § 3º, da CF/1988 incidiria no caso<sup>27</sup>.

É o entendimento mais razoável. Se determinados recursos naturais (de usufruto exclusivo de povos indígenas) são indispensáveis à

---

25 "Em linhas gerais, o aproveitamento hidroelétrico projetado compreende um barramento principal no rio Xingu (no local denominado, nos Estudos de Viabilidade, de Sítio Pimental), de onde as vazões são derivadas por canais para que a geração de energia possa ser realizada no Sítio Belo Monte, local distante 50 km por estrada, favorecendo-se, desse modo, de uma queda com cerca de 90 m de altitude. Resultante dessa configuração, formar-se-á um trecho de cerca de 100 km de extensão (vide subitem a.2) no rio Xingu a ser submetido a uma vazão residual, que será também aproveitada para geração de energia em uma Casa de Força complementar, localizada junto a Barragem Principal" (LEME ENGENHARIA. *Estudo de Impacto Ambiental da UHE Belo Monte. Caracterização do Empreendimento*. V. 1, p. 39).

26 Quanto à alegação do Ministério Público de que o art. 231, § 3º, da Constituição exigiria a oitiva das comunidades indígenas antes da concessão da autorização do Congresso Nacional, não vislumbro, ainda que fosse indispensável, que o Projeto está fora das terras indígenas, nenhuma previsão legal, pois não consta do texto constitucional. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Apelação Cível n. 2006.39.03.000711-8. Relator: desembargador federal Fagundes de Deus. Brasília, 14 nov. 2011, p. 71).

27 BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Embargos de Declaração na Apelação Cível 2006.39.03.000711-8/PA. Relator desembargador federal Souza Prudente. Brasília, 14 ago. 2012.

concretização do empreendimento, entende-se que ele está localizado em terra indígena.

O que se está a defender é a interpretação da norma conforme o bloco constitucional, entendendo-se que estarão localizados em terras indígenas não somente os empreendimentos cujas obras civis estejam no interior, mas também aqueles em que os recursos naturais dos indígenas são essenciais ao projeto.

Os métodos de hermenêutica jurídica corroboram essa conclusão. Nem mesmo o emprego do método gramatical leva a concluir, restritivamente, que as obras civis devem se situar no perímetro da terra indígena para incidência da norma constitucional:

[o] critério da necessidade de autorização legislativa para o ‘aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos’, diz com sua vinculação às terras indígenas, ao invés de se referir ao local da construção da represa ou de inundação por lago artificial. O parâmetro constitucional é a relação entre, de um lado, os recursos hídricos e os potenciais hidrelétricos e, de outro, as terras indígenas: a autorização parlamentar válida é imprescindível para o aproveitamento de águas e de potenciais hidrelétricos em terras indígenas. Expressa a ideia com os termos do § 3º, o critério constitucional é ‘o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, em terras indígenas’, e não ‘o aproveitamento em terras indígenas dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos’. A hipótese é de pertença entre as terras indígenas e os recursos naturais a serem explorados, ao invés de se cuidar de relação de localidade onde situado o conjunto gerador de energia, composto pela represa e seu lago artificial. Os atos que afetarem os atributos naturais listados no § 3º dependerão de autorização parlamentar válida<sup>28</sup>.

28 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Parecer na Apelação em Ação Civil Pública 000709-88.2006.4.01.39038-PA. Brasília: Ministério Público Federal, 19 mai. 2011. O critério histórico exarado no parecer também merece destaque: “As etapas mais recentes da evolução do direito brasileiro permitem extrair com mais segurança o sentido do art. 231, § 3º, da Constituição. Confirmam, na verdade, os resultados obtidos com a interpretação sistemática. O art. 186 da Carta de 1967 e o art. 198 da Carta de 1969 deferiram aos índios o usufruto exclusivo das terras que habitavam. Tal orientação se manteve no art. 381 do Anteprojeto da ‘Comissão Afonso Arinos’. Mas, não foi afinal incorporada ao texto da Constituição vigente. A Assembleia Constituinte preferiu a solução do § 3º, isto é, a possibilidade de mitigação da regra geral do usufruto exclusivo dos índios, mediante a autorização do Congresso Nacional. Do ponto de vista histórico, portanto, o § 3º é a garantia constitucional compensatória da diminuição do âmbito da regra geral do § 2º, segundo o

A mesma interpretação se dá com base nos métodos sistemático e teleológico. A regra geral é o usufruto exclusivo de suas terras pelos indígenas, o que inclui todos os recursos naturais. Assim, a norma presente no art. 231, parágrafo 3º, somente pode ser compreendida como exceção e como tal deve ser tratada. A ênfase não pode estar no local da obra em si, mas na proteção dos recursos naturais, que são imprescindíveis à reprodução física e cultural dos grupos indígenas<sup>29</sup>.

A própria definição de terra indígena não corresponde somente aos limites da demarcação física. O Supremo Tribunal Federal reconhece o instituto do *indigenato*<sup>30</sup>, segundo o qual a relação indígena-terra é transcendental e leva em conta fatores sociais, políticos e ambientais, indispensáveis ao desenvolvimento físico e cultural do grupo indígena, e que não estão retidos nos limites clássicos do Direito Civil. Logo, uma obra que faz o aproveitamento dos recursos hídricos indispensáveis aos indígenas necessita da aprovação parlamentar, após a oitiva constitucional dos indígenas.

A interpretação restritiva abre precedente para que se criem projetos com o intuito de burlar a incidência da norma constitucional, com prejuízo à participação e ao uso dos recursos naturais pelos indígenas.

Complementarmente, é importante destacar que a Portaria Interministerial n. 419, de 26 de outubro de 2011 – que regulamenta a atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal no licenciamento ambiental –, dispõe que são terras indígenas “as áreas ocupadas por povos indígenas, cujo relatório circunstanciado de identificação e delimitação tenha sido aprovado por portaria da FUNAI, publicada no Diário Oficial da União”<sup>31</sup>. Significa que não é necessário que a

qual cabe aos índios a exploração das riquezas naturais de suas terras. Tal compensação deve incidir, sempre que em risco o fator que deu causa a sua criação – a interferência da sociedade hegemônica na terra indígena ou em seus atributos. Assim, não parece adequada a interpretação restritiva de garantia dada em compensação a perigo tão grave para as comunidades indígenas”.

29 Ibidem.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Ordinária n. 312*. Relator: min. Luiz Fux. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2 maio 2012.

31 Portaria Interministerial n. 419, de 26 de outubro de 2011, art. 2º, inciso X.

terra indígena esteja homologada ou registrada (últimos atos administrativos do processo de demarcação) para a incidência da norma constitucional em estudo.

A edição do Decreto Legislativo n. 788/2005 também suscitou discussão quanto ao *momento da oitiva constitucional*. É que o art. 2º, IV, do decreto determina que sejam elaborados estudos de natureza antropológica, “devendo, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, ser ouvidas as comunidades afetadas”<sup>32</sup>, ou seja, a autorização foi emitida e a oitiva postergada.

O voto vencedor no primeiro acórdão do TRF 1ª Região sustentou que a Constituição, embora estabeleça tanto a necessidade de autorização do Congresso Nacional quanto a oitiva, “[n]ão explicita, contudo, a precedência de uma medida sobre a outra”<sup>33</sup>, não havendo irregularidade na postergação.

A tese não prevalece diante da interpretação literal ou teleológica do texto normativo. Releia-se a oração controvertida: “só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas”.

O verbo *ouvir*, conjugado no particípio passado *ouvidas*, denota que a ação “ouvidas as comunidades afetadas” se desenvolve anteriormente à “autorização do Congresso Nacional”. Há sucessividade nas ações: primeiro se ouve, depois se autoriza ou não.

A interpretação é referendada pela decisão mais recente do mesmo TRF 1ª Região, que encadeou os atos na seguinte cronologia: I) aceite do Estudo de Impacto Ambiental pelo órgão licenciador; II) oitiva dos povos indígenas afetados e; III) deliberação do Congresso Nacional<sup>34</sup>.

32 Art. 2º, IV - *estudo de natureza antropológica*, atinente às comunidades indígenas localizadas na área sob influência do empreendimento, devendo, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, *ser ouvidas as comunidades afetadas*. [grifos nossos]

33 É preciso levar em consideração que o Texto Magno consubstanciado no art. 231, § 3º, enuncia dois requisitos prévios para o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, quais sejam: autorização do Congresso Nacional e oitiva das comunidades afetadas. Não explicita, contudo, a precedência de uma medida sobre a outra (BRASIL, 2011, op. cit., p. 37).

34 “No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em

A posição se coaduna com o pressuposto lógico de que não há sentido em primeiro autorizar o empreendimento para só então ouvir os afetados. Nesse caso, a oitiva constitucional estaria esvaziada de qualquer efeito prático ou jurídico.

No magistério de Dalmo de Abreu Dallari, a oitiva é “um condicionamento para o exercício de legislar”<sup>35</sup>, portanto, é requisito formal do processo legislativo. Sua inobservância implica em inconstitucionalidade formal originária do decreto legislativo autorizador, por desrespeitar procedimento estabelecido pela Constituição<sup>36</sup>. Esse é o entendimento jurisprudencial mais acertado<sup>37</sup>.

Também foi objeto de debate no mesmo tribunal a *natureza* da obrigação de o Congresso Nacional ouvir as comunidades afetadas. Com a edição do Decreto Legislativo n. 788/2005, o Congresso Nacional delegou a oitiva constitucional ao Poder Executivo, por meio da FUNAI e do IBAMA, no caso específico da UHE Belo Monte. O centro da questão é saber se a oitiva constitucional é delegável ou não.

O TRF 1ª Região já se posicionou nos dois sentidos. Em dado momento, julgou constitucional o Decreto por entender que a Constituição “não confere ao Congresso Nacional a atribuição de ouvir as comunidades afetadas, muito menos de forma direta e pessoal [...]”<sup>38</sup>.

De maneira oposta, o voto da desembargadora federal Selene Almeida, no julgamento do efeito ativo do Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.017736-8/PA, que suspendeu o licenciamento ambiental

termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas” (BRASIL, 2012, op. cit., p. 54).

35 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Mineração em área indígena. Informe jurídico da Comissão Pró-Índio*. Brasília: abr./ago. 1990, ano 2, n. 9/13.

36 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47.

37 BRASIL, 2012, op. cit.

38 “A Carta Constitucional, da mesma forma, não confere ao Congresso Nacional a atribuição de ouvir as comunidades afetadas, muito menos de forma direta e pessoal por seus representantes” (BRASIL, 2011, op. cit., p. 64).

da UHE Belo Monte, ressaltou que a oitiva constitucional é *intuitu personae*<sup>39</sup>, obrigação indelegável do Congresso Nacional.

A questão encontra solução no próprio texto constitucional, que silencia a respeito da possibilidade de delegação. Se fosse admitida, deveria estar expressa na redação do artigo. Contudo, este não é o argumento mais contundente.

A finalidade da oitiva constitucional é garantir que a deliberação do Congresso Nacional seja qualificada (e/ou condicionada) pela perspectiva das comunidades indígenas afetadas. Qual é o sentido de se delegar a oitiva a órgão estranho ao que vai deliberar? Antes de deliberar, o próprio Congresso Nacional ouvirá os indígenas.

Essa conclusão pode gerar dúvida de caráter prático a respeito da forma como o Congresso Nacional irá conduzir a oitiva. O art. 231, § 3º, da CF não esclarece qual deve ser a metodologia do processo.

Como não há caso concreto em que se basear, pois nunca houve oitiva constitucional indígena, o voto condutor do acórdão em estudo propõe método bastante factível: “[o] Congresso, concluído o EIA, ouvirá a comunidade indígena, mediante a instalação de comissão, ex vi do art. 58, § 2º da CF/88”<sup>40</sup>, sendo que “[a] audiência às comunidades faz-se na área que será afetada”<sup>41</sup>.

Deve ser instituída comissão temporária (Constituição Federal, art. 58, *caput*), com a resolução específica de ir à terra indígena realizar a oitiva constitucional. Esse ato se enquadra nas atribuições do Congresso Nacional, que pode, de maneira análoga, instituir comissões temporárias para realizar audiências com entidades da sociedade civil (art. 58, § 2º, II).

39 “Assim como a comunidade indígena não pode ser substituída por outrem na consulta, o Congresso Nacional também não pode delegar o ato. É o Congresso Nacional quem consulta, porque é ele que tem o poder de outorgar a obra. Quem tem o poder tem a responsabilidade pelos seus atos.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região). Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.017736-8/PA. Relatora: desembargadora federal Selene Almeida. Brasília, 13 dez. 2006, p. 24-25).

40 BRASIL, 2006, op. cit., p. 26. [grifos dos autores]

41 BRASIL, 2006, op. cit., p. 27.

O local da oitiva deve ser a terra indígena, como bem observou o voto condutor. É válido fazer analogia com o caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Habeas Corpus n. 80.240, no qual se concluiu que intimar indígena para depor em Comissão Parlamentar de Inquérito como testemunha fora de seu território viola as normas constitucionais protetivas dos direitos indígenas e constitui constrangimento ilegal à liberdade de locomoção<sup>42</sup>. Do mesmo modo, a oitiva constitucional deve ser no território indígena, em respeito à diversidade cultural.

O último aspecto da oitiva constitucional para este estudo é certamente o mais sensível e controvertido e diz respeito aos seus *efeitos jurídicos*. Discute-se quais repercussões o conteúdo das manifestações dos indígenas terá sobre a deliberação do Congresso Nacional. Os tribunais brasileiros não enfrentaram o tema de maneira clara, apenas tangenciaram.

Há diversos posicionamentos quanto aos efeitos da oitiva, que conferem graus diferenciados de repercussões sobre a deliberação congressual.

A concepção menos garantista, na perspectiva dos direitos indígenas, é a de que a oitiva não vincula a deliberação do Congresso Nacional, que deverá apenas considerar a manifestação dos indígenas e motivar a sua decisão. Essa foi a posição adotada pelo desembargador João Batista Moreira, no julgamento do acórdão estudado, entendendo que o Congresso Nacional “[n]ão estará vinculad[o] às reivindicações, mas para rejeitá-las, terá que motivar, sujeita essa motivação a controle judicial de sua existência, adequação e suficiência”<sup>43</sup>.

A crítica ao posicionamento recai sobre seus desdobramentos práticos. Se a oitiva constitucional for destituída de poder deliberativo, ela não terá qualquer sucesso em resguardar os direitos territoriais e o usufruto exclusivo dos recursos naturais dos povos indígenas.

Surgem então posições intermediárias, nas quais a regra é que a manifestação dos indígenas não vinculará. Excepcionalmente, se os povos indígenas demonstrarem que a execução do projeto será muito

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 80.240. Relator ministro Sepúlveda Pertence. Brasília: 20 jun. 2001.

43 BRASIL, 2012, op. cit., p. 74.

nociva às suas vidas e culturas, o Congresso estaria impedido de autorizar o empreendimento. É a tese defendida por Dalmo de Abreu Dallari:

Se elas (comunidades indígenas) demonstrarem que será tão violento o impacto da mineração ou da construção de hidroelétrica, será tão agressivo que pode significar a morte de pessoas ou a morte da cultura, cria-se um obstáculo intransponível à concessão de autorização<sup>44</sup>.

De igual modo, os constitucionalistas Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins defendem que:

As comunidades indígenas não têm, todavia, o poder de veto. Se forem contrárias à exploração, mas se o Congresso Nacional for favorável, há de prevalecer a opinião deste sobre a opinião das comunidades.

É de se entender, todavia, que se tal oposição decorrer de argumentos que mostram que a comunidade será extinta, a autorização poderá ser tida por inconstitucional, em face da violação do princípio da preservação conformada no art. 231<sup>45</sup>.

O entendimento atribui aos povos indígenas o dever (ônus) de demonstrar a agressividade dos impactos. Há uma inversão das obrigações. Aquele que deseja implantar projeto é quem deve demonstrar que os impactos serão brandos ou que poderão ser controlados, sem risco às vidas e às culturas dos indígenas. Estes podem sofrer impactos sociais e culturais significantes, que autoridades não indígenas não são capazes de prever em função da alteridade. Por isso, podem contestar a demonstração de viabilidade.

É também criticável o uso da expressão “impacto agressivo” como elemento para distinguir os efeitos da oitiva constitucional. Não se tem clareza dos critérios utilizados para classificar o impacto como “agressivo”. Se agressivos forem apenas os que coloquem em risco as vidas ou culturas dos indígenas, o projeto em si é inconstitucional, independentemente da oitiva. Assim como o é quando houver ameaça de deslocamento compulsório (Constituição Federal, art. 231, § 5º). Nesses casos, a autorização ao empreendimento não pode nem ser cogitada.

44 DALLARI, op. cit.

45 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2004.

Na corrente mais garantista, José Afonso da Silva propõe solução interessante para sopesar os “interesses dos índios” e o interesse na prática da atividade hidrelétrica ou minerária. Comentando o artigo, o constitucionalista defende que a ponderação deve ser solucionada com base no *princípio da prevalência dos interesses indígenas*<sup>46</sup>.

A questão que surge é saber quem definirá quais são os *interesses indígenas*. Não se olvida que o Congresso Nacional é a instituição legitimada para representar toda a sociedade brasileira<sup>47</sup>; contudo, no caso estudado, se os indígenas se manifestarem contra o projeto, o Congresso ainda poderá declará-lo conforme os *interesses indígenas*?

Responder positivamente significaria o retorno da tradição tutelar que predominou no direito indigenista brasileiro até a promulgação da Constituição de 1988. Os próprios indígenas devem dizer se o projeto está ou não de acordo com seus interesses, que prevalecerão, caso o princípio seja respeitado.

Em favor do princípio está o acórdão do STF no caso Raposa Terra do Sol, no qual se julgou que: “[o] desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal [...]”<sup>48</sup>.

Se a oitiva constitucional deve resguardar os direitos territoriais e os recursos naturais dos indígenas, garantir que os próprios indígenas deem a palavra final a respeito de projetos em seus territórios é condição para tanto.

46 “Ao Congresso Nacional se imputou o julgamento de cada situação concreta, para sopesar os direitos e interesses dos índios e a necessidade da prática daquelas atividades, reconhecido que o princípio é o da prevalência dos interesses indígenas [...]”. (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 871-872, grifos nossos).

47 Esta afirmação não significa que a representatividade dos povos indígenas no Congresso Nacional não possa ser problematizada em termos pragmáticos, pois nenhum dos 594 parlamentares atuais se identifica como indígena.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3.388/RR*. Relator ministro Carlos Ayres Britto. Brasília: 13 mar. 2009.

Em resumo, a oitava constitucional é o processo pelo qual o Congresso Nacional ouve as comunidades indígenas, como pressuposto para autorizar ou não um empreendimento hidrelétrico ou minerário que aproveite seus recursos naturais. É um instituto jurídico de proteção dos direitos territoriais e do usufruto dos recursos naturais dos povos indígenas.

Como se verá a seguir, as características da oitava a diferem significativamente da consulta prévia, livre e informada, não sendo possível justificar sobreposição entre os institutos.

### *Consulta prévia, livre e informada*

A Convenção n. 169, de 1989, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) criou um promissor instrumento de diálogo intercultural. Trata-se do instituto da consulta prévia, livre e informada.

A nova legislação representou uma ruptura no paradigma presente na Convenção n. 107, de 1957, também da OIT, cujo marco teórico era o integracionismo, corrente que defende a progressiva integração dos povos indígenas à sociedade nacional<sup>49</sup>.

Sob essa ótica, a Convenção n. 107 não previa qualquer forma de participação dos povos indígenas em projetos públicos ou privados. A racionalidade hegemônica era tida como única e impermeável às racionalidades locais. Inexistia previsão formal de diálogo entre os sujeitos.

No lugar do integracionismo, a Convenção n. 169 propõe o respeito à diversidade étnica. Orientada por uma concepção intercultural dos direitos humanos, ela não só tem como fio condutor o direito à autodeterminação<sup>50</sup>, superando o paradigma integracionista, como prevê instrumentos para concretizá-lo.

49 Convenção n. 107, artigo 2º, I: "Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua *integração progressiva na vida dos respectivos países*". (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 107*. Refere-se à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, 1957).

50 Convenção n. 169, artigo 7º, I: "Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na

Sem dúvida, a consulta prévia, livre e informada<sup>51</sup> é o principal desses instrumentos, a ponto de a Comissão de Peritos na Aplicação de Convênios e Recomendações (CEACR), órgão da OIT, afirmar que o "espírito de consulta e participação" constitui o fundamento de todas as disposições da Convenção n. 169<sup>52</sup>.

No Brasil, a Convenção n. 169 foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, entrando em vigor apenas em junho de 2003.

Na qualidade de tratado internacional de direitos humanos, as normas da Convenção n. 169 são de aplicabilidade imediata, vinculando os Estados signatários independentemente de regulamentação, e possuem hierarquia "supralegal"<sup>53</sup>, isto é, são paradigmas para o *controle difuso de convencionalidade*<sup>54</sup> e parâmetros para interpretação da legislação ordinária.

De forma ampla, o documento prevê que os sujeitos da Convenção n. 169 deverão ser consultados sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente:

#### Artigo 6º

medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente". (Organização Internacional do Trabalho. *Convenio número 169 Sobre Pueblos Indigenas y Tribales*, 1989).

51 Neste artigo, o termo *consulta* figura como gênero, de que são espécies a *consulta* e o *consentimento*, com os efeitos jurídicos que lhe são próprios.

52 "[...] el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo". (CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169 Argentina, 2005).

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Relator: ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 dez. 2008.

54 O controle difuso de convencionalidade das leis consiste na verificação de compatibilidade vertical entre as leis ordinárias e as disposições dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Diz-se difuso por ser feito incidentalmente e por qualquer juízo (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009).

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

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

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

Em 2007, foi emitida a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas (DRIPS), que, embora não possua força cogente – pois é uma *soft law* –, é um instrumento político que estabeleceu importantes estandartes do direito à consulta prévia:

#### Artigo 19

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

A governança em torno do direito à consulta prévia é intensa. Existem, no plano internacional, inúmeras normas e decisões discutindo os vários aspectos deste direito complexo<sup>55</sup>. Neste artigo, será priorizado o estudo dos aspectos que permitam comparar a consulta prévia à oitiva constitucional e à audiência pública, como a finalidade, efeito jurídico, sujeitos, hipótese de incidência, momento etc.

O primeiro desses aspectos é o *fundamento jurídico*. Pode-se dizer que a consulta prévia é uma modalidade *sui generis* de participação, diferenciando-se dos instrumentos tradicionais, como audiências públicas, em razão de seu fundamento, o direito à autodeterminação, enquanto as audiências públicas resguardam o direito à informação e

55 Para o estudo dos estandartes internacionais do direito à consulta prévia, livre e informada, conferir RODRÍGUEZ GARAVITO, César; MORRIS, Meghan (dirs.); SALINAS ORDUZ, Natalia; BURITICÁ, Paula. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes/Facultad de Derecho, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 2010.

à participação. Daí o caráter eminentemente deliberativo, não somente informativo e participativo, da consulta prévia.

A autodeterminação – máximo controle sobre seus destinos – pressupõe possibilitar que os sujeitos consultados decidam ou influenciem na tomada de decisão. Contrária a Convenção n. 169 qualquer interpretação que restrinja a consulta prévia a um direito meramente informativo.

A Convenção n. 169 tem como sujeitos povos indígenas e tribais. Ela própria estabelece critérios para o reconhecimento desses povos e, portanto, para definição de quais povos têm direito subjetivo à consulta prévia.

No que diz respeito aos povos indígenas, há três critérios objetivos para o reconhecimento: a continuidade histórica (a comunidade deve descender de povo que habitava o território anteriormente à conquista ou à colonização), a conexão territorial (os antepassados devem ter habitado a região geográfica que hoje pertence ao país) e a manutenção de “suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas”<sup>56</sup>.

Para ser reconhecido como tribal, o povo deve possuir “condições sociais, culturais e econômicas [que] os distingam de outros setores da coletividade nacional” e estar regido “total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”<sup>57</sup>.

Tanto em relação aos povos indígenas quanto aos tribais, prevalece como fundamental o critério subjetivo da autoidentificação, entendida como “a consciência de sua identidade indígena ou tribal”<sup>58</sup>.

Para visualizar a utilização desses critérios na prática, recomenda-se o estudo do Caso Saramaka vs. Suriname, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 2007. Após análise das provas, a Corte reconheceu que os Saramaka conformam

56 Convenção n. 169, artigo 1º, I, b.

57 Ibidem, artigo 1º, I, a.

58 Ibidem, artigo 1º, 2.

uma comunidade tribal, cujas características se distinguem da sociedade nacional, “particularmente graças à relação especial existente com seus territórios ancestrais”, e porque são regulados por suas próprias normas e costumes<sup>59</sup>.

O estudo dos critérios da Convenção n. 169 permite concluir que ela deveria ser aplicada a todos os grupos culturalmente diferenciados. No entanto, num primeiro momento, o Estado brasileiro reconheceu a aplicabilidade apenas aos povos indígenas, negando-a às comunidades quilombolas e outras comunidades tradicionais.

Para o Decreto n. 4.887/2003 – que regulamenta a titulação dos territórios das comunidades quilombolas –, são consideradas comunidades quilombolas “os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas” e com ancestralidade negra “relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”<sup>60</sup>.

Os critérios são os mesmos da Convenção n. 169. Apesar disso, o Estado brasileiro não admitia a aplicação da norma internacional às comunidades quilombolas. Tanto é que o Governo Federal não incluía a situação das comunidades quilombolas nos relatórios enviados à OIT para o acompanhamento do cumprimento da Convenção n. 169 nos países signatários.

Coube ao Poder Judiciário reconhecer a aplicabilidade da Convenção n. 169 às comunidades quilombolas. A primeira decisão judicial nesse sentido foi proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 2006.37.00.005222-7, que determinou ao Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara, Maranhão, que se abstinhasse de impedir as

59 “84. Por ello, de acuerdo con lo expuesto, la Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones”. (CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia Serie C N° 172 del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, p. 41 e 26. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)>. Acesso em: 1º ago. 2013).

60 Decreto n. 4.887/2003, art. 2º.

comunidades quilombolas de Trajano, Peptal, Marudá e Peru de manterem roças em seus territórios tradicionais. A sentença foi fundamentada no artigo 14 da Convenção n. 169<sup>61</sup>.

Mais recentemente, o Poder Executivo passou a reconhecer as comunidades quilombolas como sujeitos da Convenção n. 169. Prova disso é a inclusão da situação das comunidades quilombolas nos relatórios enviados à OIT a partir de 2008. Assim, pode-se dizer que hoje há relativo consenso quanto à aplicabilidade da Convenção n. 169 às comunidades quilombolas.

O mesmo não se pode dizer a respeito das comunidades tradicionais, pois seu reconhecimento enquanto sujeitos da Convenção n. 169 pelo Estado brasileiro ainda é controvertido.

O Decreto n. 6.040/2007 – que institui a política nacional de desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais – considera comunidade tradicional os grupos autoidentificados como culturalmente diferenciados 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”<sup>62</sup>. Como se observa, os critérios são os mesmos da Convenção n. 169, de modo que inexistente justificativa jurídica para a não aplicação do tratado às comunidades tradicionais.

Em fevereiro de 2013, ao editar a Portaria Interministerial n. 9 – que altera a Portaria Interministerial n. 35, a qual instituiu Grupo de Tra-

61 “De efeito, não pode o Estado negligenciar a proteção constitucionalmente eleita como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer formas de discriminação’ (CF/88, art. 3º, IV), incluindo, assim, as comunidades remanescentes de quilombos, máxime quando, conforme destacado pelo ilustre Representante Ministerial em seu Parecer, pelo Estado Brasileiro estou [sic] confirmado seu entendimento em estabelecer políticas públicas voltadas ao combate à discriminação dos modos de vida tradicionais dos povos indígenas e tribais, quando da edição do Decreto Legislativo nº 143/2002, ratificando a Convenção nº 169 da OIT, que dispõe [sic] em seu art. 14 que ‘deverão ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos em questão sobre as terras que tradicionalmente ocupam’”. (BRASIL. Justiça Federal Seção Judiciária do Maranhão. Sentença n. 027/2007/JCM/JF/MA no Mandado de Segurança n. 2006.37.00.005222-7. Juiz: José Carlos do Vale Madeira. Altamira, 13 fev. 2007. Disponível em: <[http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/sentenca\\_Alcantara.pdf](http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/sentenca_Alcantara.pdf)>. Acesso em: 6 mar. 2014).

62 Decreto n. 6.040/2007, art. 3º, I.

balho para regulamentar o direito à consulta prévia –, o Poder Executivo sinalizou que iria aplicar a Convenção n. 169 às comunidades tradicionais, pois o artigo 2º do ato normativo afirma que o Grupo de Trabalho dialogará constantemente com representantes das comunidades tradicionais, a fim de regulamentar o direito à consulta prévia<sup>63</sup>.

É possível concluir que, segundo o Estado brasileiro, povos indígenas, comunidades quilombolas e comunidades tradicionais são os *sujeitos* da Convenção n. 169 e, conseqüentemente, possuem direito subjetivo à consulta prévia.

O direito subjetivo à consulta surge sempre que previstas *medidas legislativas* ou *administrativas* suscetíveis de afetar os sujeitos da Convenção n. 169 diretamente. Importante lembrar que o critério de incidência *afetar* não se resume à interferência negativa, pois atividades em princípio benéficas à comunidade também devem ser consultadas.

São exemplos de medidas legislativas que exigem consulta prévia: projeto de lei de educação diferenciada para povos indígenas, projeto de lei que altera procedimento de titulação de territórios quilombolas etc.

Projetos hidrelétricos e minerários, planos de extração de petróleo, construção de estradas e construção de postos de atendimento diferenciado ilustram medidas administrativas que devem ser precedidas de consulta quando afetarem os grupos culturalmente diferenciados.

Quanto ao *momento*, é evidente que a consulta deve ser *prévia* à autorização da medida. O artigo 15 da Convenção n. 169 dispõe que os povos deverão ser consultados “antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras”.

Um projeto hidrelétrico, por exemplo, não pode ser autorizado e (ou) ter sua construção iniciada sem consulta prévia às comunidades potencialmente impactadas.

63 Portaria Interministerial n. 9, de 19 de fevereiro de 2013, art. 2º: “O Grupo de Trabalho Interministerial dialogará de forma permanente com representantes dos povos indígenas, comunidades tradicionais e com a sociedade civil organizada, nos termos da Convenção n.º 169 da OIT”.

A Corte IDH, em duas oportunidades, enfatizou que a consulta deve ser levada a cabo desde as primeiras fases do planejamento e desenvolvimento de um projeto que possa afetar comunidade indígena ou tribal<sup>64</sup> e não somente quando surja a necessidade de aprovação da medida<sup>65</sup>. A inobservância da consulta prévia implica na nulidade da autorização concedida.

A Corte também entende que o povo afetado deve participar diretamente da elaboração do Estudo de Impacto Ambiental do pretensão empreendimento, contrariando a tese de que a consulta é posterior a esses estudos<sup>66</sup>.

Outro aspecto fundamental é a definição do *condutor* do processo de consulta prévia. O artigo 6º, 1, da Convenção n. 169 deixa claro que a obrigação de consultar é do governo.

A Corte IDH, no caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, dispôs que a consulta é obrigação intransferível do Estado, não passível de delegação a terceiro ou a empresa privada, sobretudo quando a empresa for diretamente interessada na execução do projeto<sup>67</sup>. Fixou,

64 “167. Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes” (CORTE IDH, 2012, op. cit., p. 49-50).

65 “Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado” (CORTE IDH, 2007, op. cit., p. 42).

66 CORTE IDH, 2012, op. cit., p. 64.

67 “199. Es decir, el Estado no sólo delegó en parte, inadecuadamente, en una empresa privada su obligación de consulta, en incumplimiento del referido principio de buena fe y de su obligación de garantizar el derecho del Pueblo Sarayaku a la participación, sino que desfavoreció un clima de respeto entre las comunidades indígenas de la zona, al favorecer la ejecución de un contrato de exploración petrolera”. (CORTE IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia Serie C Nº 245 del 27 de junio de 2012, p. 61-62).

ainda, o entendimento de que é dever do Estado demonstrar a realização da consulta prévia, bem como a observância de todas as suas garantias<sup>68</sup>.

Nesse ponto, é importante destacar que o adjetivo *livre* exige que o povo consultado não seja alvo de qualquer pressão, quer por parte do condutor do processo (Estado) ou de atores privados, para participar do processo de consulta ou tomar uma decisão. Na prática, isso impede a presença de atores armados (Polícia ou Exército), a negociação direta e individual com membros da comunidade que desrespeitem a organização social<sup>69</sup>, a entrega de presentes (como dinheiro, animais e serviços) em troca da participação ou decisão etc. Esses impedimentos também expressam a boa-fé que deve nortear o processo de consulta<sup>70</sup>.

A *metodologia* é um dos aspectos mais sensíveis do processo de consulta prévia, pois se dá em um contexto intercultural com profundas assimetrias socioeconômicas. A ausência de garantias – e, portanto, de mecanismos de mitigação temporária das assimetrias entre comunidade consultada, empresas e Estados – faz com que a consulta se torne um espaço no qual a comunidade tem escasso poder de negociação e um mínimo poder de decisão<sup>71</sup>.

O processo de consulta adequado e acessível deve respeitar a organização política da comunidade e possibilitar sua plena compreensão, atentando para a diversidade linguística e valendo-se de intérpretes, caso seja necessário<sup>72</sup>.

A atenção à diversidade linguística é chave para que a consulta seja de fato *informada*. O Estado deve assegurar que os povos consul-

68 "179. Es necesario aclarar que es deber del Estado – y no de los pueblos indígenas – demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas." (CORTE IDH, 2012, op. cit., p. 53).

69 No caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, a Corte pontuou que a empresa CGC, ao negociar diretamente com alguns membros do povo, desrespeitou a organização política dos Kichwa de Sarayaku, motivo pelo qual as reuniões não podem ser tidas como consulta adequada e acessível (CORTE IDH, 2012, op. cit., p. 64).

70 Convenção n. 169, art. 6º, 2.

71 RODRÍGUEZ GARAVITO, op. cit., p. 46.

72 CORTE IDH, 2012, op. cit., p. 62.

tados tenham conhecimento dos possíveis riscos, incluindo riscos ambientais e de sobrevivência, para que a discussão ocorra com o pleno conhecimento e que o projeto seja aceito ou rejeitado de forma voluntária e consciente<sup>73</sup>.

A Convenção n. 169 fala em procedimentos apropriados, o que significa configurar as especificidades do processo de consulta de acordo com o caso concreto específico, isto é, de acordo com as características peculiares do povo consultado e da medida a ser implementada:

Así, tales procesos deben incluir, según criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión<sup>74</sup>.

Por essa razão, é necessária a realização da etapa pré-consultiva, na qual a comunidade consultada definirá a metodologia do processo, em especial a duração, data, local, língua, representantes, forma de deliberação etc. Os parâmetros definidos devem ser respeitados necessariamente ao longo da consulta.

Por fim, cabe discutir os efeitos do processo de consulta. O art. 6º, 2, da Convenção n. 169 estatui que a consulta tem como objetivo "chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas". O objetivo não se confunde com os efeitos. O consentimento como *finalidade* significa que o Estado deve buscar que a comunidade consultada concorde com a medida. O consentimento enquanto *requisito*, no entanto, impõe que a manifestação da comunidade condicione a deliberação estatal<sup>75</sup>.

73 O dever de consultar "requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes" y que el Estado debe asegurarse de que los miembros de las comunidades consultadas "tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento" (CORTE IDH, 2007, p. 42).

74 CORTE IDH, 2012, op. cit., p. 62-63.

75 "Aquí cabe distinguir el consentimiento como la "finalidad" de un proceso de consulta, del consentimiento como "requisito" para que el Estado tome una decisión.

A Convenção n. 169 se limita a dizer que o consentimento é finalidade do processo, não determinando quais serão os efeitos da consulta, isto é, se o consentimento é ou não *requisito* para que o Estado tome a decisão.

Em 2003, a OIT se posicionou esclarecendo que a Convenção n. 169 não outorga aos povos indígenas e tribais o direito ao veto:

El Convenio no otorga a los pueblos indígenas y tribales el derecho de veto. El Convenio especifica que no debe tomarse ninguna medida contraria al deseo de los pueblos indígenas y tribales, pero esto no significa que en caso de desacuerdo nada puedan hacer<sup>76</sup>.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou nesse sentido no voto do ministro Luís Roberto Barroso em julgamento de embargos de declaração no caso Raposa Serra do Sol:

Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios<sup>77</sup>.

Todavia, esse posicionamento se revela pouco garantista aos direitos indígenas e contrário à Declaração das Nações Unidas sobre direitos dos povos indígenas e à jurisprudência da Corte IDH. As hipóteses

---

El consentimiento como finalidad del proceso de consulta significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Sin embargo, si aún instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión.” (FAJARDO, Raquel Yrigoyen. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. *Amazônica – Revista de Antropología*, Belém/PA, v. 1, n. 2, p. 368-405, 2009).

76 Organização Internacional do Trabalho. *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: um manual*. Genebra: OIT, 2003, p. 16.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Pet 3.388/RR. Relator ministro Luís Roberto Barroso. Brasília: 23 out. 2013, p. 30.

em que é exigido o *consentimento prévio, livre e informado* para a autorização da medida estão crescendo.

A Declaração prevê cinco casos em que o consentimento é exigência para que o Estado adote a medida: I) remoção dos povos indígenas para fora de seus territórios<sup>78</sup>; II) privação de bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais<sup>79</sup>; III) privação do território e dos recursos por meio de confisco, tomada, ocupação, utilização ou dano<sup>80</sup>; IV) armazenamento ou eliminação de materiais perigosos em terras ou territórios indígenas<sup>81</sup> e; V) projeto que afete as terras, territórios ou outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo<sup>82</sup>.

A Corte IDH, por sua vez, entende, de maneira mais genérica, que quando se tratar de grandes planos de desenvolvimento ou de investimentos suscetíveis de causar impactos profundos nos direitos da comunidade, o Estado deve obter o consentimento prévio, livre e informado, não sendo suficiente a simples consulta:

---

78 Art. 10. Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

79 Art. 11, 2. Os Estados proporcionarão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem o seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação às suas leis, tradições e costumes.

80 Art. 28, 1. Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado.

81 Art. 29, 2. Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir que não se armazenem, nem se eliminem materiais perigosos nas terras ou territórios dos povos indígenas, sem seu consentimento livre, prévio e informado.

82 Art. 32, 2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones<sup>83</sup>.

Portanto, os efeitos da consulta – ou consentimento – dependem da natureza da medida proposta.

Quaisquer que sejam os efeitos da consulta, esta se difere da audiência pública e da oitiva constitucional, na medida em que tem como fundamento a autodeterminação, entendida como a possibilidade de os próprios povos indígenas decidirem seus destinos.

Ilustrativamente, a OIT, em observação individual dirigida ao governo brasileiro em 2012, concluiu que as reuniões conduzidas com os povos indígenas durante o licenciamento da UHE Belo Monte não estão de acordo com os requisitos da Convenção n. 169, pois não permitiram que os povos indígenas definissem suas prioridades:

La Comisión estima que, según la documentación y la información suministrada por el Gobierno, los procedimientos llevados a cabo hasta ahora sin bien fueron amplios *no reúnen los requisitos establecidos en los artículos 6 y 15 del Convenio tal como fueron descriptos más arriba y tampoco demuestran que se haya permitido a los pueblos indígenas participar de manera efectiva en la determinación de sus prioridades de conformidad con el artículo 7 del Convenio*<sup>84</sup>.

Considerando que a autodeterminação é o núcleo do direito à consulta (e sendo este exatamente o seu principal traço distintivo em relação às outras formas de participação), um procedimento só será consulta prévia se permitir, em maior ou menor grau, que os povos indígenas tenham controle sobre os seus próprios destinos.

83 CORTE IDH, 2007, op. cit., p. 44.

84 Organización Internacional do Trabalho. *Conferencia Internacional del Trabajo, 101.ª reunión, 2012. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte IA)*. Ginebra: OIT, ILC.101/III/1ª, 2012, p. 1035.

## Conclusão

O estudo individualizado da audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia permitiu identificar aspectos comuns entre os institutos, que podem ser resumidos na necessidade do viés intercultural: respeito à organização social, cosmologia, temporalidade, língua, locais sagrados dos povos indígenas etc.

Como visto acima, é pacífica a distinção entre audiência pública e consulta prévia na doutrina e jurisprudência internacional. No que diz respeito à consulta prévia e à oitiva, todavia, a diferenciação permanece controvertida. A advogada Isabela Figueroa, por exemplo, defende que a oitiva é uma modalidade específica de consulta prévia:

La Constitución brasilera determina que el aprovechamiento de los recursos hídricos en tierras indígenas, así como la prospección y la explotación de los minerales en aquellas tierras, sólo pueden ser realizadas con la autorización del Congreso Nacional, en los términos del § 3º de su artículo 231. El Congreso Nacional, a su vez, tiene el deber (y la competencia exclusiva) de consultar a las comunidades potencialmente afectadas antes de autorizar tales emprendimientos<sup>85</sup>.

Tal posicionamento está assentado mais em constatações pragmáticas que propriamente jurídicas: se o governo brasileiro nunca realizou uma única consulta nos moldes do que determina a Convenção n. 169, torna-se muito difícil sustentar politicamente dois momentos participativos, sobretudo considerando a *urgência* com que o Governo Federal vem implementando seus projetos prioritários.

No entanto, juridicamente a confusão entre os institutos não tem fundamento. Conforme largamente discutido, os principais aspectos da audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia – como sujeitos, fundamento jurídico, momento, finalidade, efeitos jurídicos etc. – são distintos (vide anexo I). Não há sobreposição. O respeito a esses três direitos contribui para que o Brasil se desenvolva de forma intercultural, pois o desenvolvimento que se faz sem ou contra os povos indígenas viola a Constituição.

85 FIGUEROA, Isabela. El Convenio 169 de la OIT y el deber del Estado brasilero de consultar a los pueblos indígenas e tribales. In: LA TORRE, Lily. *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Quito: Red Jurídica para la Defensa de la Amazonia, 2009, p. 32-33.

## Anexo I. Quadro comparativo: Audiência Pública, Oitiva Constitucional e Consulta Prévia

	Audiência pública	Oitiva constitucional	Consulta prévia
Legislação	Constituição Federal, art. 225, § 1º, IV; Lei n. 9.784/1999; Resoluções CONAMA n. 01/1986 e 09/1987.	Constituição Federal, art. 231, § 3º.	Convenção n. 169 da OIT, artigos 6º e 15, e Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, artigos 18 e 19.
Sujeitos	Sociedade civil de modo geral, o que inclui povos indígenas, comunidades quilombolas e comunidades tradicionais.	Povos indígenas.	Todos os sujeitos da Convenção n. 169, quais sejam povos indígenas, comunidades quilombolas e comunidades tradicionais.
Condutor	Órgão de meio ambiente responsável pelo licenciamento ambiental (Resolução CONAMA n. 01/1986, art. 3º).	Congresso Nacional.	Órgão ou ente público não interessado diretamente na execução de medida. (Convenção n. 169, art. 6º, I; CIDH, caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia Serie C n. 245 del 27 de junio de 2012, p. 61-62).
Participação do empreendedor	Inexiste impedimento legal de participação do empreendedor, desde que o órgão licenciador conduza toda a audiência pública.	O empreendedor não participa da oitiva constitucional, que ocorre exclusivamente entre a comissão mista designada pelo Congresso Nacional e os povos indígenas.	É permitida a participação do empreendedor apenas em algumas etapas do processo de consulta.
Fundamento jurídico	Direito à informação e à participação.	Direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e ao território.	Direito à autodeterminação.

	Audiência pública	Oitiva constitucional	Consulta prévia
Hipóteses	Toda atividade modificadora do meio ambiente (Resolução CONAMA n. 01/1986, art. 2º c/c art. 11, § 2º).	Aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, e pesquisa e lavra das riquezas minerais em terras indígenas.	Medidas administrativas e legislativas suscetíveis de afetar determinada comunidade (Convenção n. 169, art. 6º, I, a).
Critério de incidência	Sempre que o órgão licenciador julgar necessário e quando for solicitado por entidade civil ou pelo Ministério Público (Resolução CONAMA n. 01/1986, art. 2º).	Localização em Terra Indígena (interpretação ampla a partir do instituto do indigenato).	Afetação a direitos coletivos de uma comunidade culturalmente diferenciada (Convenção n. 169, art. 6º, I, a).
Momento	Após o recebimento do RIMA pelo órgão licenciador (Resolução CONAMA n. 01/1986, art. 2º, § 1º).	Após o EIA e antes de o Congresso Nacional editar o Decreto Legislativo autorizador (TRF 1º Região Embargos de Declaração na Apelação Cível 2006.39.03.000711-8/PA. Relator: desembargador federal Souza Prudente. Data: 14 ago. 2012).	Antes da autorização da medida e desde as primeiras etapas de planejamento da obra, inclusive durante o EIA (Convenção n. 169, art. 6º, I, a; CIDH, caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia Serie C n. 172 del 28 de noviembre de 2007, p. 42; caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia Serie C n. 245 del 27 de junio de 2012, p. 64).
Metodologia	Será dirigida pelo representante do órgão licenciador que, após a exposição objetiva do projeto e do seu respectivo RIMA, abrirá as discussões com os interessados presentes (Resolução CONAMA n. 01/1986, art. 3º).	O Congresso Nacional deverá compor comissão mista para ir ao território indígena realizar a oitiva (Constituição Federal, art. 58, § 2º).	Procedimentos apropriados, a serem definidos pela própria comunidade consultada (Convenção n. 169, art. 6º, I, a).

	Audiência pública	Oitiva constitucional	Consulta prévia
Finalidade	Expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito (Resolução CONAMA n. 01/1986, art. 1º).	Subsidiar a tomada de decisão pelo Congresso Nacional.	Chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (Convenção n. 169, art. 6º, 2).
Efeitos jurídicos	Serve de base, juntamente com o RIMA, para análise e parecer final do licenciador quanto à viabilidade ambiental do projeto (Resolução CONAMA n. 09/1987, art. 5º).	Existem três posicionamentos distintos: I) o Congresso Nacional não está vinculado à deliberação dos indígenas; II) nos casos em que haverá impacto agressivo, o Congresso não poderá autorizar o empreendimento; III) a manifestação dos indígenas condicionará a deliberação do Congresso Nacional.	Consulta ou consentimento, a depender da natureza e amplitude da medida consultada. A Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas prevê cinco hipóteses em que é exigido o consentimento (artigos. 10; 11, 2; 28, 1; 29, 2; 32, 2). A Corte IDH exige o consentimento quando se tratar de projetos suscetíveis de causar impactos profundos nos direitos da comunidade (CIDH, caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia Serie C n. 172 del 28 de noviembre de 2007, p. 44).
Inobservância	Invalidez da licença concedida (Resolução CONAMA n. 01/1986, art. 2º, § 2º).	Inconstitucionalidade formal do Decreto Legislativo autorizador.	Nulidade da autorização.

## Referências

DALLARI, Dalmo de Abreu. Mineração em área indígena. *Informe jurídico da Comissão Pró-Índio*, Brasília, ano 2, n. 9/13, abr. - ago. 1990.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. *Amazônica – Revista de Antropología*, Belém/PA, v. 1, n. 2, p. 368-405, 2009.

FIGUEROA, Isabela. El Convenio 169 de la OIT y el deber del Estado brasileiro de consultar a los pueblos indígenas e tribales. In: LA TORRE, Lily. *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Quito: Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRA, Márcio. Consulta e autorização para empreendimentos que impactam terras indígenas. In: ROJAS GARZON, Biviany (org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia, 2012.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; MORRIS, Meghan (dirs.); SALINAS ORDUZ, Natalia; BURITICÁ, Paula. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes/Facultad de Derecho, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VERDUM, Ricardo. *As obras de infraestrutura do PAC e os povos indígenas na Amazônia brasileira*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2012.

# Autonomia indígena no Brasil: desafios e possibilidades

**Gersem Baniwa**

Professor da Universidade Federal do Amazonas e Diretor-  
-Presidente do Centro Indígena de Estudos Pesquisas.

De acordo com as conceituações mais comuns, povos indígenas são aqueles descendentes de povos que habitavam o continente americano muito antes da conquista europeia e que continuam vivendo segundo suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais, religiosas e políticas. São povos que, por manterem seus sistemas educativos, cosmológicos, filosóficos e epistemológicos próprios, mantêm algum grau de autonomia em relação à sociedade nacional ou global dominante. Muitas comunidades indígenas, por exemplo, não precisam do mercado de trabalho para garantir seu sustento diário, que é assegurado por meio de práticas de caça, pesca, roças e trocas interfamiliares. Também em muitas comunidades indígenas, quando alguém comete uma infração (crime), não é preciso acionar a política para resolver o problema, pois existem sistemas jurídicos tradicionais próprios que são aplicados.

A Constituição Federal de 1988, em vigor, reconheceu esses sistemas próprios de organização social, política e jurídica como fundamentais para a continuidade étnica e cultural desses povos, e determinou que o Estado criasse condições adequadas para garantir, proteger e promover tais direitos. Ao reconhecer os sistemas de conhecimentos, de valores e de organização social dos povos indígenas, a Carta Magna assegurou o direito de autonomia étnica e cultural desses povos. Em função disso, a terra indígena foi considerada coletiva e de importância vital, pois está diretamente relacionada aos valores espirituais e ao desenvolvimento da

cultura e do bem viver. No âmbito da política nacional de educação escolar indígena, o governo passou a reconhecer e promover, ao menos em discursos e por meio de normas, os processos educativos tradicionais próprios, com a chamada escola indígena específica e diferenciada.

A continuidade ou a retomada dos planos de vida de cada povo indígena, também denominados projetos societários ou projetos de futuro, depende das lutas por reconhecimento étnico, direitos políticos e direitos de cidadania, pois fazem parte de um projeto maior que consiste na retomada da autonomia étnica, desta vez no âmbito do Estado. A cidadania é a pertença passiva e ativa de indivíduos a um Estado-Nação, com direitos e obrigações universais em um específico nível de igualdade. As pessoas e coletividades podem possuir seus próprios imperativos morais, costumes ou mesmo direitos específicos, mas estes se tornarão direito de cidadania se forem aplicados e garantidos pelo Estado.

O atual indigenismo brasileiro tem como característica principal a retórica da luta por reconhecimento dos direitos indígenas na qualidade de coletividades históricas e como sujeitos de direitos específicos, pautada pelas tendências políticas e ideológicas do multiculturalismo<sup>1</sup>. Multiculturalismo e pluriculturalismo são formas de pensar políticas que considerem a diversidade de povos e de culturas. Os povos indígenas são percebidos como organizações socioculturais e sociopolíticas autônomas, e as políticas governamentais precisam ser aplicadas para garantir a continuidade de suas culturas, línguas e conhecimentos e para que sejam valorizados, transmitidos e perpetuados pelas gerações presentes e futuras, garantindo ao mesmo tempo o acesso aos recursos modernos<sup>2</sup>.

Do ponto de vista dos índios, a cidadania é desejada na medida em que necessitam do amparo das leis do País para reivindicar seus direitos à terra, à saúde, à educação, à cultura, à autossustentação e outros direitos no âmbito do Estado nacional. No interior das comunidades indígenas, a Carteira de Identidade é desnecessária, mas torna-se imprescindível quando lidam com a sociedade nacional. A antropóloga Alcida Ra-

1 KYMLICKA, Will. Las políticas del multiculturalismo. In: *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

2 LUCIANO, Gersem José dos Santos. *Educação para manejo do mundo: entre a escola ideal e a escola real no Alto Rio Negro*. Rio de Janeiro: Contra Capa; Laced, 2013.

mos<sup>3</sup> afirma que enquanto os brancos naturalizam a cidadania, os índios instrumentalizam-na, uma vez que o que é natural é a sua especificidade étnica. Os povos indígenas, por sua condição demográfica inferior, têm procurado sabiamente articular os sentidos natural e instrumental da cidadania, aliados à noção de direitos universais do Homem, em favor de seus direitos e interesses específicos.

Para a consolidação da cidadania diferenciada dos povos indígenas, é preciso incorporar àquela a noção do reconhecimento do direito de diferenciação, garantindo a igualdade de condições não pela semelhança mas pela equivalência, criando novos campos sociais e políticos nos quais os índios sejam cidadãos do Brasil e, ao mesmo tempo, membros plenos de suas respectivas sociedades étnicas. A ideia do Brasil como um país pluriétnico é uma porta de entrada para isso, mas não é suficiente enquanto o exercício da multiculturalidade não for incorporado à vida prática da sociedade nacional. Somente a convivência intercultural efetiva é capaz de possibilitar a coexistência da lógica da etnia e da lógica da cidadania. O *status* de cidadania é valorizado pelos indígenas não somente como instrumento de garantia dos direitos básicos, como possuir documentos civis e ter acesso a políticas públicas, mas principalmente como instrumento de acesso a direitos estratégicos, como participação e representação política que os habilitem a influenciar as tomadas de decisões de seus interesses<sup>4</sup>.

Um dos objetivos dos povos indígenas é alcançar considerável grau de autonomia dentro de seus territórios. A luta por reconhecimento, protagonismo e cidadania deve levá-los a estabelecer condições para retomar pelo menos parte da autonomia etnopolítica perdida ao longo do processo de dominação colonial. Para as lideranças indígenas, a autonomia tem dois significados: liberdade de viver segundo suas culturas e tradições, e liberdade de acessar direitos sociais e políticos emanados da sociedade moderna e do Estado.

Uma comunidade vivendo livre e tranquilamente sua vida, de acordo com suas culturas e tradições, mas com liberdade e condições de acesso ao

3 RAMOS, Alcida Rita. Os direitos do índio no Brasil na encruzilhada da cidadania. In: *Série Antropológica*, n. 116, Universidade de Brasília: Departamento de Antropologia, 1991.

4 LUCIANO, op. cit.

mundo branco para acessar os direitos, benefícios, serviços e bens da sociedade moderna. É a liberdade e possibilidade de circular no seu mundo e no mundo do branco de forma consciente, respeitosa e reconhecida<sup>5</sup>.

O depoimento revela duas compreensões centrais da autonomia indígena. O primeiro princípio é o de garantir liberdade interna ou autogovernança étnica; o segundo princípio é o da liberdade de acesso ao mundo branco. O que tem de comum entre os dois campos é a necessidade de que essa circulação nos dois mundos seja de forma articulada, manejada, afirmativa, reconhecida e respeitosa. O que se espera da autonomia é a possibilidade de superação da fase cruel do período colonial violento e dominador, que levou esses povos à profunda baixa autoestima e à negação de si mesmos. A valorização dos documentos emitidos pelos brancos representa a concretude desse reconhecimento de brasilidade, de cidadania, do direito de livre circulação e empoderamento político e cultural junto à sociedade nacional.

Quando o índio tira documento como Carteira de Identidade, CPF, Título de eleitor, ele se sente orgulhoso, valorizado, reconhecido. É por que ele está conquistando uma coisa que o fará ser respeitado pelos brancos lá fora. Ele se sente mais livre em todos os ambientes, principalmente no meio das autoridades brancas<sup>6</sup>.

É necessário fazer uma rápida revisão conceitual e política da noção de autonomia indígena, pela necessidade de identificarmos as diferentes perspectivas apontadas na atualidade. A ideia de autonomia para os povos originários pode ser compreendida com base em alguns aspectos centrais, a saber: a) reconhecimento de direitos políticos, econômicos e socioculturais por parte dos Estados nacionais; b) reconhecimento e garantia das formas próprias de participação na vida nacional e no âmbito das estruturas de poder do Estado; c) garantia do desenvolvimento autônomo; d) direito à livre determinação ou autogoverno étnico, comunitário, municipal e regional, nos marcos dos Estados; e) compromisso e garantia do não rompimento com os Estados nacionais.

5 Entrevista com Franklin Baniwa em Brasília, no dia 29.6.2011, concedida ao autor por ocasião de suas pesquisas de doutorado.

6 Entrevista com Franklin Baniwa em Brasília, no dia 29.6.2011, concedida ao autor por ocasião de suas pesquisas de doutorado.

No Brasil, pouco se discute sobre a noção de autodeterminação. Dois aspectos podem explicar essa posição indígena no Brasil. O primeiro diz respeito ao receio de falar e tratar do conceito pela posição ainda muito conservadora do Estado brasileiro, principalmente de setores militares, que consideram tal conceito ameaçador à soberania do País. Recentemente, o general de Exército reformado, Luiz Gonzaga Schroeder, ex-presidente do Clube Militar, ao se referir à posse do ministro Celso Amorim no Ministério da Defesa, disse em entrevista:

Na minha opinião, causa apreensão. Porque o passado do ministro Amorim, na área diplomática, foi um passado triste para a diplomacia brasileira. É uma história negra da diplomacia brasileira [...]. Além do mais, na época do ministro Amorim, ele deixou passar um ato que eu considero um crime de lesa-pátria. Ele deixou ser aprovada na ONU (Organização das Nações Unidas) a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, que afronta a soberania brasileira<sup>7</sup>.

O segundo aspecto refere-se ao atual contexto histórico de afirmação de espaço sociopolítico dos povos indígenas frente ao Estado e à sociedade nacional, que ainda demanda abertura e construção de diálogo. Demandar ao Estado e à sociedade nacional uma agenda de discussão sobre o direito de autodeterminação e autogoverno poderia dificultar ainda mais o tênue processo de construção de diálogo.

A autonomia buscada pelos povos indígenas limita-se à autonomia étnico-comunitária e etnoterritorial, cujo objetivo é garantir que as comunidades continuem vivendo livremente, de acordo com seus costumes e tradições. Existem outras dimensões da autonomia indígena referentes a relações que se estabelecem fora das aldeias. O longo processo de colonização enfraqueceu as suas formas tradicionais de organização social e política, e com isso os índios foram perdendo controle sobre a organização interna da vida. Agentes de ONGs, de igrejas e de setores do governo impõem controle sobre a vida nas aldeias, por meio de diversos instrumentos e recursos, principalmente das políticas públicas. Isso se torna mais grave quando os povos não têm participação ou influência

7 Terra Magazine, 17.8.2011. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/O,,OI5300189-EI6578,00-General+Amorim+e+historia+negra+da+diplomacia+brasileira.html>>.

sobre essas políticas, desde a sua formulação nos gabinetes urbanos até a execução delas nas terras indígenas. Desse modo, autonomia indígena também significa avançar no controle político interno e externo sobre questões de seus interesses. A necessidade de participação e representação política no âmbito do Estado e da sociedade nacional é outra condição para a autonomia indígena e deve basear-se em dois pilares: o controle da vida nas aldeias e terras indígenas e o mundo e poder dos brancos. Para que a participação política aconteça de forma menos assimétrica, os indígenas necessitam ter domínio dos códigos socioculturais, políticos e epistemológicos da sociedade nacional, dialogando com os códigos de sua cultura, cosmovisão e epistemologia.

Contudo, participação e representação passam necessariamente pelo poder de mobilização política e argumentação técnico-científica, ou seja, pela necessidade indiscutível de formação política, técnica e acadêmica. Nesse sentido, não basta ser portador de capital cultural genuíno ou de organização e mobilidade política; é necessário, sobretudo, ter *consciência e atitude política*. Aqui reside a principal limitação ou fraqueza do atual movimento indígena brasileiro, que é a incompreensão do contexto sociopolítico em jogo, na sua totalidade. O movimento indígena precisa adquirir uma compreensão clara das regras do jogo político em vigor para evitar ou diminuir riscos eminentes ou já experimentados e aproveitar as oportunidades, possibilidades e potencialidades que a sociedade ou o próprio movimento indígena apresentam. Todavia, essa capacidade precisa ser adquirida e apropriada por uma boa e adequada formação política.

Na tentativa de exemplificar o desafio da *consciência e atitude política*, apresento a questão partidária que envolve o movimento indígena no estado do Amazonas. No período de elaboração deste artigo, acompanhava atentamente algumas poucas discussões, mas muitas negociações dispersas, desarticuladas e por vezes hostis às próprias perspectivas do movimento, sobre participação e envolvimento indígena nas eleições de 2014. No início houve tentativas, por parte de algumas lideranças indígenas, de articular candidaturas arquitetadas e chanceladas pelo próprio movimento. Isso não demorou muito para ser inviabilizado pelos próprios indígenas interessados em candidatar-se sob imposição dos seus distintos partidos políticos dominados por elites políticas

e econômicas do Estado, que, ressalte-se, foram e são historicamente as responsáveis pela negação dos direitos indígenas e pela marginalização, perseguição e violência contra os povos indígenas, ou seja, o projeto coletivo próprio de participação, representação e autonomia política foi rapidamente dissipado, para atender aos interesses dos partidos políticos, contrários aos direitos e interesses coletivos dos povos indígenas.

Tão logo os donos dos partidos (é assim no Brasil) tomaram conhecimento da possibilidade de o movimento indígena articular e lançar seu *candidato próprio*, imediatamente reagiram, mobilizando as próprias lideranças indígenas para inviabilizarem o projeto de autonomia de suas comunidades e povos, pois isso poderia quebrar a hegemonia política dos colonizadores não indígenas. Como resultado, nenhum candidato indígena saiu no estado com a chancela do movimento ou de uma coletividade indígena, embora dez candidatos indígenas de seis partidos tenham conseguido registro de suas candidaturas. É possível que não seja intencional o papel desempenhado pelas lideranças indígenas que inviabilizaram o projeto etnopolítico coletivo. Por falta de formação adequada, não adquiriram *suficiente consciência e atitude política* frente às pressões sedutoras e maquiavélicas dos mal intencionados políticos colonialistas ou mesmo anti-indígenas. As lideranças indígenas foram simplesmente manipuladas e ludibriadas. O mesmo pode ter acontecido com a maioria dos 86 candidatos que se declararam indígenas nas eleições de 2014, segundo dados do TSE (agosto/2014)<sup>8</sup>.

Se os candidatos indígenas são forjados dessa forma, à revelia ou mesmo contra a vontade do movimento indígena coletivo, não é possível alimentar muitas esperanças de que, mesmo vitoriosos, os povos indígenas estarão representados ou terão apoio político, embora este seja sempre o discurso de todos. É o que acontece com os prefeitos indígenas eleitos, que, no Amazonas, já somam quatro só nos últimos dez anos. Nenhum até hoje se identificou com o movimento indígena, apesar de todos terem chegado à vitória com esse discurso e com o trabalho e a luta de décadas do movimento indígena. É claro que se os indígenas são eleitos sob o comando dos não indígenas por meio de seus partidos políticos, são estes que os guiam, condicionam e impõem suas pautas e bandeiras

8 Os dados do TSE foram elaborados por Ricardo Verdum e acessados via redes sociais.

de luta, ao invés de pautas, agendas e interesses indígenas. Isso parece óbvio, mas não ao movimento indígena e aos próprios indígenas.

Esse exemplo mostra claramente os grandes desafios para a autonomia indígena, dentro dos próprios movimentos indígenas e fora deles.

Por outro lado, a possibilidade de reconstrução da autonomia de vida em seus territórios é um novo alento para o presente e futuro desses povos. Um dos elementos centrais para a efetividade desse desejo é o início de vários projetos coletivos de autogestão territorial em experimentação, que deverão impulsionar e subsidiar o processo de reelaboração da autonomia desejada. A autonomia, na prática, continuou acontecendo entre eles, mesmo após a instalação do Estado brasileiro. Muitos povos indígenas definem e organizam suas aldeias em seus territórios, segundo seus costumes, tradições e leis.

Até aqui, tratou-se da noção de autonomia na perspectiva apontada pelo Estado, a qual, entende-se, não coincide exatamente com a ideia-prática de autonomia pensada e desejada pelos povos indígenas. Isso porque, na perspectiva do Estado e da sociedade dominante, autonomia está sempre relacionada a uma fronteira espacial física ou simbólica que envolve poder, controle, dominação e soberania. Na perspectiva indígena é o contrário: autonomia representa fronteiras organizadoras e facilitadoras de mobilidade e de comunicação, uma vez que significa, como visto anteriormente, na voz de um professor baniwa<sup>9</sup>, “uma comunidade vivendo livre e tranquilamente sua vida, de acordo com suas culturas e tradições. É a liberdade e possibilidade de circular no seu mundo e no mundo do branco de forma consciente, respeitosa e reconhecida”. Desse ponto de vista, enquanto para o Estado o conceito de autonomia limita-se a fronteiras espaciais e mobilidades sociais, para os povos indígenas autonomia significa garantir vias espaciais de mobilidade social e cósmica.

Essa noção de autonomia política e territorial das cosmologias indígenas não se confunde, mas também não se confronta com a noção de soberania territorial doutrinária dos Estados nacionais, em nome da qual se praticam crimes bárbaros contra grupos humanos, em guerras in-

findáveis, como atualmente no Oriente Médio. É importante salientar que as cosmologias ameríndias das terras baixas, diferentemente das cosmologias das sociedades europeias, concebem o estar-no-mundo de forma distributiva e compartilhada. Cada sociedade humana possui seu lugar no mundo organizado e estruturado pelo criador nos primórdios da criação do cosmo, evitando desse modo qualquer necessidade de presunção expansionista. Não se trata, portanto, de questionar ou contradizer a doutrina das fronteiras nacionais que, no discurso, são invioláveis e doutrinárias, mas na prática são simbólicas e porosas, principalmente no contexto atual da globalização e da transnacionalização das relações sociais e econômicas.

Portanto, a ideia de autonomia como livre circulação e comunicação não ignora as fronteiras nacionais nem as fronteiras patrimoniais dos direitos subjetivos, próprios das sociedades contemporâneas neoliberais, uma vez que esta “livre circulação e comunicação” precisa estar baseada no reconhecimento, no respeito e na dignidade interpessoais e intersocietárias, o que pressupõe relações de diferentes sujeitos e espaços sociais, ou em última análise, de diferentes agencialidades.

Como se pode observar, são racionalidades distintas, mas não necessariamente contraditórias, que em uma sociedade verdadeiramente multicultural e pluriétnica deveriam ser complementares e dialógicas, desejáveis para uma coexistência e convivência harmoniosa. Talvez neste desencontro de racionalidades esteja a explicação do exemplo antiautônomo da participação indígena na vida partidária de que tratamos anteriormente. Enquanto os donos (dirigentes) não indígenas dos partidos políticos estão interessados na disputa pelo poder, em definir quem e como mandar e quem e como obedecer, os indígenas estão pensando em como circular pelo mundo do poder, mesmo sem o poder. Por isso, as lógicas do exercício do poder, como controle e dominação, são pouco inteligíveis e práticas no âmbito das cosmologias indígenas baseadas em epistemologias de reciprocidade, complementariedade e holismo cósmico.

O desencontro das racionalidades indígenas e não indígenas colonizadoras é uma razão forte para a necessidade de se estabelecer instrumentos adequados e eficazes de participação dos povos indígenas nas tomadas de decisões no âmbito do Estado e da sociedade nacional

9 Franklin Baniwa, op. cit.

sobre o que diz respeito a eles e ao seu país. Desse modo, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ao estabelecer o princípio jurídico de consulta prévia e informada aos povos indígenas sobre tudo o que lhes diz respeito aos Estados nacionais, o faz do ponto de vista moral, histórico, político e de direito humano. O princípio, portanto, longe de ser um direito-privilegio, é um direito vital, pois é a única possibilidade de coexistência e convivência harmoniosa e pacífica, visto que permite aos povos indígenas se sentirem e se perceberem reconhecidos e aceitos plenamente na sociedade-nação, com seus direitos, específicos e plenos, respeitados e garantidos. De outro modo, estarão excluídos da sociedade-nação, que em geral provoca sentimento de insatisfação, ódio e violência.

Desde o século XIX, ocorre a conformação do Estado brasileiro como expressão dos interesses das elites colonizadoras. O novo Estado, criado e organizado com base nas ideias liberais da revolução burguesa, que triunfou na França em 1789, excluiu os povos indígenas do seu projeto político. Desde então o Estado brasileiro tem se tornado um fator negativo para a continuidade dos projetos sociais e étnicos, condenando-os a um congelamento político, jurídico, social e econômico. O Estado não tem sido capaz de agrupar em uma unidade coerente e equilibrada todos os povos que convivem em seu território. Em consequência, esses grupos têm sido secularmente impedidos de influenciar na vida pública, a partir de suas normas, modos e códigos culturais. Nos últimos anos, os povos indígenas vêm se constituindo como sujeitos de seu próprio destino, fazendo valer seus direitos e cobrando dos governos, por meio de suas organizações, a constituição de um Estado diferente, que possibilite a igualdade de condições de vida para todos. Propõem a transformação do estado unitário e homogêneo em um estado plural e descentralizado, que possibilite em seu interior a existência e o desenvolvimento de espaços de autonomia que impulsionem a conformação de um Estado plurinacional, indispensável para esses povos, que não podem seguir excluídos da vida política, econômica e cultural do País.

As diferentes formas de autonomia indígena em construção não estão dirigidas a negar as principais instituições vigentes, senão a torná-las mais flexíveis e abertas, com capacidade para promover a coexistência pacífica e solidária de todos os brasileiros. Para isso, esses povos

contam atualmente com convênios internacionais e leis nacionais para garantir seus direitos. Os mais significativos, que asseguram a inclusão dos direitos coletivos dos povos indígenas, são a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 2004; a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adotada em setembro de 2007 pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU); e a Constituição Federal de 1988. Assim, as lutas indígenas representam, em sua totalidade, um fato de extraordinária importância na história do Estado-Nação como povos originários. As reivindicações por terra, por um meio ambiente saudável, pelo reconhecimento de sua organização social, por suas estruturas políticas, por sistemas econômicos e por seus símbolos de identidade estão encontrando cada vez maior justificação moral e ideológica nas sociedades brasileira e mundial.

No discurso político contemporâneo, esses avanços alcançados podem ser definidos como início de processos de autonomia com grandes possibilidades futuras. Trata-se de uma autonomia que se fundamenta na vontade de interagir, de participar e de não excluir componentes culturais e políticos diversos, com potencial para resguardar e defender direitos que atendam a todos, pela ação tanto de governos locais como de organizações autônomas. Com efeito, as experiências dos povos indígenas para defender seus direitos territoriais autogestionados, suas culturas e conhecimentos tradicionais mostram, em seu conjunto, o avanço de uma luta própria que deve ser entendida como um esforço transformador da sociedade. Não existe um modelo acabado de autonomia indígena pós-colonial, porém, existem experiências de gestão territorial e projetos sociais que configuram entes de diferenciação ao Estado excludente que tem insistido em ignorar os povos originários. As possibilidades de autonomia indígena dependem de três conceitos e práticas políticas inseparáveis: multiculturalidade, cidadania e autonomia.

A autonomia é uma necessidade e condição para a continuidade histórica dos povos originários, enquanto direito de perpetuar seus modos de vida em seus territórios. Não está em questão a soberania do Estado nem a negação de pertencimento a uma nação plural, que de direito já é garantido pelo Estado brasileiro, de acordo com suas leis, tampouco é desejo dos índios o isolamento étnico. Em experiências recentes de ocupação de espaços políticos importantes como o governo

do município, é sintomático perceber como em nenhum momento partiu dos índios alguma atitude de discriminação em relação à minoria branca. É como acontece na Bolívia, onde, mesmo sendo os índios majoritários e estando no Poder, não se viu até hoje qualquer movimentação na direção de constituição de algum Estado indígena independente. O que os povos indígenas reivindicam, desde o início do atual milênio, é o respeito à sua existência histórica, aos seus direitos conquistados e à transformação de suas terras em unidades territoriais administrativamente autônomas.

O aspecto central dessa construção de autonomia é o valor e o espaço que o território ocupa. Aliás, depende dele qualquer possibilidade de exercício e de efetividade da autonomia.

*Território* é todo espaço imprescindível para que um grupo étnico tenha acesso aos recursos que tornam possível a sua reprodução material, cultural e espiritual, de acordo com características próprias da organização produtiva e social, enquanto *terra* é um espaço físico e geográfico. A terra é o espaço geográfico que compõe o território, ao passo que este é entendido como um espaço do cosmos, mais abrangente e completo. Para os indígenas, o território compreende a própria natureza dos seres naturais e sobrenaturais, onde o rio e a montanha apresentam seus significados e importâncias cosmológicas<sup>10</sup>.

