



CONSULTA PRÉVIA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Ibraim Rocha¹

Uma Leitura da Demanda 12.456 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – Povo Indígena Kichwa de Sarayaku (Equador)

Resumo

Este artigo é uma leitura da demanda envolvendo o povo indígena Kichwa de Sarayaku – República do Equador – apresentado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como pano de fundo para o estudo da consulta prévia como um direito humano fundamental das comunidades indígenas e sua aplicação ao direito brasileiro.

Palavras-chave: Consulta Prévia; Comunidades Indígenas; Direitos Humanos.

¹ Procurador do Estado do Pará, Mestre em Direito UFPA, Doutorando em Direito-UFPA.

Abstract

This paper is a explanation about the case Indigenous people Kichwa de Sarayaku (Ecuador Republic) has been sued by Interamerican Comission of Human Rights in Interamerican Court of Human Rights and a comprehension about previous consulting right like a human right for indians comunitys in Brazil

Keywords: Previous Consulting, Human Rights, Indians Communities.

Introdução

O Presente artigo apresenta uma leitura da Demanda² apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, doravante, simplesmente Comissão, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante, simplesmente Corte, onde aduz violações de direitos humanos do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku e seus membros, autuado sob o nº 12.465 contra o Equador, doravante simplesmente Estado, em 26 de abril de 2010³.

² O conceito de Demanda no presente artigo significa tão somente a formulação escrita da ação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que corresponderia ao conceito de petição inicial do processo civil brasileiro, não se confunde, com o conceito técnico processual de Demanda, que expressa o conjunto da exposição dos fatos e de direito que fundamenta o pedido de tutela jurisdicional, contendo uma pretensão do sujeito, exigindo a subordinação do interesse alheio ao interesse próprio do autor, embora no caso a Demanda da CIDH, não deixe de expressar no seu conjunto este conteúdo mais técnico perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sobre este conceito de demanda, cfr DINAMARCO, Cândido Rangel *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol II, Título XI, capítulo XXXIV, especialmente páginas 102 a 107; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 9. Paru um conceito lógico-filosófico de demanda Cfr. CROCE, Benedetto. *Lógica come Scienza dei Conceito Puro*, ed., Bari Gius Laterza & Figli. 1947, p. 133.

³ Apresentaram esta demanda, como subscritores Luz Patricia Mejía, Comissária e Santiago A. Canton, Secretario Ejecutivo, e Assessores Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Executiva Adjunta, Karla I. Quintana Osuna, Advogada e Isabel Madariaga C., Advogada.

Apresentando uma leitura teórica do caso, e apontando as suas contribuições para a melhor compreensão do direito de consulta prévia das comunidades indígenas como um direito humano fundamental, quando afetado diretamente o seu território, considerando a especial relação destes povos com a terra.

Também se estabelece pontes da relação do tema com o direito brasileiro, permitindo o seu aperfeiçoamento.

1 Resumo do caso

A demanda apresentada, sob o no. 12.465, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, remete o conflito entre o Povo indígena Kichwa de Sarayaku e seus membros contra o Estado do Equador, e tem como origem as ações e omissões do Estado em prejuízo do Povo Kichwa de Sarayaku e seus membros (vitimas), já que o Equador tem permitido que uma empresa petroleira privada realize atividades no território ancestral do Povo Kichwa de Sarayaku sem consultá-lo previamente e criando uma situação de risco para a comunidade.

A utilização do território desta comunidade pela empresa petroleira, teve como consequência a impossibilidade do povo indígena de buscar seus meios de subsistência em seu território e a limitação do direito à circulação no mesmo, limitando o seu direito de propriedade, reporta-se, ainda, o caso a negação da proteção judicial e o devido processo legal ao Povo Kichwa de Sarayaku, por parte de autoridades do Equador.

A apresentação do caso perante a Corte estava baseada na necessidade de que o Equador respeitasse e garanta o direito de usar, gozar e dispor de seu território ao Povo Indígena Kichwa de Sarayaku. Também, a CIDH considera que o presente caso representa uma oportunidade para que o Sistema Interamericano desenvolva mais amplamente o tema da consulta prévia dos povos indígenas, assim

como o eventual efeito da decisão nos ordenamentos jurídicos internos em relação com o tema da consulta prévia e ao consentimento livre e informado.

1.1 Objetivo da Demanda

A partir das ocorrências fáticas do caso, a CIDH, aponta diversas violações da Convenção Americana de Direitos Humanos, declinadas na demanda, ao final, a Comissão Interamericana solicitou à Corte que declarasse o Estado do Equador responsável pela violação dos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo o artigo 21, combinado com os artigos 13, 23 e 1.1, artigos 4, 8 e 25, combinado com o artigo 1.1 da mesma; artigo 22, combinado com artigo 1.1 da mesma; artigo 5 combinado com o artigo 1.1, por fim o artigo 2 da Convenção Americana. Solicitando, assim, que a Corte ordene o Estado do Equador a:

1. Adotar as medidas necessárias para garantir e proteger o direito de propriedade do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku e seus membros, respeito de seu território ancestral, garantindo a especial relação que mantém com seu território.
2. Garantir aos membros do Povo Kichwa de Sarayaku o exercício de suas atividades tradicionais de subsistência, retirando o material explosivo colocado em seu território.
3. Garantir a participação significativa e efetiva dos representantes indígenas nos processos de tomada de decisões, acerca do desenvolvimento e outros temas que os afetam e a sua sobrevivência cultural.
4. Adotar, com a participação dos Povos indígenas, as medidas legislativas ou de outra natureza, necessárias para fazer efetivo o direito à consulta prévia, livre, informada e de boa-fé, conforme os padrões de direitos humanos internacionais.
5. Adotar as medidas necessárias para evitar que no futuro se produzam fatos similares, conforme o dever de prevenção e ga-

rantia dos direitos fundamentais reconhecidos na Convenção Americana.

6. Outorgar uma reparação individual e comunitária plena ao Povo Kichwa de Sarayaku e seus membros, que inclua, não somente uma indenização pelos danos materiais e morais e as custas e despesas do litígio, a nível nacional e internacional, mas também a celebração de certos atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos delitos cometidos no presente caso.

1.2 Principais procedimentos anteriores ao ajuizamento da demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Importante destacar que em 19 de dezembro de 2003, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma petição apresentada pela Associação do Povo Kichwa de Sarayaku (Tayjasaruta), o Centro de Direitos Econômicos e Sociais (CDES) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), (“peticionarios”), a qual foi registrada sob o número P167/03, que foi submetida ao contraditório com contra-razões do Estado do Equador. Em 8 de abril de 2004, os peticionarios apresentaram informações adicionais e pediram à Comissão para solicitar medidas provisórias a Corte Interamericana, em 15 de junho de 2004, a Comissão submeteu a consideração da Corte Interamericana, de conformidade com os artigos 63.2 da Convenção e 25 do Regulamento da Corte, uma solicitação de medidas provisórias a favor do Povo indígena Kichwa de Sarayaku e seus membros. Assim, mediante a Resolução de 6 de julho de 2004, a Corte Interamericana ordenou ou medidas provisórias e resolveu:

1. Requerer ao Estado que adotasse, sem demora, as medidas necessárias para proteger a vida e integridade pessoal dos membros do Povo indígena kichwa de Sarayaku e daqueles que exercem sua defesa nos procedimentos requeridos perante as autoridades.

2. Requerer ao Estado que garantisse o direito de livre circulação dos membros do Povo kichwa de Sarayaku.
3. Requerer ao Estado que investigue os fatos que motivam a adoção destas medidas provisórias, com o fim de identificar os responsáveis e impor a eles as sanções correspondentes.
4. Requerer ao Estado que dê participação aos beneficiários destas medidas no planejamento e implementação das mesmas e que, em geral, lhes mantenham informados sobre o avanço da execução das medidas ordenadas pela Corte.

Apos audiência em 11 de maio de 2005 perante a Corte Interamericana sobre as medidas provisórias a serem adotadas pelo Equador, e, após a sua avaliação, em 17 de junho de 2005, a Corte Interamericana resolveu manter as medidas adotadas nonas termos da Resolução de 6 de julho de 2004, e, em particular ordenou que fosse retirado o material explosivo colocado no território do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku. Em 28 de fevereiro de 2010 Corte emitiu uma resolução a respeito das medidas provisórias após haver celebrado uma audiência pública em 2 de fevereiro de 2010.

2 Descrição antropológica do povo Sarayaku integrante da nação indígena Kichwa e pluralismo jurídico

Um importante aspecto da Demanda é relacionar com a Constituição Política da República do Equador, cujo artigo 83 estabelece que os Povos indígenas se autodefinem como nacionalidades de raízes ancestrais, a forma pela qual o Povo Indígena Sarayaku, se organiza, seja territorialmente, seja através de suas instâncias de organização política, reportando, ao Informe antropológico-jurídico sobre os impactos sociais e culturais da presença da companhia CGC em Sarayaku, elaborado por Gina Chávez, Rommel Lara e María Moreno, investigadores da Faculdade Latinoamericana de Ciências

Sociais, FLACSO, o que revela a importância de se reconhecer o pluralismo jurídico, como um instrumento importante para a correta compreensão dos direitos humanos, para além do direito positivo.

Registra a demanda que uma importante característica da organização política do Povo Indígena Sarayaku, é a função das Assembleias, que são convocadas para a eleição de autoridades, apresentação dos resultados de suas gestões, tomada de decisões que interessam a todo o Povo e para resolver certo tipo de conflitos internos. É importante assinalar que os conflitos internos são manejados por várias instancias prévias antes de chegar a Assembleia. Somente aqueles conflitos de muita gravidade chegam até esta instância.

As decisões sobre temas graves ou de especial transcendência para o Povo se tomam na tradicional Assembleia comunitária, a qual se denomina Tayja Saruta-Sarayaku. Esta, por sua vez, conta com um Conselho de Governo integrado por líderes tradicionais, líderes comunitários, ex dirigentes maiores, shamanes, grupos de assessores e técnicos do Povo. Este conselho tem capacidade de decisão em certo tipo de conflitos internos e externos. Sem embargo, sua tarefa principal é servir de interlocutor com os atores externos a Sarayaku sobre a base das decisões tomadas em Assembleia.

Destarte, a demanda, destaca, que o Povo Sarayaku, possui centros, mas que formam uma unidade, não se constituindo estes centros em comunidades independentes, compondo o mesmo povo indígena, sendo, que em cada um dos centros de Sarayaku existem grupos de famílias ampliadas ou ayllus os que por sua vez estão divididos em huasi que são lugares conformados por um casal e seus descendentes.

A importância da descrição desta organização política, é aqui-latada pela necessidade que dela emerge para a construção de uma nova visão do fenômeno jurídico, onde a uniformidade jurídica não se sobreponha às tradições ou as torne internamente iguais, mas se considere as particularidades das tradições, provocando-se mudanças na maneira hermenêutica de pensar o direito, dando um sentido

específico a coisas específicas em lugares específicos, de forma que tenham formas e impactos específicos, representando significados⁴.

Isto impõe uma atenção para o entendimento e reconhecimento das instâncias políticas de um povo diferenciado e o que elas podem revelar, e somente a partir disto se pode realmente observar que um processo de diálogo livre é realizado com esta comunidade, respeitando as suas instâncias de governança.

Outro aspecto relevante, que se observa, é que o direito positivo peruano, na própria Constituição é possível se reconhecer, a existência das nacionalidades indígenas, sem que isto importe, excluir a jurisdição do Estado Equatoriano sobre o território, nem exclua os índios da nacionalidade do Estado-Nação equatoriano, logo, se percebe, que, por exemplo, o direito brasileiro, é, bem mais conservador neste aspecto, pois sequer a Constituição, apesar do Capítulo Próprio que agora possui, não se reporta sequer a Povos Indígenas, aliás, o seu título se reporta simplesmente a “DOS INDIOS”, como se estes fossem, sobretudo, indivíduos de uma etnia, no plural.

Interessante observar, que o texto constitucional brasileiro, no art. 231 a 232, do Capítulo dos Índios, reporta-se, apenas a índios, comunidades ou grupos indígenas, da mesma forma, o Art. 210, no capítulo da Educação, reporta-se no seu § 2º às comunidades indígenas para assegurar que o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa e também a com a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, e, ainda, o Art. 215, § 1º no capítulo da Cultura, define o dever do Estado de proteger as manifestações das culturas indígenas, incluída como grupo participantes do processo civilizatório nacional, isto, é significativo, dada a generosidade do Art. 231, que reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos

⁴ CLIFFORD, Geertz. Capítulo 8 - O Saber Local : Fatos e Leis em uma Perspectiva Comparativa. In O SABER LOCAL: Novos ensaios em antropologia interpretativa: tradução Vera Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes.1997. Páginas 351 a 356

originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, mas não se reporta a povos ou nações indígenas.

