

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

Igor Martins Coelho Almeida¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. CONVENÇÃO nº 169 da OIT: breve resgate histórico. 2. A EXPERIÊNCIA COLOMBIANA: o entendimento da Corte Constitucional quanto a aplicação do direito de consulta prévia. 3. O BRASIL E O DIREITO DE CONSULTA PRÉVIA: cenário de indefinição e delineamento de perspectivas. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

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

Palavras chave:

Internalização da Convenção; Consulta Prévia; Regulamentação.

ABSTRACT

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

Key words:

Internalization of the Convention; Prior Consultation; Regulations.

¹ Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/UFMA. Professor Adjunto I do Curso de Direito, Centro Universitário Dom Bosco/UNDB

INTRODUÇÃO

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

A Colômbia foi um dos primeiros países latino-americanos a adotar a Convenção nº 169 da OIT e, conseqüentemente, internalizar a consulta prévia, resultado das manifestações da Corte Constitucional daquele país quanto à constitucionalidade desse direito. Apesar da adoção no Brasil ter ocorrido há exatos 20 (vinte) anos, inexistente regulamentação legal quanto ao procedimento de consulta prévia em grandes empreendimentos privados ou públicos que afetem povos indígenas ou tribais em nosso território. Neste sentido, questiona-se se os delineamentos traçados pelas decisões da Corte Constitucional da Colômbia podem balizar uma futura regulamentação do direito de consulta prévia aqui no Brasil.

Como objetivo primordial deste trabalho, cabe refletir sobre o do direito de consulta prévia na Colômbia, a partir de uma análise crítica, e as discussões em torno da necessidade de regulamentação desse direito no Brasil. O caso colombiano é aqui analisado tendo em vista a sua relevância no contexto dos países sul americanos nesta temática. Tomar a Colômbia como reflexão, auxilia as nossas recentes pretensões, sobretudo quando o governo brasileiro atua no sentido de regulamentação do direito de consulta prévia, alegando uma maior garantia aos direitos dos povos indígenas e tribais no Brasil².

Em um primeiro momento serão traçadas linhas introdutórias a respeito da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)³. Sobre a Convenção nº 169, vamos recuperar as discussões que nortearam a sua proposição em substituição a Convenção nº 107 e os distintos posicionamentos, que se antagonizavam entre integração assimilação ou não,

² Importa salientar que no Brasil inexistem “povos tribais”. Nesse sentido, o significado *tribal* deve ser considerado “lato sensu” envolvendo os grupos sociais emergentes organizados em movimentos sociais (como: os seringueiros, quebradeiras de coco, faxinalenses, catadoras de mangaba, comunidades de fundo de pasto, dentre outros). Sobre esse processo, que se encontra referido a um campo jurídico de disputas, remeto a Shiraishi Neto, Joaquim. 2ª ed. **Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil**. Manaus: edições UEA, 2010.

bem como a sua importância para os povos indígenas e tribais na América Latina. Merece destaque o processo de internalização da Convenção nº 169 OIT nestes países ao longo da década de 1990³. Boa parte desses países vinha de um longo período de regimes autoritários, sem qualquer compromisso com a afirmação de direitos dos povos ancestrais. A retomada do regime democrático nesses países possibilitou uma tentativa de resgate da histórica e da cultura desses povos, bem como a afirmação e efetividade dos seus direitos. Importa destacar também o grau de organização e visibilidade que esses movimentos vinham ganhando ao longo das últimas décadas, o que contribuiu para a construção de documentos internacionais sobre tais povos (a própria Convenção nº 169 da OIT é exemplo disso), bem como do reconhecimento constitucional da existência, da cultura e dos direitos territoriais desses povos.

Na segunda parte do artigo será debatido o contexto de internalização da Convenção nº 169 OIT na Colômbia. Com a incorporação do direito de consulta prévia, iniciaram as manifestações da corte constitucional daquele país sobre sua constitucionalidade e efetividade, sendo apresentado um panorama sobre as principais decisões da Corte Suprema sobre o direito de consulta prévia, bem como uma visão sobre a atual situação desse direito naquele país. Nesse sentido será possível perceber como se deu o avanço no processo de discussão e incorporação jurídica do tema. Por fim, realiza-se uma análise crítica envolvendo as discussões em torno do processo de regulamentação do direito de consulta prévia no Brasil envolvendo os povos indígenas e tribais.

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

1. CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT: breve resgate histórico

Resultado de um debate com os mais diversos segmentos e representantes indígenas e de povos tribais, a Convenção nº 169 é, ainda hoje, o único instrumento normativo de caráter vinculante referente a direitos de povos indígenas e tribais, e por muito tempo, foi o mais completo diploma internacional. Rompe com a lógica integracionista, protecionista e paternalista

³ A Convenção nº 169 da OIT foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

da Convenção nº 107, atendendo assim aos anseios desses povos. Aliás, importa afirmar que a Convenção nº 169 deve ser compreendida como parte integrante de um sistema jurídico de proteção dos povos indígenas e tribais, que envolve outros dispositivos internacionais, a exemplo da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁴ e da Convenção sobre o genocídio⁵.

A OIT desenvolve estudos sobre a situação dos trabalhadores indígenas desde a criação, ainda na década de 1920, tendo em vista uma preocupação com o trabalho forçado de tais populações em algumas colônias, levando a Organização, na adoção da Convenção nº 29⁶, a orientar os Estados a adotarem normas e ações de cooperação técnica em relação aos povos indígenas e tribais. Finalmente, como resultado dos estudos e grupos de trabalho promovidos pela OIT, foi adotada a Convenção nº 107, “*concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes*”⁷.