O conceito *etnoterritório* retoma a importância simbólica e prática da noção de território indígena, superando a noção tutelar de *terra indígena* que, segundo Little, é “uma categoria jurídica que originalmente foi estabelecida pelo Estado brasileiro para lidar com povos indígenas dentro do marco da tutela”<sup>11</sup>. Essa noção de território indígena recupera o sentido simbólico e cosmológico de espaço tradicional e ancestral, uma vez que, com a tradição de lembrar os tempos dos antigos, os povos indígenas nunca ficam sem o território de onde emergiram na origem do mundo e onde estão presentes nos rituais, nas crenças, nas histórias e mitos. Isso confirma a existência de uma pluralidade de usos não hegemônicos do território. Essa é a importância que tais territorialidades alternativas

10 LUCIANO, Gersm José dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: SECAD/MEC; LACED/Museu Nacional, 2006.

11 LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade, *Série Antropológica*, Brasília, n. 322, 2002.

têm para a organização política do espaço nacional e para a construção de novas formas de convivência nacional sob múltiplas formas de apropriação do território e para se construir as autonomias indígenas. A importância das territorialidades indígenas se contrapõe à visão comum de que um dos principais efeitos da globalização é a fragilização do vínculo entre um fenômeno cultural e a sua situação geográfica, ao transportar até a proximidade imediata experiências e acontecimentos que na realidade se encontram distantes ou muitas vezes desespecializados.

Mesmo o fato de muitos povos indígenas no Brasil não viverem mais em seus territórios ancestrais por terem sido expulsos e deslocados ao longo da história de colonização, não diminui a importância do território no imaginário e na vida diária desses povos, razão pela qual o direito à terra continua sendo a principal reivindicação. E quando há o reconhecimento de alguma terra, ainda que não seja ancestral ou originária, esse território é comemorado, pois ele simboliza e concretiza a relação ancestral e espiritual com o território cosmológico.

A sociodiversidade indígena no Brasil depende das configurações territoriais que servem de referência para os projetos societários e identitários construídos historicamente por cada povo. Os projetos societários são construídos com base nos valores simbólicos da história, nas perspectivas políticas de autonomia etnoterritorial, nas perspectivas de continuidade etnocultural e nas estratégias de interação com a sociedade nacional e global. Essa relação dos povos indígenas com o seu território foi profundamente afetada e deturpada com o processo colonial, deflagrando transformações em múltiplos níveis de existência espiritual e sociocultural. Uma das medidas político-administrativas adotadas pelo poder colonial para a dominação foi impor uma divisão fragmentada e aleatória dos territórios com limites definidos e fronteiras demarcadas, gerando profunda desestruturação territorial, sociocultural e política. Funcionou, portanto, a máxima: *dividir para dominar*.

Outro ponto importante diz respeito à possibilidade de reconstrução das chamadas autonomias territoriais no âmbito dos planos coletivos de vida. A recomposição territorial, enquanto sentimento de pertença espacial e social (identidade étnica), pode despertar e rearticular sensibilidades e capacidades coletivas e de unidades sociopolíticas, fragilizadas

ou desarticuladas ao longo do processo colonial por modos de vida impostos por políticas baseadas nos princípios da individualidade e da governança genérica. O exercício da autonomia ou manejo do mundo indígena pressupõe referências socioespaciais e sócio-históricas. Os povos indígenas buscam recuperar o aspecto *sócio-histórico* (ancestralidade, origem étnica/etnicidade, culturas, tradições) e o aspecto *socioespacial* (terra e território) como meio para sobrevivência, principalmente física. Na atualidade estão decididos a conquistar e consolidar a dimensão do espaço *sociopolítico* (cidadania, participação política e autonomia de pensamento e de decisões), que completaria um importante período cíclico de sua história de resiliência e afirmação do futuro mediante a sociedade dominante, recompondo a dimensão integral da vida material e espiritual.

Assim, é possível pensar os Territórios Etnoeducacionais (TEEs), os Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DISEIs) e a organização espaço-administrativa da Fundação Nacional de Índio (FUNAI) como experiências de autonomia de gestão pública etnoterritorializada, com todas as limitações e fragilidades que deverão ser enfrentadas, principalmente quando se trata de espaço estatal. Os TEEs, os DISEIs e as coordenações regionais da Funai poderão no futuro ser transformados em Unidades Territoriais Autônomas (UTA), que viabilizem um modelo de autogoverno, a exemplo de iniciativas de implantar UTAs de alguns países latino-americanos como Panamá<sup>12</sup> e Guatemala. As unidades territoriais preconizadas teriam como base espacial e institucional as configurações étnicas e não simplesmente espaços geográficos ou administrativos. Os territórios indígenas autônomos formariam unidades políticas integrantes da estrutura do Estado-Nação, os quais ganhariam certas autonomias administrativas e organizariam uma administração pública adequada para atender as diversas realidades indígenas do Brasil. Isso não significa que cada terra indígena constituiria uma unidade territorial autônoma, uma vez que muitas terras, povos e comunidades indígenas,

12 No Panamá existe o território autônomo Kuna, que é uma unidade federativa do Estado Panamenho, portanto, com organização e estrutura político-administrativa próprias, em que os chefes do Poder Executivo (governador e vice-governador) são membros eleitos pelo e do povo Kuna, assim como os membros da Assembleia Legislativa (Assembleia do Povo Kuna). Em 2002 tive oportunidade de visitar o território autônomo Kuna e, na ocasião, pude participar, como convidado visitante, de uma sessão ordinária da Assembleia Geral do Parlamento Kuna, que contava com a participação do governador Kuna e do representante (não índio) do Governo Federal do Panamá.

conforme proximidades étnicas e geográficas, podem compor uma única unidade político-administrativa, mesmo considerando que muitos povos estão encurralados em terras reduzidas, como os Guarani Kaiowá, em Mato Grosso do Sul, e os povos do Sul e do Nordeste.

Um outro aspecto refere-se à possibilidade de construir uma experiência de participação e de controle social indígena mais efetiva no âmbito das políticas de educação escolar indígena, por meio das unidades de planejamento e gestão configuradas segundo as territorialidades definidas coletivamente com permanente participação e envolvimento de representantes indígenas. Os Territórios Etnoeducacionais, assim como os Distritos Sanitários Especiais e as Coordenações Regionais da FUNAI, preveem a constituição de colegiados representativos – comissões gestoras – no âmbito de cada território, com as funções de elaboração, acompanhamento e avaliação dos planos de trabalho no âmbito dos etnoterritórios, o que pode garantir maior participação indígena em níveis territoriais e locais, na medida que esses colegiados operam muito perto das terras e comunidades indígenas, ou dentro delas. O bom funcionamento desses colegiados poderá garantir maior rigor na aplicação dos recursos, melhor qualidade na execução das políticas e maior possibilidade de intervenção e influência dos povos indígenas na condução das políticas públicas.

Contudo, para que os povos indígenas consigam alcançar algum grau de reconhecimento, cidadania e autonomia, será necessário enfrentar e superar muitos desafios. O principal deles refere-se ao fantasma da tutela, que persiste no pensamento e na prática da política indígena e indigenista. Não nos referimos apenas a formas de paternalismo, clientelismo e de dependência viciosa de tutores oficiais, que ainda vigoram principalmente na FUNAI, mas, sobretudo, a formas de pensar e estabelecer estratégias de luta adotadas por segmentos do movimento indígena, que se aglutinam em volta do órgão e lutam para defender seus interesses privados em detrimento da luta mais ampla de seus povos. A cultura de tutela, dependência e submissão parece enraizada e ainda em expansão no cenário das lutas indígenas, cada vez mais complexo e sutil, por envolver novas lideranças emergentes filiadas às academias.

O outro desafio é o de como reverter o processo de dependência dos povos indígenas para com o governo a fim de resolver seus proble-

mas, mesmo os mais simples, para os quais a comunidade poderia encontrar soluções internamente. Essa dependência é resultado de séculos de tutela e de paternalismo a que foram submetidos, acostumando-os a depender de ideias, de iniciativas e de recursos externos para garantir sua manutenção. Atualmente ainda é possível perceber vários tipos de tutela, praticados por diferentes instituições do Estado, das igrejas, da academia e das ONGs.

As organizações indígenas atuais, pelo fato de terem múltiplos parceiros e aliados nacionais e internacionais, bem diferente de anos atrás, tendem a se sentir mais à vontade e livres para escolher e priorizar parceiros e aliados, nem sempre de forma adequada e sábia, pois perderam também referências históricas de experiências sobre quem são ou podem ser parceiros ou aliados. Tendem, por exemplo, a priorizar equivocadamente parcerias e alianças com instituições governamentais ou multilaterais, devido às possibilidades de arregimentar altos recursos, esquecendo-se de que tais instituições podem ser parceiras de projetos, mas não aliadas da causa.

O Brasil, diferentemente de outros países do continente americano, tem avançado pouco ou quase nada no debate e no exercício de uma sociedade ou Estado multicultural. A estrutura judiciária do País é exemplo clássico desse conservadorismo, que ainda insiste em orientar sua visão e práticas com base em uma *comunidade imaginada* de um Brasil monocultural e monolíngue. Falar de autonomia, autodeterminação ou autogoverno indígena no Brasil ainda soa nos ouvidos dos militares, juízes e políticos como ameaça à soberania territorial do Estado-Nação, quando, no Canadá, nos Estados Unidos, no México, no Panamá, no Equador, no Peru, na Bolívia e em outros países vizinhos, tais conceitos fazem parte do vocabulário político cotidiano e das práticas em políticas públicas. Ao contrário do que se prega no Brasil, tais ideias não resultaram em nenhuma forma de desintegração da soberania dos Estados-Nacionais, mas em arranjos e modelos administrativos e jurídicos mais democráticos e multiculturais. Algumas experiências, como no Panamá desde a década de 1950, resultaram na formação de unidades federativas multiculturais muito prósperas social e economicamente, que têm contribuído para a consolidação do Estado do Panamá democrático, pacífico e do seu desenvolvimento econômico e social. Em muitos países, as estruturas judiciárias há tempo criaram varas e tribunais especia-

lizados em direitos indígenas, que incluem os direitos consuetudinários, abrindo procedimentos administrativos e iniciativas na área de formação jurídica em direitos indígenas. Essas experiências de organização estatal multicultural enfrentam muitas contradições e problemas, mas têm ajudado a garantir convivência mais amistosa entre os vários grupos étnicos, criando espaço para a continuidade e o desenvolvimento das diversas culturas e acomodando de forma mais harmoniosa os distintos interesses socioculturais, econômicos e políticos dos diversos grupos étnicos no interior dos Estados nacionais.

É necessário avançar no debate do multiculturalismo e nos ideais de um pluralismo jurídico efetivo que clama por uma regulamentação que reconheça, sobretudo, o direito efetivo de veto dos povos indígenas aos grandes projetos de desenvolvimento regional que afetam seus territórios. Um país continental, com uma enorme diversidade cultural e étnica, não pode prescindir desse exercício social, considerando que há a necessidade de garantir espaço plural de convivência e de estabelecimento de direitos e deveres equitativos que evitem futuros conflitos e tensões étnicas e raciais, como vimos nos últimos anos no sul da Ásia e na África Subsaariana. O aprofundamento e a consolidação de estados-nações democráticos pressupõem o exercício pleno dos direitos individuais e coletivos. Ora, os direitos coletivos, principalmente étnico-raciais, exigem espaços políticos (poder) e administrativos (sistemas jurídicos, econômicos e sociais) multiculturais adequados, em que os povos se sintam integrantes plenos da sociedade nacional, mas cada um à sua maneira.

É nessa perspectiva etnopolítica que os povos indígenas tomaram como tema marcante e significativo o elemento território, que, reinterpretado de acordo com a visão cosmológica ancestral, articula a necessidade de estabelecimento de seus novos *modus vivendi* e *modus operandi*<sup>13</sup>, em favor de suas identidades e formas de vida, levando-se em conta os novos quadros sociais que se apresentam e a necessidade de corresponder às perspectivas pós-contato na relação com a sociedade moderna, notadamente no campo dos direitos e da cidadania.

A principal argumentação quanto a essa busca por espaço e autonomia é a de que não basta apenas garantir o direito e as condições de sobrevivência ou de existência, pois o que dá sentido à vida é a capacida-

13 BOURDIEU, P. *A Economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

de de seu controle ou manejo. Controle e manejo referem-se fundamentalmente ao papel de sujeito que cabe ao homem e aos grupos sociais diante da necessidade de equilíbrio e harmonia do mundo. A autonomia comunitária, étnica e territorial reivindicada pelos indígenas obedece aos marcos legais do Estado-Nação constituído. A autonomia cultural não é nenhuma ameaça ao Estado-Nação; limita-se à manutenção e reconquista de um alto grau de manejo sobre a tomada de decisões que afetam o grupo étnico local, ou seja, controle dos recursos naturais e culturais nos marcos de seus territórios, o que requer um Estado forte, capaz de garantir a integridade do direito.

Outro desafio apresentado diz respeito à efetividade da cidadania diferenciada, que requer superação da ideia de que o índio pertencente ao seu grupo étnico não poderia pertencer à nação brasileira. No passado recente, o índio que mantinha e assumia sua identidade cultural pertencia a uma nação diferente da nação brasileira; era baniwa, tucano, menos cidadão brasileiro. Ramos<sup>14</sup> afirma que, neste caso limitado da noção de cidadania no singular, ela é temporalizada, territorializada e ideologizada. Falta espaço étnico legitimado e apropriado à complexidade pluriétnica do País, para que os povos indígenas do Brasil sejam de fato cidadãos do Brasil no campo interétnico e membros plenos de suas respectivas sociedades.

Em resumo, o primeiro aspecto refere-se à necessidade de problematização da ideia de protagonismo e autonomia indígena. Por vezes os povos indígenas e seus aliados substancializam e automatizam o exercício do protagonismo e da autonomia indígena com a ideia de que isso só será possível se e quando os próprios indígenas estiverem no espaço ou no comando de seus interesses (poder). Esse idealismo é ingênuo na medida em que segue a visão limitada e equivocada de índio hiper-real<sup>15</sup>, ou seja, índio idealizado puro, perfeito e autossuficiente, como se o índio estivesse isento e imune às mazelas e malícias do mundo envolvente.

14 RAMOS, Alcida Rita. Os direitos do índio no Brasil na encruzilhada da cidadania. *Série Antropologia*, Brasília, n. 116, 1991.

15 RAMOS, Alcida Rita. O índio hiper-real. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 10, n. 28, p. 5-15, jun. 1995.

O segundo aspecto está relacionado à compreensão de que os atuais modelos de espaço e de exercício do poder no âmbito dos Estados nacionais, ao mesmo tempo em que são necessários e desejáveis, representam um espaço potencialmente sedutor e corruptor para qualquer indivíduo ou grupo humano, índio ou não índio. O poder político, para índios ou não índios, tanto pode ser um instrumento de solução de muitos problemas quanto pode ser um instrumento para o fracasso na vida das pessoas e de grupos sociais. O que pode fazer a diferença não é se o ocupante do poder é índio ou não índio, mas outras estratégias e mecanismos de controle de poder, como por exemplo, qualificado controle social, para exercer e evitar a manipulação e cooptação do prefeito indígena por grupos políticos brancos corruptos.

O terceiro aspecto diz respeito ao significado, ao lugar e aos modos de relações que se estabelecem no campo do poder no mundo indígena e no mundo dos brancos. As formas de exercício do poder no mundo dos brancos são muitas vezes distintas e conflitantes com os modos de exercício de poder entre os povos indígenas.

Concluo esta reflexão reafirmando a necessidade premente de formação política, técnica e científica de indígenas. Não me refiro a qualquer formação, mas a uma formação específica, adequada e de qualidade. O crescente e acelerado grau de acesso de indígenas ao ensino superior verificado na última década, embora possa contribuir, nem de longe será suficiente diante da necessidade existente. Não há cursos universitários voltados à realidade do índio e nem acho que a universidade seja para isso, a menos que fosse uma universidade indígena, própria, autônoma, específica e diferenciada. Contudo, isso é um ideal, uma utopia realizável, porém muito distante da nossa realidade indígena e não indígena brasileira. O movimento indígena bem como seus parceiros e aliados precisam urgentemente criar condições e mecanismos para essa formação.

Há anos defendo a ideia de uma escola de formação indígena autônoma. Autônoma na sua concepção, nas suas metodologias e na organização de conhecimentos. Pouco importa quem garantiria a sustentação financeira, embora o ideal é que fossem os próprios povos indígenas. Afinal, autonomia não é uma coisa que o Estado ou algum governo vai dar aos povos indígenas. Deverá ser arrancada, exercitada, vivenciada,

experimentada, arriscada. Contudo, para qualquer possibilidade de sucesso, uma boa formação política é necessária ou mesmo uma condição. Isso porque autonomia afeta o campo das relações políticas de poder, extremamente complexo, sedutor, traiçoeiro. Não é um campo para lideranças principiantes ou amadoras, mesmo para aquelas melhores que estão no universo das aldeias ou dos povos indígenas. Foi-se o tempo em que bastava ser uma liderança tradicional a caráter, exótica por assim dizer, para sensibilizar a sociedade dominante. Hoje se exige da liderança indígena poder de convencimento no debate, na discussão e na formulação de políticas. Mais do que isso: exige-se do indígena capacidade e habilidade para lidar com o seu mundo e com o mundo envolvente. Isso não é ruim. Isso é bom. É a possibilidade e oportunidade de início de reconstrução da autonomia, na medida em que o ator, o sujeito, a agência das decisões e da história deixa de ser o Estado, o governo, a FUNAI, e volta a ser os próprios povos indígenas, como antes da conquista colonial. Mas para isso, as lideranças precisam se preparar e se qualificar para lidar, gerenciar e manejar essa nova e atual realidade de suas comunidades e seus povos.

No passado recente, os povos indígenas do Brasil contavam com uma rede considerável de assessorias, apoiadores, aliados e colaboradores para orientá-los nessas difíceis discussões e decisões. Contudo, essa equipe está cada vez mais reduzida, em função da própria reivindicação dos povos indígenas em favor de seu protagonismo e autonomia. Portanto, os povos indígenas, por meio de suas lideranças, uma vez bem formados e informados terão que encontrar caminhos certos para a construção da autonomia e do futuro desejável.

Por fim, da parte do Estado, há a necessidade também urgente de criar mecanismos de participação e representação dos povos indígenas em todas as instâncias de tomadas de decisões. Isso se torna cada vez mais um imperativo da governabilidade democrática, na medida em que esses povos avançam nas conquistas e garantias de direitos e cidadania, no crescimento demográfico, na sua importância sociopolítica e estratégica em algumas unidades federativas como Roraima, Amazonas e nas perspectivas apontadas pelo grande número de indígenas, profissionais, intelectuais, pesquisadores que estão sendo formados pelas universidades. Muitos destes, em breve, serão novas lideranças, forma-

doras e mobilizadoras de suas comunidades e de seus povos, exigindo do Estado novas formas de relações e de distribuição do poder. Além disso, é sempre importante destacar a importância dos territórios indígenas, que hoje somam 13% do território nacional, e na Amazônia Legal representam 23%. Este patrimônio territorial, aliado à sua grande sociobiodiversidade, representa uma alternativa para o Brasil. É dele que o Brasil dependerá muito em breve para garantir qualidade de vida ao seu povo, em função de seus recursos naturais estratégicos, como a água potável e sua floresta viva, além, é claro, dos modos sustentáveis de vida dos povos indígenas.

## Referências

- BOURDIEU, P. *A Economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 1974.
- KYMLICKA, Will. Las políticas del multiculturalismo. In: *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.
- LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. *Série Antropologia*, Brasília, n. 322, 2002.
- LUCIANO, Gersem José dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: SECAD/MEC; LACED/Museu Nacional, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Educação para manejo do mundo: entre a escola ideal e a escola real no Alto Rio Negro*. Rio de Janeiro: Contra Capa; Laced, 2013.
- RAMOS, Alcida Rita. Os direitos do índio no Brasil na encruzilhada da cidadania. *Série Antropologia*. Brasília, n. 116, 1991.
- RAMOS, Alcida Rita. O índio hiper-real. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 10, n. 28, p. 5-15, jun. 1995.

# La travesía de los Rrom de Colombia por el OIT-169: Notas para un balance preliminar de los caminos recorridos y por recorrer

Juancarlos Gamboa Martínez<sup>1</sup>

[Ponencia presentada en el marco del Seminario Internacional: "10 años del Convenio 169 de la OIT" que por convocatoria del Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) de Brasil, se celebró entre el 23 y el 25 de abril de 2014 en Brasilia]

El presente artículo pretende esbozar un análisis explicativo acerca de la significación que el Convenio 169 de la OIT "Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes" (OIT-169) ha tenido sobre el proyecto de movilización étnica que adelanta el pueblo Rrom de Colom-

<sup>1</sup> Juancarlos Gamboa Martínez. Historiador y Magíster en Administración Pública. Ha sido asesor de numerosas organizaciones étnicas, entre las que se pueden mencionar al Proceso Organizativo del Pueblo Rrom (Gitano) de Colombia (PRORROM), a la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), a la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA) y a *The Kétlenan National Association (KETNA)*. A propósito del pueblo Rrom, ya sea como autor o coautor, ha escrito numerosos libros y artículos académicos entre los que se pueden destacar los siguientes: "Los Rrom de Colombia. Itinerario de un pueblo invisible" (2000), "Los Gitanos en Colombia. Límites y posibilidades de la invisibilidad como estrategia de resistencia étnica" (2002), "Tras el rastro de Melquíades. Memoria y resistencia de los Rrom de Colombia" (2005), "Notas introductorias sobre la *Kriss Romani o Romaniya*: El sistema jurídico transnacional del pueblo Rom" (2005), "Los Rrom de Colombia. Del silencio a la palabra, de la invisibilización al reconocimiento" (2010) y "El conflicto armado colombiano y las tragedias no contadas de los Rromà" (2011). Actualmente trabaja con la Defensoría del Pueblo.

bia. En ese contexto, de la mano del Proceso Organizativo del Pueblo Rrom (Gitano) de Colombia (PRORROM) y teniendo como referente principal algunas de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que tácita o explícitamente se refieren a este grupo étnico, se hace un somero recorrido por los principales hitos que desde mediados de 1997 a la fecha han sido determinantes en su proceso de visibilidad y de reconocimiento de sus derechos colectivos, desde los cuales se plantean algunas consideraciones que procuran dar cuenta de las dificultades y avances que se han suscitado en un proceso de etnización y de visibilización que hasta hoy no cuenta con antecedentes en ningún país del hemisferio.

## I

Cuando a mediados de 1997 comenzó a gestarse el proceso de visibilización del pueblo Rrom de Colombia sus primeras demandas se fundamentaron jurídicamente en aquellos artículos de la recientemente expedida Constitución Política de 1991 que contemplaron referencias a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana y en los que aludían de manera indistinta y genérica a los grupos étnicos. En la Constitución Política de 1991, de manera bastante desigual por cierto, se incorporaron varios artículos con referencias precisas a los pueblos indígenas, a las comunidades negras y a la comunidad Raizal, quedando sin ser mencionado con nombre propio el pueblo Rrom. Pese a esta omisión tácitamente se reconoció posteriormente que el pueblo Rrom quedaba amparado en los artículos constitucionales que aluden a la noción de grupos étnicos.

Debieron pasar varios meses para que el espectro de instrumentos legales sobre los que hasta ese momento se estaba levantando el proceso de visibilización del pueblo Rrom se ampliara de manera determinante y fue así como en el simposio: "Conflictividad Multicultural y Procesos Democráticos" desarrollado en el marco del VIII Congreso de Antropología en Colombia celebrado en Bogotá, D.C. en diciembre de 1997, en el que valga advertir en un hecho inédito participaron como ponentes algunos Rrom, por vez primera se planteó la tesis según la cual las disposiciones legales contenidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales

en Países Independientes" (OIT-169) son extensivas al pueblo Rrom en su condición de pueblo tribal.

A partir de la celebración del VIII Congreso de Antropología en Colombia el proceso de visibilización del pueblo Rrom ya no únicamente se fundamentaba en unos dispersos artículos constitucionales sino que comenzó explícitamente a demandar que el OIT-169 era un instrumento internacional que perfectamente respaldaba sus demandas de reconocimiento de derechos colectivos. Sobre el particular el 25 de enero de 1998 uno de los portavoces del proceso de visibilización del pueblo Rrom enviaba un derecho de petición al Ministro del Interior en el que, entre otros asuntos, solicitaba información acerca de los *"mecanismos jurídicos que se han previsto para desarrollar el [OIT-169] (ley 21 de 1991) en la dirección de incorporar al pueblo Gitano a dicho Convenio [y los] instrumentos legales y normativos que se han considerado para implementar los derechos de los grupos étnicos consagrados constitucionalmente, de manera que explícitamente tenga en cuenta el pueblo Gitano"*.

## II

El debate sobre la aplicabilidad al pueblo Rrom de las normas contempladas en el OIT-169 que meses atrás había tenido lugar en el VIII Congreso de Antropología en Colombia fue uno de los aspectos centrales abordados durante el desarrollo del Primer Seminario-Taller: Pasado, Presente y Futuro del Pueblo Rrom realizado en la *kumpania* de Girón (Santander) entre el 4 y 5 de agosto de 1998. En este evento en el que, por decirlo de alguna manera, el proceso de visibilización del pueblo Rrom adquirió una suerte de carta de ciudadanía, se dejó claramente establecido en su declaración final que

nuestra principal demanda actual es la que las disposiciones consagradas en el [OIT-169] (Ley 21 de 4 de marzo de 1991) nos sean aplicadas taxativamente como pueblo tribal que somos. De esta manera se iniciaría una relación entre el pueblo Rrom y el Estado colombiano y se abriría el sendero para que los derechos constitucionales y legales que tienen consagrados los restantes grupos étnicos colombianos, simétricamente nos sean otorgados. Si existen algunas disposiciones legales que el Estado ha diseñado para relacionarse con los pueblos indígenas, las comu-

nidades afrodescendientes y Raizal, ¿por qué no hacer justicia e implementar un marco jurídico que saque de la invisibilidad a nuestro pueblo?.

Así mismo en este evento fundacional se discutió ampliamente y aprobó por consenso de todo los Rrom asistentes un proyecto de marco jurídico para la protección de los derechos del pueblo Rrom que se llamó Estatuto de Autonomía Cultural del Pueblo Rrom de Colombia, el cual se construyó teniendo precisamente como referente jurídico el OIT-169.

### III

En un contexto de euforia constitucional en el que la valoración y protección de la diversidad étnica y cultural se convierte en un componente vertebral de todo el orden jurídico del país y en el que a su vez se pone de manifiesto tanto desde la institucionalidad como desde la academia un profundo desconocimiento acerca de la realidad del pueblo Rrom, se configura el escenario en el que irrumpe su demanda de aplicabilidad del OIT-169. Dicho de otro modo, teniendo como telón de fondo una Constitución Política considerada respetuosa y garante de la diversidad étnica y cultural, el desconocimiento que para entonces existía del pueblo Rrom antes que convertirse en un escollo para su proceso de visibilidad y de reconocimiento de derechos colectivos, se constituyó en una gran oportunidad para que éste avanzara habida cuenta que no existían argumentos para debatir el discurso de etnicidad que el pueblo Rrom estaba construyendo.

Lo anterior quedó bien reflejado en la respuesta que el 9 de febrero de 1998 la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior brindó a los portavoces del proceso de visibilización del pueblo Rrom, quienes como parte de una estrategia de cabildeo habían dirigido diversas peticiones a las instituciones relacionadas con los grupos étnicos buscando de esta manera que se materializara su reconocimiento como uno de ellos:

Deseo hacer explícito, el especial interés de este Ministerio por conocer a mayor profundidad la cultura del pueblo gitano, su propia conceptualización en relación con la etnicidad y la cultura, su particular sistema de parentesco, justicia, autoridad y derecho. Este Ministerio está en la mejor

disposición de reconocer y atender requerimientos de participación, y construcción de relaciones de entendimiento intercultural con el pueblo gitano, para efecto de lo cual, muy comedidamente me permito solicitarle la mayor información posible en relación con: 1. Historia cultural del pueblo gitano. 2. Datos sobre su población, territorialidad y ubicación geográfica en Colombia, 3. Conceptos propios sobre etnicidad y cultura, 4. Sistema de autoridad, justicia y derecho [...] Finalmente, me permito precisar que la definición de políticas, la adecuación institucional, la implementación de mecanismos jurídicos y normativos para el reconocimiento y apropiada atención al pueblo gitano deben ser construidos en el marco de un proceso ampliamente participativo.

El 20 de febrero de 1998 el Ministerio del Interior por intermedio de la Dirección General de Asuntos Indígenas expide el que se constituye como el primer acto administrativo del Estado colombiano en el que se hace un taxativo reconocimiento del pueblo Rrom. Si bien este acto administrativo, el DGAJ-0864, se encuentra, por así decirlo en el escalón más bajo de toda la infraestructura legal habida cuenta que es apenas un concepto técnico, el que haya sido emitido por una dependencia del Ministerio responsable de la relación con grupos étnicos le dio gran legitimidad hasta el punto que todos los sucesivos reconocimientos que en distintos niveles se sobrevendrían con el tiempo, lo tomaron como punto de partida. En relación con el OIT-169 y los artículos constitucionales referidos a los grupos étnicos el mencionado concepto es contundente al reconocer que: (a) el OIT-169 cobija al pueblo Rrom como quiera que es un pueblo con una organización social tradicional claramente tribal, (b) el pueblo Rrom por su preexistencia a la conformación de la República es un grupo étnico también colombiano y como tal lo ampara la legislación existente para grupos étnicos, y (c) se hace necesario que, guardando una simetría positiva, se hagan los desarrollos legislativos que se requieran para que al pueblo Rrom salga de la invisibilidad y se le garanticen de manera especial sus derechos colectivos. Sobre el particular el referido acto administrativo dice textualmente lo siguiente:

No cabe duda que el Convenio 169 de la OIT aplica y consecuentemente cobija a los Gitanos en Colombia y por tanto es un deber constitucional del Estado colombiano reconocer y proteger al pueblo Gitano. Si bien la Constitución no dejó consagradas normas explícitas al pueblo Gitano --lo que si hace con los pueblos indígenas, comunidades negras y raiza-

les--acudiendo al artículo 7 donde se establece el carácter multiétnico y pluricultural de la Nación, se puede colegir que las alusiones indistintas y genéricas que se hacen sobre los grupos étnicos [...] están señalando tácitamente que a estos derechos también tienen acceso el pueblo Gitano, dadas sus condiciones de grupo étnico que ha hecho aportes al proceso de conformación de la nacionalidad. Es por ello que se puede afirmar, sin ningún tipo de dudas, que el pueblo Gitano tiene los mismos derechos que constitucionalmente tienen los restantes grupos étnicos colombianos, y en este sentido se debe trabajar alrededor de desarrollos legislativos que vayan en la dirección de satisfacer las demandas étnicas y propias de este pueblo [...] Por lo anterior [...] se hace necesario encontrar mecanismos jurídicos y normativos que garanticen una simetría efectiva entre los derechos de los derechos constitucionales que tienen actualmente los pueblos indígenas y las comunidades negras, y a los que deben acceder los Gitanos. La necesidad de hacer un reconocimiento [...] se hace más urgente si se tiene presente que éste ha sido un pueblo sobre el cual han recaído todo tipo de estereotipos racistas y discriminadores que han provocado su sistemática persecución a lo largo de la historia. Finalmente, y mientras se define algo distinto por parte del señor Ministro del Interior, la Dirección General de Asuntos Indígenas puede ser una instancia estatal transitoria, que posteriormente puede ser definitiva en la medida en que le definan para el efecto las funciones pertinentes al pueblo Gitano, a través de la cual se puede iniciar la interlocución con este pueblo, en razón a que existe un acumulado de experiencia en el manejo de procesos de consulta y en el conocimiento e interpretación del Convenio 169 de la OIT.

Posteriormente el Ministerio del Interior ya no a través de la Dirección General de Asuntos Indígenas como lo había hecho precedentemente sino por intermedio de la Dirección de General de Comunidades Negras y Minorías Étnicas y Culturales (antes llamada simplemente Dirección General de Asuntos de Comunidades Negras), todo lo cual era sintomático que para la fecha no había claridad sobre a qué dependencia adscribir al pueblo Rrom, emite la Resolución No. 022 de 2 de septiembre de 1999 que tiene una enorme trascendencia no sólo porque le otorgó reconocimiento legal al Proceso Organizativo del Pueblo Rrom (Gitano) de Colombia (PRORROM), primera organización Rrom, sino porque nuevamente, pero en un nivel más alto, recoge sus demandas: (a) ratifica una vez más que el OIT-169 se hace extensivo al pueblo Rrom, (b)

plantea que es deber constitucional del Estado colombiano proteger la diversidad étnica y cultural del país, de la cual hace parte el pueblo Rrom, (c) afirma que es preciso establecer mecanismos legales y jurídicos que garanticen simétricamente al pueblo Rrom los derechos que constitucional y legalmente le han sido reconocidos a los restantes grupos étnicos, y (d) señala que para satisfacer las demandas del pueblo Rrom se hace indispensable que las entidades públicas realicen las adecuaciones institucionales que se requieran.

## IV

Pese a lo importante de estos actos administrativos emitidos por el Ministerio del Interior, los promotores del proceso de visibilización estimaron que ello no era suficiente y que había que llevar esa discusión al seno mismo de la OIT, ocasión que llegó algunos años después, en agosto de 2001, cuando la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC), con el auspicio de la OIT, convocó en Bogotá, D.C. al Seminario-Taller: "Evaluación del Convenio 169 de la OIT" en el que PRORROM participó constituyéndose en la única organización étnica no indígena invitada lo cual lo cual era indicativo de la importancia que se le venía dando a los reclamos del pueblo Rrom. En aquel escenario PRORROM presentó una disertación en la que sostuvo la aplicabilidad de las disposiciones legales del OIT-169 al pueblo Rrom a partir de cuatro argumentos que a continuación se presentan de manera sintética:

(a) *Legales*: En el mismo OIT-169 se define con meridiana claridad los pueblos tribales a los que sus disposiciones legales aplica (artículo 1, numeral 1, literal a) y conceptúa que para definir el carácter tribal de un pueblo un criterio fundamental a tener en cuenta es su propia "*conciencia de identidad tribal*" (artículo 1, numeral 2) lo cual como se advierte incluye al pueblo Rrom.

De otro lado para tener en cuenta en su entera dimensión el espíritu y el sentido atribuido a las disposiciones legales del OIT-169, es decir, para realizar una interpretación adecuada a sus contenidos y alcances hay que tener en cuenta dos aspectos complementarios. En primer lugar a los llamados *travaux préparatoires* que aluden a todos los documentos

que antecedieron y se utilizaron en los procesos de negociación para la redacción de un instrumento internacional, y en segundo lugar, a una lectura en conjunto de las diferentes disposiciones tomando como referencia los principios generales de participación, consulta y respeto por la cultura e instituciones de los pueblos interesados. En ese contexto hasta donde se tiene información ni en los *travaux préparatoires* del OIT-169 – contenidos, por ejemplo, en los Informes Sobre el Convenio No. 107 para los años 1988 y 1989 y en los Informes de la Comisión de Expertos– ni en las mismas disposiciones del propio OIT-169 se contemplan, ni siquiera de manera marginal, excepciones en cuanto a la aplicación de este instrumento internacional a los pueblos tribales.

(b) *Antropológicos*: La diferencia fundamental entre las categorías de pueblos indígenas y pueblos tribales utilizadas por el OIT-169, radica en la continuidad histórica que aparece relacionada con el hecho de la antecendencia de ocupación territorial por parte de un pueblo frente a otros pueblos distintos que llegaron con posterioridad. Sin embargo debido a la manifiesta dificultad para establecer con precisión, en determinados contextos históricos y geográficos, cuales pueblos antecedian a la llegada u ocupación de otros pueblos, se hizo necesario obviar esta condición. En ese sentido se define a los pueblos indígenas como aquellos que mantienen continuidad histórica como sociedades previas a la invasión y colonización, en tanto que pueblos tribales se refiere a pueblos que se distinguen de otros sectores de la sociedad por sus condiciones económicas, sociales y culturales al igual que por sus tradiciones, sistemas de gobierno o estatus legal dentro del derecho interno del Estado.

En una de las publicaciones de la OIT intitulada “Los pueblos indígenas y tribales y la OIT”, se aclara que la categoría “tribal se utiliza para aquellos grupos que [...] mantienen una estructura tribal y una afiliación de clan, aun cuando no necesariamente precedieron a otros pueblos” en las áreas que actualmente ocupan. Consecuentemente con esto puede decirse que la categoría tribal de un pueblo aparece determinada en el OIT-169 por la posesión de “condiciones sociales, culturales y económicas [que] les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial” (artículo1, numeral 1, literal a) condiciones que definen la identidad étnica y cultural del pueblo Rrom.

(c) *Históricos*: Se destaca que la presencia del pueblo Rrom en las Américas es pre-existente a la constitución de los actuales Estados-nación y que en muchos países del continente, reconózcase o no, ha realizado significativos aportes a los procesos de consolidación de las respectivas naciones, los cuales desafortunadamente no han sido suficientemente estudiados ni valorados. Al respecto en la Resolución No. 022 de 2 de septiembre de 1999 expedida por la Dirección de General de Comunidades Negras y Minorías Étnicas y Culturales del Ministerio del Interior puede leerse “que se reconoce que el pueblo Rrom [...] habita el país ininterrumpidamente desde antes del establecimiento de la República y que por consiguiente es un grupo étnico que ha realizado aportes importantes al proceso de conformación de la nacionalidad colombiana”.

De otro lado reivindicando esta larga tradición histórica del pueblo Rrom en el continente, en marzo de 2001 se celebró en Quito un Cónclave Continental del Pueblo Rrom en cuya Declaración Final denominada de manera muy sugestiva y simbólica como “El pueblo Rrom: el otro hijo de la Pachamama”, se hacen extensivas hacia todo el hemisferio algunas consideraciones históricas que PRORROM había hecho en principio para Colombia:

- Que distintas kumpeniyi y patrigrupos familiares Rrom se encuentran viviendo en varios países de América desde la época colonial y en ese sentido nuestra presencia como pueblo es preexistente a la conformación de muchas de las actuales Repúblicas. Que colectivamente el pueblo Rrom no es un pueblo advenedizo ni recién llegado ni extranjero sino que tiene una larga trayectoria y presencia en casi todos los países del continente americano. Que hemos realizado inconmensurables aportes, no reconocidos por la sociedad gadyi, a los procesos de conformación de las nacionalidades de distintos países del continente.

(e) *Fácticos*: En su momento se plantearon tres aspectos. En primer lugar y teniendo como referente la larga y compleja experiencia que a propósito de la discusión alrededor de una declaración de sus derechos tuvieron en su momento los pueblos indígenas con la Organización de las Naciones Unidas (ONU), PRORROM estimó que existían muchos obstáculos y dificultades que hacían manifiestamente imposible que se discutiera y aprobara un instrumento internacional dirigido exclusivamente a proteger los derechos del pueblo Rrom, por lo que la recomendación

## VI

En la sentencia C-169 de 14 de febrero de 2001 la Corte Constitucional comenzó con mayor claridad a construir una línea jurisprudencial encaminada a determinar que los pueblos indígenas no son los únicos sujetos colectivos cobijados por las disposiciones legales del OIT-169, indicando que las comunidades negras al haber sido reconocidas por la Ley 70 de 27 de agosto de 1993 como un grupo étnico especial *“genera, como consecuencia inmediata, el que [éstas] adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Lo que es más importante, se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la OIT”*. En ese contexto esta sentencia al estimar que la categoría tribal no puede en modo alguno constreñirse exclusivamente a la noción de tribu, establece una plena analogía entre los conceptos pueblo tribal y grupo étnico, al definir al primero de ellos como *“grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante”*.

Con el propósito de no dejar lugar a dudas sobre los sujetos colectivos a los que se les debe aplicar el OIT-169 en esta sentencia C-169 de 2001 la Corte Constitucional señala que deben concurrir dos requisitos *“(i) Un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión”*, con lo cual si bien pensando en las comunidades negras a la postre por analogía incluye al pueblo Rrom.

De otro lado en la Sentencia T-1130 de 28 de noviembre de 2003, la Corte Constitucional conceptuó que existen en el país, como realidades fácticas, comunidades que reúnen ciertas condiciones que determinan la existencia de un grupo culturalmente diverso, sujeto de especial protección constitucional, reconociendo que estas condiciones aunque en principio habían sido las señaladas por la jurisprudencia como características propias de los pueblos indígenas, cuando se encontraran presentes en estos otros grupos culturales, determinaban su calificación de

iba dirigida a que el OIT-169 se asumiera como propio en la medida en que de alguna manera recogía parte de sus demandas y reivindicaciones más sensibles. En segundo lugar ante la inexistencia en el país y en el continente de normas legales encaminadas a salvaguardar los derechos del pueblo Rrom, el OIT-169 se constituía hasta la fecha en el único instrumento al cual *ipso facto* podría acudir procurando protección a su integridad étnica y cultural. Finalmente, en tercer lugar, la reglamentación del OIT-169 a nivel doméstico, según PRPORROM, podría traducirse en la expedición de un marco normativo para la protección integral de sus derechos, tal y como a la postre ocurrió en Colombia con la promulgación del Decreto 2957 de 6 de agosto de 2010.

## V

La afirmación de que las normas del OIT-169 cabalmente son aplicables a la realidad histórica, étnica y cultural del pueblo Rrom bien pronto fue asumida por distintas organizaciones Rrom del continente. En la ya mencionada Declaración Final *“El pueblo Rrom: el otro hijo de la Pachamama”* emanada del Cónclave Continental del Pueblo Rrom de las Américas se propone a los Estados y a los Gobiernos de las Américas que *“los que no lo han hecho ratifiquen [el OIT-169] y los que ya lo hicieron cumplan integralmente con sus disposiciones legales teniendo en cuenta que estas igualmente se hacen extensivas a nuestro pueblo”* (numeral 12).

Pese a que entre 1998 y 2001 en distintos momentos y mediante variados mecanismos la oficina central de la OIT en Ginebra (Suiza) fue informada por PRORROM acerca de las gestiones que desde Colombia el pueblo Rrom había venido adelantando en la perspectiva de que oficialmente se reconociera que en su condición de pueblo tribal las disposiciones de este instrumento internacional le brindaba cobertura legal, nunca se conoció ningún pronunciamiento de su Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), la cual sólo hasta el 2006 se refirió expresamente a las comunidades negras de Jiguamiandó y Curvaradó como sujetos colectivos del OIT-169, entreabriendo la puerta para que se equipararan los conceptos de pueblos indígenas y de pueblos tribales.

“comunidades etno-culturales”, las cuales son definidas a partir de los siguientes criterios

(i) Tienen un vínculo comunitario establecido desde el nacimiento y que, salvo su libre abandono o renuncia, termina con la muerte, (ii) tienen una relación con su comunidad que no se limita a determinados aspectos puntuales y específicos, sino que cubre un “entero plexo de interacciones en cuanto que se hace partícipe en una forma definida de vida”. Para la Sala, estas condiciones que en principio hacen referencia a las minorías indígenas, resultan aplicables a la generalidad de comunidades diversas, por lo que tales condiciones de pertenencia cobran la calidad de requisitos para el reconocimiento de la autodeterminación de la minoría diferenciada y la posterior adscripción de derechos también diferentes de los que son titulares los demás colombianos.

## VII

Mientras distintas sentencias de la Corte Constitucional, sin nombrar específicamente al pueblo Rrom, avanzaban en el sentido de redefinir la categoría de “lo étnico” más allá de “lo indígena”, normas de distinta naturaleza referían que el pueblo Rrom era titular de los derechos contenidos en el OIT-169. Entre los más importantes que se dieron en esa época se puede reseñar el Acuerdo No. 0273 de 26 de agosto de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) en el que en su parte considerativa reconoce directamente y sin ambigüedades que las posiciones legales del OIT-169 “se hacen extensivas y aplican al pueblo Rrom” indicando más adelante que este instrumento internacional, ratificado en Colombia mediante la Ley 21 del 4 de marzo de 1991, establece responsabilidades a los Estados para que diseñen y pongan en vigor servicios de salud adecuados y pertinentes a las condiciones étnicas y culturales de los pueblos concernidos. En la práctica lo que hizo este acuerdo fue extender hacia el pueblo Rrom procedimientos y mecanismos que anteriormente eran exclusivos para los pueblos indígenas en materia de identificación de beneficiarios del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud.

Tal vez sea en la Sentencia C-864 de 3 de septiembre de 2008 en donde por vez primera la Corte Constitucional hace referencias espe-

cíficas al pueblo Rrom. Mediante esta sentencia la Corte Constitucional resuelve una demanda de inconstitucionalidad, apoyada por varias organizaciones de comunidades negras, de buena parte de los artículos de la Ley 691 de 18 septiembre de 2001 “mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia”, sustentada en que se agota el concepto de grupos étnicos en el de pueblos indígenas.

La Corte Constitucional luego de establecer que la mencionada Ley 691 de 2001, pese a su referencia a grupos étnicos, tiene como destinatarios exclusivos a los pueblos indígenas expresa que “no cabe pues duda de que tanto el constituyente como el legislador no sólo reconocen como una circunstancia fáctica la existencia de grupos étnicos distintos de los pueblos indígenas, sino que además les han concedido especial protección, en aras de garantizar su supervivencia social y cultural” por lo que es claro que los “otros grupos étnicos que menciona la Constitución Política y aquellos más que respondan a la definición de “pueblos tribales” dada en el artículo 1º del Convenio 169 de la OIT, tienen un derecho de rango constitucional a un sistema de seguridad social en salud”.

Respecto del pueblo Rrom la mencionada Sentencia C-864 de 3 de septiembre de 2008 señala que “aunque no existe en la Constitución Política un reconocimiento específico [de este pueblo] como un grupo étnico sujeto de especial protección constitucional, el mismo sí ha sido reconocido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como un pueblo tribal objeto de la aplicación del Convenio 169 de la OIT [...] De la normativa anterior la Corte concluye que un órgano gubernamental ha reconocido formalmente que el pueblo Rrom o pueblo gitano, por su proceso histórico y cultural y su conciencia de identidad comunitaria, es un pueblo tribal o grupo étnico al cual se hacen extensivas las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de 1989 de la OIT [...]”.

## VIII

Dos años después de esta sentencia de la Corte Constitucional el reconocimiento de la aplicabilidad de las disposiciones legales del OIT-169 al pueblo Rrom queda recogida de alguna manera en la Ley 3181 de 25 de enero de 2010, conocida coloquialmente como “Ley de lenguas

## IX

Solo un año y medio después buena parte de los derechos del pueblo Rrom consagrados en este Decreto 2957 de 6 de agosto de 2010 adquieren estándares mucho más elevados, como consecuencia de la coyuntura configurada por el proceso de consulta adelantado por el Estado colombiano con todos y cada uno de los grupos étnicos alrededor del contenido del proyecto de ley que luego derivaría en la Ley 1448 de 10 de junio de 2011, conocida como Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, *“por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”*. En efecto en los párrafos 1 y 2 del artículo 205 de la referida ley se le otorgaron al Presidente de la República facultades extraordinarias para que, surtiendo adecuados procesos de consulta, expidiera mediante decretos con fuerza las regulaciones normativas requeridas a la atención, asistencia, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a los grupos étnicos, de lo cual surgió, entre otros, el Decreto-Ley 4634 de 9 de diciembre de 2011 referido exclusivamente a *“medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo Rrom o Gitano”*.

Este Decreto-Ley que, como se ha dicho, elevó de manera significativa los estándares de derechos de los que hasta ese momento era titular el pueblo Rrom en la medida en que contempló directamente aspectos que antes sólo se mencionaban periféricamente, en su parte considerativa aludiendo a su naturaleza y origen señaló lo siguiente: *“en especial referencia del artículo 6 del [OIT-169], la Corte Constitucional Colombiana se ha manifestado en forma reiterada sobre el derecho fundamental que constituye la consulta previa a los grupos étnicos, señalando que dicho mecanismo especial de participación, debe ser implementado por el Estado cuando la ley o la medida administrativa afecten de manera directa y específica a los grupos étnicos”*.

Pero cabe aclarar que esta coyuntura no hubiera sido tan favorable al reconocimiento de los derechos del pueblo Rrom de no ser porque a instancias de PRORROM previamente se habían desplegado dos acciones complementarias. En primer lugar, como parte del esfuerzo de establecer un diálogo directo con la Corte Constitucional en aras de que

nativas”, *“por la cual se desarrollan los artículos 7, 8, 10 y 70 de la Constitución Política y los artículos 4, 5 y 28 de la Ley 21 de 1991 (que aprueba el Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos indígenas y tribales”) y se dictan normas sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos en Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes”*. No sobra destacar que entre las lenguas objeto de esta ley está incluida *“la lengua rromaní hablada por las comunidades del pueblo Rrom o gitano”*.

Sin embargo el reconocimiento más directo y trascendental respecto al pueblo Rrom como titular colectivo de los derechos contemplados en el OIT-169 se encuentra sin ninguna duda en el Decreto 2957 de 6 de agosto de 2010, *“por el cual se expide un marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico Rrom o Gitano”*. Sobre el particular en el considerando tercero luego de referirse al OIT-169 como fundamento del decreto señala que *“dentro de los pueblos tribales se encuentra el grupo étnico Rrom o Gitano”*. Esta norma, aunque se encuentra lejos de los estándares propuestos en su momento por PRORROM, cierto es que tiene una enorme significación como quiera que señala un hito bastante alto en el proceso de visibilización y de reconocimiento de derechos del pueblo Rrom habida cuenta que legalmente lo *“reconoce [...] como un grupo étnico con una identidad cultural propia, que mantiene una conciencia étnica particular, que posee su propia forma de organización social, posee su propia lengua y que ha definido históricamente sus propias instituciones políticas y sociales”* (artículo 6).

El referido decreto luego de plantear que *“que se hace necesario desarrollar acciones afirmativas como grupo étnico, tendientes al fortalecimiento de su autonomía y su participación en la articulación de derechos con el resto de la sociedad colombiana (considerando séptimo)”, pasa a reconocer la territorialidad especial de las kumpeniye, sus autoridades propias (Sere Rromengue), su sistema jurídico (Kriss Rromani), plantea disposiciones especiales en materia de vivienda, salud y educación, conforma la “Comisión Nacional de Diálogo” compuesta por portavoces de las kumpeniye y organizaciones Rrom y funcionarios de los distintos ministerios y se establece oficialmente el 8 de abril como “Día Internacional del Pueblo Rrom”*.

no se siguiera legislando omitiendo la existencia del pueblo Rrom, el 5 de octubre de 2010 se le remitió a la Sala Segunda de Revisión un detallado informe en el que luego de hacer un minucioso análisis sobre la crítica situación humanitaria soportada por el pueblo Rrom a propósito de los confinamientos y los desplazamientos forzados como consecuencia del conflicto armado interno, se le solicitó estudiar la posibilidad que, en aras del derecho a la igualdad de los grupos étnicos, emitiera un auto especial en relación al pueblo Rrom, como ya antes lo había hecho para los pueblos indígenas, Auto No. 004 de 26 de enero de 2009, y para las comunidades negras, Auto No. 005 de 26 de enero de 2009, y en segundo lugar, a mediados de 2010 fue difundida y publicada una iniciativa de recuperación de la memoria histórica concerniente a los impactos que el conflicto armado ha ocasionado entre los Rrom.

Si bien finalmente la Corte Constitucional no expidió el auto especial que expresamente PRORROM le había solicitado, al realizar algunas indagaciones en distintas instituciones públicas poniendo en evidencia la ausencia total de información relacionada con la actual situación de las víctimas pertenecientes al pueblo Rrom, sumado a la amplia difusión que tuvo la iniciativa de recuperación de la memoria histórica, indudablemente contribuyó a generar un consenso institucional en torno a la necesidad de incluir a este pueblo con nombre propio y en un lugar específico en los debates y procesos que para ese momento se estaban escenificando con los otros grupos étnicos.

## X

Sin embargo es con la Sentencia C-359 de 26 de junio de 2013 de la Corte Constitucional en donde con mayor nitidez comienzan a darse los primeros desarrollos jurisprudenciales concernientes a los derechos que como sujeto colectivo es titular el pueblo Rrom. Esta sentencia, al resolver una demanda de inconstitucionalidad impetrada en contra de los artículos 13 y 28 (parciales) de la Ley 1537 de 20 de junio de 2012 *“por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones”* en cuanto se omite al pueblo Rrom en las referencias que se hacen sobre los grupos

étnicos, plantea un amplio reconocimiento de los derechos colectivos de este pueblo, así:

Sin dejar de denotar los esfuerzos que ha realizado el Estado colombiano, principalmente a nivel reglamentario, para la garantía de los derechos del pueblo romaní o gitano, la Corte hace expreso, en primer lugar, su reconocimiento a nivel constitucional de grupo étnico y cultural de la Nación. Dicho colectivo constituye una realidad fáctica y jurídica que encuadra en la definición de pueblo tribal y, por tanto, merecedor de la misma protección constitucional y convencional (169 OIT) que el Estado brinda a las demás comunidades indígenas, negras, palenqueras y rai-zales, por supuesto sin desconocer sus diferencias o especificidades. En orden a avanzar en la visibilización de una minoría altamente discriminada y evitar la revictimización --se les discrimina tanto por la población en general como al interior de los grupos étnicos y culturales del país--, este Tribunal encuentra que el pueblo romaní cumple a cabalidad las exigencias para reconocer su existencia como cultura diversa en Colombia. En esa medida, en su calidad de sujeto a especial protección constitucional, adquiere y se hace merecedor, de los mismos beneficios que por la Constitución y los convenios de derechos humanos (verb. grat. 169 OIT) se consagran para las demás comunidades tribales, observando sus particularidades [...]. Este Tribunal rechaza todo acto de jerarquización que derivara en grupos étnicos de mayor estatus y otros de categoría inferior, por lo que hace enfático la garantía de una simetría entre los derechos del pueblo Rrom o Gitano y los reconocidos a los demás grupos étnicos y culturales del país, en orden a sus diferencias. Esta población termina siendo objeto de una revictimización, toda vez que, por un lado, es una minoría objeto de exclusión social que presenta ausencia de acciones afirmativas y, por otro, acaba siendo nuevamente discriminada al interior de los mismos grupos étnicos y culturales, por favorecer a unos sobre otros [...]. Ello exige la expedición de medidas legislativas y administrativas específicas, como la disposición de los recursos que se encuentren necesarios. Debe estar precedida de estudios --contar con información pertinente y suficiente-- y ser producto de la participación efectiva del pueblo tribal mediante una consulta previa, para así generar respuestas apropiadas en las políticas públicas a favor de este sector y blindar de legitimidad y validez constitucional a la misma. Es indispensable que el Estado cuente con previsiones legales que impidan prolongar su desprotección. Hay que enfrentar las situaciones adversas a este colectivo,

generadas en prácticas contrarias a la Constitución, y que se encuentran arraigadas en la sociedad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la Sentencia C-359 de 2013 tiene una enorme repercusión como quiera que equipara sin condicionamiento ninguno los estándares de derechos del pueblo Rrom con los estándares de derechos reconocidos a los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y comunidad Raizal, poniendo de esta manera fin a esa odiosa asimetría que en la práctica se estaba traduciendo en que el pueblo Rrom estaba siendo asumido como un grupo étnico de segunda categoría. Se espera que a partir de esta sentencia el pueblo Rrom no siga siendo invisibilizado en las leyes y demás normas que a futuro sean expedidas en Colombia a riesgo que las demandas por inconstitucionalidad que eventualmente se puedan impetrar en caso de que se persista en su invisibilización, tengan un camino expedito para que puedan prosperar.

## XI

En mérito de lo anteriormente expuesto puede decirse que hasta la fecha el proceso de visibilización del pueblo Rrom ha atravesado por los siguientes momentos:

(a) Histórico desconocimiento sobre su realidad étnica y cultural caracterizado porque los estereotipos casi siempre racistas y discriminatorios con que se lo veía cotidianamente parecieron ser suficientes para conocer al pueblo Rrom. No sobra recordar que cuando emergió su proceso de visibilización rápidamente quedó en evidencia que el Estado colombiano no poseía ningún tipo de información y que la academia tampoco podía mostrar estudios consistentes sobre este pueblo.

(b) En un contexto de fascinación por lo exótico inicialmente despertó interés y simpatía en la institucionalidad pública. Las demandas políticas parecieron no importar tanto como sus manifestaciones culturales y artísticas más visibles por lo que se celebraba su música y su danza así como el arte de leer la buenaventura y su gastronomía pero se guardaba silencio respecto de sus demandas consideradas más políticas.

(c) Se empezó a configurar un escenario asimétrico respecto a los estándares de derechos reconocidos a otros grupos étnicos y los que en la práctica se les estaba reconociendo. Al respecto desde la institucionalidad, a veces abiertamente pero casi siempre de manera soterrada, diversos argumentos se empezaron a esgrimir tendientes a justificar una jerarquización entre grupos étnicos: su población es muy reducida, su nomadismo dificulta la protección de sus derechos, su invisibilidad es parte de su tradición cultural, no es originario de este continente, etcétera.

(d) El reconocimiento de sus derechos colectivos se asumieron como meras extensiones de los derechos de los otros grupos étnicos, razón por la cual en muy pocas ocasiones era referenciado con nombre propio.

(e) Actualmente se observa un quiebre de la asimetría entre los catálogos de derechos reconocidos a los grupos étnicos en donde los estándares de derechos del pueblo Rrom son equiparados al de los pueblos indígenas, comunidades negras y comunidad Raizal.

## XII

Cabe mencionar que la confluencia y yuxtaposición de varios aspectos fue decisivo al momento de la consolidación del proceso de visibilización del pueblo Rrom:

(a) La destacada participación de tres delegatarios indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y la ulterior expedición de la Constitución de 1991 en la que se quebró radicalmente el concepto de nacionalidad mestiza, castellanohablante y católica heredada de la Constitución de 1886, ubicó en el debate político la importancia de la diversidad étnica y cultural de una Nación ahora considerada multiétnica, pluricultural y polilingüística. Esta fascinación constitucional que como nunca antes celebraba la diversidad, contribuyó a gestar las condiciones objetivas para la emergencia del proyecto de movilización étnica del pueblo Rrom.

(b) Las grandes luchas que desde principios del siglo pasado venían desplegando los pueblos indígenas, especialmente de la región andina, sumadas a las variadas experiencias de resistencia y autonomía que enarbolaban las comunidades negras campesinas desde el Pacífico

a principios de la década de los años 80 del siglo XX, abrieron senderos de valoración y respeto a la diversidad étnica y cultural que posteriormente y a su propio ritmo recorrió en un breve período el pueblo Rrom.

(c) La casi totalidad de la, por llamarla de alguna manera, “intelectualidad” Rrom, es decir los escasísimos estudiantes universitarios y profesionales que para entonces tenía el pueblo Rrom, desde un principio se involucraron activamente en el proyecto de movilización étnica dándole así una enorme legitimidad sobre todo en su interlocución con el Estado colombiano.

(d) Una vez surgió PRORROM con una proyección nacional como iniciativa organizativa autónoma e independiente del pueblo Rrom, sus activistas desplegaron, de manera bastante exitosa por cierto, estrategias dirigidas a establecer alianzas coyunturales o más estables con organizaciones de los pueblos indígenas, de las comunidades negras y de la comunidad Raizal. En ese contexto no era de extrañar la constitución de uniones temporales entre organizaciones étnicas para la ejecución de algunos proyectos compartidos, o que reconocidos líderes indígenas o afrodescendientes en diálogos con el Estado colombiano terminaran haciendo referencia a la problemática del pueblo Rrom, o la suscripción por parte de organizaciones étnicas de declaraciones y comunicados conjuntos, o la formulación consensuada entre organizaciones étnicas de agendas políticas, o que dignatarios Rrom visibilizaran en eventos internacionales las demandas de la comunidad Raizal, etcétera.

(e) Desde un comienzo se contó con la estrecha colaboración de varios profesionales *gadzhé* (no Rrom) provenientes de organizaciones indígenas y con una amplia experiencia de trabajo con diferentes pueblos indígenas, lo cual facilitó la relación con las organizaciones étnicas y con la institucionalidad concernida con los grupos étnicos.

(f) Desde PRORROM se procuró construir un discurso de la etnicidad Rrom fundada en la ubicación del pueblo Rrom tanto en la historia del país como en la narrativa acerca de las luchas realizadas por los pueblos indígenas, comunidades negras y comunidad Raizal. En ese contexto se argumentó que la presencia del pueblo Rrom podía rastrearse desde la época de la dominación hispánica en América y en consecuencia se lo inscribió en algunos hitos de la historia del país.

(g) PRORROM movilizó importantes esfuerzos encaminados a establecer contactos duraderos con organizaciones o experiencias organizativas Rrom en distintos países de América y promovió la realización de un encuentro hemisférico en cuyo seno se gestó una instancia de coordinación denominada *Saveto Katar le Organizatsi ay Kumpeniyi Rromane anda'l Americhi* / Consejo de Organizaciones y Kumpeniyi Rrom de las Américas (SKOKRA) que jugó un papel destacado en las conferencias y encuentros que antecedieron a la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas relacionadas de intolerancia que tuvo lugar en Durban (Sudáfrica) en 2001.

### XIII

Aunque hubo algunas diferencias en cuanto a la forma como las distintas *kumpeniyi* Rrom se involucraron y asumieron el proceso de visibilización, puede decirse que en términos generales atravesó por los siguientes momentos:

(a) *Desconocimiento*: Como correlato del desconocimiento que las instituciones tenían sobre el pueblo Rrom, éste también exhibía un profundo desconocimiento no sólo de la infraestructura institucional del Estado sino de los derechos constitucionales y legales de los que era titular desde 1991 en razón de la ratificación por parte de Colombia del OIT-169 y de la puesta en vigor del nuevo marco constitucional que se había diseñado.

(b) *Indiferencia*: Se ponderó que la autoinvisibilidad en la que históricamente se había sumergido el pueblo Rrom era la mejor estrategia para su sobrevivencia, sin embargo cuando se hizo evidente que esa invisibilidad no había logrado ponerlos a salvo de los efectos perversos del conflicto armado interno, esa estrategia comenzó a agotarse.

(c) *Temor y escepticismo*: Celoso de su autonomía, independencia y libertad, el pueblo Rrom a la vez que expresaba constantemente sus temores sobre las consecuencias que podría acarrearle a su integridad étnica y cultural su visibilización como grupo étnico, no dejaba de considerar que unas leyes formuladas y promulgadas desde el mundo *gadzhó*,

al que ven con mucho recelo, pudieran realmente servir a sus objetivos de dejar atrás la precarización y empobrecimiento de sus *kumpeniyi*.

(d) *Optimismo moderado*: Progresivamente y en tanto el reconocimiento del pueblo Rrom se iba traduciendo en hechos tangibles y plausibles más allá de la genérica retórica jurídica de reconocimiento – por ejemplo su vinculación al Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, la exoneración formal de la prestación del servicio militar obligatorio de los jóvenes Rrom, facilidades para la participación en diferentes ferias y fiestas en donde vender sus productos, mayor tolerancia para el ejercicio de sus trabajos informales, priorización para el acceso de los niños, niñas y adolescentes Rrom a establecimientos educativos públicos cercanos a sus respectivas *kumpeniyi*, destinación de recursos públicos para el apoyo a iniciativas y proyectos de promoción y difusión del patrimonio cultural Rrom, la materialización de una instancia de interlocución entre el Estado colombiano y las autoridades tradicionales, *Sere Rromengue*, de las distintas *kumpeniyi*, entre otras – las percepciones que sobre su proceso de visibilización existían hasta entonces comenzaron a transformarse hasta el punto de llegar a comprenderlo como una real posibilidad para dejar atrás la marginación sin perder sus tradiciones identitarias.

(e) *Interés*: Ciertamente en las diferentes *kumpeniyi* hay un manifiesto interés en el actual proceso de interlocución y diálogo que se está escenificando con el Estado colombiano. Puede pensarse que una expresión de ello son los intentos que se han dado por conformar organizaciones Rrom desagregadas de las *kumpeniyi*, lo cual además podría significar que buena parte de la motivación en lo organizativo podría radicar en que se estima que es la mejor manera para acceder y canalizar recursos económicos para la ejecución de proyectos de diferente naturaleza. De otro lado el mayor riesgo que se avizora actualmente es el que los espacios de participación de las organizaciones y *kumpeniyi* Rrom termine siendo cooptado e instrumentalizado por la institucionalidad.

## XIV

A manera de síntesis panorámica, entre los principales hitos que han marcado el proceso de visibilización y reconocimiento de los derechos colectivos del pueblo Rrom, se pueden relacionar los siguientes:

(a) El Primer Seminario-Taller: Pasado, Presente y Futuro del Pueblo Rrom, celebrado entre el 4 y 5 de agosto de 1998 en la *kumpania* de Girón (Santander) es el evento que a la vez que marca la génesis le da una amplia legitimidad al proyecto de movilización étnica del pueblo Rrom.

(b) El concepto DGAI No. 0664 de 20 de febrero de 1998 de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior es el primer acto administrativo expedido por el Estado colombiano en el que se reconoce la existencia del pueblo Rrom como parte de los grupos étnicos del país.

(c) Mediante la Resolución No. 022 de 2 de septiembre de 1999 de la Dirección General de Comunidades Negras y Otras Colectividades Étnicas del Ministerio del Interior por vez primera se reconoce la existencia legal de una organización Rrom, PRORROM, a la que se le reconoce el estatus de asociación de autoridades tradicionales del pueblo Rrom.

(d) La celebración en Quito (Ecuador) en marzo de 2001 del Cónclave Continental del Pueblo Rrom de las Américas y la expedición de la Declaración Final “El pueblo Rrom: el otro hijo de la Pachamama” al constituirse en la proyección a nivel hemisférico de las demandas y reivindicaciones que desde 1997 venía promoviendo PRORROM en Colombia, marca la emergencia continental del movimiento social del pueblo Rrom el que empieza a ocupar su lugar junto a los pueblos indígenas y a las comunidades negras.

(e) Mediante el Acuerdo No. 0273 de 26 de agosto de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), al hacer extensivos al pueblo Rrom protocolos y procedimientos que venían siendo utilizados exclusivamente para los pueblos indígenas, empieza a fracturar la asimetría que se estaba configurando respecto a los estándares de derechos reconocidos a unos y a otros grupos étnicos.

(f) El encuentro entre el Presidente de la República, Álvaro Uribe Vélez, y *Sere Rromengue* de las *kumpeniyi* de Bogotá, D.C., Envigado (Antioquia) y Girón (Santander) y activistas de PRORROM, el cual tuvo lugar en la Casa de Nariño el 23 de enero de 2004, considerado como el primer encuentro realizado de “autoridad a autoridad”, permitió delinear los trazos generales de la materialización de los derechos Rrom en el corto, mediano y largo plazos. No está demás referir que la participación

de PRORROM fue fundamental para impedir que el encuentro fuera instrumentalizado en beneficio de la administración de un presidente altamente cuestionado para ese momento.

(g) El Decreto 2957 de 6 de agosto de 2010 *“por el cual se expide un marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico Rrom o Gitano”*, como quiera que es la primera norma legal expedida exclusivamente para atender las relaciones entre el Estado colombiano y el pueblo Rrom, se traduce en que éste último adquiere su carta de ciudadanía como grupo étnico en el país y comienza a ubicarse al mismo nivel legal que los otros grupos étnicos.

(h) La Sentencia C-359 de 26 de junio de 2013 de la Corte Constitucional es la que de manera más determinante garantiza los derechos colectivos del pueblo Rrom a la vez que sienta bases más sólidas para que se vayan desarrollen en consonancia con los estándares definidos internacionalmente para los grupos étnicos.

## XV

Finalmente, de la relación entre el OIT-169 y el pueblo Rrom se pueden plantear las siguientes reflexiones:

(a) Apelar a las disposiciones legales contenidas en el OIT-169 para fundamentar el proceso de visibilización del pueblo Rrom fue clave y estratégico. Sin el referente de este instrumento internacional el reconocimiento del pueblo Rrom no solo hubiera demorado mucho más tiempo sino que probablemente hubiera permitido la entronización de una asimetría entre los distintos grupos étnicos reconocidos en el país. Dicho de otra manera, el OIT-169 fue el que a la postre permitió levantar todo el andamiaje legal encaminado a garantizar los derechos de los que hoy por hoy es titular el pueblo Rrom.

(b) De conformidad con lo ordenado por el OIT-169 el pueblo Rrom ha venido siendo consultado respecto de aquellas medidas administrativas y legislativas concernidas a los grupos étnicos, incluso en aspectos que en principio parecieran tener poco que ver con su situación. Cabe destacar que pese a su *“territorialidad sin territorio”* a mediados de

2012 el pueblo Rrom fue objeto de consulta previa del proyecto de Ley de Tierras y Desarrollo Rural habida cuenta que allí expresamente se lo mencionaba, lo cual en su momento fue altamente valorado por PRO-RROM, así:

La inclusión del pueblo Rrom en el Proyecto de Ley de Tierras y Desarrollo Rural que actualmente se está discutiendo en el legislativo y que está siendo objeto de consulta previa con todos los grupos étnicos del país, reviste una enorme significación toda vez que reconoce que la territorialidad sin territorio que lo caracteriza no es un impedimento para que se definan rutas especiales dirigidas a la asignación y dotación de tierras, en todo caso de manera indivisa y colectiva, para aquellas kumpeniyi que por su ubicación geográfica y por las actividades económicas principales que desarrollan, las requieran y las soliciten. En esta dirección se precisa destacar que ha sido un gran acierto no excluir al pueblo Rrom del Capítulo VIII *“Política Integral para Grupos Étnicos”* contenido en el mencionado Proyecto de Ley de Tierras y Desarrollo Rural, ya que de esta manera y teniendo como telón de fondo los estándares de derechos reconocidos a los otros grupos étnicos, se evita profundizar el injustificado rezago en que se halla el pueblo Rrom.

(c) Si bien desde los pioneros reconocimientos del pueblo Rrom realizados en 1998 se plantea que las normas legales del OIT-169 lo incluyen, ciertamente habrán de transcurrir algunos años más antes que se sienta un efectivo precedente jurídico que le brinde una mayor robustez y estabilidad a esos primeros planteamientos, lo cual, definitivamente viene a darse con la tantas veces citada Sentencia C-359 de 26 de junio de 2013 de la Corte Constitucional que, como se ha dicho, equipara los derechos del pueblo Rrom al mismo nivel de los derechos de los pueblos indígenas, comunidades negras y comunidad Raizal.

(d) La travesía del pueblo Rrom de Colombia por el OIT-169 traza un sendero, de muchos otros posibles, que eventualmente puede ser recorrido, al menos en algunos trayectos, por los Rrom de otros países de la región, máxime cuando buena parte de ellos han ratificado este instrumento internacional.

*Valledupar y Brasilia, abril de 2014*

## Bibliografía

BIMBAY, YOSKA. *El pueblo Rrom y el Proyecto de Ley de Tierras y Desarrollo Rural*. Algunas notas para el debate. Inédito. Barranquilla. 2012. [4p.].

BIMBAY, YOSKA. *El conflicto armado colombiano y la tragedia no contada de los Rrom*. En: O Tchachipen No. 74. Unión Romaní de España. Abril-Mayo. 2011. Barcelona. Pp. 24-37.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). *Colombia una Nación multicultural*: Su diversidad étnica. Dirección de Censos y Demografía. Bogotá, D.C. Octubre de 2006. [43p.].

GAMBOA MARTÍNEZ, JUANCARLOS & GUERRA ARIZA, CARMEN ROSA. *Constitución, normas legales y movilización étnica*. El caso del pueblo Rrom de Colombia. Inédito. Bogotá, D.C. 2013. [20p.].

GAMBOA MARTÍNEZ, JUANCARLOS & GUERRA ARIZA, CARMEN ROSA. *Pueblo Rrom y derechos colectivos*: Algunas notas sobre su derecho a la vivienda digna. Inédito. Bogotá, D.C. 2013. [16p.].

GAMBOA MARTÍNEZ, JUANCARLOS. *Itinerario de viaje del pueblo Rom de Colombia*. Apuntes para la historia de su proceso de visibilización. Inédito. Bogotá, D.C. 6 de mayo de 2004. [54p.].

GAMBOA MARTÍNEZ, JUANCARLOS; GÓMEZ BAOS, ANA DALILA et al. *Tras el rastro de Melquíades*. Memoria y resistencia de los Rom de Colombia. PRORROM. Bogotá, D.C. 2005.

GAMBOA MARTÍNEZ, JUANCARLOS; GÓMEZ FUENTES, VENECER & PATERNINA ESPINOSA, HUGO ALEJANDRO. Los Gitanos en Colombia. Límites y posibilidades de la invisibilidad como estrategia de resistencia étnica. En: Carlos Vladimir Zambrano (Editor). *Etnopolíticas y Racismo. Conflictividad y Desafíos Interculturales en América Latina*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, D.C. 2002. Pp. 253-286.

