

A CONVENÇÃO 169 DA OIT E O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA¹

EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

Deborah Duprat²

“Até que os leões inventem as suas próprias histórias, os caçadores serão sempre os heróis das narrativas de caça” (Provérbio africano).³

Resumo: O trabalho busca apresentar o contraste entre o instituto da “consulta” aos povos tradicionais, enquanto elemento central da Convenção 169 da OIT, e a prática corrente do Estado baseada na ideia de uma “sociedade de iguais”, de modo que aquele estaria habilitado a definir um suposto “interesse comum”, invisibilizando, assim, contextos étnicos culturais distintos daqueles considerados hegemônicos.

Palavras-chave: Convenção 169 da OIT; povos tradicionais; consulta.

Resumen: En este trabajo se pretende presentar el contraste entre el instituto de la “consulta” a los pueblos tradicionales, como un elemento central de la Convención 169 de la OIT, y la práctica actual del Estado basado en la idea de una “sociedad de iguales”, de modo que lo Estado haría capaz de definir un supuesto “interés común”, invisibilizando, así, contextos étnicos y culturales distintos de los que se consideran a ser hegemónicos.

Palavras-clave: Convención 169 de la OIT; pueblos tradicionales; consulta.

¹ Data de recebimento do artigo: 29.08.2014.

Datas de pareceres de aprovação: 02.09.2014 e 03.09.2014.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 03.11.2014.

² Subprocuradora-Geral da República e Coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Povos Indígenas e Populações Tradicionais).

³ COUTO, MIA. As confissões da leoa. São Paulo: Companhia das letras, 2012. p. 9.

1. Introdução

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) disciplina uma nova relação do Estado nacional com o seu “povo”, circunstância facilmente identificada se confrontada com o texto normativo que lhe é anterior e que é por ela expressamente revogado: a Convenção 107 da mesma OIT. Enquanto esse último documento consignava como propósito a assimilação de minorias étnicas à sociedade nacional, o presente, já em seu preâmbulo, evidencia a ruptura⁴ com o modelo⁵ anterior. Está expresso em seu texto:

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;
Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas, religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram (...).

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

⁴ A utilização da palavra “ruptura” se dá em sua compreensão atual, de que não há inícios absolutos e continuidades lineares. Há, sim, aquilo que Stuart Hall chama de “rupturas significativas”, em que “velhas correntes de pensamento são rompidas, velhas constelações deslocadas, e elementos novos e velhos são reagrupados ao redor de uma nova gama de premissas e temas (*Da diáspora – identidades e mediações culturais*. 2ª. ed. - Belo Horizonte, MG: UFMG, 2013, p. 143-144). O próprio preâmbulo da Convenção homenageia esse último sentido, ao informar que a reunião da Conferência Geral da OIT, ocorrida em 7 de junho de 1989, tinha por objetivo inicial a revisão parcial da Convenção 107, mas se decidiu sobre uma nova convenção sobre populações indígenas e tribais.

⁵ Em paralelo, no âmbito interno dos Estados nacionais, desenvolvem-se movimentos de revisão constitucional que deem conta, dentre outras tantas mudanças, da transformação do paradigma da assimilação pelo da autodeterminação dos povos indígenas e tribais. No Brasil, a Constituição de 1988, com o mesmo ideário, precede a própria Convenção 169, que é de 1989. Não sendo esse o espaço para maior aprofundamento do tema, ficam apenas as referências de alguns dos dispositivos constitucionais mais emblemáticos que endossam a compreensão aqui desenvolvida: 210, § 2º, 215, 216, 231 e 232, do corpo permanente, e 68 do ADCT.

que, numa “sociedade de iguais”, o Estado está habilitado, por si só, a dizer o que é o “interesse comum” e por ele orientar-se.

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

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

2. O Estado-nação e o seu povo

Não obstante a figura do Estado-nação tenha sido a tal ponto naturalizada, de modo a tê-la como fundamental, permanente e a-histórica, ela é um artefato, e bastante recente. A equação nação = Estado = povo, vinculado a um território, é produto das revoluções americana e francesa, especialmente desta última, à qual tributa sua forma sistemática⁶. Conceitualmente, surge como “a coletividade de habitantes de um território, com tradições, aspirações e interesses comuns, subordinados a um poder central que se encarrega de manter a unidade do grupo”⁷.

O Estado-nação, em sua concepção originária⁸, não se baseou em etnicidade ou língua⁹. Pelo contrário. Hobsbawn¹⁰ acentua:

⁶ As condições para o surgimento do Estado-nação são analisadas em obra seminal de Benedict Anderson (2008), *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

⁷ *Enciclopédia Brasileira do Mérito*. São Paulo/Rio/Porto Alegre: 1958/1964, vol. 13, p. 581.

⁸ Apesar do influente panfleto sobre o terceiro estado – *Que'est-ce le Tiers-État?* - o abade e teórico Sieyès não conseguiu ver prevalecer certa ideia de pureza étnica ali contida, no sentido de identificar a origem germânica da nobreza, o que fazia dela estrangeira e conquistadora da França. O verdadeiro povo seria o de ascendência gaulesa.

⁹ Basta ver os Estados-nações mais antigos: França, Inglaterra e Espanha, sabidamente multinacionais.

¹⁰ HOBBSBAWN, Eric J. *Nações e Nacionalismo desde 1780 – Programa, mito e realidade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 45. No mesmo sentido, Benedict Anderson, ob.cit.