Assim, é relevante, registrar, que a demanda se reporta à nacionalidade Kichwa da amazônia equatoriana, que compreende os Povos que compartilham uma mesma tradição linguística e cultural: o Povo Napo-Kichwa e o Povo Kichwa do Pastaza. A autodefinição dos Kichwa da província de Pastaza como Runas (pessoas ou seres humanos) marca sua atribuição e pertencimento ao mesmo espaço identitário intraétnico frente aos outros Povos indígenas no Kichwa.

Neste ponto a demanda reporta a outro tema fundamental quando se trata de direitos humanos de grupos diferenciados, que é a necessidade de acolher o conceito de autodefinição, ou autoatribuição, como elemento de identidade do grupo humano, como reportou a demanda, como visto no parágrafo anterior, a forma como este povo se atribui e define o seu pertencimento ao mesmo espaço, inclusive se diferenciando de outros povos da mesma nação indígena.

Este é um aspecto importante do sistema internacional de direitos humanos, reconhecido expressamente Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, que trata sobre os povos indígenas e tribais em países independentes, sendo que o art. 1º prevê que a consciência da identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam os seus dispositivos.

A Convenção 169 da OIT é expressa sobre a necessidade de se aplicar à legislação nacional o dever de ser levados na devida consideração os costumes ou direito consuetudinário dos povos (art. 8º), sendo que define, o artigo 13, da Convenção 169-OIT, que, ao aplicarem as disposições, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos possui a sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

Aliás, destaca a demanda, que para os membros do Povo Kichwa de Sarayaku o território está ligado a um conjunto de significados, onde todos os elementos da natureza tem espírito (Supay em Kichwa). A presença dos Supay sacraliza os lugares, e somente os Yachak podem acessar aos espaços sagrados e interagir com seus habitantes.

Esta análise permite observar, que a partir das relações com um povo ou comunidade diferenciada, é necessário reconhecer as suas formas de governança interna, que devem ter o merecido respeito, sendo um importante suporte técnico para o reconhecimento destas instâncias, como ocorreu no caso, pelo descrição antropológica.

Além do que isto revela de maneira mais substancial que apesar do Estado moderno reivindicar o monopólio do direito, uma hermenêutica séria precisa problematizar este monopólio, identificando-se uma prática social importante que revela que este monopólio precisa ser relativizado⁵

Em não havendo o devido respeito à organização política da comunidade indígena não se pode, obviamente, se estabelecer uma Consulta Prévia adequada, isto é necessário para que se possa construir relações de poder menos assimétricas, uma luta cultural, a favor de relações alternativas de poder, alternativas a realidade existente⁶. É, interessante, observar, que o “Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador”, CODENPE, criado mediante Decreto Ejecutivo No. 386, publicado no Registro Oficial No. 86 de 11 de dezembro de 1998, que é um organismo do Estado descentralizado e participativo, reconheceu a organização política do Povo Kichwa de Sarayaku, através do seu Secretário Executivo, mediante o acordo 24, de 10 de junho de 2004, o que, revela, neste aspecto, um bom modelo de definição de como estabelecer o reconhecimento da

⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n. 30. Junho 1990. Pág. 32

⁶ Idem. Página 39

instância de diálogo da comunidade com o Estado, embora, como veremos mais a frente, ouve uma burla, na relação da empresa com a Assembleia.

3 Violação do território Kichwa de Sarayaku para exploração de petróleo

Registre-se que n dia 12 de maio de 1992, o Estado do Equador, através do Instituto de Reforma e Colonização, e em virtude das “peticiones de diversas organizaciones y Pueblos indígenas de la provincia de Pastaza, tendientes a obtener la adjudicación de tierras”, regularizou na provincia de Pastaza, em forma coletiva, conforme descrita no título, uma área correspondente a uma superfície aproximada de 254.652 hectáres, a favor das comunidades do río Bobonaza nas quais que se incluem: Sarayaku, Sarayaquillo, Cali Cali, Shigua Cucha, Chontayacu, Nina Cucha, Palanda, Teresa Mama, Ramizuna, Tahuay Ñambi, Palizada, Muro Pishin, Mangaurco, Boberas, Santo Tomás, Puca Urcu, Liz Pungo, Yanda Playa, Chiyun Playa, Rumi Playa, Shawindia, Upa Lulun, Huagra Cucha, Tuntun Lan, Llanchama-cocha, Alto Corrientes, Papaya, Chipahuari, Masaramu.

De acordo com o ítulo, a regularização se realizou sem direito a perda por evicção e sujeito ás seguintes normas:

- a. A regularização se destinou ao triplo propósito de proteger os ecossistemas da Amazonía equatoriana, de melhorar as condições de vida dos membros das comunidades indígenas e de proteger a integridade de sua cultura.
- b. A regularização não afeta de modo algum, as regularizações anteriormente feitas a pessoas ou instituições cuja validade foram ratificadas no mesmo ato, nem os assentamentos e possessões dos colonos realizadas anteriormente, nem o livre trânsito pelas vías aquáticas e terrestres existentes ou que se construam no futuro, de acordo com a legislação nacional.

- c. A regularização não limita a faculdade do Estado de construir vias de comunicação, portos, aeroportos e demais obras de infraestrutura necessárias para o desenvolvimento econômico e segurança do país.
- d. O Governo Nacional, suas instituições e a força pública tem livre acesso às áreas regularizadas para o cumprimento das ações previstas na Constituição e leis da República.
- e. Os recursos naturais do subsolo pertencem ao Estado e este poderá explorá-los sem interferências dentro das normas de proteção ecológica.
- f. O Governo Nacional, a fim de proteger a integridade social, cultural, econômica ambiental das comunidades regularizadas, os planos e programas, serão elaborados pelas respectivas comunidades indígenas e apresentados a consideração do Governo.
- g. A comunidade regularizada se submete às normas de manejo e cuidado do área regularizada e fica expressamente proibida a venda ou alienação, total o parcial da mesma.

Pode-se observar que apesar do petróleo ser um recurso do subsolo, portanto de propriedade do Estado do Equador, podendo ser explorado sem interferências dentro das normas de proteção ecológica, este direito deveria ser compatibilizado com os direitos da comunidade sobre o território reconhecido, o que por outro lado, importaria no mínimo um diálogo prévio sobre com se daria esta exploração, ou seja, uma consulta prévia.

Registra a Demanda, que no dia 26 de junho de 1995, foram feitas licitações internacionais para a exploração e extração de hidrocarbonetos no território do Equador, e se incluiu o bloco 23 da região Amazônica da província de Pastaza. Assim, no dia 26 de julho de 1996, foi assinado o contrato de participação para a exploração e extração de petróleo cru no bloco No. 23 da Região Amazônica (Contrato com a CGC), entre a Empresa Estatal de Petróleos do Equador (PETROECUADOR) e o consórcio formado pela CGC e a Petrólera Equador San Jorge S.A.

O espaço territorial outorgado através do contrato com a CGC compreendeu uma superfície de 200.000 hectares, onde habitam as seguintes associações e comunidades indígenas: Sarayaku, Jatun Molino, Pacayaku, Canelos, Shaimi y Uyuimi. Das comunidades mencionadas, Sarayaku é a maior em termos populacionais e extensão territorial, cerca de 65% do bloco 23 abarca seu território ancestral e legal.

Importante observar, que apesar de uma relação contratual com o Estado, inclusive com regras de proteção ambiental, e com descrição da necessidade de intervenção do Estado, na relação com as comunidades, e ainda que consciente dos direitos territoriais das comunidades indígenas, em várias ocasiões a empresa petroleira utilizou métodos inadequados para a entrada no território Sarayaku e para conseguir o consentimento para sua extração petroleira, através do oferecimento de dinheiro, na forma individual ou coletiva e levando uma caravana para atenção médica a várias comunidades que formam parte de Sarayaku. Para ser atendidas, as pessoas tinham que assinar uma lista, na qual posteriormente se tinha convertido em uma carta de apoio dirigida à CGC para que continuasse com os trabalhos de exploração sísmica.

As organizações indígenas da nacionalidade Kichwa como a Organização do Povo Kichwa de Sarayaku se colocaram contra os métodos utilizados pela CGC para obter seu consentimento, que entre outras, desde 1999 a CGC executava ações diversas destinadas a negociar de forma isolada e separada com as comunidades, com o claro propósito de dividi-las.

Devido a utilização de explosivos na prospecção do petróleo, entre outubro de 2002 e fevereiro de 2003, os trabalhos da empresa petroleira no bloco 23 avançaram 29% ao interior do território de Sarayaku, nesse período a CGC perfurou 467 poços com um total de 1.433 kilogramas de explosivos e os deixou depositados no território dos Povos indígenas que habitam no bloco 23, permanecendo os explosivos no território de Sarayaku.

A violência desta atividade sobre o território fez com que em novembro de 2002, a Associação do Povo Kichwa Sarayaku declarasse estado de emergência no qual paralisou suas atividades econômicas, administrativas e escolares cotidianas, por alguns meses. Com o propósito de resguardar os limites do território para impedir a entrada da CGC, os habitantes de Sarayaku organizaram seis acampamentos denominados de paz e vida nos limites de seu território, quando os membros do Povo, viveram na selva, os cultivos e a comida se esgotaram e durante três meses as famílias viveram dos recursos da floresta.

Com base em Convênio de Cooperação militar celebrado entre o Estado e as empresas petrolíferas em 2002, o Equador ordenou a presença de agentes da Força Pública do Estado no território de Sarayaku e suas comunidades vizinhas, levando a uma militarização do território, ao redor de Sarayaku se instalaram quatro bases militares, levando a detenções arbitrárias.

Na demanda apresentada há o registro de que em julho de 2003 a CGC destruiu ao menos um sítio de especial importância na vida religiosa e espiritual dos membros do Povo de Sarayaku, a saber o terreno do líder espiritual (Yachak) Cesar Vargas, quando empregado da companhia petrolífera haviam ingressado no seu bosque sagrado em PINGULLU e destruíram todas as árvores ali existentes em especial a grande árvore do Lispungu, o que lhes deixou sem a força para obter sua medicina para curar as enfermidades de seus filhos e familiares.

A partir do início da prospecção sísmica dentro do território de Sarayaku se intensificaram as agressões entre membros de dita comunidade, trabalhadores da CGC, e outros Povos indígenas situados no bloco 23, que divididos, apoiavam ações da empresa, com ações violentas para limitar a circulação de membros do Povo Kichwa de Sarayaku que se deslocavam em canoas pelo rio Bobonaza, mediante disparos de armas de fogo efetuados por moradores do lugar.

Este conflito ficou declarado quando a Associação de Sarayaku manifestou seu rechaço e que não venderia ou cederia seu território

em troca de passagem pelo rio Bobonaza e para dar passagem a exploração petroleira, como tinha sido proposto por parte de Canelos e Pacayacu que então passaram a não permitir a passagem livre aos moradores da associação Sarayacu até que exista um segundo acordo entre as três associações.

Este aspecto reforça a necessidade de que a consulta prévia para ser realmente um consentimento livre e fundamentado, além de precisar respeitar as formas de organização política e deliberação da comunidade, não podem ser obtidas com métodos arcaicos, ou que geram o divisionismo dentro das comunidades, como claramente foi o caso desta ação da empresa CGC no Equador, o que aliás, infelizmente tem sido uma prática comum na América Latina, por diversas empresas, como registra Rodrigo Cruz⁷

4 Aspectos jurídicos da demanda

Um importante aspecto da Demanda decorre da apresentação como principais fundamentos de direito os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, e a partir dela a sua relação, citando ainda a jurisprudência da Corte.