Apesar de ser considerada um marco na proteção e promoção de direitos de povos indígenas e tribais, haja vista ser o único instrumento normativo internacional referente às condições de vida e de trabalho desses povos à época, a Convenção nº 107 foi, ao longo dos anos, sofrendo várias críticas. As principais foram a ideia de que o futuro desses povos estaria na integração com a sociedade majoritária (ocidental, urbana e capitalista) e na falta de espaços de participação e consulta no que tange as decisões relativas ao desenvolvimento, que eram de competência exclusiva dos Estados e não dos povos que pudessem ser afetados.⁸ Segundo Swepston & Tomei,

“Com a crescente tomada de consciência por parte dos povos indígenas e tribais, durante as décadas de 60 e 70, e com a participação cada vez maior das organizações indígenas no plano internacional. Estas ideias começaram a ser questionadas. Surgiu então a necessidade de atualizar a Convenção nº 107.”⁹

Outros autores também destacam o crescimento do movimento indígena no cenário

⁴ Em 2007, a Assembleia Geral da ONU adotou, em sua 107ª sessão plenária, em 13 de setembro de 2007, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. A Declaração se inspirou em diversos pontos da Convenção 169, como o reconhecimento do direito de autodeterminação, autonomia e autogoverno desses povos (artigos 3 e 4).

⁵ Ratificada pelo Brasil por meio da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

⁶ Convenção nº 29 da OIT sobre trabalho forçado ou obrigatório, adotada em 10 de junho de 1930, na 14ª sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho.

⁷ A Convenção nº 107 da OIT foi adotada em 05 de junho de 1957, na 40ª sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, realizada na cidade de Genebra.

⁸ SEWPSTON, Lee; TOMEI, Manuela. **Povos Indígenas e Tribais**: Guia para aplicação da convenção nº 169 da OIT. 1ª ed. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1999.

⁹ SEWPSTON, Lee; TOMEI, Manuela. **Povos Indígenas e Tribais**: Guia para aplicação da convenção nº 169 da OIT. 1ª ed. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1999. p.19

internacional, incidindo politicamente nas arenas políticas de tomada de decisão. Nesse sentido, I Puig descreve a emergência e os impactos dos movimentos indígenas nessa arena, em especial em alguns países da América Latina, apontando alguns elementos que propiciaram a emergência desses movimentos.¹⁰

A emergência desses movimentos e a pressão exercida por eles (em âmbito nacional ou internacional) resultaram em uma revisão, por parte do Conselho de Administração da OIT, das normas atinentes aos povos indígenas e tribais. A Convenção 169, fruto desses debates, incluiu o princípio fundamental de que as formas de vida desses povos são permanentes e duráveis. Outro ponto crucial foi o reconhecimento da necessidade do envolvimento desses povos e de suas organizações tradicionais no planejamento e na execução de projetos de desenvolvimento que lhes afetem, direta ou indiretamente.¹¹

A Convenção nº 169 da OIT (e conseqüentemente, o direito de consulta prévia) surge inserido no processo de pós-descolonização dos povos indígenas. Dentro do âmbito dos organismos internacionais, a formação do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas (GTPI)¹² impulsionou o processo de discussão de criação de ordens normativas que rompessem com o anterior caráter insculpido na Convenção nº 107 da OIT, possibilitando, desta forma, um novo olhar de proteção aos povos indígenas e tribais, respeitando sua autonomia e suas formas culturais. A constituição do GTPI apontou a necessidade de criação de regramentos que garantissem a reprodução física, social, cultural e econômica dos povos indígenas, tendo papel decisivo na criação de desses regramentos. Esse processo de pós-descolonização dos povos indígenas e tribais culminou com a aprovação pela Organização das Nações Unidas (ONU) da

¹⁰ O autor aponta como elementos a conjuntura internacional mais favorável após a Segunda Guerra Mundial, com a construção de diversos instrumentos de afirmação de direitos humanos; o papel das Igrejas (em especial a Igreja Católica) e dos antropólogos, no sentido de emponderamento de tais povos, estimulando os mesmos a exercerem seu protagonismo; e o surgimento das redes transnacionais de defesa de direitos, sobretudo formada por Organizações Não Governamentais (ONG's), que começaram a empreender atividades de *lobby* sobre organizações internacionais, instâncias multilaterais e governos nacionais. Para saber mais, ver "Sobre la emergencia e impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas claves interpretativas desde lo local y lo global", In: WILHELM, Marco Aparicio (org). **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio**. Conflictos y desafíos en América Latina. Barcelona: Icaria edición, 2011

¹¹ SEWPSTON, Lee; TOMEI, Manuela. **Povos Indígenas e Tribais**: Guia para aplicação da convenção nº 169 da OIT. 1ª ed. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1999. p.20.

¹² O GTPI foi estabelecido pelo Conselho Econômico e Social, segundo a Resolução nº 1982/34, de 7 de maio de 1982 e é composta de cinco especialistas independentes, membros da Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção de Minorias, vinculada à ONU. Trata-se então de um órgão subsidiário da Subcomissão, que se reúne anualmente, com o objetivo de examinar os acontecimentos envolvendo promoção e proteção dos direitos humanos e das liberdades individuais das populações indígenas e ainda, acompanhar a evolução das normas internacionais relativas aos direitos indígenas (MARTÍ I PUIG, 2011, p. 81)

Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007.¹³

Tanto a Declaração da ONU quanto a Convenção nº 169 reconhecem o direito a livre determinação desses povos, exercendo-a por meio da sua autonomia política, econômica, social e cultural.¹⁴ Aponta I Puig que, “*probablemente, sin la labor del GTPI tampoco hubiera aparecido el instrumento jurídico internacional que hasta el momento más impacto ha tenido em los derechos de los pueblos indígena*”¹⁵ manifestando a importância do grupo na criação da Convenção nº 169 da OIT.

