

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL**

CARLA JUDITH CETINA CASTRO

**O DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS E A
INSTRUMENTALIZAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA, NA
GUATEMALA E NO BRASIL**

MANAUS, AM

2016

CARLA JUDITH CETINA CASTRO

**O DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS E A
INSTRUMENTALIZAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA, NA
GUATEMALA E NO BRASIL.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação
em Direito Ambiental da Universidade do Estado do
Amazonas, como requisito para optar ao grau de Mestre
em Direito Ambiental.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Sandro Nahmias Melo.

Manaus

2016

Dedico estas líneas a todas aquellas comunidades que han demostrado que la convivencia con el medio ambiente no es una cuestión utópica, porque en tiempos de depredación e consumo desmedido, mantienen el equilibrio con su entorno.

Para todas aquellas mujeres y hombres que luchan por los derechos de los sectores oprimidos, porque con su lucha nos inspiran a transformar la realidad.

“Yo me quedaré ciego para que tengas ojos.

Yo me quedaré sin voz para que tú cantes.

*Yo he de morir para que tú no mueras,
para que emerja tu rostro flameando al horizonte
de cada flor que nazca de mis huesos.”*

Otto René Castillo.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar mais que um agradecimento, gostaria fazer um reconhecimento às duas pessoas sem as quais hoje não estaria aqui, Carlos e Sandra, pais maravilhosos que não somente têm me dado seu amor, educação e compreensão, mas também me transmitiram ideais e sonhos para que eu me tornasse uma mulher melhor todos os dias. Porque com seu exemplo de superação e dedicação, qualquer que seja o obstáculo que se apresente no caminho, tenho a certeza que poderei superá-lo ao lado deles.

A meus irmãos, América, Tono e Coralia, que constantemente me incentivam para me superar e não me deixar abater com nada. Que sempre me têm dado seu apoio e amor incondicional, sem os quais não seria a pessoa que sou agora, e porque não importa quanto tempo transcorra, nem o lugar onde cada um de nós esteja, sempre seremos essas quatro crianças dormindo no mesmo quarto, rindo, brigando, amando-nos.

A minha sobrinha Aria, que no seu olhar encontro conforto e me faz pensar que a humanidade não está perdida, e que temos que lutar por sociedades mais justas, onde prevaleçam sentimentos de amor, solidariedade, equidade, igualdade e respeito pelas outras e outros.

A meus tios e primos, por seu carinho e apoio. A meus amigos que a distancia me davam forças para continuar. Especialmente a César, por seu carinho e ajuda quando mais precisava, sem importar as circunstâncias.

A todos os amigos que conheci no Brasil, que de uma ou outra forma fizeram que a saudade da minha família e minha terra, fosse menos dura. Especialmente a Mariel que durante a etapa final deste processo, me dedicou seu apoio e carinho, e que nos momentos de angústia e desespero me fazia voltar à razão; a Paola, Dionei, Bianca, Carolina, Jorge, Daniel, Luciano, Lucinaldo e Juan Pablo, por fazerem parte da minha vida, e com os quais tenho lindas lembranças que levarei sempre comigo.

A meu orientador o professor Sandro Nahmias, que durante estes dois anos, com muita paciência e dedicação, me deu seu completo apoio e me guiou durante o desenvolvimento desta dissertação. Ao professor Erivaldo com o qual recebi a primeira disciplina, que com seu carisma, esforçava-se para que eu compreendesse uma língua completamente nova. À professora Nazareth que, quando cheguei ao Brasil, sem me conhecer, me ajudou nesse momento difícil de adaptação. Ao professor Mauro Braga, que com seu exemplo e dedicação despertou em mim o amor pela docência. Aos professores Edson Damas, Paulo Feitoza, Valmir Pozzetti, Marcia, Izaura e Bianor, por compartilharem

seus conhecimentos e serem um exemplo a seguir na docência. A dona Ray por me ajudar sempre que precisei.

Aos meus colegas do mestrado, que sempre me deram seu carinho e ajuda integrando-me como uma brasileira.

Ao povo brasileiro, por me acolher e me outorgar a oportunidade de continuar estudando e obter conhecimentos em matéria ambiental e direitos indígenas, os quais levarei ao meu país; porque com sua solidariedade, são um exemplo para outras nações.

Ao povo guatemalteco, por me impulsar a querer mudar a situação de desigualdade que existe no nosso país, lutando pelo reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas, para que na Guatemala exista um verdadeiro Estado de direito, onde o território, a água não contaminada, a autodeterminação, não sejam um luxo, e sim uma realidade.

A todas as comunidades indígenas, que de uma ou outra forma são a inspiração para procurar mudanças nas estruturas sociais, econômicas e políticas, que permitam seu desenvolvimento, segundo o que elas decidam.

À Universidad de San Carlos de Guatemala por ser minha alma mater, a qual me ensinou princípios e valores que levo comigo para onde quer que eu vá.

À Universidade do Estado de Amazonas e ao Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental, por me deram a oportunidade de superação acadêmica.

Por ultimo, quero agradecer a CAPES pelo apoio financeiro através da bolsa oferecida, que tornou possível a realização deste mestrado.

RESUMO

O direito dos povos indígenas tem conseguido avanços consideráveis nos últimos anos; a reivindicação dos direitos como o acesso ao território, saúde, participação, autogoverno e especificamente a autodeterminação, são logros materializados tanto em normas internacionais como nacionais. Através do direito de autodeterminação, as comunidades indígenas têm conseguido uma forma de procurar seu desenvolvimento, respeitando seus costumes e tradições, embora atravessando uma série de dificuldades. O direito de autodeterminação encontra-se materializado através da consulta prévia, livre e informada, mecanismo pelo qual as comunidades indígenas têm o direito fundamental de serem consultadas quando uma medida administrativa ou legislativa afetar-lhes diretamente na sua forma de vida, com o objetivo de conseguir o consentimento destas. Portanto a presente pesquisa consiste em um estudo comparativo da consulta prévia, pelo qual foram desenvolvidos no primeiro capítulo conceitos sobre antropologia, para poder entender a situação que guardam as comunidades indígenas dentro do imaginário nacional; no segundo capítulo foi abordado o tratamento que os Estados dão aos povos indígenas, ou seja, direitos destes povos, para finalizar no terceiro capítulo, com o estudo comparativo da consulta prévia entre Guatemala e Brasil, analisando para isto legislação nacional e internacional, resoluções dos máximos tribunais de justiça de cada país e doutrina que permitam responder a hipóteses da presente pesquisa: a) É obrigação do Estado realizar a consulta prévia, quando uma comunidade indígena possa ser afetada diretamente por uma medida administrativa ou legislativa?; b) A consulta prévia tem caráter vinculante? c) Quais são as semelhanças e diferenças da consulta prévia entre a Guatemala e o Brasil?

Palavras-chave: povos indígenas, autodeterminação, estudo comparativo, Guatemala, Brasil, consulta prévia.

RESUMEN

El derecho de pueblos indígenas avanzó considerablemente en los últimos años; la reivindicación de derechos como el acceso al territorio, salud, participación, autogobierno e específicamente la autodeterminación, son logros materializados tanto en normas internacionales como nacionales. A través del derecho de autodeterminación las comunidades indígenas han encontrado una forma de buscar su desenvolvimiento, respetando sus costumbres y tradiciones, aunque atravesando una serie de dificultades. El derecho de autodeterminación se ve materializado a través de la consulta previa, libre e informada, mecanismo por el cual las comunidades indígenas tienen el derecho fundamental de ser consultadas cuando una medida administrativa o legislativa les afectara directamente en su forma de vida, con el objetivo de lograr el consentimiento de estas. Por lo tanto la presente investigación consiste en un estudio comparado de la consulta previa, para lo cual fueron desarrollados en el primer capítulo conceptos sobre antropología, para poder entender la situación que guardan las comunidades indígenas dentro del imaginario nacional; en el segundo capítulo fue abordado el tratamiento que los Estados dan a los pueblos indígenas, es decir derechos de estos pueblos, para terminar en el tercer capítulo con un estudio comparado de la consulta previa, entre Guatemala y Brasil, analizando para esto legislación nacional e internacional, resoluciones de los máximos tribunales de justicia de cada país y doctrina que permitan responder la hipótesis de la presente investigación: a) Es obligación del Estado realizar la consulta previa, cuando una comunidad indígena pueda ser afectada directamente por una medida administrativa o legislativa? b) La consulta previa tiene carácter vinculante?; c) Cuales son las semejanzas y diferencias de la consulta previa entre Guatemala y Brasil?.

Palabras clave: pueblos indígenas, autodeterminación, estudio comparado, Guatemala, Brasil, consulta previa.

LISTA DE SIGLAS

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 POVOS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE	14
1.1 CORRENTES FILOSÓFICAS DO MEIO AMBIENTE	14
1.2 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE	17
1.3 PROCESSO HISTÓRICO DOS POVOS ÍNDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA.....	18
1.3.1 Mesoamérica	21
1.3.1.1 Olmecas, Teotihuacan e Toltecas.....	22
1.3.1.2 Os Mayas.....	23
1.3.1.3 Mexicas	25
1.3.2 Sociedades Andinas	26
1.3.3 Povos indígenas do Brasil	28
1.4 POVOS INDÍGENAS DA AMÉRICA LATINA.....	31
2 DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS	35
2.1 TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS	35
2.1.1. Jusnaturalismo	37
2.1.1.1 Jusnaturalismo clássico	38
2.1.1.2 Jusnaturalismo medieval.....	40
2.1.1.3 Jusnaturalismo moderno.....	41
2.1.2 Juspositivismo	43
2.1.3 Escolas históricas	46
2.1.4 Classificação dos direitos humanos	49
2.2. DIREITO INDÍGENA	51
2.3 O DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS	55
2.4 DIREITO ORIGINÁRIO, PROPRIEDADE COMUNAL E TERRA INDÍGENA.....	60
3 A CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA	63
3.1 CONCEITO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA	64

3.2 CONVENÇÃO 169 SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS EM PAÍSES INDEPENDENTES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.....	71
3.3 PRINCÍPIOS E CARACTERÍSTICAS DA CONSULTA PRÉVIA.....	72
3.4 SUJEITOS DA CONSULTA PRÉVIA	76
3.5 ASPECTO VINCULANTE DA CONSULTA PRÉVIA	79
3.6 A CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL.....	80
3.6.1 Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988	82
3.6.2 Estatuto do Índio	87
3.6.3 Demarcação da terra indígena.....	89
3.6.4 Usufruto exclusivo da terra indígena	92
3.6.5 O Ministério Público Federal e a Ação Civil Pública na defesa dos direitos dos povos indígenas	96
3.6.6 Jurisprudência relativa à consulta prévia	98
3.7 A CONSULTA PRÉVIA NA GUATEMALA.....	103
3.7.1 Constituição Política da Republica da Guatemala de 1986	107
3.7.2 Conflito armado interno e genocídio contra os povos indígenas	111
3.7.3. Acordo sobre identidade e direitos dos povos indígenas	115
3.7.4 Consultas comunitárias	117
3.7.5 Jurisprudência relativa à consulta prévia	120
3.8 SEMELHANÇAS DA CONSULTA PRÉVIA ENTRE GUATEMALA E BRASIL.....	123
3.9 DIFERENÇAS DA CONSULTA PRÉVIA ENTRE GUATEMALA E BRASIL.....	124
CONCLUSÃO	126
REFERÊNCIAS	130

INTRODUÇÃO

América é um continente com uma diversidade importante, no nosso território convergem uma mistura de culturas, tradições, música, arte, gastronomia, animais, florestas. Uma região rica e diversa em todos os sentidos; também imersa em uma série de situações de conflito a nível social, político e econômico. Migrações, golpes de Estado, desigualdade, ditaduras, são problemas que representam o denominador comum, em algum momento da história ou ainda na atualidade, dos países da América Latina.

Nossa história esta marcada por um processo de invasão no século XVI, pelos estados europeus, caracterizado pela expropriação de terras, evangelização, repressão e massacres, o qual permitiu impor um sistema que beneficiou em todos os sentidos aos países que "descobriram" este novo continente.

Mas antes deste “descobrimento” na América existiam populações, que conseguiram seu próprio avanço na matemática, astrologia, literatura, arte, música, com suas próprias desigualdades, virtudes e defeitos, organização política e social, ou seja, uma civilização.

No processo da conquista e subsequente colonização, não se levou em consideração que na América, existiam comunidades com a sua própria cultura; comunidades com suas próprias peculiaridades, costumes, tradições, línguas, comércio, relações interpessoais, etc., o que tornou impossível o intento de criação de sistemas sociais homogêneos.

No entanto este processo de homogeneização fracassada, permitiu o surgimento de elites políticas e sociais em toda América Latina, criando Estados nação discriminatórios que negaram por muitos anos, que seu território estava composto por sociedades multiétnicas, pluriculturais e multilíngues.

Com o processo de positivação dos direitos humanos, os Estados, tanto no âmbito nacional como internacional, encontram-se forçados a criar normas jurídicas que possam atender às necessidades de cada povo e de cada indivíduo. Os setores vulneráveis como mulheres, crianças, anciãos, indígenas, trabalhadores, alguns em maior medida que outros, tiveram um reconhecimento de direitos para tentar equiparar sua situação dentro da sociedade.

No entanto, por mais que estes direitos tenham sido reconhecidos, existem conflitos complexos gerados pela falta de efetivação destes. Entre estes conflitos, e entorno do qual foi desenvolvida a presente pesquisa, é o relativo ao território, conflito que não é exclusivo dos povos indígenas, mas que representa uma das maiores demandas, no âmbito social, político, econômico e jurídico por parte das comunidades indígenas na América Latina.

Passados mais de cinco séculos, os povos originários ainda estão lutando pelo reconhecimento e respeito do seu direito ao território. Tendo em consideração que para estas culturas a terra representa muito mais que um bem econômico, diferente da concepção ocidental, isso provoca conflitos de maior envergadura, o qual repercute em todas as esferas da vida em sociedade.

Como consequência destes conflitos a Organização Internacional do Trabalho - OIT um dos organismos internacionais que visam à proteção dos povos indígenas, reconheceu a necessidade de criação de uma norma jurídica voltada ao reconhecimento do direito inerente e originário dos povos sobre as terras que habitavam antes da chegada dos europeus, assim como também de comunidades que têm uma relação diferenciada com seu entorno, ou seja, comunidades tradicionais. Neste sentido em 1989, a OIT edita a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em países independentes onde, pela primeira vez, se emite uma definição de povos indígenas e tribais, reconhece-se o livre exercício dos seus direitos fundamentais relativos ao território, trabalho, segurança social, saúde, educação e os meios de comunicação, tendo-se como pedra angular a criação da instituição da Consulta Prévia, Livre e Informada aos povos indígenas e tribais, que será um dos objetos de estudo da presente pesquisa.

A Consulta Prévia encontra-se regulada no artigo 6 da Convenção 169 da OIT, esta representa uma das esferas do direito de autodeterminação, por meio da qual os povos indígenas e comunidades tradicionais têm o direito a ser consultadas quando uma medida administrativa ou legislativa possa lhes afetar diretamente. Na presente pesquisa, a Consulta Prévia foi abordada somente quando se trata de uma medida administrativa que afetará o território destas comunidades como consequência da exploração de recursos naturais.

Tanto no Brasil como na Guatemala, a Convenção 169 da OIT foi ratificada, em consequência, o cumprimento da Consulta Prévia representa uma obrigação para ambos Estados. No Brasil esta foi ratificada no ano de 2002, ingressando ao âmbito supralegal, por meio do Decreto Legislativo numero 143, em vigor desde 2003; na Guatemala, por sua parte, foi ratificada por meio do Decreto do Congresso, numero 9-96, que entrou em vigor em 5 de junho de 1997.