Destaca-se, que a demanda coloca outros aspectos jurídicos, além dos que se analisa abaixo, que embora graves, não estão diretamente relacionado com o direito de consulta prévia, como, por exemplo, a violação do artigo 22, da Convenção Americana, sobre a livre circulação e residência, já que provado que o do Povo de Sarayaku teve limitado o seu uso por via fluvial através do rio Bobonaza, o mais usado pela comunidade, impedindo a saída do território, ou mesmo a circulação nele, onde muitos moram, ou residem ou, ainda,

⁷ CRUZ, Rodrigo de La. 2005 Descripción de la comprensión corriente del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas como un asunto metodológico, em las actividades relacionadas con pueblos indígenas: significado y desafíos. (www.un.org). acesso em 20 de junho de 2013.

violações ao direito de integridade física de membros da comunidade, que não aborda-se aqui os fundamentos jurídicos.

4.1 Direito de Propriedade indígena

O Direito de Propriedade como um direito fundamental está previsto no Artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁸, direito que assiste também aos povos indígenas, como reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como reporta a Demanda o Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentença de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya. Sentença de 29 de março de 2006. Serie C No. 146; Caso Comunidade Indígena Yakye Axa. Sentença de 17 de junho de 2005. Serie C No. 125.

Com base nesta jurisprudência do sistema Interamericano de direitos humanos se tem reconhecido reiteradamente o direito de propriedade dos Povos indígenas sobre seus territórios ancestrais e o dever de proteção que provém do artigo 21 da Convenção Americana. A peculiaridade do reconhecimento destes direito pela Corte Interamericana é reconhecer que “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre la forma comunal de la propiedad colectiva en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Ademais, a corte tem declarado que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

⁸ Artigo 21.1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar tal uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, exceto mediante o pagamento de indenização justa, por razões de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e segundo as formas estabelecidas pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser proibidas pela lei.

Disto aponta a demanda que a Corte Interamericana declara que a noção de domínio e da posse sobre as terras dos indígenas não necessariamente corresponde a concepção clássica de propriedade, mas merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana, pois desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dados pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que somente existe uma forma de usar e dispor dos bens, o que a sua vez significaria fazer ilusória a proteção do artigo 21 da Convenção para milhares de pessoas.

O que se percebe desta crítica é que mais que discutir o direito de propriedade é fundamental perceber que a posse é o elemento fundamental que diferencia a relação com a terra, e, se torna o elemento legitimador do direito de propriedade.

A partir deste enfoque é se pode afirmar que a posse não é um requisito que deve ser considerado apenas do ponto de vista individual, mas é necessário reconhecer a existência dela como expressão coletiva como se manifesta nesta posse indígena, e ainda se afirmar que mesmo os povos que tem apenas a sua posse, estão protegidos no conceito de propriedade como um direito fundamental

Assim, não se pode deixar de reconhecer que a posse é o elemento fundamental do acesso à terra e legitimador do direito de propriedade. O que leva a afirmar que a posse não é um requisito que deve ser considerado apenas do ponto de vista individual, mas é necessário reconhecer a existência dela como expressão coletiva na luta pela terra de comunidades tradicionais frente a um conceito tradicional de propriedade, que se afirma sobretudo como um direito individual.

Segundo Picard,⁹ a posse possui a natureza de interesse jurídico, posto que além do valor que representa para a pessoa ou coletividade, possui um valor social e a sua violação reflete sobre os interesses da sociedade, por isso o direito cria mecanismos para a sua proteção.

⁹ PICARD, Edmond. *O direito puro*. 2. ed. Salvador: Progresso, 1954. p. 54.

Neste contexto, o direito de propriedade somente se reconhece a partir da sua função social, que no campo se expressa através da *posse agrária*, com destaque aos direitos e interesses das camadas sociais que sempre estiveram excluídas do acesso à terra. A propriedade sem função social não tem o *status* que antes se lhe atribuía, destinando-a a um fim de utilidade social, criando mecanismos que permitam a reinserção da propriedade como utilidade social.

Neste diapasão, Comparato¹⁰ aponta pontos fundamentais da consolidação positiva, no direito brasileiro, de regras que devem atender ao desiderato dos direitos humanos, como aspiração fundamental da humanidade e, como este direito, ao mesmo tempo, estabelece contradições com o desenvolvimento da democracia, dando enfoque à necessidade de políticas públicas que permitam o atendimento destas demandas.

Destarte o Demanda da CIDH contextualiza o significado do direito de propriedade como elemento fundamental para uma correta compreensão do uso das riquezas da sociedade, apontando a insuficiência da leitura tradicional da propriedade, para se afastar a noção da propriedade-poder, e por isso é essencial perceber que a posse como elemento central da propriedade deve sempre considerar os usos específicos de uma comunidade, para se entender melhor o soerguimento do direito de propriedade como um direito fundamental.

Por iso que, para Comparato,¹¹ para afastar a exploração do homem pelo homem, deveria o constituinte brasileiro claramente ter estabelecido como “direito humano tão só a propriedade dos bens necessários a manutenção da vida digna e sóbria” e que não deveria ter utilizado a ambígua noção de função social para qualificar a propriedade, o que numa visão crítica que aqui se apresenta significa justamente dignificar a posse como elemento fundante da propriedade.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. Escola de Governo e Cidadania do Pará, primeiro semestre de 2003. Mimeografado.

¹¹ COMPARATO, *op. cit.*

Infelizmente, o Código Civil brasileiro em vigor reforça a compreensão do direito de propriedade-poder, denunciado por Comparato,¹² e que mesmo frente à ambígua noção de função social da Constituição Federal, o novo código trilhou caminhos naquela nefasta direção e, portanto, na contramão da história, sendo mais um entrave na plena realização dos direitos humanos no Brasil.

O Código Civil ao reconhecer na definição de propriedade a *faculdade* do proprietário de usar, gozar e dispor e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (art.1.228), ao contrário do que os muito mais otimistas dizem sobre o CC/2002 ter avançado em relação ao conceito tradicional, houve uma consagração a este instituto como um dos mais amplos direitos do sistema, reforçando a noção de propriedade-poder a que se refere Comparato.

É preciso afastar esse mal caminho, e apontar que não há uma dubiedade quanto à função social da propriedade adotada pelo constituinte ao contrário do código civil, cuja definição não impede o avanço constitucional do conceito de propriedade, consagrado na carta magna, especialmente se interpretado com a expansão dos requisitos de sua configuração da função social, prevista no art. 170 da CF. Daí fundamental se afirmar uma linha interpretativa democrática sobre este direito fundamental, que diminua os conflitos sobre a posse e propriedade da terra. Pois de fato, usar e gozar não poderiam ou não deveriam ser considerados em sua essência como direitos distintos, como previsto pelo legislador civil, a integrar o conceito de propriedade, pois evidente que todo uso deve estar relacionado com o fruir as utilidades do bem, portanto, gozo do mesmo.

No momento que o Código Civil faz ressaltar em distintos verbos ações que o proprietário pode facultativamente exercer sobre o bem, como manifestação de sua propriedade, cada um carregando em si um dos atributos desta no que tange ao usar, gozar e dispor,

¹² COMPARATO, *ibidem*.

descrito no preceito legal, termos que, ainda que distintos, são manifestações objetivas reconhecidas pelo direito positivo pátrio ao nível infraconstitucional como integrantes da propriedade.

Isto revela que não houve um sério abalo da concepção tradicional de propriedade, posto que esta divisão nos muitos atributos da configuração da propriedade apresenta-se, evidentemente, como justificativa de que possa existir a propriedade sem um uso socialmente justificado, remetendo à posse efetiva do bem. Destarte, somente porque o sistema admite e reconhece a possibilidade cartulária da propriedade, ou seja, aquela que se justifica tão somente pelo registro mobiliário que a encerra e independente da posse, é que o art. 1.228, §1º, do CC, precisa descrever expressamente que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Não é preciso ser um exímio hermenauta para conceber que apenas o domínio de um imóvel, ainda que sem uso, pode me oferecer um gozo, e até mesmo possibilitar a sua disposição. O que discute-se é como se pode cumprir a função social da propriedade, que o constituinte define como um dever (art. 5º, XXIII), quando o Código Civil coloca o atributo do uso como uma faculdade do proprietário?

Evidente, portanto, que o uso não pode ser uma faculdade do proprietário, como define o código civil, mas um dever, pois não se pode cumprir função social sem uso, sob pena de se descumprir cláusula pétrea que define que esta atenderá a função social. O que evidentemente, está a norma constitucional alinhada com o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Tanto mais importante isto se torna, quando registra a demanda que a Corte Interamericana tem reconhecido a estreita vinculação dos Povos indígenas com suas terras tradicionais e os recursos naturais ligados a sua cultura que ali se encontram, assim como os

elementos imateriais que se desprendem deles, que devem ser salvaguardados pelo artigo 21 da Convenção Americana.

Registra, a demanda que a garantia do direito à propriedade comunitária dos Povos indígenas deve tomar em conta que a terra está estreitamente relacionada com suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, o direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores, onde a cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com suas terras tradicionais e recursos naturais, não somente por serem estes seu principal meio de subsistência, mas deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção mas um elemento material e espiritual que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

No presente caso, o Povo Kichwa de Sarayaku tem possuído seu território ancestral desde tempos imemoriais, situação que foi reconhecida pelo Estado do Equador mediante regularização realizada em 12 de maio de 1992.¹⁰ Em 14 de abril de 1998 o Equador ratificou a Convenção No. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes.

Não se pode deixar de reconhecer que a *posse indígena* possui o diferencial de ser considerada originária. Muito semelhante neste aspecto, a um instituto particular do direito brasileiro, o *indigenato*, com assento constitucional, como se verificou também ocorre no Equador. Mas diferente do direito brasileiro que expressamente declara que a propriedade das terras indígenas pertence à União, por se incluir entre os seus bens, na forma do artigo 20, inciso XI, o direito Equatoriano reconhece o direito de propriedade indígena, ainda que apresente algumas ressalvas quanto ao poder de Estado de intervir

no território, e ressaltando expressamente que a riqueza do subsolo pertence ao Estado, mas isto não permite afastar a conclusão que a posse da terra é exclusiva dos índios.

É interessante observar que apesar do capítulo 5 da Constituição Política do Equador de 1998, consagrar entre os direitos coletivos dos Povos indígenas, o direito de propriedade, dispendo o Artigo 84 que “El Estado reconocerá y garantizará a los Pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, y el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: .. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.” não está no texto constitucional o conceito de ancestralidade da posse indígena, este pode ser retirado pelo processo de interpretação do artigo 83 que estabelece que os Povos indígenas se definem como nacionalidades de raízes ancestrais.

Assim embora no Direito Equatoriano, não exista diretamente no texto constitucional o conceito de terras ancestrais ou posse ancestral, este conceito pode ser identificado no sistema através do processo interpretativo e ainda na legislação infraconstitucional¹³, e

¹³ A Lei de Terras Baldías e Colonização, Codificação 2004-03, Publicada no Suplemento do Registro Oficial 315, de abril 16 de 2004. após prever no Artigo 1. Que as terras baldias, formam parte do patrimônio do Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário do Equador, exclui expressamente no conceito destas, as terras comunitárias de posse ancestral dos Povos indígenas que se autodefinem como nacionalidades de raízes ancestrais e dos Povo negros ou afroequatorianos, assim como, das comunidades que formam parte destas coletividades de conformidade ao disposto no Art. 84 da Constituição Política da República do Equador. Da mesma forma a Lei de Organização e Regime das Comunas. Codificación 2004-04. Publicada no Suplemento do Registro Oficial No. 315, de abril de 2004. destaca que no artigo 3o. que a aplicação da Lei garantirá o exercício dos direitos coletivos dos Povos indígenas que se autodefinem como nacionalidades de raízes ancestrais e dos Povos negros ou afroequatorianos, assim como, das comunidades que formam parte destas coletividades de acordo ao disposto na alinea l do Art. 84 da Constituição Política da República.

pode ser correlacionado com o conceito de terras “tradicionalmente ocupadas pelos índios” presente no texto constitucional brasileiro, e pode-se que ambos expressam a ideia que o registro imobiliário a favor das comunidades pela regularização fundiária (adjudicación) é tão somente um mecanismo adotado para estabilizar a posse indígena, não é um fim em si mesmo, que antecede até mesmo ao Estado, daí serem imemoriais.

Este aspecto pode ser observado na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ao julgar o RE nº 183.188/MS- cujo relator foi o Min. Celso de Mello, através da Primeira Turma, destacou que:

A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República — ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade — reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais. A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS – SUA FINALIDADE INSTITUCIONAL. – As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Esta característica ímpar da posse indígena é constantemente reforçada na Carta Magna. Assim, o Capítulo VIII da CF, dedicado aos indígenas, em nenhum momento utiliza a palavra propriedade, mas salvaguarda esta posse étnica de diversas formas, como no artigo

231 quando reconhece como “direitos originários” *sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, sendo estas terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis* (art. 231, *caput* c/c §4º).