Após 30 (trinta) anos de aprovação da Convenção nº 169¹⁶, apenas 23 países ao redor do mundo ratificaram o instrumento.¹⁷ Chama atenção a inexistência de países africanos que adotaram a Convenção nº 169 (exceção da República Centro-Africana), continente onde se concentram muitos dos povos tribais que mereceriam proteção para preservação de sua tradicional forma de vida. Outro fator que merece destaque é a ratificação pela Holanda, país sem existência de povos indígenas ou tribais como definidos pela convenção. Para Swepston & Tomei, países como a Holanda que ratificaram a Convenção o fizeram em virtude da possibilidade de construir políticas de desenvolvimento e ajuda bilateral a esses povos mais equitativas e efetivas.¹⁸

Contudo, um dos mecanismos mais importantes de participação popular inseridos no nosso ordenamento jurídico é o *Direito de Consulta Prévia*, estabelecido pela Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, da OIT, tratando-se do primeiro instrumento normativo vinculante que versa sobre direitos destes povos.

A efetivação da consulta prévia também possibilita o reconhecimento das

¹³ Declaração aprovada na 107ª Sessão Plenária, realizada no dia 13 de setembro de 2007. Disponível em http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em 14 de julho de 2014.

¹⁴ CLAVERO, Bartolomé. **Descolonización, Derechos Humanos, Diversidad de Culturas**. In: WILHELMI, Marco Aparecido. **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio**. Barcelona: Icaria edicion, 2011. P. 47.

¹⁵ I PUIG, Salvador Martí. Sobre la emergencia e impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas claves interpretativas desde lo local y lo global. In: WILHELMI, Marco Aparecido. **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio**. Barcelona: Icaria edicion, 2011. P. 83

¹⁶ Segundo a OIT, dos 23 países, 15 são latino-americanos. Disponível em < https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_781508/lang-pt/index.htm#:~:text=Desde%20sua%20ado%C3%A7%C3%A3o%20em%20junho,%2C%20Paraguai%2C%20Peru%20e%20Venezuela>. Acesso em 03 de março de 2023.

¹⁷ A título exemplificativo, a Convenção n. 189, que dispõe sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e Trabalhadores Domésticos, adotada em 2011 pela OIT, já foi ratificada por 25 países, entre eles, o Brasil. Não há qualquer intenção em discutir a hierarquia sobre o mérito das referidas Convenções. O comparativo refere-se apenas ao lapso temporal entre a adoção e a ratificação pelos mais diferentes países.

¹⁸ SWEPSTON & TOMEI (1996, p. 14)

especificidades das culturas e modos de vida tradicionais dos povos indígenas e tribais, confrontando assim um processo de universalização de direitos iniciado no pós Segunda Guerra Mundial, mas que foi perdendo força ao longo das últimas décadas. De acordo com Claveró, *“la universidad, como atentado que es a culturas humanas, produce reacciones no raramente incluso sangrientas mientras que la consideración de la diversidad cultural favorece la intercomunicación sobre bases de derechos compartidos, los humanos”*.¹⁹ O processo de transformação do direito internacional, criando instrumentos protetivos que refletissem não apenas sobre a diversidade cultural desses povos, mas também o caráter transcultural das sociedades, resultou em uma mudança de paradigma, tendo como protagonistas, principalmente, movimentos indígenas na América Latina a partir da década de 1960.

A transformação normativa ocorrida no âmbito do direito internacional sobre povos indígenas – notadamente as decisões oriundas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – causou grande impacto no direito interno de vários países latino-americanos. Como reflexo, tem-se a invocação desse novo direito internacional em mobilizações políticas de reivindicação de direitos (o que é bem presente hoje, por exemplo, nas manifestações dos povos indígenas brasileiros, no que tange à observância ao direito de consulta prévia), a judicialização dos direitos indígenas e os avanços da jurisprudência na Corte Constitucional da Colômbia (que será melhor objeto de estudo mais à frente) e o surgimento de novas constituições plurinacionais, como o Equador (2008) e a Bolívia (2009).²⁰

2. A EXPERIÊNCIA COLOMBIANA: o entendimento da Corte Constitucional quanto a aplicação do direito de consulta prévia.

Após as decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre a receptividade do Direito de Consulta Prévia aos povos indígenas e tribais dos países que ratificaram a Convenção nº 169 da OIT²¹, a Colômbia apresenta-se como um dos países que mais tem avançado no sentido de tentar garantir a efetividade desse direito as comunidades indígenas.

¹⁹ CLAVERO, Bartolomé. **Descolonización, Derechos Humanos, Diversidad de Culturas**. In: WILHELMI, Marco Aparecido. **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio**. Barcelona: Icaria edicion, 2011. P. 50

²⁰ SIEDER, Rachel. **Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina**. In: GARAVITO, César Rodríguez (org.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. P. 308

²¹ Podemos citar aqui os casos a) CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay. Sentença de 29 de março de 2006, e b) CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Pueblo Saramaka v. Suriname. Sentença de 28 de novembro de 2007.

Embora inexistindo legislação consolidada sobre o assunto, o sistema normativo colombiano apresenta diversos elementos que garantem a observância do referido direito.

A Convenção nº 169 da OIT foi integrada ao sistema jurídico da Colômbia através da Lei nº 21/1991, aprovada pelo Congresso daquele país. A recepção da Convenção seguiu o espírito da nova carta política colombiana, aprovada em 06 de julho de 1991. O parágrafo único do artigo 330 da Constituição assegura a obrigatoriedade da participação dos representantes das comunidades indígenas no caso de exploração de recursos naturais em seus territórios, devendo o Governo adotar todas as medidas necessárias para que isso ocorra.²² Nota-se que o dispositivo não faz qualquer referência à vinculação das decisões do Governo ao que for deliberado nessas consultas.