Por ser uma instituição relativamente nova, a literatura em matéria da Consulta Prévia é escassa, e a legislação deficiente, o qual permite que as comunidades indígenas que tentam defender seu território encontrem-se numa situação de vulnerabilidade em relação aos grandes megaprojetos, que tentam explorar os recursos naturais. Recentemente os Estados, as Organizações da comunidade internacional como a Organização das Nações Unidas – ONU,

Organização dos Estados Americanos – OEA, ou organizações não governamentais, têm começado a desenvolver pesquisas sobre a Consulta Prévia, suas características, elementos, procedimentos, sujeitos envolvidos, representatividade, em síntese, tudo aquilo para que o direito de autodeterminação dos povos indígenas e especificamente da Consulta Prévia, seja efetivado.

Porém o objetivo principal do presente trabalho foi realizar um estudo comparativo sobre a Consulta Prévia, livre e informada, como instrumentalização do direito de autodeterminação dos povos indígenas, no Brasil e na Guatemala, utilizando o método analítico abordando para o efeito, normas jurídicas, princípios, doutrina e jurisprudência nacional e internacional que trata do assunto. Através deste estudo comparativo foram analisadas a literatura e legislação que existe sobre a consulta prévia.

A importância dos estudos comparativos se encontra na possibilidade de estabelecer diferenças, semelhanças, vantagens e desvantagens, caracterizando os problemas que enfrentam os Estados, com o objetivo de lograr um desenvolvimento regional, procurando modificações nacionais que permitam a aplicação efetiva dos direitos sociais. Embora existam muitos aspectos que diferenciem os povos indígenas da América Latina, existem muitas semelhanças, devido à situação de vulnerabilidade em que estes se encontram.

Para o efeito, o presente trabalho está composto por três capítulos. O primeiro, abordará um olhar antropológico sobre os povos indígenas, todo o processo evolutivo que têm atravessado, iniciando pelas teorias do povoamento americano, e o auge das civilizações pré-colombianas. Também foram abordadas as correntes filosóficas que estudam o meio ambiente, como o antropocentrismo, biocentrismo ou ecocentrismo, e o holismo.

No segundo capítulo são apresentadas as noções básicas dos direitos humanos, já que o direito à autodeterminação representa um direito humano, tentou-se apresentar as características destes, as correntes filosóficas que fundamentam os direitos humanos, para abordar posteriormente o direito de autodeterminação dos povos indígenas, fazendo uma análise sobre o desafio que representa direito indígena no imaginário nacional de um Estado onde prevalece o monismo jurídico.

Por último temos no terceiro capítulo onde foi tratado o relativo à Consulta Prévia, livre e informada, suas características e elementos mais importantes, seguido de análises sobre a Consulta Prévia na Guatemala e no Brasil, finalizando com suas diferenças e similitudes.

O conflito que gera o não cumprimento da Consulta Prévia, livre e informada, fica evidenciado nos Estados pela situação que os povos indígenas e comunidades tradicionais,

enfrentam dia a dia; quando a defesa do território se contrapõe com o exercício de outro direito como é o direito ao desenvolvimento econômico, à propriedade privada, à exploração mineral, à indústria e comércio, ao desenvolvimento nacional, etc. É de suma importância para o campo tanto da ciência social como para a agenda política dos Estados, que têm que cumprir com o fim supremo de todo ordenamento social, o bem-estar da comunidade, e determinar o caminho de uma sociedade onde os direitos humanos são respeitados. O não cumprimento da Consulta Prévia, livre e informada, nos termos que a Convenção 169 da OIT doutrina, a legislação interna e jurisprudência estabelecem, é um problema para os Estados, que não somente tem efeitos de caráter interno, mas também efeitos dentro da comunidade internacional.

1 POVOS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE.

1.1 CORRENTES FILOSÓFICAS DO MEIO AMBIENTE.

Para iniciar esta pesquisa é preciso partir dos conceitos básicos, que podemos precisar para chegar ao objetivo último do presente trabalho. É muito fácil confundir termos como natureza, meio ambiente, recursos naturais e bens naturais. É por isto que partiremos da conceitualização destes termos.

Desde o surgimento da humanidade e posteriormente da sociedade, a natureza tem sido parte fundamental de nossa história; é assim que na antiguidade algumas teorias estabeleciam à natureza o início de tudo. A origem etimológica da palavra natureza vem do latim “*natura*” que é a tradução do grego “*physis*” (φύσις); vemos então que o significado da palavra natureza foi evoluindo, num primeiro momento o termo grego fazia referência à forma inata em que crescem as plantas e os animais do planeta terra; depois segundo o dicionário etimológico Douglas Harper, estabelece que a palavra “*natura*” vem do composto das palavras “*natus*” de “*nascere*” que significa nascer e “*urus*” que é o sufixo do futuro participio de “*oritur*”, que significa surgir, gerar, a força que gera; que quer dizer aquele caráter essencial, todo aquilo que é inato nas coisas, o curso das coisas e o próprio universo.

Atualmente encontramos a definição da natureza no dicionário da Real Academia Espanhola onde se estabelece o seguinte: “1. Esencia y propiedad característica de cada ser; 2. Conjunto, orden y disposición de todo lo que compone el universo; 3. Principio universal de todas las operaciones naturales e independientes del arteficio.”¹; é assim que podemos observar como a palavra natureza vai evoluindo e abarcando mais significado e tendo mais elementos, que as ciências que a estudam como a astronomia, biologia, ecologia, física, geologia, química, filosofia, antropologia, sociologia e até o direito, outorgam-lhe.

A importância que a natureza tem representado para o desenvolvimento do pensamento moderno, nas diversas áreas é inegável, todas as disciplinas têm em consideração ao meio ambiente, em maior ou menor medida, para desenvolver suas teorias.

O termo “meio ambiente” é considerado por muitos autores como um pleonismo, já que os dois termos são sinônimos. Segundo o dicionário Aurélio da língua portuguesa ambiente significa o “que cerca ou envolve os seres vivos ou as coisas, por todos os lados”.

¹ 1. Essência e propriedade característica de cada ser; 2. Conjunto, ordem e disposição de tudo o que compõe o universo; 3. Principio universal de todas as operações naturais e independentes do arteficio (tradução da autora)

É um erro muito comum imaginar que meio ambiente somente pode abarcar aquilo que está vivo, assim como está estabelecido no artigo 3º, inciso I, da lei 6.938/1981, (Brasil, 1981) que regula que o meio ambiente é “O conjunto de condições, leis, influencias e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”; nesta definição somente temos referencia do aspecto biológico do meio ambiente, esquecendo o aspecto social, já que o direito ambiental estuda quatro grandes aspectos, o meio ambiente natural ou físico, o meio ambiente artificial e o meio ambiente cultural, assim como estabelece Beltrão (2009, p. 21):

Dessa forma o meio ambiente não corresponde apenas ao ambiente natural, abrangendo também outras perspectivas em que esteja inserida a vida. Assim, tradicionalmente classifica-se o meio ambiente a partir de três aspectos: o meio ambiente natural ou físico, o meio ambiente artificial e o meio ambiente cultural.

Então temos que o meio ambiente está interligado com o desenvolvimento da nossa sociedade, tanto para criar tecnologias que permitam fazer mais fácil a vida dos seres humanos, como para procurar mecanismos que permitam a proteção do meio ambiente devido à degradação que estas tecnologias têm representado. Dentro do estudo do meio ambiente, a Ética ambientalista ou ética ambiental, faz uma reflexão sobre as consequências que a atividade do ser humano traga para o meio ambiente. Nesta reflexão a moral joga um papel primordial, da qual o ser social não se pode abstrair.

Os seres humanos à medida que vão criando e aperfeiçoando novos métodos para transformar a natureza, vão simplificando os processos de produção, avançando na medicina, comunicações, também conseguem converter à mesma sociedade dependente do consumo da produção; neste processo no início não intervém a ética, só a inteligência. Depois o ser humano acha necessário fazer um juízo de valores sobre as consequências que seu “desenvolvimento” traz para seu entorno. Isto aborda a ética ambiental, que em palavras de Sela e Negrete (2006, p. 7), colocam:

Hemos descubierto que la naturaleza es vulnerable; por esta razón, el plano ético no puede alejarse de las relaciones entre el hombre y el ambiente. Así, surge la ética ambiental, como una concepción nueva de los deberes morales que deben existir en las relaciones del ser humano con su entorno.²

Na ética ambiental temos as correntes filosóficas que tratam o tema do meio ambiente, como o antropocentrismo, biocentrismo ou ecocentrismo, e o holismo. Em um

² Descobrimos que a natureza é vulnerável, por esta razão, o plano ético não pode afastar-se das relações entre o homem e o ambiente. Assim, surge a ética ambiental, como uma concepção nova dos deveres morais que devem existir nas relações do ser humano com seu redor (tradução da autora).

primeiro momento o antropocentrismo que vem do vocábulo greco-latino, do grego “antropos”, que quer dizer homem, e do latim “centrum”, que é centro, formando a concepção que o ser humano é o centro do todo, do universo, estabeleceu os parâmetros da proteção ambiental.

O antropocentrismo como corrente filosófica aplicada ao direito ambiental, estabelece que tem por objetivo a proteção do meio ambiente para satisfazer as necessidades do ser humano, pelo que encontramos a proteção direta e imediata no ser humano, enquanto que a proteção indireta e mediata é para o meio ambiente.

Para o antropocentrismo o que interessa é o indivíduo, a natureza tem seu valor em relação à utilidade que possa produzir. O único valor que o antropocentrismo reconhece da natureza é um valor econômico; justifica-se o direito absoluto sobre o meio ambiente e sua exploração, já que no futuro existiriam tecnologias capazes de reparar qualquer dano provocado. Neste sentido Rodrigues (2005, p. 24) estabelece que “El antropocentrismo proclama el primado absoluto del hombre sobre la naturaleza y su derecho a la dominación de la misma. Niega cualquier carácter moral a la relación entre hombre y el resto de los seres naturales.”³ Significa que o antropocentrismo estabeleceu o princípio de dominação do homem sobre a natureza e seu direito à dominação desta, sem importar qualquer caráter moral entre o homem e os demais seres naturais.

Depois temos o ecocentrismo ou também chamado biocentrismo, o qual surge como a resposta dos problemas ambientais sobre os quais o antropocentrismo não tem solução; provem do vocábulo grego “bios” que significa vida, e do latim “centrum” que quer dizer centro. Para esta corrente filosófica o ser humano deixa de ser o foco central da proteção ambiental, para tomar seu lugar, todas aquelas formas de vida que existem. É assim que Abreu e Bussinguer (2013, p. 5) afirmam que “A vida, em todas as suas formas e não apenas a humana, passou a ser considerada o valor mais expressivo do ecossistema planetário, reconhecendo-se a importância de todos os seres vivos por si mesmos e para a manutenção do equilíbrio do ambiente.”

Como bem é colocado, o direito ambiental começa a se preocupar pelo equilíbrio do meio ambiente, tomando todos seus elementos como interligados entre si; agora o ser humano não está mais isolado, pertence a uma rede de seres vivos cuja preservação e existência é fundamental para a existência dos demais.

³ O antropocentrismo proclama a superioridade absoluta do homem sobre a natureza e seu direito à dominação da mesma. Nega qualquer caráter moral da relação entre o homem e os demais seres naturais (tradução da autora).

Agora bem, a última corrente filosófica denominada holísta, caracteriza-se porque considera que o meio ambiente tem que ter direitos por si mesmo, independentemente do valor econômico que alguns recursos ou bens ambientais representem para o ser humano. Neste sentido a ONU, através da resolução numero 37/7, de 28 de outubro de 1982, proclamada pela Assembleia Geral (), estabelece que “Toda forma de vida é única e merece ser respeitada, qualquer que seja a sua utilidade para o homem, e, com a finalidade de reconhecer aos outros organismos vivos este direito, o homem deve se guiar por um código moral de ação.”. Como podemos observar a proteção do meio ambiente, começa a ser prioridade para a comunidade internacional, o qual permitirá a criação de leis, que procurem este fim.

1.2 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE.

Na segunda metade do século XVIII, o que se conhece como revolução industrial impôs transformações econômicas, sociais e tecnológicas para a humanidade; esta se fundamentou na mudança da forma de produção da sociedade, a utilização da maquinaria suporia um avanço para a exploração dos recursos naturais e para a indústria em geral; foram aperfeiçoando-se os meios de transporte o qual permitiu o comercio internacional e a produção em maior escala; foram construindo-se canais e estradas, e os barcos e ferrovias foram tomando maior importância na indústria como principal forma de transporte. Tudo isto contribuiu para que os índices da contaminação ambiental se elevassem, e que a comunidade internacional começasse a prestar mais atenção às mudanças climáticas que este modelo econômico trazia.

É por isto que em 1972 celebra-se em Estocolmo a primeira conferência mundial sobre o meio ambiente das Nações Unidas; nas palavras de Lago (2006, p. 48), a conferência de Estocolmo teve conquistas transcendentais, as quais são:

(...) a entrada definitiva do tema ambiental na agenda multilateral e a determinação das prioridades das futuras negociações sobre meio ambiente; a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA (UNEP, pelas iniciais em inglês); o estímulo à criação de órgãos nacionais dedicados à questão de meio ambiente em dezenas de países que ainda não os tinham; o fortalecimento das organizações não-governamentais e a maior participação da sociedade civil nas questões ambientais.

A partir desta conferência segundo, poder-se-ia encontrar o surgimento do direito ambiental, devido a que os Estados estão comprometidos para diminuir a contaminação do

meio ambiente, pelo qual é preciso criar normas que impedem a degradação de nosso entorno, e de regulamentar a forma em que o ser humano atua em relação aos demais seres vivos.

1.3 PROCESSO HISTÓRICO DOS POVOS ÍNDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA.

América Latina tem-se caracterizado por uma série de elementos que fazem a nossa região tão peculiar; a biodiversidade, riqueza de recursos naturais, o processo de colonização, o nascimento de Estados nacionais sobre a ideia de sociedades homogêneas, processos de independência disfarçados, ditaduras sanguinárias e democracias relativamente novas, fazem com que o estudo dos conflitos sociais, políticos, culturais e econômicos, seja tão complexo.

Para poder entrar na temática sobre o direito de autodeterminação, e a Consulta Prévia como instrumentalização deste, considerou-se necessário abarcar o processo histórico dos povos que habitavam o território da América Latina durante milhares de anos atrás. Quando se aborda temáticas aos povos indígenas é um equívoco estudá-las em forma geral, já que não são questões homogêneas, existem povos diferenciados, com as suas próprias características e tradições.

A terminologia para estes povos originários é diversa, esta varia de lugar a lugar. América é um continente que foi invadido faz mais de quinhentos anos, os colonizadores chamaram de “índios” as pessoas que encontraram no território por achar que houveram chegado à Índia; por exemplo, no Brasil pode-se observar que com o passar do tempo, este termo tem-se adotado como uma forma de identificação para pessoas pertencentes dos povos indígenas, assim como fica evidenciado em instituições estatais como a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, ou na mesma legislação, como por exemplo, na Constituição de 1988, onde o termo “índio” é utilizado constantemente sem nenhuma conotação pejorativa. Diferente do Brasil, em outras partes da América Latina, a palavra “índio” sim é utilizada de forma pejorativa para referir-se a pessoas pertencentes das etnias originárias da América. É importante deixar claro que com isto não tenta-se afirmar que os povos indígenas, reconhecem-se com o termo “índio”, “indígena”, “autóctone” ou “originários”, já que isto representaria um problema conceitual, (lembrando que generalizar e tentar enquadrar a cada povo com diversidades abismais, dentro desta terminologia adotada pelos “outros”, representa um equívoco) mas sim pretende-se explicar como no decorrer do presente trabalho, serão utilizados esta série de termos que referem-se aos povos indígenas.

Em consequência, existe uma variedade de termos que são utilizados, como por exemplo, na Guatemala, em Honduras, na Venezuela, no Peru e no México, onde são usados os termos: “indígena” “pueblos indígenas”, “pueblos originários”, “pueblos autoctonos”. Como já foi exposto, no Brasil o termo “índio” não tem essa conotação pejorativa, enquanto a palavra “silvícola” que foi utilizada nas primeiras legislações sobre povos indígenas, caiu em desuso já que fazia referência a “pessoas provenientes da selva”.