GÓMEZ BAOS, ANA DALILA. *Pueblo Rrom (Gitano) de Colombia: Haciendo camino al andar*. Departamento Nacional de Planeación (DNP). Bogotá, D.C. 2010. [128p.].

GÓMEZ FUENTES, VENECER. Notas acerca del concepto "Pueblos Indígenas". En: *Todos Contamos*. Los Grupos Étnicos en los Censos. Primer Encuentro Internacional. Memorias. Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE. Banco Mundial. Banco Interamericano de Desarrollo, BID. Bogotá, D.C. 2002. Pp. 224-231.

GÓMEZ FUENTES, VENECER; GAMBOA MARTINEZ, JUANCARLOS & PATERNINA ESPINOSA, HUGO ALEJANDRO. *Los Rom de Colombia*. Itinerario de un pueblo invisible. Suport Mutu. Proceso Organizativo del Pueblo Rom (Gitano) de Colombia, PRORROM. Bogotá, D.C. 2000. [268p.].

LOZANO URIBE, MICHELLE. *Los Rom de Colombia: Construyendo la ruta hacia el reconocimiento*". Un estudio sobre el rol del Proceso Organizativo del Pueblo Rom (Gitano) de Colombia, (PRORROM) en la construcción de la relación Estado-pueblo Rom. Trabajo de grado presentado para optar al título de politóloga. Departamento de Ciencia Política. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, D.C. 2005. [102p.].

PATERNINA ESPINOSA, HUGO ALEJANDRO. *El Proceso Organizativo del Pueblo Rrom (Gitano) de Colombia (PRORROM)*: De la autoinvisibilidad como estrategia de resistencia étnica y cultural a la visibilización como mecanismo del reconocimiento de Derechos Económicos, Sociales, Políticos y Culturales. Tesis Doctoral para obtener el título de Doctor en Antropología Social. Facultad de Filosofía y Letras. Departamento de Antropología Social y Pensamiento Filosófico Español. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 2013. [1055p.].

PATERNINA ESPINOSA, HUGO ALEJANDRO; GÓMEZ BAOS, ANA DALILA & GAMBOA MARTÍNEZ, JUANCARLOS. Los Rrom (Gitanos) de Colombia. Del silencio a la palabra, de la invisibilización al reconocimiento. En: GIMENO MARTÍN, JUAN CARLOS y RINCÓN BECERRA, CLAUDIA PATRICIA (Editores). *Conocimientos del mundo*. La diversidad epistémica en América Latina. Red Universitaria de

Investigación sobre cooperación para el Desarrollo Madrid. Los Libros de la Catarata. Madrid. 2010. Pp. 86-110.

PROCESO ORGANIZATIVO DEL PUEBLO RROM (GITANO) DE COLOMBIA (PRORROM). *Afectación del pueblo Rrom en el marco del conflicto armado interno en Colombia*. Informe dirigido a la Corte Constitucional. Bogotá, D.C. 5 de octubre de 2010. [25p.].

PROCESO ORGANIZATIVO DEL PUEBLO RROM (GITANO) DE COLOMBIA, (PRORROM). Pueblo Rom (Gitano) y el Convenio 169 de la OIT. En: *Taller de Evaluación Convenio 169 de la OIT*. Defensoría del Pueblo. Bogotá, D.C. 2001. Pp. 76-85.

PROCESO ORGANIZATIVO DEL PUEBLO RROM (GITANO) DE COLOMBIA, PRORROM. Los Rom de Colombia: Construyendo historia y conocimiento en el camino. En: *Abriendo Caminos*. Taller Seminario Internacional "Educación y Comunidad en los Pueblos Indígenas de los Países Andinos". Memorias. PROEIB Andes. Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC. Consejo Regional Indígena del Cauca, CRIC. Cochabamba. 2001. Pp. 153-168.

PROCESO ORGANIZATIVO DEL PUEBLO RROM (GITANO) DE COLOMBIA, PRORROM. *Notas etnográficas e históricas preliminares sobre los Gitanos de Colombia*. Documentos Para el Desarrollo Territorial No. 19. Unidad Administrativa Especial de Desarrollo Territorial - Departamento Nacional de Planeación. Mayo de 1999. [24p].

PROCESO ORGANIZATIVO DEL PUEBLO RROM (GITANO) DE COLOMBIA, (PRORROM), THE KETLENAN NATIONAL ASSOCIATION (KETNA), FUNDACIÓN CASA DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA, ORGANIZACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA COLOMBIANA (OPIAC), PROCESO DE COMUNIDADES NEGRAS (PCN) & ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA (ONIC). Los Grupos étnicos y la Trocha Nacional Ciudadana. En: *Trocha Nacional Ciudadana*. ¡Construyamos entre Todas y Todos el País que Queremos!. Consejo Nacional de Planeación. Bogotá, D.C. 2002. Pp. 153-167.

PROCESO ORGANIZATIVO DEL PUEBLO RROM (GITANO) DE COLOMBIA, (PRORROM) & SAVETO KATAR LE ORGANIZATSI AY KUMPENIYI RROMANE ANDA'L AMERICHI (SKOKRA) Pueblo Rom:

La visibilidad pendiente. En: IRENE LEÓN (Coordinadora). *Pluralizar el mundo, diversificar las voces*. Balance de la Conferencia Mundial contra el racismo, la xenofobia y otras formas relacionadas de intolerancia, Durban (Sudáfrica), 31 de agosto a 7 de septiembre de 2001. Agencia Latinoamericana de Información (ALAI). Quito. Enero de 2002. Pp. 30-33.

PROCESO ORGANIZATIVO DEL PUEBLO RROM (GITANO) DE COLOMBIA, (PRORROM), & SAVETO KATAR LE ORGANIZATSI AY KUMPENIYI RROMANE ANDA'L AMERICHI (SKOKRA). *El Otro Hijo de la Pacha Mama / Madre Tierra: Declaración del Pueblo Rom de las Américas – O Kaver Shav Katar e Pacha Mama / Amari Dey e Phuv: Deklaratsia le Rromane Narodoski anda'l Americhi – The Other Son of Pacha Mama / Mother Earth: Declaration of the Roma People of Americas*. Edición Trilingüe Español-Romanés-Inglés. PRORROM. SKOKRA. Bogotá, D.C. 2001. [16p.].

# El reto de la igualdad: género y justicia indígena<sup>1</sup>

Judith Salgado Álvarez<sup>2</sup>

Una de las hipótesis del “Proyecto de Investigación sobre Justicia Indígena y Plurinacionalidad”<sup>3</sup> es que la justicia indígena en unos casos confronta y en otros reproduce la sociedad patriarcal. Para adentrarnos en la verificación de esta hipótesis nos parece pertinente echar mano de los aportes feministas al análisis del derecho pues es esta la fuente que ha enfatizado precisamente en desvelar las estructuras patriarcales, cuestionarlas y apostar por su superación. En este sentido consideramos importante contar con un marco conceptual y metodológico previo respecto de la categoría de género, los métodos feministas de análisis legal y la relación entre feminismos y diversidad cultural para llegar a examinar concretamente el nexo entre justicia indígena y estructuras patriarcales en el Ecuador. Este último punto lo desarrollaremos principalmente a través del análisis de las entrevistas realizadas a dirigentes e integrantes de la comunidad de La Toggla dentro del “Proyecto de Investigación Justicia Indígena y Plurinacionalidad” y testimonios y debates realizados en diversos talleres dentro del proyecto “Diálogo de saberes sobre los mecanismos y formas de resolución de la violencia contra las mujeres indígenas: Los casos de las provincias de Imbabura, Chimborazo y Sucumbios”<sup>4</sup> (en adelante talleres de diálogos).

---

1 Este artículo fue publicado en el libro editado por Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador*, Quito, Fundación Rosa Luxemburg / Abya Yala, 2012, p. 243-278.

2 Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador y de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

3 Proyecto dirigido por Boaventura de Sousa Santos, coordinado por Agustín Grijalva en Ecuador y financiado por la Fundación Rosa Luxemburg, 2011.

4 Proyecto ejecutado por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador en 2008 con el apoyo de la Embajada de los Países Bajos. En este proyecto se realizaron 4 talleres de

## 1 La categoría de género como aporte de los feminismos

Hemos optado por utilizar el término feminismo en plural para subrayar la gran diversidad que lo conforma<sup>5</sup>. No por ello desconocemos la raíz común de la que sus distintas tendencias se alimentan. En efecto, los feminismos que son tanto un movimiento político como un campo teórico de análisis, han coincidido en cuestionar las relaciones jerárquicas de poder entre hombres y mujeres, criticando la posición de subordinación, desigualdad, exclusión y opresión que las mujeres viven en las diversas sociedades y apostando por transformar tales situaciones. Han calificado a estas sociedades de patriarcales por estar basadas en la premisa de la superioridad de los hombres y todo lo asociado con lo masculino y la consiguiente inferioridad de las mujeres y todo lo asociado con lo femenino construyendo así relaciones asimétricas de poder que atraviesan todo los ámbitos (social, político, cultural, económico, familiar, etc.)

Uno de los aportes teóricos de los feminismos ha sido el desarrollo del género como una categoría de análisis.

El concepto más difundido de género es el de una construcción cultural de la diferencia entre los sexos que produce relaciones asimétricas de poder. En esta comprensión el género es asociado con los significados, ideas, creencias sobre lo que significa ser hombre o ser mujer en un tiempo y espacio específicos. Supone además la idea de que el sexo es lo biológico, lo natural, mientras que el género es lo construido

---

dos días de duración cada uno durante un año en los que participaron mujeres indígenas líderes de sus comunidades y en pocos casos mujeres autoridades de la Justicia Indígena, funcionarias/os de Comisarias de la Mujer, docentes de la Universidad y funcionarias del CONAMU y UNIFEM.

5 En este artículo no vamos a profundizar en esa diversidad. Para quienes tengan interés en hacerlo recomiendo las siguientes lecturas Isabel Cristina Jaramillo, "La crítica feminista al derecho", en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / UNIFEM / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 103-133; Virginia Vargas, *Feminismos en América Latina*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos/ Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán/Programa Democracia y Transformación Global, 2008; *Nouvelles Questions Féministes*, Vol. 24 No. 2, fem-e-libros, 2005.

discursivamente sobre esa diferencia sexual. En esta lógica el sexo sería inmodificable mientras que el género podría ser transformado.

Esta división sexo/género ha sido también cuestionada. En efecto, se ha puesto en evidencia que no todas las culturas entienden el sexo como una diferencia binaria y que en muchas de ellas se reconocen tres o cuatro sexos. Diversos estudios antropológicos demuestran que lo que calificamos como natural, inmutable y prediscursivo (la existencia de dos sexos uno femenino y otro masculino) es una peculiaridad de la cultura occidental<sup>6</sup>.

Judith Butler pone en evidencia que la diferencia sexual es invocada siempre como diferencia material, y por consiguiente natural e indiscutible. Entonces el concepto de género como construcción cultural/social del sexo reafirma la dicotomía género/cultura y sexo/naturaleza. Esta autora cuestiona frontalmente esta comprensión y plantea la construcción del sexo como una norma cultural que gobierna la materialización de los cuerpos. La performatividad, entendida como el poder reiterativo del discurso para producir los fenómenos que regula e impone, produce tanto el género como el sexo. En suma saca al "sexo" del ámbito de lo indiscutible, incuestionable, dado, prediscursivo y obvio para ubicarlo como un producto discursivo también<sup>7</sup>.

Sin perder de vista este punto de inflexión, en nuestra opinión, Joan Scott propone una definición de género muy interesante cuyo núcleo reposa en la conexión integral de dos proposiciones, "es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder". Respecto a la primera proposición el género comprende cuatro elementos interrelacionados entre sí, simbólico (representaciones múltiples y a veces contradictorias, por ejemplo las figuras de Eva y María); normativo (expresa interpretaciones de los símbolos basados en doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas que afirman categóricamente el significado de varón y mujer, masculino y fe-

6 Gabriela Castellanos, "Sexo, género y feminismo: tres categorías en pugna", en Patricia Tovar Rojas, edit., *Familia, género y antropología. Desafíos y transformaciones*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 2003, p. 34-37.

7 Judith Butler, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 17-94.

menino); institucional (referido a la familia, relaciones de parentesco, mercado de trabajo, educación, política) y subjetivo (referido a la construcción de las identidades). En cuanto a la segunda proposición la autora afirma que “el género constituye el campo primario dentro del cual o por medio del cual se articula el poder. No es el género el único campo, pero parece haber sido una forma persistente y recurrente de facilitar la significación del poder en las tradiciones occidental, judeocristiana e islámica.”<sup>8</sup>

Otros autores también complejizan el debate al analizar los llamados regímenes de género. Así por ejemplo Silvia Walby plantea la interrelación de seis estructuras que constituirían los regímenes de género y ayudarían a explicar la subordinación y opresión de las mujeres. Así: 1) la apropiación del trabajo doméstico por parte de los hombres; 2) la inequidad en el trabajo remunerado; 3) el dominio masculino en las entidades estatales<sup>9</sup> que definen la normativa y las políticas; 4) la violencia machista; 5) el control del cuerpo de las mujeres y su sexualidad; y, 6) el dominio de los hombres de instituciones culturales que refuerzan sus representaciones de las mujeres. También afirma la necesidad de interrelacionar el análisis de género con la clase, la raza, la edad, etc.<sup>10</sup>.

Robert Connell quien incursiona en los estudios sobre la construcción social de la masculinidad plantea también tres estructuras que se interrelacionan para formar los regímenes de género. Así las relaciones de poder en las que se evidencia el dominio masculino y la subordinación de la mujer; las relaciones de producción que definen la acumulación de la riqueza en manos masculinas y la desvalorización del trabajo de las mujeres tanto en lo productivo como reproductivo y la *cathexis* (dependencia emocional) que se conecta con el deseo sexual y las relaciones que alrededor de éste se gestan. Este autor pone en evidencia que coexisten regímenes de género dominantes así como regímenes que transgreden

8 Joan W. Scott, “El género: Una categoría útil para el análisis histórico, en Marta Lamas, comp., *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003, p. 289-292.

9 Para nuestro trabajo comprende también a las autoridades indígenas y la forma de creación de su derecho y formas de administración de justicia indígena.

10 Linda McDowell, *Género, identidad y lugar Un estudio de las geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1999, p. 33.

los postulados hegemónicos, también señala que no sólo la fuerza y la opresión mantiene tales regímenes sino también la satisfacción que encuentran los sujetos dentro de un régimen determinado<sup>11</sup>.

De otra parte, Gabriela Castellanos define al género como “un sistema de saberes, discursos, prácticas sociales y relaciones de poder que dan contenido específico al cuerpo sexuado, a la sexualidad y a las diferencias físicas, socioeconómicas, culturales y políticas entre los sexos en una época y en un contexto determinado<sup>12</sup>”.

## 2 Métodos feministas para el análisis del derecho

Isabel Cristina Jaramillo sostiene que el derecho ha sido uno de los principales focos de la crítica feminista y a la vez una herramienta utilizada para la transformación social. Respecto de la crítica feminista desde la teoría del derecho destaca dos aportes. El primero es que el derecho, como producto de sociedades patriarcales, ha sido construido desde el punto de vista masculino reflejando y protegiendo los valores, necesidades e intereses de los varones. El segundo es que se ha demostrado que incluso cuando el derecho protege los intereses y necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por instituciones o individuos moldeados por la ideología patriarcal ha desfavorecido a las mujeres<sup>13</sup>.

Katharine Barlett pone su acento en la importancia de contar con métodos feministas para el análisis del derecho. Sostiene que estos métodos surgen del pensamiento crítico que desvela que las normas representan las estructuras de poder existentes y que por lo mismo es

11 *Ibíd.*, p. 36-38.

12 Gabriela Castellanos, *op. cit.*, p. 48.

13 Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / UNIFEM / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p.122.

indispensable crear métodos que en lugar de reproducir tales estructuras ilegítimas de poder las identifiquen, cuestionen, y superen<sup>14</sup>.

Esta autora identifica tres métodos feministas de análisis del derecho: 1) La pregunta por la mujer; 2) El razonamiento feminista práctico y 3) La creación de conciencia. Y desarrolla además una propuesta respecto de la construcción de conocimiento del derecho desde el feminismo a la que denomina “posicionamiento”.

El primer método, *la pregunta sobre la mujer (asking the woman question)*, indaga en la implicaciones de género de una práctica social o de una norma, examina la manera en que el derecho deja de lado las experiencias y los valores que por cualquier razón suelen ser más típicos de las vidas de las mujeres que de los hombres, revela cómo la posición de las mujeres refleja la organización de una sociedad más que unas características inherentes de las mujeres, ayuda a demostrar cómo las estructuras sociales se incorporan en normas que de manera explícita o implícita reproducen la subordinación de las mujeres, en suma este método confronta la asunción de que el derecho es neutral respecto del género. Al utilizar este método es clave al hablar y preguntarnos por la mujer, explicitar de qué mujer estamos hablando.

El segundo método, *el razonamiento feminista práctico (feminist practical reasoning)*, se centra en el proceso de resolución de casos, revelando que los así llamados métodos neutrales de decisión de casos tienden a esconder o enmascarar mas no eliminar las consideraciones sociales y políticas de las decisiones legales. Lo sustancial del este método consiste en una suerte de actitud de alerta frente a ciertas formas de injusticia que usualmente no se ven o no se toman en cuenta. El abogar por métodos contextualizados de razonamiento permite una mayor comprensión y explicitación de tales injusticias y su utilización puede llegar a cambiar las percepciones respecto del mundo y ampliar los elementos que se consideran relevantes en el análisis del contexto de un caso específico. La autora sostiene que este método desafía la legitimidad de las normas de aquellos que se atribuyen el hablar en nombre

14 Katharine T. Barlett, “Feminist legal methods” en Harvard Law Review, vol. 103, No. 4, 1990, p. 830-831. En la parte que sigue realizamos una síntesis de los puntos que consideramos centrales del artículo. La traducción es nuestra.

de la comunidad a través de las normas y nos recuerda que las feministas consideran problemático el concepto de comunidad en tanto han demostrado que las leyes en general tienden a reflejar y reproducir las estructuras de poder vigentes.

El tercer método, *la creación de conciencia (consciousness-raising)*, tiene que ver con la importancia asignada a los grupos de concientización en los que las mujeres se reúnen a compartir sus experiencias de vida desde lo personal y concreto y la manera como este intercambio permite una retroalimentación permanente, reconfigurando la teoría desde la experiencia y la experiencia desde la teoría. Esta relación experiencia/teoría revelaría la dimensión social de la experiencia individual y la dimensión individual de la experiencia social y por lo tanto el carácter político de lo personal.

Finalmente Katharine Barlett realiza una propuesta feminista para acercarse al conocimiento del derecho en la que toma elementos de varios debates epistemológicos. Denomina *posicionamiento (positivity)* a su propuesta que integra el concepto de conocimiento basado en la experiencia, concibe la verdad como una respuesta situada y parcial en contraste con la idea de una verdad objetiva y externa, requiere de una mirada autocrítica abierta a examinar sus propias posiciones e insiste tanto en la diversidad de experiencias como en su mutua conexión y nuestra común humanidad desarrollando un doble enfoque tanto a la comunidad como a los individuos vistos de manera interdependiente.

De su parte Alda Facio<sup>15</sup> desarrolla su propuesta de una metodología de análisis del género del fenómeno legal que incluye seis pasos: 1) Tener conciencia de la subordinación del género femenino al masculino en la experiencia personal; 2) Comprender las manifestaciones del sexismo; 3) Identificar qué mujer se contempla como “el otro” y qué efectos tiene en mujeres de otra clase, edad, etnia, opción sexual, etc.; 4) Ubicar el estereotipo de mujer que sirve de sustento al texto (mujer-madre; mujer-esposa; mujer-familia, etc.); 5) Analizar la relación entre los tres componentes del

15 Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / UNIFEM / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 181-224.

fenómeno legal (normativo, estructural y político/cultural)<sup>16</sup>; y, 6) Colectivizar el análisis, enriquecerlo con aportes y contribuir a la concientización.

Como podemos ver esta metodología desglosa más lo que Katharine Barlett llama la pregunta sobre la mujer y da mucha importancia también al método de toma de conciencia de género.

Para este artículo nos interesa enfatizar en el desarrollo del segundo paso por la utilidad que tienen para nuestro análisis.

Alda Facio, siguiendo a Margrit Eichler, identifica varias *formas en las que se manifiesta el sexismo* (creencia basada en la superioridad de los hombres sobre las mujeres), a saber:

- El *androcentrismo* se da cuando un estudio, análisis o investigación se enfoca desde la perspectiva masculina únicamente pero al mismo tiempo como si esta no fuera una perspectiva. Se percibe la experiencia masculina como central a la experiencia humana y por lo tanto la única relevante. Dos formas extremas de androcentrismo son la ginopia (invisibilización de las mujeres y lo femenino) y la misoginia (repudio a las mujeres y lo femenino).
- La *sobregeneralización* ocurre cuando un estudio se centra únicamente en los hombres y sin embargo sus resultados se presentan como válidos para las mujeres también.
- La *sobreespecificidad* se presenta cuando se asume una necesidad o comportamiento humano como específico ya sea de hombres o de mujeres.
- La *insensibilidad al género* se concreta cuando se ignora el género como una categoría válida e importante para el análisis.
- El *doble parámetro* se da cuando una misma conducta o una situación idéntica se valoran o juzgan con parámetros distintos en base al género.

<sup>16</sup> El *componente formal-normativo* es la normativa formalmente generada - la Constitución, los tratados internacionales vigentes, leyes, reglamentos, etc. -; el *componente estructural-institucional* es el contenido que el poder legislativo, las cortes, las instancias administrativas le dan a las normas, al momento de aplicarlas e interpretarlas; y el *componente político-cultural* es el contenido que las personas u organizaciones le dan a la norma por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, las actitudes, las tradiciones y el conocimiento que tengan de ella.

- El *deber ser de cada sexo* que se basa en la creencia de que existen conductas o características humanas que son más apropiadas para hombres o para mujeres.
- El *dicotomismo sexual* consiste en tratar a hombres y mujeres como diametralmente opuestos sin mirar sus semejanzas.
- El *familismo* se presenta cuando se asimila mujer con familia asumiendo que las necesidades de la familia son las necesidades de la mujer sin considerar sus necesidades individuales.

### 3 Feminismos, diversidad cultural y mujeres indígenas

Una de las clasificaciones de los tipos de feminismos distingue entre aquellos denominados esencialistas de género y los antiesencialistas de género. En el primer grupo encontramos a todas aquellos que consideran que el género es la causa fundamental de la opresión de las mujeres y que ésta se expresa de manera común en cualquier contexto mientras que en el segundo encontramos a aquellos que si bien consideran al género como uno de los ejes de la opresión lo interrelacionan necesariamente con otros como la clase social, la etnia, la orientación sexual, la edad, etc., analizados en cada contexto específico.

Los feminismos esencialistas de género han mantenido generalmente una actitud de sospecha cuando no de oposición frontal al reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos colectivos por considerar que estos agudizan el problema de subordinación de las mujeres y las dejan en la desprotección en nombre de las tradiciones culturales<sup>17</sup>.

Desde los feminismos antiesencialistas encontramos la propuesta de repensar la diversidad cultural desde el género vinculando el análisis de la cultura con el poder. Esta postura cuestiona tanto las visiones esencialistas de la cultura que consideran que cualquier práctica cultural

<sup>17</sup> Susan Moller Okin: ¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres? en Joshua Cohen, Matthew Howard, and Martha C. Nussbaum, Editores, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999. Traducido por María Cristina Irurita Cruz. Revisado por la Profesora Gabriela Castellanos Doctorado en humanidades, Universidad del Valle, Octubre de 2006, p. 1-12.

debe ser respetada en nombre de la diversidad cultural como la visión etnocéntrica y colonial que descalifica toda cultura que no sea occidental adjetivando todas sus prácticas como salvajes, primitivas, atrasadas, en suma inferiorizándolas.

Dentro de los feminismos antiesencialistas de género encontramos al feminismo poscolonial o descolonizador que, en criterio de Boaventura de Sousa Santos, contribuye de manera trascendente a la construcción de epistemologías del sur, de la interculturalidad y de la plurinacionalidad. Este autor entiende por feminismo poscolonial el conjunto de perspectivas feministas que integran la discriminación sexual en el marco más amplio del sistema de dominación contemporáneo en el que sobresalen el racismo y el clasismo; buscan descolonizar las corrientes feministas eurocéntricas dominantes en nuestra región; y, orientan su mirada crítica hacia la propia diversidad, cuestionando la discriminación que sufren las mujeres al interior de las comunidades de los oprimidos y afirmando la diversidad dentro de la diversidad<sup>18</sup>.

En efecto, han sido las mujeres indígenas organizadas en nuestro continente las que han venido combinando tanto una lucha frente al Estado por el reconocimiento de la autodeterminación de sus pueblos y sus derechos colectivos como al interior de sus comunidades por replantear críticamente sus sistemas normativos<sup>19</sup>.

Aída Hernández enfatiza en los aportes de feministas poscoloniales para evitar los esencialismos culturales en los siguientes términos:

Al mismo tiempo que las feministas poscoloniales han advertido los peligros de los universalismos, han reconocido que esta preocupación por respetar la diferencia puede llevar a esencialismos culturales que muchas veces sirven a los intereses patriarcales al interior de los colectivos identitarios. Las representaciones ahistóricas de las culturas como entidades homogéneas de valores y costumbres compartidas, al margen de las relaciones de poder, dan pie a fundamentalismos culturales que ven

18 Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Quito, ABYA YALA, 2010, p. 159-160.

19 Aída Hernández, "Re-pensar el multiculturalismo desde el género. Las luchas por el reconocimiento cultural y los feminismos de la diversidad", *La Ventana No. 18*, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2003.

en cualquier intento de las mujeres por transformar prácticas que afectan sus vidas, una amenaza para la identidad de grupo<sup>20</sup>.

Según María Teresa Sierra "las mujeres indígenas se han enfrentado a dos grandes tareas: por un lado convencer a sus hombres de que sus demandas como mujeres no van en contra de las luchas de sus pueblos; y por el otro mostrar que sus demandas responden a sus propias necesidades como mujeres indígenas, cuestionando las "malas" costumbres que las subordinan, sin por ello descalificar su cultura<sup>21</sup>."

El Mandato de la I Cumbre Continental de Mujeres Indígenas de ABYA YALA da cuenta tanto de la importancia que las mujeres indígenas dan a los derechos colectivos de los pueblos indígenas como a los derechos humanos de las mujeres desde su propia cosmovisión. Los extractos seleccionados de este mandato y que presentamos a continuación demuestran esta afirmación:

Con el propósito de buscar alternativas para eliminar la injusticia, la discriminación y la violencia contra las mujeres, el machismo y volver a las formas de respeto mutuo y armónico en la vida planetaria nos congregamos en esta Cumbre y unimos nuestros corazones, nuestras mentes, nuestras manos y nuestros vientres. (...) (nos comprometemos a) Formarnos e informarnos en el conocimiento de los instrumentos internacionales que defienden los derechos humanos y colectivos de los pueblos indígenas y en particular de las mujeres. (...) Lograr una mayor visibilización de los derechos de las mujeres en todos los espacios posibles. Establecer alianzas estratégicas...para b) Lograr el posicionamiento colectivo de los pueblos indígenas y desafiar el sistema de dominación jerárquico, excluyente, impositivo, capitalista-neoliberal, patriarcal y destructor del planeta. (...) Fortalecer la participación de las mujeres en la toma de decisiones y estamentos de poder con un ejercicio dual y complementario respecto al territorio de los pueblos indígenas. (...) Promover el respeto y la dignidad de la mujer a partir de la cosmovisión de cada uno de los pueblos indígenas<sup>22</sup>.

20 *Ibid.*, p. 27.

21 María Teresa Sierra, "Género, diversidad cultural y derechos: Las apuestas de las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria", en Miriam Lang y Anna Kucia, comp., *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009, p. 15.

22 Mandato de la I Cumbre Continental de Mujeres Indígenas de ABYA YALA, Puno, Perú, 27 y 28 de mayo de 2009.

Como podemos constatar, para las mujeres indígenas latinoamericanas no existe *per se* una contradicción entre el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos humanos de las mujeres. Esto no quiere decir que no asuman realizar todos los esfuerzos necesarios para denunciar y superar aquellas prácticas culturales que reproducen la violencia y discriminación contra las mujeres pero también para proteger aquellas prácticas culturales que dan cuenta de una relación equivalente y complementaria entre hombres y mujeres dentro de su propia cultura.

#### 4 Justicia indígena y estructuras patriarcales

Julio César Trujillo entiende un sistema jurídico como “el conjunto de instituciones, normas, principios y valores que rigen la conducta o comportamiento de los miembros de la comunidad entre sí, de todos y cada uno de ellos con la comunidad y que sirven para resolver los conflictos que amenazan la supervivencia de la comunidad, o la seguridad de sus miembros<sup>23</sup>.” Contrasta esta definición con el Derecho indígena demostrando de manera clara el cumplimiento de cada uno de sus elementos.

La Constitución ecuatoriana en su artículo 57 numeral 10 reconoce como parte de los derechos colectivos de los pueblos indígenas el de “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio y consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.” Así mismo al reconocer la justicia indígena en su artículo 171 establece que las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, *con garantía de participación y decisión de las mujeres*<sup>24</sup>.

Desde este marco normativo constitucional nos interesa mirar la protección o vulneración de derechos humanos de las mujeres indígenas en la administración de justicia indígena en el Ecuador y la par-

23 Julio César Trujillo, “Pluralismo jurídico en el Ecuador” en Fernando Flores Giménez, coord., *Constitución y pluralismo jurídico*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 14.

24 El resaltado es nuestro.

ticipación y decisión de las mujeres indígenas como autoridades de la justicia indígena.

Recordemos que de acuerdo a la teoría crítica en general y la teoría feminista en particular el derecho representa las estructuras de poder existentes. En este trabajo nos importa indagar específicamente cómo el derecho y la justicia indígena se relacionan con la confrontación y/o reproducción de estructuras patriarcales. Para el efecto utilizaremos el método feminista de la pregunta por la mujer con particular énfasis en la ubicación de rupturas y/o reproducciones de manifestaciones del sexismo; el método del razonamiento feminista práctico para contextualizar algunos casos desde el uso de la categoría de género; el método de la creación de conciencia desde el análisis de la experiencia y propuestas de mujeres indígenas organizadas.

##### 4.1 Relaciones familiares y liderazgo comunitario

Respecto de la construcción del género al interior de las familias podemos constatar que la mayor parte de mujeres indígenas que participaron en los talleres de diálogos coinciden en que las mujeres se encuentran a cargo de las tareas domésticas, la crianza de los hijos e hijas y el trabajo agrícola pero perciben que este trabajo no es suficientemente valorado en la familia<sup>25</sup>. De otra parte se miran también como actrices en las luchas por la reivindicación de los derechos de sus pueblos, sin embargo resaltan la manera en que su papel dentro de esa lucha por una parte reproduce los tradicionales roles de género (como cocineras y acompañantes) y también los subvierten (como escudo humano ante enfrentamientos) sin embargo esto no se revierte en un reconocimiento y valorización de este rol. En palabras de una mujer indígena:

Hay muchas mujeres indígenas que han participado en eventos o acontecimientos históricos, por la valoración de su pueblo, la reivindicación de los derechos de los pueblos, pero no están presentes construyen-

25 Mujer indígena participante en talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *Información sistematizada de los diálogos*, Proyecto Diálogo de saberes sobre los mecanismos y formas de resolución de la violencia contra las mujeres indígenas: Los casos de las provincias de Imbabura, Chimborazo y Sucumbios, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, p. 9. En [www.uasb.edu.ec/padh.php](http://www.uasb.edu.ec/padh.php).

do historia. Tan solo están presentes como acompañantes, cocineras o nos utilizan como escudo para que la policía no agrede a los hombres. Nuestra propuesta como mujeres indígenas hasta el momento no está visibilizada. Hemos y vamos a seguir apoyando toda la reivindicación de los pueblos y nacionalidades indígenas, pero la participación nuestra ha sido super activa de cocineras, de voceras, pero en la historia y en el lenguaje desaparecemos<sup>26</sup>.

Un elemento que vale la pena destacar es que cada vez más las mujeres indígenas se han organizado para intentar posicionar al interior de sus comunidades sus preocupaciones, necesidades e intereses presionando para que estos sean tomados en cuenta como asuntos de importancia en su comunidad. Y aún en medio de la oposición de algunos integrantes de las comunidades las mujeres persisten.

(...) con tantas dificultades pero sí salimos y estamos saliendo especialmente en la comunidad donde nosotros haciendo de lideresas. Quieren que nosotras ya no sigamos pues [dicen] "tenemos que bajarlas a estas mujeres hay que hacerlas sentar en la casa a estas carishinas<sup>27</sup>". Nosotras ahora si nos paramos y somos muchas mujeres<sup>28</sup>.

En el caso de las mujeres indígenas que concurrieron a los talleres de diálogos constatamos una fuerte motivación por aumentar su participación activa a nivel de sus comunidades pero también las dificultades que ubican para que se amplíe la participación de las mujeres indígenas en general en los cargos de dirigencia en sus comunidades<sup>29</sup>. En varias ocasiones se menciona que para aceptar cargos directivos en sus comunidades las mujeres indígenas deben contar con el consentimiento de sus maridos. En algunos casos inclusive la aceptación de una responsabilidad directiva puede desencadenar violencia contra las mujeres por parte de sus parejas, tal como se expone en el siguiente testimonio, "a

26 Mujer indígena participante en talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, p. 14. Las mujeres que participaron en este proceso de diálogos solicitaron que sus nombres no consten en la sistematización.

27 Palabra quichua que significa mujer que actúa como varón.

28 Mujer indígena participante en talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p. 28.

29 Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p. 4-83.

veces ya le nombran la directiva y le dan otra pisa<sup>30</sup> en la casa por que ha aceptado, ¿si o no compañeras? Es que primero tienen que pedir el consentimiento al marido para aceptar, con muchas mujeres es así, se dice "voy a ver si es que mi marido me acepta para que venga<sup>31</sup>".

Muchas veces también el rol reproductivo asumido como responsabilidad directa de las mujeres es visto como obstáculo para participar más activamente en la dirigencia de sus comunidades, sumado a la oposición de los maridos. Cuando se pregunta al grupo de participantes cómo es que ha habido mujeres indígenas con liderazgo nacional una de las participantes responde:

(...) mama Dolores (Cacuango) es soltera y nunca se casó. Ahí si se puede ejercer el liderazgo. Igual Blanca Chancoso es soltera ... Carmelina Lamberla sí la conocían de la FISI, ella también fue soltera cuando estaba de dirigente, ahora que se casó ya no está. ¿Que pasó? Ella también cuando ya se casó terminó el trabajo y era una lidereza excelente a nivel nacional e internacional<sup>32</sup>.

Sin embargo otros testimonios matizan esta afirmación porque aunque reconocen las dificultades de las mujeres casadas de asumir liderazgo al interior de sus comunidades y organizaciones no lo ven como un obstáculo insalvable inclusive en ciertos casos dan cuenta de transformaciones en las relaciones de pareja que reflejan mayor equidad.

(...) yo me atrevo a decir que muy pocas liderezas tienen esposos que realmente entienden; no por que quisieron entender sino por que ha sido un proceso de "hacer entender". En mi caso por ejemplo mi esposo me ayuda mucho por que también trabaja con organizaciones de mujeres, me ayuda mucho por que vio a su mamá ser maltratado por el padre y no quiere que sus hijas, sus hermanas, su suegra y su mamá vivan la misma situación que ha vivido. En este caso o sea algo pasó dentro de él que reaccionó. Me parece que por ahí sería la estrategia de ir trabajando. La idea es que no solamente nosotras en el espacio que estemos nos reconozcan nuestros derechos. También queremos llegar a la equidad

30 Se utiliza para referirse a una paliza.

31 Mujer indígena participante en talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p. 33.

32 Mujer indígena participante en talleres de diálogos, en *Ibid.*, p. 34.

y que ese espacio (se refiere al doméstico) que nosotros siempre por décadas hemos asumido sea compartido<sup>33</sup>.

A mi me costó muchísimo trabajo, mi esposo venía de una familia donde la mamá, las hermanas le atendían (...). El era varón, le daban lavando la ropa las hermanas, él nunca lavaba la ropa; cuando lavó la primera vez la ropa era cuando yo di a luz a mi hijo a mi primer hijo y hasta se puso a llorar no se si de la emoción o del susto. (...) Una vez vio la mamá que estaba lavando los pañales, y dijo: "dios mío no puedo creer, no puedo creer que mi hijo este lavando pañales, ahora si no puedo creer que pasó no, mi hijito que pasó tienes que venir trayendo a tu mujer acá para atenderle y vos no lavar los pañales". Imagínese. (...) Cuando cocinan, lavan, los hombres son más tiernos, se hacen más responsables<sup>34</sup>.

En el caso de algunas mujeres indígenas de la comunidad de la Toglla evidenciamos una autovaloración muy positiva como mujeres asociada a la inteligencia, la astucia, a la capacidad, a la habilidad de defenderse en los enfrentamientos con policías por conflictos de tierras<sup>35</sup>. Este último aspecto es muy reconocido también por los hombres de la comunidad, en las siguientes términos: "las mujeres pelean más que los hombres (...) ellas están a capa y espada, en cambio a las mujeres no les pueden llevar presas pero a los hombres llevan más<sup>36</sup>. (...) "Son las mujeres las que están al frente de eso de las confrontaciones<sup>37</sup>".

Esto podemos vincularlo con hallazgos de una investigación desarrollada en Ecuador y Perú en la que se sostiene que "En las comunidades la identidad femenina está conformada por dos elementos complementarios entre sí: la figura de la madre nutriente y de la mujer guerrera (...) los aspectos femenino-agresivos (fueron) desta-

33 Mujer indígena participante en talleres de diálogos, en *Ibíd.*, p. 30.

34 Mujer indígena participante en talleres de diálogos, en *Ibíd.*, p. 30.

35 Entrevistas a mujeres indígenas de base de la comunidad de la Toglla, 9 y 21 de mayo de 2011. (Ximena Quishpe, p.1 y 6; Lourdes Quishpe, p. 1, 10 y 11; Verónica, p. 14.)

36 Entrevista a hombre indígena dirigente de la comunidad de La Toglla, 21 de mayo de 2011. (José Manuel Acero, p. 10.)

37 Entrevista a hombre indígena de las bases de la comunidad de La Toglla, 21 de mayo de 2011. (Jaime Paucar, p.11)

cados por los varones como un elemento que genera admiración y temor al mismo tiempo<sup>38</sup>.

Adicionalmente constatamos entusiasmo y ganas de participar y ser elegidas como parte de la dirigencia de su comunidad<sup>39</sup>.

En cuanto a los roles de género en la comunidad de La Toglla, varias entrevistas identifican a las mujeres como aquellas que pasan más en la casa, se encargan de los hijos, de los esposos, de sembrar, de aportar a la comunidad. Destacan también el rol de parteras y conocedoras de la medicina tradicional. Los hombres salen afuera a trabajar y traen dinero a la casa además de colaborar en labores comunitarias<sup>40</sup>. Podemos ver que estos roles reflejan aún una división del trabajo por género así lo productivo está a cargo de los hombres y lo reproductivo de las mujeres si bien las mujeres han incursionado en proyectos productivos también pero dentro de su comunidad (huertos, confección de ropa, crianza de animales). Las labores comunitarias son comunes a hombres y mujeres. Sin embargo encontramos también la ruptura de estos roles dicotómicos sobretodo en cuanto al liderazgo en cargos de dirigencia, en el enfrentamiento a fuerzas policiales y de manera más puntual respecto de aprendizajes antes considerados masculinos y sobre los que ha habido talleres que han incluido a las mujeres (sobre albañilería, carpintería, pintura, etc.)<sup>41</sup>.

Si bien en la Comunidad de La Toglla las mujeres participan activamente en espacios comunitarios y como parte de la dirigencia, solo en un caso han asumido la Presidencia.<sup>42</sup> Al preguntar a una dirigente de

38 Rocío Franco y María Alejandra González, *Serie Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Volumen 3: Las mujeres en la justicia comunitaria: Víctimas, sujetos, actores*, Lima, IDL, 2009, p. 177.

39 Entrevistas a mujeres indígenas de base de la comunidad de la Toglla, 9 y 21 de mayo de 2011. (Ximena Quishpe, p.1 y 6; Lourdes Quishpe, p. 1, 10 y 11)

40 Entrevista a mujer indígena dirigente de la comunidad de La Toglla, 21 de mayo de 2011. (María Yolanda Miranda, p. 3; Lourdes Quishpe, p. 11)

41 Entrevista a mujer indígena de las bases de la comunidad de La Toglla, 21 de mayo de 2011. (Lourdes Quishpe, p.10.)

42 Entrevista a mujer indígena dirigente de la comunidad de La Toglla, 21 de mayo de 2011. (Verónica, p. 2)

la comunidad de La Toglla el porqué no ha habido más mujeres presidentas ella da cuenta de cómo el rol reproductivo puede impedir el asumir el máximo cargo de la comunidad.

(...) a veces nosotros mismo pensamos que, no vamos a poder asumir ese cargo. Pero nosotros nos damos cuenta también que las mujeres si podemos sacar a delante cualquier cosa que nos... que nos proponemos hacer también a veces si hacemos. Si quisiera ser presidente de aquí de la comunidad. Para sacar adelante a la comunidad. Yo si he pensado en ser presidenta de la comunidad.

- ¿Y no le han elegido?

- Si me han dicho que sea, pero a veces por mi tiempo, por mis hijos, de mi niña en la escuela, a veces si me he puesto a pensar que no puedo tener tiempo para andar. Entonces ese, por ese problema no más...<sup>43</sup>

Identificado el hecho de que el rol de crianza de hijos/as limita la posibilidad de una mayor participación de mujeres en la dirigencia comunitaria, algunas mujeres han propuesto la creación de una guardería, que aún no se ha concretado por falta de dinero<sup>44</sup>.

Cabe destacar que en la Comunidad de La Toglla la autoridad se ejerce a través de un Consejo de Gobierno integrado por presidente/a, vicepresidente/a, secretario/a, tesorero/a y síndico/a y varias dirigencias, entre ellas la de Administración de Justicia. Esta última se creó hace tres años<sup>45</sup> y está integrada por tres mujeres una de ellas una reconocida dirigente de 81 años, un mujer de 52 años que ha ejercido algunos cargos en la comunidad entre ellos el de la dirigencia de la Mujer y la Familia y una mujer de 34 años que está iniciando su participación en cargos dirigenciales. Esto constituye un hecho novedoso y que vale la pena analizar más en detalle.

En efecto, podemos mirar este hecho como un avance en la participación de las mujeres en instancias dirigenciales y sobretodo

43 Entrevista a mujer indígena dirigente de la comunidad de La Toglla, 21 de mayo de 2011. (María Yolanda Miranda, p. 7)

44 Entrevista a mujer indígena de las bases de la comunidad de La Toglla, 21 de mayo de 2011. (Lourdes Quishpe, p.12.)

45 Entrevista a hombre indígena dirigente de la comunidad de La Toglla, 5 de mayo de 2011. (Abraham Paucar, p.3.)

en el ámbito de la administración de justicia indígena que ha tenido en general un rostro predominantemente masculino<sup>46</sup>. En este contexto podríamos preguntarnos si esto constituye una forma de confrontar la sociedad patriarcal al interior de la comunidad de La Toglla. Y nuestra respuesta sería un sí matizado pues constatamos en esta comunidad una participación muy activa de las mujeres en cargos de dirigencia aunque solo una mujer haya sido Presidenta. Tomando en cuenta este antecedente resulta lógico que cada vez más las mujeres copen espacios de autoridad y que sean reconocidas, respetadas y valoradas por su comunidad, recordando que es la Asamblea la que elige sus autoridades.

Uno de los entrevistados afirma "son tres compañeras las que están ahí (en la Comisión de Administración de Justicia) ellas más bien han sido las que tienen y han tenido mayor peso en este tipo de mediar, de resolver los problemas de la comunidad, pero también coordinación con la Directiva principal<sup>47</sup>".

Es importante tomar en cuenta que para ser parte de la Comisión de Administración de Justicia se requieren muchas cualidades tal como lo señalan varios entrevistados.

El requisito es muy fundamental porque debe ser personas que demuestren una buena conducta, intachable, que hayan demostrado solidaridad, apoyo, esfuerzo en beneficio de todos los de la comunidad, especialmente son personas que se merecen respeto y que nada han tenido que ver en actos de corrupción, que han demostrado no solamente la comunidad sino a nivel familiar (...) deben ser personas honorables de solvencia y de respeto interno y hacia afuera<sup>48</sup>.

(...) yo creo que para la Justicia Indígena la gente aplica por una persona más capaz más entendida una persona que tenga experiencia en me-

46 Respecto de este punto recomiendo la publicación de Rocío Franco y María Alejandra González, *Serie Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Volumen 3: Las mujeres en la justicia comunitaria: Víctimas, sujetos, actores*, Lima, IDL, 2009.

47 Entrevista a hombre indígena de las bases de la comunidad de La Toglla, 21 de mayo de 2011. (Jaime Paucar, p.5)

48 Entrevista a hombre indígena dirigente de la comunidad de La Toglla, 21 de mayo de 2011. (José Oswaldo Iza, p.6)

diar conflictos que sea más respetuosa que la gente le respete y le haga caso va por ahí más por requisitos<sup>49</sup>.

(...) más que todo hemos puesto a las compañeras por el mérito que se merecen, el respeto, el cumplimiento que han tenido<sup>50</sup>...

No, no hay hombres, todas son mujeres, es porque como le digo uno entre varones a veces no se respeta no más pero a la mujer y a las personas mayores tiene mayor respeto, o sea por eso es<sup>51</sup>.

El hecho de que hayan sido elegidas tres mujeres para integrar dicha comisión da cuenta del respeto y valoración de la que gozan en su comunidad lo cual es sin duda una forma de contrarrestar estructuras patriarcales.

Sin embargo, es necesario señalar también que en el caso de esta comunidad el rol de la administración de justicia indígena se muestra muy frágil. Esto puede explicarse por un contexto de conflictos de tierras entre integrantes de las comunidades que lleva ya varias décadas y que no ha podido resolverse desde su propia justicia y ha sido básicamente derivado a la justicia estatal. En varias entrevistas podemos evidenciar que muchos conflictos (no únicamente los de tierras) son llevados a autoridades estatales y que la confianza en la efectividad de la justicia indígena en La Toglla está muy desgastada.

De otra parte, en las entrevistas existen diversas versiones de cómo funciona la administración de justicia indígena en La Toglla y en varias de ellas el rol de la Dirigencia de Administración de Justicia no aparece. Esto puede deberse a que es una instancia creada recientemente, pero en todo caso nos da cuenta de que aunque es un avance que las mujeres asuman funciones de autoridad para tratar los conflictos de sus comunidades en el caso concreto este optimismo debe ser matizado por estos elementos del contexto. Quizá más que estar frente a un caso de

49 Entrevista a hombre indígena de las bases de la comunidad de La Toglla, 21 de mayo de 2011. (Jaime Paucar, p.6)

50 Entrevista a hombre indígena dirigente de la comunidad de La Toglla, 5 de mayo de 2011. (Abraham Paucar, p.2.)

51 Entrevista a hombre indígena dirigente de la comunidad de La Toglla, 5 de mayo de 2011. (Sebastián Cabrera, p.2.)

confrontación a estructuras patriarcales estemos frente a una potencialidad de transformación.

## 4.2 Violencia contra las mujeres indígenas<sup>52</sup>

En cuanto a la *violencia contra las mujeres*<sup>53</sup> la gran mayoría de testimonios de las mujeres indígenas participantes en los talleres de diálogos dan cuenta de una violencia generalizada contra las mujeres que además es naturalizada.

Denuncian que cuando una mujer se casa sus padres suelen advertirle que una vez que ha tomado tal decisión no cabe que luego venga a quejarse de nada; así mismo está muy presente la idea de la violencia “justificada” por el incumplimiento de alguna responsabilidad asignada a las mujeres lo cual las deja en situación de desprotección sea ante autoridades estatales como ante autoridades indígenas.

(...) no hemos podido acudir a ningún lado, ni tanto donde el comisario, teniente político, ni tanto a la comunidad, donde los cabildos, por que los cabildos a lo mejor culpan a las mujeres por que es ociosa, vaga, que no hace nada por eso que [te] ha golpeado, encima los padres [nos dicen] eso necesitabas, tienes que aguantar, entonces eso, eso hay problema<sup>54</sup>.

En el siguiente testimonio vemos cómo la trasgresión de una regla familiar/comunitaria arroja a la mujer a un campo de desprotección completa, cualquier violencia que sufra es asumida como consecuencia de sus malas elecciones.

52 En este punto retomamos una parte del análisis desarrollado en un artículo publicado en el 2009. Judith Salgado, “Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad”, en Carlos Espinosa Gallegos- Anda y Danilo Caicedo Tapia, edit., *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 75-98.

53 Podemos ubicar a la violencia contra la mujer dentro de las formas más extremas de androcentrismo, la ginopia que es la invisibilización de la experiencia de las mujeres cuando no se considera relevante combatir la violencia que sufren y la misoginia como repudio a las mujeres y lo femenino que se expresa en el uso de la violencia y su naturalización y aceptación.

54 Mujer indígena participante en los talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p.19.

(...) yo quería hablar (...) de la vergüenza, el miedo de la mujer que siente de todo no. Es un caso que he vivido casi en mi familia mismo. Cuando una mujer sigue al novio es una vergüenza grandísima para una familia, y cuando sufren maltratos, agresiones verbales no puede ir a quejarse donde los padres, ni donde los cabildos por que, por que "ellas mismas se buscaron por que le siguieron al novio", o sea que si es que sigo a mi novio, ya no tengo derecho ni a quejarme, ni a ir a denunciar por que ya es mi culpa, por que yo quise eso, eso también es una vergüenza que sienten, que sentimos<sup>55</sup>.

Así mismo en el caso de una adolescente de 14 años embarazada, el transgredir las normas culturales aceptadas respecto al ejercicio de la sexualidad conlleva la desprotección de derechos fundamentales, incluso poniendo en riesgo el derecho a la vida. La tía de esta chica narra que tuvo que llevarla al hospital para que de a luz mientras que su padre, madre y hermanos no quisieron hacerlo por considerar que su embarazo constituía una vergüenza para la familia.

Mi cuñado llegó (al hospital) y dijo para qué se la trajo, ojala que hubiera muerto, ahí era de dejarla, hace quedar mal a la familia. (...) Eso hay en las comunidades eso a veces siendo papá o hermanos también a una mujer ven y como quiera tratan. Entonces desde la familia, desde el mismo hogar no hay valoración de la mujer, peor yo diría en los hombres, así particulares, ¿qué valoración van a tener? <sup>56</sup>

Otro testimonio da cuenta de una práctica de acoso sexual en comunidades indígenas en el contexto de las mingas.

(...) sí acoso sexual en las jóvenes por los dirigentes, por los compañeros de la comunidad, esa es la forma como se juega nos dicen que ricas piernas, o la nalga o lo que sea que dicen por acá sino en la comunidad. Yo pues ya estoy viejita, cuando era adolescente veía eso: te quitan el sombrero te empujan, te quitan la vaeta, y te hacen carga montón, o sea creo que hasta te cogen los senos. (...) eso es frecuente en las mingas, en los trabajos comunitarios, las jovencitas que ya están de 15, 16, 17 años, les botan los jóvenes y pululún encima, encima,

encima y te vienen hasta carga montón, hasta que ella diga que le deje ya creo que ya topó todo<sup>57</sup>.

En muchos casos la subordinación de las mujeres se sustenta en la defensa de los valores comunitarios, de la diversidad cultural y de los derechos como pueblos. Es precisamente en estos casos cuando el imperativo propuesto por Boaventura de Sousa Santos de que los pueblos tienen derecho a ser diferentes cuando la igualdad los descaracteriza<sup>58</sup>, muestra sus límites frente a relaciones de poder asimétricas al interior de una misma cultura. Pues en no pocos casos la cultura propia puede imponer a sus integrantes subalternizadas formas de violencia y discriminación en nombre del mantenimiento de los valores y características hegemónicas de su identidad cultural<sup>59</sup>.

### 4.3 Justicia indígena y género

De acuerdo a los debates desarrollados en los talleres de diálogos en la justicia indígena, muchos casos de violación, de acoso sexual se resuelven por medio de una transacción entre familias, entre grupos, sin considerar a la mujer como sujeto de derechos individuales también. Este tipo de prácticas se asimilarían a la forma de sexismo denominada familismo en la que se pierde el sujeto individual mujer subsumiéndola en la familia y sus intereses (la permanencia de la unidad familiar). Así también las respuestas son similares frente a casos de violencia física intrafamiliar como lo evidencia una líder indígena, "creo que es necesario que se entre en un proceso de cambio y también de lucha de las mujeres, porque ellas tendrán que aprender a tomar decisiones, aprender a

55 Mujer indígena participante en los talleres de diálogos, en *Ibíd.*, p. 20.

56 Mujer indígena participante en los talleres de diálogos, en *Ibíd.*, p. 53.

57 Mujer indígena participante en los talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p. 22.

58 "Los pueblos tienen el derecho a ser iguales siempre que la diferencia los haga inferiores, pero tienen derecho a ser diferentes cuando la igualdad los descaracteriza." Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Universidad de Los Andes/Siglo de Hombre Editores, 1998, p. 364-365.

59 Una crítica a estas prácticas se la puede encontrar en Gloria Anzaldúa, "Movimientos de rebeldía y las culturas que traicionan", en bell hooks et al, *Otras inapropiables*, Madrid, edición Traficantes de sueños, 2004, pp. 71-80.

resolver los casos en los que no se resuelva la agresión física por medio de la disculpa, la segunda oportunidad o por medios económicos<sup>60</sup>.

Los casos de infidelidad entre marido y mujer representan un claro ejemplo del doble parámetro. En efecto en el caso de los varones esta conducta es más tolerada mientras que en las mujeres es duramente cuestionada y sancionada. El mismo comportamiento recibe una valoración diferente en razón del género<sup>61</sup>.

Respecto a la infidelidad. Es notorio que para los compañeros no hay sanción moral es decir si se entera la comunidad no se dice nada, pero si una mujer hace eso, es la desgracia mas grande que le cayó a la comunidad. (...) Dejaban a los hombres que se junten con cualquier mujer, con cuantas mujeres quieran, no se juzgaba a un hombre, pero a la mujer si. (...) Las mujeres son las que sufren más castigo en cuanto a infidelidad. Sin embargo, las mismas mujeres castigan a las mujeres cuando de infidelidad se trata. Al hombre las mujeres no le hacen bañar, ortigar, peor meterle el ají en el ano o en el pene<sup>62</sup>.

Como podemos ver en este testimonio muchas veces las mismas mujeres reproducen estructuras patriarcales y perpetúan una de las manifestaciones del sexismo que es el doble parámetro. Tal como sostiene Gabriela Castellanos:

Del poder participan hasta los mismos dominados, quienes lo apuntalan y lo comparten en la medida en que, por ejemplo, repiten los dichos, las ideas que justifican su propia dominación. Ésta, entonces, se organiza mediante una estructura de poder cuyas ramificaciones se extienden a

60 Mujer indígena participante en talleres de diálogos, Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p. 107.

61 A esta conclusión también llegan otra investigación. Andrea Pequeño, "Violencia de género y mecanismos de resolución comunitaria en comunidades indígenas de la sierra ecuatoriana", en Miriam Lang y Anna Kucia, comp., *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009, p. 86. Aura Cumes analiza un caso en que hay una mayor severidad en la sanción impuesta por autoridades indígenas mayas a la madre que al padre de los hijos comunes que fueron vendidos por los dos. Aura Ester Cumes, "Mujeres indígenas, poder y justicia: de guardianas a autoridades en la construcción de culturas y cosmovisiones", en Miriam Lang y Anna Kucia, comp., *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009, p. 33-47.

62 Líder indígena participante en los talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p. 39 y 42.

todos los niveles de la sociedad. La mejor dominación, la más eficiente, es la que se apoya en miembros del propio grupo subyugado; es por esto que los esclavistas siempre eligen a sus capataces entre los mismos esclavos, así como las familias patriarcales siempre dependen de mujeres (madres, abuelas, tías) para mantener el control sobre las niñas y los jóvenes<sup>63</sup>.

Uno de los entrevistados de la comunidad de La Toglla da cuenta de casos de infidelidad entre cónyuges y la manera de procesar tales problemas a través de su justicia. Vemos aquí cómo la infidelidad es asumida como un daño a toda la comunidad.

(...) se le llama la atención, se les baña con ortiga, aconsejándoles, haciendo ver digamos cómo es digamos la vida dentro de una organización y cómo debe ser una madre responsable no. Si es que está haciendo esas cosas, le daña a toda la sociedad de la comunidad, a todos los socios más que todo por cuanto de que lleva esa impresión, si no se le aplica a esa señora o ese señor, entonces eso en realidad es falta de respeto, falta de consideración, ha burlado con la organización, ha burlado con la familia, ha burlado con la misma mujer y los hijos si es que tiene hijos, entonces eso más que todo, yo, la Rosita hemos madrugado a preguntarles, decir cómo mismo son los problemas, y esa gente han escuchado y ahora viven de mejor forma<sup>64</sup>.

Una dirigente de La Toglla recuerda que en las actas de 1945 de la comunidad puede encontrarse información sobre la forma en que resolvían los conflictos sus autoridades. Relata un caso de una mujer que había cometido adulterio con un vecino/compadre y que dado que no escuchó a sus padres y padrinos y mantuvo tal relación fue castigada por la Asamblea. La sanción consistía en encerrarla por 24 horas en un cuarto en el que había agua helada que la cubría hasta las rodillas con el propósito de contrarrestar su "calentura". Luego de lo cual sus padres y padrinos se comprometían a estar pendientes de que no vuelva a ser infiel a su marido<sup>65</sup>. Podemos constatar en estos casos el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres desde una vigilancia familiar y comunitaria.

63 Gabriela Castellanos, *op. cit.*, p. 45.

64 Entrevista a hombre indígena dirigente de la comunidad de La Toglla, 5 de mayo de 2011. (Abraham Paucar, p.8.)

65 Entrevista a mujer indígena dirigente de la comunidad de La Toglla, 2 de mayo de 2011. (Rosita Cabrera, p. 18)

En la comunidad de La Toglla una de las entrevistadas recuerda que hace algún tiempo cuando las mujeres se separaban de los maridos se las castigaba encerrándolas en un cuarto botándoles agua fría. Lo sorprendente del relato es que al preguntarle por qué las mujeres querían separarse las razones tenían que ver con violencia ejercida por su marido sobre todo bajo efectos del alcohol que sin embargo no se castigaba. Esto contrasta con la severidad de la sanción a la mujer por decidir separarse.

- ¿Y cuando el marido le pegaba, qué hacía la comunidad?

Al marido bueno, le llamaba, le ponía a preguntar: ¿Por qué pegas, por qué es? Presidente sabía preguntar así. Y contestaba que ella mismo es resabiada, que ella mismo alza mano, eso ponía. Pero usted mismo ya no sigues tomando, de borracho no estés peleando eso mandaba hablando.

- ¿Pero no le castigaban al marido?

- No, no castigaban.<sup>66</sup>

Evidenciamos en estos casos tanto la insensibilidad de género (no se considera la injusticia de mantener una unión marital atravesada por la violencia) como el familismo (la permanencia de la unidad familiar prevalece, la mujer y su derecho a la integridad personal y una vida libre de violencia desaparece).

De acuerdo a los debates en los talleres de diálogos, los casos de violencia contra las mujeres no son considerados relevantes o prioritarios en la justicia indígena (con excepciones que analizaremos más adelante). Refiriéndose a la provincia de Chimborazo, una líder indígena afirma:

(...) yo sí noto que hay bastante machismo en los compañeros de los cabildos de muchas comunidades, donde se investiga y consulta el tratamiento que se le da a los problemas de violencia intrafamiliar. Ellos lo que dicen es: "No, aquí casi no hay eso." Negando una realidad que es general por decir lo menos y además ellos lo que hacen es que las asambleas se dan para problemas grandes [...] de robo de ganado, de linderos [...] pero no para el tema de violencia intrafamiliar. [...] no

<sup>66</sup> Entrevista a mujer indígena dirigente de la comunidad de La Toglla, 2 de mayo de 2011. (Juanita Tibanta, p. 6)

toman en cuenta que de pronto eso sí afecta a su comunidad y a la armonía familiar<sup>67</sup>.

En los talleres de diálogos se resaltaron dos experiencias innovadoras en Sucumbíos y en Cotacachi en donde se ha combinado la formación de promotores y promotoras indígenas del buen trato o la buena convivencia y la creación de normativas internas (Ley del buen trato en Sucumbíos y el Reglamento del *sumak kawsay*<sup>68</sup> y de la buena convivencia en Cotacachi)<sup>69</sup>. En ambos casos la organización de las mujeres indígenas y su empoderamiento han sido clave para posicionar el problema de la violencia contra la mujer y la violencia intrafamiliar como un asunto prioritario que deber ser resuelto por la justicia indígena de manera equitativa.

En el caso de las promotoras por el buen trato en las comunidades indígenas de Sucumbíos, su conocimiento sobre la Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia (Ley 103) y los derechos humanos de las mujeres las han fortalecido y empoderado frente a los agresores. Una líder indígena cuenta un caso en que una mujer de su comunidad fue brutalmente golpeada por su esposo y buscó su ayuda en calidad de promotora del buen trato. Ella le ofreció presentar el caso a la Asamblea. Antes de que ésta iniciara el agresor se acercó a pedirle que arreglaran la situación sin que tenga que ir preso. En efecto, en la Asamblea firmaron un acta en la que el agresor se comprometía a no volver a violentar a su esposa. De acuerdo a este relato, la amenaza de que en caso de no cumplir tal acuerdo se le enviaría a la cárcel<sup>70</sup> directamente con la firma

<sup>67</sup> Mujer indígena participante en talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p. 113.

<sup>68</sup> Buen vivir en quichua.

<sup>69</sup> Mujer indígena participante en talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p. 114.

<sup>70</sup> Esta práctica ha sido implementada en Colombia por el Cabildo Mayor y el Consejo de Justicia del Pueblo Inga de Aponte quienes resolvieron que la sanción a dos de sus integrantes acusados de delitos de violación el primero y de violencia intrafamiliar e intento de asesinato el segundo sería de seis años de cárcel por la gravedad de las infracciones. La Corte Constitucional al resolver la tutela propuesta por la máxima autoridad de este pueblo indígena, ordenó que se reciba a los integrantes de la comunidad en el Centro Penitenciario de Pasto, lo cual había sido inicialmente negado por las autoridades carcelarias. Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1026/08, [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).

del presidente de la comuna, resultó efectiva para que no se repitieran los actos de violencia<sup>71</sup>.

Al parecer ha habido casos en los que esta amenaza se ha concretado al decir de una funcionaria de la Comisaría de la Mujer "(...) he tenido el apoyo de la FONAKISE a través de los derechos humanos, quienes por peticiones y oficios a la señora comisaria han solicitado, de que a tal persona por ser reincidente se le sancione y se le aplique el máximo de la pena. ¿Por qué? Porque dentro de la respectiva comunidad ya hubieron reuniones, se les ha dado una nueva oportunidad, han hecho un acuerdo. Si no han cumplido ese acuerdo, en virtud de eso, han solicitado a los derechos humanos de que sea la justicia, en este caso estatal, la que se aplique y se le sancione a esa persona"<sup>72</sup>.

Al respecto creo que es aplicable a estos casos lo planteado por Julio César Trujillo, "[t]odos los conflictos, cualquiera sea la materia y cualquiera la importancia son de competencia de la autoridad indígena, salvo aquellas para las que la misma autoridad indígena competente decline su competencia y las remita al juez estatal"<sup>73</sup>.

Ahora bien, al parecer las mujeres indígenas en el Ecuador son actoras importantes del fenómeno jurídico que Boaventura de Sousa Santos denomina inter-legalidad y que designa la multiplicidad de los estratos jurídicos y de las combinaciones entre ellos que caracterizan al mundo de la vida y que muestra que las personas y grupos sociales tienen como referente diferentes ordenamientos jurídicos, por ejemplo el estatal, el consuetudinario, el comunitario local, el global de acuerdo con las situaciones y los contextos específicos<sup>74</sup>.

71 Mujer indígena participante en talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.* p. 111-112.

72 Funcionaria de la Comisaría de la Mujer y la Familia, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *Ibid.*, p. 93.

73 Julio César Trujillo, "Plurinacionalidad y justicia indígena", *Derechos del Pueblo*, No. 171, Quito, CEDHU, junio de 2009, p. 5.

74 Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo de Hombre Editores, 2001, p. 133.

#### 4.4. Mujeres indígenas organizadas y conciencia de género

Mujeres indígenas organizadas interrogan los efectos de las normas ancestrales y la falta de vigencia efectiva de varios principios del mundo indígena en la vida cotidiana de las comunidades.

Nosotras que estamos agrupadas en la red de mujeres indígenas del Chimborazo (...) Preguntamos: ¿cuáles son las normas o tradiciones ancestrales? Nosotros aún no hemos podido sentarnos a conversar cuáles estas normas o creencias ancestrales y si serán buenas o malas. (...) Creo que deberíamos pensar y repensar las mujeres indígenas, cuáles son las costumbres buenas, cuáles son las malas (...) por que la mayoría de costumbres originarias se han perdido, por ejemplo la solidaridad. Este concepto de la complementariedad es un término bien bonito, para mi es bien hermoso, pero en la práctica no es así<sup>75</sup>.

El siguiente testimonio, muestra en nuestro criterio, formas de organización que crean conciencia de género y que desde el compartir experiencias busca superar relaciones inequitativas y generar propuestas.

A veces cierto es, me han dicho a mi mismo, las mujeres o los que tienen tiempo están andando para estar criticando a los hombres. No es que las mujeres andamos criticando ni quejando sino nuestra vivencia en el campo debemos compartir, debemos de ser en donde quiera, por que nosotros ya no debemos estar calladas. En todo ámbito, cualquier forma que haiga discriminación, no debemos estar calladas eso debería ser esclarecido en cualquier lado, en cualquier parte, para que nos respeten para que haiga igualdad<sup>76</sup>.

Encontramos también testimonios de que cuando ni la justicia estatal ni la justicia indígena responden frente a la violencia que sufren las mujeres por parte de sus parejas, las mujeres indígenas organizadas se juntan y hacen sentir su fuerza y unidad para exigir soluciones.

75 Mujer indígena participante en los talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p. 40.

76 Mujer indígena participante en los talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p. 40.

Hubo otro maltrato de un evangélico que no era borracho, era sano, que había pegado a la pobre mujer. La mujer estaba con unos ojos hecho pedazos, la sangre por todo lado y bajamos nosotros primeramente a avisar al comisario, al teniente y no había estado ahí nadie. Había dicho que está con vacaciones, que ha de venir al tercer día, que no sé cuando. Dijimos, bueno hasta eso que va a pasar el hombre, va a estar tranquilo y la pobre mujer decía que ya no quiere volver a la casa que le da miedo entrar a esa casa. Nosotros qué hicimos es ir a la una de la mañana a coger al marido que estaba durmiendo. Ahí entre unas sesenta mujeres le cogimos en la cama dijimos: bueno ven acá, queremos hablar ¿por qué? usted maltrató así y él decía que no, o sea el decía que no recuerda cómo le pegó. Bueno ya justificaba de esa forma, entonces en eso nosotros dijimos, si nosotros pegamos va a ser malo, más bien traigamos al papá del hombre, entonces vino el papá. Le dijimos verás venimos por que él ha pegado, así a la pobre mujer y ella no es botada por parte de la organización de mujeres<sup>77</sup>.

Ciertamente el discurso de derechos asociado al conocimiento y referencia a los derechos humanos de las mujeres reconocidos tanto en la normativa constitucional y legal<sup>78</sup> como en tratados internacionales de derechos humanos es un dispositivo que fortalece la mayor participación de las mujeres en asuntos de interés comunitario y nacional<sup>79</sup>. Varias de las mujeres indígenas participantes en los talleres de diálogos hacen referencia a la CEDAW<sup>80</sup>, el Convenio 169<sup>81</sup> y la Declaración de Pueblos Indígenas<sup>82</sup> como una suerte de respaldo que legitima su discurso y su rol de liderazgo. Inclusive una de las mujeres líderes

77 Líder indígena participante en los talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.* p. 79-80.

78 Sobre todo respecto a la Ley 103 sobre Violencia contra la mujer y la familia.

79 Cristina Cucurí, "El acceso de las mujeres indígenas a la justicia en la nueva Constitución del Ecuador" en Miriam Lang y Anna Kucia, comp., *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009, p. 132-135.

80 La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Por sus siglas en inglés conocida como CEDAW.

81 El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes.

82 La Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas.

de Chimborazo relata<sup>83</sup> que el apoyarse en esta normativa internacional contribuyó a que la Asamblea Constituyente incluyera en la normativa constitucional<sup>84</sup> disposiciones específicas sobre la protección de los derechos humanos de las mujeres en la justicia indígena así como la garantía de su participación como autoridades indígenas<sup>85</sup>.

En todo caso parecería confirmarse lo que afirma Pequeño, "[l]os procesos de organización de las mujeres, así como el acceso a talleres, cursos y capacitaciones en derechos humanos y derechos de las mujeres parecieran ponerlas en un nuevo pie de lucha: les permite defender su integridad y exigir respeto. Lo interesante es que, pese a apelar a una lógica universalista y eurocentrista, el discurso de los derechos se torna en una herramienta estratégica para defenderse, sin sentir, por lo menos aparentemente, que se está transgrediendo de manera completa el orden comunitario"<sup>86</sup>.

Al respecto me parece importante apuntar que el conocimiento y uso por parte de mujeres indígenas de instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres y/o de la normativa nacional de protección contra la violencia contra la mujer y la familia o las iniciativas de poner por escrito reglamentos, leyes o estatutos de los pueblos indígenas que incluyan la protección contra la violencia y discriminación a las mujeres, no deberían ser considerados *per se* como una adhesión al discurso eurocentrista de derechos humanos y una traición a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Me parece que estas prácticas

83 Líder indígena participante en talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.* p. 69.

84 La invocación de instrumentos internacionales de derechos humanos para lograr la inclusión de derechos en la normativa constitucional ha demostrado ser una estrategia muy efectiva en el caso de Ecuador. Lo podemos constatar tanto en la Asamblea Nacional de 1998 como en la Asamblea Constituyente de 2007-2008, por ejemplo en el caso del reconocimiento de derechos humanos de las mujeres, pueblos indígenas y afrodescendientes, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, etc. Para el caso del reconocimiento de derechos sexuales en el Ecuador revisar Judith Salgado, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Quito, UASB / ABYA YALA, 2008.

85 Ver Art. 171 y Art. 57 numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador.

86 Andrea Pequeño, "Violencia de género y mecanismos de resolución comunitaria en comunidades indígenas de la sierra ecuatoriana", en Miriam Lang y Anna Kucia, comp., *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009, p. 87.

#### 4.5 ¿Recomponer la dualidad complementaria?

Nos parece destacable que en los talleres de diálogos, en varias ocasiones las mujeres indígenas insistieron en la necesidad de involucrar a los varones de sus comunidades en su lucha a favor de la equidad de género. Creemos que esto puede estar asociado al principio de la dualidad complementaria como parte de la sabiduría indígena y que hace referencia a una forma particular de entender la realidad, la presencia de un polo opuesto implica necesariamente la presencia del otro, los opuestos resultan ser complementarios y no contradictorios (hari-warmi; chiri-cunu; tuta-puncha; Inti-killa<sup>88</sup> entre otros). El principio de dualidad complementaria significa el compartir y la posibilidad de encontrar un nuevo elemento producto de la complementación del par primordial<sup>89</sup>.

Constatamos que para muchas mujeres indígenas organizadas la presencia y participación de los varones de sus comunidades en la superación de formas de violencia y discriminación de género es indispensable. Se proponen, tanto lograr transformaciones en las relaciones con sus maridos que apuestan por responsabilidades compartidas en las labores de la casa y las de liderazgo, como crear espacios acompañados de capacitación y evaluación de la situación en sus comunidades<sup>90</sup>. Los siguientes testimonios reflejan esta posición.

¿Por qué solo las mujeres tenemos que capacitarnos y los hombres nada? (...)