Que os “Estados-nações” seriam nacionalmente heterogêneos nessa forma foi algo prontamente aceito, pois havia muitas partes da Europa e do resto do mundo onde as nacionalidades estavam tão obviamente misturadas no mesmo território que desenredá-las em bases puramente espaciais parecia ser bastante irrealista.

No entanto, a noção de homogeneidade que lhe era correlata seguia sendo um propósito, especialmente diante da compreensão de que as nacionalidades pequenas só tinham a ganhar incorporando-se às nações maiores. Stuart Mill¹¹, articulando o pensamento majoritário de então, dizia:

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

Relacionada a essa convicção, a força do darwinismo social no século XIX: o Estado-nação era uma fase da evolução humana, que ia do pequeno ao grande grupo, da família à tribo, à região e à nação¹². A assimilação dos pequenos povos foi, nesse contexto, um processo inevitável. Em alguns casos, aceita; em outros, obtida por violência real e simbólica.

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

Benedict Anderson¹³ aponta, ainda, três instituições fundamentais no sentido de moldar e consolidar os Estados nacionais: os censos, os mapas e os museus. Essas foram as maneiras pelas quais o Estado imaginou o seu domínio, a geografia do seu território, os seres por ele governados e a sua história comum. Juntos, eles criaram realidades unificadas, categorias raciais claras e fronteiras fixas.

¹¹ MILL, John Stuart. *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*. Londres: ed. popular, 1910, p. 363-364.

¹² HOBSBAWM, ob. cit., p. 50.

¹³ ANDERSON., ob. cit., p. 227-240.

Os censos inscrevem-se em uma dupla perspectiva: a coleta de informações periódicas sobre indivíduos, para o exercício do que Foucault, em diversos trabalhos, chama de “poder disciplinar”, orientado pela regulação e vigilância da população e de cada um de seus membros; e o papel constitutivo, e não meramente descritivo, de categorias populacionais. Ou seja, a identidade das pessoas tinha que ser conformada segundo uma das categorias de antemão estabelecidas, de forma exaustiva e inequívoca. Segundo Anderson, “a ideia fictícia do censo é que todos estão presentes neles, e que todos ocupam um – e apenas um – lugar extremamente claro. Sem frações”¹⁴.

Os mapas, por sua vez, também operam a partir de classificações totalizantes e se prestam, tal qual os censos, “a deixar o espaço sob a mesma vigilância que os recenseadores tentavam impor às pessoas”¹⁵. Tinham logicamente também a função de constituir – e não apenas descrever – a linha que separa interno/externo, nacional/estrangeiro.

E os museus, repositório de uma tradição generalizada, certamente urdida a partir da história do grupo dominante e, como lembra Ernest Renan¹⁶, necessariamente feita de esquecimento e de falsificação. Assim, episódios como o massacre de povos e a escravidão eram reposicionados e, nessa nova forma, museificados.

O que é fundamental reter é que essas três instituições – censo, mapa e museu – estavam interligadas e representam o pensamento classificatório e totalizante que podia ser aplicado a qualquer coisa que estivesse sob o domínio do Estado: povos, regiões, religiões, línguas, monumentos, etc. “O efeito dessa grade era sempre poder dizer que tal coisa era isso e não aquilo, que fazia parte disso e não daquilo”¹⁷. Some-se a isso o direito produzido pelo Estado, também operando a partir de categorias binárias – válido/inválido; legal/ilegal – e homologando os valores a serem inscritos como gerais¹⁸.

Há, no entanto, um segundo movimento do Estado-nação, no sentido de mobilizar o

¹⁴ *Id, ib*, p. 228-229.

¹⁵ *Id, ib.*, p. 240.

¹⁶ *Qu'est que c'est une Nation?*, Conferência feita na Sorbonne em 11.3.1882. In HOBSBAWM, ob. cit., nota 19, p. 25.

¹⁷ ANDERSON, ob. cit., p. 253.

¹⁸ “O direito consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão do Estado, garantida pelo Estado. Ele atribui aos agentes uma identidade garantida, um estado civil, e sobretudo poderes (ou capacidades) socialmente reconhecidos, portanto, produtivos, mediante a distribuição dos direitos de utilizar esses poderes, títulos (escolares, profissionais, etc), certificados (de aptidão, de doença, de invalidez, etc) e sanciona todos os processos ligados à aquisição, ao aumento, à transferência ou à retirada desses poderes (...). O direito é sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas (...).” BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 236-237.

sentimento nacional a partir da etnia e da língua. Ele começa a ocorrer mais ou menos na segunda metade do século XIX e é atribuído basicamente a dois fatores¹⁹: crescente e maciça migração geográfica e a transformação de “raça” como conceito central das ciências sociais, reforçada por ideias evolucionistas do darwinismo. Começa o período da expulsão e morte do estrangeiro, do diferente, de que são exemplos a eliminação em massa dos armênios pelos turcos, em 1915, e a expulsão, também pelos turcos, de 1,3 a 1,5 milhão de gregos que viviam na Ásia Menor, ocorrida em 1922²⁰.

A Segunda Guerra Mundial, com o holocausto dos judeus e a eliminação de incontáveis “diferentes”, representa, a um só tempo, o paroxismo desse sentimento e o início da inflexão do Estado-nação naquilo que é um dos seus pilares: a homogeneidade do povo. Já em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Esse tratado se vale do conceito de genocídio cunhado por Raphael Lemkin, em obra doutrinária de 1944, a qual, referindo-se às técnicas nazistas, inspira-se nas partículas *genos* (raça, tribo) e *cídio* (assassinato)²¹. Já em seu art. 1º, a Convenção diz que o genocídio é crime tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, e o define, em seu art. 2º, como a prática de atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso. No mesmo ano, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consigna, em seu preâmbulo, que os direitos humanos são de aplicação universal e reconhecidos a todas as populações existentes nos Estados membros e nos territórios colocados sob a sua jurisdição.