Ao longo da década de 1990 esse processo se intensificou através ainda da edição de leis ordinárias e outros diplomas.²³ Dentre elas, destaca-se o Decreto Supremo nº 1320, de 1998, que regulamenta o processo de consulta prévia com as comunidades negras e indígenas para a exploração de recursos naturais dentro de seus territórios. Um ponto de destaque nesse decreto é a ampliação do âmbito de consulta prévia, não se restringindo apenas a projetos que impactem territórios ou reservas desses povos, mas também a projetos que possam afetar os territórios sem segurança jurídica (sem título de propriedade), mas que são tradicionalmente habitadas por eles.²⁴

O Decreto estabelece procedimentos basilares de consulta prévia. Em primeiro lugar, o processo se inicia com a solicitação do interessado do projeto que pretende realizar ao órgão interessado, que deverá identificar os possíveis povos a serem afetados. São elaborados estudos ambientais sobre o projeto e, se verificados impactos socioambientais e culturais sobre as comunidades, direta ou indiretamente, será realizado o processo conforme disposto no decreto. Contudo, este Decreto é alvo de críticas, exatamente por não cumprir um requisito essencial

²² *La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.* – Constitución Política de La República de Colombia de 1991. Disponível em <http://pdpa.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html> Acesso em 19 de junho de 2014

²³ Importa destacar a edição da Lei de Meio Ambiente (Lei nº 99, de 1993), que, em seu artigo 76 dispõe que “*La explotación de de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridade cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley Nº 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la matéria se tomarán previa consulta a los representantes de tales comunidades.*”

²⁴ *Derecho a la participación y la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas.* Lima, octubre de 2010. P. 76.

para uma norma que dispõe sobre consulta prévia: ele não foi construído com a participação dos principais interessados, ou seja, os povos indígenas e afro-colombianos. Santamaría é taxativo em afirmar que o referido decreto foi imposto pelo governo, sem consultar os povos e organizações indígenas e que, mesmo considerado inconstitucional pela Corte Constitucional colombiana, segue vigente, sem contribuir no processo de afirmação de direitos desses povos.²⁵

O exponencial desenvolvimento das indústrias mineiras na região andina da América do Sul foi a mola propulsora do debate do direito de consulta prévia entre os povos indígenas e tribais em diversos países. Na Colômbia isso não foi diferente, como se pode verificar na apresentação da legislação sobre o tema naquele país. Mesmo mais de três décadas após a incorporação da Convenção nº 169 OIT, e, conseqüentemente, do direito de consulta prévia no ordenamento colombiano (ratificado por várias sentenças da Corte Constitucional daquele país, como se verá a seguir), muitas críticas ainda são feitas quanto à legítima efetividade desse instrumento.

Apesar do avanço legislativo, o direito de consulta prévia para povos indígenas e tribais ainda se encontra longe de implementação, reconhecido e respeitado na Colômbia. Os principais pontos pendentes a serem implementados pelo Estado Colombiano são: 1) estabelecer leis e regramentos pertinentes para garantir a efetividade do direito de consulta prévia, com plena concordância com os princípios dispostos nos instrumentos internacionais, e 2) garantir que os fatos que ensejam o direito de consulta prévia (de maneira livre e informada) sejam respeitados, bem como os mecanismos de decisão próprios das comunidades, e, ainda, que as consultas tenham caráter vinculante para os governos.²⁶ A ausência desses delineamentos mais claros por parte do ordenamento jurídico-legislativo daquele país tem propiciado a não implementação satisfatória do direito de consulta prévia.

O cenário colombiano não é muito diferente do que se verifica em um país em franca expansão econômica e com claros sinais desenvolvimentistas, como o Brasil. Grandes projetos hidrelétricos, de mineração, energéticos, rodoviários, dentre outros, capitaneados em geral pelo

²⁵ SANTAMARÍA, Rosember Ariza. **Pueblos Indígenas de Colômbia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Fundación Konrad Adenauer, 2013. P. 10. Versão original: “(...) el Decreto 1320 de 1998 que reglamenta la consulta previa, pese a que fue impuesto por el gobierno sin consultar a los pueblos y organizaciones indígenas, dos veces considerado inconstitucional por la Corte Constitucional y violatorio del Convenio 169 por el Consejo de Administración de la OIT, sigue vigente, como una normativa que no ayuda a los pueblos en la actual situación.”

²⁶ MENA, Albeiro Moya. **Las industrias extractivas (minería y hidrocarburos) y la consulta previa con consentimiento libre e informado**. VII Congreso Iberoamericano de Regulación: energía, minería, petróleo, gas y otros sectores regulados. Bogotá: 2012.

Estado ou por empresas privadas multinacionais, tem impacto diretamente em vários territórios de povos indígenas e comunidades tradicionais, inclusive impedindo a reprodução física social dos grupos.²⁷

Mesmo sem uma lei específica que trate sobre os procedimentos, mecanismos e condições para garantir o exercício do direito de consulta prévia nos moldes dos princípios estabelecidos pelo direito internacional²⁸, a Corte Suprema colombiana já exarou diversas sentenças (como são chamadas as decisões tomadas pelo plenário) no sentido da exequibilidade do direito e que mesmo seja observado de forma como estabelecido pela Convenção nº 169 OIT e o disposto na Constituição. Algumas delas datam do ano de 1997 (seis anos após a incorporação da Convenção nº 169 OIT), e continuam por toda a década de 2000 e na década atual.²⁹ A falta de regramentos mínimos sobre o exercício do direito de consulta prévia tem gerado vários conflitos, que acabam desaguando no Judiciário colombiano.

Na Sentença SU-039, de 1997 (uma das primeiras a tratar do assunto), a Corte enfatizou:

“La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y

²⁷ Ilustra-se, a título exemplificativo, o embate entre povos indígenas e o Governo brasileiro na construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará. Os povos chegaram a acionar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos para garantir a aplicabilidade do direito de consulta prévia, tendo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos expedido a Medida Cautelar n. 382/10, para que o Estado Brasileiro “realizar procesos de consulta, em cumprimento das obrigações internacionais do Brasil, no sentido de que a consulta seja prévia, livre, informativa, de boa fé, culturalmente adequada, e com o objetivo de chegar a um acordo, em relação a cada uma das comunidades indígenas afetadas”. Disponível em < <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm> > Acesso em 07/04/2023.