Yo veía por ejemplo en Saraguro. Nos fuimos a un encuentro de intercambio de experiencias. Ahí solo las mujeres decían que nunca a los hombres hay que permitir que entren por que ellos ya se capacitan, ya están ellos andando por todo lado. Había una mamita que dijo: vean mu-

impulsadas básicamente por las mujeres indígenas organizadas muestran esa posibilidad de aprender de otras culturas y sistemas normativos y tomar aquello que cobra sentido precisamente para enriquecer su propia cultura, sistema jurídico y de justicia. Más aún considerando el posicionamiento subalterno de la mayor parte de mujeres al interior de los pueblos indígenas (al igual que en la mayor parte de culturas y sociedades occidentales). Pienso además que estas prácticas se inscriben en la lógica alternativa impulsada por varias mujeres indígenas en América Latina que tal como lo reseñé en párrafos anteriores combina la lucha por el reconocimiento y respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a ejercer sus formas de justicia en base a su normativa propia y la lucha porque la justicia indígena se transforme para brindar una efectiva protección a las mujeres contra la violencia y discriminación al interior de sus comunidades, tarea que en general aún está pendiente.

Esta afirmación se ve confirmada por la Declaración del Encuentro Internacional de Mujeres Indígenas en Quito-Ecuador del 24 al 28 de octubre de 2008 que entre sus recomendaciones incluye las siguientes:

Exigimos que se fortalezca el sistema de justicia ancestral en nuestros países y que se reconozcan sus resoluciones por parte de la justicia ordinaria. Pedimos que los estados tomen las medidas adecuadas para garantizar el desenvolvimiento institucional de la justicia ancestral. No se trata de crear nuevas estructuras judiciales paralelas a las tradicionales en las comunidades con el objetivo de fortalecer el acceso a la justicia, tales como mediadores comunitarios, juzgados comunitarios, etc., sino de reconocer las competencias, jurisdicción y sabiduría de las autoridades indígenas que han mediado y resuelto conflictos tradicionalmente.

Al mismo tiempo, exigimos que las autoridades indígenas responsables de la aplicación de la justicia ancestral revisen las formas de resolución de casos de violencia contra las mujeres, incluyendo violencia física, psicológica, sexual, pago de alimentos, adulterio, conflictos de herencia, acceso a la tierra e impedimentos de la participación de las mujeres, y hagan partícipes a las mujeres indígenas organizadas en este proceso<sup>87</sup>.

87 Declaración del Encuentro Internacional de Mujeres Indígenas en Quito-Ecuador, en Miriam Lang y Anna Kucia, comp., *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009, p. 242.

88 En quichua: hombre-mujer; frío-calor; noche-día; sol-luna.

89 Universidad Intercultural Amawtay Wasi, *Aprender en la Sabiduría y el Buen Vivir*, Quito, Universidad Intercultural Amawtay Wasi / UNESCO, 2004, p. 166.

90 Un ejemplo de implementación de esta propuesta es la experiencia de promotoras y promotores del buen trato impulsada por la Asociación de Mujeres de la Nacionalidad Kichwa de Sucumbios (AMKISE). Rosa Andi y Gilberto Grefa, "La ley del buen trato y los promotores del buen trato en la amazonía ecuatoriana", en Miriam Lang y Anna Kucia, comp., *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009, p. 142-146.

eres si nosotros estamos solo nosotros preparándonos y los hombres no van a entender eso, tiene que ellos también estar ahí junto con las mujeres, para que vean lo que conversamos y lo que sentimos, los hombres cogen eso y es verdad que va a haber cambios. (...)

También nosotros en las parroquias estamos haciendo eso compañeras, de ya no solamente que los talleres sean con las mujeres, sino también hemos estado haciendo cada dos meses un intercambio de experiencias hombres y mujeres, para que compartamos cómo está la situación<sup>91</sup>.

Pero quizá en estas aspiraciones y propuestas la complementariedad no se basaría en polos opuestos rígidos sino en la posibilidad de movilidad entre ellos para compartir roles sobre la base de un respeto y valoración mutuo.

Cabría mirar en este punto el nexo de estas propuestas con las de mujeres mayas que “impulsan un trabajo reflexivo, buscando retomar desde sus matrices culturales formas diferentes para pensar las relaciones entre hombres y mujeres (en las que) el reto es recomponer esa complementariedad, que en el momento actual se encuentra fragmentada como efecto mismo de la colonización y la modernidad”<sup>92</sup>.

Eugenia Choque plantea dos observaciones en cuanto al concepto aymara y quechua de complementariedad (*chacha-warmi*)<sup>93</sup>, la primera es que una cosa son los principios y otra las prácticas y que esta visión desconoce la realidad cotidiana en la que la complementariedad puede significar el reconocimiento de la importancia económica de la mujer pero también su subordinación política, puede crear equidad en el nivel simbólico pero restringir a la mujer a un rol pasivo en el ámbito público. La segunda es que el trabajo de las mujeres indígenas no radica en desechar el concepto de *chacha-warmi*, sino re-significarlo eliminando en la práctica la jerarquía que se esconde detrás de la complementariedad<sup>94</sup>.

91 Mujeres indígenas participantes en los talleres de diálogos, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p. 75.

92 María Teresa Sierra, *op. cit.*, 20.

93 Hombre-mujer en aymara.

94 Eugenia Choque Quishpe, *Chacha warmi. Imaginarios y vivencias en El Alto*, en Cecilia Enríquez, edit., La Paz, Nuevo Periodismo Editores, 2009, p. 36, citada por Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado...*, p. 164.

Sin duda se trata de un enorme reto que en palabras de Boaventura de Sousa Santos implica “transformar la cultura propia sin depreciarla o sustituirla por otra, y así contribuir a enriquecer el patrimonio político-cultural de la lucha feminista global hasta ahora dominada por concepciones eurocéntricas y liberales”<sup>95</sup>.

## 5 Conclusiones

En el presente trabajo recurrimos a la categoría de género y a métodos feministas de análisis del derecho para mirar la relación entre justicia indígena y estructuras patriarcales. Anotamos que los feminismos antiesencialistas de género, particularmente el feminismo poscolonial o descolonizador, aporta mejores posibilidades para la lucha de mujeres indígenas tanto por el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas – entre ellos el de crear y aplicar su propio derecho y formas de administración de justicia – como por el cuestionamiento de aquellas normas propias que violentan los derechos humanos de las mujeres indígenas.

Sostenemos que en las relaciones familiares de las comunidades a las que pertenecen las personas entrevistadas y las participantes en los talleres de diálogos prevalece aún una división de roles de género en la que las mujeres asumen la responsabilidad reproductiva (crianza de hijos/as y trabajo doméstico). En cuanto a responsabilidades productivas estas se asocian más con los varones si bien las mujeres incursionan también en actividades productivas como la crianza de animales, labores de siembra y de confección de ropa, entre otras. Tanto hombre como mujeres realizan además labores de carácter comunitario (participación en mingas y en cargos de liderazgo).

Si bien los puestos directivos de mayor autoridad aún tienen un predominio masculino constatamos tanto una motivación de las mujeres indígenas por asumir cargos directivos como una mayor presencia femenina en el liderazgo comunitario. En el caso de la comunidad de La Toggla evidenciamos una alta valoración y respeto al liderazgo y contribución de las mujeres a su comunidad, llegando inclusive al nombramiento

95 *Ibid.*, p. 164.

de una Comisión Administración de Justicia Indígena integrada por tres mujeres. Este logro, sin embargo de ser matizado por el contexto de debilidad de la Administración de Justicia en dicha comunidad.

Las mujeres de comunidades indígenas participantes en los talleres de diálogos dan cuenta de mayores dificultades en el acceso a puestos de liderazgo tanto por la oposición en algunos casos incluso muy violenta de los varones (muchas veces los maridos) como por la censura que reciben las mujeres que incursionan en estos cargos por descuidar sus labores reproductivas. El rol reproductivo también es ubicado como un impedimento para la participación de mujeres de la comunidad de La Toglla aunque no aparece la oposición de sus parejas.

Las mayores movibilidades en los roles de género rígidos se dan por parte de las mujeres que incursionan en roles y actividades considerados masculinos mientras que es realmente mínima la movilidad en sentido contrario, es decir la incursión de los varones en roles y actividades considerados femeninos. Al parecer esa doble identidad de las mujeres indígenas (mujer-madre-cuidadora y mujer-guerrera-confrontadora) rompe con la visión occidental de las identidades de género.

No obstante, cabe destacar que encontramos ya en algunos casos puntuales transformaciones en las relaciones de pareja que dan cuenta de una responsabilidad más compartida de las labores reproductivas y las de participación y liderazgo. En aquellas experiencias también los varones cruzan fronteras de roles de género tradicionales.

La violencia contra las mujeres al interior de las comunidades indígenas de las que son parte las personas entrevistadas y las mujeres participantes en los talleres de diálogos es generalizada y se expresa sobretodo en violencia en las relaciones de pareja pero también a través de diversas formas de violencia sexual. La naturalización de la violencia contra las mujeres expresa formas extremas de androcentrismo como son: la ginopia al invisibilizar este problema o restarle importancia y la misoginia al "justificar" y/o aceptar resignadamente la violencia contra las mujeres siempre que se quebrantan roles de género incluyendo el ejercicio de la sexualidad de las mujeres.

Algunos casos relatados por las personas entrevistadas y/o participantes en los talleres de diálogos dan cuenta de cómo la justicia indí-

gena generalmente reproduce las estructuras patriarcales vigentes. Constatamos por ejemplo, el doble parámetro en el caso de la infidelidad entre cónyuges; la insensibilidad de género y el familismo en los conflictos familiares a través de la violencia contra la mujer y en los casos de separaciones. Encontramos también casos puntuales en los que la justicia indígena brinda protección a las mujeres contra la violencia ejercida por su pareja. En estos casos el rol de las mujeres indígenas organizadas es clave y contribuye sin duda a confrontar las estructuras patriarcales.

Apreciamos un uso estratégico por parte de las mujeres indígenas organizadas del discurso de los derechos humanos de las mujeres y de los pueblos indígenas. Este conocimiento y su invocación se convierten en un dispositivo para apuntalar su incidencia política a nivel nacional y local y el cuestionamiento a relaciones de poder asimétricas.

La movilidad entre la justicia indígena y la justicia estatal para procesar conflictos en los que las mujeres indígenas se encuentran involucradas, especialmente en el caso de ser víctimas de violencia doméstica, muestra la vigencia del fenómeno de inter-legalidad.

Creemos que el elemento simbólico del principio de dualidad complementaria como parte de la sabiduría indígena constituye un referente fundamental que no puede ser soslayado al relacionar el derecho y la justicia indígena y el género. En efecto, este principio está presente para reclamar directamente su falta de vigencia práctica y la necesidad de su recuperación; para enfatizar la importancia del involucramiento de los varones indígenas en la superación de la violencia y discriminación contra las mujeres en sus comunidades; para apostar por roles de género compartidos por hombres y mujeres. Quizá el ahondar en la investigación de este último punto sea un camino indispensable para entender de manera más amplia la relación entre justicia indígena, poder y género.

## Bibliografía

Anzaldúa Gloria, "Movimientos de rebeldía y las culturas que traicionan", en bell hooks et al, *Otras inapropiables*, Madrid, edición Traficantes de sueños, 2004.

Barlett Katharine, "Feminist legal methods" en Harvard Law Review, vol. 103, No. 4, 1990.

Bonilla Marcelo y Diego Yela, *Información sistematizada de los diálogos*, Proyecto Diálogo de saberes sobre los mecanismos y formas de resolución de la violencia contra las mujeres indígenas: Los casos de las provincias de Imbabura, Chimborazo y Sucumbíos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.

Butler Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

Castellanos Gabriela, "Sexo, género y feminismo: tres categorías en pugna", en Patricia Tovar Rojas, edit., *Familia, género y antropología. Desafíos y transformaciones*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 2003.

Facio Alda, "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal", en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / UNIFEM / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.

Franco Rocío y María Alejandra González, *Serie Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Volumen 3: Las mujeres en la justicia comunitaria: Víctimas, sujetos, actores*, Lima, IDL, 2009.

Hernández Aída, "Re-pensar el multiculturalismo desde el género. Las luchas por el reconocimiento cultural y los feminismos de la diversidad", *La Ventana No. 18*, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2003.

Jaramillo Isabel Cristina, "La crítica feminista al derecho", en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.

Lang Miriam y Anna Kucia, comp., *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009.

McDowell Linda, *Género, identidad y lugar Un estudio de las geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1999.

Moller Okin Susan "¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?" en Joshua Cohen, Matthew Howard, and Martha C. Nussbaum, Editores, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999. Traducido por María Cristina Irurita Cruz. Revisado por la Profesora Gabriela Castellanos Doctorado en humanidades, Universidad del Valle, Octubre de 2006.

Salgado Judith, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en el Ecuador*, Quito, UASB / ABYA YALA, 2008.

\_\_\_\_\_, "Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad", en Carlos Espinosa Gallegos- Anda y Danilo Caicedo Tapia, edit., *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Scott Joan, "El género: Una categoría útil para el análisis histórico, en Marta Lamas, comp., *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003.

Sousa Santos Boaventura, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Universidad de Los Andes/Siglo de Hombre Editores, 1998.

\_\_\_\_\_, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Quito, ABYA YALA, 2010.

Sousa Santos Boaventura y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

Trujillo Julio César, "Pluralismo jurídico en el Ecuador" en Fernando Flores Giménez, coord., *Constitución y pluralismo jurídico*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

\_\_\_\_\_, "Derechos colectivos de los pueblos indígenas. Conceptos generales", en Angélica M. Bernal, comp., *De la exclusión a la participación: Pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, ABYA YALA, 2000.

# Populações tradicionais e meio ambiente: espaços territoriais especialmente protegidos com dupla afetação

Leandro Mitidieri Figueiredo

Procurador da República, ex-Procurador Federal, ex-Chefe da Procuradoria Regional do INCRA no Rio de Janeiro. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Pisa e Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB).

## Introdução

O Brasil é um país de graves conflitos, graves conflitos nas cidades e graves conflitos no campo.

Há cerca de 500 anos, quando a esquadra de Pedro Álvares Cabral ancorou em frente à foz do Rio Cahy, no Município de Prado, na Bahia, o Brasil era praticamente uma grande floresta, habitada por populações tradicionais, os índios.

De lá para cá, a colonização, partindo do litoral em direção aos sertões, dizimou grande parte dessa população, assim como devastou enorme parte dos biomas encontrados. Onde não chegaram a colonização e o modelo econômico adotado, favorecedor do latifúndio e do agronegócio em larga escala, subsistiram as áreas com natureza e povos originários, além de outras populações tradicionais não inseridas na sociedade hegemônica.

O processo de avanço da sociedade hegemônica não parou. A fronteira agrícola, a mineração e grandes empreendimentos energéticos continuam a pressionar as populações tradicionais e o meio ambiente. Esse é o cenário bem conhecido da nossa zona rural, ao qual deve se acrescentar o conflito entre o latifúndio e os pequenos trabalhadores rurais.

Mas a questão consegue ficar um pouco mais complexa. Ao invés de unidos frente ao inimigo comum, há quem enxergue populações tradicionais e meio ambiente como elementos dissociados e incompatíveis, representando um ameaça ao outro.

A questão exsurge de fenômeno que deveria ser considerado absolutamente natural, qual seja, a sobreposição entre terras indígenas ou quilombolas e unidades de conservação, principalmente as de proteção integral, bem como a presença de outras comunidades tradicionais no interior dessas áreas protegidas.

## 1 Populações tradicionais

### 2.1 Considerações gerais

O conceito de comunidades tradicionais é relativamente novo, tanto na esfera governamental quanto na esfera acadêmica ou social. A expressão comunidades ou populações tradicionais surgiu no seio da problemática ambiental, no contexto da criação das unidades de conservação, para dar conta da questão das comunidades tradicionalmente residentes nestas áreas.

São chamadas tradicionais por manterem muitos aspectos culturais seculares e praticarem, sobretudo, a agricultura ou pesca voltada à subsistência<sup>1</sup>.

A Lei n. 11.284/2006, que dispõe sobre gestão de florestas públicas para a produção sustentável, equipara comunidades locais a populações tradicionais e outros grupos humanos, conceituando-os como grupos “organizados por gerações sucessivas, com estilo de vida

<sup>1</sup> SANTOS, 2008, p. 5.

relevante à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica” (art. 3º, inc. X).

A Lei n. 11.428/2006 – Lei da Mata Atlântica – define população tradicional como “população vivendo em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental” (art. 3º, inc. II).

Para o Decreto n. 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, enfatizando o acesso aos territórios tradicionais e aos recursos naturais, povos e comunidades tradicionais são entendidos como “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (art. 3º, inc. I).

Segundo estimativas do antropólogo Alfredo Wagner Berno de Almeida, os povos e comunidades tradicionais somam aproximadamente vinte e cinco milhões de pessoas e ocupam cerca de um quarto do território nacional. Essas estimativas incluem povos indígenas, comunidades quilombolas e seus territórios tradicionais, muitas dessas terras ainda não regularizadas, intrusadas e degradadas<sup>2</sup>.

É preciso se ter em conta que, não obstante o elemento da tradicionalidade, todos os povos têm direito de se desenvolver. No âmbito dos direitos humanos, em meio à batalha ideológica entre os direitos civis e políticos – herança liberal patrocinada pelos Estados Unidos – e os direitos econômicos, sociais e culturais – herança social patrocinada pela então União Soviética –, o chamado Terceiro Mundo propôs direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento<sup>3</sup>.

Assim, para a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, o desenvolvimento compreende um processo econômico, social, cultural e

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/portal/comunicacao/noticias/4-geral/3120-comunidades-tradicionais-ja-estao-na-web.html>>. Acesso em: 2 fev. 2013.

<sup>3</sup> PIOVESAN, 2010, p. 138.

político, com o objetivo de assegurar a constante melhoria do bem-estar da população e dos indivíduos, com base em sua ativa, livre e significativa participação nesse processo, orientada pela justa distribuição dos benefícios dele resultantes<sup>4</sup>.

## 2.2 Índios

Os índios são populações tradicionais que se estabeleceram no Brasil há cerca de onze ou doze mil anos. Hoje já se sabe que na confluência dos rios Negro e Solimões, assim como no Alto Xingu, existiram conglomerados humanos altamente desenvolvidos. As estimativas dão conta de dois a cinco milhões de índios quando da chegada dos portugueses ao Brasil, sendo registrado um total de mil e quatrocentas etnias. Hoje são cerca de seiscentos mil índios e duzentas e vinte e cinco etnias<sup>5</sup>.

O direito dos índios às suas terras é um direito constitucional fundamental. O fundamento jurídico e histórico do direito dos índios é a ocupação originária, tradicional e imemorial de suas terras. As terras indígenas são bens públicos federais, sendo reconhecida a “posse” permanente e o “usufruto” exclusivo dos índios sobre elas, ficando a União como nua-proprietária (arts. 20, inc. XI, e 231, § 2º, CR). Os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, não gerando indenização, salvo quanto às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé.

O traço da originalidade do direito dos índios foi apontado pelo Supremo Tribunal Federal, que ressaltou a anterioridade em relação a outros direitos, até mesmo em relação ao nascimento das unidades federadas:

Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas”.

[...]

4 Ibidem, p. 139.

5 KAYSER, 2010, p. 45-47.

DIREITOS “ORIGINÁRIOS”. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF)<sup>6</sup>.

A *posse* e o *usufruto* dos índios sobre suas terras não se identificam com os institutos tradicionais civilistas, não se aplicando a eles a disciplina comum dos Direitos Reais do Código Civil e da proteção possessória do Código de Processo Civil. Trata-se de posse e usufruto tradicionais, institutos de Direito Constitucional, como bem fixou o Supremo Tribunal Federal no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol:

O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA<sup>7</sup>.

## 2.3 Quilombolas

Uma das ideias em prol da conclusão do processo inacabado da abolição e reparação da dívida histórica na questão do negro no Brasil foi o reconhecimento da propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras.

O direito de propriedade das populações não integradas na comunhão nacional sobre as terras que tradicionalmente ocupam já era reconhecido pelo artigo 11 da Convenção n. 107/1957 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto n. 58.824/1966, sendo certo que, à época, uma vez aprovados pelo Poder Legislativo,

6 Pet 3388 / RR, min. CARLOS BRITTO, 19.3.2009 – caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

7 Ibidem.

os tratados e convenções internacionais ingressavam no ordenamento jurídico pátrio com *status* de lei (art. 74, alínea *d*, da Constituição da República de 1937).

Proposta do Movimento Negro à Assembleia Nacional Constituinte, convertida no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988, tal direito apenas foi contemplado com efetividade após sua regulamentação, contida ao máximo pelas forças conservadoras da elite brasileira. Primeiramente, adveio o tímido Decreto n. 3.912/2001 e depois veio a lume o Decreto n. 4.887/2003.

O direito de propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras é um direito constitucional fundamental, necessário para assegurar existência digna, livre e igual. É direito coletivo conferido em função da qualidade da comunidade de remanescente de quilombos. Nesse diapasão, o título da propriedade somente pode ser coletivo e *pro indiviso*. O direito também é inalienável, indisponível, imprescritível e impenhorável (art. 17 do Decreto n. 4.887/2003), à semelhança do que ocorre com as terras indígenas (art. 231, § 4º, CR).

A norma do art. 68 do ADCT emana do poder constituinte originário, que é ilimitado, incondicionado e primário, ou seja, que tudo pode. Essa norma tem o condão de reconhecer a propriedade das terras, sendo o processo administrativo e eventualmente o judicial declaratórios deste direito, com efeitos retroativos (*ex tunc*). Nesta linha, a posse da comunidade, mesmo antes de concluída a regularização, é de boa-fé e com base em justo título, fundada no direito de propriedade, o que a protege de demandas tanto possessórias como reivindicatórias. O reconhecimento da propriedade da comunidade, traço peculiar desse direito, também equivale a uma aquisição originária para todos os efeitos civis, suplantando quaisquer direitos anteriormente adquiridos pelos remanescentes com base nos mesmos fundamentos, como o reconhecimento de "Terras de Preto"<sup>8</sup>.

Nada obstante, prevaleceu no âmbito federal o entendimento da necessidade de desapropriação das áreas. Os direitos incidentes sobre terras de quilombo, se não forem nulos, não estiverem prescritos, não tiverem sofrido pronunciamento de comisso ou não tiverem perdido a eficá-

8 FIGUEIREDO, 2006, p. 57-69.

cia, serão desapropriados mediante indenização, por interesse social, com fundamento no art. 13 do Decreto n. 4.887/2003. Apesar de se tratar de desapropriação para fins de proteção do patrimônio cultural brasileiro (216, § 1º, CR), chegou-se a pensar na adoção da desapropriação para fins de reforma agrária (art. 184, CR), concluindo-se pela adoção da chamada desapropriação por interesse social genérico, com base na Lei n. 4.132/1962.

## 2.4 Outras populações tradicionais

Além dos indígenas e dos quilombolas, há uma miríade de outras comunidades tradicionais que ainda não gozam de uma proteção específica. Essa ausência de proteção específica, principalmente em relação ao reconhecimento na Constituição da República de 1988 de direitos territoriais especiais, leva alguns a entenderem que, do ponto de vista jurídico, haveria distinção entre os povos indígenas, os quilombolas e as populações tradicionais<sup>9</sup> e que estas últimas não estariam sequer abrangidas pela Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, que trata dos povos indígenas e tribais.

A verdade é que o fato de haver disciplinas jurídicas para índios, quilombolas e outras populações tradicionais não coincidentes não tem o condão de infirmar a constatação de que se tratam todos esses grupos de povos tradicionais em sentido amplo. Ainda, os povos tradicionais se enquadram perfeitamente no conceito de povos tribais contido no artigo 1º da Convenção n. 169 da OIT:

1. A presente convenção se aplica:

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

9 SANTILLI, 2004, p. 42.

situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

O critério fundamental para determinar se um grupo se enquadra na abrangência da referida convenção é a consciência de sua identidade indígena ou tribal (item 2 do artigo 1º da referida convenção).

Não se tem um rol exaustivo de comunidades tradicionais, uma vez que o processo de identificação e afirmação desses povos é algo muito dinâmico, assim como o próprio conceito de tradicionalidade. Podem-se citar alguns exemplos.

Ribeirinhos, espalhados por quase todo o território nacional, vivem em regiões de várzea (áreas alagáveis, próximas do rio) e possuem um modo de organização e reprodução social baseado na constante interação com o rio e determinado pelo regime hidrológico (mudanças no volume das águas) e pelos recursos que ele oferece.

Quebradeiras de coco-babaçu localizam-se nos Estados do Maranhão, Piauí, Pará e Tocantins e têm no fruto a garantia do sustento de suas famílias, realizando a extração da amêndoa com o machado. O babaçu ainda dá origem ao azeite, ingrediente indispensável na alimentação do lavrador.

Seringueiros, castanheiros e coletores de frutos, sementes, erva medicinale, óleos e resinas vivem dentro da floresta, em pequenas clareiras chamadas “colocações”, onde estão a moradia, o roçado e a criação doméstica. Os seringais geralmente ficam perto da moradia, os castanhais, mais distantes. Como regra, cada extrativista vive distante do outro por essa causa da baixa densidade natural das espécies que utilizam.

Faxinalenses são comunidades rurais que se estabeleceram no centro-sul do Paraná e que se constituíram historicamente como mecanismo de autodefesa do campesinato local. Possuem formas peculiares de apropriação do território tradicional, baseadas no uso comunal das áreas de criadouros de animais, recursos florestais e hídricos e no uso privado das áreas de lavoura, onde é praticada a policultura alimentar de subsistência com venda de pequeno excedente.

Exemplo de populações tradicionais na pesca são os caiçaras, que vivem na zona litorânea do País, com maior representatividade nas

regiões Sul e Sudeste; as marisqueiras, grupos de mulheres que realizam de forma artesanal a coleta de mariscos (moluscos e crustáceos) presentes nos manguezais e bancos de areia; e os pantaneiros, habitantes tradicionais da região do Pantanal.

Podemos ainda mencionar os ciganos, que são um conjunto de populações nômades de origem indiana e língua originária do noroeste do subcontinente indiano, o romani; e os povos de terreiro que guardam o legado cultural afro e irradiam tal cultura na formação do País.

As relações com a terra e com a natureza variam de acordo com a comunidade tradicional, o que deve ser enxergado pelo Direito. Assim é que a propriedade coletiva se aplica aos quilombolas; o uso comum temporário, mas repetido em cada safra, às quebradeiras de coco babaçu; o uso coletivo aos faxinalenses; e o uso comum e aberto dos recursos hídricos e outras outorgas de uso aos ciganos.

### 3 Meio ambiente

#### 3.1 *Marco inicial do Direito Internacional Ambiental*

Apona-se como marco inicial do Direito Internacional Ambiental o caso Trail Smelter, de 1941, que trata de poluição, no qual se arbitrou que o Canadá não tinha o direito de permitir emanações de gases que afetavam propriedades ou pessoas nos Estados Unidos. Após, outros casos se seguiram em que fundamentalmente se discutia o uso de recursos naturais comuns, como o caso do Lago Lanoux, sobre o uso de rio entre França e Espanha, e outros sobre caça e pesca de baleia, atum e foca<sup>10</sup>.

#### 3.2 *Código Florestal brasileiro*

No Brasil, o Código Civil de 1916 regulava algumas questões ambientais voltado para a proteção de direitos privados na composição de conflitos de vizinhança. A matéria ambiental também permeava a legisla-

<sup>10</sup> ACCIOLY, 2010, p. 682-684.

ção que o sucedeu (Código Florestal de 1934, Código de Águas de 1934, Decreto-Lei n. 25 de 1937 sobre Patrimônio Cultural etc.).

A partir da década de 1960 é que surgem diplomas legais tratando mais diretamente do meio ambiente, como a Lei n. 5.197, de 1967, de Proteção à Fauna, o Código de Pesca, de 1967, o Código de Mineração, de 1967 etc.<sup>11</sup>.

O Código Florestal – Lei n. 4.771/1965 – faz parte desse grupo de leis inspirado pela emergência do movimento ecológico. É com esse diploma que surgem as figuras da reserva legal e da área de preservação permanente (arts. 1º, § 2º, inc. III, 2º e 3º).

Tais figuras foram praticamente dilaceradas pelo Novo Código Florestal – Lei n. 12.651/2012, em claro retrocesso ambiental, razão pela qual sua constitucionalidade foi questionada em três ações diretas de inconstitucionalidade da Procuradoria-Geral da República, ajuizadas em janeiro de 2013 (ADIs n. 4.901, 4.902 e 4.903).

### 3.3 Estocolmo 72

O aumento da poluição, a emergência da energia nuclear e inúmeras tragédias ambientais, como vazamentos de óleo nas “marés negras” no Mar do Norte, provocaram cada vez mais a abordagem do meio ambiente por outro foco que não o econômico.

Foi nesse contexto que se realizou, por proposta da Suécia, a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972. Além da preocupação em coibir ou mitigar os danos ao meio ambiente, já estavam presentes as ideias de subdesenvolvimento como ameaça ambiental, de necessidade de cooperação por parte dos países desenvolvidos e de desenvolvimento sustentável.

### 3.4 Constituição da República de 1988

A Declaração de Estocolmo inspirou nossa Constituição da República de 1988, tendo ela entabulado o direito ao meio ambiente eco-

<sup>11</sup> MILARÉ, 2009, p. 799-800.

logicamente equilibrado, com seu caráter intergeracional, como direito fundamental difuso.

Surge a disciplina dos espaços territoriais especialmente protegidos que, criados mediante lei ou ato administrativo, somente podem ser alterados ou suprimidos por meio de lei (art. 225, § 1º, inc. III).

### 3.5 ECO 92

Entre 1972 e 1992, vários tratados versando sobre proteção ao meio ambiente foram celebrados. Nesse período, as tragédias ambientais se transformaram em verdadeiras catástrofes, como a utilização do “agente laranja” na Guerra do Vietnã, explosões de fábricas em Bhopal, na Índia, e na Basileia, na Suíça, acidente nuclear em Chernobyl e vazamento de petróleo no Alasca<sup>12</sup>.

Tema também de grande relevância era o desenvolvimento sustentável, abordado no Relatório Brundtland, preparado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente, em 1987. Tal tema influenciou sobremaneira a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992, no Rio de Janeiro. Dela resultou a Agenda 21, a Declaração de Princípios sobre as Florestas e a Declaração de Princípios sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, todos documentos não vinculantes (*soft law*) e carregados de uma visão social, econômica e humana da questão ambiental, tratando, inclusive, das populações tradicionais.

### 3.6 SNUC

A primeira área formalmente protegida de que se tem notícia no mundo é o Parque Nacional de Yellowstone, criado em 1872, nos Estados Unidos da América. No Brasil a primeira área protegida foi o Parque Nacional de Itatiaia, criado em 1937, localizado no Maciço do Itatiaia, na Serra da Mantiqueira, entre os Estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais. Todavia, só com a Constituição da República de 1988 é

<sup>12</sup> ACCIOLY, 2010, p. 686.

que são lançadas as bases para o surgimento de um sistema mais efetivo de unidades de conservação<sup>13</sup>.

Como resultado de cerca de doze anos de fluxos, refluxos e incertezas sobre o modelo de instituição e gestão dos espaços territoriais especialmente protegidos, finalmente adveio a Lei n. 9.985/2000, criando o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC).

### 3.7 RIO+20

Em junho de 2012, cerca de vinte anos depois da ECO 92, realizou-se no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS), conhecida como RIO+20, com o objetivo de discutir a renovação do compromisso político com o desenvolvimento sustentável.

Apesar de se constituir como o maior evento já realizado pelas Nações Unidas, contando com a participação de chefes de estados de 190 países, avançou-se muito pouco na temática, havendo até retrocesso em alguns pontos.

Entre as críticas à proposta do Brasil para a Rio+20 de criação de um Programa de Proteção Socioambiental Global, está a do Ministério Público Federal acerca do “silêncio eloquente no documento, a respeito das grandes propriedades rurais que suprimem e excluem as comunidades extrativistas e de produção familiar, para instalar imensas áreas de monocultura, administrada com o uso intensivo de agrotóxicos e agravada ainda mais com o uso de produtos transgênicos, criados para resistir ao veneno e não à ‘praga’.”

## 4 Sobreposição

### 4.1 Estado esquizofrênico

As populações tradicionais sofrem pressões e ameaças não só em razão da ausência do Estado e das políticas públicas mas, em muitos

<sup>13</sup> MILARÉ, 2009, p. 697.

casos, em consequência de gestão governamental, de empreendimentos públicos e atividades induzidas pelo próprio Estado.

Aponta o Atlas de Pressões e Ameaças às Terras Indígenas na Amazônia Brasileira, elaborado pelo Instituto Socioambiental (ISA)<sup>14</sup>, que “O Estado está presente na Amazônia, mas de forma esquizofrênica: enquanto tenta, a muito custo, tirar do papel ações ainda incipientes de controle do desmatamento, financia – por meio de instituições como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), outros bancos regionais e estaduais – atividades que estão destruindo a maior floresta tropical do planeta”. Tal esquizofrenia é marcante no choque entre a política ambiental e as políticas de energia, recursos minerais, agropecuária, pesca etc.

Em total despropósito, esse choque também acontece entre a política ambiental e a política relativa às populações tradicionais. A visão compartimentada de órgãos e entidades públicas ambientais enxerga a incompatibilidade entre meio ambiente e populações tradicionais.

A esquizofrenia aqui é patente, uma vez que o Estado reconhece que “Esses brasileiros originários cumprem um papel vital para a conservação da biodiversidade e das florestas no país e vêm participando ativamente, e com apoio da Funai, das discussões relativas à gestão ambiental e territorial de suas terras”<sup>15</sup>.

Como ressalta Juliana Santilli,

a articulação entre povos indígenas, populações tradicionais e conservação ambiental e a idéia de que essas populações deveriam ser consultadas e envolvidas em políticas públicas de conservação ambiental ganharam força principalmente na segunda metade dos anos 1980, a partir de iniciativas como a Aliança dos Povos da Floresta, que reunia índios, seringueiros, castanheiros e outras populações tradicionais amazônicas, cujo modo de vida estava ameaçado pela exploração predatória dos recursos naturais, provocada principalmente pela abertura de rodovias e pastagens destinadas às fazendas de agropecuária<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> CARNEIRO FILHO, 2009, p. 6.

<sup>15</sup> FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, 2012, p. 64.

<sup>16</sup> SANTILLI, 2004, p. 42.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como RIO-92, estabelece:

Princípio 22. Os povos indígenas e suas comunidades, assim como outras comunidades locais, desempenham um papel fundamental na ordenação do meio ambiente e no desenvolvimento devido a seus conhecimentos e práticas tradicionais. Os Estados deveriam reconhecer e prestar o apoio devido a sua identidade, cultura e interesses e velar pelos que participarão efetivamente na obtenção do desenvolvimento sustentável.

A Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n. 2.519/1998, prevê a preservação do conhecimento tradicional das comunidades indígenas e locais como relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica (art. 8º, alínea j).

A própria Lei n. 9.985/2000 – Lei do SNUC – trata das comunidades tradicionais como sendo fatores de preservação do meio ambiente:

Art. 20. A Reserva de Desenvolvimento Sustentável é uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica.

O Decreto n. 4.339/2002, que institui a Política Nacional da Biodiversidade, prevê que “a manutenção da diversidade cultural nacional é importante para pluralidade de valores na sociedade em relação à biodiversidade, sendo que os povos indígenas, os quilombolas e as outras comunidades locais desempenham um papel importante na conservação e na utilização sustentável da biodiversidade brasileira” (art. 2º, inciso XII).

O Decreto n. 5.758/2006, instituidor do Plano Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), estabelece em seu anexo, no subitem 1.2., inc. IX, a diretriz de “assegurar os direitos territoriais das comunidades quilombolas e dos povos indígenas como instrumento para conservação de biodiversidade”.

É o que está plasmado também na Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental das Terras Indígenas (PNGATI), cujos objetivos,

iniciativas e ações estão previstas no PPA 2012-2015, com projeto já implantado em 32 terras indígenas em todos os biomas do Brasil, com apoio do Fundo Global do Meio Ambiente (GEF) e do Ministério do Meio Ambiente<sup>17</sup>.

## 4.2 Comunidades tradicionais como fator de preservação ambiental

Estima-se que 86% das áreas protegidas da América do Sul são habitadas ou têm seus recursos utilizados pelas populações de seu entorno. Esse número permite vislumbrar a perversidade embutida no modelo de áreas protegidas que exclui populações humanas. Em outras palavras, as populações tradicionais preservam a biodiversidade de suas terras e, justamente por suas áreas possuírem biomas preservados, acabam tendo que se retirar delas<sup>18</sup>.

Uma grande dose de injustiça sempre acompanhou o estabelecimento de áreas protegidas. No reinado de Henrique II, 20% da Inglaterra foram classificadas como reservas de caça do rei (*Royal Hunts*), o que supostamente seria a raiz para o mito de Robin Hood, representante da insatisfação e resistência dos saxões às imposições das leis restritivas ao uso das terras comuns, estabelecidas pelos normandos. Hoje os planos de manejo exercem rígido controle sobre as populações tradicionais ou comunidades locais dentro de unidades de conservação, mas não previnem as formas mais intensas de degradação ambiental como resultado de projetos de desenvolvimento de larga escala, a exemplo da expansão das fronteiras agrícolas, especialmente as monoculturas de grãos destinadas à exportação, a caça ilegal de fauna ameaçada de extinção e a exploração ilegal de madeiras e outros recursos naturais dos parques, além das queimadas no seu entorno<sup>19</sup>.

Assim, salta aos olhos que a colisão entre comunidades tradicionais não ocorre no seu aspecto material. Tais povos, quando presentes em

<sup>17</sup> Santilli, 2004, p. 65.

<sup>18</sup> BENSUSAN, 2004, p. 70.

<sup>19</sup> RIOS, 2004, p. 78.

determinado ecossistema, funcionam como fator de preservação, em razão de sua relação com o meio ambiente totalmente distinta da do modelo econômico da sociedade envolvente, esse sim, verdadeiro agente nocivo.

Pode-se constatar, natural e eventualmente, atividades danosas ao meio ambiente por parte de comunidades tradicionais. Isso se dá, invariavelmente, quando tal comunidade assimila prática da sociedade envolvente, sendo certo que tal prática não encontra amparo na proteção constitucional e no direito internacional.

Em sentido contrário, os modos de viver, criar e fazer tradicionais, estes sim, sob o manto da proteção jurídica, funcionam como fator de preservação, transformando as áreas com populações tradicionais praticamente nas únicas áreas no País com biomas ainda não degradados.

Sobre a relação diferenciada com a natureza dessas populações, explica Juliana Santilli que

A enorme diversidade de ecossistemas brasileiros produziu culturas distintas, adaptadas ao ambiente em que vivem e com ele guardam íntimas relações. Tanto a diversidade biológica quanto a diversidade cultural são valores constitucionalmente protegidos, e a especial preocupação do legislador em assegurar às populações tradicionais as condições necessárias à sua reprodução física e cultural é motivada pelo reconhecimento de sua relação diferenciada com a natureza<sup>20</sup>.

É o que conclui detalhado estudo do Instituto Socioambiental sobre as terras quilombolas:

A diversidade ambiental presente nas terras quilombolas se dá em função das formas de apropriação dos recursos naturais exercida por seus integrantes como: os sistemas de manejo da flora e fauna praticado, a conservação das matas ciliares e das nascentes de água e as práticas agrícolas desenvolvidas.

É importante lembrar que as terras ocupadas pelas comunidades quilombolas possuem uma maior integridade de suas matas, as quais perfazem em média 78,25% do território reconhecido. O mesmo não ocorre com as áreas ocupadas por fazendeiros (terceiros), os quais permane-

cem com suas atividades intensivas de criação de gado e bananicultura, como se observa em quase toda a área da comunidade de Cangume, Porto Velho e Poça.

A biodiversidade mantida pelos quilombolas em suas terras contribui para a conservação da Mata Atlântica, formando um dos corredores ecológicos mais importantes de São Paulo, interligando importantes Unidades de Conservação, como Mosaico de Jacupiranga, o Parque Estadual Intervalles e o Parque Estadual Turístico do Alto Ribeira (Petar)<sup>21</sup>.

### 4.3 Mito da natureza intocada

A ideia de uma área a ser protegida de forma integral – leia-se proteção integral como “manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos seus atributos naturais” (art. 2º, inc. VI, da Lei n. 9.985/2000 – Lei do SNUC) – encontra resistência nos adeptos da tese de que a natureza intocada é um mito.

Antônio Carlos Diegues explica que:

A noção de mito naturalista, da natureza intocada, do mundo selvagem diz respeito a uma representação simbólica pela qual existiriam áreas naturais intocadas e intocáveis pelo homem, apresentando componentes num estado “puro” até anterior ao aparecimento do homem. Esse mito supõe a incompatibilidade entre as ações de quaisquer grupos humanos e a conservação da natureza. O homem seria, desse modo, um destruidor do mundo natural e, portanto, deveria ser mantido separado das áreas naturais que necessitam de uma “proteção total”<sup>22</sup>.

O mito de que a natureza é intocada cai por terra diante da constatação de que, mesmo nos *hotspots* – termo criado em 1988 pelo ecólogo inglês Norman Myers para as áreas mais importantes de preservação da biodiversidade na Terra – encontram-se vestígios de presença humana ancestral, ou seja, terra preta arqueológica (TPA):

21 SANTOS, 2008, p. 27.

22 DIEGUES, 1994, p. 45.

20 SANTILLI, 2005, p. 134.

As TPA são um tipo especial de terra, formado pelo acúmulo de detritos orgânicos em sítios de moradia e cultivo agrícola de indígenas pré-históricos. Nesses locais também são encontrados vestígios dos antigos habitantes, como cacos de cerâmica, ossos e carvão. Cientistas estimam que algumas terras pretas são muito antigas, datadas entre 100 a 450 anos antes de Cristo. Manchas de TPA são encontradas em concentrações e tamanhos variáveis em diversas regiões da Amazônia. A área de cada mancha varia muito com o local, podendo apresentar de um até cerca de 500 hectares, como na região de Santarém, no Pará. Na bacia do Xingu, existem muitas manchas de terra preta decorrentes da intensa ocupação ancestral de povos indígenas na região, geralmente localizadas próximas às beiras de rios e córregos<sup>23</sup>.

Registre-se que não se defende aqui que a ideia de proteção integral é inconcebível. Ela só não se aplica a populações tradicionais.

#### 4.4 *Socioambientalismo*

Como bem enunciou Kant, “o homem é o meio e o fim em si mesmo”. Nessa linha, alerta José Afonso da Silva que:

O ser humano é também parte da Natureza. A proteção, preservação e conservação desta são feitas em função daquele. O fim da proteção do meio ambiente não é a proteção, mas porque, na concepção constitucional, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida (art. 225)<sup>24</sup>.

Não chega a haver verdadeiro dissenso acerca da ideia de que a proteção do meio ambiente se dá em função, pelo menos em última análise, do ser humano. As formas por meio das quais se dá a proteção e como se insere o ser humano nesse processo é que geram as diferentes visões do preservacionismo, conservacionismo e socioambientalismo. O preservacionismo propugna pelo ambiente isolado, intocado, negando qualquer tipo de presença humana em áreas especialmente protegidas. O conservacionismo também tem como prioridade a proteção integral dos ecossistemas, admitindo, contudo, seu uso eventual, de

23 INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2011, p. 143.

24 SILVA, 2007, p. 254.

forma controlada e racional. O socioambientalismo resiste às duas visões anteriores, buscando a compatibilização da presença humana em áreas especialmente protegidas, reconhecendo os dados da realidade e as necessidades culturais e de sobrevivência física de determinados grupos, tendo como bandeira o desenvolvimento sustentável<sup>25</sup>.

Henyo Trindade Barretto Filho faz interessante reflexão de que no Direito e nas políticas governamentais há clara distinção entre unidades de conservação e terras indígenas, assim como os juristas, conservacionistas e indigenistas insistem que não se deve confundir esses dois institutos jurídicos, que teriam finalidades antagônicas. Nossa história mostraria, contudo, que nem sempre foi assim e que, portanto, horizontes mais integrativos poderiam ser construídos no futuro<sup>26</sup>.

É preciso ter em mente que a retirada de comunidades tradicionais das unidades de conservação, com indenização, não representa ganho efetivo para a proteção ao meio ambiente, uma vez que essa população ingressa na grande massa de miseráveis dos grandes centros, que representa a permanente pressão sobre os espaços territoriais especialmente protegidos, “pois tanto a falta quanto o excesso de desenvolvimento causam degradação ambiental”<sup>27</sup>.

A questão, para alguns, chega a colocar em xeque a própria criação da unidade de conservação: “há que se sopesar bem os benefícios que a criação da UC representam em termos de proteção ao meio ambiente, sob pena de acabar contribuindo justamente com uma piora da qualidade ambiental da região”<sup>28</sup>.

Desde a criação, em 1872, do Parque Nacional de Yellowstone, passando pela definição de parques nacionais no Terceiro Congresso Mundial de Parques Nacionais, em 1962, em Bali, Indonésia, a preocupação com as populações tradicionais só surge em 1985, com uma edição da revista da organização não governamental Cultural Survival, de feve-

25 FURRIELA, 2004, p. 64.

26 BARRETTO FILHO, 2004, p. 62.

27 LEUZINGER, 2009, p. 316.

28 DANTAS, p. 222.

reio de 1985, dedicada à defesa das populações tradicionais com o título "Parks and People". Sustentou-se que as áreas podiam conter modos de vida tradicionais, criticando-se a expulsão das populações tradicionais das áreas protegidas e afirmando-se que estas poderiam se beneficiar com a venda de produtos ou da renda gerada pelo turismo<sup>29</sup>.

Em 1986, a conferência da União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN), realizada em Ottawa, Canadá, recomendou que os povos tradicionais não deviam ter seu modo de vida alterado se decidissem permanecer na área do parque ou que não fossem reassentados fora dela sem seu consentimento<sup>30</sup>.

Identifica-se no mundo um repensar do modelo devastador para os países do Terceiro Mundo, sobretudo para as "populações tradicionais" de extrativistas, pescadores e índios, cuja relação com a natureza é diferente daquela com a qual trabalhavam os ideólogos dos parques nacionais americanos, primeiras áreas protegidas do mundo. A ideia de não retirada de populações tradicionais de unidades de conservação, optando-se pela dupla afetação, está em consonância com a tendência de superação da busca por manter incólumes os ecossistemas protegidos, em prol de se admitir o uso e manejo racionais e o desenvolvimento sustentável<sup>31</sup>.

#### 4.5 Territórios de populações tradicionais como patrimônio cultural

A Constituição da República, nos seus arts. 215 e 216, impõe ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, com a valorização e a difusão das manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, em prol da diversidade étnica e regional (art. 215).

O patrimônio cultural brasileiro é constituído pelos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, porta-

<sup>29</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>31</sup> YOSHIDA, 2006, p. 63.

dores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Entre esses bens estão as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, ficando tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216).

Não é difícil perceber que os direitos dos povos tradicionais são direitos culturais, e suas formas de expressão, seus modos de criar, fazer e viver, suas obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados a manifestações são bens culturais.

A Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), promulgada pelo Decreto n. 80.978/1977, reuniu em um mesmo documento as noções de cultura e natureza.

Sandra Cureau, com base na doutrina de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Édis Milaré e Hugro Nigro Mazzilli, afirma que meio ambiente é tudo que nos circunda, abrangendo a natureza original e a artificial, bem como os bens culturais correlatos, podendo se falar em meio ambiente natural e meio ambiente cultural<sup>32</sup>.

Nesses termos, não se pode conceber choque entre os direitos dos povos tradicionais e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre a proteção desses grupos e a proteção do meio ambiente ou entre proteção cultural e proteção ambiental, pois todos os bens em jogo pertencem ao meio ambiente.

#### 4.6 Colisão entre direitos fundamentais

##### 4.6.1 Ponderação

Se eventual sobreposição de terras indígenas ou quilombolas sobre áreas de preservação permanente ou unidades de conservação for encarada como um choque, é preciso ter bem claro que tal choque representa uma colisão entre direitos constitucionais fundamentais.

<sup>32</sup> CUREAU, 2005, p. 746.

Nessas hipóteses, não haverá outra solução que não a chamada ponderação de interesses. A ponderação (balancing) consiste em balancear e sopesar os elementos em conflito, sendo, em um caso concreto, mitigada ou preterida a proteção jurídica de um interesse em favor de outro, acabando por confundir-se com a atividade de interpretação jurídica.

A ponderação “é exatamente a alternativa à subsunção”, podendo haver nesta a aplicação concomitante de duas normas sopesadas, balanceadas ou equilibradas. A decisão da ponderação deve ser norteada pela: a) pretensão da universalidade, em que a solução a que se chega deve poder ser generalizada para todas as outras situações semelhantes, pois não amparada em convicções pessoais; b) busca da concordância prática, harmonizando-se os elementos de modo que nenhum seja totalmente excluído da solução; c) construção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo os direitos fundamentais protegidos, em alguma medida, contra soluções arbitrárias e abusivas<sup>33</sup>.

Já se pode notar que a concordância prática aqui representará as restrições necessárias para compatibilizar o direito das comunidades indígenas e quilombolas com os objetivos da unidade, mas descartando-se a realocação ou o reassentamento.

#### 4.6.2 Constituição da República

A Constituição da República, com disciplina sem precedentes em constituições anteriores, dispõe que:

Art. 231. [...]

§ 5º. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Por remoção entende-se a direta ou a indireta. Exemplo claro de remoção indireta é o caso dos Jurunas, da Terra Indígena Paquiçamba;

<sup>33</sup> BARCELLOS, 2005, p. 31.

e dos Araras, da Terra Indígena Arara da Volta Grande, que, em razão da mudança drástica das cadeias alimentar e econômica, destruição dos ecossistemas da Volta Grande do Xingu e as pressões causadas pelo fluxo migratório, tudo pela construção da Hidrelétrica de Belo Monte, ficarão impossibilitados de permanecer em suas terras<sup>34</sup>.

Já consignou o Supremo Tribunal Federal a “proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parêntese com a regra de que todas essas terras ‘são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis’”<sup>35</sup>.

#### 4.6.3 Lei do SNUC

Ocorre que, absolutamente dissociada da Constituição da República, a Lei n. 9.985/2000 – Lei do SNUC – estabelece:

Art. 42. As populações tradicionais residentes em unidades de conservação nas quais sua permanência não seja permitida serão indenizadas ou compensadas pelas benfeitorias existentes e devidamente realocadas pelo Poder Público, em local e condições acordados entre as partes.

§ 1º. O Poder Público, por meio do órgão competente, priorizará o reassentamento das populações tradicionais a serem realocadas.

§ 2º. Até que seja possível efetuar o reassentamento de que trata este artigo, serão estabelecidas normas e ações específicas destinadas a compatibilizar a presença das populações tradicionais residentes com os objetivos da unidade, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia destas populações, assegurando-se a sua participação na elaboração das referidas normas e ações. [grifos nossos]

O dispositivo legal sobredito é contraditório em si mesmo, pois determina realocação das populações ao mesmo tempo em que

<sup>34</sup> PONTES JR., 2012, p. 41.

<sup>35</sup> Pet 3388 / RR, min. CARLOS BRITTO, 19.3.2009 – caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

admite a possibilidade da compatibilização da presença com os objetivos da unidade.

Também contrariava os dispositivos vigentes à época, que previam terras indígenas como florestas de preservação permanente e o regime de exploração de recursos florestais em terras indígenas (arts. 3º, alínea g e § 2º, e 3º-A do Código Florestal – Lei n. 4.771/1965, este último artigo acrescentado pela M.P. n. 2.611-67/2001). Tais dispositivos foram revogados pela Lei n. 12.651/2012 – Novo Código Florestal. Ocorre que, afora a constitucionalidade duvidosa da revogação do antigo Código Florestal, em claro retrocesso ambiental, questionada em três ações diretas de inconstitucionalidade da Procuradoria-Geral da República, ajuizadas em janeiro de 2013 (ADIs 4.901, 4.902 e 4.903), terras indígenas e territórios quilombolas ainda são áreas protegidas, ao lado das unidades de conservação, como bem se pode extrair do Plano Nacional de Áreas Protegidas (PNAP) – Decreto n. 5.758/2006 (item 1.1, inc. IX, item 1.2, inc. XI e item 2 de seu Anexo).

#### 4.6.4 Convenção n. 169 da OIT

Como se não bastasse a flagrante inconstitucionalidade do art. 42 da Lei n. 9.985/2000 (Lei do SNUC), encontra-se ele revogado pelo artigo 16 da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, promulgada pelo Decreto n. 5.051/2004, que dispõe expressamente que:

##### Artigo 16

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

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

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

A OIT, organização internacional especializada de vocação universal<sup>36</sup>, criada pelo Tratado de Versalhes de 1919, organização especial das Nações Unidas a partir de 1946, passou a tratar da questão dos povos tradicionais com base em investigações que fez sobre a situação de trabalhadores indígenas.

A Convenção n. 107 da OIT, de 1957, veiculava a visão integracionista, propagando a incorporação de povos “menos desenvolvidos” à “comunhão nacional”, inspirando nosso Estatuto do Índio – Lei n. 6.001/1973. A Convenção n. 169 da OIT, de 1989, veio superar essa visão, adotando a teoria da relatividade cultural, permitindo o “diálogo de civilizações”<sup>37</sup>, inaugurando o novo paradigma de um Estado pluriétnico, adotado também pela Constituição da República de 1988<sup>38</sup>.

A ratificação da Convenção n. 169 da OIT pelo Brasil somente se deu após onze anos de debates parlamentares e extraparlamentares, com alegações de que ela contrariava a Constituição ao prever a propriedade dos povos sobre suas terras, enquanto nossa Carta previa a propriedade da União sobre terras indígenas. Quanto à proibição de remoção de povos tradicionais, alegou-se, em sentido contrário, que a proteção era inferior àquela prevista na Constituição<sup>39</sup>.

Em verdade, a própria Convenção n. 169 da OIT prevê em seu artigo 34 que sempre prevalecerá a proteção mais ampla do Estado signatário. Assim, o documento internacional funcionaria como um segundo nível de proteção, algo bem natural de se esperar de um tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos (DIDH).

Como bem aponta Flávia Piovesan, o Direito brasileiro adotou um sistema misto, com regime jurídico para tratados internacionais de

36 ACCIOLY, 2011, p. 458-459.

37 BRASIL, 2012, p. 50.

38 DUPRAT, 2007, p. 9-20.

39 KAYSER, 2010, p. 348-352.

proteção de direitos humanos diferenciado do regime jurídico para os demais tratados internacionais, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição da República<sup>40</sup>.

Diante da controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45/2004 veio estabelecer que, para equivalerem a emendas constitucionais, estes tratados deveriam passar pelo mesmo processo de aprovação, ou seja, em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Isso não resolveu a polêmica em relação aos tratados ratificados antes da referida emenda constitucional, subsistindo vários entendimentos. Todavia, a decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 466.343, em 2008, rompeu com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, desde 1977, parificava os tratados internacionais às leis ordinárias. A decisão conferiu hierarquia especial e privilegiada, prevalecendo a tese do voto do ministro Gilmar Mendes de “supralegalidade” dos tratados internacionais de direitos humanos, posicionando-os abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional<sup>41</sup>.

Essa hierarquia especial e privilegiada enseja a existência do chamado “controle de convencionalidade internacional”, a ser exercido pelos órgãos internacionais de direitos humanos, como também pelo Supremo Tribunal Federal e demais juízos locais, expurgando normas internas que conflitem com normas internacionais de direitos humanos<sup>42</sup>.

Nesses termos, o art. 42, § 2º, da Lei n. 9.985/2000 (Lei do SNUC), se não considerado inconstitucional por contrariar o art. 231, § 5º, da Constituição da República, resta revogado pelo artigo 16 da Convenção n. 169 da OIT, norma internacional de direitos humanos.

Por outro lado, com a combinação da Constituição da República e a Convenção n. 169 em prol da mais ampla proteção dos povos tradicionais, resta vedada a remoção de povos tradicionais de suas terras, salvo

40 PIOVESAN, 2010, p. 51.

41 Ibidem, p. 57.

42 RAMOS, 2011, p. 19.

em caso de necessidade e com o consentimento dos mesmos ou, em não sendo possível obter o consentimento, após a conclusão de procedimento constante na lei, prevendo a efetiva representação dos povos interessados. No caso de grupos indígenas, além de todos os requisitos mencionados, esta remoção só se dará *ad referendum* do Congresso Nacional em situação de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional.

Registre-se, por derradeiro, que a hipótese de não ser “possível obter o consentimento”, que abre a via da remoção sem consentimento, tanto para povos indígenas como para povos tradicionais em geral, não pode ser banalizada ao ponto de ser sempre adotada quando não se consegue convencer tais povos da necessidade da remoção. Isto é, tenta-se convencer o povo a deixar tal território, o povo não aceita, e, então, abre-se o procedimento para remoção. Ora, não se pode admitir interpretação tão manipuladora.

A hipótese de não ser “possível obter o consentimento” se dá quando o povo tradicional não pode ser consultado, não pode compreender a situação ou não pode expressar sua opinião.

#### 4.7 Colisão entre políticas governamentais

Ainda no caso de a eventual sobreposição de terras indígenas ou quilombolas sobre unidades de conservação ser encarada como um choque, em razão da visão compartimentada de órgãos e entidades públicas, tal choque gera impasses que acabam por resultar na omissão da União para efetivar seus deveres constitucionais. Se por um lado é plausível que surjam alguns conflitos entre as políticas governamentais, por outro lado tais conflitos não podem perseverar.

No âmbito federal, os conflitos com base em entendimentos jurídicos divergentes devem ser dirimidos, como se extrai do art. 2º, inc. I, alínea a, da Lei n. 10.683/2003. Para tanto, cabe ao Advogado-Geral da União prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal, conforme art. 4º, inc. XI, da Lei Complementar n. 73/1993.

Ainda, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), unidade da Consultoria-Geral da União (CGU), que é órgão de direção superior integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União (AGU), foi criada em 2007 para prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolvem a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, à luz do Ato Regimental AGU n. 05/2007, das portarias AGU n. 1.281/2007, n. 1.099/2008, n. 481/2009 e do art. 18 do Decreto n. 7.392/2010, tudo em consonância com o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, de 2009.

Uma vez submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), a controvérsia deverá ser objeto de conciliação, promovida pelo conciliador e homologada pelo Advogado-Geral da União, ou de arbitramento, por meio de parecer da lavra da Consultoria-Geral da União, à luz dos arts. 10 e 11 da Portaria n. 1.281/2007. Em outras palavras, a controvérsia deve ser resolvida de um jeito ou de outro, não havendo fundamento jurídico para a sua perpetuação.

Com isso em conta e diante de inúmeras controvérsias entre órgãos e entidades públicas federais que envolvem a consecução de políticas públicas para a realização de direitos fundamentais, em especial sobreposições entre terras quilombolas e unidades de conservação ou áreas de segurança nacional, e perduram por tempo muito além do razoável, e outras que foram retiradas da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), todas sem conciliação ou arbitragem, a configurar grave omissão da União, o Ministério Público Federal expediu, no final de 2012, recomendação ao Consultor-Geral da União para que promovesse a conciliação ou, quando não cabível esta, a arbitragem de tais controvérsias no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, tudo considerando a razoável duração do processo como direito fundamental que se refere a processos judiciais e administrativos, como disposto no art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República.

## 5 Dupla afetação

A compatibilidade entre comunidades tradicionais e meio ambiente já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no caso da Terra

Indígena Raposa Serra do Sol. Foi consignada a compatibilidade, seja no caso de área de conservação (uso sustentável), seja no de área de preservação ambiental (proteção integral), pugnando-se pela dupla afetação, pecando apenas a Corte Suprema ao estabelecer a unilateral “administração do competente órgão de defesa ambiental”:

A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental<sup>43</sup>.

Registre-se, por outro lado, que, na chamada “parte das condicionantes” do mesmo acórdão, restou ressaltada a participação das comunidades e da Fundação Nacional do Índio (FUNAI):

(viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI.

Está posto, pois, que o caminho é a dupla afetação. Nesses termos, também a 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, do Ministério Público Federal, no 19º Encontro Nacional de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural, realizado em 2012, deliberou:

8. Fazer uma leitura do art. 42 do SNUC conforme a CF e Convenção 169 da OIT, entre outras, para permitir a conciliação da presença das populações tradicionais em UCs de todas as categorias.

9. Afirmar a presença das populações tradicionais como agentes e aliados importantes na preservação/conservação e na utilização sustentável da biodiversidade brasileira.

43 Pet 3388 / RR, min. CARLOS BRITTO, 19.3.2009 – caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

10. Firmar a negociação com as populações tradicionais, mediante Consulta Prévia Livre e Informada, como pressuposto para a criação das UCs de qualquer categoria e para a gestão compartilhada, ao invés do reassentamento compulsório.

11. Fomentar a instituição de programas específicos de apoio às populações tradicionais em UCs de uso sustentável.

12. A desafetação e a recategorização podem não ser as melhores soluções, portanto, quando possível, propor a dupla afetação<sup>44</sup>.

Exemplo prático de dupla afetação, com restrições mútuas, foi o Termo de Compromisso n. 14/2012, promovido pelo Ministério Público Federal de Tocantins, entre o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) e a Associação das Comunidades Quilombolas do Rio Novo, Rio Preto e Riachão, em razão da sobreposição entre a terra quilombola da comunidade Mata Verde e a Estação Ecológica da Serra Geral do Tocantins, unidade de conservação de proteção integral (Procedimento Administrativo MPF/TO n. 1.36.000.001003/2006-56).

No referido ajuste, garantiu-se a permanência da comunidade na área e a prática de atividades tradicionais, quais sejam, agricultura de subsistência, extração de madeira e palha, exclusivamente com finalidade doméstica, extrativismo vegetal, pesca artesanal e coleta de seda do buriti.

Em contrapartida, foram estabelecidas restrições, tais como proibição de agricultura mecanizada, introdução e ampliação de pastagens plantadas com gramíneas exóticas ao cerrado, atividade turística, caça e introdução de quaisquer espécies de plantas ou animais exóticas ao cerrado.

## 6 Conclusão

Índios, quilombolas e outras populações tradicionais não podem ser transformados em ameaças ao meio ambiente fundamentalmente em razão de uma esquizofrenia do Estado brasileiro que, por um lado, reconhece esses povos como fatores imprescindíveis à preservação

<sup>44</sup> Disponível em: <[http://4ccr.pgr.mpf.gov.br/portlets/19o\\_encontro\\_nacional\\_-\\_sintese\\_deliberacoes\\_2.pdf](http://4ccr.pgr.mpf.gov.br/portlets/19o_encontro_nacional_-_sintese_deliberacoes_2.pdf)>. Acesso em: 1º fev. de 2013.

do meio ambiente, mas, por outro lado, patina entre as concepções do preservacionismo e do conservacionismo, chegando a professar a fé no mito da natureza intocada, em detrimento das visões do socioambientalismo, mais modernas e mais compatíveis com a realidade brasileira.

Por tudo isso, não se pode conceber choque entre os direitos dos povos tradicionais e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois não há choque entre proteção cultural e proteção ambiental, pertencendo todos esses bens jurídicos em jogo ao conceito amplo de meio ambiente.

Todavia, encarada a questão como um choque, trata-se de uma colisão entre direitos constitucionais fundamentais a ser resolvida pela ponderação, em que a concordância prática representará restrições necessárias para compatibilizar o direito das comunidades indígenas e quilombolas com os objetivos da unidade, mas descartando-se a realocação ou o reassentamento.

Isto porque é vedada a remoção de povos tradicionais de suas terras, salvo em caso de necessidade e com o consentimento dos mesmos ou, em não sendo possível obter o consentimento, após a conclusão de procedimento constante na lei, prevendo a efetiva representação dos povos interessados. No caso de grupos indígenas, além de todos os requisitos mencionados, esta remoção só se dará *ad referendum* do Congresso Nacional, em situação de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional.

Ainda, essa visão que admite haver um choque, em razão da visão compartimentada de órgãos e entidades públicas, não pode gerar impasses que acabam por resultar na omissão do Estado brasileiro no cumprimento dos seus deveres constitucionais de realização de direitos fundamentais, devendo ser dirimidos os conflitos entre políticas governamentais.

Populações tradicionais e meio ambiente sempre estiveram unidos frente a inimigos comuns, desde a colonização até os dias de hoje, constituindo-se em elementos associados e compatíveis, sendo inconcebível um representar ameaça ao outro.

A sobreposição entre terras indígenas ou quilombolas e unidades de conservação, sejam de uso sustentável ou de proteção integral, ou com a presença de outras comunidades tradicionais no interior dessas áreas protegidas é algo mais do que natural, quase inevitável ou necessário, caso em que esses espaços territoriais especialmente protegidos devem sofrer dupla afetação.

## Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRETTO FILHO, Henyo Trindade. Notas para uma história social das áreas de proteção integral no Brasil. In: RICARDO, Fany. *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

BENSUSAN, Nurit. Terras Indígenas: as primeiras unidades de conservação. In: RICARDO, Fany. *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO FILHO, Arnaldo; SOUZA, Oswaldo Braga de. *Atlas de pressões e ameaças às terras indígenas na amazônia brasileira*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.

CUREAU, Sandra. Patrimônio, uma noção complexa, identitária e cultural. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado Soares (Orgs.). *Desafios do direito ambiental no século XXI – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. A criação de unidades de conservação da natureza em áreas habitadas: problemática e soluções possíveis. In: BRAGA FILHO, Edson de Oliveira et al. (Coord.). *Mecanismos legais para o desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DIEGUES, Antônio Carlos. *O mito moderno da natureza intocada*. São Paulo: NUPAUB – Universidade de São Paulo, 1994.

FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. Remanescentes de Quilombos, Índios. Meio Ambiente e Segurança Nacional: Ponderação de interesses constitucionais. In: *O Incra e os desafios para a regularização dos territórios quilombolas: algumas experiências*. Brasília: MDA-Incra, 2006.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Plano plurianual 2012-2015: Programa de Proteção e Promoção dos Direitos dos Povos Indígenas. Balanço e perspectivas de uma nova política indigenista*. Brasília: Funai, 2012.

FURRIELA, Rachel Biderman. O movimento ambientalista no Brasil: evolução histórica e o desafio do equilíbrio socioambiental. In: RICARDO, Fany. *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Almanaque Socioambiental Parque Indígena do Xingu: 50 anos*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

KAYSER, Helmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES JUNIOR, Felício. Um ano de absurdos. In: *Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil*. Brasília: Cimi, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Populações tradicionais em áreas protegidas. In: RICARDO, Fany. *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

SANTILLI, Juliana. Povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais: a construção de novas categorias jurídicas. In: RICARDO, Fany. *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

\_\_\_\_\_. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

SANTOS, Kátia M. Pacheco dos; TATTO, Nilto. *Agenda socioambiental de comunidades quilombolas do Vale do Ribeira*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

## Apontamentos sobre persecução e execução penal em face de indígena

Lucyana Marina Pepe Affonso

Procuradora da República desde 2008, tendo atuado de 2008 a 2012 em ofício especializado na defesa dos direitos indígenas e minorias na Procuradoria da República em Rondônia, e Delegada de Polícia Federal de 2002 a 2008. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

“...en un Estado multicultural, que reconoce y promueve la diversidad, es legítimo exigir de los indígenas o de los miembros de grupos culturales diversos, que desplieguen un extremo deber de diligencia, a fin de familiarizarse con los valores culturales dominantes y con los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal nacional?. A mí juicio la respuesta al anterior interrogante es negativa pues si, conforme a la Carta, todas las culturas que conviven en el país son igualmente dignas, y el Estado reconoce y promueve la diversidad cultural (CP arts. 7º, 8º y 70), entonces resulta desproporcionado obligar a los miembros de los grupos culturalmente minoritarios a tener todo el cuidado en familiarizarse con los valores culturales dominantes. Admitir que se puede imponer esa exigencia equivale a admitir una forma de criminalización de la diversidad cultural, lo cual es incompatible con el reconocimiento de la igualdad entre las culturas (CP art. 70).” (Eduardo Montealegre, Salvamento de Voto, Sentencia C-370/02)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Trecho da Sentença C-370/02, da Corte Constitucional da Colômbia, citado em ZAMBRANO, 2004, p. 1.

## Introdução

Segundo dados do último censo demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), existem aproximadamente 818 mil índios no País, sendo aproximadamente 315 mil residentes em áreas urbanas e 503 mil em áreas rurais, os quais integram ao menos 305 etnias e falam 274 línguas (cerca de 17,5% da população indígena não fala a língua portuguesa)<sup>2</sup>, fato que desmistifica a ideia de um Brasil monocultural, falante apenas do português.

A realidade do indígena brasileiro é bastante difícil e complexa, considerando que transita, em maior ou menor grau, pelo menos entre dois códigos de cultura bastante distintos, o próprio e o da sociedade nacional envolvente (majoritária), sendo ele frequentemente alvo de preconceito em relação à sua identidade e à sua forma diferente de ser e agir.

Especificamente quanto à perseguição e execução penal em face dos índios, os operadores do direito, sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico vigente, têm diuturnamente aplicado regras e posicionamentos doutrinários defasados e dissociados da nova ordem jurídica inaugurada em 1988.

De fato, mesmo contando a Constituição Federal com mais de vinte e cinco anos de vigência e embora o Brasil tenha assinado e promulgado inúmeros instrumentos internacionais, entre eles a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais (Convenção n. 169/OIT), que assegura direitos aos indígenas, estes não são devidamente reconhecidos pelos operadores do direito, que, em decorrência de um processo de discriminação a esses povos, sistematicamente negam sua identidade indígena e, por consequência, negligenciam a aplicação do arcabouço jurídico protetivo dela decorrente, inclusive no âmbito penal e processual penal.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2>> e <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/o-brasil-indigena-ibge>>. Acesso em: 15 ago. 2014. Este Censo revelou que em todos os Estados da Federação, inclusive no Distrito Federal, há populações indígenas. A FUNAI também registra 69 referências de índios ainda não contatados, além de existirem grupos que estão requerendo o reconhecimento de sua condição indígena ao órgão federal indigenista.

Esta exposição consiste, primeiro, em um breve histórico da legislação brasileira sobre o tema, demonstrando-se a quebra de paradigma trazida pela Constituição Federal de 1988, seguida por diversas normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio no que tange à situação jurídica do indígena frente à sociedade nacional e suas normas, com destaque à obrigatoriedade de respeito e fomento à cultura desses povos sob todos os aspectos, ou seja, respeito à multiétnica e à multiculturalidade do novo Estado brasileiro.

No tocante à aplicação do Direito Penal e Processual Penal ao índio brasileiro, especificamente, é demonstrado por que razão encontra-se superada a aplicação do critério da inimputabilidade ao indígena para aferição de sua responsabilidade penal.

De fato, utilizando-se da dicotomia imputável/inimputável, muitas vezes tem-se julgado, pela simples e superficial visualização de sinais externos do indígena, que este se encontra “integrado” e, portanto, imputável, não merecendo a aplicação de qualquer “benesse” legal. Tal postura, conforme se verá, é altamente discriminatória e nega o direito dos indígenas de se autodeterminarem e, conseqüentemente, de absorverem, se assim lhes convier, alguns códigos e hábitos da sociedade envolvente, sem que com isso percam sua identidade indígena.

Em seguida, discorre-se acerca do regramento jurídico que efetivamente incide nas hipóteses da prática, por indígena, de fato considerado típico para o direito penal brasileiro, iniciando-se com o próprio conceito de *índio*, indispensável à correta interpretação e aplicação das normas. Passa-se à análise das hipóteses em que cabe a aplicação de sistema jurídico próprio da comunidade indígena e, superada essa etapa, analisam-se os casos de não aplicação de sanção penal ao índio, seja por atipicidade, seja por erro de proibição (incluindo a modalidade de erro culturalmente condicionado) ou por inexigibilidade de conduta diversa. Na sequência, verificam-se as hipóteses em que efetivamente cabe a aplicação de sanção penal ao indígena, bem como as regras que necessariamente incidem nesses casos, quais sejam, a obrigatoriedade de presença de intérprete e tradutor cultural, a atenuação da pena e a especial forma de seu cumprimento. Discorre-se também sobre a obrigatoriedade e o conteúdo do laudo antropológico, pela competência jurisdicional, fazendo-

-se um breve panorama acerca da aplicação da lei pelo poder judiciário e doutrina majoritária.

Ao final, pretende-se demonstrar a necessidade de observância, pelos operadores do direito, das normas contidas na Constituição Federal e nos tratados internacionais referentes ao tema, bem como do regramento protetivo delas decorrente, como forma de garantir a sobrevivência e integridade dos povos indígenas brasileiros.