Outros importantes movimentos vão contribuir decisivamente para a “ruptura significativa” referida no início desse trabalho, especialmente a segunda onda do movimento feminista, os estudos culturais que acompanham o processo de descolonização mais tardio²² e as várias correntes filosóficas que, grosso modo, constituem o que se convencionou chamar pós-modernidade. A aproximá-los, a convicção de que as mudanças pretendidas passam pelo fim dos binarismos, da fixidez das fronteiras, dos essencialismos.

A segunda onda do movimento feminista²³, que tem início na década de 60, além de

¹⁹ HOBSBAWM, ob.cit., p. 126 e 130-131.

²⁰ *Id, ib*, p. 161-162.

²¹ LEMKIN, Raphael *apud* RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 2014, p.165.

²² Interessante notar que esses movimentos de descolonização são lutas muito mais de caráter anti-imperialista do que de viés nacionalista.

²³ A primeira onda é identificada com uma abordagem de igualdade meramente formal no acesso a bens e recursos.

reivindicar a apropriação e reconstrução da identidade histórica herdada, reconhece que esta é perpassada por inúmeros recortes²⁴ – gênero, raça, classe, religião, nacionalidade, etnia, orientação sexual, entre outros – cada qual acionado a depender da situação que se apresenta²⁵. Faz-se ciente também de que o Estado nacional não só é patriarcal, como a distinção que o seu direito impõe entre público/privado situa as mulheres fora dos seus espaços de decisão. Domínios como a família, a sexualidade, a divisão doméstica do trabalho, antes confinados ao campo privado, deslocam-se para o espaço público e político da contestação.

A raça, por sua vez, como categoria biológica ou genética, já tinha tido a sua validade científica abandonada. A persistência do uso do termo nos discursos sobre nação e identidade nacional, agora conotado em termos culturais, é assim analisado por Paul Gilroy²⁶:

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

A contribuição dos estudos culturais não é só de trazer à luz os grupos étnico-

²⁴ A questão da identidade mereceria desenvolvimento que não cabe nos limites desse texto. No entanto, é importante reter que também aqui se opera um deslocamento, de uma identidade contínua e coerente ao longo da existência do indivíduo, própria do Iluminismo, para identidades contraditórias, que levam a diferentes posições do sujeito. Um exemplo recorrente é do episódio lembrado por Stuart Hall (*A identidade cultural na pós-modernidade*, 4ªed. Rio de Janeiro: DP&A, 2000, pp 18-21), ocorrido em 1991, quando o então presidente americano Bush, ansioso por restaurar a maioria conservadora na Suprema Corte, encaminhou a indicação de um juiz negro, Clarence Thomas. Com isso, e jogando o jogo de identidades, ele estaria agradando o eleitorado branco, porque Thomas era um conservador em termos de legislação de igualdade de direitos, e os eleitores negros, que apoiavam políticas liberais em questões de raça. Ocorre que, numa das audiências no Senado, Thomas foi acusado de assédio sexual por uma mulher negra, Anita Hill. A partir daí, as mulheres negras se dividiram, dependendo de qual identidade prevalecia, como negra ou como mulher. Também os homens negros estavam divididos, dependendo de qual fator prevalecia: seu sexismo ou seu liberalismo. As mulheres conservadoras brancas apoiavam Thomas por conta de sua oposição ao feminismo. As feministas brancas se opunham a Thomas tendo por base a questão sexual. E, como Thomas era membro da elite judiciária e Anita Hill, uma funcionária subalterna, também estavam em jogo questões de classe. Tudo isso demonstra que a identificação não é automática, mas depende da forma como o sujeito é interpelado.

²⁵ Quem melhor traduziu essas identidades multifacetadas e contraditórias foi o poeta Walt Whitman: Do I contradict myself? Very well then I contradict myself, I am large, I contain multitudes (Me contradigo? Muito bem, me contradito; sou grande, contendo multidões).

²⁶ GILROY, Paul. *The Black Atlantic*. Cambridge: Harvarde UP, 1993, p. 87.

culturais que permaneceram às margens das sociedades nacionais, mas também a multiplicidade de suas conexões, laterais e descentradas. Esse tema terá maior desenvolvimento no capítulo seguinte.

Por fim, a pós-modernidade²⁷, postulando o fim das grandes narrativas generalizadoras, das verdades universais, e nelas introduzindo diferença e especificidade. Mais do que isso, Derrida²⁸ à frente, o movimento defende a instabilidade inerente ao significado. Há aqui também forte influência da “virada linguística”, que chama a atenção para a conexão mundos da vida/jogos de linguagem²⁹ e subverte qualquer tentativa de criar mundos fixos e estáveis.

Assim, sujeito e identidade são conceitos que, solapados em suas formas unitárias e essencialistas³⁰, ficam a depender das posições discursivas dos falantes. Bourdieu, referindo-se a Goffman, fala das estratégias de apresentação de si³¹, o que pressupõe a possibilidade real, juridicamente e politicamente garantida, de afirmar oficialmente a(s) sua(s) identidade(s)³².