A Constituição da República Federativa do Brasil define no §1º do artigo 231 como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as “por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”. Longe de um conceito fundado no *animus domini*, a constituição sistematiza o conceito desta posse nos usos para fins habitacionais, de produção e culturais das comunidades indígenas.

Dentro deste diapasão é que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se exclusivamente à sua *posse permanente*, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, na forma do §2º do artigo 231 da CF.

O reconhecimento da ancestralidade, imemoriabilidade, posse tradicional etc, das terras indígenas no texto constitucional em ambos os casos, precisa ser destacada, pois reflete a importância jurídica desta posse étnica, que portanto, deve ser considerado no seu amplo aspecto material e imaterial.

Aliás, a natureza das terras indígenas foi debatida com riqueza de detalhes pelo histórico voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Aires Brito, no julgamento da Petição 3.388-STF, no processo de demarcação da terra indígena Raposa/Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima, no qual se suscitou a nulidade do processo e a discussão da forma de sua demarcação, se poderia ser descontínua ou não, definindo que a descontinuidade não está em acordo com o modelo definido pela Constituição, inclusive este dever ser um espaço monoétnico.

Neste julgamento, o Ministro Carlos Aires Brito apresentou um libelo do significado positivo, cultural e fraterno que o processo de demarcação das terras indígenas deve representar para a nação brasileira, e apresentou no seu voto uma iluminada definição do conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, em que claramente se encontra o espírito de uma posse singular. Declarou o Ministro sobre a tradicionalidade da ocupação indígena:

um tipo qualificadamente *tradicional*, de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a eles, os índios (“Anna Pata, Anna Yan”: “Nossa Terra, Nossa Mãe”). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por ele ocupadas. As terras, então, a assumir o *status* de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígene transmitir a outra, informalmente ou sem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para produzir economicamente, procriar e construir as bases da sua comunicação linguística e social genérica. Nada que sinalize, portanto, documentação domínial ou formação de uma cadeia sucessória. *E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão.*

Na votação do processo histórico de demarcação da Terra Indígena Serra/Raposa do Sol, além de se definir a especialidade deste modelo de posse étnica, o Ministro Carlos Aires Brito também definiu claramente que este apossamento singular deve ser contemporâneo e tem o seu marco temporal de legitimidade a partir da promulgação da Constituição brasileira vigente, ou, seja, 5 de outubro de 1988.

Alerta-se que o sentido prático deste marco temporal não é dizer que apenas aquelas comunidades indígenas que eram de conhecimento das autoridades indigenistas em 5 de outubro de 1988 podem ter as suas terras demarcadas, mas que necessariamente o laudo antropológico deve remeter a esta época minimamente o apossamento de área pela comunidade indígena.

Este marco teórico-prático fixado pelo STF, também tem o efeito prático de evitar que uma vez demarcada uma terra indígena, ela pudesse ser ampliada posteriormente, com fundamento em nova perambulação da comunidade indígena, em outras áreas que não a originariamente ocupada, como detectado no laudo antropológico que fundamentou o processo demarcatório.

Marco temporal da posse que foi declarada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, pelo voto dos Ministros, quando do Julgamento do Processo de Demarcação da Terra Indígena Serra/Raposa do Sol¹⁴.

¹⁴ Através do Voto do Ministro Menezes Direito, neste julgamento o STF também definiu as condições de usufruto exclusivo da área pela comunidade indígena, apesar de pertencerem a União, sintetizadas em 18 pontos:1. O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o interesse público da União na forma de Lei Complementar;2. O usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;3. O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra de recursos naturais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;4. O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, dependendo-se o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;5. O usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;6. A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;7. O usufruto dos índios não impede a instalação pela União

Veja que neste debate o STF deixou muito claro que não se discute o direito à comunidade indígena de ter preservado o seu território como espaço fundamental para a sua integridade psicossocial.

Outrossim, como visto na regularização das terras do Povo indígena Kichwa de Sarayaku, houve ressalva do respeito das áreas

Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;8. O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;9. O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, levando em conta os usos tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;10. O trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração;11. Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;12. O ingresso, trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;13. A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;14. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade jurídica ou pelos silvícolas;15. É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;16. Os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros;17. É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;18. Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.

anteriormente regularizada/adjudicada, o que neste ponto a constituição brasileira é mais firme, pois mesmo quando os Estados membros da República Federativa do Brasil, procedem a titulação, pelo fato destes, por força da Primeira Constituição Republicana, 1891, artigo 64, terem recebido um patrimônio de terras devolutas, procedem essas titulações elas vem sendo consideradas nulas nos procedimentos de identificação e demarcação procedidos pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Esta declaração de nulidade está fundada nos termos do §6º do artigo 231 da CFRB, que declina “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público nada União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”.

O dado relevante e novo entretanto neste debate sobre a validade ou nulidade das titulações concedidas pelos Estados Membros está em observar-se a data de ocupação das comunidades indígenas em determinadas áreas, pois o STF ao decidir o processo de demarcação da reserva indígena Raposa do Sol definiu que somente podem ser demarcadas aquelas terras ocupadas pelas comunidades indígenas na data de promulgação da Constituição de 1988.

Mas é relevante destacar que ao Julgar a ACO nº. 312, cujo Relator foi o Ministro Luiz Fux, publicado no Dje, de 21/03/2013, ementário vol-02683-01 pp-00001, o STF reiterou o posicionamento de que a ocupação das terras indígenas a serem demarcadas, é aquelas objeto de posse indígena na data da instituição da Constituição de 1988, destacando que a eventual possibilidade de ampliação das terras indígenas, reconhecida no caso concreto, dependeria da prova de que o espaço geográfico objeto de eventual ampliação constituía

terra tradicionalmente ocupada pelos índios quando da promulgação da constituição de 1988, como expresso no item 12 da Ementa.

È relevante a reafirmação deste princípio pelo STF neste caso não tanto pela reafirmação deste princípio em si, mas porque neste caso concreto o objeto da ação era declarar a nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais situados no sul da Bahia em área de reserva indígena, uma vez que apesar da demarcação da área sub judice ter ocorrida em 1938, a mesma não foi objeto de homologação, o que gerou incerteza da localização das terras indígenas, o que relegou a comunidade indígena a uma situação frágil e a um ambiente de violência e medo na região.

Mas o STF reconheceu que embora ausente a homologação, da demarcação administrativa realizada em 1938, esta não inibia o reconhecimento da existência de reserva indígena no local, o que originou a impossibilidade reconhecer-se como válidos Títulos de Terras concedidos a particulares pelo Estado da Bahia.

Isto se torna tão mais importante por que o STF afirmou reconhecer a prevalência da presença e indígena na área em litígio com base em face dos registros históricos que remontam a meados do século XVII, e que “ o reconhecimento do direito à posse permanente dos silvícolas independe da conclusão do procedimento administrativo de demarcação na medida em que a tutela dos índios decorre, desde sempre, diretamente do texto constitucional.” Ou seja, afirmou expressamente o efeito de uma posse histórico-étnica definida pelo Constituinte, que prevalece sobre uma posse atual (dos proprietários) apesar de possuidores de Títulos de Propriedade concedidos antes da homologação.

Mais relevante é este fato, pois no caso concreto STF afastou o argumento de que as terras, ainda que atualmente não estivessem na posse indígena esta decorria de violência impetrada por forasteiros, o que não se constituía óbice ao reconhecimento do caráter permanente de posse indígena, *In verbis*, como previsto no item 8 da Emenda:

“8) a baixa demografia indígena na região em conflito em determinados momentos históricos, principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados por forasteiros, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas. a remoção dos índios de suas terras por atos de violência não tem o condão de afastar-lhes o reconhecimento da tradicionalidade de sua posse. in casu, vislumbra-se a persistência necessária da comunidade indígena para configurar a continuidade suficiente da posse tida por esbulhada. a posse obtida por meio violento ou clandestino não pode opor-se à posse justa e constitucionalmente consagrada.”

Por fim, é relevante destacar que o STF reafirmou que esta posse constitucional é que gera o direito de propriedade, ainda que no caso das terras indígenas esta se constituam patrimônio da União, afirmando constituir-se os títulos de propriedade concedidos pelo Estado da Bahia como de origem *a non domino*, ou seja, tem origem em que não possuía titularidade para a sua alienação, e, portanto, nulos de pleno direito, pois estas se constituíam as terras transferidas propriedade da união, como expresso no item 9 da Ementa da ACO 312.

O fundamental é concluir que o direito de propriedade indígena se manifesta como um direito fundamentado numa posse imemorial, com traços que vão muito além da simples ocupação da terra, mas da sua relação com a natureza que conforma o seu espírito, com relações culturais e espirituais singulares, e, como tal, isto exige que a intervenção em seu território impõe uma prévia consulta livre e informada.

4.2 Liberdade de Pensamento e Expressão.

O artigo 13.1 da Convenção Americana estabelece a liberdade de pensamento e expressão¹⁵ o que é reforçado pelo direito de

¹⁵ Artigo 13.1. Toda pessoa têm direito a liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole, sem consideração de fronteiras, seja oralmente, por escrito ou em forma impressa o artística, ou por qualquer outro procedimento de sua eleição.

participação no artigo 23¹⁶ e uma vez que o território indígena é inclusive dimensão onde o pensamento de identidade da comunidade emana, o desrespeito deste território fere estes direitos, tornando necessária uma consulta prévia que permita exprimir livremente o seu pensamento e expressão, para colaborar na discussão do destino de seu território.

Desde o julgamento pela Corte I.D.H., do Caso do Povo Saramaka, Sentença de 28 de novembro de 2007. Serie C No. 172, já se definiu que é permitido aos Estados lavar a cabo atividades de desenvolvimento que limitem os direitos de uma minoria cultural, sempre e quando dita atividade não extinga por completo o modo de vida do Povo indígena, assim, destaca a demanda, que ao utilizar o termo (plano de desenvolvimento ou inversão) a Corte supõe qualquer atividade que possa afetar a integridade das terras e recursos naturais dentro do território, assim, a Comissão considerou que de acordo com a legislação interna do Equador, o Estado se obrigou a adotar medidas especiais para garantir aos Povo indígenas o gozo efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem restrições, assim como incluir medidas que promovam a plena efetividade de seus direitos sociais, econômicos e culturais, respeitando sua identidade social e cultural, seus costumes, tradições e instituições.

Por isso mesmo, resposta a demanda, que desde o julgamento referente ao Povo Saramaka a Corte Interamericana tem estabelecido que quando a propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular entram em contradições reais ou aparentes, a própria Convenção Americana e a jurisprudência do Tribunal definem as pautas para definir as restrições admissíveis para o gozo e exercício destes direitos, a saber: a) devem estar estabelecidos por lei; b) devem ser necessárias; c) devem ser proporcionais, e d) devem fazer-se com

¹⁶ Artigo 23.1(a) da Convenção Americana estabelece que “todos os cidadão devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos [...]”

o fim de lograr um objetivo legítimo em uma sociedade democrática, e, ora, uma sociedade democrática não se faz sem canais efetivos de liberdade de expressão e pensamento, e, sem mecanismos de participação democrática para a definição dos caminhos a serem tomados pela sociedade no campo político, o que deve começar por uma consulta prévia, que represente um consentimento livre, prévio e informado.

É fácil perceber que a argumentação apresenta uma interpretação que longe de apresentar uma incerteza, conduz num sentido de certeza sobre como se interpreta o direito de propriedade, superando o conceito de grau zero na interpretação¹⁷, como este tradicional direito humano deve ser entendido numa sociedade verdadeiramente democrática

É preciso reconhecer que a diversidade de manifestações humanas antes de revelar contradições insolúveis entre os seres humanos, torna visíveis a nós mesmos que estamos todos jogados e conectados com nossas estranhezas¹⁸, vivendo os mesmos problemas, assim, quando a demanda se busca assegurar a participação efetiva dos Povos indígenas, conforme seus costumes e tradições, nos planos de desenvolvimento, exploração ou extração de suas terras, como salvaguarda a limitação do direito de propriedade dos Povos indígenas, reconhecendo-se a violação do artigo 21, bem como 13.1. e 23.1. (a) da Convenção Americana, é também porque é necessário garantir a todos os seres humanos o direito de manifestar-se livremente sobre o seu destino, exercendo o direito de liberdade de expressão.