Vamos observar como na legislação constantemente é utilizado termos como “povos indígenas”, no âmbito nacional e internacional. No entanto, este aparato estará destinado a expor dados gerais sobre as civilizações que habitavam América antes da chegada dos europeus, para assim entender a situação atual dos povos indígenas.

A teoria do povoamento tardio postula que um pequeno grupo de caçadores e recolhedores provenientes de Sibéria emigrou para América, pelo estreito de Bering, através da ponte de Beringia, que é uma porção de terra congelada durante a época glacial. Existem estudos que afirmam a presença de seres humanos na terra americana de 20,000 anos antes de Cristo. Neste sentido Bethell (1990, p. 4-5) expõe:

La prehistoria remota, en el caso de las Américas, comienza en torno a 35,000 a. C., cuando aparentemente el hombre alcanza el continente a través del estrecho de Bering. Existen pruebas que indican una probable presencia del hombre en lo que actualmente es México, alrededor de 20,000 a. C. No obstante, los restos humanos más antiguos que se han descubierto en el yacimiento de Tepexpan, a unos 40 km al nordeste de Ciudad de México, se han fechado no antes de 9000 a. C.⁴

Como afirma Vilaboy (1997, p. 10), o continente americano foi povoado, por pessoas de diferentes origens, primeiro pelo estreito de Bering e posteriormente pelas ilhas Aleutas:

En opinión de los antropólogos físicos, América fue poblada inicialmente por hombres de origen mongoloide -llegados primero por un corredor en el estrecho de Bering y después por las islas Aleutanas- aunque a través de posteriores migraciones entraron también elementos australoides y melanesoides procedentes del Pacífico. Estos ya eran navegantes y probablemente se encontraban en los estadios mesolítico y sobre todo neolítico, pues conocían la agricultura (maíz, yuca) eran sedentarios y sabían trabajar la cerámica. A partir de estas oleadas, que arribaron en diferentes momentos históricos (entre 7 mil y 2 mil años) de diversos orígenes étnico, geográfico y nivel de vida, se produjo el desarrollo desigual de los pueblos aborígenes en un proceso que compete decenas de siglos de duración. Así se conformó una población autóctona mediante un crecimiento vegetativo bien diferenciado, resultado de combinaciones propicias o adversas del clima, suelos vegetales ricos o pobres con mayor o menor conocimiento de la agricultura. Se ha

⁴ A pré-história remota, no caso das Américas, começa no redor de 35,000 a. C., quando aparentemente o homem alcanço o continente através do estreito de Bering. Existem provas que indicam uma provável presença do homem no que atualmente é México, no redor de 20,000 a. C. Não obstante, os restos humanos mais antigos que hão-se descoberto num deposito de Tepexpan a uns 40 km ao nordeste da cidade de México, estão datados não antes de 9.000 a. C. (tradução da autora)

comprovado la existencia de 133 familias lingüísticas independientes en América, que comprenden cientos de idiomas y dialectos⁵.

Como consequência deste povoamento de diversas origens e em diversos momentos, poderíamos encontrar a existência de culturas tão diversas entre si, em tudo o continente americano. É assim que temos o surgimento de três civilizações que tiveram maior auge na América; estas foram os Astecas em território Mexicano, os Maias, que compreendiam os territórios de Tabasco, Chiapas, Yucatan, a Guatemala, o Belice, o Honduras e o Salvador, e os Incas no ocidente de Sul América:

Los habitantes de la América anteriores al descubrimiento del Continente por los europeos, se encontraban en muy diversos estadios de desarrollo. A lo largo y ancho del llamado Nuevo Mundo vivían infinidad de grupos aborígenes (ges, atapascos, esquimales, algonquinos, sioux, charrúas, tehuelches, onas, etc.) que aún se hallaban en los primeros escalones de la evolución social, mientras otros, como los chibchas, tupi-guaraníes, arauacos, iroqueses, maias, incas o astecas, entre otros, habían logrado alcanzar nuevas etapas en su desarrollo socio-económico a partir del momento en que iniciaron el cultivo de la tierra. Esto, que se calcula ocurrió hace unos 1500 años, permitió el surgimiento en ciertas zonas de Mésoamérica -al parecer a partir de la cultura olmeca, considerada una especie de civilización madre- y el área andina de sociedades de clase y deslumbrantes centros de civilización. Aquí la estructura social se caracterizó por la existencia de comunidades aldeanas organizadas en torno a la propiedad común del suelo, el trabajo colectivo (ayllú, calpulli) y sometidas a una clase dominante de guerreros y sacerdotes. Ello fue precedido, en los años 700 a 1000, en estas zonas de civilización más desarrolladas de la América precolombina, por una série de crisis intestinas que pusieron fin al llamado periodo clásico y propiciaron el florecimiento de nuevas culturas, entre ellas la maia-tolteca, la asteca y la inca.⁶

⁵ Na opinião dos antropólogos e físicos, América foi povoada inicialmente por homens de origem mongoloide – chegados primeiro por um corredor no estreito de Bering e depois pelas ilhas Aleutas – no entanto através de posteriores migrações entraram também elementos australoides e melanesoides procedentes do Pacífico. Estes já eram navegantes e provavelmente encontravam-se nos estágios mesolítico e sobre tudo neolítico, já que conheciam a agricultura (milho, macaxeira) eram sedentários e sabiam trabalhar a cerâmica. A partir destas ondas de pessoas, que chegaram em diferentes momentos históricos (entre 7 mil e 2 mil anos) de diversas origens étnicas, geográfica e nível de vida, se produz o desenvolvimento desigual dos povos aborígenes em um processo que leva dezenas de séculos de duração. Assim conformou-se uma população autóctone mediante um crescimento vegetativo diferenciado, resultado de combinações propicias e adversas do clima, solos vegetativos ricos e pobres com maior ou menor conhecimento da agricultura. Tem-se comprovado a existência de 133 famílias linguísticas independentes em América, que compreendem centos de línguas e dialetos (tradução da autora).

⁶ Continua afirmando Vilaboy (1997, p. 11) como as pessoas que chegaram ao continente americano, encontravam-se em diferentes estágios da evolução social, e como os chibchas, tupi-guaraníes, arauacos, iroqueses, maias, incas ou astecas, tinham conseguido um maior desenvolvimento socioeconômico: Os habitantes da América anteriores ao descobrimento do Continente pelos europeus, encontravam-se em muito diversos estágios de desenvolvimento. Ao longo do chamado Novo Mundo, viviam infinidad de grupos aborígenes (ges, atapascos, esquimales, algonquinos, sioux, charrúas, tehuelches, onas, etc.) que ainda encontravam-se nas primeiras etapas da evolução social, no entanto outros, como os chibchas, tupi-guaraníes, arauacos, iroqueses, maias, incas ou astecas, entre outros, tinham conseguido alcançar novas etapas no seu desenvolvimento socioeconômico a partir do momento em que iniciaram o cultivo da terra. Isto, que se calcula aconteceu faz uns 1500 anos, permitiu o surgimento de certas zonas de Mesoamérica – ao parecer a partir da cultura olmeca, considerada uma espécie de civilização madre- e a área andina de sociedades de classe e deslumbrantes centros de civilização. Aqui a estrutura social caracterizou-se pela existência de comunidades aldeanas organizadas em torno à propriedade comum do solo, o trabalho coletivo (ayllú calpulli) e sometidas a

É assim como foi exposto, que estas três grandes civilizações, a maia, a asteca e a inca, tiveram seu surgimento no período clássico, e estão caracterizadas por terem conseguido desenvolvimento em diversas áreas como as matemáticas, a arquitetura, organização econômica, social e política, religiosa, astrologia e agricultura.

1.3.1 Mesoamérica.

Depois que o ser humano chegou ao território americano, estas pessoas caçadoras e recolhedoras instalaram-se na cercania de lagos e rios, o que permitiu um rápido crescimento populacional, assim como o início do cultivo de alimentos; deixaram a vida nômade para instalar-se em pequenos territórios. Começaram a construir templos religiosos, especializar-se nas diversas atividades dentro da sociedade, como o cultivo de alimentos entre os quais encontravam-se o feijão, pimenta, milho e abóbora; outros fabricavam artesanato, como vasilhas de barro, colares em jade, altares em pedra, pirâmides, etc. Neste sentido Bethel (1990, p. 5-6), afirma um aspecto importante nesta divisão de atividades:

De todo ello cabe inferir una división del trabajo. Mientras muchos individuos continuaban con la agricultura y otras actividades de subsistencia, otros se especializaron en distintas artes y artesanías, proporcionaron la defensa del grupo, realizaron empresas comerciales, se dedicaron al culto a los dioses o intervinieron en el gobierno, que estaba probablemente en manos de los jerarcas religiosos.⁷

Com esta passagem podemos observar o ponto de inflexão que representou o início da especialização em determinadas atividades, como as artes, o artesanato, a segurança do grupo, agricultura, na religião, e como o poder político começou a encontrar-se ligado à religião.

1.3.1.1 Olmecas, Teotihuacan e Toltecas.

Dado o rápido surgimento dessas culturas, podemos ver como estas se vão desenvolvendo, e aperfeiçoando a sua organização social, política e econômica, sempre tendo

uma classe dominante de guerreiros e sacerdotes. Isto foi precedido, nos anos 700 e 1000, em estas zonas a civilização mais desenvolvida da América pré-colombiana, por uma série de crises intestinas que puseram fim ao chamado período clássico e propiciaram o florescimento de novas culturas, entre elas a maia-tolteca, a asteca e a inca (tradução da autora).

⁷De tudo isto, pode-se inferir uma divisão de trabalho. Embora muitos indivíduos continuavam com a agricultura e outras atividades de subsistência, outros se especializavam em diferentes artes e artesanatos, proporcionaram a defesa do grupo, realizaram empresas comerciais, dedicaram cultos aos deuses para que intervissem no governo, que estava provavelmente nas mãos dos hierarcas religiosos. (tradução da autora)

algumas limitações causadas pela ausência da roda, elementos metalúrgicos ou utilização de animais para caçar. Neste sentido Bethell (1991, p. 6), expõe o seguinte:

Las extraordinarias innovaciones culturales de los olmecas no significaron la desaparición de ciertas limitaciones notables que continuaron afectando el desarrollo de los distintos pueblos de Mesoamérica. Éstas incluían, en primer lugar, la permanente ausencia de cualquier aplicación utilitaria de la rueda, con sus múltiples consecuencias, como por ejemplo, en el transporte y la alfarería; en segundo lugar, la ausencia (hasta 950 a.C, aproximadamente) de cualquier forma elemental de metalurgia. Ésta se recibió de los Andes, a través de América Central. Por último, la ausencia de animales susceptibles de domesticación: no había ni caballos, ni gatos y, excepto los pavos (utilizados para comer), únicamente los perros pelones mexicanos eran la compañía del hombre en su vida cotidiana, y en la ultraterrena, cuando se sacrificaban para acompañar a sus dueños a la Región de los Muertos.⁸

Os olmecas foram uma civilização que teve seu desenvolvimento durante o período pré-clássico médio, abrangeu os territórios do agora sudeste do estado mexicano de Veracruz e a oeste de Tabasco. Foi uma das mais importantes culturas, e é considerada por alguns como a “cultura mãe” da civilização mesoamericana, já que teve influência nas outras civilizações do território devido às trocas comerciais; isto permitiu a difusão de vários elementos culturais no território mesoamericano como por exemplo, a adoração da deidade “La Serpiente Emplumada” que estava associada à agricultura, o culto às montanhas e cavernas e o simbolismo religioso no jade. Os olmecas influenciaram em lugares como Tlatilco e Zacatenco, o que depois seria a cidade de México. Crê-se que foi a primeira civilização mesoamericana em desenvolver a escritura, um calendário ritual e um civil; suas grandes esculturas e adornos são seus maiores expressões culturais. A agricultura foi estendendo-se, e os núcleos sociais foram sendo cada vez maiores e complexos. Sua organização política esteve caracterizada pela conformação em reinos de cidades-estados, com uma hierarquia muito forte, as quais foram posteriormente adotadas pelas outras culturas mesoamericanas. Além de isso também lhes atribui a criação do “juego de pelota”.

⁸ As extraordinárias inovações culturais dos olmecas não significaram a desaparecimento de certas limitações notáveis que continuaram afetando o desenvolvimento dos distintos povos de Mesoamérica. Esta incluiu, num primeiro momento, a permanente ausência de qualquer utilização da roda, com suas muitas consequências, como por exemplo, no transporte e a alfararia; no segundo lugar, a ausência (até 950 a. C., aproximadamente) de qualquer forma e elementos de metalurgia. Esta se recebeu dos Andes, através da América Central. Por último, a ausência de animais que pudessem ser domesticados; não tinham cavalos, gatos e, com exceção dos pavões (utilizados para comer), unicamente os cachorros carecas mexicanos eram a companhia do homem na sua vida cotidiana, e na ultraterrena, quando se sacrificavam para acompanhar a seus donos à Região dos Mortos (tradução da autora).

Não se conhecem os motivos que fizeram que esta civilização desaparecesse, alguns afirmam que foi pelos conflitos internos na sua estrutura política, enquanto que outros são partidários em afirmar que se deveu pelas invasões de povos vizinhos.

Bethell afirma como apogeu da civilização pré-clássica na área central, o surgimento de Teotihuacan, a cidade mexicana que mostrou avanços importantes na arquitetura, o arte e organização social; tinha mais de 50,000 habitantes, com ruas empedradas, templos religiosos que estavam no centro da cidade, a pirâmide do sol, da lua, a pirâmide da “Serpiente Emplumada” e o palácio de Quetzalpapálotl, são as edificações mais importantes de Teotihuacan. Nesta cidade tinham uma religião politeísta, e seus deuses depois seriam adotados por outras civilizações, falavam o “náhuat” que é a forma antiga do “náhuatl”, a língua oficial dos astecas ou mexicas.

Desta maneira depois da caída de Teotihuacan, um grupo de sociedades que se encontravam nos arredores da cidade, especificamente no norte do México, descobria isto, pelo que iniciaram a voltar a sua cidade originaria, a cidade dos seus antepassados, já que se crê que estas sociedades foram influenciadas cultural e politicamente pela cidade de Teotihuacan. É assim que os toltecas se instalam numa cidade denominada Tula.

1.3.1.2 Os Maias.

Os Maias habitavam territórios das atuais cidades da península de Yucatán, Chiapas e Tabasco do estado do México, da Guatemala, do Belice, do Honduras e de El Salvador. Entre as cidades mais importantes temos Tikal, Uaxactún, Piedras Negras e Quiriguá na Guatemala; Copan em Honduras; Nakum no Belice; Yaxchilán, Palenque e Bonampak em Chiapas; Dzibilchaltún, Coba, Labná, Kabah y Uxmal e Chichén-Itzá na península de Yucatán (BETHELL, 1990, p. 7).

Foi uma cultura extremamente avançada, tem características importantes em todos os aspectos, na arquitetura, literatura, economia, organização social, política e religião. Seu auge deu-se na cidade de Tikal, entre um ambiente tropical, com elevadas temperaturas e excessiva humidade, esta civilização conseguiu adaptar-se à natureza.

A sua arquitetura esta caracterizada pela construção de templos religiosos que se encontravam no centro da cidade, rodeada pelos complexos que os povoadores habitavam. Estes templos eram construídos de pedra caliza tendo em consideração a posição geográfica para que pudessem ser utilizados como observatórios astronômicos, aproveitando os recursos

naturais como “pozos” e “xenotes”. Suas construções consistiam em plataformas cerimoniais, que eram utilizadas para realizar cerimoniais publicas e eventos religiosos, tinham aproximadamente quatro metros de altura e nestas no geral, eram exibidas as cabeças empaladas das vítimas dos sacrifícios de guerra; os palácios eram grandes recintos que tinham vista ao centro da cidade, destinados para servir de moradia dos governantes; nas canchas do jogo de pelota, celebra-se este evento que era realizado por varias civilizações mesoamericanas, tivera motivo religioso e poder-se-ia incluir o sacrifício humano. Segunda a mitologia Maia o jogo tinha conexão com a morte e a superação desta. Os baseamentos piramidais e templos estavam, na parte mais alta da pirâmide, já que se tentava estar o mais próximo ao céu do que fosse possível; assim mesmo crê-se que as pirâmides eram utilizadas também como tumbas, estas muito altas e eram decoradas na parte mais alta, com símbolos dos seus governantes, para que fossem vistas a grandes distâncias.