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

Não é por acaso que, ao lado da Convenção 169 e da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural³³, a UNESCO adota, em 2005, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, promulgada, no Brasil, pelo Decreto 6.177, de 1º de agosto de 2007. Esta, em seu preâmbulo, aciona pluralismo/identidade/liberdades expressivas, reconhecendo que

a cultura assume formas diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade; (...)

a diversidade cultural se fortalece mediante a livre circulação de ideias e se nutre das

²⁷ Da mesma maneira que se dá com ruptura, o termo “pós” corresponde a descrições teóricas que tentam construir uma noção de mudança ou transição concebidas como uma reconfiguração de um campo, em vez de um movimento de transcendência linear entre dois estados mutuamente exclusivos. HALL, *Diáspora*, p. 131.

²⁸ DERRIDA, J. *L'écriture et la différence*. Paris: Éditions du Seuil, 1967.

²⁹ WITTGENSTEIN, L. *Investigationes filosóficas*. México: UNAM, 1988.

³⁰ A psicanálise, desde Freud, com a teoria de que nossas identidades, nossa sexualidade e a estrutura de nossos desejos são formadas com base em processos psíquicos e simbólicos do inconsciente, também desorganiza a ideia de identidade fixa, única e inata.

³¹ BOURDIEU, Pierre. *Meditações pascalianas*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 228.

³² Idem, *O poder simbólico*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 129.

³³ Em seu art. 4, proclama que “a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”.

trocas constantes e da interação entre culturas.

E estatui em seu artigo 1:

a diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade dos indivíduos de escolherem suas expressões culturais.

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

3. A consulta da Convenção 169

3.1. Quem consultar

Um primeiro olhar sobre a Convenção 169 causa algum desconforto, a começar pelos seus destinatários. É que, nesse campo, ela praticamente reproduz as expressões de que se valeu a sua antecessora, a Convenção 107: indígenas, tribais e semitribais³⁴. Ou seja, persiste na utilização de termos coloniais e de definições aparentemente fixas.

A perplexidade, no entanto, não resiste ao avanço da leitura, pois, imediatamente após conceituar, em seu artigo 1º, item 1, povos tribais³⁵ e povos “considerados indígenas”³⁶, estabelece, no item 2, que “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”.

Dois aspectos devem ser imediatamente retidos. O primeiro é que tanto a definição de povos indígenas como a de povos tribais é bastante aberta, contentando-se com um único vetor: organização social, cultural, econômica e política que os distinga, total ou parcialmente,

³⁴ Estes últimos definidos como aqueles “cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional”.

³⁵ Aqueles cujas “condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”.

³⁶ “pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras nacionais e que, seja qual for a sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas”.

de outros setores da sociedade envolvente. E o segundo é que o elemento definitório central é a consciência da identidade pelo próprio grupo. Há aqui um efeito real e simbólico de dimensões impressionantes: devolvem-se aos diversos grupos as expressões com que foram cunhados pelo Estado nacional/colonial, para que delas se apropriem e as ressignifiquem.

Mas outros desdobramentos devem ser destacados. A começar pelo desprezo das classificações totalizantes, porque são, como denunciado pelos estudos culturais, categorias discursivas em torno das quais se organizou um sistema de poder e de exclusão³⁷; porque são formas de racismo, ao destacarem determinadas características de um grupo e representá-las como fixas, inerentes, transmitidas pela cultura e pela herança biológica.

Stuart Hall lembra que “o racismo biológico e a discriminação cultural não constituem dois sistemas distintos, mas dois registros do racismo”³⁸; porque os grupos não são totalidades, mas compostos de elementos contraditórios, antagônicos e instáveis; porque esses grupos não são “resíduos do passado dentro do presente” (...) “que emergem como anomalias temporais dentro do contemporâneo”³⁹; porque uma cultura, enquanto está sendo vivida, é sempre em parte desconhecida e, por isso, não pode ser totalmente objetivada.

De fato, anteriormente anotou-se que os sistemas classificatórios foram fundamentais para assegurar ao Estado o domínio das designações e dos direitos a elas equivalentes. Esse fenômeno corresponde a um período histórico do Estado-nação que se pretende superado, no plano dos fatos e dos direitos. Se a situação presente é de pluralismo do corpo social, se não mais subsiste o poder de um grupo sobre os demais, não há solução possível senão que cada qual assuma para si as suas definições identitárias. A insistência nas classificações externas é a persistência de uma luta por restauração de poder e dominação⁴⁰.

Por outro lado, é preciso resistir à tentação de essencializar comunidades⁴¹, como entidades orgânicas, autossuficientes e autônomas. A despeito de permanecerem distintas, são atravessadas constantemente pelo entorno. Isso não significa declínio ou perda de identidade,

³⁷ HALL, *Diáspora*, ob. cit., p. 77.

³⁸ Idem, *ibidem*, p. 78.

³⁹ EAGLETON, Terry. *A ideia de cultura*. São Paulo: Unesp, 2011, p. 44.

⁴⁰ Bourdieu adverte para o fato de que “qualquer unificação, que *assimile* aquilo que é diferente, encerra o princípio da dominação de uma identidade sobre outra, da negação de uma identidade por outra”. *O poder simbólico*, ob. cit. p. 129.