¹⁷ STRECK, Lênio. O 'Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempo de Crise do Direito: a necessária concretização dos direitos humanos. In HENDU. Revista Latino Americana de Derechos Humanos. Vol 1. no. 1. jul. 2010. pág. 104

¹⁸ GEERTZ, Clifford. Anti anti-relativismo. In Nova Luz sobre a Antropologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, Página 82

4.3 Prática Reconhecida pelos Estados - Direito de Informação dos Cidadãos

Um importante aspecto é que hoje existe uma prática reconhecida pelos Estados em garantir o acesso às informações de forma transparente, assim, os Estados não podem opor suas legislações como justificativa de limitar esse direito, assim, a Demanda registra que os Relatores Especiais da ONU, da OEA e da OSCE para a Liberdade de Expressão destacaram em suas Declarações Conjuntas de 2004, que “las autoridades públicas deberán tener la obligación de publicar de forma dinámica, incluso en la ausencia de una solicitud, toda una gama de información de interés público”, o que é particularmente relevante quando dita informação é condição necessária para o exercício de outros direitos fundamentais.

Evidente que este acesso, conforme decisão da Corte Interamericana quando envolve o exercício do direito de propriedade coletiva dos Povos indígenas, firmada no caso do Povo Saramaka vs Suriname, requer, entre outras coisas, que “el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes [...] [que debe] realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y [que debe] tener como fin llegar a un acuerdo”.

Observa-se que esta prática adotada pela CIDH, de não ignorar as experiências de aplicação dos tratados de direitos humanos, segue a lição de Killander que ressalta a importância dos denominados consensos regionais, observando-se a prática das Autoridades Locais dos Estados, quando externam as suas posições sobre determinados tratados ou resolução dos conflitos no âmbito interno sobre o conteúdo e significado dos direitos humanos, o que não significa unanimidade, pela comparação da Posição dos Estados sobre tratados de direitos humanos.¹⁹

¹⁹ KILLANDER, Magnus. Interpretação dos Tratados Regionais de Direitos Humanos. In Revista Internacional de Direitos Humanos. v. 7, n. 13. Rede Conectas – Direitos Humanos. São Paulo. 2004. Pág. 155.

Da mesma forma, como conquista histórica, os direitos humanos têm o aperfeiçoamento da sua efetividade e construção substancial do seu conteúdo, realizado através do diálogo com a jurisdição das cortes internacionais, neste sentido Killander aponta, a importância desta prática, expressamente declarada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso Cruz Varas e Outros contra Suécia, e quando a Comissão Africana de forma constante cita decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, embora este não seja uma prática costumeira daquela corte.²⁰

Desta forma a boa-fé e transparência no fornecimento das informações são essenciais para um adequado exercício do controle democrático da gestão estatal a respeito das atividades de exploração e extração dos recursos naturais no território das comunidades indígenas, nesse sentido é importante que informação seja realizada no processo da consulta prévia de forma clara ou acessível, realmente compreensível, o que inclui, entre outros, que sua divulgação se realize na linguagem da comunidade, se necessário com ajuda de tradutor no idioma ou dialeto que permita aos membros das comunidades indígenas entenderem de maneira plena.

Evidente, que se a empresa CGC ao gestar a entrada no território dos Sarayaku e conseguir seu consentimento para a exploração petroleira, mediante caravanas médicas para atender aos membros de Sarayaku, exigindo assinatura de listas de atendimento e convertendo esta em uma carta de apoio dirigida a CGC, não há boa-fé, bem como quando se dá o oferecimento de dinheiro, em forma individual ou coletiva,

Também a boa-fé e transparência da consulta prévia, deve respeitar o espaço político de eleição e decisão, conforme seus usos e costumes ancestrais, no caso dos índios do Povo Sarayaku, ocorria na Assembleia Comunitária.

²⁰ KILLANDER, Magnus. Interpretação dos Tratados Regionais de Direitos Humanos. In Revista Internacional de Direitos Humanos. V 7, n. 13. Rede Conectas – Direitos Humanos. São Paulo. 2004..Pág. 159

Isto se relaciona com o direito de participação política dos povos indígenas, a luz do artigo 29.b da Convenção Americana, bem como na Convenção no. 169 da OIT, e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

4.4 Direito a vida das Comunidades indígenas

Desde o momento que se reconhece a relação especial das comunidades indígenas com o seu território, é óbvio que o desrespeito a este, vai violar o seu direito a vida, previsto no Artigo 4. da Convenção Americana, que estabelece que toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida, estando este direito protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção, ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Isto pressupõe não só que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa), mas, o Estado também deve garantir o pleno e livre exercício dos direitos humanos, adotando todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito a vida (obrigação positiva) de todos que se encontram sob sua jurisdição.

No caso, foi provado que o Estado ao conceder à companhia petrolífera, a exploração esta realizou, atividade que feriu este direito à vida, especialmente com o depósito de cerca de uma tonelada e meia de explosivos colocados no território Sarayaku, prejudicando a sua atividade produtiva, pois este Povo vive da agricultura coletiva, caça, pesca e colheita dentro de seu território.

Além do que a relação com a terra para as comunidades indígenas não é meramente uma questão de posse e produção, mas elemento material e espiritual que devem gozar plenamente, o que visto antes, sítios sagrados foram destruídos, também violando o seu direito a vida, por prejudicar a preservação de seu legado cultural e transmissão à gerações futuras.

Preservar o legado de uma comunidade humana, é discutir a preservação do legado de toda a humanidade, pois, como aponta Lévi-Straus, a noção de uma civilização mundial, longe do conceito comum, só é possível com a coexistência de culturas que ofereçam o

máximo de diversidade entre-si²¹ e esta diversidade somente é possível de ser preservada mediante o respeito recíproco.

5 Ensaio de uma conclusão geral

O encaminhamento teórico-prático que se pode observar na demanda concreta apresentada, reflete que os direitos humanos ainda são objeto da mais viva controvérsia, especialmente porque o tão sonhado bem estar prometido pela ciência, consolidando o domínio do homem sobre a natureza, não chegou, ao contrário, o século do conhecimento científico, somente reforçou a percepção que as violações dos direitos humanos agora ocorrem em escala, bem em acordo com o critério de mercado, que valoriza somente o que possui dimensão para ter valor de consumo.

O que dizer sobre o respeito aos direitos humanos num mundo que apesar de possuir uma Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), ainda tem sérias resistências a garantir às comunidades ancestrais o direito de ser ouvido de forma livre, prévia e fundamentada sobre intervenções em seu território?.

Exatamente por isso, pensar a defesa dos direitos humanos exige uma reflexão que fuja de uma dimensão apenas jusnaturalista ou positivista, mas que lhe dê sentido como um propósito a ser construído pelos seus intérpretes, responsáveis pela sua construção através do direito.

Nunca é demais lembrar que a sedução do Jusnaturalismo como fundamento de concepção dos direitos humanos está na sua promessa de fundamentação destes direitos por um processo de interpretação dedutiva a partir da observação da natureza humana, possuindo o mesmo apelo que as denominadas ciências da natureza moderna, mediante a construção de um método racional que

²¹ LÉVI-STRAUS, Claude. Raça e História. In Raça e Ciência. São Paulo: Editora Perspectiva. (?).Página 265

permite reduzir o direito e a moral a uma ciência demonstrativa, o que unifica autores tão diversos como Hobbes, Locke e Rosseau²².

Destaca Bobbio que na doutrina jusnaturalista do Estado não é apenas uma teoria racional do Estado, mas uma teoria do Estado racional, como ente de razão, único no qual o homem se realiza plenamente segundo a sua natureza de ser racional²³. Uma consequência importante deste raciocínio é reconhecer que deve existir um meio de manifestação desta racionalidade do Estado, que é identificada com a Lei, a norma geral e abstrata por posta por um ser racional o Estado-razão²⁴.

Justamente por isso, seria insuficiente analisarmos o direito de consulta prévia dos indígenas, a partir de uma concepção jusnaturalista, pois o suposto fundamento racional da origem do Estado, que serve para legitimar os modernos Estados da Europa, que superaram o Estado de Natureza, embora permitindo a construção de uma concepção universalista dos direitos humanos, cria conflitos de entendimento frente a outras culturas não-ocidentais, já que o fundamento e objetivo dos direitos humanos é o indivíduo como centro de imputação dos direitos, não sendo possível falar em direitos humanos coletivos, o que seria totalmente contrário a percepção que estas comunidades possuem do território.

Esta concepção de direitos humanos como direitos individuais do jusnaturalismo, dará origem também ao problema das garantias dos direitos humanos, pela contraposição indivíduo, sociedade e Estado. Isto ocorre porque estando os instrumentos de sua garantia no indivíduo, isto ensejará uma dificuldade para a defesa dos interesses

²² BOBBIO, Norberto. O Modelo Jusnaturalista. In Bobbio, Norberto e Bovero, Michelangelo. Sociedade e Estado na Filosofia Política moderna. Brasília: Brasiliense, 1986. Pág. 15

²³ BOBBIO, Norberto. O Modelo Jusnaturalista. In Bobbio, Norberto e Bovero, Michelangelo. Sociedade e Estado na Filosofia Política moderna. Brasília; Brasiliense, 1986. Pag.89

²⁴ BOBBIO, Norberto. O Modelo Jusnaturalista. In Bobbio, Norberto e Bovero, Michelangelo. Sociedade e Estado na Filosofia Política moderna. Brasília; Brasiliense, 1986. Pág 92

de grupos e para a construção de uma concepção de direitos humanos sociais.

O jusnaturalismo e sua concepção universalista dos direitos humanos trazem por consequência uma noção abstrata destes direitos que dificulta a sua conciliação com as situações concretas e particulares dos seres humanos no seu desenvolvimento físico e particularidades de gênero, ou mesmo com características culturais específicas, como ocorre com as comunidades indígenas e sua visão de mundo.

Da mesma forma, o positivismo ao apartar o direito da moral na busca de um fundamento racional para o direito, encontrado no direito posto por uma autoridade, segundo um fundamento exclusivamente jurídico, deduzido racionalmente, se revela insuficiente para atender situações de direitos humanos como a analisada.

Sob este pressuposto lógico, o positivismo procura justificar e assegurar a aplicação das normas jurídicas de um determinado ordenamento jurídico, pois a questão do seu conteúdo ou fundamento, ainda que relevantes, não é uma questão jurídica, tendo caráter moral ou político.

Isto enseja ao positivismo sérias dificuldades para legitimar os direitos humanos para além do sistema de direito positivo, porque ao contrapor o direito e a moral, ineludivelmente, somente reconhecerá como direitos humanos os previstos pelo ordenamento jurídico, posto por uma autoridade.

Justamente porque o positivismo tira o fundamento da legitimidade do direito da autoridade que legisla o direito posto, isto enseja uma séria contradição quase insolúvel para a defesa de direitos humanos de minorias frente aos direitos ou vontade da maioria, que como tal, detém o poder sobre a autoridade do Estado.

Por isso que para o positivismo os direitos humanos são variáveis e heterogêneos na história e no espaço, o que conduz ao seu relativismo, sendo o seu elenco variável conforme as mudanças históricas e, além disto, podem entrar em contradição entre-si, o que derruba o seu caráter universal²⁵.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 19 reimpressão. Rio de Janeiro: Campus. 1992. Pág. 18 a 20.

Isto permite dizer, ainda, que para o positivismo os direitos humanos são antinômicos, pois a realização integral dos direitos humanos tradicionais, reconhecidos como liberdades, não podem ser respeitados integralmente na medida em que crescem os chamados direitos humanos sociais, por estes se constituem em poderes, e para o desenvolvimentos destes impõe-se limitações àqueles, e, por outro lado, o fortalecimento daquelas liberdades há o corolário da limitação dos direitos humanos sociais²⁶, o que seria neste caso da consulta prévia das comunidades indígenas, por exemplo, um caso insolúvel entre o direito de propriedade individual tradicional e a posse coletiva.