Seus conhecimentos sobre matemáticas, astronomia e escritura eram avançados, podiam prever eclipses, e detalharam com precisão os movimentos dos planetas e da lua. Desenvolveram um calendário que continha 363 dias. Também tinham o conceito do zero e seu sistema de numeração estava baseado no numero vinte.

Sua estrutura social estava caracterizada pela divisão em estratos. Neste sentido Bethel (1990, p. 8) ressalta um aspecto importante:

Desde el punto de vista político, parece que algunos de estos centros urbanos estaban asociados según varios tipos de «confederaciones» o «reinos». En la sociedad clásica maia coexistieron dos estratos claramente diferenciados: el pueblo llano o plebeyos (en su mayoría, dedicados a la agricultura y a realizar diversos servicios personales) y el grupo dominante, compuesto por los gobernantes, los sacerdotes y los guerreros de alto grado⁹.

Tinham uma nobreza que ostentava o monopólio da política e da religião; quando os espanhóis chegaram à América, sua estrutura social estava determinada pela separação do povo Maia. Seu território estava dividido em *Kuchkabal*, que eram pequenas cidades-estados, as quais eram governadas pelos *Halach uinik* quem tinha a decisão de todos os assuntos terrenos e espirituais. Sua economia estava baseada na agricultura, o qual hoje em dia não tem mudado, especialmente o milho, foi a base da alimentação. Cultivava-se dependendo da

⁹ Desde o ponto de vista político, parecem que alguns destes centros urbanos estavam associados segundo vários tipos de «confederações» ou «reinos». Na sociedade clássica maia coexistiram dois estratos claramente diferenciados: o povo simples ou plebes (na sua maioria, dedicados à agricultura e a realizar diversos serviços pessoais) e o grupo dominante, composto pelos governantes, os sacerdotes e os guerreiros de alto rango. (tradução da autora)

região, tomate, abóbora, mandioca, pimenta, cheiro-verde, *jicama* e *epazote*, e outras ervas e raízes; o cacau era cultivado no território selvagem.

O povo Maia, divide-se em vinte e dois grupos étnicos, que conservam geralmente uma forte identidade cultural, manifestada entre outras coisas, na língua, vestimenta e costumes. Os quatro grupos com maior número de população são o K'iche', o Q'eqchi', o Kaqchikel e o Mam.

Durante os períodos colonial e republicano, os povos Maias foram assistindo como iam sendo reduzidas cada vez mais as suas extensões de terras, habitadas antes da invasão europeia, ou sendo direcionadas a zonas situadas a latitudes mais elevadas. Foram obrigados a trabalhar no campo, ao serviço de um senhor que era dono da terra, em temporadas de colheitas (práticas que ainda hoje em dia, são continuadas), em situações que assemelham-se mais a escravidão. Atualmente, as maiores populações indígenas concentram-se na região norte e ocidente da Guatemala, especialmente nos departamentos de Quiché, Alta Verapaz, Baja Verapaz, Sololá, Totonicapán, Huehuetenango y San Marcos, embora o número de indígenas que emigram para a capital do Estado, aumenta ano a ano devido à falta de presença do poder público no interior do país, a maioria das comunidades indígenas são meramente rurais. Consequentemente estas são as regiões que apresentam maiores índices de analfabetismo, pobreza extrema, desnutrição, e falta de saúde pública.

1.3.1.3 Mexicas.

Os Mexicas ou tradicionalmente denominados Astecas, eram uma cultura que viveu no antigo território de Teotihuacan, sobre a procedência dos Mexicas, Bethell (1990, p. 10-11) afirma:

Una de las realizaciones más notables de los mexicas, en el cénit de su evolución política y cultural (unos 60 años antes del contacto con los europeos), fue forjarse una imagen de sus propios orígenes, su desarrollo e identidad. Alrededor del 1430, su soberano, el rey Itzcóatl, ordenó que se quemaran todos los libros antiguos, tanto los anales como los libros de contenido religioso (...) En su lugar se desarrolló e impuso una nueva tradición que transmitía una imagen del pasado que se ajustaba a las necesidades e ideales del grupo, cuyo dominio estaba en proceso de rápida expansión. Consultando las fuentes de origen mexica, podemos reconstruir la nueva imagen que presentaba su élite.¹⁰

¹⁰ Uma das realizações mais notáveis dos mexicas, no auge da sua evolução política e cultural (uns 60 anos antes do contato com os europeus), foi desenvolver uma imagem da sua própria origem, seu desenvolvimento e sua identidade. Ao redor de 1430, seu soberano, o rey Itzcóatl, ordenou que queimassem todos os livros antigos, tanto dos anais como dos livros de conteúdo religioso (...) No seu lugar desenvolveu-se e impõe uma nova tradição que transmitia uma imagem do passado que ajustava-se às necessidades e ideais do grupo, cujo domínio

Assim então narra-se que os mexicas fugiram de Aztlan Chicomóztoc, seu lugar de origem, já que seus governantes os obrigavam a pagar tributos elevados. Denominavam-se a eles mesmos como “tlatoque”, que significava plebes. Eles foram guiados a uma terra prometida, pelo sacerdote Huitzilopochtli, o qual teve uma revelação do deus Tetzahuiü Teotl, que falou-lhe que teriam um lugar privilegiado para morar.

1.3.2 Sociedades Andinas.

Tem-se poucos dados sobre as comunidades que pertenciam aos Andes, a história destas pode-se demarcar desde o momento da chegada dos espanhóis ao território Americano; não existem escritos que tratam sobre estas culturas a diferencia dos Astecas e os Maias, o campo da arqueologia não tem sido muito desenvolvido nesta região. No entanto como estabelece Bethell (1990, p. 49) sobre o desconhecimento que temos da cultura Inca, afirma que “paradójicamente, períodos más antiguos, algunos fechados miles de años antes de los incas, parecen ser más accesibles y se han estudiado minuciosamente, particularmente los detalles de su cerámica.”. Quer dizer, comunidades mais antigas que os próprios incas, tem se estudado de uma forma mais minuciosa, como na cerâmica, o qual representa uma lacuna nos conhecimentos que poderíamos ter do império incaico.

As condições extremas para desenvolver a agricultura, a diferença do norte e centro da América, dificultaram muito o seu desenvolvimento, mas permitiram que as comunidades andinas se adaptassem e procurassem adequadas formas para cultivar a terra. Desenvolveram uma agricultura rica e variada, que ainda hoje em dia, assombra pelos altos níveis de nutrientes, assim como estabelece Bethell (1990, p. 51-52):

La agricultura andina sólo ha atraído la atención de los agrónomos recientemente. La fácil adaptación por los campesinos de cultígenos europeos y africanos – cebada, caña de azúcar, la uva, plátanos – ha enmascarado su apego a los cultivos resistentes y de plantación local minuciosamente adaptados a las condiciones andinas. Nadie sabe cuántos cultígenos se sembraban para el 1532; muchos ya se han perdido y otros tardaron en extinguirse, sufriendo por su baja posición, a pesar de sus probados valores nutritivos. Cuando se estudia la cantidad de tubérculos (de los que la papa es tan sólo el más conocido) o el *tarwi* (un lupino rico en grasas) o la *kinuwa* (un cereal de las grandes altitudes, con fuerte contenido en proteínas) o la hoja de coca que apaga la sed, se advierte lo aborigen y prístino que era el complejo agrícola andino. Algunos de los cultivos (maíz, batatas) se descubrieron en todo el continente, pero en el sur ninguno era materia prima, aunque algunos se consideran productos exóticos altamente apreciados.

estava em processo de rápida expansão. Consultando as fontes da origem mexica, podemos reconstruir a nova imagem que apresentava sua elite. (tradução da autora)

Estes grupos étnicos que habitavam a região dos Andes, formavam grandes grupos humanos, aproximadamente de 4.000 famílias, onde existia um núcleo e várias aglomerações ao redor. O cultivo de folhas de coca formava parte da agricultura, isto no vale de Huallaga, na atual área central do Perú, assim como afirma Bethell (1990, p. 52):

En el valle de Huallaga, en el actual Perú central, los primeros registros europeos identificaron varios grupos étnicos, de los cuales el más numeroso era el chupaychu, al que se le atribuyeron 4.000 familias en el sistema decimal de cálculo andino. Otros dan cuenta en el valle de algunos con 400 “fuegos”. Independientemente del tamo, en 1549, cada grupo mencionado poseía huertos en los que se cultivaba la hoja de coca, situados a unos tres o cuatro días de camino, desde el asentamiento principal.¹¹

Os problemas pelo qual atravessou o império inca, com a chegada dos europeus ao solo Americano, não variou em grande medida do que aconteceu no resto dos países. A situação, como aconteceu com os Maias e Astecas, de lutas internas, entre os diversos grupos étnicos que confrontavam e estavam sob o domínio do império inca, assim estabelece Burga (1999, p. 20-22):

La dominación incaica, al margen de idílicos relatos y relaciones, no llegó a calar en las raíces más profundas de buena parte de los pueblos andinos. Los constantes alzamientos que sacudieron el Imperio prueban el descontento y el estado de insumisión existente entre muchos señores étnicos ante el poder cusqueño. De este modo, la llegada de los europeos –en realidad, la vanguardia de toda una invasión mucho más organizada- pareció suponer para muchos grupos locales la liberación que durante años estaban esperando. Eran pocos y, opinaban, serían fácilmente destruibles después. Pizarro supo aprovechar esta situación estableciendo frecuentes alianzas con algunos de los señores étnicos más importantes quienes no dudaron en ofrecer no solo su solidaridad, sino que aportaron todos los medios necesarios –hombres, fundamentalmente- para la segura y rápida liquidación imperial. Dos buenos ejemplos fueron los pactos establecidos con los cañarís y los huancas, aliados indiscutibles de los europeos en la conquista del Incaico.¹²

Estes conflitos internos foram uma constante no território americano, do qual os europeus conseguiram-se aproveitar.

¹¹ O vale de Huallaga, no atual Peru central, os primeiros registros europeus identificaram vários grupos étnicos, dos quais o mais numeroso era o chupaychu, ao que se atribuem-lhe 4.000 famílias no sistema decimal de calculo andino. Outros afirmam que no vale são 400 “fogos”. Independentemente do dado, em 1549, cada grupo mencionado tinha pomares nos quais se cultivava a folha de coca, situados de três ou quatro dias de caminho, desde o assentamento principal. (tradução da autora)

¹² A dominação inca, à margem de idílicos relatos e relações, não chegou a entrar nas raízes mais profundas de boa parte dos povos andinos. As constantes revoltas que afetaram ao Império provam o descontento e o estado de insubmissão existente entre muitos senhores étnicos ante o poder de Cusco. Deste modo, a chegada dos europeus –na realidade, a vanguarda de toda uma invasão muito mais organizada- suporia para muitos grupos locais a libertação que durante muitos anos estavam aguardando. Eram poucos e, opinavam, seriam facilmente destruíveis depois. Pizarro conseguiu aproveitar esta situação estabelecendo constantes alianças com alguns dos senhores étnicos mais importantes, os quais não duvidaram em oferecer não só a sua solidariedade, mas também que aportaram todos os meios precisos –homens, fundamentalmente- para a rápida e certa aniquilação imperial. Dois exemplos são os pactos estabelecidos com os cañarís e os huancas, aliados indiscutíveis dos europeus na conquista dos Incas (tradução da autora).

1.3.3 Povos indígenas no Brasil.

Devido à extensa variedade de comunidades que habitavam o Brasil, antes da chegada dos europeus, representa um desafio classifica-las, pelo que Bethell afirma que a forma mais razoável de classificar estas tribos é através de grupos de línguas, geografia e por habitat. Enquanto à classificação pelas línguas Bethell (1990, p. 99) estabelece os seguintes grupos linguísticos que habitavam o Brasil:

Había cuatro familias lingüísticas principales (probablemente por su número de habitantes): tupí (o tupí-guaraní), *ge*, caribe y aruak (arawak). Otras familias lingüísticas estaban únicamente representadas en los márgenes de las fronteras del Brasil actual: xirianá y tucano en el noroeste, pano y páez en el oeste, guaicura y charrúa en el sur. Algunas de las lenguas tribales que han sobrevivido se clasifican como aisladas, o solo ligeramente vinculadas a los troncos lingüísticos principales: nambicuara (nambikwara), bororó, karajá, mura, aripaktsá, y sin duda muchas otras entre los cientos de tribus que se extinguieron antes de que los lingüistas estudiaran su lengua.¹³

As comunidades indígenas mais complexas encontravam-se na bacia do Amazonas, a qual estava habitada e defendida por três grandes grupos linguísticos, que eram os tupi, aruak e caribe. O desenvolvimento destas comunidades ficou evidenciado com o descobrimento de cerâmica originárias de escavações da ilha Marajó e em Santarém. A comunidade aruak representa uma das maiores famílias linguísticas, esta foi localizada em outras regiões do continente como a América Central, Florida e ilhas do Caribe; eram comunidades ribeirinhas, que deslascavam-se em canoa, com uma grande mobilidade. Os povos que formavam o Brasil antes da chegada dos europeus, eram de grandes artesãos, com destreza consumada, mas construía, decoravam e pintavam quase sempre com materiais perecíveis, além de transmitir suas tradições e culturas de forma oral, isto colaborou para que não existam muitos dados sobre as características prévias da chegada dos europeus, destas populações (BETHELL, 1990, p. 99-101).

Segundo Bechimol (2009, p. 50) no livro *Le Pays des Amazones*, escrito pelo barão de Sant'Anna Nery, deixa como legado uma longa lista de povos indígenas que encontravam-

¹³ Existem quatro famílias linguísticas principais (provavelmente pelo número de habitantes): tupí (ou tupí-guaraní), *ge*, caribe e aruak (arawak). Outras famílias linguísticas estavam unicamente representadas nas margens das fronteiras do Brasil atual: xirianá e tucano no nordeste, pano e páez no oeste, guaicura e charrua no sul. Algumas das línguas tribais que tem sobrevivido classificam-se como isoladas, ou somente vinculadas aos troncos linguísticos principais: nambicuara (nambikwara), bororó, karajá, mura, aripaktá, e sem dúvida muitas outras entre as tribos que extinguíram-se antes de que os linguistas conseguiram estudar a língua. (tradução da autora)

se na Amazônia ate o ano de 1884, descreve as características e localização de 373 povos, número que vem decrescendo ao longo dos anos:

O Pais das Amazonas nos legou uma preciosa lista alfabética das principais tribos indígenas do Estado de Amazonas, Roraima, Acre e Rondônia. Por essa relação havia, em 1884, 373 tribos indígenas, as quais descreveu as suas localizações, características e preconceitos da época. Passado um pouco mais de um século, esses povos indígenas estão reduzidos cerca de 70 grupos nesses quatro Estados, conforme relação da Funai e 150 se incluirmos os Estados de Mato Grosso, Pará, Amapá, Tocantins e Maranhão, com uma população de 175.571 habitantes.

A maioria dos indígenas brasileiros viviam em aldeias durante um período de tempo curto. Isto devido às terras baixas da América do Sul, que careciam de animais originários que pudessem domesticar-se. Não existiam atividades de traslado de gado na Amazônia. Seus povos estavam destinados a caçar, pescar, ou reunir caça selvagem, estivesse viva ou morta, e insetos com o objetivo de aumentar sua produção de alimento. Devido a isto, as comunidades da Amazônia eram sociedades que habitavam aldeias, e caracterizam-se por ter uma grande mobilidade, conseguiam deslocar-se levando poucos pertences de forma rápida, para outras zonas mais ricas de caça e pesca, com migrações para recolher frutas, ovos, sementes e nozes (BETHELL, 1999, p. 101).