Indispensável observar-se que há grandes diferenças culturais entre as diversas etnias indígenas, de forma que a expressão *índio*, criada pelos colonizadores (denominação genérica, provocada pela primeira impressão que esses tiveram de haver chegado às Índias), é insuficiente para aplicação diferenciada da norma penal, sendo indispensável o laudo antropológico para a correta aplicação da norma.

É imperativo que a comunidade jurídica nacional observe a filtragem constitucional na aplicação da legislação brasileira sobre direitos indígenas, bem como passe a aplicar as já internalizadas convenções internacionais sobre a matéria, para que não mais se perpetuem as graves injustiças que os povos indígenas vêm sofrendo desde o “descobrimen- to” do Brasil (para os povos indígenas, verdadeira “invasão” do Brasil)<sup>3</sup>.

## 1 Histórico

Segundo Roberto Lyra, “[...] na época da descoberta, não só existia um direito penal indígena, embora não escrito, como esse era mais humano do que o dos civilizados da mesma época”<sup>4</sup>.

Entretanto, segue Clóvis Bevilacqua,

O direito português dominou soberano, varrendo todas as instituições dos aborígenes que, acossados pelo ciclone de uma civilização intolerante, sanguinária e devastadora, segundo lhes devia parecer pelo que viam e sofriam, se foram refugiar no adito das florestas impenetráveis do interior, à margem dos grandes rios que retalham regiões ubertosas,

3 A Corte Constitucional do Equador, recentemente, entendeu que, em questões indígenas, o Código Penal merece uma interpretação intercultural (Sentença 004-I4-SCN-CC).

4 LYRA, 1992, p. 138.

mas insalubérrimas, onde quer que os rigores da natureza os defendessem das brutalidades de uma cultura tão balda de movimentos afetivos, e aí subsistem ainda, mas como que anquilosados, e com suas instituições incontestavelmente deformadas, como a sua língua<sup>5</sup>.

De fato, desde o descobrimento, tentou-se aniquilar os indígenas brasileiros, seja literalmente, seja por meio da integração destes à sociedade colonizadora. Conforme Guilherme Madi Rezende<sup>6</sup>, havia, de um lado, índios aldeados e aliados dos portugueses – esses se deixavam catequizar e trabalhavam para os colonizadores em troca de algum pagamento e garantia de respeito a seus direitos, tendo, inclusive, procuradores nomeados para defendê-los – e, de outro, índios inimigos dos portugueses, que eram, em boa parte, capturados nas chamadas guerras “justas” e escravizados.

No plano legislativo, nem a Constituição de 1824 nem a de 1891 fizeram referência aos indígenas. Em 1910, pelo Decreto n. 8.072, criou-se órgão indigenista oficial, o Serviço de Proteção aos Índios (SPI). Em 1916, o Código Civil passou a considerar os então chamados silvícolas como relativamente incapazes para a prática de certos atos da vida civil (art. 6º, III), de modo que o regime tutelar exercido pelo SPI cessaria na medida em que os índios fossem se adaptando à civilização. Em 1940 o Código Penal, embora não mencionando o índio de forma expressa, determinou que sua situação penal equiparava-se à daqueles que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, fossem, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapazes de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, sendo isentos de pena (art. 26). Sua exposição de motivos, assinada pelo ministro Francisco Campos, era clara em revelar o preconceito decorrente da visão assimilacionista prevalecente no século anterior, afirmando que a referência especial ao *desenvolvimento incompleto ou retardado* abrangeria a falta de aquisições éticas, dispensando a alusão expressa aos surdos-mudos e aos silvícolas inadaptados.

Nelson Hungria, por sua vez, expunha claramente que “não há dúvida que entre os deficientes mentais é de incluir também o *homo syl-*

5 BEVILACQUA, 1992, p. 77.

6 REZENDE, 2009, p. 26.

*vester*, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado *homo medius* que a lei penal declara responsável”<sup>7</sup>. Referindo-se ao mesmo artigo, afirmava que “a Comissão revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio”<sup>8</sup>.

Conforme muito bem colocado por Carlos Frederico Marés de Souza Filho,

Está presente neste esconderijo da lei penal a idéia de que os índios se acabarão num futuro próximo, quando encontrarem a alegria de viver na “pacífica, justa, doce e humana” sociedade dos civilizados, e então o Direito Penal ser-lhes-á aplicado em plenitude, e os juristas não se envergonharão mais nos congressos internacionais. É transparente neste episódio jurídico a idéia etnocêntrica e monista de que o sonho de todo índio é deixar de sê-lo. É presente a incompreensão do direito dos povos indígenas de continuarem a ser índios ainda que em contato longo e até mesmo amistoso com a sociedade não-índia<sup>9</sup>.

A aplicação das penas aos indígenas era disciplinada na lei geral dos índios vigente à época (Decreto n. 5.484/1928), não revogada pelo Código Penal de 1940. Segundo referido Decreto, os índios com menos de cinco anos de integração que cometessem crimes seriam recolhidos mediante requisição do inspetor de índios a colônias correccionais ou estabelecimentos industriais disciplinares, pelo tempo que parecesse necessário ao inspetor, nunca superior a cinco anos. Do contrário, ser-lhes-ia aplicada a lei comum, com penas reduzidas à metade, nunca devendo ser aplicada prisão celular, que seria sempre substituída por prisão disciplinar. Na prática, foram criadas prisões indígenas, e o processo e execução penal passaram a ser atribuição do SPI ao largo do controle judicial. Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho,

É precária a documentação existente sobre estas prisões, mas algumas ficaram famosas pelas arbitrariedades e violência no trato dos índios de-

7 HUNGRIA, 1958, p. 336.

8 Ibidem, 1958, p. 337.

9 SOUZA FILHO, 2009, p.111.

linqüentes, como a Fazenda Guarani, em Minas Gerais. Os militares que criaram a FUNAI desativaram estas prisões e destruíram os documentos a elas relativos. Consta, nos arquivos conhecidos da FUNAI, como documentação da Fazenda Guarani, apenas um processo administrativo de desmando orçamentário<sup>10</sup>.

As constituições de 1934, 1937 e 1946 trataram, no que se refere aos indígenas, somente de sua incorporação à comunhão nacional (competência legislativa privativa da União) e de suas terras, garantindo-lhes sua posse; a de 1967 assegurou-lhes também o usufruto dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (o mesmo na EC n. 1/1969). Em 1967, após escândalos de má-gestão e corrupção, extinguiu-se o SPI, criando-se, em 1973, a FUNAI, seguida pela nova lei geral dos índios, o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973).

## 2 Constituição Federal de 1988, Convenção n. 169 da OIT, Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco, Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas e outras

Resultado de anos de lutas dos povos indígenas e movimentos sociais, a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) representou novo marco legislativo no trato dos direitos indígenas e das minorias étnicas. Com ela, o Direito brasileiro adotou como parâmetros a multiétnicidade e a multiculturalidade, não apenas assegurando mas também fomentando e promovendo o direito à diferença, ao invés do assimilacionismo. Com a nova ordem constitucional, a cultura dos não índios e da maioria deixou de ser a única válida.

Dedicou um capítulo inteiro aos índios (Capítulo VIII), reconhecendo a estes sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231).

10 SOUZA FILHO, 2009, p. 113.

Além do capítulo específico, a Constituição tratou da questão indígena em diversos outros dispositivos, como o art. 215, que determina, entre outros, que o Estado apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais, protegendo as manifestações da cultura indígena (§ 1º); bem como o art. 216, que afirma constituir patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem, entre outras, as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver, sendo que o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro (§ 1º).

O mesmo processo de mobilização e protagonismo indígena foi observado em outros países da América Latina com história colonial semelhante à brasileira, tendo havido a constitucionalização dos direitos desses povos, por exemplo, na Colômbia, México, Paraguai, Bolívia, entre outros.

Da mesma forma, uma gama de normas internacionais, e também de construções jurisprudenciais, como as da Corte Interamericana de Direitos Humanos, passou a permitir uma maior efetividade na proteção aos direitos dos povos indígenas.

Consoante destacado por Marcelo Neves,

Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais<sup>11</sup>.

Nesse sentido a imprescindibilidade do ordenamento jurídico internacional que trata da temática indígena.

11 NEVES, 2009, p. XXI.

É o caso da Convenção n. 169/OIT – norma de caráter, no mínimo, supralegal<sup>12</sup>, pois foi internalizada no ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto n. 5.051/2004 – que traz dispositivos claros a respeito de diversos direitos dos povos indígenas, inclusive quanto aos crimes que pratiquem, regramento esse que deve prevalecer sobre as normas infraconstitucionais que regulam a matéria, ainda que posteriores.

A referida convenção afirma que a diversidade étnico-cultural dos indígenas e seus povos tem de ser integralmente respeitada, tendo sido editada com o justo fim de eliminar a orientação para a assimilação contida em normas anteriores (Convenção sobre populações Indígenas e Tribais n. 107/1957), considerando-se, entre outras coisas, que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido frequente erosão.

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 485/2006 (Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais da UNESCO), também tem entre seus beneficiários as minorias e povos indígenas, afirmando que a diversidade cultural constitui patrimônio comum da humanidade. Possui como princípios diretores, entre outros, o princípio da igual dignidade e do respeito por todas as culturas, incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos povos indígenas (art. 2).

Outra norma internacional que trata do tema é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007 (Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas). O documento afirma que os povos indígenas são iguais a todos os demais e reconhece ao mesmo tempo o direito daqueles povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais, afirmando que todos os povos contribuem para a diversidade e a riqueza das civilizações e culturas, que constituem patrimônio comum da humanidade. O artigo 43 afirma que os direitos reconhecidos na Declaração constituem as normas mínimas para a sobrevivência, a dignidade e o bem-estar dos povos indígenas do mundo.

12 RE 466.343-SP, rel. min. Cezar Peluso, julg. 3.12.2008, DJe 5 jun. 2009 e STF, HC 90.172-SP, 2ª T., rel. min. Gilmar Mendes, julg. 5.6.2007, DJ 17 ago. 2007.

Por fim, a Declaração sobre Raça e Preconceito Racial da UNESCO, de 1978, preconiza que os povos têm o direito de ser diferentes, de se considerarem diferentes e de serem vistos como tais.

### 3 Critério da inimizabilidade

Como explanado, a antiga doutrina atribuía ao índio *não aculturado* desenvolvimento mental incompleto, em consonância com o Código Civil de 1916 e com a linha de pensamento etnocêntrica-integracionista então existente, sendo, portanto, inimputável e devendo ser absolvido caso praticasse fato típico penal.

Por essa mesma corrente de pensamento, os índios considerados integrados (quase sempre por mera presunção) teriam desenvolvimento mental completo, sendo plenamente imputáveis, aplicando-se-lhes a norma penal como se não índios fossem, apenas com algumas peculiaridades na fixação da pena.

Referida linha de pensamento é discriminatória e não respeita a multietnicidade e a multiculturalidade reconhecida pela Constituição ao Estado brasileiro, sendo, portanto, inconstitucional.

Considerar que um indígena possui desenvolvimento mental incompleto pelo simples fato de não estar *integrado* à sociedade *civilizada* é o mesmo que dizer que seu desenvolvimento se completará com a chamada *aculturação*, com assimilação da cultura e de valores da sociedade envolvente, presumindo-se ser essa cultura melhor que a do indígena e, por consequência, afirmando-se a superioridade do não índio em relação ao índio, visão essa preconceituosa, discriminatória e dissociada dos mandamentos constitucionais e internacionais.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni,

De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com a imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser ou não inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado.

A psiquiatria ideológica - biologista e racista - já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes. Nada tem de diferente do discurso de justificação que produziu freqüentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada nos mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou, no seu gabinete de elucubração, uma "mentalidade primitiva", que já foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas<sup>13</sup>.

Ademais, aplicação do critério da inimimizabilidade, em tese, levaria à aplicação de medida de segurança (internação e tratamento ambulatorial) para completar o desenvolvimento mental do índio, ou seja, adequá-lo à cultura da sociedade envolvente, ação que consistiria verdadeiro genocídio cultural.

Em síntese, um indígena somente deverá ser considerado inimimizável nas mesmas hipóteses das demais pessoas, mas não pelo só fato de ser índio. Sua condição de indígena deve levar à aplicação de outros critérios e normas, abaixo explicitados.

### 4 Conceito de índio

Preliminarmente, toda discussão a respeito da identidade indígena deve partir de um pressuposto intransigível: um indígena, por mais aparentemente *integrado* que esteja à sociedade não índia, pode manter, e na maioria das vezes o faz efetivamente, incólumes seus padrões culturais e valores deles decorrentes.

O IBGE e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) estimam que mais de 40% dos indígenas brasileiros vivem fora das terras indígenas oficialmente reconhecidas, número expressivo deles em áreas urbanas<sup>14</sup>. Em nenhum momento, a CF/1988 ou os tratados internacionais limitam a aplicabilidade de suas normas a *índios que vivam em terras*

<sup>13</sup> ZAFFARONI, 2007, p. 649.

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/o-brasil-indigena-ibge>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

*índigenas* ou a *índios não aculturados*, mas sim protegem todos os índigenas, sem distinção.

Helder Girão Barreto menciona que a CF/1988 abandonou o paradigma da integração e adotou o da interação, segundo o qual o índio interage com a comunidade envolvente espontaneamente e sem risco, pelo menos teórico, de perder sua própria identidade<sup>15</sup>.

Deborah Duprat de B. Pereira afirma que a noção de cultura como totalidade, como perfeita coerência de crenças unívoca e homoganeamente partilhadas, é ultrapassada e que, nas relações interétnicas, as situações de contato não significam o abandono dos códigos e valores que orientam cada grupo, verificando-se antes a possibilidade de articulação em alguns setores ou domínios específicos de atividades, mantidas as proscricções de interações tendentes a proteger partes de sua cultura da confrontação e da modificação<sup>16</sup>.

Segundo José Afonso da Silva, em tese acolhida por unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no HC n. 80.240/RR, rel. min. Sepúlveda Pertence, julg. 20.6.2001, Pleno,

Nenhuma cultura é isolada. Está sempre em contato com outras formas culturais. A reprodução cultural não destrói a identidade cultural da comunidade, identidade que se mantém em resposta a outros grupos com os quais dita comunidade interage. Eventuais transformações decorrentes do viver e do conviver das comunidades não descaracterizam a identidade cultural. Tampouco a descaracteriza a adoção de instrumentos novos ou de novos utensílios, porque são mudanças dentro da mesma identidade étnica<sup>17</sup>.

Segundo João Pacheco de Oliveira, “O que seria próprio das identidades étnicas é que nelas a atualização histórica não anula o sentimento de referência à origem, mas até mesmo o reforça”<sup>18</sup>.

15 BARRETO, 2004, p. 13-16.

16 PEREIRA, 2002, p. 45.

17 SILVA, 2005, p. 854.

18 OLIVEIRA, 1999, p. 30.

Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa afirmam que

Nesse contexto, entende-se que “a identidade cultural de um grupo não é estática e tem constituição heterogênea. A identidade é fluida e tem um processo de reconstrução e revalorização dinâmico, resultado de contínuas discussões internas ou de contatos e influência de outras culturas” (CHIRIBOGA, 2006, p. 45). O que não se admite é a assimilação forçada de outra cultura<sup>19</sup>.

Marcelo Beckhausen sustenta que

Tal heterogeneidade possibilita a construção de conflitos interculturais, já que muitas vezes o contexto urbano não está preparado para tal relacionamento, condicionado a imaginar o índio dentro de parâmetros fenotípicos ou mesmo estereotipados. O índio verdadeiro, desenhado nos cadernos escolares, parece existir somente em alguns rincões do Norte do país, mantendo seus registros culturais de forma intacta. O índio que perambula nas cidades, ou monta sua tenda nas estradas federais e estaduais, não se enquadra nesta moldura, muito menos na pintura, constituída durante séculos de relação assimétrica. Isso faz com que a desconfiança recaia sobre estes índios. Não é à toa que o Judiciário (e outras instituições, como o Ministério Público também) abusa de um vocabulário já descartado pela Constituição: índios aculturados, índios integrados, em vias de integração, para definir quem é índio e quem não é em nosso país. Ao se confrontar com um índio diferente do bordado pelos colégios primários e secundários, o operador do direito tende a não dar credibilidade ao presente, refugiando-se no passado (em uma perversão do passado): “Esse aí não é índio”, sentencia<sup>20</sup>.

Luiz Fernando Villares afirma que “Os índios têm o direito de permanecerem como índios, mesmo que saiam de seus territórios ou percam parte de suas características étnicas”<sup>21</sup>.

19 CASTILHO; COSTA, 2009, p. 59.

20 BECKHAUSEN, 2009, p. 4-5.

21 VILLARES, 2009, p. 63.

Tal fenômeno ocorre em absolutamente todas as culturas; do contrário, ainda veríamos circular pelas ruas mulheres vestindo espartilho e homens usando piteira e cartola.

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO trata da interculturalidade, ou seja, existência e interação equitativa de diversas culturas, assim como da possibilidade de geração de expressões culturais compartilhadas por meio do diálogo e respeito mútuo.

Deborah Duprat de B. Pereira ressalta que “em princípio, a inserção do Estado na vida desses grupos deve respeitar primeiramente o fato de que ‘grupos étnicos são categorias atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores’ (Barth, 2000: 27) [...] dessa forma, interdita-se ao legislador, ao administrador, ao juiz e a qualquer outro ator estranho ao grupo dizer o que este é de fato”<sup>22</sup>.

Somente ao índio cabe dizer que é índio. O critério da autodeterminação é previsto no artigo 1º da Convenção n. 169/OIT, o qual dispõe que a consciência da identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos a que se aplicam suas disposições.

Nem mesmo o conceito de índio previsto no art. 3º do Estatuto do Índio faz qualquer referência ao grau de contato deste com a cultura da sociedade envolvente, sendo índio pura e simplesmente aquele que se identifique e seja identificado como pertencente a um grupo étnico de ascendência pré-colombiana cujas características culturais o distingam da sociedade nacional.

Por fim, conforme ressalta Fernando Antonio de Carvalho Dantas, a noção de pessoa e de índio somente pode ser formulada em relação com a sociedade indígena a que pertença, porque é nesse contexto que vão se produzir, coletivamente, os *idiomas simbólicos* ligados a sua elaboração<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> PEREIRA, 2002, p. 44.

<sup>23</sup> DANTAS, 1999, p. 6242.

## 5 Prática pelo índio de fato considerado típico pelo Direito Penal da sociedade envolvente

### 5.1 Primeira análise: hipótese de aplicação de sistema jurídico próprio

Muitas etnias possuem normas próprias, de direito consuetudinário, sendo referido sistema jurídico, suas autoridades e procedimentos reconhecidos e respeitados pelo direito brasileiro (o chamado pluralismo jurídico).

Existindo sistema jurídico próprio, as condutas internas da comunidade indígena devem ter resolução em normas da própria comunidade.

Desrespeitado o pluralismo jurídico, impede-se que os índios vivam e se organizem conforme seus costumes e tradições. Dessa forma, o Estado não deve sobrepor a sua punição ao sistema próprio indígena.

Tal direito é previsto nos artigos 8º e 9º da Convenção n. 169/OIT, que afirmam terem os povos indígenas o direito de conservar seus costumes e instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Também prevê que deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para repressão dos delitos cometidos por seus membros, desde que compatíveis com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, devendo as autoridades e os tribunais solicitados, ao se pronunciarem sobre questões penais, levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Os artigos 4º, 5º e 18 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas dispõem, entre outros, que esses povos possuem direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a assuntos internos e locais e direito a conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, bem como a manter e desenvolver suas *próprias instituições de tomada de decisões*.

Mais especificamente, o artigo 34 afirma que os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter, quando existam, *costumes ou sistemas jurídicos*, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos. Por sua vez, o artigo 35 dispõe que os povos indígenas têm o direito de *determinar as responsabilidades dos indivíduos para com suas comunidades* (grifos nossos).

Tal regra já era prevista no art. 57 do Estatuto do Índio, desde 1973: “Será tolerada aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

Também o Projeto de Lei n. 2.057 de 1991 (PL do Estatuto das Sociedades Indígenas), que pretende substituir o parcialmente não recepcionado Estatuto do Índio, afirma que serão respeitadas as resoluções de conflitos das comunidades indígenas realizadas entre seus membros e de acordo com seus usos, costumes e tradições, inclusive se resultarem em sanções ou absolvições (art. 227)<sup>24</sup>.

Embora não positivadas, as formas adotadas pelos índios para solução de seus conflitos podem ser comprovadas por intermédio de prova testemunhal e devem ser respeitadas, evitando-se repetição de julgamento por um mesmo fato (*ne bis in idem*), conferindo-se eficácia ao direito dos índios à alteridade, compatibilizando-se as formas de solução de conflitos existentes entre as diversas culturas formadoras do País<sup>25</sup>.

Existem precedentes judiciais nesse sentido, nos quais se afastou a aplicação de pena a indígena, considerando que este já havia sido julgado e condenado de acordo com os costumes de sua comunidade.

De fato, na Ação Penal n. 92.0001334-1, que tramitou perante a 1ª Vara Federal de Roraima, um indígena do povo Macuxí foi denunciado,

24 Diversos substitutivos foram apresentados à redação original do projeto. A despeito do notório avanço do PL do Estatuto das Sociedades Indígenas em relação ao anacrônico Estatuto do Índio, cumpre ressaltar que aquele encontra-se desatualizado, além de ter sido elaborado em desacordo com o artigo 6º da Convenção n. 169/OIT, que prevê a participação dos indígenas no debate sobre medidas legislativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

25 SANTOS FILHO, 2008.

em março de 1986, pelo homicídio de outro indígena da mesma etnia na aldeia em que ambos viviam. No curso do processo, foi realizado laudo antropológico, requerido pelo Ministério Público Federal em suas alegações finais (setembro de 1995), que demonstrou estar o réu, há quase 10 anos, cumprindo a pena determinada pela comunidade, que analisou os fatos e ouviu o réu, aplicando pena de acordo com as tradições e com a família do ofendido, bem como fiscalizando o seu cumprimento (no caso, a pena de desterro, durante a qual Basílio ficaria privado da companhia de seus familiares e privado de iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo). Levado a júri popular em maio de 2000, o indígena foi absolvido pelo Conselho de Sentença, a despeito de terem sido reconhecidas pelos jurados a autoria e materialidade do crime. Isso porque os jurados consideraram que o fato de ele ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena era suficiente para isentá-lo de pena no julgamento realizado pelo Tribunal do Júri Federal<sup>26</sup>.

Também na recente Ação Penal n. 0000302-88.2010.8.23.0090 (antigo n. 0090.10.000302-0), da Comarca de Bonfim (RR), outro indígena da etnia Macuxí foi denunciado por homicídio qualificado perpetrado, em 20.6.2009, contra seu irmão, também indígena, dentro da comunidade do Manoá, terra indígena Manoá/Piumm.

Extrai-se da sentença:

Após o ocorrido, reuniram-se Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá no dia 26/06/2009, conforme consta às fls. 68/73, para deliberar eventual punição ao índio Denilson. Após oitiva do acusado e de seus pais e outras pessoas concluíram pela imposição de várias sanções, entre às quais, a construção de uma casa para a esposa da vítima, a proibição de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos tuxauas.

Contudo, no dia 6 de abril do ano corrente, reuniram-se novamente as lideranças indígenas, Tuxauas de várias comunidades, entre elas, Anauá, Manoá, Wai Wai, e servidores da Funai, estes últimos apenas presenciaram a reunião com o fito de “[...] de apoiar na orientação no decorrer do

26 SOUZA, 2008.

procedimento, porém a decisão será das lideranças indígenas de ambas as regiões [...]” (fl. 185). Após oitiva das autoridades indígenas, foi imposta ao indígena DENILSON as seguintes penalidades, conforme consta na ata de fls. 185/187:

1. “O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região Wai Wai por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
2. Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai;
3. Participar de trabalho comunitário;
4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade;
5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua;
6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;
7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;
8. Aprender a cultura e a língua Wai Wai.
9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão.”

O magistrado, na sentença, deixou de apreciar o mérito da denúncia do Ministério Público para declarar a ausência, no caso, do direito estatal de punir, em face do julgamento do fato por comunidade indígena, com fundamento no art. 57 da Lei n. 6.001/1973 e no art. 231, da Constituição da República, bem como no artigo 9º da Convenção n. 169/OIT. Foi interposto recurso da sentença, ainda não julgado pelo Tribunal de Justiça de Roraima.

Entretanto, majoritariamente, em completo descaso à lei posta, os tribunais não vêm reconhecendo a aplicação de sanções penais pela própria comunidade, mesmo em delitos praticados dentro de comunidades indígenas entre indígenas, quando o correto seria o Judiciário, na presença de sistema punitivo próprio, considerar-se competente para o julgamento apenas nas hipóteses de crimes que envolvam mais de um povo indígena ou quando a conduta do indígena apresentar efeitos extracomunitários.

## 5.2 Segunda análise: hipótese de não aplicação de sanção penal pela sociedade envolvente

### 5.2.1 Atipicidade

A escolha das condutas humanas que sofrerão repressão do Direito Penal leva em conta um conjunto de valorações sociais a serem protegidas, variando os conceitos de crime e pena de acordo com os valores culturais, históricos e sociais vigentes em determinado tempo e local. Assim, quando um crime previsto na legislação penal deixa de coincidir com os valores da sociedade, é revogado (por exemplo, revogação do art. 240 do Código Penal, que previa a criminalização do adultério).

Da mesma forma, os tipos penais existentes na legislação penal nacional nem sempre coincidem com os fatos tidos como criminosos dentro de uma dada sociedade indígena e vice-versa. Por essa razão, o ordenamento jurídico pátrio determina que os costumes da comunidade indígena da qual faça parte o investigado/acusado sejam levados em consideração quando da aplicação do Direito Penal.

Tal direito é claramente previsto nos acima referidos artigos constitucionais e internacionais que protegem a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos indígenas. Assim, algumas condutas dos indígenas, inerentes à sua cultura, por serem fomentadas pelo direito, não podem ser criminalizadas, sendo, portanto, *atípicas*.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni,

Esta ordem mínima, que as normas devem guardar entre si, impede que uma norma proíba o que a outra ordena, como também impede que uma norma proíba o que a outra fomenta. A lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta [...]. Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa<sup>27</sup>.

27 ZAFFARONI, 2007, p. 396.

Por exemplo, a atividade do pajé, líder espiritual e curandeiro indígena, é reconhecida e fomentada pelo Direito brasileiro (além das normas acima referidas, pela Lei n. 9836/1999, que normatiza o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, entre outras). Dessa forma, seria incabível que respondesse por curandeirismo, crime tipificado no art. 284 do Código Penal brasileiro, ao qual a conduta do pajé se amoldaria perfeitamente. O mesmo se aplicaria, por exemplo, no caso de uso de determinadas substâncias entorpecentes em rituais religiosos.

A lógica inversa também é verdadeira: por exemplo, não se pune um não índio por rompimento de relações clânicas, fato punível em algumas comunidades indígenas.

### 5.2.2 Erro de proibição

Para alguns autores, como Gladys Yrureta<sup>28</sup>, Herman Dario Benítez Naranjo<sup>29</sup>, Bruno Herínger Júnior<sup>30</sup> e René Ariel Dotti<sup>31</sup>, muitas vezes o indígena pratica conduta sem saber que sua ação é reprovada pelo ordenamento jurídico nacional, agindo em erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição), excluindo-se sua culpabilidade.

Para haver consciência da ilicitude do fato, o indivíduo tem de poder ser consciente da contradição de sua conduta com a norma penal, o que pressupõe possuir o agente os mesmos valores e cultura do meio social no qual a conduta é típica.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>32</sup>, também redundante em erro de proibição o chamado erro culturalmente condicionado: aquele em que incorre o agente que, sabendo da ilicitude do fato, não a compreende, não conseguindo internalizar os valores contidos na norma.

28 YRURETA, 1981, p. 130.

29 NARANJO, 1988, p. 172-174.

30 HERINGER JUNIOR, 1998, p. 150-157.

31 DOTTI, 2002, p. 422.

32 ZAFFARONI, op. cit. p. 554 e 555.

Esse erro afetaria a compreensão da ilicitude, mais abrangente que seu mero conhecimento, ou seja, há conhecimento da ilicitude, mas não sua compreensão. Em outras palavras, se o indígena, embora conhecendo a norma, não a compreende, não internaliza seu valor, em decorrência de seu condicionamento cultural, está-se diante desse erro.

Tal erro decorre de haver o indígena sido educado em cultura diferente e, embora tenha conhecimento da cultura diversa da sua, não consegue internalizar a regra de cultura dada pela norma. Assim, mesmo conhecendo a ilicitude do fato, o indivíduo tem dificuldade de se portar de acordo com a norma.

Como exemplo, o mencionado jurista cita a hipótese de um homem de cultura ocidental recusar o presente esquimó de oferecer ao visitante sua mulher perfumada com urina, mesmo sabendo que essa recusa será considerada injuriosa pelo esquimó, tendo em vista ser-lhe extremamente árduo internalizar tal regra de conduta. Assim, se um juiz esquimó tivesse de julgar-lhe pela injúria cometida, dificilmente poderia exigir que o homem de cultura ocidental tivesse internalizado a regra de conduta esquimó, estando diante de um erro de proibição invencível, na forma de erro de compreensão<sup>33</sup>.

O respeito à diversidade cultural dentro do Brasil, tão proclamado pela CF/1988 e pelos diversos instrumentos internacionais anteriormente referidos, garante ao indígena o direito de possuir seus próprios valores. É, portanto, inadmissível que, sob ameaça da sanção penal, o indígena seja obrigado a internalizar valores diferentes dos de sua própria cultura.

Em virtude disso, não se pode exigir que indivíduos pertencentes a culturas diversas, que possuam internalizados valores próprios, ajam em desconformidade com esses valores para seguirem os da sociedade envolvente contidos na norma.

Tal espécie de erro foi incluída expressamente no artigo 15 do Código Penal peruano de 1991.

33 ZAFFARONI, 2007, p. 552. Carlos Vladimir Zambrano afirma que, se um magistrado aceitasse comida oferecida por uma mulher nukak-makú, habitante das selvas Del Guaviare, tal ação seria considerada por aquele povo como aceitação de compromisso matrimonial, sendo posterior recusa ao enlace considerada um ofensa grave, acarretando sérias sanções. Contudo, segue Zambrano, o magistrado não teria cometido tal delito, tendo em vista sua diversidade cultural. (ZAMBRANO, 2004, p. 4-5).

### 5.2.3 Inexigibilidade de conduta diversa

Guilherme Madi Rezende<sup>34</sup> aponta que o erro de compreensão culturalmente condicionado não encontraria amparo no dispositivo penal que cuida do erro de proibição, pois a expressão *consciência da ilicitude* não abarcaria a *compreensão da ilicitude*, mas somente o *conhecimento da ilicitude*. Reconhece, porém, que além de Eugenio Raúl Zaffaroni, também René Ariel Dotti conceitua consciência da ilicitude como compreensão ou percepção da ilicitude, conceito que justificaria a categoria.

Ressalta também que o indivíduo que age de acordo com os valores culturais que lhe foram internalizados desde sua infância e que são absolutamente condizentes com o meio em que vive não age em erro, afirmação essa que, de certa forma, também pressupõe a superioridade da cultura da sociedade envolvente.

Rezende propõe, como alternativa, a utilização do critério da inexigibilidade de conduta diversa do índio que pratica conduta típica para o Direito Penal, mas que se enquadre no esquema geral de valores de sua comunidade, ou seja, que age de acordo com os costumes e hábitos de seu povo.

Segundo o Código Penal, a coação moral irresistível e a obediência hierárquica afastam esse elemento da culpabilidade (art. 22), admitindo a doutrina e a jurisprudência causas supralegais, nas quais se inclui a situação do índio que age em conformidade com seus valores culturais.

No PL do Estatuto das Sociedades Indígenas, o art. 234 afirma ser isento de pena o indígena que pratica o fato em virtude dos valores culturais de seu povo.

Há recentíssimo julgado reconhecendo a chamada *cultural defense*<sup>35</sup>, tendo o magistrado absolvido três indígenas da etnia caingang-

34 REZENDE, 2009, p. 88.

35 A chamada defesa cultural, no direito norte-americano, consiste na apresentação de elementos culturais como prova em processo judicial. Em processos criminais, tal defesa seria produzida para contextualizar a conduta do réu, tendo em vista que a cultura acaba por influenciar a cognição e a maneira de agir do indivíduo, como, por exemplo, em casos de imigrantes e outras minorias étnicas cuja cultura divirja da maioria. Mais informações em: RENTELN, Alison Dundes. *The Cultural Defense*. New York: Oxford University Press, 2004.

que foram acusados de ter submetido a tortura outra indígena da mesma etnia, no dia 8 de março de 2010, no Acampamento Indígena do Município de Mato Castelhano/RS, excluindo-se a culpabilidade por considerar que as condutas por eles praticadas integram sua cultura. De fato, afastada pela prova testemunhal e pericial a tortura, as lesões corporais sofridas pela vítima (que ficou amarrada por horas a um tronco de árvore) teriam ocorrido no contexto de punição, aplicada de maneira generalizada e desde tempos imemoriais por aquela etnia, em decorrência de desacato ao cacique e às lideranças na comunidade (Processo n. 2100012312-9 da 2ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo).

Ressalte-se que tais institutos devem ser aplicados não apenas aos indígenas, mas a todos os indivíduos pertencentes a povos e comunidades tradicionais a que se refere o Decreto n. 6.040/2007: quaisquer 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<sup>36</sup>.

Carlos Vladimir Zambrano ressalta a possibilidade de conflitos não apenas entre valores e cultura de índios e não índios mas entre índios de diferentes etnias, entre índios e outras populações tradicionais, e entre distintas populações tradicionais, havendo inúmeras possibilidades decorrentes da diversidade sociocultural do país. Em nenhum desses casos, poder-se-iam criminalizar condutas realizadas no âmbito da cultura própria de cada um desses indivíduos, sendo a perícia antropológica parte substancial do processo judicial<sup>37</sup>.

Em síntese, nas hipóteses de atipicidade, de erro de proibição/ erro culturalmente condicionado ou de inexigibilidade de conduta diversa, a sanção penal da sociedade envolvente não atinge o indígena que tenha praticado fato previsto na norma penal.

36 Por exemplo, seringueiros, comunidades de fundo de pasto, quilombolas, faxinais, ribeirinhos, pescadores artesanais, ciganos, quebradeiras de coco babaçu e caiçaras, entre outras comunidades. Ressalta-se que os dispositivos da Convenção n. 169/OIT, segundo seu artigo 1º, aplicam-se a todas comunidades tradicionais, não apenas aos indígenas.

37 ZAMBRANO, 2004, p. 14-17.

### 5.3 Terceira análise: hipótese de aplicação de sanção penal pela sociedade envolvente

Segundo Luiz Fernando Villares,

O momento de aplicação do Direito Penal impõe ao índio uma legislação e um sistema repressor (juizes, promotores, delegados de polícia e policiais) que desconhecem seus costumes e os julga de forma indiferente, como qualquer cidadão, ou em quase todos os casos com profundo preconceito, sem tomar em consideração as peculiaridades sobre o conhecimento do significado da lei, os condicionamentos culturais e o entendimento do caráter ilícito de sua conduta<sup>38</sup>.

Tão somente se o indígena praticar *conduta que não esteja em conformidade com os valores de seu povo* é que aplicar-se-á a ele o direito penal da sociedade envolvente. Nessa situação, contudo, incidirá imediata e obrigatoriamente regramento jurídico diferenciado e adequado a suas especificidades culturais, que será tratado a seguir:

#### 5.3.1 Obrigatória presença de intérprete e tradutor cultural

O Estado tem obrigação de garantir que os indígenas possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se necessário, intérpretes ou outros meios eficazes (artigo 12 da Convenção n. 169/OIT e artigo 13 da Declaração da ONU).

O PL do Estatuto das Sociedades Indígenas, em seu artigo 229, afirma que, durante a realização de audiência, é direito do indígena ser assistido por intérprete quando não falar ou compreender plenamente a língua nacional oficial.

Embora pareça não haver dúvidas de que deverá ser utilizado intérprete em favor do indígena que não compreende a língua portuguesa, deve ser garantido intérprete também àqueles que conseguem se comunicar em português, mas possuem como língua materna a indígena. Isso decorre do fato de que, por ser o português a sua segunda língua,

38 VILLARES, 2009, p. 291.

somado à dificuldade de compreensão dos termos jurídicos de um processo criminal, qualquer dificuldade de entendimento acerca do que lhe é perguntado ou do que está sendo explanado no processo pode prejudicar em muito sua defesa.

Além do intérprete da língua, deverá ser assegurada, em todos os atos do processo, a presença de antropólogo, *tradutor cultural*. Segundo Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, é conveniente a inclusão de regra legal que obrigue o juiz a requisitar o auxílio de tradutor cultural para colher o depoimento pessoal e testemunhal e avaliar a suposta confissão, a fim de salvaguardar no processo civil e penal o direito cultural de identidade étnica<sup>39</sup>. Esse antropólogo teria a função de auxiliar o juiz e o indígena nos atos do processo.

Para ilustrar essa necessidade, referidas autoras mencionam interessante estudo realizado na Austrália a respeito dos problemas que os povos aborígenes enfrentam no sistema legal daquele país, ressaltando que

Liberman (1981) relata que os aborígenes descobriram que o método mais fácil de lidar com os povos brancos é concordar com tudo que eles desejam e depois continuarem a fazer as coisas a seu modo. Nos Tribunais, ao formular perguntas, em regra, o homem branco receberá respostas calculadas para evitar problemas ou para satisfazer o desejo de quem interroga<sup>40</sup>.

Na situação exemplificada, a presença do tradutor cultural evitaria que o juiz fosse convencido da culpa do réu por falsa confissão embasada no condicionamento cultural do aborígine de concordar com tudo o que o *branco* fala.

As citadas autoras sintetizam a questão afirmando que o tradutor cultural deveria ser chamado em todos os processos que envolvam integrantes de minorias étnicas para auxiliar a compreensão do modo de fazer, viver e criar desses grupos, bem como de sua interação com a sociedade envolvente, proporcionando ao acusado uma posição de igualdade no processo<sup>41</sup>.

39 CASTILHO; COSTA, 2009, p. 63.

40 Ibidem, p. 63.

41 Ibidem, p. 62.

### 5.3.2 Atenuação da pena

Há duas atenuantes de pena para o indígena que comete fato típico, ilícito, antijurídico e culpável: uma automática, decorrente apenas da circunstância de o autor do fato ser indígena (mais uma vez, *independentemente* de seu grau de contato com a sociedade envolvente), e outra dependente da análise da cultura da sociedade a que pertence.

A atenuante automática é prevista na primeira parte do art. 56 do Estatuto do Índio<sup>42</sup>, *in verbis*: “No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada [...]”. O texto é claro ao dizer que, em qualquer hipótese, sendo um índio condenado, deverá ter sua pena atenuada.

Será também atenuada quando o indígena, sendo imputável e podendo conhecer a ilicitude do fato, encontra dificuldade (não impossibilidade) de portar-se de acordo com a norma de regência em razão do conflito existente entre seus valores e os da norma.

Nesses casos, diminui-se a exigibilidade de conduta conforme o direito, tornando-se menos reprovável a conduta, legitimando-se a diminuição de pena, o que constitui um *plus* de atenuação.

A despeito de não encontrar previsão legal expressa, pode ser aplicada essa atenuação em analogia à coação resistível (art. 65, III, c, 1ª parte, CP) ou à causa de diminuição de pena do erro de proibição vencível (art. 21 do CP).

Tal atenuação encontra-se em consonância com a Constituição e com os diversos tratados internacionais acima referidos, especialmente a Convenção n. 169/OIT, que afirma, em seu artigo 10, item 1, que “Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais”. O mesmo sentido expressa o PL do Estatuto das Sociedades Indígenas, artigos 227 e 233.

<sup>42</sup> A segunda parte do artigo, que faz referência ao grau de integração do silvícola, não foi recepcionada pela CF/1988.

### 5.3.3 Cumprimento da pena, inclusive as restritivas de direito

O artigo 56, parágrafo único, do Estatuto do Índio, afirma que “As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado”, parágrafo esse que não contingencia sua aplicação a seu grau de integração.

Cumpridamente ressalta que tal diferenciação é constitucional e decorre da imperiosidade de adaptar-se a aplicação do direito da sociedade envolvente ao indígena, seja qual for o grau de contato deste com aquela sociedade.

Referido artigo guarda consonância com o mencionado artigo 10, item 1, da Convenção n. 169/OIT: “Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais”, bem como com seu item 2, que afirma: “Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento”.

O indígena, portanto, não pode ser recolhido a estabelecimentos penais comuns, em decorrência da obrigação constitucional do Estado de proteger sua cultura, não o expondo forçadamente aos demais condenados não índios.

Roberto Lemos dos Santos Filho ressalta a ilegalidade e abusividade da não aplicação pelo Judiciário das normas em comento, afirmando:

Vale consignar, em vista do preceituado nos arts. 5º e 231 da Constituição e do disciplinado no art. 3º do Código de Processo Penal, que em hipóteses de prisão provisória ou definitiva de índio é obrigatória a observância dos comandos contidos nos arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio, porque fundados no critério especificador autorizador de tratamento antiisonômico [sic] relacionado ao direito à alteridade, que visa, em verdade, a proteção e a manutenção dos índios em sua própria forma de vida.

As normas dos arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio estabelecem forma de tratamento justo entre integrantes de sociedades culturalmente diferentes; preservam e dão eficácia ao direito à diferença. Possuem a marca de garantirem a sobrevivência física e cultural dos índios e evitam a perda da identidade étnica e cultural. Dão efetividade ao direito dos [sic] índios serem diferentes dos integrantes da sociedade envolvente e de serem tratados como tais<sup>43</sup>.

O STF tem precedente que reconhece o direito à atenuação da pena e ao regime de semiliberdade do Estatuto do Índio de forma automática, “pela simples condição de se tratar de indígena”<sup>44</sup>. O STJ, por sua vez, em mais de uma oportunidade, reconheceu ao índio o direito de cumprir prisão provisória no órgão da FUNAI<sup>45</sup>.

O PL do Estatuto das Sociedades Indígenas traz dispositivo que afirma deverem as penas de reclusão e detenção ser cumpridas, sempre que possível, em regime aberto, na terra indígena ou no local de funcionamento da unidade administrativa do órgão indigenista federal mais próxima do domicílio do condenado (art. 110, § 2º).

Por fim, também as penas restritivas de direitos devem ser adequadas à realidade do indígena, bem como à cultura de sua comunidade. Tal direito decorre do mesmo regramento protetivo anteriormente enunciado, tendo sido previsto expressamente no art. 110, § 3º, do PL do Estatuto das Sociedades Indígenas.

Há recente precedente do STJ nesse sentido:

Efetivada a substituição da pena privativa de liberdade, fica superada a discussão acerca da preferência de aplicação de pena diversa da privativa de liberdade, em atendimento ao disposto no art. 10 da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (item 2), devendo o item 1 do mesmo artigo ser observado pelo Juízo da Execução quando da especificação das penas restritivas de direitos<sup>46</sup>.

43 SANTOS FILHO, 2007b.

44 STF, HC 85.198/MA, 1ª T., rel. min. Eros Grau, julg. 17.11.2005, DJ 9 dez. 2005, p. 16.

45 STJ, HC 55.792/BA, 5ª T., rel. min. Laurita Vaz, julg. 29.6.2006, DJ 21 ago. 2006; STJ, HC 124622/PE, 5ª T., rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 8.9.2009, DJ 13 out. 2009.

46 REsp 1.129.637/SC, 6ª T., rel. min. Sebastião Reis Júnior, julg. 25.2.2014, DJ 10 mar. 2014;

### 5.3.4 Obrigatoriedade e conteúdo do laudo antropológico

Frente a suposta prática de conduta criminosa por um indígena – para que se possa avaliar se é hipótese de aplicação do sistema jurídico próprio da comunidade do suposto infrator ou se é caso de incidência do Direito Penal da sociedade envolvente e, assim, analisar se há atipicidade de sua conduta, incidência em erro de proibição/erro culturalmente condicionado, inexigibilidade de conduta diversa, ou, no caso de o fato ser típico, antijurídico e culpável, para que seja possível averiguar a incidência da atenuação da pena em virtude da dificuldade do indígena em interiorizar os valores da sociedade envolvente –, é indispensável avaliar não apenas a conduta particular do indígena mas a cultura e valores do povo a que pertence, bem como a relação de sua conduta com essa cultura.

Preliminarmente, indiscutível é a existência de diferenças culturais entre as 305 diversas etnias indígenas existentes no País. Daí conclui-se que, para a averiguação de quais das normas penais diferenciadas incidem no caso em concreto, é indispensável laudo antropológico.

A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas reconhece que a situação desses povos varia conforme as regiões e os países, devendo-se levar em conta o significado das particularidades nacionais e regionais e das diversas tradições históricas e culturais.

Maria Fernanda Paranhos<sup>47</sup> ressalta a falsa imagem do índio genérico, segundo a qual todos têm a mesma cultura, língua, religião, hábitos e relações jurídicas.

Ela afirma que a análise antropológica deve debruçar-se sobre o processo de construção da identidade em sociedades indígenas em contato com a sociedade nacional e sobre os contextos em que é evocada, como elaboram suas unidades e como constroem suas diferenças.

Segundo Marcelo Beckhausen,

A cultura e seus elementos não são aspectos desimportantes quando encarnam em um processo ou em um procedimento administrati-

47 PARANHOS, 2003.

vo. São matérias esperando uma descrição e uma interpretação. Estes esquemas descritivos/interpretativos não podem ser apropriados de forma despreparada ("esse costume me parece/não me parece indígena"), casuística, ou totalmente desprezados, o que, de certa forma, tem o mesmo sentido de analisá-los de forma não-capacitada ou oportunista. Tais esquemas devem ser utilizados por quem está habilitado para interpretar e descrever processos culturais, ambientes, grupos, costumes, tradições e conseguir traduzir tais fatos para os operadores de direitos de modo a poder municiá-los no que tange a sua atividade de interpretar-concretizar o direito<sup>48</sup>.

O profissional habilitado a tanto é o antropólogo. Deborah Duprat de B. Pereira dispõe que

Assim, a atuação do Estado em relação a esses grupos, de modo a garantir seu direito à identidade, pressupõe a compreensão de suas formas de ver e conhecer o mundo. Sendo uma compreensão de sentido, todavia, a compreensão de uma outra cultura não se dá mediante a atitude objetivamente adotada pelo observador diante de estados e sucessos fisicamente mensuráveis, requerendo-se, ao contrário, a participação em um processo de entendimento<sup>49</sup>.

Afirma que "a atuação do Estado é antecedida por essa 'tradução', feita necessariamente pela mediação antropológica que torna o outro inteligível"<sup>50</sup>.

Elaine Amorim<sup>51</sup>, por sua vez, ressalta, em relação ao laudo pericial antropológico judicial sobre crime envolvendo indígenas, que

O objetivo é dar voz aos índios e veicular sua perspectiva, com o intuito de evitar ao máximo que as decisões relativas às suas vidas se dêem baseadas em uma visão etnocêntrica, ou seja, numa perspectiva que toma as próprias categorias ocidentais de compreensão do mundo como parâmetro de julgamento para todos os demais contextos sociais e culturais.

48 BECKHAUSEN, 2009, p. 11-12.

49 PEREIRA, 2002, p. 45.

50 Ibidem, p. 45.

51 AMORIM, 2004, p. 254.

Segundo Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa,

[...] para compreender o contexto cultural do depoente ou da demanda, quando posta em favor ou contra indígenas, individual ou coletivamente, é necessário o auxílio de alguém que conheça a organização sociopolítica e cultural do grupo étnico. Em geral, será um(a) antropólogo(a) com especialização naquele grupo étnico. A ausência de profissional capaz de estabelecer o diálogo intercultural faz com que o sistema judicial ignore a diversidade cultural e aplique o direito sempre do ponto de vista étnico/cultural dominante<sup>52</sup>.

Para Luiz Fernando Villares<sup>53</sup>, o laudo antropológico-cultural deveria ser obrigatório porque só ele poderá demonstrar no caso concreto a inserção de valor cultural em pessoa criada em sociedade diversa.

Ademais, o crime praticado por indígena necessariamente afeta sua comunidade, provocando instabilidade. São indissociáveis a conduta praticada por indígena e a dimensão necessariamente coletiva da organização social de seus povos e comunidades. Como afirma a Declaração da ONU, os povos indígenas possuem direitos coletivos que são indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos. Tal aspecto, do reflexo do crime na comunidade, também deve ser observado no laudo antropológico.

Acerca do conteúdo do laudo, Elaine Amorim afirma que a antropologia fornece uma espécie de senha de acesso a outras realidades, utilizando-se de metodologia específica: a etnografia. O critério considera que a análise de conflitos socioculturais focaliza um campo de relações no qual vários segmentos sociais disputam entre si interesses, cabendo ao etnógrafo mapear tais conflitos. Para tanto, requer-se enxergar cada um dos atores e suas perspectivas, bem como as relações que estabelecem entre si, enfoque que permite um olhar amplo sobre a realidade local, elucida o contexto em que se insere o conflito e possibilita compreensão mais acurada<sup>54</sup>.

52 CASTILHO; COSTA, 2009, p. 60.

53 VILLARES, 2009, p. 302.

54 AMORIM, 2004, p. 255-256.

Referido laudo necessita ser realizado *incontinenti* ao conhecimento da prática do fato considerado criminoso por indígena, pois, como já demonstrado, seu resultado pode levar à conclusão inclusive pela atipicidade da conduta, caso em que nenhuma denúncia deve ser oferecida pelo Ministério Público Federal.

Cabe ressaltar que o PL do Estatuto das Sociedades Indígenas prevê a obrigatoriedade de perícia antropológica nessas hipóteses (art. 90).

Em síntese, segundo Marcelo Beckhausen,

Os juízes utilizam peritos contábeis sempre que necessário para espancar dúvidas que fogem se deu conhecimento jurídico. Deverão também usar os especialistas na antropologia para que possam julgar seus processos de forma adequada. [...] Se seguirmos por outra linha, de que os direitos indígenas podem ser visualizados simplesmente sob o prisma jurídico, desconsiderados elementos de ordem antropológica, podemos tornar o artigo 231, pelo menos no tocante a garantia da diversidade cultural, uma fórmula vã e inconseqüente<sup>55</sup>.

Por fim, sempre que houver crime em que figure indígena como autor ou vítima, será imprescindível a intervenção da União, por intermédio da FUNAI, cabendo à Polícia Federal apurar a ação criminoso, na dicção do art. 1º, IV, *f* e *i*, do Decreto n. 73.332 de 1971.

Nos crimes cometidos por indígena, o Ministério Público Federal age não apenas como acusador (art. 129, I, da CF) mas também como defensor dos direitos aqui referidos (art. 129, V, da CF). Logo na primeira notícia de prática de fato considerado crime por indígena, ainda na fase pré-processual, deverá o Procurador da República providenciar análise antropológica.

A defesa do índio pode ser realizada por advogado particular, se assim o desejar, mas, sendo da União o dever de defender os direitos dos índios, entre os quais certamente incluem-se os direitos à vida e à liberdade, cabe sua defesa por procurador federal da FUNAI (art. 35 do Estatuto do Índio, art. 11-B, § 6º, da Lei n. 9.028, de 12 de abril de 1995, e

<sup>55</sup> BECKHAUSEN, 2009, p. 12-13.

art. 14 do Decreto n. 7.778 de 27 de julho de 2012) ou defensor público da União (art. 1º, V, da Portaria n. 258, de 7 de julho de 2008).

O PL do Estatuto das Sociedades Indígenas afirma que a Procuradoria-Geral Federal prestará assistência jurídica criminal ao indígena ou comunidades, devendo criar câmara de coordenação e especialização da matéria indígena, de modo a formar e manter em seus quadros procuradores federais especialistas no assunto (arts. 235 e 236).

## 6 Competência jurisdicional

A CF/1988 afirma, em seu art. 109, XI, ser federal a competência para o processo e julgamento de causas envolvendo direitos indígenas; os incisos I, III e IV do mesmo artigo incluem também as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional e os crimes praticados em detrimento de bens, serviços e interesse da União, respectivamente.

Tais normas, interpretadas em conjunto com os dispositivos constitucionais acima referidos, que tratam da obrigação da União de proteger a cultura e outros bens jurídicos dos indígenas, fazem concluir ser da Justiça Federal a competência para processar e julgar qualquer caso que envolva indígena, inclusive quando pratiquem fatos tipificados como crime.

Esse posicionamento é adotado, entre outros doutrinadores, por Cláudio Lemos Fonteles (pois “o art. 231, *caput*, da Constituição Federal ‘impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida’ e porque o inciso XI, do art. 109 da mesma Carta, que o primeiro operacionaliza, marca na Justiça Federal de 1º grau a competência jurisdicional para as contendas sobre direitos indígenas”<sup>56</sup>, por Cândido Rangel Dinamarco (“A disposição do inc. XI abrange causas referentes à tutela coletiva ou individual. É indiferente a

<sup>56</sup> FONTELES, 1993, p. 205.

condição das partes, seja no pólo ativo ou no passivo do processo”<sup>57</sup> e por Paulo de Bessa Antunes (“Atento à peculiar situação dos indígenas, o legislador constituinte estabeleceu a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento de causas envolvendo disputa sobre direitos indígenas”)<sup>58</sup>.

A Súmula n. 140 do STJ<sup>59</sup>, por ter sido editada com base em julgados do STF proferidos antes da vigência da CF/1988 (não possuindo a Constituição anterior regra semelhante à contida no atual art. 109, XI) e da incorporação da Convenção n. 169/OIT ao ordenamento jurídico nacional, não deve, portanto, ser aplicada.

O PL referente ao Estatuto das Sociedades Indígenas resolve a controvérsia acerca da competência (art. 228), afirmando competir aos juízes federais processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, assim considerada, na esfera criminal, a ação em que o indígena figure como autor ou réu.

Também o PL n. 156 de 2009, que institui o novo Código de Processo Penal, inclui na competência jurisdicional federal a infração penal que tenha por fundamento a disputa sobre direitos indígenas ou tenha sido praticada por índio (artigo 97, § 1º).

Por fim, vale lembrar que esse entendimento já foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 71.835/MS, assim ementado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. ÍNDIO. JUSTIÇA ESTADUAL: INCOMPETÊNCIA. ARTIGO 109-XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Caso em que se disputam direitos indígenas. Todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob a rubrica do inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal. Habeas corpus concedido para que se desloque o feito para a Justiça Federal, competente para julgar o caso.

57 DINAMARCO, 2009, p. 487.

58 ANTUNES, 1998, p. 139-142.

59 “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”.

Na ocasião, ficou consagrada a tese de que também está inserida na previsão do artigo 109, XI, eventual disputa em torno de direito de um índio particular. Disse o Ministro Relator Francisco Rezek:

O art. 109, inciso XI, estabelece que “aos juízes federais compete processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas”. Não é questão, a meu ver, de dar interpretação extensiva a esse dispositivo. É questão de lê-lo rigorosamente como nele se contém. Fala-se aqui em disputa, e todo processo judicial o é. Sobre direitos indígenas, e todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob essa rubrica. De tal sorte que aquilo que à primeira abordagem alguém poderia apontar como a interpretação ampliada do inciso XI do art. 109, na verdade não é mais do que uma interpretação atenta ao propósito do constituinte, mas, sobretudo, obediente à literalidade da norma, ao que significa disputa e ao que significam direitos indígenas.

[...]

Penso que o constituinte desejou que a Justiça Federal construa uma jurisprudência sobre situações dessa índole; e não que isso se faça em caráter avulso e variado nas diversas justiças estaduais.

## 7 Aplicação da lei pelo Poder Judiciário e doutrina majoritária

Em pesquisa de jurisprudência nos sítios eletrônicos dos tribunais superiores, sintomaticamente, encontram-se apenas um julgado no STF e dois no STJ que fazem referência, como legislação analisada, à Convenção n. 169/OIT<sup>60</sup>.

60 STF, Pet 3388 ED/RR, Pleno, rel. min. Roberto Barroso, julg. 23.10.2013, DJe-023, divulg. 3.2.2014, public. 4 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?sl=%28conven%E7%E3o+e+169+e+oit%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oyv6h3o>>. Acesso em: 31 ago. 2014. REsp 1.129.637/SC, 6ª T., rel. min. Sebastião Reis Júnior, julg. 25.2.2014, DJe 10 mar. 2014 e AgRg na SLS 1745/PA, Corte Especial. Rel. ministro Felix Fischer, julg. 19.6.2013, DJe 26 jun. 2013 (este último negando o direito dos povos interessados de ser consultados, na forma prevista no art. 6º, em caso de realização de estudos preliminares atinentes à viabilidade de implantação de usina hidrelétrica). Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=conven%E7%E3o+e+169+e+oit&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=conven%E7%E3o+e+169+e+oit&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>, acesso em: 31 ago. 2014.

Infelizmente, a despeito da clareza das normas de regência, os tribunais superiores vêm decidindo como se a lei dissesse o que não diz, analisando perfunctoriamente o grau de *integração* do índio como critério predominante para o julgamento. Na maioria das vezes, os julgadores sequer contam com auxílio de laudo antropológico, deduzindo ser o índio *aculturado* em decorrência da superficial análise de aspectos de sua aparência, bens materiais ou mesmo educação, como se o conhecimento e a incorporação de alguns códigos e hábitos da sociedade envolvente extinguissem por si só o caldo de cultura em que foi criado. Ora, o verniz pode ser de não-índio, mas o conteúdo certamente o é.

Grande parte do Poder Judiciário nacional ainda não percebeu que fere as normas constitucionais e os tratados internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao se utilizar de visão prevalecente nos tempos em que o Brasil buscava integrar os indígenas “progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”, como se os índios primitivos fossem e devessem ser civilizados pelos não índios.

O STF possui julgados nesse sentido (“É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente”)<sup>61</sup>. E também o STJ, em mais de uma oportunidade, manifestou-se da mesma maneira (“É dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. O Tribunal de origem, fundamentado em elementos probatórios constantes dos autos, concluiu que os recorrentes tinham boa compreensão das regras da sociedade não indígena, inclusive sabendo ler e escrever e possuindo identificação civil”)<sup>62</sup>. Em uma oportunidade, o STJ anulou decisão que determinara a

61 STF, HC 85.198/MA, 1ª T., rel. min. Eros Grau, julg. 17.11.2005, DJ 9 dez. 2005, p. 16. O precedente citado é o STF, HC 79.530/PA, 1ª T., rel. min. Ilmar Galvão, julg. 28.3.2000, DJ 26 maio 2000 (caso “Paulinho Paiakan”).

62 STJ, REsp 1.129.637/SC, 6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julg. 25.2.2014, DJ 10 mar. 2014; STJ, HC 30.113/MA, 5ª T., rel. min. Gilson Dipp, julg. 5.10.2004, DJ 16. nov. 2004, p. 305.

internação de menores indígenas sem a realização do exame antropológico, afirmando que somente é dispensável o referido laudo para aferir a imputabilidade dos indígenas quando há nos autos provas inequívocas de sua integração à sociedade e, no caso, haveria indícios de que os menores não estariam totalmente integrados à sociedade<sup>63</sup>.

Analisando-se os manuais de Direito Penal brasileiros, observa-se que a maioria ainda segue essa mesma linha de pensamento<sup>64</sup>.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho, em relação ao grande número de julgados e doutrinadores que, sem qualquer fundamento legal, restringem a aplicação das normas favoráveis aos indígenas, conclui:

Raro desvelo do Direito, quando a lei garante a regalia a um índio, mesmo que se trate de uma mínima melhoria na aplicação da pena, que significa uma diminuição, ou facilitação na execução, há imediatamente o intérprete e o julgador para dizer que a lei não quis dizer isto, que aquela regalia é um equívoco e não pode ser aplicada. Enquanto não se aplicava a lei e se punia por meio de estruturas extrajudiciais, cruéis e desumanas, como fazia o antigo SPI, não havia entendimento oficial, doutrinário ou jurisprudencial discordante, e o Direito de mantinha em um silêncio envergonhado<sup>65</sup>.

Em síntese, tem-se aplicado erroneamente o critério da inimputabilidade aos indígenas, que, quando considerados *aculturados*, têm tratamento idêntico aos não índios, sendo comumente ignorados os demais critérios e normas protetivas. Tal posicionamento nega aos índios direitos a eles assegurados, configurando grave caso de discriminação e racismo.

Segundo Deborah Duprat de B. Pereira,

O juiz não pode olvidar que, à mudança do paradigma epistemológico, corresponde necessariamente a mudança de metodologia. A abertura para o outro, experimentando-o como tal de modo a fazer valer sua pretensão,

63 STJ, HC 40.884/PR, 5ª T., rel. min. José Arnaldo da Fonseca, julg. 7.4.2005, DJ 9 maio 2005, p. 445.

64 BITENCOURT, 2010, p. 416-417; CAPEZ, 2009, p. 313; GRECO, 2010, p. 378-379; JESUS, 2010, p. 545; MIRABETE, 2010, p. 197; NUCCI, 2009, p. 298.

65 SOUZA FILHO, 2009, p. 114.

afasta a atitude monológica e impõe a recuperação da retórica, mediada pela intervenção antropológica que, ao experienciar significativamente uma realidade, está apta a traduzir os topoi que orientarão a discussão<sup>66</sup>.

O artigo 46, item 2, da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas afirma que quaisquer limitações ao exercício dos direitos nela previstos, se não decorrentes da lei ou das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, são *discriminatórias*. Ressalta que todas as doutrinas, políticas e práticas com base na superioridade de determinados povos ou indivíduos, ou que a defendem alegando, entre outras, diferenças étnicas ou culturais, são racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas.

Em seu artigo 2º, afirma que os povos e pessoas indígenas têm o direito de não serem submetidos a nenhuma forma de discriminação no exercício de seus direitos que esteja fundada, em particular, em sua origem ou identidade indígena.

O artigo 8º dispõe que os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de todo ato que tenha por objetivo ou consequência privar povos e pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica (2a).

## 8 Conclusão

Consoante bem colocado por Fernando Antonio de Carvalho Dantas,

O reconhecimento constitucional das diferenças sócio-culturais indígenas representa um marco libertário na histórica trajetória de negação e invisibilidade dos povos indígenas brasileiros. Entretanto, reconhecer, somente no plano formal, a natureza plural e multicultural que conforma a sociedade brasileira não é tudo. É necessário a efetivação dos direitos diferenciados, pelo exercício e pela construção de espaços de lutas pelos direitos mediados pelo diálogo intercultural<sup>67</sup>.

66 PEREIRA, 2002, p. 46.

67 DANTAS, 1999, p. 6247.

Decidir por si só o operador do Direito – dispensando de maneira arrogante o auxílio antropológico – que um indígena é *aculturado* ou *integrado*, negando-lhe a aplicação do regramento jurídico penal e processual penal protetivo a ele destinado, é o mesmo que negar-lhe sua identidade indígena, conduta considerada racista e discriminatória.

Agindo assim, o operador do Direito viola a prerrogativa dos indígenas de se autodeterminarem, utilizando, se assim lhes convier, alguns códigos e absorvendo alguns hábitos da sociedade envolvente, sem que com isso percam sua identidade indígena. O respeito aos sistemas culturais e normativos dos povos indígenas significa a garantia de sua própria sobrevivência e integridade.

É indispensável que os tribunais e a doutrina superem o inconstitucional paradigma da integração e a consequente avaliação da imputabilidade do indígena que comete fato tido como criminoso pela sociedade envolvente e passem a utilizar as normas constitucionais e internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, entre outras, de respeito à multiétnicidade e à multiculturalidade.

Em outras palavras, frente à situação concreta de suposta prática de conduta criminosa pelo índio, deverá o operador do direito analisar se é caso de aplicação de sistema jurídico próprio indígena ou de incidência do Direito Penal da sociedade envolvente. E, nessa última situação, deverá averiguar se é hipótese de atipicidade de sua conduta, de incidência em erro de proibição/erro culturalmente condicionado, de inexigibilidade de conduta diversa e, por fim, caso seja hipótese de o índio responder criminalmente perante a sociedade não índia por atos praticados, imediata e obrigatoriamente deverá aplicar regramento jurídico diferenciado e adequado a suas especificidades culturais, quais sejam, a competência jurisdicional da Justiça Federal, a obrigatória presença de intérprete e antropólogo, a atenuação da pena e o seu cumprimento diferenciado, entre outras.

É indispensável avaliar não apenas a conduta particular do indígena mas a cultura e valores do povo a que pertence o infrator, bem como a relação de sua conduta com essa cultura, tradução essa necessariamente feita pelo profissional capacitado a tanto: o antropólogo.

Apenas assim, com observância a todo esse regramento, será possível considerar que ao indígena a quem se imputa a prática de uma conduta criminosa foi garantido o respeito à diversidade étnica e cultural e, por consequência, aos princípios que devem nortear o Estado Democrático de Direito.

O respeito aos sistemas culturais e normativos dos povos indígenas significa a garantia de sua própria sobrevivência e integridade, tendo a democracia brasileira o desafio de gerar uma política criminal multicultural, de acordo com a nova ordem jurídica constitucional.

## Referências

AMORIM, Elaine. Laudo pericial antropológico judicial sobre crime envolvendo indígena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, p. 254, jan./fev. 2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Ação civil pública, meio ambiente e terras indígenas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003.

\_\_\_\_\_, O índio diante do sistema jurídico. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília, n. 3, p. 13-16, mar. 2004.

BECKHAUSEN, Marcelo. Diversidade cultural e processo penal. In: CALLEGARI, André; WEDY, Miguel (Org.). *Reformas do código de processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BEVILACQUA, Clóvis. Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista. In: SOUZA FILHO, C.F. Marés de. *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 1992.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 15. ed., ver., at. e amp. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal - parte geral*, v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 46, n. 183, p. 55-66, jul./set. 2009.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. *A noção de pessoa jurídica e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro*. 1999. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/bh/fernando\\_antonio\\_de\\_carvalho\\_dantas3.pdf](http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/bh/fernando_antonio_de_carvalho_dantas3.pdf)>. Acesso em: 31 jan. 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. 1. 6. ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FONTELES, Cláudio Lemos. Os julgamentos de crimes cometidos contra comunidades indígenas pela Justiça Estadual. In: *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. O exame antropológico em crimes imputados a indígenas. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 22, p. 289-296, 2008.

GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal - parte geral*. V. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HERINGER JUNIOR, Bruno. A imputabilidade penal do índio. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS*. Porto Alegre, ano XXV, n. 73, p. 150-157, jul. 1998.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. V. 1, t. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damasio E. de. *Direito penal - parte geral*. 31. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

LYRA, Roberto. O direito penal dos índios. In: SOUZA FILHO, C.F. Marés de. *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 1992.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. V. 1. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NARANJO, Herman Dario Benítez. *Tratamiento juridicopenal del indígena colombiano: inimputabilidad o inculpabilidad?*. Bogotá: Temis, 1988.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal - parte geral/parte especial*. 6. ed., ver. e amp. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, João Pacheco de. *A viagem de volta*. Etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste Indígena. Rio de Janeiro: Contracapa, 1999.

PARANHOS, Maria Fernanda. *A interação dos diferentes grupos sociais e a manutenção da diversidade étnica*. Nota Técnica n. 166. Brasília: Ministério Público Federal, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2003.

PEREIRA, Deborah Macedo D. de Brito. O estado pluriétnico. In: *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Laced, 2002.

\_\_\_\_\_, (Org.). *Pareceres jurídicos*. Direitos dos povos e das comunidades tradicionais. Manaus: UEA, 2007.

REZENDE, Guilherme Madi. *Índio - tratamento jurídico-penal*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Índios e competência criminal*. A necessária revisão da Súmula nº 140 do STJ. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 651, 20 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6606>>. Acesso em: 31 jan. 2010.

\_\_\_\_\_, *Apuração e julgamento de crimes praticados por índios*. 4 abr. 2006. Disponível em: <[http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/apuracao\\_julg.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/apuracao_julg.pdf)>. Acesso em: 31 jan 2010.

\_\_\_\_\_, Índios e imputabilidade penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1171, 15 set. 2006b. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8924>>. Acesso em: 31 jan. 2010.

\_\_\_\_\_, A proteção dos direitos dos índios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1417, 19 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9867>>. Acesso em: 31 jan. 2010

\_\_\_\_\_, Índios: prisão cautelar e cumprimento de pena privativa de liberdade às luzes do Estatuto do Índio e da Convenção 169 da OIT. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1565, 14 out. 2007b. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10513>>. Acesso em: 31 jan. 2010.

\_\_\_\_\_, Índios: solução de conflitos segundo seus costumes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1857, 1 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11533>>. Acesso em: 31 jan. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed., rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Direito indígena, direito coletivo e multiculturalismo. *Revista Eletrônica Internacional Direito e Cidadania*, n. 2, p. 113-138, out. 2008.

SOUZA, Estella Libardi de. *Povos indígenas e o direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos*. In: Trabalho 4 – diversidade, identidades e culturas latino-americanas no Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos, 20 a 22 de agosto de 2008. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

YRURETA, Gladys. *El indígena ante la ley penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. V. 1: parte geral. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAMBRANO, Carlos Vladimir. *Constitucionalidad, inimputabilidad e inculpabilidad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciências Políticas y Sociales. Grupo de Investigación Relaciones Interétnicas y Diversidad Cultural, 2004. Disponível em: <[http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/eventos/docs\\_eventos/carlos\\_zambrano.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/eventos/docs_eventos/carlos_zambrano.pdf)>. Acesso em: 31 jan. 2010.

# Os direitos dos índios: paradoxos e colonialismos internos

Paulo Thadeu Gomes da Silva

Procurador Regional da República em São Paulo. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Doutor em Direito.

## 1 Breve descrição geral

A década de 1980 viu forjar-se um novo paradigma normativo referente aos direitos dos índios, qual seja, o da diferenciação social, que aqui é tomada não como clivagem, distinção imutável, mas sim como algo que muda com o passar do tempo, tendo em vista o inexorável processo de contato entre as sociedades indígenas e a ocidental ou moderna. Esse paradigma substituiu, no plano doméstico e internacional, o então vigente e desgastado paradigma da aculturação<sup>1</sup>.

Alguma discussão pode existir com relação à possibilidade ou não de formação de paradigma nas ciências sociais, ao menos sob a forma com que ele se manifesta nas ciências naturais. A compreensão aqui exposta aponta para uma conclusão positiva. Como é sabido, o paradigma, tal qual formulado para as ciências naturais, compõe-se de quatro elementos: a) generalização simbólica; b) compromissos coletivos com crenças; c) valores; d) o próprio paradigma ou exemplares, estes que são

<sup>1</sup> Aculturação como gênero da assimilação e da integração, ver WACHTEL, Nathan. A aculturação. In: LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre. *História: novos problemas*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1979, p. 113-129.

as soluções concretas de problemas encontrados pelos estudantes desde o início de sua educação científica. Manifesta-se quando em crise a ciência, de tal modo que o paradigma existente já não consegue mais dar conta de solucionar os problemas postos.

Para o direito, o paradigma pode apenas ser aquele normativo, que, para o caso aqui estudado, é o positivado na Constituição de 1988 e na Convenção n. 169 da OIT. Esse paradigma normativo representado pelo direito à diferenciação social é oriundo tanto da mobilização dos índios quanto da formação de uma teoria constitucional e de direito internacional, movimentos que acabaram por gerar uma crise na forma de abordagem do tema. Convive ele com o paradigma da aculturação, uma vez que a Convenção n. 107 da OIT, que positiva a integração, ainda continua válida para os países que não ratificaram a de n. 169 da OIT<sup>2</sup> – em 2007 o número era de dezoito países.

No âmbito da teoria constitucional e do direito internacional que informa o novo paradigma da diferenciação social, existe como que “uma complexa articulação entre pensamento e realidade histórica, refletida nas categorias sociais do pensamento”<sup>3</sup>, o que pode levar mesmo a rupturas na maneira de refletir sobre determinado tema, o que é o caso dos direitos dos índios, pois a passagem da aculturação para a diferenciação social, forjada na sociedade, é clara e significou o rompimento com determinada forma de aproximação e de tratamento dos direitos dos índios.

Tanto a Constituição de 1988 quanto a Convenção n. 169/1989 da OIT – incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n. 5.051, de 19.4.2004 – revisaram e revogaram normas jurídicas que autorizavam e mesmo impunham a aculturação do índio pela sociedade majoritária, o que pode ser notado pelo disposto nos arts. 210, 215, 216 e 231 da Constituição, e em todos os artigos da Convenção n. 169.

Na elaboração da Constituição de 1988 houve uma participação bastante forte dos índios e de representantes dos interesses indígenas;

2 Cf. ERRICO, Stefania. *The draft UN declaration on the rights of indigenous peoples: an overview*. In: *Human Rights Law Review*, 7:4, 2007, p. 741-755.