No que pese ser criticável a fundamentação positivista da universalidade dos direitos humanos a partir tão somente do argumento do consenso das nações, que referendaram, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o positivismo avança em relação ao jusnaturalismo, porque apresenta um conceito concreto da universalidade destes direitos, reconhecendo a sua historicidade, e como declara Bobbio a Declaração Universal revela uma consciência histórica de valores reconhecidos pela humanidade, como síntese do passado e inspiração para o futuro²⁷, neste sentido não se pode retroceder no rol dos direitos humanos.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 19 reimpressão. Rio de Janeiro: Campus. 1992. Pág. 21.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 19 reimpressão. Rio de Janeiro: Campus. 1992. Pág. 34. Jack Donnelly também aponta essa historicidade dos direitos humanos, no que ele denomina do Modelo da Declaração Universal, onde apesar de afirmar não se tratar de um consenso onde todas os governos e sociedades aceitem o conteúdo expresso na declaração universal, não se pode negar que todas as sociedades contemporâneas reafirmam que todo os seres humanos possuem certos direitos iguais e inalienáveis e devem ser tratados com igual conceito e respeito pelo Estado, compromisso fundamental para realizar a igualdade e autonomia humana. Cfr. DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in theory and practice*. 2 ed. Londres: Cornell University, 2003. página 51. André Ramos após explicar os motivos que levam a internacionalização dos direitos humanos sintetiza que a normatividade internacional sobre os direitos humanos se sustenta sobre uma lógica da supremacia dos indivíduo, como ideal do direito internacional, e a lógica realista, que busca a convivência e cooperação pacífica ente os povos, através do diálogo na proteção dos direitos humanos. RAMOS André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo; Saraiva 2012. Página 62

Nesta esteira, não se pode negar a aplicação de outros instrumentos de direitos humanos que especificam outros direitos, como por exemplo a Convenção 169 da OIT, ou a Convenção Americana dos Direitos Humanos, que devem ser respeitados e aplicados pelas nações democráticas, fundamentais, que neste caso se revelam fundamentais para a efetividade deste direito humano fundamental da consulta prévia das comunidades indígenas.

Mas apesar disto, o positivismo não consegue superar a concepção antinômica dos direitos humanos, que segundo este dificulta a sua aplicação, especialmente por declarar a inexistência de uma autoridade que possa exigir o seu cumprimento de maneira universal.

Uma possibilidade de superação destes problemas, tanto do jusnaturalismo, como do positivismo, pertinente aos Direitos Humanos, pode ser construído a partir da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, afastando estas aparentes incongruências dos direitos humanos para se afirmar o império do direito, através da interpretação dos princípios²⁸

A aparente vagueza dos direitos humanos e falta de sua efetividade pode ser superada pela sua interpretação, o que obviamente vai ocorrer nos casos concretos através dos Tribunais Locais ou Cortes Internacionais. Afinal não se pode negar que a função primordial de qualquer Tribunal é a aplicação do Direito válido, o que não se pode é continuar a confundir a validade do direito com a sua positivação apenas.

O próprio positivismo comete um erro de princípio com a afirmação de que a suposta ausência de uma autoridade internacional que possa impor o reconhecimento dos direitos humanos leva à sua falta de efetividade, pois se este declara que as “nações democráticas” os reconhecem, devem estas nações considerá-los quando da inter-

²⁸ “o Direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe seja prática. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação”. DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo : Martins Fontes. 2007. Pág. 452

pretação do direito pelas Cortes Nacionais, assim, e, neste sentido, é óbvia a plena efetividade dos direitos humanos.

Mesmo que se considerem os direitos humanos como valores morais, isto não implica dizer que estes não integram o direito, na verdade, isto apenas revela, como declara Dworkin, o reconhecimento da incapacidade das teorias interpretativas que vinculam a interpretação dos direitos a partir tão somente do direito posto, sem considerar elementos da história, moral e ética, donde se origina o ordenamento jurídico, sem os quais não é possível realizar a interpretação jurídica, dando os exatos contornos do direito.

Os direitos humanos à Luz da Teoria da Integridade do Direito podem e devem ser objeto do método da Interpretação Construtiva, pois como o próprio positivismo não pode negar, o reconhecimento dos direitos humanos é um fato histórico e uma porta para o futuro, assim, não pode um julgamento para ser considerado correto na aplicação do direito ignorar tais direitos, historicamente construídos, isolando o direito da moral, da política ou outras de virtudes políticas, como a Justiça e a Equidade, já universalmente consagradas.²⁹

Somente por meio um isolamento do direito posto de outros elementos sócio culturais é que se pode negar a efetividade dos direitos humanos e a sua antinomia, o que pode ser superado pelo processo de interpretação dos direitos humanos, portadores de princípios jurídicos fundamentais para o progresso do direito, necessários à criação do direito através dos Tribunais, sejam nacionais ou internacionais.

Este processo de criação do direito pelos juízes ocorre mediante o exercício da função interpretativa do direito na aplicação aos casos concretos, e como não se pode negar esta função aos juízes e justamente por isso, esta atividade deve estar submetida a um limite racional, que se realiza através da fundamentação das decisões ju-

²⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2007. Pág. 452.

diciais, exatamente por isso, se pode, mesmo num sistema jurídico como o brasileiro, como veremos, se reconheça uma lacuna legislativa na regulamentação do direito de consulta prévia das comunidades indígenas, se pode possibilitar concretamente o exercício deste direito humano das comunidades.

Neste sentido, um importante passo na efetividade dos direitos humanos é o diálogo entre as Cortes Locais e Internacionais, através da Interpretação dos Tratados Regionais de Direitos Humanos, como aponta Magnus Killander, pois através das Cortes e Órgãos quase judiciais regionais de direitos humanos se pode providenciar remédios individuais para o desenvolvimento do direito internacional dos Direitos Humanos, pela interpretação, por exemplo, da Convenção de Viena do Direito dos Tratados, que rege a interpretação dos Tratados entre os Estados³⁰.

Ora, neste caso, existe ampla jurisprudência da Corte Interamericana, que explicita como se deve realizar um consulta prévia, que seja efetivamente livre, consentida e fundamentada, assim, pode-se utilizá-las, para orientar a solução de aplicação deste direito humano no território nacional, adotando os seus princípios, extraídos das instrumentos internacionais de direitos humanos que orientam o tema.

Ronald Dworkin, apesar de reconhecer que o interprete não pode ser retirado de seus pré-conceitos, possuindo o intérprete o dever de demonstrar de forma fundamentada que a interpretação que apresenta coloca o objeto interpretado sobre a sua melhor luz, e, sendo os Direitos Humanos uma conquista histórica da humanidade, não podem ser desconsiderados na aplicação do direito, por qualquer corte local ou internacional, porque “apenas” presentes numa Declaração Universal dos Direitos Humanos, tanto mais grave seria neste caso, que existe a Convenção n. 169 da OIT, ou, ainda, a Declaração Americana dos Direitos Humanos, ratificadas pelo Brasil.

³⁰ KILLANDER, Magnus. Interpretação dos Tratados Regionais de Direitos Humanos. In Revista Internacional de Direitos Humanos. V 7, n. 13. Rede Conectas – Direitos Humanos . São Paulo.2004. Pág. 149.

Assim, o direito humano da consulta prévia das comunidades indígenas, posto sob a melhor luz segundo uma interpretação construtiva, que se qualifica por possuir um propósito e que expõe uma forma de ver o objeto interpretado que aponta na decisão a persecução da adoção de uma direção em vez de outra, a fim de torná-lo o melhor possível, um caso evidente de interação entre o objeto e o propósito³¹, não se pode deixar de negar efetividade a este direito.

Ademais, a Convenção de Viena como um Tratado Internacional obriga os Estados, e o seu artigo 32(1), obriga que um tratado seja interpretado segundo a boa-fé e segundo o sentido comum atribuível os seus termos, contexto, objetivo e finalidade, isto tem permitido reconhecer a necessidade de “efetividade” dos direitos humanos, porque a natureza vaga de muitos dispositivos de direitos humanos deve ser superada por sua interpretação, como tem sido reconhecido tanto pela Corte Europeia, como Pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos.³²

Uma corte local ou internacional ao interpretar os Direitos Humanos, ainda que somente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou, ainda, segundo as previsões de Convenções e Tratados Regionais de Direitos Humanos, constrói passo-a-passo, a superação da vagueza dos direitos humanos, e afasta as suas possíveis antinomias, e que, portanto, não são características necessárias e insuperáveis dos Direitos Humanos, o que deixa claro, que tanto mais não se pode negar, a aplicação do direito de consulta prévia das comunidades indígenas por haver uma possível vagueza legislativa.

Como para Dworkin uma importante parte do direito é fornecer princípios para as decisões dos Tribunais³³, os direitos humanos

³¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 64.

³² KILLANDER, Magnus. *Interpretação dos Tratados Regionais de Direitos Humanos*. In *Revista Internacional de Direitos Humanos*. v. 7, n. 13. Rede Conectas – Direitos Humanos. São Paulo. 2004. Pág. 151

³³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2007. Pág. 426

são parte fundamental do direito e na verdade a sua aparente vagueza e antinomia são ao mesmo tempo o seu “problema” e trunfo para a construção histórica da sua efetividade, que não está posta uma Lei Natural universal e necessária, como afirmariam os jusnaturalistas, mas possui um universal contingente, mas ao mesmo tempo permanente, por indicar um caminho claro para a humanidade.

Logo, se pode concluir, que somente a Teoria de Ronald Dworkin possui a capacidade de apresentar ao aplicador do direito brasileiro uma linha de raciocínio que permita a partir da interpretação construtiva dos Direitos Humanos, aferir princípios associados aos valores éticos e morais, história de nossa comunidade internacional, como um único corpo que forma a integridade do direito, ainda que aplicando as normas dos Tratados Regionais de Direitos Humanos.

Ademais, a promoção dos direitos humanos no direito brasileiro estão conectados em nosso sistema desde o preâmbulo do texto constitucional que define o desiderato de construir um Estado Democrático, destinados a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica dos conflitos.

Esta prática é particularmente relevante frente à Constituição do Brasil que além de afirmar que os direitos fundamentais, onde se incluem os direitos humanos, possuem aplicação imediata, não estão limitados aos expressamente previstos na Constituição, e nem exclui outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tal como previsto nos parágrafos 1º e 2º, do Art. 5º., logo, também se deve considerar a interpretação realizadas pelas Cortes Internacionais que as aplicam. Esta regra constitucional pode nos inspirar a seguir o modelo dos tribunais ingleses que Consideram o Direito

Internacional de conhecimento ex-officio, como regras de direito, não se exige sejam provadas através de prova documental³⁴.

A partir do momento que se reconhece que o direito não está limitado ao direito positivo, e mesmo que se afirmasse que a Convenção 169 da OIT, ou a Declaração Americana de Direitos Humanos são carta de valores ou princípios, não se poderia negar serem fontes históricas importantes de princípios jurídicos, sendo essenciais para uma correta interpretação do direito nacional ou internacional, que atende melhor os objetivos de promoção da Justiça como valor fundamental de qualquer sistema de direito.

Assim, pela teoria do Direito como integridade a adoção dos direitos humanos como princípio aponta uma direção objetivamente melhor, e que, portanto, deve ser seguida na aplicação do direito.

Exatamente por isso não se pode deixar de reconhecer a superioridade da interpretação construtiva, como método da Teoria do Direito como Integridade, que permite afirmar a historicidade e efetividade dos Direitos Humanos como uma exigência racional imprescindível para que um Juiz ou Tribunal possa afirmar que a sua decisão não é arbitrária.

A sua superioridade como método interpretativo na adoção dos direitos humanos é aferida por se reconhecer que não se pode negar a sua existência, ante as agruras do passado e as incertezas do futuro a que milhares de homens, mulheres e crianças podem ser vítimas, por representarem valores que devem ser protegidos na sociedade brasileira e mundial, que ninguém racionalmente pode negar, o que se legitima historicamente como um passo à frente na direção da efetividade da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como objetivo fundamental, que o direito brasileiro solenemente reconheceu no art. 3º. inciso I da Constituição Federal.

³⁴ BROWNLIE, Lan. A relação entre o direito interno e o direito internacional. *In. Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 1997. Página 53

Isto mostra que os direitos humanos não são vagos ou antinômicos por natureza, mas como tudo que é da criação humana acompanha a sua contingência, sem necessariamente ser incerto, é possível sim construir-se um único caminho interpretativo que pode ser reconhecido como válido frente ao texto constitucional brasileiro.

Quaisquer direitos humanos estão sujeitos a tensões, que como bem demonstra Viviana Bohórquez Monsalve e Javier Aguirre Roman, a partir do estudo do caso *Velasques versus Honduras*, julgado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, justamente da tensão entre o caráter abstrato e o caráter concreto da dignidade humana foi possível resolver o julgamento do caso concreto, pelo exame concreto do que é uma violação da dignidade humana,³⁵ é óbvio que isto não encerra o seu conteúdo, mas revela que é necessário e possível se encontrar conteúdos substanciais dos direitos humanos, que permitam melhor analisar casos futuros de violações dos mesmos ou outros direitos humanos, até porque inter-relacionados.