²⁸ O advogado Alberio Moya aponta que, de acordo com as características locais, para garantir o direito fundamental de consulta prévia e que ele tenha êxito enquanto um direito fundamental e de participação coletiva, “se necesitaría de una política de Estado que definiera los contenidos, las variables, los recursos, los mecanismos, las competencias, las áreas temáticas, los controles, los mecanismos de ajustes y revisión, las sanciones y reparaciones y en general, todos los componentes que garanticen la efectividad de este derecho fundamental, que desarrolle de manera clara y contundente la participación de las comunidades desde el diseño y aprobación de la política hasta la el reconocimiento y respeto por la negativa de un pueblo o comunidad a aprobar la ejecución de alguna obra, decisión o proyecto en el ámbito de su territorio, que supera incluso, los límites geográficos de los títulos colectivos.”

²⁹ Podemos citar como exemplo as Sentenças T-652/98, T-634/99, SU-383/03, T-955/03, T-737/05, T-880/06, T-154/09 y T-769/09.

interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.”

Depois de fazer um detalhado histórico da jurisprudência anterior sobre o direito de consulta prévia, resgatando caso a caso e quais foram as medidas adotadas em cada um deles, a Corte concluiu que

“salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de encontrar elementos de juicio que permitan dilucidar que la consulta previa sí se efectuó, ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de las problemáticas estudiadas la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantisse el derecho a la consulta previa.”³⁰

Assim, entende a Corte Constitucional da Colômbia que, se não respeitado o direito de consulta prévia, faz-se necessária a paralisação de qualquer projeto ou empreendimento até que as comunidades afetadas estejam devidamente informadas sobre as potencialidades. Prevalecem aqui os princípios da dignidade humana e aqueles estabelecidos pela Convenção nº 169 OIT em detrimento de quaisquer outros interesses econômico financeiros, sendo eles do Estado ou da iniciativa privada.

Em interpretação sistemática da Convenção nº 169 OIT (artigos 6º, 1 e 2; e artigo 16, 2)³¹, a Corte entende que o Estado tem a obrigação de levar em consideração a decisão da

³⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-129/11**. Expediente: T-2451120. Acción de tutela ejercida por Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito pertenecientes a la etnia Embera-Katío contra los Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, de Minas y Energía, de Agricultura, de Defensa, el Consejo Asesor de Regalías adscrito al Departamento Nacional de Planeación, las alcaldías de Unguía y Acandí, la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), el Ejército Nacional, la Brigada XVII y la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C: tres (03) de marzo de dos mil once (2011). Disponível em < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>> Acesso em 18 de julho de 2014.

³¹ Art. 6:

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.

comunidade envolvidas antes de adotar qualquer medida que implique sua remoção, traslado ou reassentamento. Quando a questão não envolver qualquer ameaça de deslocamento forçado de povos indígenas ou outros povos étnicos, a Corte acaba adotando uma posição, de certa forma, diplomática, sobre o poder de veto das comunidades envolvidas:

“La respuesta al primer interrogante conforme al desarrollo normativo y jurisprudencial actual no es fácil, ya que se está ante una problema de dos extremos difíciles: puesto que de un lado está la consulta previa veto (que estaría dentro de los términos de la Convención pero que genera todo tipo de resistencia) y la consulta previa mera información (que no estaría conforme con la Convención y que con frecuencia es empleada para aparentar um cumplimiento de dicho instrumento). Conforme a lo expuesto, para la Corte el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades”

Aqui, a Corte ressalta que a discussão não seja pautada pelo “quem veta quem”, mas que as consultas sejam um mecanismo de discussão e uma oportunidade ímpar para que os organismos estatais e os concessionários de serviços públicos possam informar de forma concreta e eficiente quais os propósitos da obra e as comunidades possam expor quais suas necessidades e expectativas em relação ao projeto, para que assim cheguem ao acordo, como afirma o artigo 6º, 2 da Convenção nº 169 OIT.³³

Santamaría é categórico ao afirmar a “evidente impossibilidade” do Estado colombiano em cumprir com tantas recomendações oriundas do Sistema Interamericano e demais organismos internacionais e as decisões da Corte Constitucional.³² Isso por conta do modelo de desenvolvimento capitalista e neoliberal assumido pela Colômbia, incompatível com a garantia de direitos internacionalmente reconhecidos aos povos indígenas e tribais. Sem ações

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.

ART. 16:

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam.

2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

³² SANTAMARÍA, Rosembert Ariza. **Pueblos Indígenas de Colômbia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Fundación Konrad Adenauer, 2013. P. 10. Versão original: “(...) el Decreto 1320 de 1998 que reglamenta la consulta previa, pese a que fue impuesto por el gobierno sin consultar a los pueblos y organizaciones indígenas, dos veces considerado inconstitucional por la Corte Constitucional y violatorio del Convenio 169 por el Consejo de Administración de la OIT, sigue vigente, como una normativa que no ayuda a los pueblos en la actual situación.”. p. 7.

e políticas públicas estatais que ataquem as causas estruturais dos problemas enfrentados por esses povos, a eles restam políticas assistencialistas e que não promovem a independência, livre determinação e autonomia dos mesmos.³³

Mesmo após mais de uma década e as principais decisões da Corte Constitucional colombiana – sobretudo com o julgamento da constitucionalidade do Decreto 1320/1998, o debate sobre a necessidade de regulamentação e/ou efetivação do direito de consulta prévia naquele país ainda é muito presente, apesar de ter sido um dos primeiros países latinoamericanos a incorporar a Convenção nº 169 da OIT. Isso demonstra como o Brasil encontra-se apenas no início da caminhada, haja vista que a Convenção só passou a vigorar no ordenamento brasileiro a apenas uma década. Ademais, a Corte Constitucional brasileira ainda não se manifestou de maneira clara sobre a consulta prévia, gerando insegurança em parte dos operadores/executores das políticas relacionadas com povos indígenas e tribais, o que fragiliza o processo de implementação dos direitos desses povos.