3 HALL, Stuart. *Cultural studies: two paradigms*. In: *Media, culture and society*. 1980, 2, p. 57-72 (57).

por sua vez, na elaboração da Convenção n. 169, a participação dos índios foi limitada – o que não quer dizer que eles não tomaram parte nesse processo – e questões muito importantes para esses grupos sociais, tais como o direito à terra e a qualificação como povos, foram decididas a portas fechadas, fato que levou a teoria a afirmar que a convenção nasceu com um pecado original, uma vez que os movimentos sociais indígenas atuaram como meros observadores<sup>4</sup>.

Esse novo paradigma significa a possibilidade de existência das sociedades indígenas socialmente diferenciadas da sociedade ocidental ou moderna: são sociedades minoritárias inseridas em uma sociedade majoritária, sem relações de hierarquia entre elas, mas sim de heterarquia, o que se pode argumentar com base no que escreveu Lévi-Strauss em *O pensamento selvagem*. Permite, também, tratar do tema dos índios sob a perspectiva dos direitos, isto é, não se trata mais da questão ou do problema indígena, mas sim de seus direitos.

De sua vez, esses direitos são fundamentais porque são universais, morais, fundamentais, abstratos e preferenciais. Essas marcas caracterizam, segundo Alexy<sup>5</sup>, um direito como fundamental. Além disso, e o que parece ser mais importante, a universalidade dos direitos fundamentais é a de seu próprio título, e não de seus conteúdos, pois há sociedades que compõem a sociedade mundial que não seguem a mesma concepção de direitos fundamentais, o que faz desta uma pretensão ocidental de validade universal: o empírico parece demonstrar que não é bem assim.

Com relação à universalidade é de se indicar que determinados grupos sociais presentes em sociedades específicas, em especial os originários que conseguiram *sobreviver* à colonização e ao colonialismo, são titulares de determinados direitos fundamentais que dizem respeito somente a eles, exatamente porque se trata desses grupos sociais, o que parece se colocar como obstáculo intransponível à integração inversa – este ponto não será tratado aqui.

4 RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis. *Indigenous peoples, postcolonialism, and international law – the ILO regime (1919-1989)*, Oxford University Press, 2010, p. 317.

5 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a, p. 41-54.

A universalidade dos direitos fundamentais dos índios quer dizer: a) que se distinguem dos outros direitos; b) que podem ser titularizados por todos os grupos sociais e não apenas por alguns deles, isto é, os direitos fundamentais valem para todos os índios do Brasil.

Segundo Alexy, um direito humano é moral quando ele vale moralmente, e ele vale moralmente quando, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificado<sup>6</sup>. Afirmar nesses termos remete à questão atualíssima da reaproximação entre direito e moral, marca do movimento presente denominado de pós-positivismo, quando já se encontra superado o quase secular distanciamento promovido pelo positivismo entre esses dois.

O tema é bastante relevante, primeiro porque permite ao intérprete extrair significados das normas que sejam consentâneos com os propósitos ou valores da sociedade atual, o que implica dizer que não pode ser considerado válido qualquer sentido obtido no processo de interpretação, e segundo porque coloca a questão acerca de qual moral deve ser considerada válida ou adotada pelos próprios intérpretes.

No que diz com o primeiro ponto, pode-se mesmo falar em um positivismo legal inclusivo, pelo qual “valores morais e princípios são considerados entre os possíveis fundamentos que um sistema legal poderia aceitar para determinar a existência e conteúdo de leis válidas”<sup>7</sup>, e no qual há o positivismo que se descreve como pretensões à correção, à justiça e aos princípios<sup>8</sup>.

Em relação ao segundo, por certo que não pode ser qualquer moral, ou uma moral convencional, a nortear a ação do intérprete e mesmo a do legislador, pois admitir-se tal hipótese seria ter de admitir, por amor à lógica, que a implementação da pena de morte poderia ser possível ou, no caso dos índios, que eventual política de assimilação pudesse se tornar constitucionalmente adequada. Trata-se, então, segundo Dworkin, de uma moral concorrente<sup>9</sup>, pela qual “uma comunidade a exhibe quando

seus membros estão de acordo quanto a afirmar a existência da mesma regra normativa, mas não consideram o fato desse acordo como parte essencial das razões que os levam a afirmar a existência dessa regra”<sup>10</sup>.

Por essa descrição pode-se perceber que a moralidade de um direito fundamental é concorrente, e não convencional. E assim é porque: a) um direito fundamental já se encontra positivado, portanto, as pessoas o aceitam sem se perguntar pelas razões por meio das quais ocorre essa aceitação; b) a aceitação desse direito fundamental – o que implica a sua defesa e o respeito a ele – existirá mesmo se houver violação a ele, vale dizer, está-se diante de uma expectativa normativa, que não cede aos fatos – não é porque o direito fundamental dos índios à terra seja objeto de negação e disputa por parte de não índios que esse mesmo direito deixará de existir.

Tanto pelo primeiro ponto quanto pelo segundo pode-se afirmar que os direitos dos índios são moralmente válidos, pois são pertinentes a uma concepção moral atual representada pela sua defesa e promoção, assim como acabam por conferir aos seus titulares uma posição moral peculiar e distinta da ocupada pelos não índios.

Essa posição moral distinta daquela ocupada pelos não índios não significa que ela seja superior a qualquer outra, mas apenas que ela é diferente das outras porque se refere a pessoas que compõem uma sociedade existente dentro de outra sociedade. Daí ela ser submetida a um regime de dupla afetação, pois os índios poderão, ao mesmo tempo, ser titulares de direitos fundamentais indígenas e de direitos fundamentais não indígenas.

Os direitos fundamentais, para Alexy, também são direitos preferenciais ou prioritários, no sentido de que devem ser respeitados, protegidos e fomentados pelo Estado e pela sociedade<sup>11</sup>. Isto quer dizer que o direito humano que se pretenda fundamental não pode ter qualquer conteúdo positivado como seu, pois não se pode imaginar uma ordem constitucional democrática que viole direitos fundamentais. Vale dizer, não basta o direito fundamental válido presentemente ser positivado; ele tem de

6 Ibid, p. 47.

7 WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 82.

8 ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011b.

9 Esta observação, a mim feita, é de autoria da professora Luciana Reis, a quem agradeço.

10 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 85.

11 ALEXY, 2011a, p. 47.

ser, necessariamente, positivado com um conteúdo que o faça proteger, respeitar e fomentar. A construção de seus sentidos, por certo, incumbe tanto ao âmbito jurídico quanto ao político, compromisso sem o qual não há como conferir a tais direitos esse caráter de preferencialidade.

Essa forma de compreensão diz respeito ao conceito de direitos fundamentais elaborado por José Afonso da Silva, para quem a expressão direitos fundamentais do homem “é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”<sup>12</sup>. Instituições são estruturas sociais constituídas pela lei fundamental de um país, v.g., a Constituição, que acabam por servir como ponto de partida para que a sociedade se autorreproduza por elas mesmas; por exemplo, a igualdade de gênero positivada no texto constitucional brasileiro atual e a necessidade de que a sociedade brasileira se organize por esse princípio. Prerrogativas são direitos especiais, sem hierarquia, mas que possuem uma posição material, de conteúdo, diferente daquela que informa os outros direitos; para o caso, direitos fundamentais que são prioritários naquilo que diz com o conteúdo a ser veiculado por suas normas, em comparação com os outros direitos que não são fundamentais.

Ainda para Alexy, os direitos do homem que pretendem ser fundamentais têm de apresentar a marca da fundamentalidade. Essa fundamentalidade se representa pelos interesses e pelas carências que possam ser e se deixem ser positivadas pelo direito. Isso acontece quando a violação ou a não satisfação de um interesse ou de uma carência significam a morte ou um sofrimento grave ou tocam o núcleo essencial da autonomia<sup>13</sup>.

Há, portanto, interesse e carência que não podem ser normatizados porque não se deixam normatizar e cuja violação ou não satisfação não causam a morte, nem um sofrimento grave, nem tocam o núcleo essencial da liberdade; v.g., o amor e o interesse de empregados em que a empresa não feche suas portas. Pode haver interesse, mas não há direito.

12 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 178.

13 ALEXY, 2011, op. cit, p. 48.

Tome-se o exemplo das normas do art. 231, *caput*, da Constituição, que positivam serem reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Há vários direitos aí positivados, os quais podem ser considerados como especificações do direito fundamental geral à diferenciação social, sendo eles de duas ordens: um que deriva da vulnerabilidade de suas sociedades e outro que deriva da sua condição de primeiros ocupantes das terras brasileiras e que é uma tradição<sup>14</sup>.

É de se aplicar, então, o teste da fundamentalidade ao direito à terra. Se ocorrer a violação ou a não satisfação desse direito, o que se produz como consequência é a morte ou um sofrimento grave dos índios, e isso, porque, a par das tristes demonstrações estatísticas empíricas nesse sentido, a terra é um elemento imprescindível na autorreprodução das sociedades indígenas<sup>15</sup>, conforme já se pronunciou o Conselho Mundial dos Povos Autóctones: “A terra é o fundamento dos povos autóctones. Ela é o solo de nossa espiritualidade, o terreno sobre o qual florescem nossas culturas e nossas línguas. Se se quer eliminar os povos autóctones, o melhor meio de nos matar é separar-nos da parte de nós mesmos que pertence à Terra”<sup>16</sup>.

Portanto, o direito de acesso à terra, ao habitat no qual pode se reproduzir física e culturalmente, é direito fundamental indígena, positiva- do, expressamente, no art. 231, *caput*, da Constituição.

Por fim, e ainda para Alexy, um direito humano, para ser direito fundamental, tem de ser abstrato, o que demanda, para sua aplica-

14 Conforme depoimento de Manuela Carneiro da Cunha à Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, da Assembleia Nacional Constituinte, quarta reunião, 23.4.1987.

15 Ainda segundo Manuela Carneiro da Cunha: “Os índios têm na terra o suporte da sua identidade. A terra é absolutamente necessária à sua reprodução física e cultural também. Este é ponto pacífico que não necessita de mais explicações”, *ibid*.

16 Citado em ROULAND, N.; PIERRÉ-CAPS, S.; POUMARÈDE, J. *Droit des minorités et des peuples autochtones*. Paris: PUF, 1996, p. 470.

ção, a ponderação<sup>17</sup>. Essa afirmação se refere à veiculação de um direito fundamental sob a forma de princípio, este que impõe deveres e cria direitos *prima facie*, ao contrário das regras, que contêm mandamentos definitivos. A depender do caso jurídico, se de restrição de um direito fundamental por uma regra ou se de colisão entre direitos fundamentais normatizados como princípios, a solução será diferente: para o primeiro caso aplica-se, na íntegra, a máxima da proporcionalidade, e para o segundo aplica-se apenas o seu terceiro teste, que é a proporcionalidade em sentido estrito.

A abstração das normas constitucionais positivadoras de direitos fundamentais indígenas parece ser evidente, pois, conforme ainda o que dispõe o art. 231, caput, da Constituição, construir, por meio da interpretação constitucional, sentidos adequados ao que venha a ser organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e direito à terra vai demandar, senão sempre, quase que invariavelmente em todos os casos, o exercício da ponderação, tudo tendo em vista a abertura semântica que marca essas normas. Por exemplo, o direito à terra pode se ver em processo de ponderação com o direito de propriedade.

Todas essas marcas, conjuntamente presentes, como que impedem a consideração de todo e qualquer direito como direito fundamental, obstando a sua banalização, a sua inflação. É uma justa preocupação da teoria dos direitos fundamentais, que, contudo, não invalida a indicação dos direitos dos índios como espécies desses direitos.

Assentada a compreensão de que os direitos dos índios são direitos fundamentais, passa-se a esclarecer o conteúdo do direito à diferenciação social.

Nessa linha, a diferenciação social revoga qualquer possibilidade de política de assimilação, mas não de integração. A integração do índio à sociedade majoritária, diferentemente da assimilação, uma vez sendo permitida, nesse quadro, é um ato de disposição de um direito fundamental indígena por parte do índio, desde que se compreenda que um direito fundamental pode sofrer limitação voluntária: o que vale, para o caso, é a presença do elemento volitivo a restringir, espontaneamente, o direito fundamental em foco.

<sup>17</sup> ALEXY, 2011a, p. 48-49.

O gênero é a diferenciação social, do qual são espécies o direito à terra, à organização social e à cultura. Cada um desses direitos traz consigo uma enorme carga de complexidade. O direito à terra compreende, também, o direito ao território; o direito à organização social compreende as instituições e as formas de solução de conflitos; e o direito à cultura compreende as formas de ser e de viver próprias dos índios.

O direito à terra decorre da ancestralidade, direito sucessório *sui generis* proveniente do indigenato ou posse indígena, ocupação primeira das terras brasileiras, cujo traço essencial é a relação de não exploração que os índios estabelecem com o seu habitat<sup>18</sup>; portanto, ocupação tradicional que significa modo tradicional de ocupação. Difere-se, assim, da relação existente entre o não índio e a terra. O índio detém o usufruto, e a União, a propriedade (arts. 20, inciso XI, e 231, § 2º, da Constituição Federal).

O direito à organização social é representado pela existência de instituições próprias a cada comunidade indígena, v.g., a jurisdição indígena e suas peculiares formas de resolução de conflitos. Embora a Constituição brasileira não tenha disposto como a colombiana, que expressamente reconhece a jurisdição indígena, pode ela ser regulamentada em lei específica, por exemplo, o Estatuto dos Povos Indígenas, tendo em vista o que dispõe a Convenção n. 169 da OIT, nos artigos 8, inciso 2, e 9-II.

O direito à cultura é aquele que compreende as tradições, os costumes e as línguas; por exemplo, festas religiosas ou não e seus próprios idiomas.

Para que se possa ser titular desses direitos fundamentais dos índios, é necessário que uma condição humana se manifeste anteriormente ao momento de sua fruição, isto é, que a pessoa seja índia. Uma pessoa é índia quando ela manifesta a consciência de sua identidade, conforme artigo 1º, inciso 2, da Convenção n. 169 da OIT. Esse autorreconhecimento é critério norteador para que os direitos dos índios possam ter como destinatário aquele que assim se declara, seja perante o Estado, seja perante os particulares, naquilo que couber. Essa norma faz cair por terra a classificação dos índios operada pelo Estatuto do Índio, Lei n. 6.001, de 1973, art. 4, pela qual há os índios integrados, em vias de integração e os isolados.

<sup>18</sup> Com essa mesma compreensão, STF, RE 44.585, rel. min. Victor Nunes Leal, 1968.

O autorreconhecimento anda de mãos dadas com o seu consequente, que é a vontade de que os outros o reconheçam como diferente. O autorreconhecimento e o reconhecimento como diferente, então, podem ser tidos na conta de elementos componentes do direito à diferenciação social. Na compreensão aqui exposta, o direito à diferenciação social se compõe de dois interesses: a) o de se autodeclarar índio; e b) o de ser reconhecido como diferente pela sociedade majoritária.

A conjunção do documento nacional, a Constituição de 1988, com o internacional, a Convenção n. 169 da OIT, que devem ser interpretados numa perspectiva de complementaridade, demonstra a formação do novo paradigma normativo, que é informado, primeiro, pela forma mediante a qual os direitos dos índios se apresentam, que é, em geral, a de direitos coletivos e, segundo, pela ênfase no direito de participação dos índios na construção de sentido de seus direitos à terra, à organização social e à cultura.

A existência de direitos coletivos não quer dizer que não haja a possibilidade de convivência com direitos individuais, pois eles não se excluem, antes se complementam, embora a teoria liberal pense serem coisas inconciliáveis, chegando mesmo a afirmar que a ancestralidade da posse indígena não se enquadra em nenhuma teoria da justiça existente<sup>19</sup>. Quando o suporte fático contiver um direito coletivo como, por exemplo, o direito linguístico, este assim deve ser apreciado – v.g., depoimento pessoal e de testemunhas indígenas em processo judicial em suas próprias línguas<sup>20</sup>; quando contiver um direito individual, v.g., igualdade de gênero no interior da comunidade indígena, este assim deve ser interpretado.

O direito de participação se especifica pelo direito: a) de participação política; b) de consulta prévia; c) de participação geral, o que engloba terra, seguridade, saúde, educação e contatos, e cooperação através das fronteiras.

19 Cf. WALDRON, Jeremy. Indigeneity? First peoples and last occupancy. In: NZJPL, 2003, p. 55-82.

20 Ver, a propósito, SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Um exemplo de caso concreto envolvendo direito linguístico. In: *Sistema constitucional das liberdades e das igualdades*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 254-259.

O direito de participação política decorre do fato de que o índio é membro da comunidade nacional e, não sendo mais tratado como relativamente incapaz, tem os direitos políticos assegurados como qualquer outra pessoa não índia. Sua especificidade milita em seu benefício, sendo mesmo o caso de serem flexibilizadas determinadas exigências legais documentais para seu alistamento eleitoral, dispensando-se, por exemplo, o certificado de quitação do serviço militar.

O direito de consulta prévia é uma espécie de direito de participação e pode ser exercido quando medidas administrativas e legislativas afetarem diretamente os índios, v.g., construção de estradas e usinas hidrelétricas. Não tem a força para se constituir em impedimento ou veto – a exceção pode ser representada pelo risco de extinção da própria sociedade indígena –, mas traduzir uma obrigação, por quem interessado – trata-se mesmo de uma obrigação, pois o artigo 6, inciso I, da Convenção n. 169 da OIT utiliza o verbo “deverão”, portanto, não é uma faculdade –, de ouvir, previamente, os argumentos dos índios, os quais devem ser sopesados quando da tomada da decisão respectiva<sup>21</sup>, tudo na consecução de se obter um consenso e o consentimento correspondente.

O direito de participação geral se caracteriza pela necessidade de se contar com a presença dos próprios índios na formulação das políticas públicas que tenham por destinatários eles mesmos, como é o caso da seguridade, da saúde e da educação, tudo conforme dispõem os artigos 210, § 2º, da Constituição, e 15, 22, 25, 26-31 da Convenção n. 169.

A esses dois marcos normativos deve-se juntar a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, *soft law*, pois estabelece padrões internacionais, mas sem força vinculante. Em geral esses padrões são: autodeterminação, cultura e terra.

## 2 Paradoxos

Na construção histórica dos direitos dos índios, manifestam-se ao menos quatro paradoxos dignos de destaque: a) a apropriação, pelos

21 Ver, nesse sentido, doutrina de LEARY, Virginia A. *La utilización del Convenio n. 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas*. IIDH, 1999, p. 22, e julgado do STF Emb. Decl. na Petição 3.388-Roraima, Min. Roberto Barroso, item VI.4, tópicos 67-73.

índios, do discurso dos direitos humanos; b) a utilização, na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, do idioma ocidental; c) as inexplicáveis distinções de curso histórico, no Brasil, dos direitos dos índios e dos direitos dos negros; d) a simultaneidade de posições dos direitos dos índios como obstáculo e solução à ordem econômica capitalista.

O primeiro paradoxo, apontado por Durham<sup>22</sup> como uma contradição, pode ser dissolvido ao levar-se em conta que a sociedade moderna ou ocidental se constitui por sistemas sociais parciais, diferenciando-se internamente por esses mesmos sistemas e do seu próprio ambiente. A essa forma de diferenciação seria o caso, então, de se acrescentar a diferenciação existente entre ela, sociedade moderna ou ocidental, e as sociedades indígenas. Estas se encontram inseridas naquela.

O só fato de permanecerem como sociedades distintas leva a que devam manter relações entre elas. Essas relações, em geral, quando acontecem, são realizadas pelo contato. Tanto quanto possível essas relações não são, ou não deveriam ser, de natureza hierárquica, havendo, contudo, situações em que sempre deve imperar a concepção ocidental de direitos humanos, o que poderia significar uma certa prevalência de uma sociedade, a ocidental, sobre a outra, a indígena. O mais das vezes, entretanto, as relações são heterárquicas, o que é permitido afirmar, dogmaticamente, pelo disposto nos documentos normativos antecitados e, antropologicamente, pelo que escreveu, na década de sessenta, Lévi-Strauss em *O pensamento selvagem*<sup>23</sup>, obra na qual veio exposta a compreensão de que as sociedades ditas primitivas apresentavam um grau próprio de complexidade, não sendo, portanto, inferiores a outras sociedades.

As relações existentes e travadas entre essas sociedades, já sob a égide do paradigma normativo da diferenciação social, são fruto da própria diferenciação social – esta que é uma reação à aculturação – e por isso mesmo são mediadas pelos direitos humanos ou fundamentais. Não há, nessa consideração, qualquer incompatibilidade em termos de

22 DURHAM, Eunice Ribeiro. *A dinâmica da cultura: ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2004, p. 303: “Por outro lado, há também contradições importantes neste movimento; é que a causa indígena é defendida em termos de valores e princípios que não são próprios das culturas indígenas, mas criação dos civilizados: os direitos humanos”.

23 LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. São Paulo: Papirus, 2013.

direitos, uma vez que a Constituição, lei ocidental, apenas reconhece, positivando, os direitos básicos dos índios, não impondo que a concepção ocidental de direitos fundamentais prevaleça, sempre e sempre, no mundo da vida dos grupos que se considerem indígenas.

Além disso, tem-se que a única maneira de os sistemas parciais da sociedade majoritária compreenderem como comunicação própria determinados eventos sociais é por meio do discurso dos direitos humanos, *si et in quantum* forem chamados a atuar em questões que envolvam os direitos dos índios, como, por exemplo, o sistema jurídico, que muitas vezes deve atuar sobre casos jurídicos em que estão em jogo esses direitos, e muitas vezes não é provocado, havendo casos cuja resolução ocorre no âmbito da organização social de cada grupo indígena, sem o conhecimento por parte do direito oficial.

A questão, assim, desloca-se do argumento de uma eventual contradição discursiva para a reflexão sobre se o discurso dos direitos humanos consegue aceitar e incluir o referente aos direitos dos índios. E essa resposta parece ser positiva, embora, em alguns ou mesmo vários casos, os sistemas parciais da sociedade majoritária ainda se mostrem refratários, quando não desconhecedores, a interpretar os direitos dos índios como direitos fundamentais, quando estes dependerem do reconhecimento do direito oficial estatal como, por exemplo, no caso da utilização da própria língua em processo judicial e do registro civil do próprio nome indígena, hipóteses que vêm sendo construídas pelo símbolo da negação.

O segundo paradoxo, denominado de ironia por Glenn<sup>24</sup>, é que a linguagem utilizada na declaração da ONU é a ocidental, e não a dos índios. Para Tully<sup>25</sup>, se de fato existe um diálogo pós-imperial, seria necessário que os participantes falassem em suas próprias línguas e em seus modos costumeiros. Para Glenn, a declaração indica algum efeito de instrumento imperialista; contudo, a dificuldade em se falar a própria língua e usar apenas os seus próprios conceitos é aquela de não ser entendido<sup>26</sup>.

24 GLENN, H. Patrick. The three ironies of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. In: ALLEN, Stephen; XANTHAKI, Alexandra (ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 171-182.

25 TULLY, James. *Strange multiplicity*. Cambridge: University Press, 1995, p. 24.

26 GLENN, op. cit., p. 177.

De fato, os próprios índios, se num primeiro momento recusaram-se ao diálogo, a partir de um determinado período passaram a se interessar por ele mediante a estratégia de aprender a linguagem ocidental e os recursos que ela oferece à comunicação. A declaração mesma dá prova de que a lei não escrita foi positivada pela lei escrita, como, por exemplo, em seu artigo 5º e em suas disposições preambulares que tratam do reconhecimento dos direitos coletivos cuja titularidade eles detêm. Assim, pode-se falar que as linguagens são comensuráveis, e não o contrário.

O terceiro paradoxo diz com o estágio de especificação de direitos dos índios se comparado ao dos negros. Quando da elaboração da Constituição de 1988, os índios garantiram um capítulo próprio referente aos seus direitos constitucionais, arts. 231-232, enquanto os negros tiveram de se resignar com uma única menção no art. 68 do ADCT, do mesmo texto constitucional, que tratava apenas do direito de propriedade dos quilombolas. Passados mais de vinte e cinco anos daquele evento, o quadro normativo que se tem hoje é a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial e o ainda não advento de lei similar referente aos índios. O projeto de lei que compreende o Estatuto dos Povos Indígenas patina no Parlamento desde o ano de 1991.

Esse estado de coisas pode ser fruto do direito à diferenciação social dos índios. Estes, diferentemente dos negros, não objetivam a integração, evento esse que, de sua vez, tem como resultado o prestígio do direito ao território, o que constitui, de igual efeito, obstáculo ao grande negócio da agricultura. Daí, por certo, a resistência e a dificuldade em se aprovar uma norma como essa, tendo-se em vista, ainda, a quase total falta de representatividade política dos índios. Nesse quadro, o movimento social indígena consegue apenas produzir ruído na comunicação do sistema político, mas não com força suficiente para se transformar em decisão coletiva vinculante.

O quarto paradoxo mantém certa relação de pertinência com o terceiro, uma vez que a posição moral ocupada pelos índios na sociedade brasileira pode ser caracterizada como ambivalente, a depender de quem faz a observação. Do lado daqueles setores da sociedade que apostam todas as fichas em um modelo de desenvolvimento que priorize o esgotamento dos recursos naturais, que devem ser transmutados

em lucro, as formas de ser e de viver dos índios, agora já protegidas como direitos, colocam-se como óbice à concretização do próprio modelo; da parte daqueles que tentam enxergar alguma forma diferente de ser e de viver, prestigiando a preservação dos mesmos recursos naturais, por sinal, esgotáveis, são essas mesmas formas de ser e de viver dos índios que demonstram a sua viabilidade. O Estado, nessa ambivalência, parece tomar partido dos primeiros interesses, omitindo-se de suas obrigações com relação à demarcação dos territórios e não respeitando os interesses protegidos pelo direito à diferenciação social, vale dizer, um dos lados da forma está a prevalecer sobre o outro, em prejuízo de toda uma população historicamente – o que inclui o presente – já prejudicada.

Esses paradoxos, se podem ser dissolvidos, alguns com mais clareza e outros com menos, não conseguem, ao mesmo tempo, e paradoxalmente, deixar de produzir consequências na compreensão dos direitos dos índios, as quais podem ser tidas na conta de colonialismos internos.

### 3 A permanência de colonialismos internos

Os paradoxos que vêm de ser descritos, embora possam ser dissolvidos, produzem consequências na compreensão e concretização dos direitos dos índios. Essas consequências podem ser traduzidas na presença de colonialismos ou colonizações internas. Colonialismo e colonização, apesar de possuírem significados diferentes, são aqui tomados como palavras que se complementam. São colonialismos e colonizações internas porque incidem nas relações mantidas entre as sociedades indígenas e a majoritária. Representam-se pela manifestação de formas de autorreprodução sistêmica da sociedade majoritária nas quais as formas ocidentais de ser, de viver e de compreender o mundo prevalecem sobre as indígenas e ditam, por assim dizer, as regras.

Se for adequada a descrição da sociedade moderna ou ocidental ou majoritária em termos sistêmicos, o que aqui se afirma se torna mais claro, por exemplo: no sistema econômico, há o colonialismo interno representado pelas práticas de exploração dos índios pelos não índios como mão de obra barata (Stavenhagen<sup>27</sup>); no sistema jurídico, há o co-

27 STAVENHAGEN, Rodolfo. *Seven fallacies about Latin America*. Berlin: Springer, Heidelberg, 2013, p. 25.

lonialismo interno representado pela necessidade de que os índios comprovem a posse das terras que reivindicam como seus territórios (Tully<sup>28</sup>); no sistema científico, há o colonialismo interno representado pelas pesquisas que são feitas pelos não índios sobre os índios (Smith<sup>29</sup>); no sistema religioso, há o colonialismo interno representado pela presença de missões evangelizadoras nas áreas indígenas; no sistema político, há o colonialismo interno representado pela, senão total, quase que total não representatividade indígena no parlamento.

A forma de autorreprodução de todos esses sistemas da sociedade majoritária como que impede uma eficácia social maior dos direitos dos índios, que acabam por encontrar limitações quase todas as vezes em que necessitam recorrer àqueles sistemas. É mesmo um dilema, pois não constituindo as sociedades indígenas sociedades diferenciadas funcionalmente, não possuem sistemas altamente complexos, mas têm de se relacionar, e se autorreproduzir, inseridas na sociedade diferenciada funcionalmente. O colonialismo interno, nessa perspectiva, atua como um bloqueio aos direitos dos índios.

Por certo haverá uma eficácia social maior dos direitos dos índios a partir do momento em que ocorra uma descolonização das formas de autorreprodução sistêmica da sociedade majoritária, v.g., no sistema jurídico, relativizando-se o direito de propriedade. A descolonização, nesse quadro, promove a distensão da pressão exercida pelos sistemas parciais da sociedade majoritária nas sociedades indígenas, o que quer dizer, promove a inclusão. O problema parece estar em como fazer isso. É que a descolonização tem de enfrentar interesses bastante fortes, v.g., econômicos. Aqui é interessante observar que ela mesma pode gerar o quarto paradoxo antecitado, pois a efetivação dos direitos dos índios por meio da descolonização, se por um lado se coloca como uma pedra no sapato da ordem capitalista mundial, uma vez que a forma de relação dos índios com a terra não produz excedentes e pode impedir o desen-

28 TULLY, James. The struggles of indigenous peoples for and of freedom. In: IVISON, Duncan; PATTON, Paul; SANDERS, Will (ed.). *Political theory and the rights of indigenous peoples*. Cambridge University Press, 2000, p. 36-59 (47).

29 SMITH, Linda Tuhiwai. *Decolonizing methodologies*. London: Zed Books, 2012. Indica a construção de um projeto de pesquisa indígena baseado na sobrevivência, recuperação de territórios e desenvolvimento.

volvimento do País e gerar crises de *governabilidade*, por outro termina por se constituir no caminho em busca de uma solução para os problemas do aquecimento global ou mudança climática, posicionando-se na qualidade de outros modos de existência, com o que a antropologia já trabalha, especialmente Latour<sup>30</sup> e Viveiros de Castro.

Apesar de todas as dificuldades, algumas ações podem ser tomadas no interior dos próprios sistemas da sociedade majoritária. No sistema jurídico, por exemplo, não é medida dificultosa ofertar a possibilidade aos índios de se expressarem em suas próprias línguas; no sistema científico, há o estabelecimento de projetos de pesquisa indígena centrados em considerações éticas próprias aos grupos indígenas – por exemplo: a) que a metodologia da pesquisa esteja de acordo com valores indígenas; b) que exista alguma forma de responsabilidade da comunidade; c) que a pesquisa beneficie a comunidade de alguma maneira; d) que o pesquisador seja um aliado e não cause dano<sup>31</sup>; no sistema político, pode-se pensar na distribuição de cadeiras no Parlamento cuja competição se realize apenas entre índios; no sistema econômico, podem-se criar programas de etnodesenvolvimento nos territórios indígenas; no sistema religioso, pode-se proibir que religiões não indígenas se estabeleçam nas áreas respectivas.

Na evolução semântica referente aos índios, estes já foram selvagens, primitivos, nativos, caboclos, e hoje são apenas índios que possuem direitos distintos daqueles que compõem a sociedade majoritária, porque assim se autoidentificam e ocupam uma posição moral também diferente daqueles outros. E, se as relações das sociedades indígenas com o meio ambiente são mediatizadas pela história e não mais produtos da natureza<sup>32</sup>, é essa mesma história que permite demonstrar a mudança de paradigma normativo da aculturação para a diferenciação social, quando então cooperação se transforma em participação. Vale dizer, os índios

30 LATOUR, Bruno. *Enquête sur les modes d'existence – une anthropologie des modernes*. Paris: La Découverte, 2012.

31 KOVACH, Margaret Elizabeth. *Indigenous methodologies: characteristics, conversations, and contexts*. Ontario, Toronto: University of Toronto Press, 2010, kindle edition, locations 86-67, 4238.

32 CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claroenigma, 2012, p. 14.

não são mais um problema e nem mais uma questão, apenas pessoas que, só pelo fato de existirem, merecem o reconhecimento de direitos.

Esse reconhecimento passa, necessariamente, pela descolonização, primeiro, do discurso dos direitos humanos, demonstrando-se a comensurabilidade entre ele e o dos direitos dos índios e, segundo, da forma de autorreprodução dos sistemas parciais da sociedade majoritária. Dessa maneira, poder-se-á pensar e afirmar que as relações entre as sociedades indígenas e a sociedade majoritária são mediadas pelos direitos fundamentais.

Nessa linha, e sempre tendo em vista a priorização da participação dos índios na construção de seu destino, a consulta prévia, livre e informada, como espécie do gênero direito de participação, se posiciona como imprescindível à confirmação da existência do novo paradigma normativo representado pelo direito à diferenciação social.

## Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

\_\_\_\_\_, *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011b.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Quarta Reunião, 1987, Brasília. Depoimento de Manuela Carneiro da Cunha à Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claroenigma, 2012.

DURHAM, Eunice Ribeiro. *A dinâmica da cultura: ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ERRICO, Stefania. The Draft UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: an overview. *Human Rights Law Review* 7:4, p. 741-755, 2007.

GLENN, H. Patrick. The three ironies of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. In: ALLEN, Stephen; XANTHAKI, Alexandra (ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

HALL, Stuart. *Cultural studies: two paradigms*. Media, Culture and Society. 2:57-72, 1980.

KOVACH, Margaret Elisabeth. *Indigenous methodologies: characteristics, conversations, and contexts*. University of Toronto Press, 2010. Kindle edition, locations 86-67, 4238.

LATOUR, Bruno. *Enquête sur les modes d'existence: une anthropologie des modernes*. Paris: La Découverte, 2012.

LEARY, Virginia A. *La utilización del Convenio n. 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas*. IIDH, 1999.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. São Paulo: Papirus, 2013.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis. *Indigenous peoples, postcolonialism, and international law: the ILO regime (1919-1989)*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ROULAND, N.; PIERRÉ-CAPS, S.; POUMARÈDE, J. *Droit des minorités et des peuples autochtones*. Paris: PUF, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Sistema constitucional das liberdades e das igualdades*. São Paulo: Atlas, 2012.

SMITH, Linda Tuhiwai. *Decolonizing methodologies*. London: Zed Books, 2012.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Seven fallacies about Latin America. In: *Pioneer on indigenous rights*. Heidelberg: Springer, 2013.

TULLY, James. *Strange multiplicity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

TULLY, James. The struggles of indigenous peoples for and of freedom. In: IVISON, Duncan; PATTON, Paul; SANDERS, Will (ed.). *Political theory and the rights of indigenous peoples*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

WACHTEL, Nathan. A aculturação. In: LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre. *História: novos problemas*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1979.

WALDRON, Jeremy. *Indigeneity? First peoples and last occupancy*. New Zealand Journal of Republic Law, 2003, p. 55-82.

WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

# Pluralismo e descolonização em saúde indígena no Brasil: contribuições e desafios da Convenção n. 169 da OIT

Rosane Freire Lacerda

Advogada e Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG), Regional Jataí. Mestre e doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).

## 1 Introdução

Observa a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com base em dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), que “los sistemas curativos tradicionales y la atención biomédica coexisten en todas las regiones del mundo”, sendo que, nos chamados países em desenvolvimento, a grande maioria da população (cerca de 80%) “utiliza los sistemas curativos tradicionales como principal fuente de atención sanitaria”<sup>1</sup>. Isso significa que os saberes e práticas ancestrais ou tradicionais em saúde continuam sendo aplicados por grande parte da população mundial, ao lado da medicina de corte ocidental moderno.

1 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Programa para promover el convenio num. 169 de la OIT (PRO 169). Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009. p. 146. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)>. Acesso em: abr. 2014.

Contudo, que grau de reconhecimento tais sistemas tradicionais estariam recebendo dos aparelhos normativos dos Estados e dos próprios sistemas modernos de saúde? Essa coexistência significaria um respeito aos sistemas tradicionais, ou uma mera tolerância às suas práticas diante da impossibilidade de alcance da medicina moderna nas regiões mais carentes e distantes? A própria OIT tem apontado, no caso específico dos povos indígenas no mundo, que, além da falta de acesso aos serviços “comuns” ou moderno-ocidentais de saúde e do oferecimento de serviços precários e inadequados por parte dos Estados, ocorre muitas vezes que “el personal de salud pública puede tener actitudes discriminatorias hacia las culturas y prácticas indígenas”<sup>2</sup>.

Tal situação nos leva a indagar, no tocante à questão da saúde indígena, quanto ao papel da Convenção n. 169 da OIT, que dispõe sobre os “Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes”. Trata-se de um dos instrumentos jurídicos do Direito Internacional mais avançados no tratamento das relações entre os Estados e os povos indígenas em todo o mundo, internalizado há quinze anos pelo Estado Brasileiro, após quatorze de discussão congressual<sup>3</sup>.

Desde o seu advento, os alcances e limites da Convenção em matéria de direitos indígenas vêm sendo discutidos pelos atores jurídicos brasileiros no tocante a aspectos diversos, sobretudo no que se refere a suas implicações quanto a direitos territoriais e controle de recursos naturais, com especial destaque para a questão do direito de consulta prévia. Entretanto, um aspecto bem menos analisado tem sido o de sua repercussão na área específica do direito à saúde. O que traria de novo a Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais a respeito desta temática? E o que traria de novo a convenção no que diz respeito à concepção ou às concepções de saúde que juridicamente se deve assegurar aos indígenas?

Partimos aqui da premissa de que, nas sociedades ocidentais modernas, o conceito de saúde foi reduzido à percepção de processos

2 Ibidem, p. 143.

3 BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: abr. 2014.

biológicos relacionados à ausência de doenças e desvinculado de sua natureza enquanto Direito, em especial no que concerne à pretensão de participação política, e do respeito à pluralidade de visões de mundo, próprias das sociedades étnica e culturalmente diversas. O nosso propósito é chamar a atenção para as contribuições da Convenção n. 169 da OIT aos direitos indígenas no campo da saúde, na perspectiva do respeito à sua pluralidade de concepções de saúde/doença e de práticas curativas. Essa é uma questão que se insere no reconhecimento da natureza colonial das concepções e práticas em saúde historicamente impostas àquelas populações, e que aqui são percebidas nas categorias da “colonialidade do poder” e “colonialidade do saber”, trazidas pelos chamados “estudos descoloniais” latino-americanos.

## 2 Antecedentes históricos

No século XVI, as conquistas e o início do empreendimento colonial europeu que marcaram o início do processo de invasão e ocupação dos territórios dos povos originários do Continente Ameríndio não significaram apenas a sua invasão por homens e armas. De modo associado, entrou em curso também outro tipo de invasão: a de agentes patogênicos. Com os conquistadores e colonizadores, doenças nunca vistas no mundo ameríndio foram introduzidas, devastando as defesas biológicas e culturais daquelas populações.

A conquista e a colonização do Continente foram também a conquista e a colonização dos corpos indígenas por doenças até então desconhecidas, trazendo não só a tragédia do extermínio pelas epidemias, mas também a desestruturação sociocultural das populações sobreviventes. No morticínio que se seguiu aos primeiros contatos, a perda de anciões, xamãs e pajés significou também a perda irreparável de saberes e práticas milenares, tornando ainda mais difícil para os sobreviventes o tremendo desafio de lidar com uma situação completamente nova e desconhecida, que incluía situações de fuga para novos ambientes ou simplesmente o contato forçado com o colonizador.

Como afirma o historiador búlgaro Tzvetan Todorov, no ano de 1500 a população mundial girava em torno de 400 milhões de indivíduos, sendo 80 milhões só no Continente americano – o chamado “Novo

Mundo". Então, "em meados do século XVI", afirma o autor, "desses 80 milhões, restam 10". Por isso, conclui que, "se a palavra genocídio foi alguma vez aplicada com precisão a um caso, então é esse". Setenta milhões de mortos em apenas cinco décadas. Contudo, para o autor, o "choque microbiano", ou seja, as doenças trazidas pelos conquistadores e colonizadores europeus, muito mais que as armas de fogo, foi a causa do grande morticínio<sup>4</sup>. Por sua vez, Darcy Ribeiro também chamou a atenção para o fato de que no Brasil, desde o início da colonização europeia, "as doenças representaram o primeiro fator da diminuição das populações indígenas", fazendo da história do contato com os colonizadores uma história repleta "de chacinas e, sobretudo, de epidemias"<sup>5</sup>.

Além da contaminação por agentes virais e bacteriológicos antes desconhecidos, as populações indígenas tiveram sua saúde comprometida também pelas consequências das condições de vida a que foram submetidas pelo avanço do empreendimento colonial sobre seus territórios. Tanto os longos esforços de resistência e de fuga de comunidades inteiras, inviabilizando o ancestral processo de busca ou de produção de alimentos, quanto a própria perda de seus territórios para os colonizadores, levaram à perda das suas principais fontes alimentares, com importantes impactos na saúde dessas populações. Como não bastasse, a introdução do sedentarismo e a imposição de novos hábitos alimentares em substituição aos antigos atuaram e atuam também como importantes contribuições para a quebra da sua qualidade de vida, levando ao seu adoecimento. À longa lista de causas do enfraquecimento da saúde indígena, fruto da chegada do aparato colonial europeu, pode-se acrescentar ainda a introdução de doenças sexualmente transmissíveis (DST), a contaminação por poluentes, a dependência alcoólica e, mais recentemente, a dependência química.

O contato com o colonizador europeu e seus herdeiros, além da própria herança colonial, introduziu e deixou como herança para as populações indígenas um vasto conjunto de efeitos deletérios à saúde. Da

4 TODOROV, Tzvetan. *A Conquista da América: a questão do Outro*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 191-193.

5 RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1979. p. 227.

fome à DST, da morte por gripe à intoxicação por agrotóxicos, da dependência alcoólica e química ao suicídio, o avanço do projeto colonial sobre os territórios, recursos naturais, corpos e mentes indígenas produziu nessas populações um quadro extremo de situação de vulnerabilidade em saúde. Um quadro interpretado, ao longo do século XIX e primeira metade do século XX, como comprovação de uma suposta inferioridade racial e cultural.

Considerados sob a perspectiva ideológica do racismo, os problemas de saúde identificados nas populações indígenas foram vistos inicialmente como reflexo de uma fragilidade natural do "gentio", depois como consequência de uma compleição fraca gerada pela mestiçagem, e, ao longo do século XIX, no esteio do darwinismo social, como decorrência de sua incapacidade natural para a competição com o aparato civilizatório da modernidade europeia.

No Brasil, no rastro dessa perspectiva evolucionista, a questão da saúde indígena foi profundamente atrelada ao paradigma da integração à sociedade nacional envolvente, sobretudo durante a fase do antigo Serviço de Proteção ao Índio (SPI), e também ao longo de boa parte da existência da Fundação Nacional do Índio (Funai).

Assim, por exemplo, conforme o Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936<sup>6</sup>, as atribuições do SPI em termos de saúde se resumiam a prestar "proteção e assistência", fornecendo "recursos necessários ao tratamento das doenças", a serem prestados gratuitamente nos Postos de Assistência, Nacionalização e Educação (arts. 1º, a; 2º, j; e 21). Também o Decreto n. 10.652, de 16 de outubro de 1942<sup>7</sup>, resumia-se a afirmar competir aos Postos Indígenas "prestar ao índio assistência sanitária, fazendo-o observar práticas higiênicas" (art. 12, o). Mais tarde, o Decreto n. 52.665, de 11 de

6 BRASIL. Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936. Aprova, em caráter provisório, o Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-736-6-abril-1936-472619-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: abr. 2014.

7 BRASIL. Decreto n. 10.652, de 16 de outubro de 1942. Aprova o regimento do Serviço de Proteção aos Índios, do Ministério da Agricultura. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-10652-16-outubro-1942-464627-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: abr. 2014.

outubro de 1963<sup>8</sup>, atribuiu ao Conselho Nacional de Proteção aos Índios, órgão do Ministério da Agricultura, o planejamento da prestação de “assistência médico-sanitária aos índios qualquer que seja o seu tipo de cultura e o seu grau de integração na sociedade nacional” (art. 1º, IV), cabendo ao SPI, nos termos do Decreto n. 52.668, de 11 de outubro de 1963<sup>9</sup>, executar tais ações de “assistência médico-sanitária para índios” (art. 1º, I, 4).

Na conformidade com o paradigma integracionista, a saúde era percebida não como um direito, mas como uma simples prestação assistencial, clínica e medicamentosa, a cargo das instituições responsáveis pela proteção aos indígenas, definida e imposta segundo uma perspectiva verticalizada, sem qualquer participação das próprias comunidades e sem consideração com os seus saberes e práticas tradicionais.

É só com a Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973<sup>10</sup> – o denominado “Estatuto do Índio” –, que pela primeira vez a saúde é mencionada como direito. A lei estabelece que “os índios têm direito aos meios de proteção à saúde facultados à comunhão nacional” (art. 54, caput), e atribui aos “poderes públicos” o dever de prestar “especial assistência” de saúde aos indígenas, em estabelecimentos específicos (art. 54, parágrafo único). Contudo, trata-se ainda de um direito que se subsume à aceitação passiva de conhecimentos, métodos e técnicas formulados e fixados pela modernidade ocidental, sob a perspectiva do evolucionismo integracionista baseado na premissa ideológica da incapacidade indígena, tal como definida já no século XVI<sup>11</sup>.

8 BRASIL. Decreto n. 52.665, de 11 de outubro de 1963. Aprova o Regimento do Conselho Nacional de Proteção aos Índios, do Ministério da Agricultura. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-52665-11-outubro-1963-392915-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: abr. 2014.

9 BRASIL. Decreto n. 52.668, de 11 de outubro de 1963. Aprova o Regimento do Serviço de Proteção aos Índios, do Ministério da Agricultura. Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=52668&tipo\\_norma=DEC&data=19631011&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=52668&tipo_norma=DEC&data=19631011&link=s)>. Acesso em: abr. 2014.

10 BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)>. Acesso em: abr. 2014.

11 Vide LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: o mito da tutela indígena*. São Paulo: Baraúna, 2009.

### 3 A saúde indígena como território colonizado

No Brasil, como no restante da América Latina, a concepção que se (re)produziu a respeito da saúde foi profundamente marcada pela utilização de modelos importados de concepções e práticas altamente hierarquizadas e autoritárias. Nesse modelo, saberes e práticas locais, sobretudo indígenas, foram desqualificados e colocados em situação de subalternidade frente a conhecimentos acadêmicos e científicos vinculados à matriz europeia de legitimação do saber. A saúde nunca foi espaço para o Direito nem para a cidadania, e as concepções indígenas de saúde e de processos de adoecimento e cura nunca passaram de simples *superstições*, próprias de culturas tidas como desprovidas das capacidades lógicas e racionais da iluminada modernidade ocidental.

Este quadro revela que de maneira geral, e particularmente no caso dos povos indígenas, as questões da saúde e do direito à saúde foram historicamente marcadas por aquilo que o sociólogo peruano Aníbal Quijano denomina de paradigma da colonialidade<sup>12</sup>. O conceito de colonialidade remete ao fenômeno da subordinação colonial, porém para muito além das formas de imposição e de dominação política e econômica exercidas pelos Estados independentes sobre as populações étnica e culturalmente minoritárias existentes em seus territórios. Para Quijano, a expressão colonialidade encerra o próprio paradigma das relações de dominação constitutivas da modernidade a partir da expansão europeia no século XVI, e até hoje em vigor.

Segundo o autor, bem mais do que significar a exploração política e econômica das minorias, a colonialidade opera no seu imaginário. É uma “colonización del imaginario de los dominados”, obtida por meio da repressão aos mais diversos campos da vida imaterial: “represión no sólo de específicas creencias, ideas, imágenes, símbolos o conocimientos que no sirvieran para la dominación colonial global”. E também “sobre los modos de conocer, de producir conocimiento, de producir perspectivas, imágenes y sistemas de imágenes, símbolos, modos de significación”<sup>13</sup>.

12 QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad-racionalidad. In: BONILLA, Heraclio (Comp.). *Los conquistados: 1492 y la población indígena de las Américas*. Ecuador: Libri Mundi, Tercer Mundo Eds., 1992, p. 438-439.

13 Ibidem.

Entretanto, não só dessas repressões sobre o imaginário dos dominados se alimenta o paradigma da colonialidade. Para Quijano, ele subsiste também na imposição de “una imagen mistificada de sus propios patrones de producción de conocimientos y significaciones”<sup>14</sup>, ou seja, da concepção de sua superioridade epistêmica. A ideia da colonialidade é, portanto, mais abrangente, operando não só sobre os planos político e econômico mas também sobre as mentes, os corações e as próprias vidas dos indivíduos e das coletividades.

Por tais razões, cremos que o paradigma da colonialidade delimita fortemente os históricos problemas vivenciados pelas populações indígenas no que diz respeito ao seu direito à saúde, em especial em duas das modalidades do paradigma, quais sejam a colonialidade do poder, como aquela que, a partir da expansão colonial europeia, se expressa na racialização e hierarquização eurocêntrica das relações sociais e intersubjetivas; e a colonialidade do saber, que situa os saberes eurocêntricos como padrão de validade no campo do conhecimento.

A questão da saúde indígena, enquanto espaço de representação de conceitos de saúde e doença e de processos de cura, surge, portanto, como um território colonizado por um conjunto de saberes e de práticas, médicas e medicamentosas, que pretensamente deteriam em caráter exclusivo a legitimidade de sua aplicação em razão de sua matriz epistêmica moderno-ocidental. Ao mesmo tempo excluiria, a título de um não saber ou de conhecimentos não cientificamente válidos, aqueles conhecimentos e práticas ancestrais por meio dos quais os povos indígenas estabelecem suas próprias concepções de saúde e doença e de processos de cura.

Trata-se, enfim, daquilo que o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos denomina de pensamento abissal, ou seja, um padrão de conhecimento que estabelece linhas divisórias entre o pensamento relevante ou compreensível e o pensamento supostamente irrelevante ou incompreensível<sup>15</sup>. A episteme moderna ocidental seria uma forma

14 Ibidem.

15 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). Epistemologias do Sul. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23 e 25.

paradigmática de pensamento abissal, a estabelecer que “o outro lado da linha”, ou seja, o campo dos “conhecimentos populares, leigos, plebeus, camponeses ou indígenas” seria caracterizado pela ausência de conhecimento real e pela presença de simples “crenças, opiniões, magia, idolatria, entendimentos intuitivos ou subjetivos”, enquanto “deste lado da linha” divisória abissal, ou seja, no mundo ocidental, se encontraria o único conhecimento válido e relevante: o moderno conhecimento científico<sup>16</sup>. Esse pensamento abissal demarca, então, a tensão entre os saberes e práticas indígenas relativos à saúde, os quais podemos denominar de “medicina indígena tradicional”, rotulados depreciativamente como “curandeirismo” mágico-irracional; e os saberes e práticas ocidentais modernos da medicina convencional, esta sim vista como séria, científica e de efeitos comprovados.

#### 4 ACF/1988: primeiros passos para a descolonização da saúde indígena

No Brasil, de maneira geral, a questão do direito à saúde sofreu importantes alterações com a Constituição Federal de 1988 (CF/1988). Ali, pela primeira vez o constitucionalismo brasileiro abriu-se ao reconhecimento da saúde não só como um direito, mas principalmente como um direito fundamental e como um espaço para a prática da cidadania. Na Constituição de 1988, a saúde foi reconhecida como um “direito de todos e dever do Estado” a ser garantido mediante “acesso universal e igualitário” (art. 196), por meio de um sistema único organizado com a participação da comunidade (art. 198, III). Fruto de intensas lutas do movimento pela Reforma Sanitária e refletindo também as recomendações da VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS) realizada em 1986, tais avanços constitucionais estiveram ligados a importantes conquistas no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No caso específico dos povos indígenas, esses mesmos avanços no Direito Internacional, obtidos sobretudo mediante a elaboração da Convenção n. 169 da OIT, assim como as lutas emancipatórias do movimento indígena e setores aliados desde a década de 1970, levaram também a

16 Ibidem.

Carta de 1988 a romper com o antigo modelo integracionista, possibilitando a discussão e a implementação dos direitos indígenas à saúde em novos parâmetros e perspectivas. Com a CF/1988, a histórica perspectiva integracionista e homogeneizante cedeu lugar ao reconhecimento das formas indígenas de “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, e aos “direitos originários” e “inalienáveis” de “posse permanente” sobre as “terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231, caput e § 6º).

Diferentemente da tradição monocultural anterior, essa recente formulação abriu novas perspectivas constitucionais para os povos indígenas, por expressar, a um só tempo, dois importantes paradigmas principiológicos: o respeito à diversidade étnica e cultural das coletividades indígenas e o respeito à sua autonomia no tocante às decisões relativas a seus interesses, na órbita interna de seus territórios.

Tal formulação implicou no surgimento do direito daqueles povos à chamada “atenção específica e diferenciada” em saúde, ou seja, uma atenção planejada e praticada em consideração e respeito não só às especificidades identitárias dos povos e universo sociocultural, mas também às suas aspirações, desejos e decisões no plano político. No primeiro caso, trata-se da consideração, com base constitucional, à identidade própria e única de cada povo e comunidade indígena, considerada em sua particularidade e não de maneira genérica conforme ocorria na tradição homogeneizante do antigo paradigma integracionista. E se trata, no segundo caso, do respeito e consideração para com as deliberações próprias das comunidades acerca dos assuntos de seu interesse.

A possibilidade constitucionalmente aberta aos indígenas de uma atenção à saúde específica e diferenciada, em hipótese alguma legitima o exercício de interpretações que pretendam excluí-los dos direitos à saúde conferidos à população em geral. Por sua vez, em sua parte preambular, ao mesmo tempo em que traz para o País o ideal de uma sociedade “pluralista e sem preconceito”, a CF/1988 inclui a igualdade entre os seus maiores valores. Mais adiante, inscreve entre os objetivos da República o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV) e, no mesmo caminho, expressa o princípio da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*).

Portanto, no que tange aos povos indígenas, a Constituição Federal de 1988 tanto ampara (em nome do pluralismo enquanto respeito à diversidade) a atenção específica e diferenciada em saúde quanto reconhece (em nome do princípio da igualdade) o seu direito de acesso aos serviços de saúde oferecidos à população não indígena. Trata-se aqui tanto do direito à igualdade quanto do direito à diferença como princípios fundamentais de convivência no interior das bases territoriais do Estado brasileiro.

Tais direitos são ainda mais expressivos quando se considera a grande vulnerabilidade em saúde que atinge os indígenas. Como vimos antes, conquistadores e colonizadores europeus não trouxeram apenas armas de ferro e fogo, trouxeram também eficientes “armas biológicas”, responsáveis por grande parte do genocídio de milhões de indígenas já no século XVI. Ainda hoje, a falta de imunidade natural para infecções antes desconhecidas põe em risco a sobrevivência de centenas de comunidades de pouco ou nenhum contato anterior com a sociedade envolvente. Além das doenças adquiridas com o próprio contato, multiplicam-se as mazelas decorrentes dos históricos e atuais processos de perdas territoriais e de danos ambientais causados por invasões extrativistas sobre as terras indígenas e seu entorno, além do consequente processo de pauperização e falta de perspectiva de vida, levando à fome e a toda uma cadeia de agravos à saúde com terríveis consequências para o futuro de inúmeras comunidades.

Nesse contexto, os princípios da igualdade, universalidade e equidade bem como o direito de participação na formulação das políticas públicas em saúde são importantes para que os povos indígenas tenham garantidos os mesmos direitos que os demais segmentos e o respeito às suas necessidades específicas.

## 5 A Convenção n. 169 da OIT: novos elementos para descolonizar a saúde indígena

As duas vertentes anteriormente apontadas do direito à “atenção específica e diferenciada” que passaram a ser reconhecidas constitucionalmente aos povos indígenas no Brasil em matéria de saúde (respeito

e consideração à especificidade identitária e à autonomia política das comunidades) corresponderam também aos avanços processados no plano do Direito Internacional por meio da Convenção n. 169 da OIT.

Adotada em 27 de junho de 1989 em Genebra, Suíça, pela 76ª Seção da Conferência Geral da OIT, a Convenção n. 169 (também denominada “Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais”)<sup>17</sup> entrou em vigor em 5 de setembro de 1991, em revisão à sua antecessora, a Convenção n. 107 da OIT, que versava sobre a “Proteção e Integração das Populações Indígenas e Outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes”.

Guiando-se pelo paradigma integracionista, a Convenção n. 107, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 58.824, de 14 de julho de 1966<sup>18</sup>, pensava a saúde indígena apenas em termos de “serviços adequados” a serem postos “à disposição das populações interessadas”, de acordo com o “estudo sistemático” de suas “condições sociais, econômicas e culturais”, e acompanhando “a aplicação de medidas gerais de progresso social, econômico e cultural” (art. 20)<sup>19</sup>, ou seja, uma concepção de saúde imposta verticalmente e em completa desconsideração aos saberes, práticas e aspirações políticas das próprias populações “interessadas”, que, portanto, reproduzia o modelo de dominação colonial e de colonialidade do saber no âmbito da saúde.

Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro e adquirindo o caráter de norma supralegal nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>20</sup> relativamente aos efeitos da Emenda Constitucional (EC)

17 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: abr. 2014.

18 BRASIL. Decreto n. 58.824, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção n. 107 sobre as populações indígenas e tribais. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58824-14-julho-1966-399446-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: abr. 2014.

19 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 107 para a Proteção e Integração das Populações Indígenas e Outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58824-14-julho-1966-399446-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: abr. 2014.

20 Trata-se dos RE 466.343-SP [Tribunal Pleno. Rel. min. Cezar Peluso. DJe n. 104, publicado em 5 maio 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: abr. 2014.] e RE 349.703-RS [Tribunal Pleno. Rel. min. Carlos Britto. DJe n. 104, publicado em 5 maio 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: abr. 2014.]

n. 45 de 2004, a Convenção trouxe importantes alterações à perspectiva da colonialidade no modelo de atenção à saúde indígena.

Isso porque o principal paradigma adotado pela Convenção n. 169 está no reconhecimento, pelos Estados-Partes, das instituições culturais e formas de vida próprias dos povos indígenas. Desvencilhando-se do problemático e falido modelo integracionista que até então prevalecia no plano do Direito Internacional sob orientação da Convenção n. 107, a Convenção n. 169 advoga o direito dos indígenas à manutenção de suas identidades próprias por meio do fortalecimento de seus sistemas culturais, linguísticos e religiosos.

Além disso, ela adota como princípio a ser observado pelos Estados o do respeito às aspirações indígenas a assumirem “o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico” (Preâmbulo, grifei), ou seja, reconhece o princípio da autonomia dos povos indígenas.

No tocante ao relacionamento dos governos dos Estados-Partes com os povos indígenas, a Convenção estabelece dois importantes direitos que, pela sua importância e inafastabilidade, configuram-se como verdadeiros princípios: o do direito de consulta e o de livre participação. O primeiro refere-se ao direito a serem sempre consultados “através de suas instituições representativas” em caso de “medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (artigo 6º, I, a). O segundo estabelece que seja garantida a sua livre participação em todas as instâncias decisórias nas matérias relativas às políticas e programas que lhes digam respeito (artigo 6º, I, b).

Além disso, a convenção cobra dos governos – como suporte para a participação plena dos povos indígenas – o estabelecimento de meios capazes de auxiliar no desenvolvimento de suas instituições e iniciativas próprias (artigo 6º, I, c), e que as consultas sejam efetuadas “com boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas” (artigo 6º, 2).

docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: abr. 2014.] e RE 349.703-RS [Tribunal Pleno. Rel. min. Carlos Britto. DJe n. 104, publicado em 5 maio 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: abr. 2014.]

Ao tratar especificamente do tema “Seguridade social e saúde”, afirma que os povos indígenas devem gozar de um “nível máximo possível de saúde física e mental”, seja por meio de serviços em saúde adequados a serem prestados diretamente pelos Estados, seja através da garantia, por estes, dos meios que permitam aos povos indígenas “organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle” (artigo 25, 1). A Convenção determina também que se deve priorizar a organização dos serviços em saúde no “nível comunitário”, garantir a participação dos povos indígenas no seu “planejamento e administração” e considerar, em tais serviços, as “condições econômicas, geográficas, sociais e culturais” indígenas, bem como “*seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais*” (artigo 25, 2, grifei).

Ao mesmo tempo, orienta também para que o sistema de assistência sanitária dê prioridade ao “atendimento primário à saúde” e à formação e emprego de agentes pertencentes às próprias comunidades, garantindo-se, porém, a existência de “estreitos vínculos com os demais níveis de assistência sanitária” (artigo 25, 3). Por fim, a Convenção n. 169 estabelece a necessidade de coordenação das ações em saúde com “as demais medidas econômicas e culturais que sejam adotadas no país” (artigo 25, 4).

O tratamento especificamente conferido pela Convenção n. 169 da OIT à questão da saúde indígena aponta para o explícito reconhecimento de que aqueles povos são possuidores de seu próprio acervo epistêmico no tocante a métodos preventivos e curativos. Essa nova postura trazida pela Convenção contraria frontalmente a marca deixada pelo “conhecimento abissal” de que fala Boaventura de Sousa Santos, que reserva à medicina ocidental a pretensão de ser titular exclusiva do conhecimento válido em saúde. A Convenção ultrapassa a marca desse conhecimento abissal para afirmar que também os conhecimentos e práticas não ocidentais e não modernos dos povos originários devem ser considerados como válidos. Trata-se de um reconhecimento que corrobora a compreensão de especialistas em saúde indígena, a exemplo de Barros, que afirma que os povos indígenas possuem sua própria “imputação etiológica” e métodos de cura, motivo pelo qual vê como

“indispensável a compreensão das categorias tradicionais indígenas acerca do processo saúde-doença”<sup>21</sup>.

No momento em que afirma que na atenção à saúde indígena os Estados-Partes devem considerar as formas próprias da medicina indígena, a Convenção afirma o que muitos daqueles especialistas têm denominado de “princípio da relação de complementaridade” entre a medicina ocidental e a medicina indígena. Athias e Machado<sup>22</sup>, por exemplo, afirmam que o cumprimento de tal princípio exigiria, entre outras demandas, a formação interdisciplinar dos profissionais de saúde em Ciências Sociais e Antropologia da Saúde.

Essa concepção que reconhece a existência de uma medicina indígena inserida numa relação complementar com a medicina ocidental vem no bojo do reconhecimento daquela pluralidade de saberes e práticas ancestrais, historicamente desqualificadas pelos saberes ocidentais modernos. Essa é uma perspectiva que, antes mesmo da aprovação da vigência da Convenção n. 169 pelo Congresso Nacional Brasileiro e sob sua inspiração, se fez presente na redação do Decreto n. 3.156, de 27 de agosto de 1999<sup>23</sup>, que, ao dispor sobre as condições para a prestação de assistência à saúde indígena no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), referiu-se à necessidade de “reconhecimento do valor e da complementariedade das práticas da medicina indígena” (artigo 2º).

No âmbito das jurisdições constitucionais latino-americanas, ainda em 1992, esse entendimento foi objeto de reconhecimento por parte da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica<sup>24</sup>, que, ao declarar a

21 BARROS, Edir Pina de. Saúde indígena: a invisibilidade como forma de exclusão. In: GOLDENBERG, Paulete (Org.). O clássico e o novo: tendências, objetos e abordagens em ciências sociais e saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. p. 226.

22 ATHIAS, Renato; MACHADO, Marina. A saúde indígena no processo de implantação dos distritos sanitários: temas críticos e propostas para um diálogo interdisciplinar. Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 425-431, mar./abr. 2001.

23 BRASIL. Decreto n. 3.156, de 27 de agosto de 1999. Dispõe sobre as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde, altera dispositivos dos Decretos n. 564, de 8 de junho de 1992, e 1.141, de 19 de maio de 1994, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3156.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3156.htm)>. Acesso em: abr. 2014.

24 Voto 1992-3003, Expediente 3003 7.10.1992 L, sentença de 7 de outubro de 1992.

compatibilidade do texto da Convenção n. 169 da OIT com a Constituição daquele país, afirmou que:

[...] el Convenio, al dar vigencia a los “métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales” de los indígenas, lo hacen en un *contexto paralelo o complementario* de los procedimientos o medios curativos impuestos por normas de orden público en materia de salud<sup>25</sup>. [grifei]

Portanto, o direito reconhecido aos povos indígenas de aplicação de seus próprios saberes e práticas em saúde não exclui o seu direito de acesso aos demais métodos ofertados pela sociedade não indígena. Uma interpretação em sentido inverso seria altamente discriminatória e atentatória ao princípio da igualdade.

## Conclusão

No Brasil, o processo de construção dos direitos indígenas passou nas últimas décadas por consideráveis avanços no plano normativo. Do antigo paradigma constitucional do Estado integracionista e culturalmente homogeneizante, concebido com base em uma identidade supostamente monocultural e calcada em saberes e práticas eurocêntricas, o constitucionalismo brasileiro avançou no sentido de uma concepção plural, inclusiva e participativa, que reconhece a diversidade étnica e cultural dos povos indígenas e das várias identidades presentes na sociedade brasileira. O mesmo ocorreu especificamente em torno dos seus direitos à saúde. Concebida antes numa perspectiva meramente assistencial e de caráter individual, a saúde – e em específico a saúde indígena – passou a ser concebida como um direito fundamental, também de caráter coletivo, cujo acesso é regido pelos princípios da universalidade e equanimidade e cujo planejamento e gestão não podem mais ser dissociados do princípio da participação e controle sociais.

A tais avanços constitucionais em matéria de direitos indígenas (que, à época dos debates constituintes, foram bastante influenciados

25 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DO TRABALHO. Programa para promover el convenio num. 169 de la OIT (PRO 169). La Aplicación del Convenio Núm. 169 por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina: Una Recopilación de Casos. OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009; p. 130. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_116075.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf)>. Acesso em: abr. 2014.

pelas discussões em torno da elaboração da Convenção n. 169 da OIT) somaram-se, a partir de 2004, aqueles obtidos pelos movimentos indígenas em todos os continentes por meio do texto convencional da organização internacional laboral. Ao reconhecer aos povos indígenas os direitos de controle de suas próprias instituições e formas de vida, de consulta prévia diante de medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente e de livre participação nas instâncias decisórias relativas a políticas e programas que lhes digam respeito, a Convenção n. 169 da OIT traz, para o plano dos compromissos normativos formais adotados pelos Estados partes, contribuições significativas naquela perspectiva denominada por Quijano como *opção descolonial*, a ser adotada na relação dos Estados e da sociedade com aqueles povos.

Contudo, em que pesem as conquistas no plano formal, a crônica diária das violências sofridas pelos povos indígenas em todo o País, como de resto em toda a América Latina, que inclui elevados índices de morbidade e baixa densidade democrática nas estruturas vigentes responsáveis pela atenção à saúde dessas populações específicas, revela que há muito ainda por fazer. Enquanto grande parte das doenças que acometem as comunidades indígenas decorrem diretamente das crescentes pressões de mercado sobre suas terras e recursos naturais, num evidente processo de manutenção das relações coloniais pelos interesses do capital transnacional, são cada vez mais restritos os espaços concretos de saberes e práticas em saúde, próprias de tais comunidades. Apesar disso, as possibilidades jurídicas trazidas pela Convenção n. 169 com vistas ao respeito aos conhecimentos e métodos das formas indígenas de medicina constituem uma relevante conquista de direitos. Mais uma conquista de direitos que aguarda ser efetivamente levada a sério.

## Referências

ATHIAS, Renato; MACHADO, Marina. A saúde indígena no processo de implantação dos distritos sanitários: temas críticos e propostas para um diálogo interdisciplinar. *Cadernos de saúde pública*. Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 425-431, mar./abr. 2001.

BARROS, Edir Pina de. Saúde indígena: a invisibilidade como forma de exclusão. In: GOLDENBERG, Paulete (Org.). *O clássico e o novo: tendências, objetos e abordagens em ciências sociais e saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Programa para promover el convenio num. 169 de la OIT (PRO 169). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009. p. 146. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)>. Acesso em: abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una recopilación de casos*. OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_116075.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf)>. Acesso em: abr. 2014.

LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: o mito da tutela indígena*. São Paulo: Baraúna, 2009.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad-racionalidad. In: BONILLA, Heraclio (Comp.). *Los conquistados: 1492 y la población indígena de las Américas*. Ecuador: Libri Mundi, Tercer Mundo Eds., 1992.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil Moderno*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1979.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009.

TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

# Muerte, destierro y simulacro estatal: la consulta previa entre los afro colombianos

Santiago Arboleda Quiñonez Ph.D<sup>1</sup>

La sangre es el océano de fuego  
que hunde las memorias  
en plena tregua  
al borde la pesadilla  
la huella se ensangrienta (Alfredo Vanin R)

A los maestros y amigos Javier Fayad Sierra  
Y Adolfo Albán Achinte por su compromiso  
Con la dignidad planetaria.

## Boceto

Lo que me propongo en este artículo, es construir un breve esquema que permita situar la consulta previa como un derecho estratégico de los grupos étnicos, en este caso particularmente los afrocolombianos, para seguir adelantando *políticas de vida en contexto de muerte*, lo cual ha sido su condición histórica de existencia. La consulta previa y el con/sentimiento informado, aquí los dimensiono como un proceso fundamental y consustancial por lo tanto, en este despliegue de las políticas de vida que están librando las comunidades afrocolombianas en

<sup>1</sup> Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar- Ecuador. Doctorado en Estudios Culturales Latinoamericanos.

sus territorios ancestrales; tanto rurales como urbanos, los primeros en virtud de la ley 70 de 1993: 1) titulados colectivamente; 2) en proceso de titulación; 3) sin titulación pero con un demostrado uso consuetudinario en el ejercicio de su territorialidad ancestral.

En este sentido la consulta previa y de manera integral el convenio 169/89 OIT, se inscriben en la dialéctica compleja por la descolonización y la liberación de estos pueblos etnizados, y el contrataque capitalista, en su nueva fase de acumulación primaria, devorando varias regiones del mundo; que para el caso que nos ocupa, tiene como telón de fondo el denominado PLAN COLOMBIA, con el que se entronizó legal y legítimamente por parte del Estado colombiano y el colonialismo de EEUU, claramente la guerra en los territorios ancestrales de afrocolombianos, indígenas y campesinos.

Con relación a lo anterior, me interesa también plantear que en la actualidad, el mayor etnocidio contra los Afrodescendientes en América, se está desarrollando en Colombia. Centralmente ligado a los procesos de destierro y despojo territorial, motivados por el neo-extractivismo y los sangrientos megaproyectos; minería de oro, carbón, explotación portuaria, apertura de vías, entre muchos otros. A ello también se suman el control territorial para el tráfico de drogas y armas, motor del prolongado conflicto armado colombiano, que arrecia hace más de 20 años contra los territorios ancestrales y los cuerpos de las comunidades indígenas y afrocolombianas; integrándolos al proyecto de desarrollo del Estado-nación moderno por la vía de la violencia. Esto adquiere sentido en el contexto del constitucionalismo multicultural y en algunos casos intercultural, que reconoce derechos colectivos a los grupos étnicos en distintos países de América; tal es el caso de Ecuador, Brasil, Surinam, Nicaragua, Bolivia con su invisibilidad lucha afro descendiente y demás países; fenómeno bien estudiado por investigadores como César Baldi (2010).

Procederé entonces realizando una caracterización introductoria de los principales actores que configuran el campo de disputa, por el sentido de la consulta previa, describiendo el contexto, para en un segundo momento delinear algunas perspectivas que sobretodo implican líneas de trabajo de indagación, desde el lugar de los sujetos im/potentes, en este complejo y conflictivo entramado por el poder.

## Pintando el clamor a brocha gorda

Entre 1996 y 2003, según datos del desaparecido Instituto Colombiano de Reforma Agraria, reemplazado por el INCODER, se habría titulado un total de 4.611.962,0447 hectáreas, a 127 consejos comunitarios, que agrupaban 51.679 familias, integradas por 275.996 personas. Es decir, un promedio de 5,3 personas por familia. Debe aclararse que la totalidad de este territorio no es cultivable, ni puede dedicarse a actividades productivas extensivas o intensivas y permanentes, debido a la fragilidad de los ecosistemas y a que varias zonas son de conservación de agua, madera, animales y diversas especies, por parte de las comunidades, de lo cual depende la permanencia en sus correspondientes territorios.

Entre 1996 y 2007, según información de la pastoral católica, con base en los datos de INCODER, se titularon colectivamente 5.210.534,2628 hectáreas, asignadas a 63.312 familias, en la cuenca del Pacífico. No aparece el dato del número de consejos comunitarios que recibieron títulos en estos últimos cuatro años. Sin embargo, este significativo aumento, en medio de la guerra desatada contra la población de la región, revela una efectiva dinámica y liderazgo de las poblaciones y sus organizaciones, incluso en condiciones de exilio, para hacer cumplir sus derechos y defender sus territorios; a la postre, después de la esclavización y la exclusión como fardo y secuela de esta; es lo único concreto que "poseen" estas comunidades, aisladas y marginadas por el Estado y sus elites.