Esta forma peculiar de desenvolver-se com seu entorno, fez com a que a colonização se levara a cabo de uma forma diferente e mais trabalhosa. Assim como afirma Benchimol (2009, p. 26) o papel das comunidades foi fundamental para a ocupação dos europeus. Ainda estes fossem tratados como submissos, subordinados, adaptados ou integrados, ensinaram para os invasores os segredos do rio, terra e floresta:

A contribuição indígena-cabocla para a ocupação e desenvolvimento da Amazônia foi, no entanto, considerável e sem ela a tarefa de descoberta e exploração teria sido impossível. Submissos, subordinados, adaptados ou integrados, eles ensinaram aos novos senhores e imigrantes os segredos do rio, da terra e da floresta. Dessa herança cultural indígena-cabocla destacam-se muitas contribuições, que abaixo procuramos resumir e inventariar: 1. Conhecimento dos rios, furos, paranás, igarapés e lagos como meio de transporte, fonte de água doce, viveiro de plantas, peixes, animais e gramíneas; 2. Aproveitamento das várzeas dos rios de águas barrentas e claras, as quais denominavam de *paranás-tinga*, em contraste com os pobres rios de água preta – *os paranás-pixuna*; 3. Conveniência com regime das enchentes e vazões fluviais, um importante fator de adaptação e uso potencial de suas águas e terras; 4. Uso de floresta com sua distinção entre *caá-etê* das terras firmes das madeiras de lei e o *caá-igapó* das áreas inundadas, das madeiras brancas; 5. Construção de montarias, igarapés jacumãs, remos, balsas e jangadas para dominar o transporte sobre os rios e vencer os estírios da distancia; 6. Percalços da navegação dos sacados, remansos, terras caídas, praias, pedras, calhaus e troncos; 7. Práticas agrícolas dos roçados de mandioca e o seu preparo mediante maceração, uso do tipiti, fervura para eliminar os tóxicos dos tubérculos e o seu preparo nas casas de farinha; 8. Técnicas de desmatamento da floresta pela broca, derrubada, queima e coivara, típica da agricultura itinerante do *slash-andburn*, em consequência da

pobreza dos solos tropicas de terra firme; 9. Caça e identificação de animais silvestres para fins alimentares e aproveitamento do couro para fins industriais, como o caititu, capivara, anta, cutia, tatu, veado, onça e outros bichos do mato; 10. Pesca e identificação das principais espécies como o pirarucu, tambaqui, tucunaré, pacu, sardinha, jaraqui, matrinxã, piramutaba, piraíba e outros peixes de escamas e peles, e como dos instrumentos e artefatos de apanha e captura; (...) 27. Etno e antropodiversidade que criaram dentro da própria Amazônia uma pluralidade de culturas, línguas e valores ameríndios que se diferenciavam em função do espaço, rio, floresta e heranças ancestrais e imemoriais. Essa etnodiversidade está hoje, ainda, representada por 200 grupos indígenas, falando 170 línguas e diletos diferenciados.

Embora esta diversidade tenha diminuído, no Brasil ainda existe uma quantidade significativa de povos indígenas, conservando suas línguas e forma tradicional de viver. Segundo dados estatísticos, atualmente existem, aproximadamente 817.963 pessoas que autodeclararam-se indígenas, distribuídas 315.000 nas áreas urbanas e 502.963 nas áreas rurais assim como afirma o Instituto Socioambiental (2011, p. 17):

Os dados gerais do Censo do IBGE de 2010, divulgados até o fechamento dessa edição, registraram 817.963 pessoas que se autodeclararam indígenas. Desse número, 315 mil estão em áreas urbanas e 502.963 na área rural (presumivelmente em Terras Indígenas). No Censo 2010 foram levantadas pela primeira vez informações, ainda não divulgadas, sobre etnia e língua, atributos que permitirão cálculos por identidades específicas.

Este censo foi levantado no ano de 2010, deixando em evidência a grande diversidade do Brasil, este foi dividido entre as classificações de população branca e não branca, que poderiam ser preta, parda, amarela e indígena; os resultados demonstraram que o 52,27% da população total de Brasil seria não branca, ou seja, mais da metade da população considerar-se-ia pertencente a outra das categorias antes mencionadas.

A proporção desta população autoproclamada não branca, aumenta nas regiões norte e nordeste, com uma porcentagem de mais de 70% da população considerando-se não branca, a diferença da região sul, onde a maioria da população autoproclama-se branca. Já na região sudeste quase a metade da população declarou-se não branca. Em relação à categoria de população indígena esse censo afirmou que o 0,44% da população total, é indígena (Instituto Socioambiental, 2011, p. 46).

1.4 POVOS ÍNDIGENAS DA AMÉRICA LATINA.

Tratar de uma forma geral os povos indígenas da América Latina, converte-se impossível, tendo em consideração a diversidade cultural que existe em nosso continente; iniciando pelo Canadá e finalizando em Argentina e Chile, é impossível generalizar conceitos,

características e costumes dos povos autóctones. Mas estes têm alguns aspectos comuns que podemos utilizar, como por exemplo, que seus territórios foram invadidos, seus costumes, religiões e tradições negadas, e que atualmente existe uma luta importante pela reivindicação dos seus direitos. O processo de conquista permitiu, ou pelo menos procurou, ter sociedades relativamente homogêneas.

Em todo o mundo existem aproximadamente trezentos e setenta milhões de pessoas indígenas, que ocupam o vinte por cento da superfície terrestre. Calcula-se, segundo dados da ONU (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2015) que “representan unas cinco mil culturas indígenas diferentes. Por tal motivo, los pueblos indígenas del mundo representan la mayor parte de la diversidad cultural del planeta, aunque constituyen una minoría numérica.”¹⁴

Os povos indígenas e tribais, são os agentes da maior parte da diversidade cultural do mundo. Tem-se demonstrado que muitas das regiões de importante diversidade biológica são habitadas pelos povos indígenas. São dezessete países, que albergam mais das duas terceiras partes dos recursos biológicos da terra, mas também são territórios habitados pelas comunidades indígenas e tradicionais.

É preciso que na conservação das espécies biológicas, proteja-se também a diversidade cultural que representam as comunidades indígenas e tradicionais, já que a relação direta que guardam com o meio ambiente é inegável. Esta relação se desenvolve no âmbito, econômico, espiritual, social e cultural, e está interligada ao desenvolvimento destas populações.

As normas, costumes e praticas tradicionais que os povos indígenas e comunidades tradicionais, têm em relação com a terra precisa de uma análise mais profunda, já que muito se fala em tentar negar esta relação, e afirmar que varias são as comunidades indígenas que poluem o meio ambiente e representam um risco nas áreas de conservação, mas tem que tomar-se em consideração que a diversidade das comunidades, e como estas vão evoluindo, torna impossível generalizar os efeitos que estas trazem sobre o meio ambiente.

Com o decorrer dos séculos, esta relação entre os povos indígenas, comunidades tradicionais e povos tribais com o meio ambiente tem sido menosprezada como consequência da violação ao direito que têm sobre as suas terras. O traslado forçado, destruição de lugares sagrados e desapropriações se voltou uma constante na construção dos Estados de direito.

¹⁴ Representam umas cinco mil culturas, indígenas diferentes. Pelo que os povos indígenas do mundo, representam a maior parte da diversidade cultural do planeta, embora constituam uma minoria numérica. (tradução da autora)

Os direitos sobre a terra, o aproveitamento desta e a gestão dos recursos naturais, continua sendo uma situação crítica para os povos indígenas ao redor do mundo, especialmente na América Latina.

Esta relação fica evidenciada em algumas culturas como, por exemplo, na cultura Maia, onde o meio ambiente tem um papel primordial dentro da sua cosmovisão. Esta se refere à visão do mundo do povo Maia, segundo o qual, aponta Garcia (2009, p. 55) "toda la naturaleza se encuentra integrada, ordenada e interrelacionada"¹⁵; já que para a cultura Maia "todos aquellos elementos que existen en la naturaleza, es decir, todo lo que hay en el universo es animado o tiene vida. Cada ser se complementa y completa a los demás"¹⁶.

Esta cosmovisão tem por objetivo ajudar aos indivíduos a perceber o universo como um todo, incluindo teorias cosmológicas que revelam a origem do mundo natural e da espécie humana; contem ideias sobre as forças que regem ao universo material, a vida individual e coletiva. Esta forma de olhar o mundo ajuda a que as comunidades indígenas interajam de uma forma diferente com seu entorno, não antropocêntrica.

Segundo o Acordo sobre identidade e direitos dos povos indígenas, na Guatemala, reconhece-se que a cosmovisão Maia, fundamenta-se na relação harmônica de todos os elementos do universo, onde o ser humano é um elemento mais, a terra é uma mãe que dá vida, e o milho um símbolo sagrado. Cada ser tem uma missão na terra, a qual, ressalta Garcia (2009, p. 239), "es otorgada por la naturaleza, para guardar correspondencia y armonía con los demás seres y el cosmos"¹⁷

Deve-se ter claro que para as comunidades Maias, a terra e a natureza, têm vida própria e um valor não determinado pelos seres humanos; ou seja, que não somente acham a terra como um meio de produção para conseguir um desenvolvimento, mas como um ente com vida própria, algo sagrado, a qual deve ser respeitada.

Existem uma série de critérios, tanto antropológicos como jurídicos, para determinar o alcance do termo povos indígenas. Segundo Santos (2006, p. 27) os critérios de autodefinição seriam:

Entre os povos indígenas existem alguns critérios de autodefinição mais aceitos, embora não sejam únicos e nem excludentes:

- ✓ Continuidade histórica com sociedades pré-coloniais.

¹⁵ Toda a natureza encontra-se, integrada, ordenada e inter-relacionada (tradução da autora).

¹⁶ Todos aqueles elementos que existem na natureza, é dizer, todo aquilo que tem no universo é animado ou tem vida. Cada ser complementa-se e complementa aos demais (tradução da autora).

¹⁷ É outorgada pela natureza, para guardar correspondência e harmonia com os demais seres do cosmos (tradução da autora).

- ✓ Estreita vinculação com o território.
- ✓ Sistemas sócias, econômicos e políticos bem definidos.
- ✓ Língua, cultura e crenças definidas.
- ✓ Identificar-se como diferentes da sociedade nacional.
- ✓ Vinculação ou articulação com a rede global dos povos indígenas.

Dos critérios anteriores poderíamos deduzir que povos indígenas são comunidades diferenciadas do estado nacional, com práticas e costumes, línguas, sistemas econômicos e sociais estabelecidos, diferentes do Estado aos quais pertencem. Assim como também uma estreita relação com o território que habitam.

Assim como estabelece Carneiro (2006, p. 126-127) a ideia que os povos indígenas guardam da natureza diferencia-se da concepção ocidental:

Quando se fala em terras indígenas, territórios indígenas ou espaço de vida indígena, na realidade pouco importa a denominação; se tem muito essas expressões ligadas à questão da natureza segundo os padrões da cultura ocidental, que não têm nenhuma relação com o termo natureza para os povos indígenas. A visão ocidental de natureza parte da premissa de que se devem estabelecer normas que determinem deveres aos homens e direitos aos seres da natureza. Existe um imenso fosso entre o que a cultura ocidental denomina de natureza e a natureza para as populações indígenas.

Podemos observar como esta relação da natureza com as comunidades indígenas é determinada, e como esta representa um elemento fundamental no seu desenvolvimento. Assim como afirma a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH (2009, p. 1), esta relação está caracterizada segundo o povo indígena do qual se está falando, mas está guiada por fatores culturais, físicos e espirituais:

Los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual. Esta relación única con el territorio tradicional puede expresarse de distintas maneras, dependiendo del pueblo indígena particular del que se trate y de sus circunstancias específicas; puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena o tribal.¹⁸

¹⁸ Os povos indígenas e tribais têm formas de vida únicas, e sua cosmovisão baseia-se em sua estreita relação com a terra. As terras tradicionalmente utilizadas e ocupadas por elas são um fator primordial de sua vitalidade física, cultural e espiritual. Esta relação única com o território tradicional pode expressar-se de diversas formas, dependendo o povo indígena particular do qual se fale e de suas circunstâncias específicas; pode incluir o uso ou presença tradicional, a preservação de sítios sagrados ou cerimoniais, assentamentos ou cultivos esporádicos, recoleção estacional ou nômade, caçaria e pesca, o uso consuetudinário de recursos naturais ou outros elementos característicos da cultura indígena ou tribal (tradução da autora).

Como consequência desta relação, origina-se o tratamento do território que o ordenamento jurídico dá a terra indígena, já que representa um fator fundamental para o desenvolvimento da comunidade.

2 DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS.

No presente capítulo, será abordado o direito de autodeterminação, um direito humano da terceira geração, exercido por um grupo de pessoas, esquecendo sua individualidade e adotado em coletividade; para chegar a este será preciso expor os pressupostos da teoria geral dos direitos humanos, de forma ampla, onde serão abordados os sujeitos que conformam a relação jurídica dos direitos humanos, as correntes filosóficas que fundamentam o seu cumprimento e a divisão tradicional destes, ou melhor, gerações ou dimensões dos direitos humanos. Assim mesmo será realizada uma análise sobre o direito de autodeterminação, seus aspectos políticos como o autogoverno e a participação, já que este último fundamenta o direito a Consulta Prévia; a importância dos recursos naturais para as populações indígenas, assim como seu direito originário sobre a terra que habitam, o impacto da construção dos megaprojetos.

2.1 TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS.

A instauração do Estado moderno trouxe uma série de mudanças, em todos os âmbitos, o reconhecimento dos direitos humanos foi uma destas. Ao falar dos direitos humanos, se faz alusão a uma relação jurídica, através da qual uma ou várias pessoas, são titulares de um direito, e outra obrigada a cumprir com uma determinada conduta de fazer, não fazer ou dar.

A teoria do direito denomina a estes sujeitos, ativo aquele que ostenta o direito, e passivo aquele que tem a obrigação de cumprir com uma prestação. Nesta relação jurídica, dos direitos humanos, é independente a vontade dos sujeitos, já que reside na própria natureza, assim como afirma Bobbio (2000, p. 11):

O pressuposto filosófico do Estado liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade- direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detém o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros.

Ao afirmar que estes direitos são independentes da vontade dos sujeitos envolvidos, dá-nos indícios que se trata de um tipo especial de relações jurídicas, diferentes às do direito comum, onde a autonomia da vontade determina o atuar dos sujeitos. Os direitos humanos representam uma série de preceitos (para alguns naturais, para outras construções jurídicas), que serão de amplo estudo na área do direito e a filosofia.

Ao tratar o tema sobre os direitos humanos, existem diferentes escolas do pensamento que desenvolvem seu fundamento. Diversos autores dedicam-lhe especial atenção a este tema, já que além de explicar e criar uma teoria fortalecida de direitos humanos considera-se que, ao entender seu fundamento, pode-se conseguir seu mais amplo reconhecimento e cumprimento, assim como Bobbio (2004, p. 12), estabelece:

Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento.

No entanto ao reconhecer a importância do seu fundamento, Bobbio (2004, p. 16) estabelece quatro razões que impedem obter o fundamento absoluto, já que em primeiro lugar os direitos humanos, são conhecidos por diversos termos como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos naturais”, os quais “são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete”, ou seja, não existe consenso sobre o alcance dos direitos humanos; em segundo lugar “os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos mostra suficientemente”. Com isto afirma que os direitos humanos vão mudando conforme a sociedade vai avançando. Os mesmos direitos aceitos como naturais no século XVII, não são os mesmos que poderiam ser aceitos no século XXII, estes se vão adaptando conforme as necessidades da sociedade com o qual nega a existência de direitos fundamentais por natureza. “Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos”. Em terceiro lugar estabelece que “a classe dos direitos do homem é também heterogênea”, o que significa que os direitos são muito diversos entre si, procurando objetivos distintos; “são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais”, o qual impede a existência de um fundamento absoluto, já que os direitos podem apresentar opções para determinado tipo de sujeitos e situações.