⁴¹ Segundo Bourdieu, “o poder sobre o grupo que se trata de trazer à existência enquanto grupo é, a um tempo, um poder de fazer o grupo impondo-lhe princípios de visão e de divisão comuns, portanto, uma visão única de sua identidade, e uma visão idêntica de sua identidade. *Id.*, p. 117. Martha Nussbaum lembra que “também é um equívoco tratar as culturas como algo homogêneo, sem considerar a diversidade interna e o conflito.” (*Las mujeres y el desarrollo humano*. Barcelona: Herdler Editorial, 2002, p. 248).

mas, antes, identidades que se fortalecem pela abertura de novas possibilidades. Por isso, a expressão “cultura autêntica” é destituída de sentido: a cultura não está fora da história, das mudanças e das intervenções políticas. Segundo Hall⁴²,

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

Some-se a isso tudo o fato de que a linguagem ativa uma gama de significados que estão embutidos numa determinada cultura; que não há como dissociar mundo da vida/jogos de linguagem⁴³; e que a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais registra expressamente em seu preâmbulo que “a cultura assume formas diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade”; não há como recusar aos diversos grupos a apropriação de suas definições identitárias.

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

No Brasil, o Decreto 6040, de 7 de fevereiro, de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, orienta-se pela mesma compreensão, valendo-se, no entanto, de uma única classificação para abranger a clientela, que, na Convenção 169, desdobra-se em duas. Os incisos I e II de seu artigo 3º merecem ser transcritos:

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

⁴² HALL, *Diáspora*, ob. cit., p. 49.

⁴³ WITTGENSTEIN, L. ob. cit.

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

Ambos os dispositivos, a despeito de não enunciarem expressamente, têm inspiração óbvia na Convenção 169 e não deixam dúvidas sobre a abertura do conceito ali inscrito. A ressalva a povos indígenas e quilombolas no inciso II, por contarem com disciplina constitucional, é evidência suficiente de que a definição vai além deles. De resto, a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais conta, em sua composição, com representantes, entre outros, de comunidades de fundo de pasto, quilombolas, faxinais, pescadores, seringueiros, ciganos, indígenas, caiçaras, quebradeiras de coco babaçu.

De modo que a Convenção 169, no Brasil, aplica-se a todos esses grupos e a tantos outros quantos se apresentem sob o único vetor que normativamente os aproxima: organização social, política e cultural distinta da sociedade de grande formato⁴⁴. São muitos, sim. O direito apenas os invisibilizou por longo tempo⁴⁵. Chegou a hora de conhecê-los e reconhecê-los como sujeitos de direitos. E, por isso, é preciso convidá-los a falar. Talvez seja esse o último espaço a ser de fato conquistado. No mais, é interessante notar como esses grupos se apropriaram de mapas e os reconfiguraram: há, na atualidade, cartografias geradas

⁴⁴ Está sob exame dos órgãos do executivo, por exemplo, pretensões territoriais de comunidades ribeirinhas, extrativistas e geraizeiras. Também há legislação municipal e estadual contemplando quebradeiras de babaçu (art. 196 da Constituição do Maranhão, além de várias leis municipais), comunidades de fundo de pasto (art. 178 da Constituição da Bahia e Lei baiana 12.910/2013) e faxinalenses (Lei paranaense 3446/1997). No âmbito do Judiciário, além de várias decisões determinando a consulta da Convenção 169 a povos indígenas e quilombolas, começa a haver a determinação de que outros povos e comunidades sejam consultados. Na ação movida pelo Ministério Público Federal contra o Estado do Amazonas (processo nº 0006962-86.2014.4.013200), a juíza da 1ª vara federal do Amazonas, Jaiza Maria Pinto Fraxe, concedeu a liminar “para determinar a suspensão dos efeitos do Decreto nº 32.875, de 10 de outubro de 2012 (que declarou de utilidade pública área destinada a construção de polo naval); suspensão imediata de todas as medidas atinentes ao projeto de implantação do Complexo Naval Mineral e Logístico, enquanto não realizada a consulta prévia, livre e informada das comunidades tradicionais ribeirinhas que vivem na região, nos termos dos artigos 6 e 15 da Convenção nº 169/OIT.” Consta da decisão o seguinte trecho: “Portanto, comunidades tradicionais não são definidas por algum tipo de rol fechado, tratando-se de qualquer grupo humano com traços culturais peculiares, sistemas de manejo que respeitam os ciclos da natureza, mediante utilização de conhecimentos herdados de gerações passadas, que assim se declarem, não cabendo ao Direito negar-lhe identidade, a pretexto de preenchimento de cadastros e formulários definidos por quem não pertence a esses grupos.” O Superior Tribunal de Justiça, na Reclamação 17.224/PA, referendou a necessidade de consulta aos povos indígenas e tribais atingidos pela Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós.

⁴⁵ A Convenção 169 contém expresso reconhecimento desse dado já em seu preâmbulo: “observando que, em diversas partes do mundo, esses povos não têm condições de gozar de seus direitos humanos fundamentais na mesma medida que o resto da população dos Estados nos quais vivem (...)”.

por inúmeras comunidades país afora⁴⁶. Pretendem fazer o mesmo com o censo. A Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais⁴⁷ já há algum tempo pleiteia a realização de censo que dê conta dessa clientela, a partir do critério exclusivo da autoatribuição.

Para Gramsci⁴⁸, uma velha concepção de mundo não é substituída por outra, pronta e acabada, mas deslocada por outro modo de pensamento e internamente retrabalhada e transformada. É disso que aqui se trata.

3.2. Como consultar

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

Art. 6º.

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

a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

(...)

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

Art. 7º.