De acuerdo con la visión del movimiento social afrocolombiano, que insiste en lo colectivo como alternativa, la aspiración es hacer titular 6.000.000 hectáreas, que aunque de forma parcial, haría justicia con su imaginativo y creativo proceso de humanización y ocupación histórica de estos territorios; propósito que se ha visto fuertemente impedido y paralizado mediante distintos mecanismos dilatorios del Estado y de manera frontal, por las masacres y el destierro generado por los agentes de la guerra, con sus intereses económicos de explotación y saqueo.

El multiculturalismo de Estado y la multiculturalidad que promueve, como una de las variantes discursivas de la interculturalidad conservadora, sirve de contexto político ideológico y de velo al tiempo, a la peor

crisis humanitaria que ha vivido la población afrocolombiana, por lo menos desde la segunda mitad del siglo XX. A la exclusión estructural que padecen estas poblaciones, representada en los índices más bajos del país en cuanto a calidad de vida, en conjunto con las comunidades indígenas; estando en todos indicadores por debajo de la media nacional – el 80% de la población sin posibilidades de cumplir la totalidad de necesidades básicas – la situación de destierro, masacre y confinamiento continuado, los coloca en una situación de total vulnerabilidad, agudizando su empobrecimiento, en la medida en que cercena sus posibilidades productivas y desarticula sus núcleos sociales y culturales.

Debemos tener plena consciencia, de que nunca sabremos las dimensiones reales de este drama humanitario a través de las cifras, la diatriba por ellas entre las entidades del Estado encargadas de la atención a las víctimas, las entidades internacionales en defensa de los derechos humanos y las cifras sustentadas por las organizaciones del movimiento social, así lo revelan. A las alarmantes diferencias en los volúmenes de afectación humana, que representan los intereses en disputa, las dificultades del registro y la estrategia de subregistro de la problemática, implementada por estas entidades del Estado, como una política de invisibilización y encubrimiento de etnocidio genocida; operado desde que avanzó en firme el proceso de titulación colectiva de los territorios prevista por la ley 70 de 1993, se suman los emplazamientos y confinamientos generados por los grupos armados, que impiden la movilidad y restringen el acceso de víveres y alimentos a los territorios. Es un tipo de secuestro que nunca deja evidencias entre las violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

En el marco de esta socioantropología de la mentira y el eufemismo; de “hacer parecer lo que no es como si fuera”, en que se han especializado grupos de funcionarios “expertos”, las cifras que se presentan sólo ilustran tenuemente una realidad, a la que la población colombiana parece haberse acostumbrado, normalizando su mirada sobre el horror y el crimen colectivo generalizado y las imágenes que produce en las ciudades, el harapiiento y mendigo personaje llamado con cierta indiferencia y desdén; *desplazado* y que aquí y como lo he insistido en otros trabajos, prefiero llamar “desterrado”, por que enuncia una condición histórica de

larga duración; *la condición permanente de despojo de la diáspora afro en Colombia y el mundo.*

Con base en datos de la Red de Solidaridad Social del 2001, se constata cómo la guerra focalizó sus intereses en el Pacífico; entre los 37 municipios que expulsaron en el año 2000 el 75% de la población en el país, 8 municipios se encuentran en esta región, distribuidos los contingentes poblacionales de la siguiente manera: en el departamento del Chocó; Medio Atrato 3.289, Río Sucio 3.155, Quibdó 2792, El Carmen de Atrato 1.616, Juradó 1.287. En Antioquia; San Juan de Urabá 2.740, Mutata 1.596. En el Valle del Cauca; Buenaventura 3.800. Para un total del 16.30%, lo cual no significa que todos sean afrocolombianos, pero sí que sus territorios son azotados por la violencia y el terror, como lenguaje emergente que se impuso codificando una nueva realidad de oprobios.

Al momento de preguntarse por la etnia para el mismo año, se considera que de las 53.280 personas a las cuales se identificó, el 19% son afrocolombianos, es decir 10.100 y el 3% a la población indígena, o sea 1.542. Otro grupo de intelectuales con base en la misma fuente oficial de la Red de la Solidaridad Social, estima que para el segundo semestre del 2000, el porcentaje de afrocolombianos podría llegar a ser el 30% del total en Colombia, es decir 128.843 personas.

Con el Gobierno de los dos periodos presidenciales de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010), la Red de Solidaridad Social pasó a llamarse Agencia Presidencial de Acción Social, en su Registro Único de Población Desplazada (RUPD), encontramos que en el 2003, la población afrocolombiana representaba un 6% del total nacional de desplazados, mientras en el 2007, se había algo más que duplicado con un 14%, acorde con el discutido censo del 2005, que minimizó al máximo el peso de esta población en el conjunto del país, cuya consecuencia inmediata fue producir un efecto de reducción de la catástrofe humanitaria en sus territorios y, la consecuente desactivación de las exigencias de calidad de vida, con base en su participación efectiva por su volumen; en otras palabras, se concretó un trabajo de “minorización étnica”, a través del juego de las estadísticas. En este inhumano y macabro juego que recuerda las antiguas tácticas de los traficantes de africanos, para menguar la evidencia de la magnitud de su crimen, la población afrocolombiana representa

4.311.757<sup>2</sup>, de ésta entre 1997 y el 2007, se habría expulsado de sus territorios 140.266 personas, es decir un 10%.

Distintas son las imágenes construidas por la Asociación de Afrocolombianos Desplazados (AFRODES), fundada en 1998, como respuesta a este embate sangriento. En la misma década 1997-2007 considera que 294.842 fueron expulsados de sus territorios colectivos, 416.566 de los municipios con población afrocolombiana mayoritaria y 764.373 de los municipios de mayor concentración de población afrocolombiana. Pero además el documento analiza la extrema vulnerabilidad e imposibilidad para el acceso a empleo, educación, salud, vivienda y en general para los servicios públicos y el goce de sus derechos. Estos se encuentran totalmente vulnerados, una situación de extrema precarización de la vida individual, familiar y comunitaria.

En el año 2009 la cifra oficial de desplazados en Colombia era 3.073.010 personas, es decir, 695.354 hogares a Mayo, siendo éste por su volumen, el segundo desplazamiento interno más grande del mundo. Para organismos como el CODHES, la cifra puede superar los cuatro millones. Sin embargo no se puede estimar aproximadamente cuantos son afrocolombianos y cualquier cálculo con base en las tendencias anteriores, resultaría exageradamente arriesgado.

Para el caso de Buenaventura, principal puerto de Colombia, ubicado en el Pacífico, donde se ha focalizado este etnocidio con toda su virulencia, las cifras de asesinatos son más que elocuentes, según el Auto 005 de 2009, de la Corte constitucional, con base en información de la organización Proceso de Comunidades Negras (PCN), se registra que entre el 2000-2006 se asesinaron 559, 534, 455, 467, 428, 443 y 592 personas respectivamente, de acuerdo con las cifras oficiales de las autoridades en Buenaventura, siendo este puerto en el 2006, la ciudad más violenta del país, con una tasa de 138 homicidios por cada cien mil habitantes, a lo cual se sumaron 38 atentos terroristas con bombas, petardos y granadas. Entre 2007 y 2008 se habrían asesinado 797 personas. Aunque ilustrativa las cifras, no revelan la profundidad del magnicidio en

2 Ver S. Arboleda Quiñonez, "Los Afrocolombianos: entre la retórica del multiculturalismo y el fuego cruzado del destierro", en *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, The University of California Press, vol 12, num 1, 2007, pp 213-222.

desarrollo, encubriendo por lo demás, el número de desaparecidos, sobre los cuales no se ofrecen datos en este documento.

Según informe de la Contraloría General de la República, la Defensoría del pueblo y la Procuraduría General de la Nación (2012), Buenaventura es el municipio con mayor número de desplazados en el país, si se tiene en cuenta que desde 1997, cuando hicieron ingreso los paramilitares hasta el 2011, se registran 72.797 personas. Por lo que representa la mayor crisis humanitaria colombiana. El Servicio Jesuita a Refugiados (Colombia), en su informe para el mismo año, señala que se produjeron 9 desplazamientos masivos, 5.242 familias despojadas de sus hogares, pero además reclutamiento a menores, abuso sexual a las mujeres y feminicidios, perpetuados por estos grupos, como parte central de su amedrentamiento.

Pero en los 17 años sin tregua que lleva este etnocidio, las consecuencias son mayores. Según la Red Nacional de Información entre enero y el 31 de agosto de 2013, se han desplazado 4.670 personas. La Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de Naciones Unidas (OCHA), en su informe afirma que entre el 9 y el 11 de noviembre de 2013, fueron expulsadas de sus hogares 2.845 personas, 853 familias, pertenecientes a 8 barrios, todos habitantes urbanos de los territorios ganados al mar, comunas 3 y 4, sin atención humanitaria al momento del informe<sup>3</sup>.

## Los contornos en claro/oscurο

### *Las comunidades afrocolombianas*

Para las comunidades afrocolombianas la consulta previa presenta un doble registro:

1. Se visualiza como una *esperanza*, en el ejercicio de sus derechos, enfatizando el liderazgo colectivo-comunitario, este proceso debe afianzar el *vitalismo ancestral telúrico*, ligado los territorios, que da cuenta de lo que podemos llamar un *compromiso ancestral*, articulador del com-

3 Para mayor profundidad ver S. Arboleda Quiñonez. El etnocidio que se está cometiendo en Buenaventura. Revista Razón Pública, Bogotá Abril 28 de 2014.

plejo entramado entre la inmanencia y la trascendencia que comporta este grupo humano.

El compromiso ancestral, entendido desde este “pensamiento propio”, como la responsabilidad colectiva presente y futura, con las generaciones venideras o “renacientes”, como se les denomina regionalmente en el Pacífico sur, se precisa; debe ser la actitud de los actores comunitarios que les ha correspondido enfrentar esta situación, al igual que a los antepasados, “los ancestros”, les correspondió el compromiso de trabajar por la libertad y legar como herencia para todos, el territorio que ahora ocupan. La actitud comprometida, con los riesgos que ello implica, debe manifestarse en el desarrollo de estrategias y acciones concretas que articulen esfuerzos internos y externos, con el objeto de transformar la realidad en su favor.

Lo anterior brinda lógicas diferenciadas del vivir en conflicto, con relación a otros grupos humano y está sostenido y dinamizado por las *suficiencias íntimas*. Resaltando que pese a las carencias que subraya la noción de resistencia, encontramos en ese marco, prácticas y pensamientos que subvierten desde la cotidianidad, los propósitos de reducción vital del sujeto, operado por las hegemonías en el poder.

Las *suficiencias íntimas* remiten al cúmulo de experiencias y valores siempre emancipatorios, que comporta un grupo, pueden ser entendidas de manera más precisa, como el reservorio de construcciones mentales operativas, producto de las relaciones sociales establecidas por un grupo a través de su historia, que se concretan en elaboraciones y formas de gestión efectivas, verbalizadas condensadamente, como orientaciones de su sociabilidad y su vida en espacios y tiempos específicos. Son suficiencias, en la medida en que no parten de las carencias, sin negarlas, sino que insisten ante todo en un punto de partida positiva, vivificante para el individuo y su comunidad, no propiamente en una actitud reactiva permanente frente a los otros.

Estas dimensiones culturales desde la autonomía y lo propio son centrales como se reconoce en el nuevo pensamiento jurídico, a la hora de pensar el derecho propio y la justicia comunitaria, que está en juego en la consulta previa y el consentimiento informado. Es desde esto luga-

res en la mayoría de veces intangible para los externos, que se articula la lucha para perpetuar la vida, la existencia en condiciones de dignidad, superando la clandestinización pública que han sufrido históricamente (Arboleda, 2007; 2011.)

La consulta previa en este sentido habilita horizontes posibles de recreación y creación de una economía de la dignidad y la re-existencia (Alban, 2008), con importantes niveles de exterioridad al capitalismo; prácticas y pensamiento de conexión fluida con la naturaleza.

2. En el segundo registro, la consulta previa por parte de los afrocolombianos, se percibe como un haz elegante del proceso de etnocidio-genocidio con su faceta de masacres, destierro prolongado, destrucción cultural y de sistema de conocimientos que han perpetuado la biodiversidad; es la falsa cara positiva que quiere mostrar el multiculturalismo de Estado. Se aprecia como una constatación del dicho popular: “las leyes se hicieron para violarlas”. En este registro, la consulta previa no motiva el exterminio, no es la causa, pero sí contribuye a que se acentúe, desde luego no como elemento exclusivo, pero en la articulación comunitaria y política para su exigibilidad, el liderazgo colectivo afrocolombiano entra en una zona ampliamente peligrosa, de riesgo manifiesto, en que muchos líderes han perdido su vida.

Esto que parece contradictorio, hace parte de los pliegues e intersticios de una realidad ensangrentada, en que cada minuto está en riesgo la vida en su integralidad planetaria y cósmica, la persona, la familia. Es la cotidianidad de la indignación im/potente, ante la destrucción de sus habitantes, a través de una máquina de guerra de la cual no se tenía antecedentes, en la sucesión de los múltiples despojos vividos desde la trata trasatlántica, pasando por varias hecatombes en Colombia: la guerra de los 1000 días que cerró el siglo XIX y abrió el XX, la violencia de 1948, la pérdida de los territorios en el norte del Cauca desde los años 50s a manos de los propietarios de ingenios de caña en expansión, la pérdida de Chambacú en Cartagena y demás territorios ancestrales afrocolombianos tanto rurales como urbanos, cuya lista por demás amplia, resulta más que dolorosa.

## *La gestión de un nuevo actor*

En este contexto se está fraguando, gestando y gestionando por parte del Estado y las empresas transnacionales, a través de ONGs nacionales y de cooperación internacional con sentido capitalista neoliberal, un segmento poblacional afrocolombiano, una capa funcional a sus intereses, con rasgo de clase media, basados en una visión individualista, que privilegian las bondades de la vida urbana en desdén de los sujetos rurales, y a través de diversos mecanismos abiertos o encubiertos, se oponen activamente al liderazgo colectivo, bajo el discurso en boga de la necesidad de un líder eficiente, inclusivo, moderno, con capacidad de emprendimiento y empresarial. Atributos que señalan ausentes en la ética colectiva y, que por lo tanto, supuestamente, es lo que requieren las comunidades para vivir mejor y superar su exclusión.

Estos líderes funcionales a las empresas nacionales y transnacionales, en los procesos de consulta previa, se asignan la representación, usurpada con la ayuda de estos capitales, copan los espacios de representación afrocolombianos conquistados por la ley 70/93, es más, crean nuevos espacios y un paralelismo competitivo y fragmentador en connivencia con el Estado; como se puede observar en la actual situación, con relación al vacío jurídico originado por el ejecutivo, para la representación legítima y legal de las comunidades; asunto que intenta dirimir la Corte Constitucional a través de peritajes en consulta a los centros, institutos, grupos e instituciones de investigación del país, especializados en comunidades afrocolombianas, mediante providencia del 2 de Mayo de 2014, ante la clara vulneración del derecho a la consultada previa que representa la aplicación de la Resolución 121 de 2012, expedida por el Ministerio del Interior. En que hace un llamamiento a la conformación de una representación transitoria de las comunidades afrocolombianas, en manos de los consejos comunitarios con títulos colectivos y los representantes raizales de San Andrés y Santa Catalina, para los procesos de consulta en proyectos estratégicos que afectan la vida y los territorios de estas comunidades.

En tal situación la corte ordenó suspender transitoriamente la resolución, mientras se pronuncia de fondo para resolver las múltiples ambigüedades jurídicas generadas por el ejecutivo, que entraban el desarrollo de los procesos de consulta. Lo cual muestra la profunda frag-

mentación en el liderazgo y polarización inducida entre líderes y lideresas “desarrollistas” y “colectivistas ancestrales”, de que venimos hablando, como consecuencia de los intereses económicos y políticos en juego.

Dichos líderes en su mayoría profesionales universitarios, se constituyen en mediadores que facilitan la cooptación, el engaño y la justificación de la barbarie. Su emprendimiento de manera práctica consiste en viabilizar una re-edición del colonialismo interno y el desgarramiento comunitario. El neoliberalismo crudo en esta zona de exclusión y marginalidad estructural histórica, mantenidas en la inercia por el racismo y la discriminación, da forma a funcionarios afrocolombianos jóvenes para suavizar sus fauces ante las víctimas, creando confusión, mitigando de paso ciertas acusaciones y señalamientos ante la comunidad internacional. De tal suerte que la imagen construida, muestra que entre estas comunidades “unos son verdugos de otros”, el problema entonces es de “simple organización interna”. Vale recordar que con sus particularidades contextuales para el caso argelino y en general africano, este asunto ya había sido planteado por Fanon (1973).

Desde luego, lo anterior sugiere una caracterización y una comprensión más profunda de sus implicaciones; preguntas como cuales son las organizaciones que lo promueven, sus propósitos formales, sus agendas, quienes conforman esa capa o segmento social funcionalizado; su procedencia, edades y formaciones, etc; delinea un proyecto de mayor envergadura, aquí sólo lo dejo sugerido para este caso, pero como sabemos está siendo común a muchas regiones en el mundo, en estos tiempos de multiculturalismo neo-extractivista.

## *El gobierno y los empresarios*

Para el ejecutivo y la mayoría del legislativo colombianos, la consulta previa es un problema, un escollo que se debe superar para atraer la inversión extranjera y facilitar la inversión nacional, de ahí que frecuentemente se vulneren los derechos colectivos, pero en general la totalidad de derechos, mientras se simula preocupación por garantizarlos; desde este mecanismo, el simulacro como política, mantiene una retórica de garantía de derechos y ejercicio de la democracia atravesada por la libertad de opinión.

Retóricamente se garantiza el derecho democrático a la participación, cuando en las acciones otorgan concesiones y licencias para explotar territorios ancestrales sin ningún tipo de consulta; el desarrollo promovido por el Estado bajo la metáfora anacrónica de las locomotoras, violenta con total indolencia e indiferencia el derecho a la autodeterminación de estas comunidades, en plena complicidad con los empresarios. Son los matices de un Estado etnofágico y etnocida. De ello da cuenta el siguiente comunicado expedido por el Proceso de Comunidades Negras (PCN) y las Comunidades Indígenas en Julio del 2012:

“Las Comunidades Negras y Pueblos Indígenas alertamos a la sociedad colombiana y a la comunidad internacional de las profundas violaciones a los derechos humanos y atentados contra la diversidad e integridad étnica y cultural de la nación que el gobierno nacional viene realizando, violando sistemáticamente el *DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA*, contenida en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por Ley 21 de 1991 y desarrollada en diferentes sentencias de la Corte Constitucional. Este derecho es además una herramienta determinante para que los grupos étnicos puedan proteger sus territorios y con ello un ambiente sano para sí y para la humanidad.

Esto se fundamenta, entre otros, en los siguientes hechos:

1. Se crea una Dirección de Consulta Previa en el Ministerio del Interior para garantizar el Derecho Fundamental a la Consulta, pero se designa allí personas como el Dr. Rafael Torres para desconocer el derecho y ponerse al servicio de los intereses de los empresarios. Precisamente el 18 de mayo/12, en el VII Congreso Internacional de Minería y Petróleo, Convergencia y Desarrollo, realizado en Cartagena, expresó a los petroleros y mineros asistentes: “Me siento en familia, que bien!, (...) vine a disertar sobre la consulta previa, de cómo hemos venido mejorando la gestión administrativa en el ministerio para darle los mejores resultados a este sector”.

Pero también el reciente decreto 2.613 de Noviembre 20 de 2013, que oficializa un protocolo de coordinación interinstitucional al interior del Estado para atender la consulta previa, este fue inconsulto y restringe la consulta y la concepción territorial comunitaria.

A esto se debe sumar lo que se ha confirmado en muchos territorios ancestrales, una vez los grupos armados, especialmente paramilitares, han generado el terror a través de las masacres y destierros, los espacios son ocupados por los empresarios de la palma aceitera o como está sucediendo en Buenaventura, por obras de expansión portuaria; de tal forma que las armas funcionan como la avanzada de la actividad empresarial, anulando de hecho la posibilidad de que se exija y menos que se lleve a cabo un proceso de consulta previa y con/sentimiento informado.

Quedando claro cuál es el rol actual del ejecutivo en relación con las comunidades y los empresarios nacionales y extranjeros.

## *Las ONGs y la Academia*

La heterogeneidad que representan estos actores, ante todo por un lado el escenario variopinto de las ONGs, que como lo he señalado antes, algunas ligadas al sector empresarial; industrial y financiero, fomentan la desarticulación comunitaria, a través de la cooptación y la formación de líderes que riñen con los principios colectivos, operando claramente un proyecto neo-conservador, que promueve de manera sangrienta en una de sus caretas, el ingreso acelerado al capitalismo y la dependencia en calidad de famélicos urbanos, a comunidades que antes gozaban de una relativa autonomía económica, ambiental y cultural.

Por otro lado encontramos ONGs, que promueven la exigibilidad y el cumplimiento de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, fomentando, educando y asesorando el liderazgo para el ejercicio de los derechos étnicos conquistados, y la consolidación de agendas, redes y plataformas de defensa, resistencia y lucha de incidencias transnacionales. Este trabajo por la equidad y la justicia social, en la protección de la vida humana y los territorios, con frecuencia es rotulado como subversivo y asociados a los grupos insurgentes, con lo cual se deslegitiman las reclamaciones y las denuncias, habilitando la aniquilación física y el exilio cuando menos, de miembros de estas organizaciones de acompañamientos tanto nacionales como internacionales.

Otras han surgido desde dentro de las comunidades, al fragor de esta prolongada guerra de exterminio, algunas en territorios de exi-

lio, como Bogotá, la capital del país, respondiendo a la expoliación del liderazgo comunitario, en trabajo de reagrupamiento y rearticulación desde sus suficiencias íntimas, desde su compromiso ancestral; tal es el caso paradigmático, por sus dimensiones nacionales, de la Asociación de Afrocolombianos Desplazados (AFRODES), arriba indicada; la cual ha desplegado una importante agenda transnacional, por la *Reparación Histórica Diferencial* en tanto eje sustancial de la equidad y la justicia social en el país. De esta manera, como una verdadera escuela de aprendizajes sociales en medio del fuego cruzado, que les ha significado un doloroso saldo: varias víctimas entre sus líderes del trabajo local en las regiones, ha incorporado nuevos repertorios de acción jurídico-políticas, desde una política de la memoria y una pedagogía del derecho para la dignificación colectiva, que le han permitido construir solidas alianzas, solidaridades en la difusión de la problemática y la gestación de salidas alternativas que articulen la voz comunitaria.

La confrontación y el alinderamiento político ideológico es abierta, entre estas distintas facciones de ONGs, que se disputan la "intervención" en las comunidades para concitar un cambio en uno u otro sentido, según los intereses ya indicado; que desde luego redundan en el significado y el sentido que le otorgan a la consulta previa y el consentimiento informado, quedando en el centro cual carne de cañón, siempre la comunidad, con lo cual en muchas ocasiones se agudiza sus vulnerabilidades en medio de la pugna por la legitimidad de la representación política y las maniobras en la construcción de la representación de la realidad.

Las respuestas organizadas desde las suficiencias/resistencias, por parte de las comunidades a tan dramática situación, en un contexto de relaciones totalmente nuevo, determinado por la lógica del terror y el silencio, se han fraguado en un ínterin que bien podemos denominar tiempo de aprehensión, entendido como la capacidad creativa, la plasticidad mental, por garantizar la existencia y la reproducción del grupo, que ha dado origen a discursividades ensambladas con un contemporáneo conjunto de herramientas que provienen de diferentes disciplinas como la biología, la ecología política, las ciencias políticas, el derecho internacional, etc. En este terreno de aprendizaje social acelerado, constreñido; la autonomía y el derecho a la vida se convierte en el núcleo central des-

de donde se exige el derecho a ser consultados, escuchados y decidir su presente y futuro, en condiciones de libertad y dignidad.

Por su parte las instituciones académicas tanto públicas como privadas, en la pluralidad de posiciones que también les asisten, de manera muy general se puede afirmar que la tendencia ha sido convertir la consulta previa en un objeto de estudio, especialmente por las facultades de derecho, ciencias políticas, antropología y filosofía, entre otras disciplinas; este fenómeno se ha convertido en un verdadero campo de indagación interdisciplinaria, desde el cual se ha desarrollado cierta "militancia intelectual", de un lado y de otro, ha incidido en los planes de estudio de varias universidades con la construcción de cátedras, materias electivas, creación de grupos de investigación, eventos, etc.

Desde el punto de vista de los profesionales o expertos, sabemos que hay un tráfico fluido entre las ONGs y la academia, manteniendo sus especificidades en cuanto a las prácticas intelectuales propias de su naturaleza, sin embargo se puede observar como consecuencia de dicho tránsito de profesionales y de los diálogos con líderes comunitarios, como las fronteras prácticas cada vez son más porosas y se desdibujan, siendo muy frágiles y flexibles, consecuentemente los discursos tanto de la academia como de estas organizaciones no gubernamentales, se interceptan y asimilan con mucho dinamismo. Incluso, co-produciendo como parte de la sociedad civil, muchos eventos y posicionamientos tanto críticos a favor de las comunidades como también en contra.

Lo anterior como es lógico, requiere de una puntualización e indagación mucho más detenida y sistemática, que tenga en cuenta incluso el importante rol de la iglesia católica, presente en varios territorios de comunidades afrocolombianas, decisiva en la difusión y la denuncia de este etnocidio, especialmente a través de su campaña de medios y productos audiovisuales de libre acceso en la internet, tal es el caso de los exitosos esfuerzos de la arquidiócesis de Quibdó, en el departamento del Choco y del obispo de Buenaventura. Esto constituye una importante beta de trabajo de investigación.

No obstante, en conjunto para la academia, la consulta previa y en general los derechos colectivos étnicos y la justicia colectiva brinda

una oportunidad pedagógica para construir una renovada democracia, con base en una opinión pública informada, seria y responsablemente; nuevos sentidos de lo público en que la pluralidad sea la impronta rectora, para desde ésta, incidir en la transformación social con equidad y justicia histórica, en el paso de una sociedad multicultural, a una sociedad basada en la interculturalidad como sentido común de convivencia.

Con estos elementos apenas he esquematizado el campo disputa por los sentidos de la consulta previa, pasaré ahora al segundo punto, arriesgar alguna ruta de análisis a manera de cierre comprensivo.

### *Pinceladas para la indagación indignación policrofónica*

Lo que estoy presentando es una de las estrategias del multiculturalismo constitucional, que combina etnocidio y etnofagia, como bien lo ha planteado el profesor Díaz-Polanco (2006), sus acentuaciones dependen del contexto específico, qué tan hostil resulte a sus objetivos, que tanto reclamen o exijan derechos como la consulta previa. Queda claro que a mayor exigibilidad mayor violencia armada, para lo cual Colombia con su largo conflicto armado es un contexto más que próspero, ya que mucho del destierro se asigna al traslado del conflicto armado, ocultando el racismo estructural y el proyecto de despojo re-colonizador de fondo.

Para esta racionalidad colonizadora resulta inaceptable que las zonas consideradas y representadas de "no existencia digna", "de no palabra", "de silencio histórico" emerjan con voz potente, muestren decisión; se autorepresenten y se conciban como todo lo contrario. Entonces se deben silenciar, deben regresar a su estado natural, tal como han sido imaginadas, fabricadas y representadas.

Este es un gran nudo en la consulta previa; supone que da voz, validez a la agencia, legalidad a la acción dignificante y habilita una *osadía* si se piensa desde la racionalidad dominante hegemónica; por lo tanto, se debe controlar el posible desbordamiento social que insinúa o consigue. Es impensable que los "sin voz", se transformen en voceros, en apalabrados de un momento a otro y sin comprensión clara para la blancocracia o los emblanquecidos en el poder.

El diálogo que supone y propone la consulta previa, avizora transformar la democracia representativa y formal, constituyendo un elemento esencial que la torna en posibilidad de concretar con mayor dinamismo y realidad la participación consagrada constitucionalmente, para avanzar hacia una democracia decisoria para los pueblos y grupos étnico ignorados. *La decisión es sobre el presente y el futuro*. Lo cual es cuando menos, una radicalización de las posibilidades democráticas, en nuestros Estado-nacionales modernos periféricos.

Lo anterior supone un reto a la interculturalidad. *Al dialogo intercultural critico*, es de hecho un movimiento hacia la descolonización, el solo supuesto de que se debe dialogar con esos "otros" etnizados; la obligatoriedad de que sean consultados para su con/sentimiento, esta intervención formal en las asimetrías canónicas por el colonialismo euroccidental en el ejercicio del poder, en estos tiempos, constituye una amenaza al establecimiento, alumbran rutas de posibilidad esperanzadoras.

En el mismo sentido como lo ha planteado Boaventura de Sousa Santos(2010), los excluidos, las zonas cegadas de decisión, hasta tienen derecho a tener pasado, aunque tergiversado, lo que les está negado es el derecho a tener presente y futuro desde su propia perspectiva, desde sus sistemas de pensamiento y acción(pensación), desde sus deseos, sueños, aspiraciones. Les está negada *la autonomía, la autodeterminación*. Asunto en que nos insistieron a lo largo de sus obras, entre otros, el Antropólogo mexicano Guillermo Bonfil Batalla y el escritor colombiano Manuel Zapata Olivella, faros de las rutas de la *indagación indignación policrofónica*, senderos abiertos por los millones de sujetos im/potentes, para avanzar en renovadas formas de vivir y comprender la realidad, en estos tiempos de despojo incesante.

### Bibliografía

AFRODES, Proceso de Comunidades Negras (PCN), Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA) y otros. *Política pública con enfoque diferencia para población afrocolombiana en situaciones*

*de desplazamiento forzado o confinamiento*. Documento marco. Julio de 2008, (inédito).

ALBAN, Adolfo, “¿Interculturalidad sin decolonialidad?: colonialidades circulantes y prácticas de re-existencia”, en *Diversidad, interculturalidad y construcción de ciudad*, W. Villa y A. Grueso (comps.), Bogotá: Universidad pedagógica Nacional/Alcaldía Mayor, 2008, 64-96.

ARBOLEDA, Santiago. “Negándose a ser desplazados: afrocolombianos en Buenaventura”. En : RESTREPO, Eduardo, AXEL; Rojas. (eds) Conflicto e (in)visibilidad. Retos de los estudios de la gente negra en Colombia. Popayán: Editorial Universidad del Cauca. 2002, pp 121-139.

ARBOLEDA, Santiago. “Paisanajes, colonias y movilización”. En: C. Mosquera, M. Pardo & O. Hoffman (Eds.). Afrodescendientes en las Américas. Trayectorias sociales e identitarias. Bogotá: Editorial Universidad Nacional, 2002, pp 399-420.

ARBOLEDA, Santiago. “Los Afrocolombianos: entre la retorica del multiculturalismo y el fuego cruzado del destierro”, en *Journal of Latin American and Caribbean Antropology*, The University of California Press, vol 12, num 1, 2007, pp 213-222.

ARBOLEDA, Santiago. “Destierro afrocolombiano: la interculturalidad imposibilitada”. En: D. García, M. Muñoz (Coord). Los movimientos sociales en la construcción del Estado y la nación intercultural. Barcelona: Huygens editorial, 2011, pp 159-194.

ARBOLEDA, Santiago. El etnocidio que se está cometiendo en Buenaventura. Revista Razón Pública, Bogotá Abril 28 de 2014. Disponible en: <http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/7582-el-etnocidio-que-se-est%C3%A1-cometiendo-en-buenaventura.html>

AROCHA, Jaime. “Ley 70 de 1993: utopía para los afrodescendientes excluidos”. En: Jaime Arocha (Comp). Utopía para los excluidos. El multiculturalismo en África y América Latina. Bogotá, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional. 2004, pp 159-179 .

BALDI, Cesar A. Protección Jurídica de los territorios quilombolos en Brasil. En: Revista el otro derecho No 41. Bogotá, ILSA, 2010.

BONFIL BATALLA, Guillermo. Identidad y pluralismo cultural en América Latina. Editorial de la Universidad de Puerto Rico. 1988.

COMITÉ MUNICIPAL DE ATENCION INTEGRAL A LA POBLACION DESPLAZADA DEL MUNICIPIO DE BUENAVENTURA. Lineamientos para el diseño y puesta en marcha de una estrategia de retorno de desplazados y de prevención del desplazamiento forzoso en los ríos del municipio de Buenaventura. Buenaventura, 2000. (Mimeo)

CORTE CONSTITUCIONAL, República de Colombia. Expediente T-3482903. Mayo 2, 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL, República de Colombia. Sentencia C-175/09

CUBIDES, Fernando, DOMINGUEZ, Camilo (Ed). Desplazados, Migraciones Internas y Reestructuraciones Territoriales. Bogotá, Facultad de Ciencias Humanas Universidad Nacional de Colombia. Centro de Estudios Sociales. 1999.

DIAZ-POLANCO, Héctor. El elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia, México, Siglo XXI, 2006.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Refundación del Estado en América Latina. Abya Yala, Universidad Politécnica Salesiana, Ecuador, 2010, pp 149-172

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. REPUBLICA DE COLOMBIA. Apuntes sobre la consulta previa con grupos étnicos (Documento de trabajo interno), Bogotá, 2011

FANON, Frantz, Por la revolución africana, Fondo de Cultura Económica, México, 1975

FANON, Frantz, Los Condenados de la tierra, Fondo de Cultura Económica, México, 1973.

HALL, Stuar. “¿Quién necesita ‘identidad’?”, en S, Hall, P, Du Gay, Cuestiones de identidad, Buenos Aires, 2003, pp 18 y ss.

MIGNOLO, Walter. “Capitalismo y geopolíticas del conocimiento”, en S, Dube, I.B, Dube (coord.), Modernidades coloniales, El colegio de México, D.F México, 2004, pp 227 y ss.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, República de Colombia. Lineamientos para el proceso de consulta previa, Bogotá, 2006.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia, Universidad del Rosario Bogotá, 2010. pdf

ROSERO, Carlos. "Afrodescendientes y conflicto armado en Colombia. La insistencia en lo propio como alternativa", en C, Mosquera, M, Pardo (edit.), Afrodescendientes en las Américas, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. 2002, pp 549 y ss.

SÁBATO, Ernesto, La resistencia, Seix Barral, Buenos Aires. 2000.

VIAÑA, Jorge. La interculturalidad como herramienta de emancipación. Hacia una redefinición de la interculturalidad y sus usos estatales, La Paz, 2009.

WALSH, Catherine. "(Re) pensamiento crítico y (de) colonialidad", en C, Walsh, Pensamiento crítico y matriz (de)colonial, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2005, pp 13 y ss.

WALSH, Catherine. "Son posibles unas ciencias sociales/culturales otras?. Reflexiones en torno a las epistemologías decoloniales". En Revistas Nómadas, No 26, Abril 2007, pp 102-113.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009.

ZAPATA OLIVELLA, Manuel, La rebelión de los genes. El mestizaje americano en la sociedad futura, Altamira ediciones, Bogotá, 1997.

ZAPATA OLIVELLA, Manuel, *Las claves mágicas de América (Raza, Clase y Cultura)*, Plaza y Janes, Bogotá, 1989.

# O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais<sup>1</sup>

Maria Luiza Grabner

Procuradora Regional da República

## 1 Introdução

Neste texto pretende-se analisar mais detidamente o princípio do "consentimento livre, prévio e informado", reiteradamente invocado nas declarações e tratados internacionais como um direito fundamental e uma garantia de efetividade dos demais direitos reconhecidos aos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, no âmbito dos direitos humanos, tanto no plano global e regional quanto no plano local ou nacional.

A eleição deste tema como de capital importância para a análise do sistema jurídico de proteção das comunidades tradicionais e, em especial, de seus "saberes", os denominados "conhecimentos tradicionais"<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Este artigo consiste numa versão atualizada e adaptada do Capítulo 4 da dissertação de mestrado da autora Maria Luiza Grabner, intitulada "Conhecimentos Tradicionais: proteção jurídica e diálogo intercultural", apresentada em 2009 à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos, sob a orientação do Professor Doutor Dalmo de Abreu Dallari, tendo sido ao final aprovada com indicação de publicação.

<sup>2</sup> Os conhecimentos tradicionais integram o patrimônio cultural dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais. Por pertencerem ao universo da "cultura" humana, têm

decorreu da constatação, até certo ponto evidente, da reiterada referência aos direitos de participação e consulta dos povos indígenas, e também do direito, mais específico, do “consentimento prévio, livre e informado”, tanto para a elaboração de normas jurídicas garantidoras da totalidade dos direitos daqueles povos quanto para a elaboração de políticas públicas, planos e programas voltados à implementação daquela normatização, aí incluído o necessário e indispensável acompanhamento de sua implantação, a cargo dos Estados nacionais, em cumprimento das normas constantes dos documentos internacionais aos quais aderiram.

Quer dizer, a observância do princípio da consulta e do consentimento livre, prévio e informado é, a nosso sentir, a maior garantia existente hoje, no plano jurídico, de realização de um diálogo intercultural entre os povos indígenas e outras comunidades tradicionais com outros segmentos das sociedades nacionais e internacional, e de que depende, em grande parte, a legitimidade e efetividade da proteção jurídica que lhes é conferida pelos Estados.

Para tanto, a existência de instituições democráticas garantidoras de fóruns apropriados para realização desse “encontro” intercultural mostra-se fundamental para a concretização da promessa ínsita ao referido princípio, positivado em normas internacionais de direitos e garantias das minorias étnicas e culturais. De outra parte, tal diálogo se mostrará mais ou menos eficaz dependendo do grau em que forem exercitados, por seus atores, os valores do respeito e da tolerância mútuos,

---

seu estudo atrelado aos métodos das ciências sociais, mais especificamente da antropologia cultural. Sua noção mais genérica, no entanto, foi incorporada aos documentos jurídicos internacionais e seus anais, bem ainda na legislação nacional de regência, documentos estes atributivos de direitos que contemplem os valores culturais correspondentes. Alguns documentos da UNESCO, por exemplo, referem-se a eles como “cultura tradicional e popular”, “conhecimentos e usos relacionados com a natureza e o universo”, e “sistema de conhecimento das populações indígenas”, etc. No entanto, a expressão “conhecimentos tradicionais”, consagrada na doutrina especializada, pode muito bem ser aplicada à descrição constante no artigo 8, letra “j” da Convenção da Biodiversidade quando se refere ao “conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais”. Essa também a opinião de Juliana Santilli, para quem “os conhecimentos das populações tradicionais são produzidos com base em atividades e práticas coletivamente desenvolvidas na floresta” e correspondem à descrição constante do artigo 8, “j”, da Convenção da Diversidade Biológica (SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005. p.194-195).

única maneira de se constatar a vigência desse direito fundamental para “além da organização estatal”, ou seja, também como parte efetiva de uma “consciência ética coletiva”.

No plano internacional global, a importância do direito ao consentimento livre, prévio e informado para a proteção da integralidade dos direitos humanos dos povos indígenas foi expressamente afirmada durante a Sexta Sessão do Fórum Permanente para Questões Indígenas das Nações Unidas<sup>3</sup>, em maio de 2007. Nessa ocasião, entre outras, foi endereçada aos Governos recomendação para que observassem o princípio do consentimento informado na legislação nacional pertinente em relação a potenciais projetos de desenvolvimento ou outras atividades levadas a cabo em terras tradicionais indígenas. Levou-se aí em consideração a convicção de que o direito ao acesso e ao gerenciamento das terras comunais e seus recursos naturais foi e continua sendo essencial para a sobrevivência coletiva desses povos<sup>4</sup>.

Tal posicionamento veio a ser referendado poucos meses depois pela Assembleia Geral das Nações Unidas com a adoção, em setembro de 2007, da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, por meio da qual se reconheceu a importância de os povos indígenas terem o “controle dos acontecimentos que os afetam”, conforme expressamente disposto em seu Preâmbulo. Para que isso ocorra, o cumprimento, pelos Estados nacionais, dos direitos desses grupos à participação, consulta, e consentimento livre, prévio e informado se mostra indispensável.

Levando-se em conta que os conhecimentos tradicionais constituem parte da vida de todos os povos indígenas e de outras comunida-

---

3 O Fórum Permanente para Questões Indígenas da ONU é um subcomitê do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, com o encargo principal de dar aconselhamento especializado ao Conselho e ao Sistema das Nações Unidas sobre questões indígenas. Daí a relevância de seus estudos e recomendações.

4 Cf. UNITED Nations forum calls for “free, prior and informed consent” by indigenous peoples for projects on their lands, as two-week session ends. *Economic and Social Council, HR/4926*, 25 May 2007. Department of Public Information - News and Media Division - New York. Permanent Forum on Indigenous Issues, Sixth Session, 16<sup>th</sup> & 17<sup>th</sup> Meetings (AM & PM). Disponível em: <<http://www.un.org/news/press/docs/2007/hr4926.doc.htm>>. Acesso em: 7 jan. 2009.

des tradicionais, a proteção jurídica da diversidade cultural e dos saberes e práticas tradicionais está, tal como os demais direitos desses povos, também calcada, fundamentalmente, na observância do princípio do consentimento livre, prévio e informado, ganhando expressa referência na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (cf. art. 19 c.c. art. 31).

Há também hoje um consenso de que a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) exige a observância do princípio do consentimento livre, prévio e informado como elemento fundamental da proteção jurídica conferida aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, nada obstante utilize, em seu texto, outras expressões, tais como “aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento” (art. 8º, “j”), “consentimento prévio fundamentado” (art. 15) e “concordância prévia fundamentada” (art. 19).

Não podemos evidentemente nos esquecer da Convenção n. 169 da OIT<sup>5</sup>, que, pioneiramente, estabeleceu o direito à participação e à consulta livre, prévia e fundamentada como direitos fundamentais dos povos indígenas e “tribais” (v.g. art. 6º) a serem observados na aplicação de vários de seus dispositivos, deixando de utilizar, todavia, a expressão, “consentimento, livre, prévio e informado”, já consagrada na área médica e de mais recente construção teórica no plano dos direitos coletivos culturais e do direito ambiental, como mais adiante estudaremos.

Aliás, nenhum dos documentos internacionais referentes aos direitos culturais e do meio ambiente<sup>6</sup> incumbe-se de conceituar o que

5 A Convenção n. 169 da OIT é, presentemente, o mais importante documento de política internacional, vinculante, que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais. Tal convênio não define o que sejam “povos indígenas e tribais”. Prefere, ao invés, descrever em seu artigo 1º as características de cada grupo, que podem, grosso modo, ser chamadas de “tradicionais” no sentido que lhes empresta a doutrina especializada. O Brasil ratificou o Convênio em 25 de julho de 2002 e o Congresso Nacional aprovou o seu texto por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho 2002. Por fim, foi a Convenção n.169 promulgada no Brasil por meio do Decreto presidencial n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

6 A saber: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992), Convenção n.169 da OIT sobre Populações Indígenas e Tribais (1989), Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos

seja “consentimento livre, prévio e fundamentado”, de modo que buscaremos, sobretudo, nas discussões encetadas nas respectivas “conferências das partes” e também na doutrina especializada, inclusive sobre bioética, as características fundamentais do conceito, de modo a permitir a identificação do conteúdo do correspondente direito<sup>7</sup>.

De outra parte, a caracterização do direito ao consentimento livre, prévio e informado como um direito humano, embora não ofereça maior óbice sob um enfoque positivista, em face da expressa previsão em convenções internacionais integrantes do sistema universal de direitos humanos, será também analisada à luz da corrente doutrinária que faz uma distinção entre “direitos” e “garantias”, com o exame das eventuais consequências jurídicas para a efetividade desses direitos.

---

Indígenas (2007), Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2001), Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005), Convenção para a salvaguarda do Patrimônio Cultural Intangível (2003), Agenda 21 (1992), Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), Declaração do Milênio das Nações Unidas (2000), Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA- 1969) e Projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas (OEA, texto consolidado até 18.4.2008).

7 No Brasil, muito embora a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, que atualmente regula a matéria, não traga o conceito de “consentimento livre, prévio e informado”, várias resoluções do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético-CGEN, do Ministério do Meio Ambiente, estabelecem diretrizes para a obtenção da “anuência prévia” a que se refere o artigo II, inciso IV, letras *a* e *b* da MP, a saber: 05/2003, 06/2003, 09/2003 e 12/2004. Relembre-se que o projeto de lei sobre a matéria, que ficou por longo tempo em debate na sociedade brasileira, em seu artigo 7º, inciso XXI, trazia a noção de “consentimento prévio fundamentado” como o “consentimento esclarecido e formal, previamente dado por comunidade indígena, quilombola ou tradicional, representada segundo seus usos, costumes e tradições” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Despacho da Ministra. Consulta Pública. Projeto de Lei. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/consulta\\_publica/consulta\\_biolologica.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/consulta_biolologica.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2008). Tal projeto, entretanto, não vingou e atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei – PL 7735-2014, que pretende substituir, em grande parte, as normas hoje vigentes sobre o tema no Brasil e que regulamentam a Convenção da Diversidade Biológica, de 1992, já devidamente ratificada pelo Brasil, bem como o Protocolo de Nagoya, ainda não ratificado pelo Brasil. Referido projeto de lei traz o conceito de “consentimento prévio” no seu artigo 2º, inciso VI, como o “consentimento formal, previamente concedido por povo indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários”. O art. 9º, § 1º, do PL também faz referência aos modos de comprovação desse consentimento prévio informado. (Projeto de Lei disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9776ECD7AE25FE39CC5722FCDCBE5CB8.proposicoesWeb1?codteor=1262635&filename=PL+7735/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9776ECD7AE25FE39CC5722FCDCBE5CB8.proposicoesWeb1?codteor=1262635&filename=PL+7735/2014)>. Acesso em: 1º set. 2014.

Por fim, interessante trazer à baila o posicionamento dos povos indígenas e comunidades tradicionais em relação aos limites da proteção jurídica sustentada pelo princípio do consentimento livre, prévio e informado, decorrentes de sua inserção no sistema internacional dos direitos humanos, sobretudo no que toca com o maior anseio desses povos, qual seja, o direito à autodeterminação “sem limites”, ou seja, “para decidir seus próprios assuntos, com total liberdade, para promover o seu desenvolvimento econômico, político, social, cultural, educativo e jurídico”<sup>8</sup>. A partir disso surgem questões interessantes relacionadas com o caráter universal dos direitos humanos e com o grau de reconhecimento do pluralismo jurídico e democrático pelos Estados nacionais que serão abordadas de maneira sintética, apenas no que for pertinente ao nosso estudo sobre a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais.

Relembre-se que o direito dos povos indígenas e de outras comunidades tradicionais ao denominado “consentimento livre, prévio e informado” encontra-se amalgamado a toda e qualquer forma de proteção dos direitos desses grupos, inclusive no tocante aos conhecimentos tradicionais. Bem por isso, não desprezando outras formas e modos de levar a cabo a proteção jurídica dos direitos intrínsecos dos povos indígenas e de outras comunidades tradicionais, sustentamos neste estudo que o respeito ao princípio do consentimento livre, prévio e informado tem aí um papel preponderante e, como não poderia deixar de ser, também em relação à proteção jurídica dos conhecimentos e práticas tradicionais, especialmente quanto àqueles saberes associados à biodiversidade que dispõem de um regramento específico, no âmbito nacional inclusive<sup>9</sup>.

8 Esse anseio foi manifestado por Juan León, presidente do GT responsável, dentro da Organização dos Estados Americanos-OEA, pela elaboração de um Projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas. In: *TEMPO*. Laboratório de Estudo do Tempo Presente. Disponível em: <[www.tempopresente.org](http://www.tempopresente.org)>. Acesso em: 3 set. 2008, “2005/12-OEA discute Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas”.

9 Confirmam-se a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, as resoluções do CGEN-Conselho de Gestão de Patrimônio Genético que a regulamentam e o Projeto de Lei n. 7.735/2014, ora em trâmite pelo Congresso Nacional em regime de urgência, e que pretende substituir, em grande parte, as normas hoje vigentes sobre o tema no Brasil, as quais se encontram plasmadas na MP n. 2.186-16/2001 antecitada. Nesse sentido, o PL n. 7.735/2014 tem a finalidade de alterar as normas legais que regulamentam a Convenção da Diversidade Biológica, de 1992, já devidamente ratificada pelo Brasil, bem como o Protocolo de Nagoya, ainda não ratificado pelo Brasil. A despeito de a matéria versada no PL n. 7.735/2014 envolver

Para tanto, o esclarecimento do conceito de consentimento livre, prévio e informado, CLPI, com a identificação de seus elementos-chave que permitam a criação de *standards* de operacionalização, é fundamental para a satisfação dos direitos humanos, coletivos, dos povos indígenas e comunidades tradicionais.

Enfrentar esse tema, revelando sua origem histórica, seus propósitos e sua estrutura conceitual e normativa, é a tarefa, complexa, a que nos propomos nos próximos tópicos, ainda que de forma sintética.

## 2 Consentimento livre, prévio e informado: gênese e dimensões do conceito

O conceito de “consentimento livre, prévio e informado” teve origem na área médica<sup>10</sup>, e o seu principal objetivo foi o de estabelecer um diálogo entre médico e paciente, de modo a permitir que os pacientes obtivessem todas as informações necessárias à tomada de decisão sobre assuntos essenciais relacionados com a sua saúde<sup>11</sup>.

diretamente os direitos dos povos e comunidades tradicionais, verifica-se que, até o presente momento, não foi viabilizada e instrumentalizada, por meio de consulta prévia e adequada, a participação dessas comunidades tradicionais no processo de elaboração desse novo marco jurídico nacional. Patente a violação do direito de consulta prévia e adequada dos povos indígenas e comunidades tradicionais, o Ministério Público Federal, por meio de seu Grupo de Trabalho sobre Conhecimentos Tradicionais, vinculado à 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, expediu Nota Técnica em 13.8.2014 que aponta esta e outras impropriedades do referido PL, endereçada ao Congresso Nacional. A propósito desse tema ver [http://noticias.pgr.mpf.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/6a-camara-do-mpf-defende-consulta-a-povos-tradicionais-na-regulamentacao-do-acesso-ao-patrimonio-genetico](http://noticias.pgr.mpf.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/6a-camara-do-mpf-defende-consulta-a-povos-tradicionais-na-regulamentacao-do-acesso-ao-patrimonio-genetico). Acesso em: 1º set. 2014.

10 Cf. PERRAULT, Anne. Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. *Sustainable Development Law & Policy – “SDCP”*, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 21-26, Summer 2004. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp\\_issue2.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1)>. Acesso em: 8 jan. 2009.

11 Segundo o professor de Bioética da Universidade Estadual Paulista William Saad Hossne, “Na literatura estrangeira, com relativa frequência, utiliza-se expressões *termo de consentimento informado* ou *pós-informação*. Dos três documentos internacionais mais relevantes, verifica-se que o Código de Nuremberg utiliza a expressão *consentimento voluntário*, ao passo que a Declaração de Helsinque (Associação Médica Mundial) e as Diretrizes Internacionais (Organização Mundial de Saúde) empregam a terminologia

No âmbito das pesquisas com seres humanos, o tema do “consentimento” se encontra estreitamente vinculado ao referencial bioético de “autonomia”<sup>12</sup>, um dos elementos centrais do conceito de liberdade<sup>13</sup>.

*consentimento informado.* A Declaração de Helsinque estipula que ele deve ser dado livremente. No Brasil, a Resolução n. 196/96-CNS/MS dá grande ênfase ao termo de consentimento, dedicando-lhe todo o capítulo IV” (CONSENTIMENTO: livre e esclarecido (Editorial). *Cadernos de Ética em Pesquisa*, CONEP - Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, Brasília, ano 5, n. 10, p. 3, jul. 2002. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/publicacoes\\_cep.html](http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/publicacoes_cep.html)>. Acesso em: 17 ago. 2008. Também a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 19.10.2005, em seu artigo 6º, ao tratar do consentimento, utiliza a expressão “prévio consentimento livre e informado”. Aliás, a mesma declaração traz para o campo da bioética a “proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade” (artigo 17), fazendo expressa referência ao respeito pelo “saber tradicional”. UNESCO.ORG. Disponível em: <[http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>. Acesso em: 11 jan. 2009.

12 O professor de Bioética José Roque Junges, em artigo intitulado “Ética e Consentimento Informado”, esclarece que “o direito ao consentimento informado quer proteger e promover a autonomia. O ato de consentimento deve ser genuinamente voluntário e basear-se na revelação adequada das informações. Neste sentido engloba elementos de informação e elementos de consentimento”. O autor relembra, com fundamento na clássica obra de R. R. Faden e T. L. Beauchamp (*A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press, 1986. p. 238), que “as ações são autônomas quando cumprem três condições: intencionalidade, conhecimento adequado e ausência de controle externo”. A estas acrescenta-se uma quarta condição, pouco levada em consideração, que é o elemento cultural. Assim, o consentimento informado também dependeria “do *ethos* cultural que contextua a intencionalidade (competência para a decisão) e o conhecimento (competência para processar informações) e, principalmente, situa a possibilidade da existência de controle subliminar, quando o sistema de valores da pessoa envolvida não é levado em consideração” (JUNGES, José Roque. *Ética e consentimento informado. Cadernos de Ética em Pesquisa*, CONEP - Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, Brasília, ano 3, n. 4, p. 22-25, abr. 2000. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/publicacoes\\_cep.html](http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/publicacoes_cep.html)>. Acesso em: 17 ago. 2008).

13 O artigo “A questão do consentimento”, do professor de Filosofia Luis Carlos Silva de Souza, traz interessante abordagem sobre a autonomia e sua relação com o consentimento e os direitos humanos. Tal questão é aí entendida “como o conjunto de implicações éticas advindas da adesão consciente de indivíduos que se submetem a pesquisas médicas”. O autor pergunta: “qual a relação entre ‘consentimento’ e ‘direitos humanos’? Para ele, “uma concepção adequada de consentimento deve respeitar o valor objetivo da pessoa humana, segundo um princípio de autonomia e liberdade que transcenda o contrato intersubjetivo médico-paciente. Isto supõe, certamente, direitos fundamentais que estão acima do consentimento. Se quisermos salvaguardar limites para a pesquisa com seres humanos, devemos também argumentar a favor de limites para o consentimento. Isto não significa, é claro, a negação absoluta do consentimento informado ou da autonomia dos indivíduos. Trata-se apenas de negar uma certa concepção de consentimento que se considera ilimitada enquanto critério ético e condição suficiente para pesquisas médicas” (SOUZA, Luís Carlos Silva de. *A questão do consentimento. Cadernos de Ética em Pesquisa*, CONEP

No Brasil essa matéria encontra-se regulada pela Resolução n. 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde, que estabeleceu as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos<sup>14</sup>. Tal resolução, verdadeiro marco nacional pelo respaldo que deu à aplicação de conceitos éticos inerentes à experimentação com seres humanos, está fundamentada nos principais documentos internacionais<sup>15</sup> sobre o assunto e veio atualizar as diretrizes anteriores de 1988, o que se deu após um amplo debate com a sociedade civil organizada, comunidade científica, sujeitos da pesquisa e Estado<sup>16</sup>.

Referida resolução conferiu grande importância ao termo de consentimento, adotando uma terminologia condizente com os imperativos éticos que lhe são inerentes, a saber: Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE)<sup>17</sup>.

- Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, Brasília, ano 5, n. 10, p. 28-30, jul. 2002).

14 Conforme consta de seu preâmbulo, a Resolução n. 196/96 “incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades os quatro referenciais básicos da bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, entre outros, e visa assegurar os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado” (Legislação constante da página de Bioética do site da UFRGS, “Bioética e pesquisa em seres humanos”, “Consentimento informado”, “Pesquisa em Populações indígenas”, “Resolução 196/96”. BIOÉTICA. UFRGS. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/textos.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2009).

15 Conforme consta de seu preâmbulo, o Código de Nuremberg (1947), a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Declaração de Helsinque (1964 e suas versões posteriores de 1975, 1983 e 1989), o Acordo Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (ONU, 1966, aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro em 1992), as Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1993) e as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS, 1991). Cumpre as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Legislação brasileira correlata (BIOÉTICA. UFRGS. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/textos.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2009).

16 Cf. ÉTICA em pesquisa. (Editorial). *Cadernos de Ética em Pesquisa*, CONEP - Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, Brasília, ano 1, n. 1, p. 3, jul. 1998. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/publicacoes\\_cep.html](http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/publicacoes_cep.html)>. Acesso em: 17 ago. 2008.

17 A Resolução 196/96 do CNS/MS traz a definição de consentimento livre e esclarecido no Capítulo II, item II: “Consentimento livre e esclarecido – anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência,

Ao comentar a Resolução n. 196 do CNS/MS e a relevância que nela é atribuída ao termo de consentimento, William Saad Hossne<sup>18</sup> esclarece:

Partiu-se da premissa de que o sujeito da pesquisa deve ser suficientemente esclarecido e não apenas informado quanto a todos os detalhes do projeto de pesquisa que possam envolvê-lo, e, por isso, ele é livre não apenas para suspender o seu consentimento. Ele é livre para também não concedê-lo (sem nenhum óbice ou prejuízo de qualquer natureza), bem como ter assegurado o direito de atuar livre de qualquer tipo de coação, coerção, sedução, constrangimento. Daí insistir-se na expressão Livre. De acordo com a ótica da Resolução 196/96, o TCLE, longe de se configurar como documento de isenção de responsabilidades, está eminentemente voltado à proteção da dignidade do ser humano, seja ele o sujeito da pesquisa, seja ele o pesquisador. Por isso a exigência de que o termo seja redigido em linguagem acessível ao sujeito da pesquisa. Forçoso é reconhecer, infelizmente, que chegam à CONEP versões de TCLE em linguagem altamente técnica (às vezes até mesmo inacessível a pesquisadores não especialistas na área) e que assumem mais características de bula de isenção de responsabilidades, do que outra coisa...A sistemática prevista na Resolução 196/96 para a obtenção do TCLE cria condições para efetiva e salutar relação entre pesquisador e sujeito da pesquisa, reduzindo a assimetria de tal relação – é um momento e um espaço em que o sujeito da pesquisa pode ter a oportunidade de ser ouvido e respeitado como ser humano.

---

subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa". O capítulo IV da Resolução n. 196/96 trata integralmente do consentimento livre e esclarecido, sendo que, no item 3, letra "e" desse capítulo, a Resolução n. 196/96 dispõe que "Nos casos em que haja qualquer restrição à liberdade ou ao esclarecimento necessários para o adequado consentimento, deve-se ainda observar: [...] e) em comunidades culturalmente diferenciadas, inclusive indígenas, deve-se contar com a anuência antecipada da comunidade através de seus próprios líderes, não se dispensando, porém, esforços no sentido de obtenção do consentimento individual". O capítulo II, item 15, traz ainda um outro importante conceito, o de "vulnerabilidade": "Refere-se a estado de pessoas ou grupos, que por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido" (BIOÉTICA. UFRGS. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioética/textos.htm>).

18 Cf. CONSENTIMENTO: livre e esclarecido (Editorial). *Cadernos de Ética em Pesquisa*, cit., p. 3.

Registre-se, desde já, que tanto a função dialógica pretendida na área médica, para esse verdadeiro "processo" de obtenção do consentimento livre, prévio e informado, quanto os desafios a serem enfrentados na sua consecução também estão presentes por ocasião de sua aplicação no âmbito do direito ambiental e dos direitos culturais dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, como mais adiante neste trabalho será evidenciado. Bem por isso, o descortino das origens desse conceito poderá, certamente, lançar luzes e permitir o aprimoramento do procedimento de obtenção do consentimento livre prévio e informado também garantido àqueles grupos minoritários pelos vários tratados internacionais, em âmbito global e regional, bem ainda pela legislação nacional.

Invocamos, a propósito, a lição do jurista Dalmo de Abreu Dallari, para quem o desenvolvimento da Bioética nos últimos anos tem se dado como a "expressão de novas preocupações relacionadas com a vida e seu significado ético". Lembra, ainda, o ilustre professor:

No ano de 1993, ao ser implantado o Comitê Internacional de Bioética, por iniciativa da UNESCO, foi assinalado que ele tinha sido criado em decorrência das preocupações éticas suscitadas pelos progressos científicos e tecnológicos relacionados com a vida, sobretudo no âmbito da genética. Entretanto, a consideração da vida humana em si mesmo e das relações dos seres humanos com outros seres vivos e com a natureza circundante tem ampliado rapidamente a extensão e a diversidade da abrangência da Bioética, à medida que cada reflexão ou discussão revela a necessidade de consideração de novos aspectos, como também, segundo a feliz expressão de Miguel Reale, a necessidade de "repensar o pensado". Vem a propósito lembrar a identificação da Bioética feita por Clotet: "Com o termo Bioética tenta-se focalizar a reflexão ética no fenômeno da vida. Constata-se que existem formas diversas de vida e modos diferentes de consideração dos aspectos éticos com elas relacionados. Multiplicam-se as áreas diferenciadas da Bioética e os modos de serem abordadas. A ética ambiental, os deveres para com os animais, a ética do desenvolvimento e a ética da vida humana relacionada com o uso adequado e o abuso das diversas biotecnologias aplicadas à medicina são exemplos dessa diversidade". Essa enorme amplitude é reveladora da consciência de que a procura de avanços científicos e tecnológicos, bem como os seus efeitos, esperados ou não, colocam

problemas éticos e exigem reflexão para a defesa do ser humano, de sua vida e de sua dignidade<sup>19</sup>.

Com essas importantes considerações e dando sequência à análise da evolução do conceito no plano internacional, uma segunda etapa do desenvolvimento e da aplicação do “consentimento livre, prévio e informado” pode ser vislumbrada por meio de sua utilização para garantir a soberania estatal nas relações entre os Estados, iniciando-se desde 1987 pelo controle do movimento de materiais potencialmente nocivos em seus territórios a partir dos países exportadores. Atualmente, tanto em relação ao transporte de produtos perigosos e tóxicos e também de organismos geneticamente manipulados quanto em relação ao acesso sobre os recursos genéticos, os Estados costumam ter direito a alguma forma de livre consentimento prévio e informado<sup>20</sup>.

Interessante, neste ponto, trazer a lume a concepção de Melanie Nakagawa<sup>21</sup> sobre o tema. Para essa autora o “prior informed consent” ou PIC, como é conhecido na sigla em inglês, é considerado por muitos especialistas como resultado e extensão do direito norte-americano, especialmente da Lei de Controle de Substâncias Tóxicas (Toxic Substances Control Act – TSCA), de 1976, e da Lei de Recuperação e Conservação dos Recursos (Resource Conservation Recovery Act – RCRA). Para a autora, “os TSCA e RCRA são exemplos claros de como a anterioridade (‘prior’), enquanto aspecto do PIC, é usada na prática, no entanto a questão permanece no sentido de como as partes são ‘informadas’ e do que constitui o ‘consentimento’”.

19 Cf. DALLARI, Dalmo. Bioética e direitos humanos. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coords.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 231-241.

20 Cf. PERRAULT, Anne. Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. *Sustainable Development Law & Policy – “SDCP”*, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 21-26, Summer 2004. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp\\_issue2.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1)>. Acesso em: 8 jan. 2009.

21 Cf. NAKAGAWA, Melanie. Overview of prior informed consent from an international perspective. *Sustainable Development Law & Policy – “SDCP”*, Washington, DC., v. 4, n. 2, p. 4-8, Summer 2004. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp\\_issue2.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1)>. Acesso em: 8 jan. 2009.

Entretanto, embora enraizado no direito norte-americano, o PIC, segundo aquela autora, é uma “ideia em desenvolvimento” que incorpora um número crescente de acordos multilaterais sobre o meio ambiente, entre os quais destacamos, no que concerne aos propósitos deste trabalho, a Convenção sobre Diversidade Biológica, que concebe um regime de acesso e repartição de benefícios a partir dos Governos nacionais e das comunidades locais<sup>22</sup>.

Aliás, segundo a advogada do Centro Internacional de Direito Ambiental, Anne Perroult, as discussões mais recentes relativas ao livre consentimento prévio e informado têm-se centrado, em grande parte, nos direitos dos povos indígenas e de outras comunidades locais em diversos contextos, incluindo a exploração madeireira, mineração, reassentamento, construção de barragens, bem como acesso aos recursos genéticos, este último sobretudo no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica, como já referimos<sup>23</sup>.

Portanto, essa a etapa de evolução na qual presentemente nos encontramos em relação ao delineamento do conceito de consentimen-

22 Melanie Nakagawa, em seu artigo já citado (“Overview of prior informed consent from an international perspective”), além da CDB, lembra os seguintes acordos multilaterais que empregam o PIC: a) decisões da OECD (Organization for Economic Co-Operation and Development) que decidem acerca do movimento do comércio de resíduos perigosos destinados à reciclagem dentro da área da OECD; b) o Protocolo de Cartagena que aborda o comércio de organismos vivos modificados, incluindo as culturas (O PIC é aplicado pela primeira vez às importações destes organismos por outro país); c) a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs); d) a Convenção de Rotterdam, que exige dos exportadores de pesticidas ou produtos químicos restritos ou proibidos a obtenção do consentimento prévio informado dos importadores antes da comercialização. A Convenção promove o seguro de importação de produtos químicos por meio de diferentes formas de assistência e mediante a garantia de que os exportadores cumpram os requisitos para a gestão segura de importação e exportação de substâncias perigosas; e) a Convenção de Basel, com 159 signatários, que entrou em vigor há mais de uma década. A Convenção de Basel disciplina um regime de consentimento prévio informado para o movimento transfronteiriço de resíduos perigosos, estabelece os materiais que são considerados perigosos e, ainda, especifica os critérios para a gestão ecologicamente correta. Essa Convenção, segundo a autora, absorveu o que o Direito Norte-Americano fizera alguns anos antes, quando da implementação da disciplina do consentimento prévio informado (PIC) na Lei de Recuperação e Conservação dos Recursos (Resource Conservation Recovery Act – RCRA).

23 Cf. PERRAULT, Anne. op. cit.

to livre, prévio e informado, de notável importância para todos os titulares do direito correspondente, mas, especialmente, para os povos indígenas e outras comunidades tradicionais, uma vez que, a nosso ver, de sua correta interpretação e aplicação depende o respeito integral dos direitos culturais desses grupos à manutenção de sua diversidade cultural e capacidade de livre determinação<sup>24</sup>.

### 3 A consulta e o consentimento livre, prévio e informado contemplados na Convenção n. 169 da OIT e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Como antes mencionado, os direitos de participação, de consulta e de consentimento livre, prévio e informado são considerados verdadeiros princípios fundamentais da Convenção n. 169 da OIT<sup>25</sup>. Neles se

24 Esse também o entendimento de Anne Perrault, no artigo já citado, para quem “estas comunidades enxergam o PIC como fundamental para a garantia dos seus direitos e proteção de seus interesses vitais quando as atividades elencadas possam afetar os seus interesses. Interpretações oficiais de diversos instrumentos internacionais, incluindo a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e a Organização Internacional do Trabalho, Convenção n. 169, relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, indicam que o livre consentimento prévio informado dos povos indígenas é fundamental para a realização de seus direitos no âmbito de convenções, incluindo os direitos à cultura, à autodeterminação e propriedade. Além disso, destaca-se, nas últimas décadas, o livre consentimento prévio informado tem sido promovido por meio de diretrizes voluntárias, códigos sociais e ambientais, contratos e referendos políticos.” (PERRAULT, Anne. op. cit. – tradução livre).

25 Cf. “O que é e o que não é o direito de consulta livre prévia e informada”, in. op. cit. “Em nível jurisprudencial, o mencionado direito de consulta prévia, também chamado de consentimento livre, prévio e informado (CLPI) tem sido reconhecido e aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito regional. No âmbito nacional, tem sido frequentemente aplicado pela Corte Constitucional da Colômbia e a Corte Suprema da Bolívia”. O mesmo artigo traz interessante observação no sentido de que “já existe uma experiência internacional, sobretudo na América do Sul que permite identificar um conjunto de práticas que *não* se prestam à aplicação e o exercício do direito de consulta livre, prévia e informada prevista nos artigos 6º, 7º e 15º [g.n.] (CONSULTA livre, prévia e informada na Convenção n.169 da OIT. Especial produzido pelo ISA-Instituto Socioambiental em parceria com a Rainforest Foundation Norway (RFN). Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa)>. Acesso em: 1º set. 2014).

encontra o cerne, a nosso ver, do diálogo intercultural proposto por este documento internacional para a proteção dos direitos dos povos indígenas e tribais, sendo que já tivemos a oportunidade de analisar, tanto no plano teórico quanto no plano prático, seus méritos e limitações, sobretudo no tocante à aplicação de tais princípios no Brasil<sup>26</sup>.

Compartilhamos aqui o entendimento segundo o qual a “consulta” e o “consentimento livre, prévio e informado (CLPI)” podem ser considerados espécies do “processo participativo” (mas não se confundem com a mera participação)<sup>27</sup> e que, no âmbito da Convenção n. 169 da OIT, são utilizados indistintamente ou mesmo como designações de fases de um mesmo processo<sup>28</sup>, cujo momento culminante é a obtenção do consentimento propriamente dito, de forma livre, prévia e informada. O regramento básico desses dois direitos encontra-se no artigo 6º, item 1, letra “a”, e item 2, da Convenção n. 169.

Por sua vez, o termo “participação”, encontrado em vários dispositivos da Convenção, é utilizado para designar o meio pelo qual os povos interessados podem influir na formulação, aplicação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional capazes de lhes afetar diretamente, de modo a garantir a eleição das próprias prioridades e, assim, o exercício de um controle mínimo sobre seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. O regramento básico desse direito encontra-se posto no artigo 6º, item 1, letras “b” e “c”, e no artigo 7º, item 1, todos da Convenção n. 169.

Importante desde logo referir que, tal como no âmbito do direito ambiental, mais especificamente da Convenção sobre a Diversidade Bio-

26 Cf. Dissertação de mestrado da autora intitulada “Conhecimentos tradicionais: proteção jurídica e diálogo intercultural”, já citada.

27 Cf. artigo “O que é e o que não é o direito de consulta livre...”, op. cit.

28 Esse não é o entendimento mais consentâneo com as origens do conceito do Consentimento Livre Prévio e Informado (CLPI), que tem especificidades que a “consulta” em si não apresenta. Por exemplo, a questão da negativa do consentimento é prevista no regime do CLPI adotado na Convenção sobre a Diversidade Biológica-CDB, como se verá no Item 4 deste trabalho. Entende-se que os líderes comunitários podem revogar inclusive o consentimento por razões legítimas e de boa-fé.

lógica-CDB, que examinaremos no tópico seguinte, a aplicação desses direitos é complexa, havendo grande dificuldade de estabelecer o seu conteúdo diante da variedade de situações que se colocam envolvendo diferentes Estados e grupos indígenas e outros grupos tradicionais<sup>29</sup>.

De qualquer sorte, examinando os preceitos mencionados, no tocante aos direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado, podemos apontar, de maneira esquemática, os seguintes elementos estruturais, a saber: “quem” deve consultar e “quem” deve ser consultado (ou consentir); “quando” essa consulta (ou consentimento) deve acontecer; e “como” devem ser realizados tais procedimentos de consulta e consentimento livre, prévio e informado.

Os “interessados” na realização desses direitos, evidentemente, são os povos indígenas e tribais que vierem a ser afetados “diretamente” por determinadas “medidas administrativas ou legislativas”. Menciona, ainda, o texto da Convenção que, ao aplicar as disposições nela contidas,

29 Cf. o artigo “O que é e o que não é o direito de consentimento livre, prévio e informado”, in. op. cit. Resumidamente temos que, segundo a metodologia da própria OIT, *não* podem ser consideradas compatíveis com os princípios do CLPI as seguintes situações: 1) A consulta prévia não se reduz a mera informação, “a informação pertinente, clara, oportuna e imparcial deve subsidiar a adoção de qualquer decisão produzida no processo de consulta, mas isso por si só não é o suficiente para caracterizá-lo. A consulta não é um evento, é um processo de decisão e, nessa medida, a informação tem um caráter instrumental no seu desenvolvimento”; 2) O direito de consulta prévia não pode ser compreendido como um evento, uma reunião ou um encontro. Seu reconhecimento e aplicação implicam, necessariamente, a existência de um processo mutuamente acordado, com tempo suficiente e recursos próprios para sua execução. O processo de consulta deve ser anterior à adoção de uma decisão pública e deve ser levada em conta na motivação a opinião dos diretamente afetados; 3) A consulta pública não equivale literalmente à participação. A OIT tem sido cuidadosa em diferenciar o conceito genérico de participação da ideia concreta da consulta prévia. “Não é adequado pensar que a existência de espaços permanentes de participação para representantes dos povos indígenas e tribais em colegiados como conselhos e comitês de representação cidadã, satisfaça o cumprimento da obrigação de consulta prévia sobre qualquer decisão adotada em ditos colegiados”; 4) O Estado não pode delegar a execução do processo de consulta prévia a particulares. “O Poder Legislativo ou Executivo, conforme seja o caso, é o único interlocutor legítimo dos povos interessados num processo de consulta prévia” onde estão em jogo “uma discussão de prioridades políticas” e não uma “negociação de bens privados”; 5) A consulta não é direito de veto, mas isso não significa ausência de poder vinculante (CONSULTA livre, prévia e informada na Convenção n.169 da OIT. Especial produzido pelo ISA – Instituto Socioambiental – em parceria com a RFN – Rainforest Foundation Norway. Junho de 2008. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa)>. Acesso em: 1º set. 2014).

os “Governos” deverão consultar os “povos interessados”, por meio de suas “instituições representativas” e mediante “procedimentos apropriados” (cf. letra “a”, item 1, do art. 6º).