E por último, a razão que se abordara mais adiante neste trabalho, estabelece que é impossível procurar um fundamento absoluto devido à antinomia¹⁹ entre direitos fundamentais invocados pelas mesmas pessoas; isto quer dizer que “são antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros”, o qual impede que tenham um fundamento em comum, absoluto. Portanto estas escolas de fundamentação têm que se interpretar e utilizar de uma forma abrangente.

Estas escolas das quais se apresentaram os preceitos mais importantes, não são específicas dos direitos humanos, quer dizer, estas desenvolveram teorias concernentes à procedência do ordenamento jurídico; porém é importante expô-las no presente trabalho já que através da filosofia do direito, tenta-se explicar o fundamento dos direitos humanos, o qual é vital para obter o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

2.1.1 Jusnaturalismo.

O jusnaturalismo tem seus inícios desde a antiga Grécia. É uma corrente filosófica que procura explicar que o fundamento das normas jurídicas se encontra na mesma essência do ser humano, determinada pela razão. Sua doutrina foi desenvolvida baseando-se no racionalismo, depois adotado pelas concepções religiosas, e depois secularizado novamente.

Alguns jusnaturalistas afirmam a existência do estado natural, no qual não existia uma estrutura social e política, como é conhecida na atualidade, e era regido pelo que se denominara direito natural, o qual é um sistema universal e imutável, como afirma Bobbio (1999, p. 29):

Encontramos um reflexo desse estado de coisas na concepção dos jusnaturalistas que admitiam a existência de um estado de natureza, isto é, uma sociedade em que existiam apenas relações intersubjetivas entre os homens, sem um poder político organizado. Nesse estado, que teria procedido a instauração da sociedade política (ou Estado), admitiam a existência de um direito que era exatamente, o direito natural. Nessa sociedade, os homens cultivaram a terra e escambavam os produtos, constituíam famílias e o chefe de família tinha servos à sua disposição; com a morte do pai os seus haveres se transmitiam a seus descendentes.

Enquanto o Estado instaurara uma ordem e cumprimento destas normas jurídicas já estabelecidas dentre a sociedade, quer dizer, imprimira o elemento coercitivo, o qual permite

¹⁹ Antinomia jurídica é uma contradição, incompatibilidade, que pode ser real ou aparente, entre normas jurídicas que pertencem a um ordenamento jurídico, impossibilitando sua aplicação, interpretação, existindo diversos critérios para solucionar-las.

que estas relações interpessoais voltem-se estáveis. O jusnaturalismo pode-se dividir em três etapas, denominadas como jusnaturalismo clássico, representado por pensadores como Platão y Aristóteles; jusnaturalismo medieval com Santo Tomás de Aquino e São Agostinho; e o jusnaturalismo moderno representado por pensadores como Rousseau, Grocio, Locke e Kant.

2.1.1.1 Jusnaturalismo clássico:

O jusnaturalismo clássico pode-se encontrar na antiga Grécia, com o surgimento dos filósofos que procuravam uma explicação sobre o mundo filosófico-metafísico; num primeiro momento esta escola desenvolve seu pensamento desde as crenças primitivas populares para depois chegar com Platão e Aristóteles com uma corrente humanista e científica, que dará lugar a toda uma nova forma de explicar o direito, esquecendo a tradição mágica-mitológica. Este desenvolvimento foi exposto por Ross (2000, p. 268-269):

Podemos estudar melhor esse contraste seguindo o desenvolvimento do pensamento grego desde as crenças populares primitivas que encontramos nas obras de Homero e de Hesíodo até os grandes sistemas filosóficos de Platão e Aristóteles. Nesse lapso aproximado de 300 anos reside o germen de tudo que posteriormente irá se desdobrar de forma mais claramente diferenciada. É possível seguir o desenvolvimento que vai desde uma primitiva concepção mágico-mítica do direito até uma florescente atitude humanista e científica que teve sua mais notável expressão nos círculos dos sofistas durante o período de grandeza de Atenas no século V a.c.

Aristóteles trata os conceitos de justiça, diferenciando alguns tipos de justiça, estabelecendo que a justiça política, esta conformada por duas partes, uma legal e outra natural. Aristóteles (1991, p. 110) afirma que sua parte natural é “aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo”, esta não é subjetiva, tem um elemento que é universal, imutável; e a parte legal que ao igual que a natural, não depende da razão dos homens, “que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida”. Aristóteles ressalta o elemento da imutabilidade relativa da natureza, quando afirma:

Ora, alguns pensam que toda justiça é desta espécie, porque as coisas que são por natureza, são imutáveis e em toda parte têm a mesma força (como o fogo, que arde tanto aqui como na Pérsia), ao passo que eles observam alterações nas coisas reconhecidas como justas. Isso, porém, não é verdadeiro de modo absoluto mas verdadeiro em certo sentido; ou melhor, para os deuses talvez não seja verdadeiro de modo algum, enquanto para nós existe algo que é justo mesmo por natureza, embora seja mutável. Isso não obstante, algumas coisas o são por natureza e outras, não.

A importância do pensamento de Aristóteles radica na divisão da existência do ser humano em dois mundos, num como ser sensual, e outro como ser racional, através este desenvolverá pressupostos sobre a ética, outorgando-lhe ao direito uma conotação metafísica, sobre isto, Ross (2000, p. 280), afirma:

As idéias éticas de Aristóteles são importantes porque as principais foram adotadas pelo direito natural católico. Aristóteles não desenvolveu uma teoria do direito com idêntica minúcia. Apropriou-se da distinção dos sofistas entre direito positivo e direito natural, mas deu à filosofia do direito natural um novo viés conservador e metafísico. A lei natural é a válida em si mesma e obrigatória para todos. É aprendida pela razão. É verdade que as leis humanas contêm muito de arbitrário ou que é determinado pela conveniência prática (...)

Posteriormente o direito natural foi desenvolvido pelos estoicos e o direito romano. Estes primeiros dirigiram o direito natural para uma direção mais religiosa e universal, esquecem a razão individual da qual apelava Aristóteles, e centram-se numa razão universal, a qual será a fonte suprema do direito. Afirmam que todas as pessoas são iguais, devido a esta razão universal, assim como o estabelece Ross (2000, p. 282):

Mas a razão universal nos exige que levemos uma vida social pacífica enquanto observamos aquelas regras que se encontram em nossa natureza razoável. Na interpretação deste pensamento, os estoicos, com vigor crescente, enfatizaram a ideia da igualdade de todos os seres humanos. Cada ser humano encerra uma centelha do eterno: somos, portanto, todos iguais diante de Deus. A ordem fundamental da razão é respeitar todo outro ser razoável como um fim em si mesmo, e o ideal da coexistência social é um estado universal no qual todos sejam iguais e vivam em harmonia com os comandos da natureza e da razão. Num tal estado não haveria propriedade privada e nem escravidão. Entretanto, o desatino e a perversidade dos seres humanos resultou em que vivessem apartados, em estados separados, e de acordo com leis humanas que só refletem de maneira imperfeita a justiça natural.

Nesta passagem vemos como se adiantam muitos dos preceitos que depois serão desenvolvidos; a lei humana a qual seria diferente da lei natural, é só uma imperfeita manifestação, por meio da qual a sociedade tenta-se desenvolver. A natureza apela pela vida em sociedade universal, onde a razão permita respeitar todo tipo de vida humana.

Este pensamento foi adotado pelos romanos, popularizado por Cícero, convertendo o direito natural numa introdução filosófica do direito e desenvolvendo três tipos deste, segundo Ross (2000, p. 282) o primeiro denominado *jus civile* "que era o direito que se aplicava aos cidadãos romanos e que era determinado pelo sistema romano tradicional de forma e ação"; o segundo denominado *jus gentium*, "que era o direito comum aos romanos e outros povos, e que, portanto, se aplicava aos estrangeiros e às relações entre Roma e outras potências"; e o

terceiro denominado *jus naturae*, que estava “baseado na razão inerente ao ser humano, idêntica à razão divina que se aplica a todos os seres vivos.”.

2.1.1.2 Jusnaturalismo medieval:

Neste período o jusnaturalismo terá mudanças em algumas concepções tradicionais que vinham desenvolvendo-se. É assim que em mãos do escolástico Santo Tomás de Aquino, e São Agostinho, considerados como os pais da igreja católica, por criar importantes dogmas desta religião, desenvolveram conceitos sobre o direito natural junto com dogmas católicos.

Assim como o estabelece Ross (2,000, p. 282), neste período utilizam os conceitos de Aristóteles sobre a divisão do ser humano como ser sensual e ser racional:

Não foi difícil para os padres da Igreja e para os filósofos escolásticos interpolar as específicas ideias cristãs na tradição clássica do direito natural. No lugar do vago conceito panteísta de uma razão divina universal, bastou-lhes colocar o Deus do cristianismo. A distinção aristotélica entre o ser humano como ser sensual e o ser humano como ser racional se ajustava perfeitamente à distinção cristã entre corpo e alma, entre este mundo e o reino de Deus.- Só que se achava mais no espírito do evangelho ressaltar a pureza de coração, a consciência, em lugar da razão pensante, como o órgão através do qual a voz de Deus fala ao ser humano.

Através destas mudanças São Agostinho, postula as leis, que posteriormente serão aperfeiçoadas, por Tomás de Aquino, por meio das quais tentara explicar conceitos como justiça e ética, através da unificação do pensamento de Aristóteles e Platão. Desenvolve seus postulados, afirmando que existe uma lei eterna, a qual encontra-se impregnada de alma, e a lei temporal, aquela criada pelos seres humanos, e como a justiça esta regida por esta lei eterna; o mesmo São Agostinho (1945, p. 41-42) afirma:

Ag. Reconhecerás também, espero que na lei temporal dos homens nada existe de justo e legítimo que não tenha sido tirado da lei eterna. Assim, no mencionado exemplo do povo que, às vezes, tem justamente o direito de eleger seus magistrados e, às vezes, não menos justamente, não goza mais desse direito, a justiça dessas diversidades temporais procede da lei eterna, conforme a qual é sempre justo que um povo sensato eleja seus governantes e que um povo irresponsável não o possa. Acaso és de opinião diferente? Ev. Sou dessa mesma opinião. Ag. Então, para exprimir em poucas palavras, o quanto possível, a noção impressa em nosso espírito dessa lei eterna, direi que ela é aquela lei em virtude da qual é justo que todas as coisas estejam perfeitamente ordenadas.¹⁹ Se tens, porém, outra opinião, apresenta-a. Ev. Nada tenho a te contradizer, pois dizes a verdade. Ag. E como tal lei superior é a única sobre a qual todas as leis temporais regulam as mudanças a serem introduzidas no governo dos homens, poderá ela, por causa disso, variar em si mesma de algum modo? Ev. Compreendo que não o possa de modo algum. Com efeito, nenhuma força, nenhum acontecimento, nenhuma catástrofe nunca conseguirá fazer com que não seja justo que todas as coisas estejam conformes a uma ordem perfeita.

Santo Tomás de Aquino se baseia nesta divisão de lei eterna e lei temporal, para criar a sua teoria distinguindo entre quatro tipos de leis: a lei eterna, lei natural, lei humana, e lei divina.

2.1.1.3 Jusnaturalismo moderno:

Nesta etapa, o jusnaturalismo, depois de receber as influências cristãs dos escolásticos, atravessou um período de secularização. Começando da mão de Hugo Grócio, o qual é considerado como o iniciador da teoria moderna do direito natural. Sobre estas mudanças que enfrentou o direito natural Ross (2000, p. 287) afirma:

Despojou-se de seu traje teológico e adotou a roupagem da ciência pura, auxiliada pelo método matemático dedutivo que constituiu a grande descoberta da época. Os fundamentos dessa tendência foram formulados pelo holandês Hugo Grócio (*De jure be//i ac pacis*, Livro III, 1625), mas foi somente em meados do século XVII que o direito natural logrou o fastígio de seu desenvolvimento com os grandes sistemas de Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Jean Barbeyrac, Christian Wolff e outros. Uma ênfase política particular apareceu no direito natural de Thomas Hobbes, o defensor radical do poder absoluto, e também na obra de John Locke e Jean-Jacques Rousseau, os dois fundadores da democracia moderna. Locke foi o pai ideológico da Revolução norte-americana e Rousseau, da Revolução francesa. Estas duas revoluções representaram o triunfo da ideia do direito natural relativamente à libertação do indivíduo, invocando os direitos inalienáveis da liberdade e os direitos inalienáveis do homem.

Temos então, como a influência destes pensadores vai permitindo que existam dicções concernentes aos direitos inatos e universais dos seres humanos, não só no mundo filosófico ou acadêmico, mas também no mundo político e social, que permitira as grandes mudanças, como a revolução francesa e estadunidense, através das quais se reconhecem e promulgam declarações de direitos dos cidadãos. Pode-se remarcar que as teorias tradicionais falaram de leis naturais, mas no jusnaturalismo moderno, os pensadores falaram de Direito Natural como uma faculdade moral. Conceitos como direitos inatos, estado de natureza e contrato social, liberdade, individualismo, marcaram o jusnaturalismo moderno, desenvolvido nos séculos XVII e XVIII, como estabelece Lafer (1991, p. 38):

Direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno. São estes conceitos os que caracterizam o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, que encontrou o seu apogeu na Ilustração.

Iniciando com o jusnaturalismo moderno, Grocio (1925, p. 72) desenvolve uma teoria apelando que uma conduta é injusta se está em “oposición necesaria con la naturaleza racional y social”, adicionando a importância do elemento social na construção do jusnaturalismo. Para Grocio (1925, p. 52) o direito natural tem sua origem na natureza humana, o qual lhe permite afirmar que esta natureza racional, determina se uma ação está proibida ou não:

El derecho natural es un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza.²⁰

Apelava pela imutabilidade do direito natural, já que ele vem da natureza humana que não podia ser modificada, nem por aquele que o criou; estabelece princípios abstratos para que as leis sejam justas, os quais devem ser buscados pela sociedade. Como afirma Grocio (1925, p. 54):

Y el derecho natural es tan inmutable que ni aun Dios lo puede cambiar. Porque, si bien es inmenso el poder de Dios, pueden con todo señalarse algunas cosas a las cuales no alcanza, porque lo que se dice así, solamente se dice, pero no tiene sentido alguno que signifique una cosa; antes bien, esas cosas se contradicen a sí mismas. Así, pues, como ni Dios siquiera puede hacer que dos y dos no sean cuatro, así tampoco que lo que es malo intrínsecamente no lo sea.²¹

Neste período do jusnaturalismo, são desenvolvidos majoritariamente, os pressupostos que durante uma etapa da história da humanidade, os seres humanos viviam num estado de natureza, não existia a organização do Estado, somente relações entre as pessoas, que eram reguladas pelo direito natural. Como bem afirma Bobbio (1995, p. 29):

Encontramos um reflexo desse estado de coisas na concepção dos jusnaturalistas que admitiam a existência de um estado de natureza, isto é, uma sociedade em que existiam apenas relações intersubjetivas entre os homens, sem um poder político organizado. Nesse estado, que teria existência de um direito que era, exatamente, o direito natural. Nessa sociedade, os homens cultivam a terra e escavavam os produtos, constituíam famílias e o chefe de família tinha servos à sua disposição; com a morte do pai os seus haveres se transmitiam a seus descendentes. Todas estas relações sociais eram reguladas por normas jurídicas (tinha-se, assim, os direitos

²⁰ O direito natural é um ditado da reta razão, que estabelece que alguma ação pela sua conformidade ou desconformidade com a mesma natureza racional, tem fealdade ou necessidade moral, então esta proibida ou mandada por Deus, autor da natureza.