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

Passados trinta anos, a Colômbia ainda enfrenta um forte processo de discussão de implementação do direito de consulta prévia, o que demonstra o grau de complexidade do tema. Trata-se de um país com grande diversidade de povos (assim como o Brasil) inseridos em um modelo de desenvolvimento e de economia que privilegiam pequena parte da sociedade. Efetivar a consulta prévia, levando-se em conta as decisões emanadas dos sujeitos a partir dessa consulta significa romper com esse modelo que privilegia uma minoria em detrimento desses povos. Como visto, mesmo com uma avançada construção doutrinária e jurisprudencial, a execução da consulta prévia, de responsabilidade do executivo, ainda é bastante criticada.

³³ Sobre o assunto SANTAMARÍA (2013, p. 14) afirma que “(...) frente a la situación de crisis humanitaria que viven los pueblos indígenas, la atención estatal y organismos humanitarios se convierte en fórmula para poner a la población en situación de dependencia. De allí que, por ejemplo, respecto a la situación crítica que viven las familias en el plano alimentario, se den prácticas asistencialistas que no se orientan a generar condiciones para que la población transforme esta situación. Al contrario, por la vía de ofrecer pequeños subsidios, la población se convierte en dependiente, en clientelas articuladas a los poderes políticos locales y en grupos que al perder su seguridad alimentaria profundizan su condición de vulnerabilidad.”

3. O BRASIL E O DIREITO DE CONSULTA PRÉVIA: cenário de indefinição e delineamento de perspectivas

A partir das sentenças da Corte Constitucional colombiana quanto ao disposto na Convenção nº 169 da OIT é possível perceber um legítimo caráter de obrigatoriedade do direito de consulta prévia, sendo fundamental a observância dos princípios nela expostos. As sentenças daquele órgão deixam evidente o caráter de observância do regramento do direito de consulta prévia, sem a obrigatoriedade de um minucioso e detalhado projeto que regule tal direito.

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

Ressalte-se que se entende salutar o desenvolvimento de mecanismos (leis, normativas, decretos, portarias, planos de trabalho, etc), que possibilitem o pleno exercício do direito de consulta prévia sem quaisquer restrições, e em observância aos seus princípios. Todavia, ressaltamos que qualquer proposição para regulamentação do direito de consulta deverá ser aberto de forma a incorporar as situações múltiplas e complexas envolvendo os povos e comunidades tradicionais, sobretudo pelo fato de que estamos vivenciando um processo de reconhecimento da diversidade social brasileira. No contexto em que vivemos, restringir, significa violar direitos fundamentais já consagrados.³⁴

O Brasil tem vivenciado um processo de tentativa de diálogo restrito, envolvendo os povos indígenas e quilombolas, com objetivo de regulamentar o direito de consulta prévia também previsto no ordenamento brasileiro³⁵, ignorando os demais grupos sociais emergentes,

³⁴ Para uma crítica ao processo de regulamentação no Brasil, consultar SHIRAISHI NETO (2014)

³⁵ Portaria Interministerial nº 35, de 27 de janeiro de 2012. Referida portaria, publicada no Diário Oficial da União

reconhecidos pelo governo brasileiro como sujeitos à Convenção nº 169 (Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007). Como tentativa de legitimar o processo de construção do mecanismo de regulamentação, foram realizados seminários e mesas de diálogo por parte do governo federal. Contudo, diversas críticas quanto à metodologia de uma proposta de regulamentação e à participação dos sujeitos envolvidos foram feitas por diversas entidades e organizações representativas desses segmentos sociais.³⁶

Visto com bastante críticas por não envolver os principais sujeitos, objeto do direito de consulta prévia, o trabalho do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), coordenado pela Secretaria Geral da Presidência da República, ficou ainda mais comprometido por conta da decisão dos povos indígenas brasileiros de se retirarem por completo de qualquer processo de discussão da regulamentação do direito de consulta prévia. A decisão dos povos indígenas brasileiros foi tomada a partir da publicação da Portaria nº 303/2012 da Advocacia Geral da União (AGU).³⁷

A partir de 2015, a discussão sobre consulta prévia nos termos da Convenção nº 169 da OIT esfriou dentro do governo brasileiro, anulando-se por completo na administração federal entre 2019 e 2022. Com a criação do Ministério dos Povos Indígenas na atual gestão governamental (2023-2026), espera-se a retomada da discussão sobre a regulamentação institucional do direito de consulta prévia, pelo menos no âmbito da administração pública federal.

Somente a partir de 2021, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se em duas decisões, determinando a realização de consulta prévia. Na mais recente, em 1º de setembro de 2022, o Ministro Alexandre de Moraes, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 1.379.751/PA ratificou o posicionamento anterior da Suprema Corte quanto à imprescindibilidade da prévia

de 30 de janeiro de 2012, criou o Grupo de Trabalho Interministerial, com a finalidade de “estudar, avaliar, e apresentar proposta de regulamentação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, no que tange aos procedimentos de consulta de povos indígenas e tribais” (artigo 1º).

³⁶ Nota Pública sobre regulamentação da Consulta Prévia – Conectas e Justiça Global. Disponível em < http://www.conectas.org/pt/acoes/empresas-e-direitos-humanos/noticia/3387-nota-publica-sobre-regulamentacao-da-consulta-previa#_ftn2 . Acesso em 02 de julho de 2014.