O item 2 do mesmo artigo 6º, por sua vez, acrescenta mais um requisito de “modo”, ou seja, as consultas a serem realizadas com fundamento na Convenção n. 169 deverão ser efetuadas de “boa-fé e de “maneira apropriada às circunstâncias”. A par desses elementos estruturais, o mesmo dispositivo traz uma limitação aos direitos de consulta e de consentimento livre, prévio e informado, ao dispor que, na sua realização, deverão ter como objetivo alcançar-se um “acordo” ou conseguir o “consentimento” acerca das medidas propostas. Significa dizer que, no âmbito da Convenção n. 169 da OIT, não dispõem os “povos interessados” da possibilidade de se oporem, radicalmente, ou dizer “não” às medidas legislativas e administrativas que lhe são propostas pelos Estados nacionais.

Importa ainda anotar que, além dos artigos já mencionados, os direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado são ainda mencionados em outros dispositivos da Convenção, mas referidos a situações específicas, como é o caso do art. 16, que exige o consentimento livre, prévio e informado dos povos interessados em caso da necessidade de seu traslado das terras que ocupam, bem ainda o art. 15, que exige a consulta aos povos interessados no caso de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras.

De maneira geral, os direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado podem ser exercidos sempre que se apresentem projetos, planos, programas e políticas, bem ainda propostas de medidas legislativas que possam atingir diretamente os povos interessados, como por exemplo: emendas à CF; legislação agrária e ambiental; programas e serviços de educação e saúde; planos e programas de desenvolvimento nacional e regional; projetos de desenvolvimento; programas de reassentamento; programas de formação profissional especial; planejamento e administração de serviços de saúde e educação; criação de normas e instituições de educação especial; medidas de preservação e revitalização das línguas indígenas, entre outros tantos.

De outra parte, relembremos que a Convenção n. 169, pela própria natureza do organismo do qual emana – a Organização Internacional do Trabalho, com sua estrutura tripartite, vocacionada para a negociação e a busca de consensos –, proporciona aos povos interessados e aos Estados onde moram antes uma plataforma para a ação e para o diálogo. Aliás, tal objetivo maior está expresso no artigo 6º, item 2, já referido, em que fica claro que a consulta ali prevista destina-se a alcançar um acordo ou a obter o consentimento livre e fundamentado. A Convenção n. 169, portanto, não possibilita o direito de veto por parte dos povos indígenas e tribais. Por outro lado, o art. 4º, item 2, do seu texto estabelece que não se poderá adotar medidas especiais em relação aos povos interessados que sejam contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados. Portanto, aos Estados também não é dado o direito de imposição unilateral das medidas que possa entender cabíveis em determinado caso. A busca de uma solução consensual se impõe em qualquer hipótese<sup>30</sup>.

No mais, os processos de consulta e de consentimento livre, prévio e informado devem efetuar-se de boa-fé, com respeito ao princípio da representatividade e mediante procedimentos adequados, como referido expressamente no texto da Convenção. Consulta de boa-fé é aquela que respeita os direitos, os interesses, os valores, as necessidades, as dificuldades da parte consultada. Deve adaptar-se às especificidades de cada grupo e às circunstâncias de cada caso. Praticamente, pode-se dizer que o “procedimento apropriado” a que tantas vezes se refere a Convenção n. 169, sem contudo definir a expressão, apenas terá seus contornos delineados diante do caso concreto, pautado principalmente pelo princípio ético da boa-fé.

Quanto à representatividade, apresenta-se como uma das questões mais complexas a se enfrentar na formulação da consulta e do consentimento livre, prévio e informado, principalmente em se tratando de

30 Segundo o artigo “O que é e o que não é o direito de consulta livre, prévia e informada”, in op.cit. “O artigo 4º, nº 2 da Convenção 169 deixa assente a necessidade de se estabelecer consensos entre as iniciativas dos Estados e os interesses dos povos, outorgando natureza vinculante ao conteúdo das consultas sobre medidas especiais” (CONSULTA livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT, cit).

povos indígenas e tribais, titulares de direitos coletivos e com sistemas tradicionais de representação, que variam de grupo para grupo. Como a representatividade é um elemento essencial da consulta e do CLPI, da correta identificação dos titulares dos direitos em jogo depende a legitimidade dos respectivos processos levados a cabo pelas partes interessadas.

Em relação a este tema, é preciso considerar que a própria Convenção n.169 em vários de seus artigos garante aos povos indígenas e tribais o respeito à sua identidade social e cultural, aos seus costumes e tradições e às suas instituições. No entanto, nada impede que, a par das instituições tradicionais, sejam adotadas por esses grupos outras estruturas contemporâneas, tais como associações, eleição de dirigentes, conselhos, etc. O importante é que tais instâncias representativas detenham poder de decisão, segundo o costume e tradição desses povos.

Para o antropólogo Beto Ricardo<sup>31</sup>, que abordou a questão em artigo intitulado “Quem fala em nome dos índios”, a pergunta aparentemente tão simples é de difícil resposta. Segundo Ricardo,

Especialmente após a promulgação da nova Constituição Federal em 1988, cresceu em várias regiões do país a formalização de organizações indígenas, com diretorias eleitas em assembleias, estatutos registrados em cartório e contas bancárias próprias. Trata-se, a rigor, da incorporação, por alguns povos indígenas, de mecanismos de representação política por delegação, para poder lidar com o mundo institucional, público e privado, da sociedade nacional e internacional e tratar de demandas territoriais (demarcação e controle de recursos naturais), assistenciais (saúde, educação, transporte e comunicação) e comerciais (colocação de produtos no mercado).

O autor refere ainda que, àquela altura, no nível local predominavam as instituições políticas tradicionais (tais como, Casa dos Homens, Conselho de Velhos, etc.), que têm eficácia reguladora sobre as interferências externas, resistindo às imposições de funcionários de agências governamentais que estão sempre à procura de um “chefe” com quem

31 RICARDO, Carlos Alberto. Quem fala em nome dos índios? (II) In: \_\_\_\_\_ (Ed.). *Povos indígenas no Brasil: 1991-1995*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1996. p. 90-94.

tratar<sup>32</sup>. Identifica, ainda, uma dificuldade de os índios brasileiros construírem formas estáveis e permanentes de representação de interesses (diferentemente dos indígenas de outros países latino-americanos, como Bolívia, Equador, etc.) devido a sua “base profundamente diversa e dispersa”. No entanto, entende fundamental o reconhecimento e valorização dessas formas indígenas que podem apresentar características “locais”, “faccionais” ou “descentralizadas” de se organizar e representar, em face mesmo dos direitos de consulta, previstos também na CF, citando, inclusive, a importância de que sejam realizadas *in loco*, “garantindo condições adequadas de expressão em língua nativa”, o que “aumenta a probabilidade de se saber o que realmente um determinado povo indígena está pensando e querendo”<sup>33</sup>.

Também a questão da “tutela” prevista no Estatuto do Índio, embora se encontre totalmente superada em face do disposto nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal e da Convenção n. 169 da OIT, muitas vezes se coloca, internamente, como empecilho para que os povos indígenas possam diretamente, por meio de seus representantes tradicionais, exercer os seus direitos<sup>34</sup>, inclusive no tocante à outorga de consentimento livre, prévio e informado.

32 Cf. *Ibid.*, p. 91.

33 A questão da “estabilidade” nas relações com os indígenas brasileiros foi abordada da seguinte maneira pelo antropólogo Eduardo Viveiros de Castro em entrevista ao *Jornal do Estado de São Paulo*, de 20.4.2008: “[...]para os indígenas, cada ser é um centro de perspectivas no universo. Se eles fizessem ciência, certamente seria muito diferente da nossa, que de tão inquestionável nos direciona a Deus, ao absoluto, a algo que não podemos refutar, só temos de obedecer. Os índios não acreditam na ideia de crer, são indiferentes a ela, por isso nos parecem tão pouco confiáveis (risos). No sermão do Espírito Santo, padre Antonio Vieira diz que seria mais fácil evangelizar um chinês ou um indiano do que o selvagem brasileiro. Os primeiros seriam como estátuas de mármore, que dão trabalho para fazer, mas a forma não muda. O índio brasileiro, em compensação, seria como a estátua de murta. Quando você pensa ela está pronta, lá vem um galho novo revirando a forma.” (“Aliás: a semana revista”. P. J4-J5. Entrevista concedida a Flávio Pinheiro e Laura Greenhalgh).

34 A propósito, em 20.9.2007, foi exarada uma decisão monocrática nos autos do processo n. 2007.03.00.088518-0 (AI), em trâmite perante o TRF da 3ª REg. No bojo dessa decisão, foi indeferido o pedido para que determinada comunidade indígena integrasse o feito originário por entender o Desembargador Federal relator do recurso que “tal comunidade não tem personalidade jurídica, devendo seus interesses ser representados coletivamente por quem pode, em seu nome figurar em juízo. E, nisto, a presença do Ministério Público Federal, como não bastasse a do INCRA e a da União, completa a relação processual”.

Cite-se, a propósito, a elaboração, em 2006, de uma “Solicitação Direta Individual” pela Comissão de Experts e Aplicação de Convênios e Recomendações da OIT (CEACR), anotando o recebimento da primeira memória elaborada pelo Governo brasileiro com a participação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), solicitando uma série de esclarecimentos e fazendo recomendações sobre o cumprimento dos dispositivos da Convenção. Entre elas, percebe-se uma especial preocupação com a manutenção, na legislação infraconstitucional, da tutela legal da União sobre os povos indígenas, encarecendo aquela Comissão que a novel legislação em matéria indígena, ainda em fase de consolidação, leve em conta tais incompatibilidades, proporcionando aos povos indígenas a necessária assistência e proteção tanto da FUNAI quanto do Ministério Público Federal, de forma alternativa ao modelo da tutela prevista no Estatuto do Índio (item 11 da solicitação da CEACR)<sup>35</sup>.

Ainda em relação ao procedimento de consulta previsto no artigo 6º da Convenção, no mesmo documento a Comissão de Experts houve por bem solicitar informações sobre a maneira como tem sido realizada no Brasil, se respeitados os seus requisitos fundamentais (prévia, através das instituições representativas dos povos indígenas e mediante procedimentos apropriados). Em relação à consulta prevista no art. 15 da Convenção n. 169, a Comissão de *Experts* reconheceu a complexidade da matéria e manifestou preocupação com eventual prejuízo aos interesses dos povos indígenas por ocasião da autorização de medidas de prospecção mineral e de outros recursos existentes em terras indígenas.

Nada obstante as solicitações e recomendações feitas pela OIT em 2006, em 2012 foi divulgado novo Relatório da Comissão de Especialistas em Aplicação de Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), confirmando a não realização de oitivas aos indígenas impactados pela implantação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, corroborando, nesse passo, a posição do Ministério Público Federal e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que

35 Cf. Relatório do grupo de experts/CEACR, 2006. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales - un Manual*. Disponible en “Ratificación”. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/egalite/itpp/convention/index.htm>>. Acesso em: 20 out. 2008.

interpelaram o Governo brasileiro pelos mesmos motivos. Nas Recomendações finais, a Comissão de Especialistas pede ao Governo brasileiro que: 1) tome as medidas necessárias para levar a cabo as consultas com os povos indígenas afetados pela implantação da UHE Belo Monte, no Pará, em conformidade com os artigos 6 e 15 da Convenção n. 169 da OIT; 2) em consulta com os povos indígenas, tome medidas para determinar se as prioridades dos ditos povos foram respeitadas e se seus interesses serão prejudicados e em que medida, a fim de adotar as ações de mitigação e indenização apropriadas; 3) informe a Justiça Federal do Pará sobre os resultados do procedimento<sup>36</sup>.

Do exposto pode-se aquilatar o grau de importância que se confere, dentro da OIT, aos direitos de consulta e consentimento livres, prévios e informados estampados na Convenção n. 169, configurando, a nosso ver verdadeiros direitos fundamentais dos povos indígenas e tribais. Apenas adiantamos que o elemento nuclear do princípio da dignidade humana que confere a nota da fundamentalidade a tais direitos reside, justamente, em bens e valores referidos à autonomia e à autodeterminação desses povos. Razão pela qual não concordamos com quem lhes atribui caráter meramente instrumental ou procedimental ou, ainda, de meio ou ferramenta de defesa do conjunto de outros direitos “materiais” dos povos indígenas<sup>37</sup>. Estas denominadas “garantias” fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem aos seus titulares a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. Além do que, permitir aos povos interessa-

36 A íntegra da Nota Técnica da CEACR da OIT está disponível em <<http://www.politicaspúblicas.net/panel/oitinformes/informes169/1596-ceacr-brasil-2012.html>>. Acesso em: 01 set. 2014. Neste contexto, importante referir o advento da Portaria Interministerial n. 35 de 27.1.2012, que instituiu Grupo de Trabalho Interministerial para apresentar proposta de regulamentação da Convenção n. 169 da OIT no tocante ao direito de consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas e tribais a que se refere. Interessante anotar que, além dos representantes dos povos indígenas, também os representantes dos povos quilombolas e de outras comunidades tradicionais foram convidados a integrar o GTI em questão. De qualquer modo, no nosso entender, tal regulamentação, ainda não concluída, não impede a aplicação, desde já, das normas da Convenção n.169, visto serem autoaplicáveis, como todas as demais que integram o bloco dos direitos humanos.

37 É o caso de certa passagem do artigo “O que é e o que não é o direito de consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT”, op. cit.

dos expressarem-se na esfera pública e participarem na esfera política, por si mesmo, confere-lhes dignidade e proporciona-lhes visibilidade perante os demais membros da sociedade nacional.

Passaremos agora a examinar, ainda que sucintamente, o tratamento conferido pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas aos direitos de participação, consulta e consentimento livre, prévio e informado objeto desse nosso estudo. Entre alguns aspectos e inovações trazidos pela Declaração das Nações Unidas, pode-se referir justamente o elevado *status* conferido, sobretudo, ao direito de consentimento livre, prévio e informado das populações indígenas. Tal posicionamento tem importantes consequências decorrentes do regime jurídico dos direitos humanos no âmbito do Direito Internacional, em face da cláusula de “proibição de retrocesso”, pela qual fica vedado aos Estados diminuir ou amesquinhar a proteção já conferida aos direitos humanos. Traduz-se, pois, em importante garantia de satisfação desses direitos pelos povos indígenas<sup>38</sup>.

Tal direito, ao lado de outros também complexos e polêmicos, tais como o direito à livre-determinação, à autonomia sobre as terras, territórios e recursos naturais e direitos coletivos dos povos indígenas, foram os que mais ensejaram discussões durante o processo de negociação do texto da Declaração, cujo processo de elaboração, aliás, contou com uma ampla participação de representantes indígenas<sup>39</sup>.

Os direitos de consentimento livre, prévio e informado, de participação e de consulta dos Povos Indígenas vêm referidos nas seguintes hipóteses previstas na Declaração: a) artigo 10: no caso de remoção desses grupos de seus territórios; b) artigo 11, item 2: direito de restituição – quando subtraídos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais

38 Cf. RAMOS, A. C. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 243-246.

39 Cf. KAINGÁNG, Azelene. Histórico da declaração. In: UM OLHAR indígena sobre a Declaração das Nações Unidas. Publicação do projeto “Protagonismo dos Povos Indígenas brasileiros por meio dos instrumentos internacionais de promoção e proteção dos Direitos Humanos”. Organizações Parceiras: APOINME, COIAB, CIR e Warã Instituto Indígena brasileiro. 2. ed., mar. 2008. p. 15. Disponível em: <<http://www.coiab.com.br/publicacao.php>>.

sem o devido consentimento de seus titulares; c) artigo 18: participação nas decisões que lhes afetem, por meio de seus representantes e em conformidade com seus próprios procedimentos e instituições; d) artigo 19: os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, mediante suas instituições representativas para obter seu consentimento prévio, livre e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem; e) artigo 28: direito à reparação – pelas terras, territórios e os recursos que tradicionalmente tenham possuído, ocupado ou utilizado de outra forma e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado; f) artigo 29: proibição de armazenamento ou eliminação de materiais perigosos em terras indígenas, sem o seu consentimento livre, prévio e informado; g) artigo 30: os Estados celebrarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, para os procedimentos apropriados e em particular por meio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares; h) artigo 32: celebração de consultas pelo Estado e cooperação de boa-fé com os povos indígenas interessados, a fim de obter o seu consentimento livre e informado, antes de aprovar qualquer projeto que afete as suas terras ou territórios e outros recursos, especialmente recursos minerais, hídricos ou de outro tipo; i) artigo 38: celebração de consultas pelo Estado e cooperação com os povos indígenas para a adoção de medidas apropriadas, inclusive legislativas, para alcançar os fins da Declaração; e j) artigo 41: garante a participação dos povos indígenas, no âmbito dos organismos do sistema das Nações Unidas, em relação aos assuntos que os afetem.

Esse o rol de dispositivos que tratam dos direitos de participação, consulta e consentimento livre, prévio e informado e que reforça e avança em relação ao rol de direitos de mesma natureza reconhecidos na Convenção n.169 da OIT. Relembre-se, por oportuno, a evolução do conceito de consentimento livre, prévio e informado, abordada no item 2 supra, forjado inicialmente no campo da bioética e, subsequentemente, no âmbito do direito ambiental. Assim, no campo da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos, de que trata a Convenção da Diversidade Biológica-CDB, tem-se entendido que apenas por meio desse direito (CLPI), com contornos específicos, é possível

proteger-se o patrimônio cultural indígena. Neste contexto, adiantamos que o consentimento livre, prévio e fundamentado pressupõe: a) disponibilidade da informação; b) necessário e pertinente tempo para discussão; c) a participação dos atores envolvidos; d) reconhecimento das entidades representativas próprias dos povos indígenas; e e) a possibilidade do exercício do direito de moratória ou veto.

É justamente na possibilidade de veto, ou possibilidade de dizer “não”, que se encontra a grande diferença em relação aos direitos de consulta e consentimento informado proclamados na Convenção n. 169 da OIT, como antes examinamos.

Apenas a título de curiosidade, anotamos que o Projeto de Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos (OEA), no texto consolidado e atualizado até 15 de maio de 2008<sup>40</sup>, também adotava o conceito de consentimento livre, prévio e informado (CLPI) em vários de seus dispositivos, aparentemente, seguindo os passos da sua congênera do sistema universal de proteção dos direitos humanos. No texto mais recente, atualizado até 20 de abril de 2012<sup>41</sup>, também há expressa referência ao consentimento livre, prévio e informado, conceito este que, ao lado de outros de capital importância para os povos indígenas, parece ser objeto de intensas negociações.

Portanto, novamente, apresenta-se o direito de consentimento livre, prévio e informado como um princípio que confere, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, a “tônica do sistema normativo” de proteção dos direitos dos povos indígenas, “verdadeiro alicerce, disposição funda-

40 Cf. REGISTRO del estado actual del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Consejo Permanente de La Organización de los Estados Americanos – Comisión de Asuntos Jurídicos Y Políticos- Undécima Reunión de Negociaciones para La Búsqueda de Consensos (Estados Unidos, Washington D.C. – del 14 al 18 de abril de 2008). Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/esp/GT-DADIN-doc-334-08\\_rev1.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/GT-DADIN-doc-334-08_rev1.pdf)>. Acesso em: 03 set. 2008.

41 Cf. Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “COMPENDIO de Propuestas” e o “REGISTRO del estado actual del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas”. <http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/Indigenas%20documentos.asp#2013>. Acesso em: 31 ago. 2014.

mental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”<sup>42</sup>.

#### 4 Consentimento livre, prévio e informado (CLPI) no contexto do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade

Passaremos agora a descrever a importância do “consentimento livre, prévio e informado” na perspectiva da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), sobretudo para a realização dos seus três objetivos expressos no artigo 1, a saber: 1º) “conservação da diversidade biológica”; 2º) “a utilização sustentável de seus componentes”; e 3º) “a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado”.

O PIC (prior informed consent), como é internacionalmente conhecido esse conceito e referido nos documentos pertinentes à CDB, é, sem sombra de dúvida, considerado um importante elemento das disposições da Convenção sobre o acesso aos recursos genéticos e sobre a repartição justa e equitativa dos benefícios, ABS na sigla em inglês (access and benefit sharing). Está diretamente vinculado à capacidade tanto dos Governos locais quanto das comunidades tradicionais para gerenciar o acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a eles associados. De uma boa gestão desse *acesso* depende o cumprimento dos objetivos da CDB e o combate à biopirataria<sup>43</sup>.

42 Citação constante da nota de rodapé 41 do livro da PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2007. p. 37.

43 Cf. PERRAULT, Anne. Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. *Sustainable Development Law & Policy – “SDCP”*, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 2, Summer 2004. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp\\_issue2.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1)>. Acesso em: 8

Ao tratar do “Acesso a Recursos Genéticos” em seu artigo 15, a CDB inicialmente reconhece os direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, razão pela qual entende que a autoridade competente para autorizar o acesso a tais recursos deve pertencer aos Governos nacionais e estar sujeita à legislação nacional (item 1). O mesmo artigo dispõe, ainda, que depende do “consentimento prévio fundamentado” da parte contratante provedora desses recursos o acesso aos recursos genéticos (item 5). Também no artigo 19 da CDB há expressa referência à necessidade de “concordância prévia fundamentada no que respeita à transferência, manipulação e utilização seguras de todo o organismo vivo modificado pela biotecnologia”.

Nesse contexto e no respeitante aos interesses e direitos dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais (ou “locais”, como os denomina a CDB) sobre seus saberes tradicionais associados aos recursos genéticos, o artigo 8º, letra “j”, atribui a cada parte contratante o dever de, em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas desses grupos e incentivar a sua mais ampla aplicação “com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, bem ainda encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento”. O artigo 10 da CDB, ao tratar da “Utilização sustentável de componentes da diversidade biológica”, determina às partes contratantes que protejam e encorajem a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais sustentáveis. Por fim, o artigo 17 trata do intercâmbio de informações, entre estas, o “conhecimento indígena e tradicional como tais e associados às tecnologias”, bem ainda a repatriação de informações.

jan. 2009. Para maior esclarecimento do termo “biopirataria”, incluímos aqui a seguinte definição: “A biopirataria é a atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou a ambos) sem o respeito aos princípios da Convenção da Biodiversidade, isto é, sem autorização do país de origem e de suas comunidades locais e a repartição dos benefícios. A Convenção da Biodiversidade estabelece que os benefícios gerados pela utilização dos recursos genéticos coletados nos países megadiversos (ou em qualquer outro país) devem ser compartilhados com estes e com as comunidades locais detentoras de conhecimentos associados a estes” (O nim, o ayahuasca e o cupulate. Capítulo: Diversidade Socioambiental, Verbetes: Recursos Genéticos do ALMANAQUE Brasil Socioambiental (2008). São Paulo: Instituto Socioambiental, 2007. p. 255).

Este o quadro normativo posto pela Convenção da Diversidade Biológica a partir do qual as partes contratantes, nas respectivas Conferências das Partes (COPs), passaram a buscar entendimentos comuns sobre conceitos básicos referentes ao acesso e repartição de benefícios (ABS)<sup>44</sup>. Passamos a seguir a um breve resumo dos principais avanços ocorridos durante as negociações das COPs no tocante ao tema até chegarmos ao mais significativo deles, o Protocolo de Nagoya à CDB<sup>45</sup>, aprovado em 2010, no Japão.

Assim, importante lembrar as Orientações de Bonn aprovadas na Sexta edição da Conferência das Partes (COP6) da CDB, em abril de 2002, e que foram desenvolvidas para auxiliar na aplicação dos dispositivos antes referidos, sobre o acesso e repartição de benefícios e proteção dos conhecimentos tradicionais associados, garantindo que o PIC seja obtido a partir das próprias comunidades e suas práticas tradicionais.

Partindo do princípio de que o consentimento prévio e informado é uma das maneiras de se alcançar uma repartição justa de benefícios decorrentes do acesso aos recursos genéticos, as Diretrizes de Bonn fornecem indicações sobre possíveis elementos do procedimento para implementação do PIC, de maneira voluntária, pelas partes contratantes. Segundo esse documento (parágrafo 26) são elementos do PIC<sup>46</sup>:

- a) o consentimento das autoridades nacionais e das comunidades indígenas e locais;
- b) mecanismos para a participação dos investidores ou das partes interessadas (*stakeholders*);
- c) prazos e calendários razoáveis;
- d) especificações dos tipos de usos dos recursos;
- e) vinculação direta com termos mutuamente acordados;
- f) procedimentos detalhados para a obtenção do consentimento;
- g) uma descrição do processo geral de acesso

Relembre-se, também, que o Grupo de Trabalho *ad hoc* “das intersessões sobre o artigo 8 ‘j’ e disposições conexas” foi adotado pela Conferência das Partes da CDB no ano de 2000 com o objetivo de fornecer a base de ação para execução do artigo 8, “j”, da CDB, que é o principal dispositivo a tratar da proteção dos conhecimentos tradicionais em seu âmbito. O Programa de Trabalho desenvolvido pelo referido GT para aplicação do artigo 8, “j”, estabelece como um de seus princípios gerais justamente a observância do consentimento prévio e informado para o acesso aos conhecimentos tradicionais<sup>47</sup>.

Um documento importante produzido por esse grupo de trabalho intitula-se “Diretrizes de Arkwé kon” e foi aprovado na sétima edição da Conferência das Partes da CDB, de 2004, destinando-se à “Condução de Estudos de Impactos Culturais, Ambientais e Sociais relativos ao desenvolvimento de propostas que devem acontecer, ou que sejam suscetíveis de impacto, nos locais sagrados ou terras e águas tradicionalmente ocupadas ou usadas por comunidades indígenas e locais”. O princípio do consentimento prévio e informado é expressamente referido no § 53

44 Cf. PERRAULT, Anne (Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. *Sustainable Development Law & Policy – “SDCP”*, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 2-3, Summer 2004. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp\\_issue2.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1)>. Acesso em: 8 jan. 2009), ao tratar do “Livres consentimento prévio informado no contexto do acesso a recursos genéticos”, a aplicação do PIC nesse contexto não se confunde com sua aplicação no âmbito dos resíduos perigosos e/ou tóxicos e dos organismos geneticamente manipulados (OGM). No entanto reconhece que as atividades desenvolvidas para o cumprimento do PIC, naqueles casos, podem servir também à modelagem do procedimento do PIC em relação ao acesso aos recursos genéticos.

45 O Protocolo de Nagoya entrará em vigor internacionalmente em outubro de 2014, após noventa dias do depósito do quinquagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, o que já ocorreu. O Brasil, embora tenha sido um dos primeiros países a assinar o compromisso de adesão durante a COP (IO) no Japão, até o momento não o ratificou, estando a proposta de ratificação em trâmite aguardando a aprovação pelo Congresso Nacional.

46 Cf. PERRAULT, Anne. op. cit. p. 4.

47 Cf. UNITED NATIONS. Contribution of the convention on biological diversity and the principle of prior and informed consent. International Workshop on Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples (New York, 17-19 January 2005). Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development, Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues, United Nation, PFI/2005/WS.2/3. Disponível em [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop\\_FPIC\\_CBD.doc](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_FPIC_CBD.doc)>. Acesso em: 02 set. 2014.

dessas “diretrizes” e também traz importantes elementos conceituais do PIC ao estabelecer que

[...] onde o regime jurídico nacional exige anuência prévia de comunidades indígenas e locais, o processo de avaliação deve considerar se tal anuência prévia foi efetivamente obtida. O consentimento prévio informado correspondente a diferentes fases do processo de avaliação do impacto deve considerar os direitos, o conhecimento, inovações e práticas das comunidades indígenas e locais; o uso adequado da linguagem e do processo; a atribuição de tempo suficiente e a prestação de informações exatas, factual e juridicamente corretas. Modificações para o desenvolvimento inicial da proposta exigirão consentimento prévio informado adicional das comunidades indígenas e locais afetadas <sup>48</sup>.

Interessante apontar que, no Seminário de Experts da América Latina e Caribe sobre Indicadores para a Proteção dos Conhecimentos Tradicionais realizado em Quito em 2006<sup>49</sup>, reconheceu-se que a natureza coletiva dos direitos indígenas encontra sua base legal no plano internacional, sobretudo na Convenção n.169 da OIT. No entanto, para a proteção do conhecimento tradicional, entendeu-se não ser suficiente apenas a “consulta”<sup>50</sup> prevista naquela Convenção, havendo a necessidade da aplicação do conceito de “consentimento livre, prévio e informado”, considerando-se que apenas este último é capaz de proteger efetivamente referidos bens e valores integrantes do patrimônio cultural dos povos tradicionais. Refere-se, ademais, aos indicadores capazes de “medir” o cumprimento do CLPI, a saber: a) disponibilidade da informação; b) necessário e pertinente tempo para discussão; c) participação dos atores envolvidos; d) reconhecimento das entidades representativas próprias dos povos indígenas; e) possibilidade do exercício do direito de moratória ou veto.

48 Cf. Directrices Akwé:Kon. Directrices del CDB. Publicado por La Secretaria del Convenio sobre la Diversidad Biologica. Montreal, Canadá. 2005, p. 25. Disponível em <https://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>. Acesso em: 02 set. 2014.

49 Cf. UNEP/CBD/WG8J/AG/2/INF/4. Inform de la consulta latinoamericana (incluyendo el Caribe, America Central y America del Sur) sobre indicadores. 16 Apr. 2007. Disponível em: <http://www.cbd.int/doc/meetings/tr/acpow8j-02/information/acpow8j-02-inf-04-es.pdf>. Acesso em: 02 set. 2014.

50 Cf. Ibid., p. 28.

Outro fórum especializado – Fórum Permanente das Nações Unidas sobre Questões Indígenas<sup>51</sup> –, que trabalha em colaboração com a CDB, considera o consentimento prévio e informado como uma “importante prioridade metodológica”, que deve ser visto como um “processo contínuo, processo esse que envolve comunicação intercultural e alçamento desigual”. Nada obstante, ainda resta pendente em sua agenda uma definição de “consentimento prévio e informado”<sup>52</sup>, conceito este realmente complexo, mas imprescindível, como vimos, para a implementação do artigo 8, “j”, em nível local, regional e internacional.

Por sua vez, do ponto de vista das populações indígenas e seus defensores<sup>53</sup>, o consentimento prévio e informado no âmbito da CDB deve ser obtido de acordo com suas regras consuetudinárias, suas práticas e procedimentos especiais e/ou instituições específicas. Esta a base a ser considerada para construção de qualquer processo de autorização de acesso aos recursos da biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados, cujo objetivo comum deve ser sempre a proteção dos CTs e a repartição dos benefícios. Em face disso, não existiria um único processo de obtenção do consentimento prévio e informado; sua estruturação se dará sempre caso a caso, dependendo das relações construídas entre as comunidades e os pesquisadores, organismos governamentais, interessados em projetos de desenvolvimento, etc.

No entanto, não há como dispensar a elaboração de alguns *standards* que possam servir de guia para o efetivo cumprimento dos direitos e obrigações contemplados no artigo 8, “j”, da CDB. Nesse passo, os aportes antecitados e, em especial, as Orientações de Bonn, ainda cum-

51 O UNPFII é um organismo assessor do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, com o mandato de examinar as questões indígenas relacionadas ao desenvolvimento econômico e social, a cultura, a educação, a saúde, o meio ambiente e os direitos humanos. As deliberações e outros informes de todas as sessões do UNPFII já ocorridas até o momento podem ser acessadas por meio do site <http://undesadspd.org/indigenouses/Portada/SesionesUNPFII/SextaSesi%C3%B3n.aspx>.

52 Cf. UNEP/CBD/WG8J/AG/2/INF/4. *Inform de la consulta latinoamericana (incluyendo el Caribe, America Central y America del Sur) sobre indicadores*, cit., p. 22.

53 Cf. UNITED NATIONS. Contribution of the convention on biological diversity and the principle of prior and informed consent, cit., p. 7.

prem um importante papel, pois auxiliam os Governos a superar alguns dos obstáculos que limitam a aplicação do PIC, nada obstante a crítica no sentido de que estariam tais diretrizes mais adaptadas para o uso original do consentimento livre, prévio e informado, que se cristalizou sobretudo a partir da legislação americana sobre o transporte de resíduos perigosos e tóxicos, como neste trabalho já examinamos <sup>54</sup>.

No entanto, as Diretrizes de Bonn foram sendo aprimoradas a cada Conferência das Partes da Convenção da Diversidade Biológica, cientes os Estados signatários da importância do tema para o cumprimento dos objetivos maiores da CDB.

Assim é que a Decisão IX/13<sup>55</sup>, “artigo 8, “j”, e disposições conexas”, da 9ª edição da Conferência das Partes da CDB (nota de rodapé) realizada também na cidade de Bonn, em maio de 2008, apresentou em anexo um Projeto de Elementos de um Código de Conduta Ética para promover e assegurar o respeito ao patrimônio cultural e intelectual das comunidades indígenas e locais condizente à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. Nesse documento, já havia menção sobre a importância que tem para a promoção e respeito dos conhecimentos tradicionais, a sua valorização, pelas partes, de maneira equânime e complementar aos conhecimentos científicos do ocidente.

Importante ressaltar que o “consentimento prévio, livre e fundamentado”, conforme expressão utilizada nesse documento, é considerado um dos princípios éticos gerais a reger as interações com as comunidades indígenas e locais no âmbito da CDB. Tais princípios gerais são ali considerados como expressões do princípio maior consistente no direito das comunidades indígenas e locais de desfrutarem de sua cultura, do que decorre a capacidade de transmitir essa mesma cultura, se assim desejarem, às gerações futuras. Há também expressa menção à estreita colaboração entre o processo da Convenção da Diversidade Biológica e

54 Cf. PERRAULT, Anne. op. cit., p. 7-9.

55 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. COP 9 Decision IX/13, Bonn, 19-30 May 2008, Article 8 (j) and related provisions. Disponível em: <<http://www.cbd.int/decisions/?m=COP-09&id=11656&lg=0>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

o Fórum Permanente das Nações Unidas para as Questões Indígenas, de modo a contemplar as especificidades das comunidades indígenas e locais no âmbito de suas decisões.

A finalização das negociações sobre esse tema ocorreu na edição seguinte, COP (10) da CDB, com a aprovação do Código de Ética sobre o Respeito ao Patrimônio Cultural e Intelectual das Comunidades Indígenas e Locais pertinente à Conservação e ao Uso Sustentável da Diversidade Biológica (o denominado código de Conduta Ética *Trarihwaié:ri*), que veio orientar os Governos na evolução dos modelos de códigos de conduta ética para a investigação, o acesso, o uso, o intercâmbio e a gestão da informação relativa aos conhecimentos tradicionais. Nesse passo, o código veio auxiliar a implementação dos direitos ao consentimento fundamentado prévio e/ou aprovação e participação dos povos e comunidades detentores desses saberes <sup>56</sup>.

Tal Código de Ética, por sua vez, atento à crítica reiterada nas várias Conferências das Partes da CDB quanto à ausência do aprofundamento da necessária compatibilização com os direitos indígenas previstos em outros documentos de direito internacional, expressamente leva em conta os diversos organismos, instrumentos, programas, estratégias, normas, informes e processos internacionais pertinentes e a importância de sua harmonização e complementariedade e aplicação efetiva, invocando, entre outros não menos importantes, o Convênio n.169 sobre Povos indígenas e Tribais (OIT-1989), a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO-2005), e a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas

56 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *El Código de Conducta Ética Trarihwaié:ri*. Disponível em: <<http://www.cbd.int/traditional/code.shtml>> Acesso em 02 set. 2014. Para aprofundamento do tema sugerimos a leitura das “Diretrizes Voluntárias *Arwé:Kon*”. Segundo a versão em espanhol no *site* da CDB, “uno de los principales logros de la COP 7 fue la adopción decisión VII/16 F) de las Directrices *Arwé:Kon*, Directrices *Arwé Kon*, voluntarias para la realización de evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados y en tierras y aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales”. Disponível em: <<http://www.cbd.int/traditional/guidelines.shtml>>. Acesso em: 2 set. 2014.

(2007), essenciais, como vimos, à proteção jurídica da diversidade cultural e dos saberes e práticas tradicionais de todos esses povos<sup>57</sup>.

Uma outra decisão pertinente ao tema sob exame foi tomada na mesma COP 9 sob o n. IX/12<sup>58</sup> e trata do “Acesso e repartição de benefícios”. Nessa decisão, há também expressa menção às Diretrizes de Bonn, como um ponto de partida para as discussões relacionadas com a elaboração e negociação de um regime internacional sobre acesso e repartição de benefícios que, como já vimos, é um dos principais e mais complexos temas enfrentados pelas Partes no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica. Do mesmo modo que na Decisão n. IX/13 antes comentada, aqui também foi incluído um documento anexo, contendo um rol de *componentes* principais de um “regime internacional”, para apreciação e discussão das partes. Entre estes, o “consentimento fundamentado prévio” dos titulares dos conhecimentos tradicionais, incluídas as comunidades indígenas e locais, quando ocorra o respectivo acesso. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas também é invocada em tais decisões, entre outros documentos internacionais de proteção dos direitos humanos e direitos culturais.

Finalmente, e nada obstante os avanços antes mencionados, após seis anos de negociações, em outubro de 2010, foi aprovado documento de importância ímpar para o desenvolvimento do terceiro objetivo da CDB antes referido, durante a realização da Décima Conferência das Partes (COP 10), passada no Japão. Trata-se do Protocolo de Nagoya sobre o Acesso aos Recursos Genéticos e Participação Justa e Equitativa nos Benefícios que se Derivam de sua Utilização, conferindo maior certeza e transparência jurídicas tanto para os provedores como para os usuários de recursos genéticos. Duas são as novidades importantes do Protocolo: a) obrigações concretas que cada parte deverá assumir para assegurar o cumprimento da legislação ou requisitos regulamentares

57 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *El Código de Conducta Ética Tkarihwaié:ri*. op.cit.

58 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. COP 9 Decision IX/12, Bonn, 19-30 May 2008, Access and benefit-sharing. Disponível em: <<http://www.cbd.int/decisions/?m=COP-09&id=11655&lg=0>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

*nacionais* da parte que proporciona os recursos genéticos; e b) obrigação de cumprir condições de cooperação mutuamente acordadas<sup>59</sup>.

Segundo o entendimento de Nilo L. Saccaro Jr., do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o Protocolo de Nagoya traz normas que esclarecem e detalham questões relativas à repartição de benefícios. Assim, a definição de benefícios monetários e não-monetários é clarificada, bem como as modalidades de contratos que devem ser utilizados entre as partes, além de dar as diretrizes básicas para a criação de mecanismos internacionais de cooperação, monitoramento e regulação, enfatizando a necessidade de conformidade das legislações nacionais (CDB, 2010)<sup>60</sup>.

Espera-se, também que em relação ao acesso aos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas e locais, as disposições do Protocolo fortaleçam a capacidade dessas comunidades para se beneficiarem do uso de seus conhecimentos, inovações e práticas. Tanto em seu Preâmbulo quanto em vários artigos, o Protocolo refere-se aos povos indígenas e populações locais e aos seus saberes tradicionais, por exemplo, o Artigo 3 (Âmbito), Artigo 5 (Participação Justa e Equitativa dos Benefícios), Artigo 7 (Acesso aos Conhecimentos Tradicionais Associados aos Recursos Genéticos).

Em relação ao consentimento prévio e fundamentado, vem ele expressamente referido no Artigo 6, de maneira ampla tanto para as partes – países de origem – quanto para as comunidades indígenas e locais. Ali se estabelece que cada parte adotará medidas com vistas a assegurar que se obtenha o “consentimento fundamentado prévio” ou a aprovação e participação das comunidades indígenas e locais para o acesso

59 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Protocolo de nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa em los beneficios que se derivan de sua utilización al convenio sobre la diversidad biológica*. Disponível em: <<http://www.cbd.int/traditional/Protocol.shtml>>. Acesso em: 2 set. 2014.

60 Cf. SACCARO JR., Nilo L. A regulamentação de acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios: disputas dentro e fora do Brasil. In: SCIELO. *Ambiente & Sociedade*. vol.14 no.1 Campinas Jan./June 2011. Disponível em <<http://search.scielo.org/?view=mobile&output=site&lang=pt&from=1&sort=&format=abstract&count=20&fb=&page=1&q=Ambiente+%26Sociedade>>. Acesso em: 1º set. 2014.

aos recursos genéticos, quando estas tenham o direito estabelecido à outorga desses recursos<sup>61</sup>.

Enfim, pode-se dizer, tanto com fundamento nos documentos oficiais gerados a partir das Conferências das Partes da CDB quanto com base na literatura especializada e a partir da análise sumária dos elementos do conceito de “consentimento livre, prévio e informado” já detectados, que se mostra ele essencial para a implementação da Convenção como um todo e, em especial, no tocante às disposições que interessam às populações indígenas e locais, voltadas à proteção dos conhecimentos tradicionais.

No entanto, parece que as dificuldades já detectadas podem ser ainda maiores para realização do PIC no contexto do *acesso aos recursos genéticos*, em razão, sobretudo, da *complexidade*<sup>62</sup> de que se reveste a matéria. Assim, por exemplo, maior é o grau de dificuldade para compreensão, pelas comunidades tradicionais, das informações a serem repassadas pelos pesquisadores interessados no acesso a esses bens e valores. Também a compreensão das estruturas legais que regulamen-

61 Entendo que o Protocolo de Nagoya merece um estudo aprofundado de todos os seus dispositivos, o que refoge aos objetivos mais singelos deste estudo. Tendo em vista os avanços significativos por ele trazidos no tema complexo do acesso aos recursos genéticos, incluídos aqueles associados aos conhecimentos tradicionais de povos indígenas e outras comunidades tradicionais, é de grande importância que seja ratificado pelo CN brasileiro, ainda mais levando-se em conta que já tramita em regime de urgência perante o Congresso o PL n. 7.735/2014, pretendendo a substituição da legislação nacional de regência, MP n. 2.186-16/2001, cercado de sérios questionamentos como já referimos em nota 9 deste trabalho.

62 Confira-se a interessante narrativa reproduzida no artigo de Cristiane Fontes (Biodiversidade e conhecimentos tradicionais: mais proteção já!. Jul. 2004. *Instituto Sócio Ambiental-ISA*. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/esp/tradibio/>>. Acesso em: 12 out. 2008): “Durante sua apresentação sobre conhecimento tradicional na 24ª Reunião da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), realizada de 12 a 15/6, Daniel Munduruku, diretor-presidente do Inbrapi, afirmou: ‘As ONGs indígenas e os próprios indígenas detentores desse saber, assistem, às vezes de forma pacífica, às vezes não, a discussão que não lhes entra na cabeça por mais preparados que sejam. Tais discussões envolvem conceitos e paradigmas mentais que não fazem parte do universo epistemológico dos nossos povos. Temas como propriedade, bioprospecção, patentes, marcas, direitos conexos, estão fora das muitas relações que temos desenvolvido ao longo dos séculos, conosco mesmos e com a natureza. E todos sabem que, para um povo indígena, coisas que estão fora das relações, estão fora de nossa mente’”.

tam a utilização desses recursos pode demandar conhecimento especializado tanto de âmbito nacional quanto internacional (por exemplo, as leis que tratam da propriedade intelectual). Por fim, é também mais difícil exercer-se o controle sobre tais atividades de acesso, com vistas a impedir o uso não autorizado (sem o PIC) de recursos e CTs associados, porque também mais difíceis de serem aquelas detectadas, em razão de sua natureza preponderantemente intangível<sup>63</sup>.

No respeitante aos povos indígenas e comunidades tradicionais, pondera Anne Perrault que os principais elementos do conceito de “consentimento livre, prévio e informado”, na prática, podem ser identificados independentemente do contexto considerado, visto que a aplicação do PIC envolve basicamente os mesmos *direitos* para esses grupos, quer dizer, *os direitos que ensejam a sua participação na gestão dos recursos existentes nas terras que ocupam tradicionalmente*<sup>64</sup>.

Desse modo e, nada obstante as especificidades antes apontadas, alguns padrões já podem ser identificados também no campo dos recursos genéticos e têm sido articulados por várias comunidades tradicionais. O PIC, como já vimos, comporta “processo de consulta” (mas não apenas isso) por meio do qual um *diálogo* aberto deve ser estabelecido entre a comunidade e os indivíduos interessados nas atividades a serem realizadas em seus territórios tradicionais, com a utilização de recursos genéticos e CTs associados. Pela clareza da exposição e tendo em vista a importância desse estudo para a conceituação do consentimento livre, prévio e informado, arrola a seguir os elementos do PIC identificados por Anne Perroult<sup>65</sup> em sua obra já citada:

- a) o interessado deve obter o CLPI de todas as comunidades atingidas e de acordo com o respectivo direito costumeiro;

63 Cf. PERRAULT, Anne. Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. *Sustainable Development Law & Policy –“SDCP”*, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 4, Summer 2004. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp\\_issue2.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1)>. Acesso em: 8 jan. 2009.

64 Cf. *Ibid.*, p.4.

65 Cf. *Ibid.*, p. 5.

- b) a obtenção do CLPI deve ser precedida de discussões comunitárias com base em informações relevantes à tomada de decisão e de modo apropriado, tanto escrito como oral e em linguagem acessível à cultura local;
- c) As informações relevantes pressupõem a divulgação dos objetivos propostos pela pesquisa ou investigação, quais as consequências ou efeitos previsíveis no âmbito social, econômico e ambiental para a comunidade local; o potencial para aplicações comerciais, quantidade do recurso procurado, a duração da atividade e a área geográfica específica da prospecção; divulgação das informações financeiras e jurídicas, origem do dinheiro a ser aplicado, responsáveis pelo gerenciamento da atividade, quais os benefícios a serem compartilhados e de que modo; divulgação de impactos ambientais e outros sobre a atividade local; divulgação de atividades anteriores do interessado no acesso, incluindo a descrição de eventual plano de consentimento anterior, cumprimento de seus objetivos, efeitos sobre a comunidade, etc;
- d) Toda a comunidade deve ser notificada das atividades propostas pelo interessado no acesso e as decisões informadas devem obedecer ao modo tradicionalmente reconhecido e culturalmente adequado. Os debates deverão ensejar a participação ativa de todas as populações locais afetadas pelo projeto;
- e) O consentimento deve ser parte de um processo conduzido ao longo de todo o planejamento, concepção, implementação e avaliação do projeto. Deve pautar-se em um diálogo substancial por meio do qual a comunidade pode optar por dar ou não o seu consentimento; e
- f) Os líderes comunitários podem revogar o consentimento por razões legítimas e de boa-fé.

Cabe-nos ainda, neste momento, identificar as principais causas que podem levar à inação dos Governos no tocante à adoção de um regime legal, protetivo, de acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a eles associados. É considerado por alguns uma limitação da Convenção da Diversidade Biológica o fato de sujeitar a proteção dos direitos indígenas ao que disponha a legislação nacional de cada parte, sendo que os povos indígenas e comunidades tradicionais não dispõem

de qualquer recurso, no âmbito da CDB, no caso de descumprimento dessa regra<sup>66</sup>.

Portanto, a ausência de leis e regulamentos que tratem da matéria em nível nacional é um dos obstáculos à implementação desse dispositivo da CDB, inclusive no tocante ao cumprimento do direito de participação e consentimento livre, prévio e informado. De outro lado, muitas leis e regulamentos existem mas que não fornecem diretrizes suficientes e seguras, especialmente para a implementação do CLPI. A regulamentação excessiva, por sua vez, muitas vezes pode ser um obstáculo posto por alguns Governos que, por diversos motivos, não têm interesse em facilitar esse acesso. São ainda limitações à implementação do CLPI: a falta de procedimentos comunitários articulados, a falta de vontade de conceder o acesso por parte das populações indígenas e tradicionais, a morosidade dos procedimentos e seu custo excessivo, bem ainda a diferença de expectativas entre aqueles que dão e aqueles que utilizam os recursos genéticos, sobretudo quando inseridos em culturas significativamente diferentes, como é o caso dos povos indígenas<sup>67</sup>.

Em síntese, os seminários e decisões mais recentes ocorridos no âmbito da Convenção da Diversidade Biológica até aqui estudados demonstram a intenção da comunidade de Estados signatários de buscar um aperfeiçoamento do sistema de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, por meio de vários mecanismos, entre os quais, como vimos, o desenvolvimento dos conceitos e compromissos do artigo 8,"j", incluindo a definição dos elementos do conceito de consentimento livre, prévio e informado, que permita a sua aplicação em termos práticos. Este parece ser, ainda hoje, o maior desafio para a Convenção da Diversidade Biológica<sup>68</sup>.

66 Cf. UNEP/CBD/WG8J/AG/2/INF/4. *Informe de la consulta latinoamericana (incluyendo el Caribe, America Central y America del Sur) sobre indicadores*, cit., p. 24.

67 Cf. PERRAULT, Anne. op. cit., p. 7.

68 Cf. UNITED NATIONS. *Contribution of the convention on biological diversity and the principle of prior and informed consent*, cit., p. 7.

Evidentemente, apenas a partir de um diálogo respeitoso, franco e de “boa fé” entre todas as partes envolvidas – povos e comunidades tradicionais, Governos nacionais e comunidade científica –, poderá ocorrer a superação de todas as barreiras jurídicas, políticas e econômicas inter-relacionadas que dificultam a aplicação do direito de consulta e consentimento livre, prévio, e informado, baluarte do sistema de proteção dos direitos dos povos indígenas e de outras comunidades tradicionais, visto como legítima expressão do anseio desses povos de exercer o controle dos acontecimentos que os afetam, na dicção da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

## 5 Prós e contras sobre a inserção do direito ao consentimento livre, prévio e informado no sistema de proteção internacional dos direitos humanos

Os processos participativos, gênero de que podem ser consideradas espécies a “consulta” (prevista na Convenção n.169 da OIT) e o “consentimento” (previsto na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na Convenção da Diversidade Biológica), ambos livres, prévios e informados, estão na base do sistema de direitos dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais.

A Constituição Federal trata da matéria no § 3º do art. 231, que regula o aproveitamento de recursos hídricos e da pesquisa e lavra mineral em terras indígenas, o que somente poderá ocorrer com autorização do Congresso Nacional, “ouvidas as comunidades indígenas”.

Apesar da lacônica expressão, é certo que podemos considerar o consentimento livre, prévio e informado como integrante do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, dispondo de aplicabilidade imediata, tudo em conformidade com o art. 5º, §§ 1º e 2º de seu texto.

Isto porque, é inegável, o consentimento livre, prévio e informado (CLPI) possui uma fundamentalidade intrínseca, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana. No presente caso, o elemento nuclear

desse princípio da dignidade reside, sobretudo, nos bens e valores referidos à autonomia e à autodeterminação desses povos.

Nesse contexto, tais direitos de consulta e consentimento, livres, prévios e informados, uma vez que tiveram sua titularidade, ao menos em princípio, outorgada à coletividade (ou entes coletivos) e não à pessoa individual, embora esta não possa ser também descartada em casos específicos, podem ser identificados com os “direitos fundamentais de terceira dimensão”, também denominados direitos de solidariedade ou fraternidade.

Pode-se dizer, ainda, que o CLPI contempla em suas entranhas o direito de participação (no sentido de uma posição ativa do indivíduo) na atividade estatal e na condução do interesse público.

De qualquer sorte, não se pretende aqui, perscrutar a natureza do direito dos povos indígenas e comunidades tradicionais à consulta e ao consentimento, livres, prévios e informados, tema que, por si só, exigiria espaço próprio e pesquisa acadêmica aprofundada, o que refoge aos objetivos mais genéricos do presente estudo.

No entanto, não há como não deixar de aqui registrar algumas considerações, que entendemos significativas, no tocante à inserção desses direitos no sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

Segundo Shannah Metz<sup>69</sup>, o direito à consulta ou consentimento livre, prévio e informado coloca-se como uma resposta à história de exclusão dos povos indígenas dos processos de tomada de decisões que os afetam e aos seus territórios e reflete uma nova realidade sócio-política global em que os povos indígenas detêm força política e capacidade técnica.

Obviamente, tal resposta, merecedora de elogios, dá-se no âmbito do sistema universal de direitos humanos, como não poderia deixar de

69 Cf. SHANNAH METZ. *Indigenous people' right to free prior informed consent (FPIC) and project governance*. Collaboratory for Research on Global Projects, Stanford University, May 17, 2006. Disponível em: <[http://crgp.stanford.edu/events/crgp\\_seminar\\_series.html](http://crgp.stanford.edu/events/crgp_seminar_series.html)>. Acesso em: 19 jan. 2009.

ser, uma vez embutido o respectivo direito em documentos integrantes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, elaborados normalmente em conferências das Nações Unidas e suas agências especializadas, como visto anteriormente.

No entanto, são também expressivas as limitações constantes desses documentos aos anseios maiores dos povos indígenas e tribais, limitações estas de que são expoentes, a nosso ver, a impossibilidade de dizer “não” dentro do processo de consulta livre, prévia e informada prevista na Convenção n.169 da OIT, bem ainda a limitação à expressão “povos”, com redução da autonomia, do direito ao autogoverno e do direito consuetudinário, submetidos aos ditames das normas de direitos humanos, estranhas àqueles grupos (modelo ocidental universalista). Tal limitação também se encontra posta no artigo 46 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e no artigo 4º do Projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas da OEA.

Diante desse quadro, seria possível dizer que o reconhecimento desse direito no cenário jurídico do direito internacional estaria de acordo com o que Boaventura de Souza Santos<sup>70</sup> denomina “uma nova arquitetura de direitos humanos” ou “uma concepção intercultural das políticas emancipatórias de direitos humanos”. Segundo essa abordagem, uma de suas normatividades originárias (ur-direito)<sup>71</sup> seria justamente o “direito à organização e participação na criação de direitos”.

Para esse autor,

70 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 36-45.

71 Segundo o autor, “[...] a construção de uma concepção intercultural e pós imperial de direitos humanos é, em primeiro lugar e antes de mais, uma tarefa epistemológica. É necessário escavar nos fundamentos reconhecidos como tal para tentar encontrar os fundamentos deles, subterrâneos, clandestinos e invisíveis. Designo estes fundamentos malditos e suprimidos como *ur-direitos*, normatividades originárias que o colonialismo ocidental e a modernidade capitalista suprimiram da maneira mais radical, de forma a erigirem sobre as suas ruínas, a estrutura monumental dos direitos humanos fundamentais” (Ibid, p. 37).

[...] a supressão do sexto ur-direito tem sido o fundamento da norma e da dominação capitalistas [...]. O direito à organização é um direito primordial, sem o qual nenhum dos outros direitos poderia ser minimamente viável [...]. Baseados neste ur-direito, os povos indígenas fundamentam as suas lutas pelo direito de seguir os seus próprios direitos. Desta forma, o direito originário à organização e o direito originário a criar direitos constituem duas dimensões inseparáveis do mesmo direito [grifo nosso].

O autor refere ainda que “O direito à organização, concebido como direito primário, é uma formulação politicamente fundada do mais abstracto ‘direito a ter direitos’ proposto por Hannah Arendt (1968)”<sup>72</sup>.

Embora possa se enxergar uma distância ainda grande entre o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado posto nos documentos internacionais de direitos humanos e aquele concebido acima por Boaventura de Souza Santos, cremos que, em tese, essa tipologia de “direito primário”, “normatividade originária”, está de acordo com o *status* do direito em questão e o seu reconhecimento como verdadeiro “princípio” nos documentos jurídicos até aqui citados.

Numa outra ordem de considerações, interessante abordar a questão, ainda que sucintamente, sob o ângulo de uma classificação recorrente na doutrina especializada, a dos *direitos* e suas *garantias*, que se apresenta de maneira bastante evidente no campo da proteção dos direitos humanos.

Segundo Christian Courtis, no seu artigo “Os direitos sociais em perspectiva”<sup>73</sup>, a noção de “garantia” remete à existência de “mecanismos, métodos ou dispositivos” que asseguram a efetividade dos direitos, funcionando como verdadeiros “instrumentos” que tornam possível a exigibilidade dos direitos sociais. O autor traz também uma distinção entre *garantias de caráter social* e *garantias de caráter institucional*, distinguindo uma categoria com base em quem detém a atribuição para a

72 Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., nota de rodapé n. 48, p. 44.

73 COURTIS, Christian. Los derechos sociales em perspectiva. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007. p. 196-197.

proteção do respectivo direito. Enquanto nas garantias de caráter institucional, a proteção do direito é confiada a uma instituição, especialmente de caráter público (v.g. garantias políticas e garantias jurisdicionais), nas garantias de caráter social o instrumento ou mecanismo e proteção do direito se confia ao titular do direito, seja este individual ou coletivo. Melhor explicando,

As garantias de caráter social estão vinculadas centralmente com a própria tutela que fazem os titulares de seu direito [...] consistem em grande medida no exercício de direitos que torna possível expressar-se na esfera pública e participar na esfera política. Quer dizer, um grupo importante dos chamados direitos civis e políticos tem uma conexão especial com os direitos sociais, tanto que tais direitos, como a liberdade de expressão, a livre manifestação, a liberdade de imprensa, a liberdade de associação – e sua manifestação particular no campo sindical, quer dizer, a liberdade de agremiação –, o direito a formar partidos políticos e sindicatos, o direito ao voto, o direito de petição, são direitos que funcionam como instrumentos de incidência no âmbito da determinação e controle cidadão das políticas sociais, quer dizer, das políticas públicas destinadas a satisfazer direitos sociais<sup>74</sup>.

O mesmo autor refere-se a uma dimensão um pouco mais contemporânea dessas garantias de caráter social e que por vezes é chamada de “direito de participação”. Tal direito englobaria segundo ele,

[...] uma série de mecanismos que acrescentam as possibilidades dos membros de uma comunidade de incidir mais diretamente no desenho e execução de políticas públicas, por vias distintas. Entre eles se encontram os chamados mecanismos semidiretos de participação, como a iniciativa popular, o referendo ou o plebiscito. *Em um plano similar se encontram o direito a ser consultado antes da tomada de certas decisões (como as que afetam, por exemplo, os povos indígenas), o direito a participar em audiências públicas também prévias à tomada de decisões políticas e o direito a participar na formulação do orçamento (é o caso das experiências do denominado “orçamento participativo”) [grifo nosso]*<sup>75</sup>.

74 Ibid., p. 196-197. Tradução livre do espanhol.

75 COURTIS, op. cit., p. 197.

Aliás, Christian Courtis deixa claro na obra mencionada que,

Frente a todas estas garantias, o papel dos standards internacionais em matéria de direitos humanos é fundamental. O fortalecimento da interpretação destes direitos tem o efeito de robustecer os mecanismos de participação e controle cidadão das políticas sociais do governo, que são um dos instrumentos privilegiados de satisfação de direitos sociais<sup>76</sup>.

A nosso sentir, a distinção entre garantias e direitos, no contexto apresentado, não conduz a nenhum juízo de acessoriedade ou mera instrumentalidade entre os direitos *garantidores* e os direitos *garantidos*, possuindo ambos o mesmo *status* jurídico. Até mesmo porque, embora consagrada nos documentos jurídicos internacionais a classificação em direitos civis e políticos de um lado, e direitos sociais, econômicos e culturais de outro, é certo que a indivisibilidade e a interdependência de tais direitos são hoje reconhecidas e fazem parte de uma concepção contemporânea de direitos humanos segundo a qual todos os direitos humanos são importantes e merecem o mesmo grau de proteção.

Daí porque nos parece inteiramente procedente a crítica manifestada pelo Prof. Marcus Orione Gonçalves Correia<sup>77</sup> a propósito da caracterização dos direitos sociais como “direitos-meio”, manifestada nos seguintes termos:

Assim, não conseguimos entender como Maria Paula Dallari Bucci que os direitos sociais sejam “direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração” (confira-se o artigo denominado O conceito de políticas públicas em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org). Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 03). A despeito dos belos exemplos trazidos à colação para ilustrar a afirmação, entendemos que o direito social é um fim

76 Ibid., p. 198, tradução livre do espanhol.

77 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, J. J. GOMES; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. 219 p.

em si mesmo e não mero instrumento para o gozo de direitos individuais. Aliás, a visão dos direitos sociais como se fossem meras garantias de direitos individuais diminui-lhes a extensão e os coloca na mesma lógica procedimental das garantias em geral – veja-se, por exemplo, o *habeas corpus* como mera garantia do direito à liberdade de locomoção. Assim, os direitos sociais vivem e possuem lógica jurídica própria, não sendo dependentes para a sua consolidação e construção de sua metodologia dos direitos individuais. Pelo contrário, muitas das vezes, é impossível atribuir-se aos direitos sociais a lógica de interpretação, por exemplo, dos direitos individuais. Ao se transformá-los em meros instrumentos para obtenção dos direitos individuais, pode-se inclusive atribuir aos direitos sociais a mesma dinâmica de consolidação de pensamento destes, o que é totalmente inadmissível. Assim, direitos sociais não são garantias, mas direitos por si só – o que nos leva mesmo a outras conclusões. Nesta linha de pensamento, por exemplo, os direitos do trabalhador do art. 7º. da Constituição Federal não são meras garantias, mas direitos em si. Aliás, direitos como ao adicional noturno ou de hora extraordinária, ao 13º. salário ou a férias remuneradas não são instrumentais, nem garantidores de direitos individuais. São direitos em sua plenitude. Compõem, ressalte-se, o núcleo mesmo dos direitos fundamentais sociais do trabalhador.

Trago para comparação a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, ao se referir sobre a distinção também traçada entre os direitos e garantias fundamentais na constituição brasileira, pertencente à tradição do direito constitucional luso-brasileiro. Para o autor a constituição de 1988 não estabeleceu um regime jurídico distinto para as garantias fundamentais em relação aos direitos fundamentais propriamente ditos, razão pela qual, gozam eles a mesma dignidade em nossa ordem constitucional<sup>78</sup>.

Assim,

[...] o que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. É neste sentido que também se fala de direitos-garantia,

já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas. Não é portanto, muitas vezes fácil identificar se estamos diante de um direito fundamental autônomo ou perante uma garantia, na medida em que diversas as situações em que ambos os elementos estão contidos na mesma norma definidora de direito fundamental. É por isso que, entre nós, corretamente se apontou para a possibilidade de um direito fundamental se exprimir pela norma de garantia, quando nesta se encontra subentendido<sup>79</sup>.

Ainda é Ingo Wolfgang Sarlet quem invoca, na obra já mencionada, a lição de J. Miranda (Manual IV, p. 90-91), “para quem em diversas garantias parece ocorrer um desdobramento do direito fundamental em dois elementos diversos, o direito propriamente dito e, como elemento secundário, a garantia”<sup>80</sup>.

Como se vê, o tema é complexo. Entretanto, independentemente da caracterização que se possa atribuir à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado, seja como direito ou garantia, ou como direito-garantia, vimos que isso não altera a sua principal característica: de serem autênticos direitos fundamentais subjetivos, do que decorre a “possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”<sup>81</sup>.

Além disso, no plano nacional, estão sujeitos tais direitos ou garantias ao mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais, por força do § 2º do art. 5º da CF que os inclui no catálogo de direitos e garantias expressos na Constituição. Razão pela qual, não só se encontram resguardadas, no plano constitucional, a sua identidade e permanência

79 Ibid., p. 198-199.

80 Ibid., p. 199.

81 Cf. Ibid., p. 170.

78 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 197-198.

contra o legislador infraconstitucional (cláusulas pétreas), bem como ainda têm garantida a sua aplicabilidade imediata por conta do §1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Por fim, se é verdade que determinadas categorias históricas conformadoras do sistema universal dos direitos humanos, à primeira vista, podem se mostrar incompatíveis com o surgimento de novos sujeitos de discursos políticos dissonantes dos valores universais, em geral, engendrados pela emergência da alteridade cultural, étnica, racial e de gênero na arena pública, esses novos sujeitos de direitos coletivos – entre os quais podem ser incluídas as populações indígenas, quilombolas e outras populações ditas tradicionais – contradiriam o campo jurídico ocidental, constituído em torno do sujeito de direito individual<sup>82</sup>.

É interessante acompanhar, entretanto, como esses sujeitos de direitos coletivos constituídos com base nas suas especificidades culturais e que, à primeira vista, contradizem os princípios universalistas da agenda dos Direitos Humanos, passam a reivindicar novos direitos de cidadania em “demandas de reconhecimento” perante o Estado.

A pauta dos Direitos Humanos passa, então, a ser retomada criticamente como instrumento de luta por grupos minoritários historicamente discriminados contra as formas de opressão e exclusão social. Com vistas a melhor situar esse deslocamento ocorrido no campo jurídico, uma vasta literatura pode ser consultada<sup>83</sup>.

82 Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

83 A discussão está referida preliminarmente em BOBBIO, Norberto op. cit.; OLIVEIRA, Isabel Assis Riveiro de. Direitos subjetivos – base escolástica dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 41, out. 1999; ESTEVA, Gustavo. Derechos humanos como abuso de poder. *Kwira*, n. 44, oct./dec. 1995; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988; FONSECA, Cláudia; CARDELLO, Andréa. Direitos dos mais ou menos humanos. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 5, n. 10, 1999; PRICE, Richard. Quilombolas e direitos humanos no Suriname. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 5, n. 10, 1999; SOUSA, R. Silva de. Direitos Humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In: NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant de (Orgs.). *Antropologia e direitos humanos - Prêmio ABA/FORD*. Niterói: EDUFF, 2001; STUCCHI, Deborah. *Percursos em dupla jornada: o papel da perícia antropológica e dos*

Aliás, esse entendimento vem expresso pela socióloga Azelene Kaingang em artigo constante da publicação intitulada “um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas”<sup>84</sup>:

Mesmo sabendo que as normas internacionais são instrumentos criados pelos Estados e para os Estados, é preciso reconhecer que há uma progressiva preocupação com a situação em que vivem os Povos Indígenas e com a forma como são pensados, para eles, no sistema das Nações Unidas, os mecanismos de proteção de seus direitos. É fato que, apesar da resistência de alguns Governos, os Povos Indígenas passaram a ser reconhecidos pela comunidade internacional como sujeitos de Direitos específicos em âmbito internacional. A partir daí, iniciou-se um processo de inserção desses direitos específicos no direito internacional dos direitos humanos [...]. Os pontos que mais tensionaram as discussões durante todos esses anos foram o direito à livre determinação, o direito à autonomia sobre suas terras, territórios e recursos naturais; os direitos coletivos, o direito à restituição e o direito ao consentimento prévio, livre e informado.

Em outro artigo da mesma publicação antecitada, a advogada indígena, coordenadora do departamento jurídico do Conselho Indígena de Roraima, Joênia Wapichana, compartilha de idêntico entendimento. Segunda sua visão<sup>85</sup>,

[...] é preciso considerar os Povos Indígenas como protagonistas de seus direitos para haver condições para que digam ao Estado como deve ser a implementação de seus direitos, mudando, então, o paradigma da

antropólogos nas políticas de reconhecimento de direitos. 2005. Tese (Doutorado). IFCH/ UNICAMP, Campinas, 2005.

84 KAINGANG, Azelene. Natureza e princípios fundamentais da Declaração. In: *UM OLHAR indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*. Publicação do projeto “Protagonismo dos Povos Indígenas brasileiros por meio dos instrumentos internacionais de promoção e proteção dos Direitos Humanos”. Organizações Parceiras: APOINME, COIAB, CIR e Warã Instituto Indígena brasileiro. 2. ed., mar. 2008. p. 19. Disponível em: <<http://www.coiab.com.br/publicacao.php>>.

85 Cf. WAPICHANA, Joênia. A implementação dos instrumentos internacionais – desafios e fortalecimento dos povos indígenas. In: *UM OLHAR indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*, cit., p. 32-33.

relação “Estado versus tutelados”, já que estamos em um Estado democrático e de direitos, no qual constitucionalmente são reconhecidas as diferenças culturais. A utilização de mecanismos internacionais de direitos humanos impulsiona o verdadeiro reconhecimento dos Povos Indígenas como povos, permite um diálogo de iguais para com o Estado e permite fazer com que os Povos Indígenas determinem as prioridades, participem e influenciem nas políticas públicas que lhes dizem respeito como verdadeiros sujeitos de direito.

Como já referimos no início deste trabalho, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos já existe um projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas que vem sendo debatido por um Grupo de Trabalho especialmente designado pela Organização dos Estados Americanos-OEA para tal finalidade. O texto consolidado desse projeto, preparado pela Presidência do GT, data de 17 de junho de 2003, sofreu sua última atualização em 20 de abril de 2012<sup>86</sup> e contém, até o presente, 39 artigos.

Referido documento dispõe sobre a aplicação dos instrumentos internacionais dos Direitos Humanos e a afirmação dos princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos para os povos indígenas, tratando de questões importantíssimas para afirmação dos direitos desses povos, tais como: autodeterminação, autoidentificação, direitos coletivos, personalidade jurídica, discriminação racial, direito de participação, consulta e consentimento livre prévio e informado, identidade cultural, entre outros.

Portanto, também no plano interamericano, o protagonismo dos povos indígenas, com o apoio do próprio sistema regional, deverá ser fundamental para o reconhecimento, proteção e promoção dos direitos desses povos, à semelhança do inédito processo de negociação que culminou com a Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas

86 Cf. Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “COMPENDIO de Propuestas” e o “REGISTRO del estado actual del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas”. Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/Indigenas%20documentos.asp#2013>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

e que parece refletir, na atualidade, o conjunto de reivindicações desses grupos em todo o mundo<sup>87</sup>.

Enfim, estas as considerações que reputamos relevantes trazer a lume, inclusive no tocante à visão atual de algumas entidades e lideranças representativas da luta dos povos indígenas e comunidades tradicionais pela afirmação de seus direitos perante os Estados nacionais, com o apoio do direito internacional dos direitos humanos.

## 6 Conclusão

Como já anotamos anteriormente, nada obstante os progressos identificados em relação ao reconhecimento dos direitos específicos dos povos indígenas – e a promulgação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas é uma prova concreta disso –, existe ainda uma carência de mecanismos que tornem possível efetivamente avaliar a relação entre reconhecimento de direitos e os impactos que as respectivas políticas e programas provocam no seio dessas comunidades. Os esforços para a construção de um sistema global para o desenvolvimento de indicadores sobre o conhecimento tradicional indígena fazem parte dessa preocupação e partem de duas premissas: a) o envolvimento direto dos povos indígenas na formulação dos instrumentos (questionários) e sua aplicação, assim como na análise e disseminação dos resultados; b) a necessidade de implementar leis e programas que garantam o respeito pelo consentimento livre, prévio e informado das comunidades que fornecem as informações e mesmo dos indivíduos que participem de um projeto de pesquisa, garantida a confidencialidade dos dados<sup>88</sup>.

Portanto, diante da importância que é conferida aos direitos de consulta e de consentimento livre, prévio e informado como manifesta-

87 Essa a opinião de KAINGÁNG, Azelene. Histórico da declaração. In: *UM OLHAR indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*, cit., p. 16.

88 Cf. UNEP/CBD/WG8J/AG/2/INF/4. *Informe de la consulta latinoamericana (incluyendo el Caribe, America Central y America del Sur) sobre indicadores*, cit.

ção da mais legítima aspiração dos povos indígenas e das comunidades tradicionais à autodeterminação desses grupos, urge debruçar-se sobre seus elementos conceituais, buscando também identificar o conjunto de práticas que efetivamente permitam a aplicação e o exercício desses direitos. Para tanto, a criação de alguns *standards* (padrões) e também a formulação de indicadores, como antes referidos, podem ser de grande utilidade para o fortalecimento da interpretação desses direitos, na linha da argumentação anteriormente exposta.