²¹ O direito natural é tão imutável que nem Deus o pode mudar. Porque, é certo que o poder de Deus é imenso, pode-se indicar algumas coisas as quais não alcança, porque o que diz-se assim, somente diz-se, mas não tem sentido algum que signifique alguma coisa; antes bem, essas coisas contrariam-se elas mesmas. Enquanto, nem Deus pode conseguir que dois e dois sejam quatro, assim também não, pode conseguir que o que seja mal intrinsecamente não o seja.

reais, o direito das obrigações, o direito de família e aquele das sucessões). Segundo os jusnaturalistas a intervenção do Estado limita-se a tornar estáveis tais relações jurídicas.

Segundo os jusnaturalistas estas relações se tornaram estáveis com o aparecimento do Estado. Para Locke (2005, p. 36), o estado de Natureza, que é regido pelo direito natural, portanto pela razão, o ser humano se encontra em liberdade, em igualdade em relação aos demais, respeitando a propriedade privada, pelo que neste estado é impossível que exista essa hierarquia entre os seres humanos:

O “estado de Natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; todos os homens são obra de um único Criador todopoderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço; são portanto sua propriedade, daquele que os fez e que os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém. Dotados de faculdades similares, dividindo tudo em uma única comunidade da natureza, não se pode conceber que exista entre nós uma “hierarquia” que nos autorizaria a nos destruir uns aos outros, como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros, da mesma maneira que as ordens inferiores da criação são destinadas a servir de instrumento às nossas.

Hobbes (2000, p. 99) afirmava que este estado de natureza, era um estado de Guerra entre os homens, e que o direito natural, era a liberdade que tinham, guiados pela razão, para atuar e defender sua vida, que em suas palavras é:

A liberdade de cada homem em utilizar seu poder como bem lhe aprouver, para preservar sua própria Natureza, isto é, sua Vida e de, conseqüentemente, fazer tudo aquilo que segundo seu Julgamento e Razão é adequado para atingir esse Fim significa DIREITO DA NATUREZA, que muitos autores chamam de *Jus Naturale*.

Em consequência temos como Hobbes, refere-se sobre o Direito da Natureza como a liberdade de cada indivíduo em utilizar seu poder com a finalidade de preservar sua vida, seguindo sua razão.

2.1.2 Juspositivismo.

O juspositivismo sempre teve uma relação com o jusnaturalismo, é comum ver nos escritos de vários jusnaturalistas, que definirão ambas correntes tomando em consideração as diferenças que guardam entre si. Por exemplo, encontramos que Aristóteles (1991, p. 111) diz

que a justiça que é ditada pelas leis convencionais não são justas em todos os lugares, mas as leis naturais (devido à sua imutabilidade) o são onde elas sejam aplicadas:

As coisas que são justas em virtude da convenção e da conveniência assemelham-se a medidas, pois que as medidas para o vinho e para o trigo não são iguais em toda parte, porém maiores nos mercados por atacado e menores nos retalhistas. Da mesma forma, as coisas que são justas não por natureza, mas por decisão humana, não são as mesmas em toda parte. E as próprias constituições não são as mesmas, conquanto só haja uma que é, por natureza, a melhor em toda parte.

Neste sentido Bobbio (1995, p. 17) ressalta os dois critérios que utiliza Aristóteles para diferenciar o direito positivo do direito natural:

a) O direito natural é aquele que tem por toda parte (pantachou) a mesma eficácia (o filósofo emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto; b) direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.

A dicotomia do direito natural e do direito positivo também é encontrada no direito romano, fazendo a distinção entre o *jus gentium* e o *jus civile*. Por um lado temos que o primeiro se refere ao direito natural, já que é o comum, segundo Gayo (1845, p. 11), a todas as nações e todas as pessoas; e o segundo, seria o direito positivo, o direito estabelecido para reger as pessoas numa cidade, assim como o estabelece:

El Derecho, en todos los pueblos regidos por leyes y por costumbres, es en parte propio y peculiar de ellos y en parte comun á todos los hombres. Por eso el derecho que cada pueblo se dá á sí mismo es propio suyo, y se llama derecho civil, cual si dijéramos derecho de la ciudad. Aquel, empero, que la razon natural ha constituido entre los hombres, lo observan igualmente todos los pueblos y se llama derecho de gentes, esto es, derecho comun á todas las naciones. De consiguiente, el pueblo romano reconoce á la vez un derecho que le es propio, y un derecho comun á todos los hombres (...)²²

No decorrer do direito romano, a ideia que o direito natural é universal e imutável, ainda prevalecera, representado isto uma das distinções com o direito civil, já que este é mutável por reger a uma cidade específica num tempo determinado. Então para Bobbio (1999,

²² O direito, em todos os povos é regido por leis e costumes, é em parte próprio e peculiar de eles e em parte comum a todos os homens. Por isto o direito que cada povo dá-se a si mesmo é próprio seu, e chama-se direito civil, como se falássemos direito da cidade. Aquele, que a razão natural tem constituído entre os homens, o observamos igualmente todos os povos e chama-se direito de gentes, isto é, direito comum a todas as nações. Entanto o povo romano reconhece um direito que lhe é próprio, e um direito comum a todos os homens (...)

p. 18-19), a distinção que Paulo²³ estabelece, sobre o direito natural e o direito civil, fundamenta-se em dois supostos, o primeiro que suporia que “o direito natural é universal e imutável (semper) enquanto o civil é particular (no tempo e no espaço)” afirmando a mutabilidade do direito civil e o segundo suporia que “o direito natural estabelece aquilo que é bom (bonum et aequum), enquanto o civil estabelece aquilo que é útil: o juízo correspondente ao primeiro funda-se num critério moral, ao passo que o relativo ao segundo baseia-se num critério econômico ou utilitário.”, ressaltando com isto a ideia da qual falava Aristóteles que existe justiça no direito natural, por não perseguir interesses, e ser alheio ao acionar do ser humano, o que sim acontece com o direito civil.

Entre os máximos expoentes do juspositivismo temos a Hobbes (2000, p. 95) o qual faz postulados sobre a natureza humana da qual diz que existem três causas principais de discórdia: “Competência, Desconfiança e Glória.”. Afirma que os seres humanos estão num estado de natureza, onde não existe nenhum poder que os obrigue a respeitar os direitos dos demais indivíduos, pelo que se mantém um Estado de Guerra, onde não existe a noção da justiça, já que esta é um conceito determinado pela lei, e esta só pode ser criada pelo poder absoluto. Hobbes (2000, p. 97) afirma:

Há uma consequência dessa guerra entre os homens: nada pode ser Injusto. As noções de Bem e Mal, de Justiça e Injustiça. Não encontram lugar nesse procedimento; não há Lei onde não há Poder comum e onde não há Lei não há Justiça. As duas principais Virtudes na Guerra são a Força e o Fraude. Justiça e Injustiça não pertencem às Faculdades do Corpo e do Espírito, se assim fosse existiriam em um homem só no mundo da mesma forma que suas Sensações e Paixões. Justiça e Injustiça só existem entre os homens em Sociedade, nunca no Isolamento, É natural, também, que não exista Propriedade ou Domínio, nem distinção entre o que é *Seuo* que é *Meu*. Apenas pertence a cada homem o que ele é capaz de obter e conservar. O homem, por obra da Natureza, se encontra, pois nessa miserável condição, embora tenha possibilidade de superar esse estado contando com suas Paixões e com a sua Razão.

Hobbes (2000, p. 96) afirma que é preciso que exista um poder absoluto que mantém os seres humanos dominados, procurando a paz e o respeito, já que o estado natural dos homens é de guerra, pelo qual existe o constante perigo que todos ataquem-se entre si:

Então, quando não existe um Poder comum capaz de manter os homens em respeito, temos a condição do que se denomina Guerra; uma Guerra de todos os homens contra todos. Assim, a Guerra não é apenas a Batalha ou o ato de lutar, mas o período de tempo em que existe a vontade de guerrear; assim, a noção do *Tempo* deve ser considerada com respeito à natureza da Guerra, da mesma forma que a noção de *Clima*. Da mesma forma que a natureza do mau tempo não consistem

²³ Julius Paulus Prudentissimus, melhor conhecido como Paulo, foi um jurista e pretor romano,

algun chuvisco, mas em uma tendência à chuva intermitente com duração de dias, a natureza de Guerra não consiste na luta real, mas na disposição para ela e durante todo o tempo não se tem segurança do contrario. O tempo restante é de Paz.

Continua afirmando Hobbes (2000, p. 97) que estas paixões intrínsecas da natureza humana, e que permitem que os seres se encontrem em um estado de possível guerra constante, não serão contravenções sócias até quando estas sejam proibidas pela lei, para o qual os seres humanos terão que se reunir, e delegar esse poder a uma pessoa, que reprimiria estas ações, assim o estabelece:

Desejos e Paixões não são intrinsicamente pecados e nem mesmo o são as ações resultantes dessas Paixões, até o momento em que se edite uma Lei que as profba; antes que exista uma Lei, a proibição será inócua. Nenhuma Lei poderá ser editada ate que os homens não entrem em um acordo e designem uma Pessoa para promulgá-la.

Para Hobbes, a razão estabelecerá uma Lei de natureza, a qual impedirá que o ser humano procure a destruição da sua vida, todo o contrário, permite que procure a preservação e proteção da sua vida por todos os meios possíveis. Ele faz a distinção entre Direito, ao qual entende como Direito Natural, que permite fazer ou não fazer, mas a Lei, por ser emanada do poder absoluto, obriga a fazer ou não fazer. Hobbes (2000, p. 99) determina que o direito e a lei são incompatíveis, com o qual justifica a existência do direito positivo, que permite sua coercibilidade:

LEI DE NATUREZ (*Lex Naturaliz*) é a Norma ou Regra geral estabelecida pela Razão, que proíbe o ser humano de agir de forma a destruir sua vida ou privá-lo ou fazê-lo omitir os meios necessários à sua preservação. Apesar da confusão feita entre Jus e Lex, o *Direito* e a *Lei*, pelos que trataram desse assunto é preciso fazer distinção entre esses enunciados. Assim, o DIREITO é a liberdade de agir ou de omitir, enquanto a Lei obriga a agir ou omitir. Portanto, entre Lei e o Direito há a mesma diferença que entre a Obrigação e a Liberdade, que são incompatíveis quando dizem respeito à mesma matéria.

2.1.3 Escolas históricas:

A escola histórica "foi uma reação contra o jusnaturalismo racionalista e sua crença no poder do legislador para reformar a comunidade e o direito de acordo com a razão." (Ross 2000, pag. 394). Esta deixa atrás o pensamento que o direito provém da razão, ou do conjunto de pessoas que deliberam a normas que serão aplicadas numa sociedade, para esta doutrina, o direito será o produto da evolução histórica das manifestações culturais das sociedades. Os

costumes determinarão o direito, e não um poder legislador que não representa a vontade do povo. Assim como continua estabelecendo Ross (2000, p. 395):

Como a linguagem, o direito é um produto de forças anônimas e obscuras e não é criado por deliberação e por decisão arbitrária. A consequência ético-jurídica comum, popular, e a verdadeira fonte de todo direito. Num primeiro nível de desenvolvimento, ele se expressa diretamente no costume. Mas tarde, juntamente com um desenvolvimento cultural superior, surge uma classe especial, os juristas profissionais, cujo dever é interpretar e elaborar tecnicamente a consciência ético-jurídica do povo.

Neste sentido podemos encontrar que o Direito Natural, diferencia-se do Direito Positivo, em seus princípios e sua jurisdição, já que o Direito Natural seria entendido como um padrão geral para todas as épocas, e para todas as sociedades, por prosseguir da natureza humana, assim como estabelece Lafer (1991, p. 36):

Estas notas conferem ao Direito Natural, no contexto deste paradigma de pensamento, preeminência em relação ao Direito Positivo. De fato, este, por ser um *jus in civite positum*²⁴, caracterizasse pelo particularismo de sua localização no tempo e no espaço. Diferencia-se, portanto, do Direito Natural pelos seus princípios e jurisdição e pelo seu valor, pois o Direito Natural, ao contrário do Direito Positivo, seria comum a todos e, ligado à própria origem da humanidade, representaria um padrão geral, a servir como ponto de Arquimedes na avaliação de qualquer ordem jurídica positiva.

Segundo a doutrina jusnaturalista, existe uma série de direitos, os quais são inerentes a todo ser humano, pelo fato de pertencer à humanidade (direitos humanos), a positivação destes (direitos fundamentais), somente estabeleceria os parâmetros para determinar seu cumprimento, e impedir o abuso que poderiam cometer os governantes dos Estados, tendo em consideração que, num primeiro momento, o Estado seria o único sujeito passivo dos direitos humanos, para depois abranger também aos particulares. Neste sentido encontramos que os termos que são utilizados com frequência como sinônimos: “direitos humanos” e “diretos fundamentais”, não são. Segundo Bastidia (2004, p. 14), a positivação dos direitos humanos permite-lhe ao Estado, fazer uso do elemento coercitivo do direito, e utilizar a força para seu efetivo cumprimento, assim como estabelece:

Puede decirse en una primera aproximación y en términos harto generales que el modelo positivista transforma los derechos humanos en derechos fundamentales. Los incorpora como un elemento esencial del sistema jurídico, que los reconoce y garantiza con la fuerza irresistible del único derecho válido, el derecho positivo, es decir, los respalda con el uso lícito de la fuerza física que ostenta en monopolio el Estado. Reclamar un derecho fundamental no consistirá en apelar sin más al respeto

²⁴ Termo latino que se refere ao direito positivo, escrito.

a un derecho natural de la persona. La apelación no tendrá virtualidad ante los poderes públicos si ese derecho no está previamente positivado, o sea, incorporado y garantizado como derecho positivo, único alegable ante los tribunales.²⁵

É assim que encontramos que o direito natural foi concebido como um conjunto de normas preexistentes, e depois positivadas. Em palavras de García Máynez (2002, p. 40) “tales preceptos, los del derecho natural, son normas cuyo valor no depende de elementos extrínsecos. Por ello se dice que el natural es el único autentico, y que el vigente sólo podrá justificarse en la medida en que realice los dictados de aquel.”²⁶

Estamos ante um direito, uma relação jurídica, na qual existe um sujeito que é titular do benefício de uma prestação, denominado sujeito ativo, e outro que terá a obrigação de cumprir com essa prestação, denominado sujeito passivo, a qual poderá ser de fazer, não fazer ou de dar. Nos direitos cíveis e políticos e a instauração do Estado moderno, se aperfeiçoa essa relação sujeito ativo/indivíduo, sujeito passivo/Estado, sobre o qual afirma Bobbio (1986, p. 65):

A mais alta expressão praticamente relevante desta inversão são as Declarações dos direitos americanas e francesas, nas quais é solenemente enunciado o princípio de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo, um princípio que exerceu grande influência não apenas sobre todas as constituições que vieram depois mas também sobre a reflexão a respeito do Estado, tornando-se assim, ao menos em termos ideais, irreversível.

No caminho que realiza a fundamentação sobre a validade dos direitos humanos, poderemos observar, que se continua no pensamento antropocêntrico. O ser humano é o centro de todo o atuar, a dignidade humana representara o principio base para fundamentar os direitos humanos. Para Torre (1968, p. 62) a dignidade humana está refletida em: “a) la racionalidad humana, b) la superioridad del hombre sobre los otros seres terrenos (animales. Vegetales, minerales, etcétera), y c) la pura intelectualidad (como capacidad de comprensión directa de las cosas sin que a ello estorbe la materialidad de las mismas)”²⁷

²⁵ Pode-se dizer numa primeira aproximação e em termos gerais que o modelo positivista transforma os direitos humanos em direitos fundamentais. Os incorpora como um elemento essencial do sistema jurídico, que os reconhece e garante com a força irresistível do único direito valido, o direito positivo, é dizer, justifica-los com o uso lícito da força física da qual tem o monopólio o Estado. Reclamar um direito fundamental não consistira um apelar sem mais ao respeito a um direito natural da pessoa. A apelação terá virtualidade ante os poderes públicos se esse direito não esta previamente positivado, é dizer, incorporado e garantido como direito positivo, único reclamável ante os tribunais.