1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições,

⁴⁶ “O Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia produziu um total de setenta fascículos, organizados em seis séries, referentes ao trabalho das três primeiras etapas de pesquisa, entre março de 2005 e janeiro de 2009. Produziu também 13 livros e um mapa (síntese referente à área ecológica dos babaçuais). Em 2006 o Projeto expandiu os trabalhos de mapeamento social para fora da Amazônia com a série 2, intitulada Projeto Nova Cartografia Social dos Povos e Comunidades Tradicionais do Brasil. Entre os anos de 2006 e 2007 foram publicados 10 fascículos, focalizando a diversidade social, a saber: Povos dos Faxinais, Fundos de Pasto, Quilombolas, Pescadores, Ribeirinhos, Cipozeiros e Povoado Pantaneiro, nos Estados do Paraná, Bahia, Pará, Amazonas, Roraima, Pernambuco, Espírito Santo, Santa Catarina e Mato Grosso”. Informação extraída do sítio www.ppgcspa.uema.br

⁴⁷ Por meio do Ofício nº 75/2014, de 4 de abril desse ano, o representante do MPF junto à Comissão, Wilson Rocha Assis, o membro da CNPCT e coordenador executivo da CONAQ, Jhonny Martins de Jesus, e o perito antropólogo da 6ª CCR, Marco Paulo Schettino, “sugerem que a agenda do recenseamento dos povos e comunidades tradicionais seja retomada e fomentada pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (...)”. E, através do Ofício Circular nº 20/2014, a Secretaria Nacional de Articulação Social da Secretaria-Geral da Presidência da República convida a coordenadora da 6ª CCR a participar de “Oficina sobre Povos e Comunidades Tradicionais e Censos Nacionais, com a equipe técnica do IBGE, que irá ocorrer entre os dias 07 e 08 de agosto de 2014 (...)”.

⁴⁸ *Cuadernos de la Cárcel*, in Ediciones Era. Acessado em: <http://kmarx.files.wordpress.com/2012/06/gramsci-antonio-cuadernos-de-la-cc3a1rcel-vol-1.pdf>.

bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.

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

A consulta é prévia exatamente porque é de boa-fé e tendente a chegar a um acordo. Isso significa que, antes de iniciado o processo decisório, as partes se colocam em um diálogo que permita, por meio de revisão de suas posições iniciais, se chegar à melhor decisão. Desse modo, a consulta traz em si, ontologicamente, a possibilidade de revisão do projeto inicial ou mesmo de sua não realização. Aquilo que se apresenta como já decidido não enseja, logicamente, consulta, pela sua impossibilidade de gerar qualquer reflexo na decisão⁴⁹. A Resolução CONAMA nº 1, de 23 de janeiro de 1986, que “dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental”, diz, em seu art. 5º, I, que o estudo de impacto ambiental deve “contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto”. Esse é um norte bastante adequado também para a consulta, inclusive naqueles casos em que se exige prévia autorização do Congresso Nacional⁵⁰. A Convenção 169 não deixa dúvidas quanto a esse ponto: a consulta antecede quaisquer medidas administrativas e legislativas⁵¹ com potencialidade de afetar diretamente povos indígenas e tribais.

Também decorre da racionalidade do sistema que, nas medidas que se desdobram em vários atos, como ocorre, por exemplo, no procedimento de licenciamento ambiental, a consulta prévia seja renovada a cada geração de novas informações, especialmente aquelas relativas a impactos a serem suportados pelos grupos. O consentimento inicial para a obra se

⁴⁹ A propósito, ONU, Consejo de Derechos Humanos, informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas. James Anaya. Doc ONU A/HRC/12/34, 15 de junho de 2009, p. 65.

⁵⁰ Art. 231, § 3º, da Constituição brasileira: “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

⁵¹ Pende de exame, no Supremo Tribunal Federal, o AgRg na Reclamação 14.404, tendente a anular decreto legislativo que autorizou a construção da UHE Belo Monte sem que fosse precedido de consulta às comunidades atingidas pelo empreendimento.

dá a partir dos poucos dados disponíveis. Uma vez realizado o estudo de impacto ambiental e adicionadas outras tantas informações, a consulta tem que ser renovada, e, mais uma vez, iniciado o processo dialógico tendente ao acordo.

Esse é um imperativo que decorre, primeiro, dos próprios vetores da consulta (especialmente, nesse ponto, o seu caráter de boa fé), e, segundo, da natureza do estudo de impacto ambiental. Esse estudo, nos termos do art. 6º da Resolução CONAMA 001/86, deve fazer (i) o diagnóstico da área de influência do projeto sob três perspectivas – meios físico, biótico e socioeconômico, e as interações entre eles; (ii) a análise dos impactos ambientais do projeto e suas alternativas; (iii) a definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos. É o conjunto dessas informações que habilitará os grupos impactados a decidirem pela realização ou não da obra, ou pela adoção de projeto alternativo. Não seria razoável conclusão no sentido de que aquela primeira adesão, feita com base em informações um tanto quanto precárias, pela ausência dos estudos cabíveis, esgotasse o processo de consulta da Convenção 169. Portanto, é imperativo considerar que a consulta é de natureza procedimental sempre que a medida projetada assim se apresentar, e se renova a cada fase do procedimento que agregar novas informações sobre impactos a serem suportados pelos grupos diretamente atingidos, bem como sobre as medidas tendentes a mitigá-los e compensá-los⁵².

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

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

⁵² A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já estabeleceu que “através de tais processo de consulta prévia, deve-se garantir a participação dos povos indígenas e tribais em todas as instâncias de decisão dos projetos de exploração de recursos naturais em suas terras e territórios, desde seu desenho, licitação e concessão, até sua execução e avaliação.” CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia em Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, p. 248.

de acordo com as peculiaridades de cada grupo.