De fato, não se pode imaginar que os direitos humanos possam ser construídos de forma abstrata, mas sim no palco humano das batalhas judiciais, com o engajamento necessário, pois como princípios ou valores estes são argumentos jurídicos, e como tal é um argumento típica e completamente moral e, assim, os juristas devem decidir dos conjuntos concorrentes de princípios qual oferece a melhor justificativa da prática jurídica, que deve também ser a melhor em termos morais³⁶

Pode-se concluir que a partir do direito como integridade os direitos humanos representam valores historicamente reconhecidos, com conteúdo moral e ético, e, portanto indissociáveis do direito, ao contrário do que afirma o positivismo, e, a prática interpretativa das

³⁵ As Tensões da Dignidade Humanas: conceituação e a aplicação no Direito Internacional dos Direitos Humanos, In *Revista Internacional de Direitos Humanos*. v. 1, n. 1. Rede Conectas – Direitos Humanos. São Paulo. 2004. Pág. 53

³⁶ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes. 2010. Pág. 205

cortes nacionais e internacionais é um caminho indispensável para a construção substantiva dos direitos humanos, permitindo que se construa um caráter universal apesar de fundado sobre as particularidades do ser humano, seja homem, mulher, idoso, criança, velho etc, e que no caso das comunidades indígenas o como território tem importância transcendental, não se pode negar a efetividade do direito de consulta prévia no caso de ações que possam intervir no seu território, onde de forma clara, transparente e fundamentada, possam ver sob a melhor luz da razão possíveis violações aos seus direitos humanos, não por uma razão abstrata, mas por uma racionalidade engajada e compromissada com a humanidade.

Passa-se a aplicar estes pressupostos no caso brasileiro, a partir do desvelamento crítico de decisões de suspensão de tutela antecipada concedidas pelo STF no caso de Belo Monte.

5.1 Aprendizados da Demanda do Povo Kichwa de Sarayaku e a Consulta Prévia no Direito Brasileiro das Comunidades Indígenas – Análise dos Fundamentos de Suspensão de Tutela Antecipada no Caso Belo Monte.

Como visto anteriormente, dentro do direito brasileiro as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se exclusivamente à sua *posse permanente*, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, na forma do §2º do artigo 231 da CF.

A fim de evitar que estes sejam molestados na sua posse, a Constituição da República fixa no §3º do artigo 231 que *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.*

Neste ponto, emerge a discussão sobre a natureza jurídica desta autorização do Congresso Nacional e a sua relação com o dever

de oitiva das comunidades indígenas. Seria esta autorização do Congresso Nacional uma manifestação expressa sobre os limites de como e quando deve ocorrer a intervenção sobre o território indígena? Ou seria apenas uma autorização geral permitindo a intervenção sobre o território? A oitiva das comunidades indígenas seria constitutiva do processo de autorização do Congresso, portanto, prévia ao ato normativo Congressional, ou bastaria ela ser realizada após a autorização do Congresso?. Como ela se realiza ? Necessariamente nas Audiências Públicas do Processo de Licenciamento?

Estas questões ainda não foram enfrentadas em âmbito judicial de forma definitiva, e permanecem como objeto de discussão, ainda que algumas tenham sido objeto de discussão perante do STF na Suspensão de Liminar 125 e tenha voltado ao debate com a Reclamação Constitucional 14.404-MC-DF, no caso da Construção da Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará.

Neste contexto, a presente análise vem contribuir em torno do debate da interpretação do parágrafo 3º. do art. 231, da Constituição Federal, a luz do que já apresentado no caso da demanda da CIDH concernente ao Povo Indígena Kichwa de Sarayaku.

Importante registrar que o Ministro Ayres Brito, quando presidente do STF, nos autos de Reclamação no. 13.404-MC/DF apesar de não decidir sobre o mérito da Argumentação sobre a interpretação do § 3º. do art. 125 da Constituição Federal, em 27 de agosto de 2012, deferiu a suspensão da decisão do TRF da 1ª, Região, nos autos da Apelação Cível n. 2006.39.03.000711-8, por entender que esta violou a autoridade da decisão Liminar concedida na Suspensão de Liminar nº 125 do STF.

Com efeito, a Ministra Ellen Gracie, quando na Presidência do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Pedido de Suspensão de Liminar nº 125/PA, interpretou a aplicação do artigo 231, §3º da CF, consignando que é faculdade do Congresso Nacional autorizar a realização dos Estudos Ambientais necessários para intervenção em

terras indígenas, e determinar no bojo deste a oitiva das comunidades indígenas.

Esta decisão foi emitida no caso concreto, no qual o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública sob o nº 2006.39.03.000711-8 perante a Vara Federal de Altamira/PA, a fim de obstar o processo de licenciamento no IBAMA do empreendimento denominado Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Rio Xingu, Estado do Pará, com o pedido de declaração de nulidade do Decreto Legislativo nº 788/2005, do Congresso Nacional, entre outros argumentos, por violar o art. 231, §3º, da CF, uma vez que as comunidades afetadas, mormente as indígenas, não teriam sido consultadas.

Destacou a Ministra ao deferir o pedido de suspensão de liminar que “o importante debate jurídico a respeito da natureza dessa consulta (se política ou técnica) não é cabível na presente via da suspensão de decisão, tendo em vista os estritos termos do art. 4º da Lei nº 8.437/92” indicando que o juízo sumário do instrumento processual não adentraria a natureza da consulta prevista na Constituição.

Porém, a Ministra Ellen Gracie destacou na mesma decisão no que concerne à alegada violação ao art. 231, §3º, da CF, que o art. 3º do Decreto Legislativo nº 788/2005 previu que os estudos citados no art. 1º são determinantes para viabilizar o empreendimento e, se aprovados pelos órgãos competentes, permitirão que o Poder Executivo adote as medidas previstas em lei objetivando a implantação do aproveitamento hidroelétrico em apreço.

Alertou, ainda, a Ministra que os estudos estão definidos no art. 2º do Decreto Legislativo, o qual, em seu inciso IV, prevê a explícita observância do mencionado art. 231, §3º, da Constituição Federal, além do mais os estudos de natureza antropológica têm por finalidade indicar, com precisão, quais as comunidades que serão afetadas.

Assim, concluiu a Ministra Ellen Gracie que “Dessa forma, em atenção ao contido no art. 231, §3º, da CF e no decreto legislativo em tela, estes em face do dispositivo do voto-condutor, entendo que a consulta do Ibama às comunidades indígenas não deve ser proibida

neste momento inicial de verificação de viabilidade do empreendimento”, portanto, naquele momento, a Ministra já sinalizou que esta consulta não tinha o caráter deliberativo sobre a possibilidade ou não da continuidade do empreendimento, mas sim integrava o processo como um elemento de construção do processo de licenciamento, a ser conduzido pelo Poder Público.

Analisando esta decisão, embora ela não aponte uma análise conclusiva sobre a natureza jurídica da oitiva das comunidades, o seu resultado prático, foi afirmar ainda que indiretamente que a natureza jurídica da autorização do Congresso Nacional, e a oitiva das comunidades indígenas, têm caráter político, a exemplo, dos casos em que compete ao Congresso Nacional aprovar, previamente, na forma do art. 49, inciso XVII, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

Esta assertiva é tanto mais correta, quando se observa, que o normativo em causa se dá no mesmo contexto do inciso XVI, do art. 49 da CF, que inclui entre as competências exclusivas do Congresso Nacional “autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais”

Interessante observar, que a redação do citado dispositivo, não possui a mesma extensão da exigência da prévia aprovação congressual, como ocorre na alienação de terras públicas a cima de 2.500 hectares, mas tão somente dita o dispositivo constitucional, que deve haver autorização do Congresso Nacional para o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas.

Colocadas estas balizas, fica fácil compreender a natureza política da autorização, daí ser plenamente justificável, que o próprio decreto legislativo, possa autorizar a oitiva das comunidades indígenas, mas a questão que salta aos olhos, é que o olhar do STF tem claramente focado esta oitiva sobre o aspecto do licenciamento ambiental de obras com relevante impacto ambiental, e como se sabe tal oitiva se dá pelo mecanismo das audiências públicas.

É importante repisar, que não se pode exigir que a autorização do Congresso Nacional seja uma manifestação expressa sobre os limites de onde e como deve ocorrer a intervenção no território indígena, com a prévia oitiva das comunidades, pois não existe esta obrigação no texto constitucional, aliás, em termos práticos isso poderia ser um desastre, dado o ambiente de diálogo que se forma numa casa política.

Lembre-se, que mesmo sendo expressamente vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras pela Constituição, a Carta Magna permite em algumas exceções, que ad referendum do Congresso Nacional, ou seja, posteriormente ao ato, e não previamente, ocorre a oitiva do Congresso sobre o ato de remoção, a remessa do ato ao Congresso ocorre para referendá-lo ou não.

Alerta-se que existe a possibilidade da remoção dos indígenas ocorrer previamente à autorização Congressual em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco, como previsto no § 5º. do art. 231 da CFRB.

Ora, se nestes casos extremos, onde se apresentam situações limites onde o valor vida da comunidade indígena pode ser afetado de maneira definitiva, comprometendo a existência do grupo, mesmo assim, conjugando os princípios constitucionais que compete ao Poder Executivo, gerir o interesse público, a Constituição exige oitiva do Congresso somente posteriormente ao ato, com clara natureza de julgamento político, e não técnico, esta é uma pista que não pode ser desconsiderada.

Assim, não nos parece razoável interpretar-se a regra constitucional do § 3º do art. 231 da CFRB, para exigir-se que no caso de outras intervenções em território indígena, ainda que com relevantes impactos ambientais, o Congresso Nacional funcione como um foro diferenciado para a oitiva das comunidades indígenas, como permissivo de eventuais danos ambientais em seu território, fazendo um debate técnico, pois não é sua função e nem o instrumento mais adequado.

Isto porém, não significa que a oitiva das comunidades indígenas deve ser aquele próprio do processo de licenciamento ambiental, dentro das Audiências Públicas, ou exclusivamente, mas com certeza, não é uma audiência no Congresso Nacional, a não ser que a casa abra este foro por decisão política, mas não por obrigação constitucional.

Justamente este viés é que foi analisado pelo STF, e que de certa forma, pode-se entender, decorre de como exposta a tese no processo judicial concreto, mas que não pode ser considerada como aquela oitiva reservada às Comunidades indígenas pelo texto constitucional, porque isto seria amesquinhar o objetivo constitucional.

Desta forma, a primeira premissa é se concluir que a autorização congressional do tem caráter genérico permissivo da intervenção no território indígena, não podendo a oitiva das comunidades indígenas ser considerada prévia e constitutiva do processo de autorização do Congresso Nacional, para cumprir o rito constitucional.

Porém, esta abordagem encerra o tema, pelo contrário, só abre a porta sobre a natureza da oitiva da comunidade indígena, abrigada no mesmo dispositivo constitucional. Alerta-se que o caso específico da hidrelétrica de Belo-Monte, tomado como paradigma, não serve pra se discutir eventual fragilidade do EIA/RIMA do empreendimento, o que tem sido calcanhar de Aquiles do projeto, muito questionado pela sociedade civil brasileira, mas tão somente a natureza do processo de oitiva das comunidades indígenas, pressupondo que este efetivamente interfira no seu território, ainda que não ocorra no mesmo nível do caso do Povo Kichwa de Sarayaku.

Mesmo neste limite de abordagem, é importante analisar as conclusões do relatório da Comissão de Especialistas em Aplicação de Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), divulgado em 3 de março de 2012, que afirmou que o governo brasileiro deveria ter realizado as oitivas indígenas nas aldeias impactadas por Belo Monte antes de qualquer intervenção que possa afetar seus bens e seus direitos.

O documento afirma que “a Comissão lembra que, em virtude do artigo 15 da Convenção, o governo está obrigado a consultar os povos indígenas antes de empreender ou autorizar qualquer programa de exploração dos recursos existentes em suas terras”. Conclui o documento que “a Comissão [técnica] avalia que, de acordo com a documentação e as informações apresentadas pelo governo, os procedimentos levados a cabo até agora, mesmo que amplos, não reúnem os requisitos estabelecidos nos artigos 6 e 15 da Convenção, e tampouco demonstram que foi permitido aos povos indígenas participar de maneira efetiva na determinação de suas prioridades, em conformidade com o artigo 7 da Convenção”.