³⁷ A Portaria nº 303/2012-AGU, que dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas, conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição nº 3388-RR (Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/596939>) foi publicada no Diário Oficial da União em 17 de julho de 2012. Conforme previa o texto original, deveria entrar em vigor na data de sua publicação. Porém, o movimento de reação contrária a ela foi forte por parte dos povos indígenas, o que acabou gerando modificação no artigo 6º, pela PRT 425/2012 – AGU, que deu nova redação ao referido artigo: “Art 6º: Esta Portaria entre em vigor no dia seguinte ao da publicação do acórdão nos embargos declaratórios a ser proferido na Pet 3388-RR que tramita no Supremo Tribunal Federal”. O acórdão foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 04 de fevereiro de 2014, Ata nº 02/2014, DJE nº 23.

oitiva da população diretamente afetada, nos termos da decisão tomada na ADI 1825, julgada pelo plenário. Ressaltou o Ministro que “*o dever de se ouvir previamente as comunidades indígenas afetadas não é, segundo a finalidade essencial da Constituição Federal, uma escuta meramente simbólica*”, devendo ela ser “*efetiva e eficiente, de modo a possibilitar que os anseios e as necessidades dessa parte da população sejam atendidos com prioridade*”.³⁸ Ratificando posicionamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o Ministro Alexandre de Moraes ratifica o vício de legalidade no Decreto Legislativo nº 788/2005 – que autorizou o Poder Executivo a implantar o aproveitamento hidroelétrico de Belo Monte, no trecho do Rio Xingu – sem os elementos de consulta prévia para poder editar a autorização, nos termos do art. 6º da Convenção nº 169 da OIT e do art. 231, §3º da Constituição Federal.³⁹

A decisão do Ministro cita ainda as lições de Dalmo Dallari, no Informe Jurídico da Comissão Pró-índio (Ano II, nº 9 a 13, abril a agosto de 1990):

“Não é pura e simplesmente ouvir para matar a curiosidade, ou para se ter uma informação irrelevante. Não. É ouvir para condicionar a decisão. O legislador não pode tomar uma decisão sem conhecer, neste caso, os efeitos dessa decisão. Ele é obrigado a ouvir. Não é apenas uma recomendação, é na verdade, um condicionamento para o exercício de legislar. Se elas (comunidades indígenas) demonstrarem que será tão violento o impacto da mineração ou da construção de hidroelétrica, será tão agressivo que pode significar a morte de pessoas ou a morte da cultura, cria-se um obstáculo intransponível à concessão de autorização”.

Nota-se que a manifestação do Supremo Tribunal Federal ocorreu mais de 10 anos após o início das discussões sobre consulta prévia aos povos indígenas afetados pela implantação da Usina de Belo Monte. Apesar do lapso temporal e da efetiva execução do projeto, trata-se de precedente fundamental para que a nova gestão do Governo Brasileiro paute a execução de grandes empreendimentos de sua responsabilidade ou, na melhor das hipóteses, trabalhe em conjunto com os povos indígenas, quilombolas e outros povos e comunidades tradicionais brasileiros em uma discussão séria e horizontal sobre a regulamentação do direito de consulta prévia no Brasil.

O precedente do STF não é vinculante e a Corte ainda não se manifestou quanto à

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.379.751/PA. Relator: Ministro Alexandre de Moraes.

³⁹ “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...] § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

edição, por exemplo de Súmula Vinculante quanto ao tema. O movimento, tanto no Poder Executivo quanto no Judiciário, ainda é bastante incipiente sem que enxerguemos, em futuro próximo, uma regulamentação nos moldes da Colômbia ou a construção de decisões pacificadas e consolidadas, como na Suprema Corte daquele país. Experiências oriundas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e de países como a Colômbia podem ajudar a facilitar a pavimentação do direito de consulta prévia no Brasil. O debate é intenso e ainda distante de um consenso entre o Estado Brasileiro e os povos abrangidos pela Convenção nº 169 OIT e suas entidades representativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

O reconhecimento do direito de consulta prévia pelos tribunais superiores no Brasil e pelo próprio Supremo Tribunal Federal a partir de 2021 é apenas o primeiro passo naquilo que deve ser um longo processo de discussão para, enfim, alcançar balizamentos mínimos e seguros para implantação desse direito. Nas primeiras decisões emanadas pelo TRF da 1ª Região e pelo STF, inexistem diretrizes mínimas indicadas, como, por exemplo, o tipo de consulta realizada, a metodologia, ou, o que deve ser crucial, se a consulta terá caráter vinculante. Estes e demais procedimentos e decisões não devem ser pautados e afirmados pelo Poder Judiciário, haja vista não ser o legítimo espaço de discussão e formulação de políticas públicas. Decisões como a do

Ministro Alexandre de Moraes apenas reafirmam a existência do direito de consulta prévia. Toda o processo de implantação e efetivação deve pautar-se por regramentos mínimos, estabelecidos em comum acordo, a fim de atender a finalidade da Convenção nº 169 da OIT.

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

Esse processo de regulamentação deve considerar, sobretudo, um Plano de Consulta que seja construído democrática e dialogicamente com os sujeitos envolvidos no processo. A normatização do Plano de Consulta pode trazer maior segurança no processo de participação desses povos, bem como restringir a possibilidade de distorções e atos de má-fé de empresas e do próprio Estado. Nesse ponto, os delineamentos traçados a partir das decisões da Corte Constitucional colombiana podem servir de inspiração para uma eventual regulamentação do direito de consulta prévia no Brasil. A adoção da a) identificação dos povos e comunidades impactados direta e indiretamente por uma obra ou grande projeto e b) a realização de oficinas de impactos (envolvendo medidas de impactos de mitigação, compensação, dentre outros). No caso do Brasil, essas oficinas poderão ser instrumento de construção coletiva do Plano de Consulta desses povos/comunidades, possuindo os mesmos plena capacidade em estabelecer prazos, metodologias e até mesmo o caráter da consulta (se vinculante ou não).

Existe a necessidade de delineamentos mais claros para a efetivação do direito de consulta prévia, tanto na Colômbia como no Brasil. Contudo, eventuais projetos de lei que visem restringir a realização de consultas prévias, bem como não dar prevalência às autônomas deliberações das comunidades vão de encontro ao espírito de autonomia conferido pela Convenção nº 169 da OIT. É preciso garantir a segurança jurídica do mecanismo de consulta prévia, mas, por outro lado, é preciso respeitar a autonomia dos povos em deliberar sobre como realizar essa consulta e sobre as suas decisões.