A começar pela eventual necessidade de tradução, seja de língua, seja de linguagem. Em ambas as hipóteses, o que é preciso assegurar é a compreensão do projeto e todas as suas implicações. Como foi dito anteriormente, linguagem/mundo da vida têm entre si relação de complementaridade. De modo que falantes da mesma língua podem não se compreender porque provenientes de mundos culturais diversos. A intermediação antropológica, nesses casos, se presta a aproximar os interlocutores e possibilitar de fato o diálogo⁵³.

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

Tampouco há uma fórmula única para a tomada de decisões. Alguns grupos as reservam aos caciques, anciões, professores; outros, à totalidade do grupo ou a instâncias representativas. O que é fundamental reter é que não se pode subverter esse processo mediante uma solução externa⁵⁴.

Portanto, no mais das vezes, o processo de consulta deve contar com antropólogo com conhecimento do grupo a ser consultado. Esse profissional é que permitirá que perguntas e respostas sejam adequadamente postas e compreendidas por ambos os lados. Sem esse aporte, a consulta, em si, tem potencialidade de gerar dano até superior ao do próprio projeto

⁵³ Para os Enawene Nawe, grupo que só começa a ter mais contato com a sociedade envolvente no fim dos anos 1990, os *Yakaliti* são seres gananciosos e donos dos recursos naturais. Quando não saciados, podem causar doenças e mortes. A vida cotidiana dos Enawene Nawe, por isso, conta com extensos cerimoniais de oferecimento de comidas e bebidas aos *Yakaliti*, especialmente peixe, bebida e sal. Antigamente, uma barragem feita com cobras, construída pelo espírito *Talekololi*, causou um dilúvio que inundou por completo o seu território. As pessoas morriam por não ter onde se proteger e os cadáveres iam sendo devorados, um a um, pelos *Yakaliti*. Restou apenas um casal, que se salvou ao se abrigar no topo de um morro que aumentava de tamanho, conforme subia o nível da água represada. Em 2003, quando os Enawene foram informados pela primeira vez sobre a construção das PCHs no Rio Juruena, houve pânico, temendo-se a repetição do mito. ALMEIDA, Juliana, “Alta tensão na floresta: os Enawne Nawe e o Complexo Hidrelétrico Juruena”. in *Reflexões Indígenas*, orgs. Rinaldo S. Arruda, Andrea Jakubasko, Marcos de Miranda Ramires. Campinas (SP): Editora Curt Nimuendajú, 2011.

⁵⁴ Para a Corte Interamericana, a consulta de boa-fé “é incompatível com práticas tais como intentos de desintegração da coesão social das comunidades afetadas, seja através da corrupção dos líderes comunais ou do estabelecimento de lideranças paralelas, ou por meio de negociações com membros individuais das comunidades. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N° 245, p. 186.

que se pretende implantar⁵⁵.

3.3. Os efeitos da consulta

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

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

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

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

A Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu, a partir do caso Saramaka⁵⁶, uma distinção entre consulta e consentimento, exigindo esse último nas hipóteses de grandes projetos de empreendimento que provoquem perda de território ou seu grave comprometimento no que diz respeito ao acesso, uso e gozo dos recursos fundamentais à existência física e cultural do grupo.

Tal entendimento decorre do tratamento que a Convenção 169 confere aos territórios ocupados pelos povos indígenas e tribais, considerando-os espaços fundamentais para as suas

⁵⁵ O Consórcio Norte Energia, responsável pela construção da UHE Belo Monte, não conseguindo implantar o PBA indígena, apresentou um plano emergencial sob a forma de “listas”. Significava que os índios afetados pelo empreendimento poderiam pedir o que quisessem. Quando o antropólogo Guilherme Orlandini Heurich chegou aos Araweté em 2013, surpreendeu-se com a quantidade de canoas/voadeiras e com o fato de muito jovens serem seus proprietários. Um deles, de nome Jawití, tinha 11 anos e viajava “pra cima e pra baixo nesse Xinguzão”. O Consórcio era visto como o grande doador, universal e infinito. O que não ficou claro nesse processo é como essa fartura, apreciada pelos araweté, se apresenta para o seu xamanismo, as exigências dos mortos sobre as coisas que faltam no céu. Nesse quadro de abundância, Moinowihí disse a Guilherme que tudo que a Norte Energia estava enviando era uma compensação pela morte de todos na aldeia, pela água da barragem (Relato do antropólogo citado em reunião ocorrida na 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em 14 de maio de 2013). Ou seja, os araweté estavam vivendo o seu apocalipse.

⁵⁶ *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, p. 135-137.

culturas e seus valores espirituais⁵⁷. Essa noção de território é um dos elementos centrais da virada paradigmática no âmbito do direito. A relação indivíduo/terra/propriedade privada, até então a única por ele homologada, passa a conviver com a de coletividades/territórios/espacos de pertencimento. A primeira, de natureza individual, com o viés da apropriação econômica; a segunda, como *locus* étnico e cultural⁵⁸. Nesse sentido, a desterritorialização forçada corresponde a verdadeiro genocídio, pois se suprime ao grupo espaço identitário dentro do qual a sua existência faz sentido. Daí por que a Convenção 169 expressamente dispõe, em seu art. 16.1, que “os povos interessados não deverão ser retirados das terras que ocupam”. E, nos itens seguintes, faz de retirada e reassentamento medidas absolutamente excepcionais, a dependerem de consentimento livre e informado, com garantia de retorno tão logo cessem as razões que fundamentaram a transferência.