Pelas conclusões do documento observa-se que haveria uma linha de argumentação da falha do procedimento de oitiva das comunidades a partir do EIA/RIMA, especialmente pelo mecanismo da Audiência Pública do EIA/RIMA. Mas a rigor sob este enfoque não haveria erro, pois este é o mecanismo adequado legalmente do ponto de vista do licenciamento, entretanto, a conclusão da Comissão da OIT somente pode prevalecer, se desfocado, especificamente, deste instrumento do ordenamento pátrio, ou seja, a rigor a OIT, olhou o problema também pelo ponto de vista do licenciamento ambiental, o que também torna frágil a sua conclusão.

Quando se lê o artigo 6º da Convenção 169 do OIT, se verifica que ela não remete a um procedimento específico de oitiva das comunidades tradicionais, e que, portanto, é possível em tese sustentar que para o seu cumprimento seria suficiente a observância dos ritos de oitiva social previstos na legislação pátria para o licenciamento ambiental. In verbis:

Art. 6º.

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

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

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

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.

Isto é especialmente possível de sustentar, quando se destaca, a redação da alínea b, do inciso 1., do art. 6º que expressamente afirma que cabe aos governos “*estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população*”, porque, o dispositivo busca evitar que estes povos sejam considerados de forma inferior, assegurando a sua oitiva no mesmo nível de outras partes do tecido social, que é possível se entender que aplica-se o mecanismo previsto pelo legislador brasileiro do processo de licenciamento. Entretanto, a partir do momento que se verifica a desigualdade entre os atores sociais e especialmente a relação dos índios com o seu território, verifica-se a necessidade de um procedimento específico para oitiva das comunidades indígenas, pois aplicar-se os ritos legais existentes da audiência pública do processo de licenciamento, cria uma desigualdade material, impossível de ser superada pelos mecanismos atuais de oitiva, não atendo a posse permanente reconhecida pelo constituinte.

Veja-se, que quando o item 2 do art. 6º, determina que “*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*” é fácil observar que o escopo da consulta é diverso. Isto não implica declarar que é inarredável o consentimento expresso

das comunidades indígenas para poder se realizar intervenção em suas terras. Entretanto, não nos parece de acordo com o conjunto de normas constitucionais que regulam o tema da posse indígena, pois no mínimo, exige-se, que efetivamente essa consulta seja diferenciada, sob pena de negar efetividade ao texto constitucional que visa atender uma comunidade que possui uma compreensão diferenciada do território, como já reconhecido pelo STF, pois o contrário se atua não apenas contra o conjunto normativo da própria Convenção 169, mas também ao texto constitucional brasileiro.

Alerta-se, que se pode facilmente interpretar que as regras do art. 6º voltam-se mais para buscar um consenso a respeito e em torno da forma de aplicação das disposições da Convenção entre o Estado e comunidade sobre os limites de intervenção no território, neste sentido, procura estabelecer regras de como deve se dar as consultas que prevê a Convenção, do que ditar a forma e extensão da consulta, que de forma alguma pode-se aferir com certeza esteja prevista na norma Convencional 169 da OIT.

O artigo, 7º. da convenção 169 do OIT³⁷ por outro lado, ao reafirmar o respeito à autodeterminação dos povos tradicionais, embora

³⁷ Artigo 7º 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na 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. 2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria. 3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas. 4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

não implique impedimentos de projetos ou decisões do Estado nacional, até porque eles mesmo são integrantes desta cidadania, o contrário seria permitir que uma parte da cidadania do Estado, pudesse por em cheque eventuais interesses de outra parte da cidadania, que em casos concretos devem ser conciliados os interesses, impossível à norma de maneira abstrata fixar uma prioridade de interesses, mas é um possível uma interpretação que afaste os falsos conflitos, devendo este direito ser respeitado.

Como destaca Yrigoyen Fajardo é importante distinguir o consentimento como a “finalidade” de um processo de consulta, do consentimento com “requisito” para que o Estado tome uma decisão. O consentimento como finalidade do processo de consulta significa que o Estado deve organizar os procedimentos de tal modo que estejam orientados a obtenção do consentimento ou acordo. Entretanto, se havendo instaurados os ditos procedimentos de boa-fé, não se obtém o consentimento ou acordo, a consulta segue sendo válida e o Estado está facultado a tomar uma decisão.³⁸

O normal conflito de interesses sociais deve ser considerado nas decisões estatais, aliás, como reconhecido na Constituição Federal, decorrente do princípio de supremacia popular, de que todo o poder emana do povo, porém que sabidamente se dá num cotejamento concreto de interesses sociais e o princípio da Soberania Nacional, mas esta nunca pode ser realizada com sacrifícios desarrazoados de direitos humanos.

Embora, o artigo 15 da convenção 169 da OIT não seja fundamento suficiente para afirmar erro no procedimento de oitiva das comunidades indígenas, dentro do EIA/RIMA, pois não define um procedimento específico ou impeditivo de ações de Estado sobre o

³⁸ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel.2009, De la tutela a los derechos de livre determinación del desarrollo, participación, consulta e consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación” *In Amazônica- Revista de Antropología*. Disponível em www.periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/issue/view/20. Página 385

território comunal, tão somente pela ausência de concordância da comunidade, ele é elemento normativo, que indica que esta não é suficiente sequer para atender os objetivos do constituinte na proteção da posse indígena.

Alerta-se, inclusive que o inciso 2, *in fine* do artigo 15 tem uma redação menos incisiva sobre o direito de participação das comunidades em benefícios econômicos de atividades sobre as suas terras que a prevista pelo constituinte brasileiro no §3º. do art. 231, pois afirma o dispositivo que “*Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades*”. Abaixo o inteiro teor do dispositivo convencional.

Artigo 15 –

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Observa-se que o dispositivo convencional determina que a participação das comunidades em benefícios das atividades deverão ocorrer sempre que possível, ou seja, ainda que inadvertidamente,

abre uma brecha para limitações de ordem legal, noutro norte, porém, a Constituição da República fixa no §3º do artigo 231 que 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, vedando a possibilidade de advento de impedimento legal a esta participação.

Logo, se pode concluir que, ainda que sob o aspecto da oitiva do licenciamento, se possa afirmar que não há erro na oitiva das comunidades indígenas, neste caso concreto, também se pode afirmar que havendo impactos sobre as terras indígenas, houve sim irregularidades porque não ocorreu a consulta exigida pela texto constitucional, pois aquela não consegue atender as peculiaridades da relação dos índios com o seu território.

A conclusão imediata é que ainda não exista norma legal que estabeleça um procedimento específico da oitiva para a consulta prévia das comunidades indígenas, atendendo ao dispositivo constitucional, isto não significa que esta consulta não deve ser realizada, sob pena de frustrar um direito fundamental.

Ademais, frustrar este direito de consulta prévia pode ter consequência de limitar o direito constitucional de usufruto exclusivo das terras indígenas, ou limitar uma posse ancestral e espiritual dos índios com o seu território, qualificado de permanente pelo constituinte.

O direito de consulta prévia previsto no dispositivo constitucional do art. 231, §3º., e art. 6º. e 15 da Convenção 169 da OIT, implicam na necessária oitiva das comunidades indígenas toda vez que se possa afetar os seus territórios e não havendo, ainda, dentro dos mecanismos previstos na legislação nacional de oitiva social, um que atenda a especificidade da posse indígena, é necessário este ser complementado por outro meio menos formal de oitiva, a ser construído concretamente em cada caso pelo Poder Público, sem prejuízo do

legislador nacional regulamentar outro modo específico desta oitiva comunitária ser realizada.

Caso isto não seja realizado, o Poder Público não cumprindo o seu dever de garantir o exercício deste direito social, pode ser obrigado judicialmente, com o objetivo de tão somente garantir este direito público subjetivo da comunidade indígena, mediante obrigação de fazer para atender este direito humano fundamental indígena no caso concreto³⁹.

Com leciona Cançado Trindade a responsabilidade primária pela observância dos direitos humanos recai nos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados, que deve inclusive ajusta a sua legislação ao normativo internacional de proteção aos direitos humanos⁴⁰, mas sua omissão não lhe exime da obrigação.

³⁹ Não se discute neste texto sobre as diferenças entre Direitos Humanos Econômicos Sociais e Culturais vs Direitos Cívicos e Políticos, muito bem analisadas as correntes que afirmam a sua divisibilidade e indivisibilidade a partir do Parte I – A Dinâmica dos Direitos Humanos e a Estática dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.resgate histórico de sua redação. Uma leitura singular a propósito cfr. TEREZO, Cristina Figueiredo. *In. A atuação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (Tese de Doutorado). Belém: UFPA -PPGD, 2011. pág. 26 a 81. Ainda sobre o desenvolvimento dos Direitos Humanos, com o processo de surgimento da Convenção Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.cfr STEINER, Henry j. ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context*.Oxford;Oxford University, 2007, páginas 133-138.

⁴⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao Longo das Seis Décadas (1948 -2008). In 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos:conquistas dor Brasil, Organizadora Andrea Giovannetti. Brasília :Fundação Alexandre Gusmão. 2009. Página 44. Sobre o níveis de cumprimento destas obrigações do Estado para com os direitos humanos cfr. EIDE, Asbjorn. *Economic and Social Rights as Human Rights*. In KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights ; a text book*, 2 ed. Dordrecht: Londos: M . Nijhoff, 2001, página 30. Sobre a proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais cfr. VERA, Oscar Parra; HERMIDA, Maria Aránzazu Villanueva; MARTIN, Augustin Enrique. *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. - Sistema Universal y Sistema Interamericano*. San José : IDH, 2008, página 14-45.

Esta obrigação de fazer deve ter como características os elementos da consulta prévia que foram desconsiderados na Demanda do Caso do Povo Kichwa de Sarayaku, segundo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente a partir do Caso Saramaku vs Surinam, com fundamento na Convenção 169 e Convenção Americana de Direitos Humanos, antes relatado. Ademais, não se pode ignorar que as nações, através da Assembleia Geral da ONU, estabeleceram a Declaração Das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, firmada em 13 de setembro de 2007, reconhece o direito de consulta prévia como direito fundamental das comunidades indígenas⁴¹

Este dever do Estado de respeito ao direito de Humano Fundamental Indígena de Consulta Prévia, somente é cumprido mediante oitiva da comunidade, que seja anterior a concessão de licença ambiental de operação, ainda que posterior às Audiências Públicas do EIA/RIMA, justamente para se distinguir destas, realizada conforme o mecanismo de decisão política da comunidade indígena, em linguagem compreensível à comunidade, com tradutor se necessário, segundo o princípio da boa-fé, com resposta específica do Estado, sobre as questões postas a respeito dos eventuais efeitos negativos no território, podendo assim ser considerada livre, prévio e informado, necessário para possibilitar a aferição de que o ato de intervenção no território não fere de morte o direito de posse tradicional imemorial indígena reconhecida constitucionalmente.

⁴¹ Art. 19. O Estados realizarão consultas e cooperarão de boa fé com os povos indígenas interessados por meio de de suas instituições representativas antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem, para obter seu consentimento livre, prévio e informado; Art. 32, 2. Os Estados realizarão 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 a suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação com o desenvolvimento, a utilização ou a exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

Respondendo as questões postas anteriormente, sobre a natureza jurídica da autorização do Congresso Nacional e a sua relação com o dever de oitiva das comunidades indígenas, conclui-se que :

1. A autorização do Congresso Nacional não é uma manifestação expressa sobre os limites de como e quando deve ocorrer a intervenção sobre o território indígena, mas apenas uma autorização geral permitindo a intervenção sobre o território;
2. A oitiva das comunidades indígenas não é constitutiva do processo de autorização do Congresso, não sendo prévia ao ato normativo Congressual, cabe apenas ser realizada após a autorização do Congresso, assim, ela não deve se confundir com a oitiva social ocorrida nas audiências públicas do Processo de Licenciamento;
3. A oitiva da comunidade indígena definida no texto Constitucional deve se realizar mediante uma consulta prévia, que deve ser livre, prévia e informada.

O direito de ser ouvido é direito humano fundamental para que se possa existir o início do diálogo, seja índio ou não, como fundamento da democracia.