É preciso construir mecanismos eficazes de implementação da consulta prévia em países com uma significativa diversidade, como a Colômbia e o Brasil. Mecanismos que sejam capazes de, ao mesmo tempo, garantir segurança jurídica em sua implementação e possibilitar que a consulta prévia seja realizada de maneira eficaz e com respeito aos seus princípios norteadores. Contudo, importa observar que, nesse atual modelo de desenvolvimento, a consulta prévia deve servir como um importante instrumento de posições políticas dos povos indígenas e

tribais frente ao mesmo. A plena efetivação da Convenção nº 169 da OIT é um grande desafio com esse modelo imposto. O exemplo colombiano aponta isso, e isso deve se refletir no Brasil caso não haja uma mudança de paradigma de desenvolvimento socioeconômico.

REFERÊNCIAS

ALBÓ, Xavier. **Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú**. La Paz: CIPCA, 2009.

ALMEIDA, Alfredo Wagner B. de. **Os quilombos e as novas etnias**. Em: Eliane C. O'Dwyer (org). **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV/ABA, 2002.

BENAVENTE, Javier Jahncke; MEZA, Rocio. **Derecho a la Participación y a la Consulta Previa en Latinoamérica: Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas**. Org: CIDSE Secretariat; RED MUQUI – Red de propuesta y acción – Perú; MISEREOR; FEDEPAZ – Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz. Lima: 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.379.751/PA**. Relator. Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 01 de setembro de 2022. DJE nº 175, divulgado em 01/09/2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6390761>. Acesso em 07/04/2023.

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

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

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-891/02**. Expediente: D-4022. Demanda de inconstitucionalidad los artículos 2, 3 (parcial), 5, 6, 11 (parcial), 35 (parcial), 37, 39, 48, 58, 59, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 261, 267 (parcial), 271 (parcial), 275 y 332 de la Ley 685 de 2001 – Código de Minas. Demandante: Edith Magnolia Bastidas Calderon. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Renteria. Bogotá D.C: veintidós (22) de octubre de dos mil dos (2002). Disponível em < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c891-02.htm> > Acesso em 17 de julho de 2014.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU 383/03**. Expediente: T-517583. Acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC contra la Presidencia de la República y otros. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tofur

19

Galvis. Bogotá D.C: trece (13) de mayo de dos mil tres (2003). Disponível em < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/su383-03.htm> > Acesso em 17 de julho de 2014.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-030 de 2008**. Expediente: D-6837. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006 “*Por la cual se expide la Ley General Forestal*”. Demandante: Carlos Humberto García Guzman, Luis Alfredo García Gomez, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C: veintitrés (23) de enero de dos mil ocho (2008). Disponível em < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-030-08.htm> > Acesso em 17 de julho de 2014.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-769 de 2009**. Expediente: T-2315944. Acción de tutela instaurada por Álvaro Balarín y otros, contra los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Protección Social; y de Minas y Energía. Procedencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá D.C: veintinueve (29) de octubre de dos mil nueve (2009). Disponível em < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-769-09.htm> > Acesso em 17 de julho de 2014.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-175/09**. Expediente: D-7308. Demanda de inconstitucionalidade contra la Ley 1152 de 2007, “*por la cual se dicta al Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural Incoder, y se dictan otras disposiciones*”. Actores: Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón y Astrid Orjuela Ruiz. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C: veintinueve (29) de octubre de dos mil nueve (2009). Disponível em < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-175-09.htm> > Acesso em 17 de julho de 2014.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-547/10**. Expediente: T-2128529. Accionante: Julio Alberto Torres Torres y otros. Demandado: Ministerio del Interior y de Justicia y otros. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá D.C: primero (01) de julio de dos mil diez (2010). Disponível em < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-547-10.htm> > Acesso em 18 de julho de 2014.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-129/11**. Expediente: T-2451120. Acción de tutela ejercida por Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito pertenecientes a la etnia Embera-Katío contra los Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, de Minas y Energía, de Agricultura, de Defensa, el Consejo Asesor de Regalías adscrito al Departamento Nacional de Planeación, las alcaldías de Unguía y Acandí, la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), el Ejército Nacional, la Brigada XVII y la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C: tres (03) de marzo de dos mil once (2011). Disponível em < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm> > Acesso em 18 de julho de 2014.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-693/11**. Expediente: T-2.291.201. Acción de

20

Tutela instaurada por Marcos Arrepiche en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial - La Victoria contra los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Meta Petroleum Limited. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C: veintitrés (23) de septiembre de dos mil once (2011). Disponível em < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-693-11.htm> > Acesso em 18 de julho de 2014.

COURTIS, Christian. **Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina.** In: SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos. ano 6. – n. 10 – jun. 2009. São Paulo: 2009

Fundación para el Debido Proceso Legal: “**El Derecho a La consulta de los pueblos indígenas em Perú**”. Washington, 2010.

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

I PUIG, Salvador Martí. Sobre la emergencia e impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas claves interpretativas desde lo local y lo global. In: WILHELM, Marco Aparecido. **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio.** Barcelona: Icaria edicion, 2011.

MENA, Albeiro Moya. **Las industrias extractivas (minería y hidrocarburos) y la consulta previa con consentimiento libre e informado.** VII Congreso Iberoamericano de Regulación: energía, minería, petróleo, gas y otros sectores regulados. Bogotá: 2012.

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

PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA. **Por la cual se regula la Consulta Previa para los Pueblos Étnicos y se dictan otras disposiciones.** Congreso de La República de Colombia. Bogotá: 2012.

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

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

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

SHIRAISHI NETO, Joaquim. **Quando a forma determina o conteúdo.** São Luís, 2014 (texto 21

não publicado).

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