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

4. Considerações adicionais – O Cosmopolitismo Jurídico

A interpretação aqui desenvolvida sobre a consulta da Convenção 169 conta com o endosso de cortes e órgãos internacionais e regionais de direitos humanos, como revelam as

⁵⁷ Art. 13. 1. “Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”.

⁵⁸ Internamente, são vários os textos normativos que têm por objeto assegurar a posse/propriedade de territórios aos respectivos grupos. Exemplificativamente, os arts. 231 da CF (indígenas) e 68 do ADCT (quilombolas); Decreto 6.040 (povos e comunidades tradicionais); Decreto 4.887 (quilombolas); Decreto 1.775 (povos indígenas).

várias anotações em rodapé. Essa circunstância é de importância considerável na exegese a ser desenvolvida pelos juízes e tribunais do Brasil.

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

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

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

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

Segundo Peter Häberle⁵⁹, na atualidade, são reconhecidas tendências no campo do direito constitucional de vários países ocidentais “que indicam a diluição do esquema estrito interno/externo a favor de uma abertura ou amabilidade do Direito Internacional”⁶⁰. Estaria a caminho uma conversão do Estado nacional soberano em Estado constitucional cooperativo, assim resumidamente apresentado:

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

⁵⁹ *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁶⁰ *Id. ib.*, p. 47.

(Cruz Vermelha, Anistia Internacional).⁶¹

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

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

A ideologia do monopólio estatal das fontes jurídicas torna-se estranha ao Estado constitucional quando ele muda para o Estado constitucional cooperativo. Ele não mais exige monopólio na legislação e interpretação: ele se abre – de forma escalonada – a procedimentos internacionais ou de Direito Internacional de legislação, e a processos de interpretação⁶².

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

(...) o texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, parágrafos 2º, 3º e 4º, da Constituição Federal, que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional⁶³.

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

⁶¹ ob. cit., p. 70-71.

⁶² ob. cit., p. 61

⁶³ AC 2436 MC / PR – Paraná Medida Cautelar Em Ação Cautelar. Relator: Min. Presidente Julgamento: 03/09/2009.

questão.

5. Conclusão

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

É preciso, no entanto, investir demasiadamente nela. Sua abertura para a diferença e para as margens, e o descentramento da narrativa que ela possibilita, gera uma resistência, às vezes até agressiva, ao que ali se contém⁶⁴. As categorias de *civilização* e *barbárie*, volta e meia, são acionadas para classificar aqueles que estão a favor ou contra “projetos de desenvolvimento”. Ou tomam-se esses grupos, e seus integrantes, por frágeis, sofredores, necessitados, dependentes, vulneráveis, que, mais do que tudo, devem ser monetariamente satisfeitos. A consulta, então, transforma-se em análises de custo-benefício, com cálculos grotescos colocando valores em vidas humanas.

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

6. Referências Bibliográficas.

ALMEIDA, Juliana. “Alta tensão na floresta: os Enawne Nawe e o Complexo Hidrelétrico Juruena”. In: ARRUDA, Rinaldo S.; JAKUBASKO, Andrea; RAMIRES, Marcos de Miranda.

⁶⁴ O Deputado Paulo Cesar Quartiero, do DEM/RR, apresentou projeto de decreto legislativo, que veio a tomar o nº PDC 1471/2014, com o propósito de sustar a aplicação do Decreto 5051, de 19 de abril de 2004 (que promulgou a Convenção 169), e revogar a subscrição do Brasil à referida convenção. A proposta foi arquivada, e o mesmo parlamentar apresentou a indicação INC 6346/2014, por meio da qual se sugere à Presidente da República a denúncia da Convenção 169. Essa proposição está em tramitação, e o seu andamento, obtido no sítio www.camara.leg.br, revela que, em 16/7/2014, foi remetida ao Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

- (Orgs.). *Reflexões Indígenas*, Campinas: Editora Curt Nimuendajú, 2011.
- ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- _____. *Meditações pascalianas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- COUTO, Mia. *As confissões da leoa*. São Paulo: Companhia das letras, 2012.
- DERRIDA, Jacques. *L'écriture et la différence*. Paris: Éditions du Seuil, 1967.
- EAGLETON, Terry. *A ideia de cultura*. São Paulo: Unesp, 2011.
- ENCICLOPÉDIA BRASILEIRA DO MÉRITO. São Paulo/Rio/Porto Alegre: Editora Mérito S.A., vol. 13, 1958/1964.
- GRAMSCI, Antonio. *Cuadernos de la Cárcel*. Disponível em: <<http://kmarx.files.wordpress.com/2012/06/gramsci-antonio-cuadernos-de-la-cc3a1rcel-vol-1.pdf>> . Acesso em 22 ago. 2014.
- GILROY, Paul. *The Black Atlantic*. Cambridge: Harvarde UP, 1993.
- HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HALL, Stuart. *Da diáspora – identidades e mediações culturais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed.UFMG, 2013.
- _____. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.
- HOBBSBAWM, Eric J. *Nações e Nacionalismo desde 1780 – Programa, mito e realidade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 2014.
- MILL, John Stuar. *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*. Londres: Ed. Popular, 1910.
- NUSSBAUM, Martha. *Las mujeres y el desarrollo humano*. Barcelona: Herdler Editorial, 2002.
- SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Qu'est-ce que le tiers état?*. 1788.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigationes filosóficas*. México: UNAM, 1988.