²⁶ Tais preceitos, os do direito natural, são normas do qual o valor não depende de elementos extrínsecos. Por isso diz-se que o natural é o único autentico, e que o vigente só poderá justificar-se na medida em que realize os ditados de aquele. (tradução da autora)

²⁷ a) A racionalidade humana, b) a superioridade do homem sobre os seres térreos (animais, vegetais, minerais, etc.), e c) a pura intelectualidade (como capacidade de compreensão direta das coisas sem que isso impossibilite a materialidade da mesma).

2.1.4 Classificação dos direitos humanos:

Na classificação dos direitos humanos pode-se encontrar um consenso entre as legislações nacionais, internacional e na doutrina. Encontramos que os direitos humanos podem-se dividir por gerações ou dimensões, dependendo do conteúdo destes, tendo em consideração que não se tratam de direitos alheios, mas que interagem entre si, como um organismo, como um todo. Na primeira geração encontrou aqueles direitos onde o titular é o indivíduo, foram positivados por primeira vez nas declarações de direitos de França e Estados Unidos.

Os direitos humanos de primeira geração representaram uma conquista ante os governantes por reconhecer-se como direitos inerentes ao ser humano, naturais, de exercício individual, cuja fundamentação encontra-se no contrato social. No entanto a isto, Lafer (1991, p. 126) estabelece a razão porque estes direitos são considerados como individuais:

Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são "direitos individuais: (i) quanto ao *modo de exercício* — é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (ii) quanto ao *sujeito passivo do direito* — pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que estes direitos têm como limite o reconhecimento do direito do outro (...)

Entre os direitos de primeira geração, podemos encontrar o direito à vida, liberdade, segurança, propriedade privada; são também chamados cívicos e políticos, já que permitem a vida civil e política do cidadão, em condições livres de discriminação, tendo como aspecto importante o individualismo. Estes direitos cívicos e políticos são direitos humanos positivados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, emitida pela Assembléia Geral das Nações Unidas, o qual permitiu a sua inclusão nas constituições dos Estados.

Foram proclamados pela primeira vez na Declaração de Virgínia e na Declaração Francesa de 1789, as quais surgiram para impedir o abuso do qual eram vítimas os cidadãos por parte dos governantes, e concebia-se que o papel do Estado devia-se reduzir ao mínimo. Encontrando problemas nos sistemas de governo que enfrentava, se faz preciso não só reconhecer direitos fundamentais individualistas, mas também direitos que abrangem o meio social dos cidadãos. Sobre isto, Lafer (1991, p. 128) estabelece:

Para os americanos de 1776 e os seus herdeiros ideológicos, funcionamento natural da sociedade tende a atualizar espontaneamente os direitos do homem, desde que a sociedade seja autônoma e o Estado limite as suas intervenções a um mínimo. Para os franceses da Revolução e seus herdeiros ideológicos, o Direito Natural só se positiva mediante uma correção voluntarista, de iniciativa política, que transforma uma ordem social corrompida tornando-a conforme a um ideal de virtude.

É por isto que surge a segunda geração a qual contem direitos sociais, econômicos e culturais, para poder complementar e integrar-se aos direitos cívicos e políticos. Estão contidos também na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e tratam sobre a igualdade, direito ao trabalho, moradia, educação, saúde, segurança social, alimentação, família, meio ambiente, água, sufrágio, etc.

Na América Latina surge pela primeira vez o reconhecimento destes direitos, na constituição de Querétaro de 1917, depois da primeira guerra mundial, segundo Campos (1989, p. 339-340):

La primera posguerra asiste al alumbramiento de un nuevo constitucionalismo, que se ha puesto bajo el calificativo de social. Y América fue otra vez --pero esta vez no en su espacio anglosajón, sino en el latino la que a través de la Constitución de Querétaro de 1917, en México, anticipa lo que dos años después, con más universalidad, difundiría la alemana de Weimar de 1919. Entran en la normativa constitucional los derechos de la segunda generación, que se denominan sociales y económicos hoy, además, el rubro de los culturales y progresivamente se elastizan los derechos políticos cuando el derecho de sufragio se universaliza en amplitud y se extiende a la mujer.²⁸

A terceira geração de direitos, contem direitos de solidariedade, falará sobre os direitos a um ambiente saudável, e o sujeito titular destes, não será mais o individuo, agora será a comunidade. Estarão dirigidos para os setores da sociedade mais desfavorecidos, ou as denominadas “minorias” como, por exemplo, pessoas com deficiências, idosos, crianças, povos indígenas; assim também à humanidade como no caso do direito ao consumidor, ao meio ambiente ecologicamente saudável, a uma vida digna, etc. Sobre isto Lafer (1991, p. 131) afirma:

Cabe finalmente apontar, no processo de asserção histórica, dos direitos humanos, aqueles que, na linguagem da ONU, têm sido; contemporaneamente denominados direitos de terceira e até mesmo de quarta geração e que, como os das gerações

²⁸A primeira pós-guerra assiste ao alumbramento de um novo constitucionalismo, que se tem colocado no qualificativo de social. Y América foi de novo --pero esta vez não no seu espaço anglo-saxão, mas no latino através da Constituição de Querétaro de 1917, em México, que antecipa o que dois anos depois, com maior universalidade, difundiria a alemã de Weimar de 1919. Entram na normativa constitucional os direitos da segunda geração, que se denominam sociais e econômicos hoje, além, o concernente dos culturais e progressivamente se alongam os direitos políticos quando o direito ao sufrágio universaliza-se em amplitude e estende-se à mulher. (tradução da autora)

anteriores, têm servido como ponto de apoio para as reivindicações jurídicas dos desprivilegiados. Estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade.

Temos aqui como inicia-se a falar de direitos de quarta geração sobre grupos de pessoas, e não mais sobre indivíduos.

2.2 DIREITO INDÍGENA.

Depois de expor o processo histórico pelo qual passaram os povos indígenas e comunidades tradicionais na América Latina, pode-se afirmar que o reconhecimento dos direitos destes grupos não tem sido um caminho simples. Através do processo de colonização, ficou imposto o sistema jurídico ocidental que rejeitava a existência de uma estrutura social, política, jurídica e econômica das populações pré-colombianas, o qual ainda hoje em dia tem consequências importantes.

A prévia existência destas estruturas faz preciso que a nova ordem política, social e jurídica, que se tenta impor, crie mecanismos tanto de assimilação como de exclusão. Esta foi uma prática comum nos países da América Latina, onde os conquistadores queriam, através de discursos evangelizadores, e dotando de cultura à nova sociedade descoberta, colonizar o território e dominar a população. No pensamento do século XVII predominava a ideia que a América era um território onde habitavam pessoas aculturadas, sem organização social e política, que precisavam da ajuda do “velho mundo”, para conseguir o desenvolvimento em todas as áreas. Um exemplo disto apresenta-nos Hobbes (2000, p. 97), ao fazer uma semelhança entre a forma de vida das comunidades pré-colombianas com o estado de natureza:

Acaso se poderá pensar que nunca existiu um tempo ou condição para uma guerra semelhante; eu creio que nunca ocorreu em nenhum lugar; entretanto há lugares onde o modo de vida é esse. Os povos selvagens de vários lugares da América, com exceção do governo de pequenos Grupos, cuja concórdia depende da concupiscência natural, não possuem um Governo geral e vivem em nossos dias (1.651) da forma embrutecida acima referida. É fácil conceber como teria sido a vida quando não existia um Poder comum a temer, pois o regime de vida dos homens que antes viviam sob um Governo pacífico pode degenerar-se em uma Guerra civil.

A construção do direito indígena tem passado por vários estágios, muitos destes deixando em evidência as consequências do processo de colonização, que deram como resultado uma sociedade preconceituosa e segregada, onde é aceito o integracionismo pelo

ordenamento jurídico, a concepção de que um sistema de princípios e valores, normas jurídicas ou instituições, é superior sobre outro; rejeitando a diversidade cultural.

A política assimilacionista é o denominador comum nos países donde existem povos indígenas ou comunidades tradicionais. A religião, durante a colonização, foi um elemento por meio do qual tentou-se homogeneizar à sociedade; quando estes processos de evangelização não tinha resultados desejados, procedia-se ao extermínio tanto físico como cultural, o qual teve êxito em alguns países. Em outros como na Guatemala, Bolívia, Peru ou Brasil, isto foi impossível, pela resistência destes povos. Com a instauração dos Estados modernos, a política assimilacionista, foi utilizada pela cultura dominante, através da educação e a legislação. Assim o estabelece García (2002, p. 92) ao afirmar como estes povos eram tidos como inferiores e aculturados:

Los Estados latino-americanos se fundaron con ideas asimilacionistas. El proyecto político de crear una nación fue el máximo objetivo político. La construcción de la nación se trazaba para avanzar de la barbarie a la civilización. Este proyecto de nación perseguía un modelo de convivencia que se quería construir a pesar de la desvalorización y la negación de seres que además, de una u otro forma deberían de desaparecer. Este modelo cultural es en el que se origina la noción de asimilar, que alude a que los individuos de una cultura inferior deben perfeccionarse y negarse en aras de una cultura superior. En este proyecto político ya no será a la religión sino a la educación y a la legislación a quien se confía la tarea de la promoción del cambio cultural y la unidad nacional como los métodos eficaces.²⁹

Os Estados dominantes, num primeiro momento tentavam absorver, um direito indígena reconhecendo-lhe como fonte secundária do Direito, baseando-se na soberania estatal. Com o passo do tempo esta assimilação tem sido mudada, e tem-se reconhecido cada vez mais a existência do sistema jurídico próprio das comunidades indígenas. O direito dominante, tem-se modificado e já foi aceitando cada vez mais algumas práticas jurídicas indígenas. Podem-se mencionar vários exemplos desta situação, assim como o faz Araujo (2006, p. 65):

Na prática, algum progresso tem havido nesta questão, ainda que por meio de decisões judiciais isoladas. Exemplo disto foi o julgamento da Ação Criminal no. 29.0001334-1, pela Justiça Federal de Roraima, que deixou de condenar o índio

²⁹Os Estados da América Latina se fundaram com ideais assimilacionistas. O projeto político de criar uma nação foi o máximo objetivo político. A construção da nação desenhava-se para adiantar na barbárie da civilização. Este projeto de nação perseguia o modelo de convivência que se queria construir embora da desvalorização e rejeição de seres que além, de uma ou outra forma deveriam de desaparecer. Este modelo cultural é no qual se origina a noção de assimilar, que fala que os indivíduos de uma cultura inferior devem aperfeiçoar-se e rejeitar-se em contraposição de uma cultura superior. Neste projeto político já não será a religião, mas a educação e a legislação a quem confia-se o trabalho da divulgação da mudança cultural e a unidade nacional como os métodos eficazes.

Basílio Alves Salomão, acusado de ter matado outro índio, por conta de já ter o mesmo recebido e cumprido uma punição imposta pelo povo indígena do qual faz parte. No caso, a punição recebida era o afastamento do convívio com todo e qualquer membro daquele povo, devendo o índio Basílio permanecer em estado de isolamento dentro do território indígena por tempo determinado. Para a Justiça Federal, isso significava pena similar à pena de prisão do direito brasileiro, que se traduz justamente por um afastamento do indivíduo do convívio de seus pares.

Contudo existem práticas culturais que também são rejeitadas por vulnerar direitos humanos, como por exemplo, os casos de infanticídios praticados por algumas comunidades indígenas no Brasil, pratica que não é exclusiva destas, ou a aplicação da justiça Maia na Guatemala. Estas são praticas culturais, que atentam contra os direitos humanos dos integrantes da comunidade, são aceitas, preservadas e transmitidas por estes. Pelo que nos encontramos num conflito de direitos: o que tem que prevalecer, o direito à vida, à integridade física ou o direito à cultura dos membros da comunidade? Sobre o infanticídio Simões (2004, p. 9) estabelece:

Existem mais de quinze tribos indígenas brasileiras que mantêm uma prática cultural de ceifar a vida de suas crianças por nascerem com defeito físico ou cultural. O que na sociedade atual se revela como uma violência à criança e aos princípios fundamentais do homem. Algo que remonta a noção histórica do filicídio como seleção natural até a sua tipificação penal hodierna, *mutatis mutandi*, na figura do homicídio qualificado (art. 121, §2º, CP). Uma verdadeira colisão real entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade cultural e de crença. Em algumas tribos como os suruwahás e os kamaiurás, a criança é enterrada viva, numa cova rasa, pois, para eles, só assim o espírito funesto não rondará a tribo.

Estes tipos de práticas culturais do infanticídio no Brasil, representam um tópico incômodo para o Estado. As comunidades indígenas que tem esta tradição, a realizam por diversos motivos: primeiro porque consideram que a criança não pode sobreviver nas condições em que estas comunidades vivem; as crianças com deficiências físicas além de não poder receber as atenções necessárias dentro da comunidade não podem contribuir com as atividades designadas; além disto, o conceito de vida que algumas comunidades têm não se adequa com os impedimentos que pode sofrer uma criança com deficiência. Com isto não pretende-se justificar esta prática, nem catalogá-la de correta ou incorreta, pretende-se demonstrar que a situação é mais complexa do que muitas vezes pode-se achar. Ou seja, entramos num conflito de valores, de moral, além de direitos fundamentais.

Então por um lado temos que, reconhece-se um direito a autodeterminação dos povos, respeitando a cultura, e por outro temos que o Estado tenta determinar quais são as praticas “corretas”, permissíveis, que não sejam contrárias às normas morais e jurídicas, ou neste caso específico, contrárias aos direitos humanos. Ou seja, o Estado decide, através da

imposição de um ordenamento jurídico alheio às comunidades indígenas, com uma tradição romano-germânica, o que é aceitável e o que não é.

Por esta razão é importante estabelecer a diferença entre o conjunto de normas aceitadas pelos povos indígenas, como direito próprio, e o conjunto de normas que um Estado, ou um conjunto de Estados emitem com a finalidade de regular, proteger ou limitar, a conduta dos povos indígenas, tanto no nível nacional como no nível internacional. Então temos que o primeiro poder-se-ia definir como Direito indígena, denominado como direito pré-colombiano, costumes, tradições, e não como um verdadeiro direito estruturado, assim como bem estabelece Araujo (2006, p. 64-65):

Trata-se de uma interpretação etnocêntrica do Direito, que não admite que um conjunto de regras diferenciadas que organizam uma sociedade distinta possa ser acatado como Direito, convivendo lado a lado com o Direito estatal. Dessa forma, é que opta por ser referir a usos, costumes e tradições, os quais se exige respeitar desde que não sejam incompatíveis com o sistema jurídico estatal. Na verdade, os sistemas jurídicos indígenas são vistos como mera fonte secundária do Direito, concepção carregada de preconceito que reclama providencias no sentido da absorção de preceitos contemporâneos bem mais arrojados sobre o tema.

Ao falar de direito dos povos indígenas, abarcam-se diversos âmbitos, desde educação, saúde, desenvolvimento, cultura, religião, território, segurança no trabalho, línguas, conhecimentos tradicionais: porém para os fins do presente trabalho, só foram abordados os direitos relativos à terra e o desenvolvimento das comunidades indígenas relacionados com os recursos naturais.

A situação que enfrentam os povos indígenas em relação ao reconhecimento dos seus direitos sociais e coletivos é demais complicada. A situação em que vivem muitas comunidades, tentando preservar sua cultura, tradições, além de procurar um desenvolvimento num sistema que não é o ideal para aceitar a diferença, e não cria condições favoráveis (normas jurídicas, programas, instituições, políticas públicas) para cumprir com suas necessidades. Sobre isto Stavenhagen (2010, p. 81-82) estabelece:

El pleno ejercicio de los derechos humanos de los pueblos indígenas requiere del reconocimiento de sus derechos como pueblos, es decir, de sus derechos colectivos, comunitarios. La multiculturalidad no es, en los países americanos, una nostalgia folclórica ni un ardid de las empresas transnacionales para incrementar el consumo de sus marcas (...) Los pueblos oprimidos, explotados y discriminados que reclaman sus derechos culturales y colectivos no lo hacen para “celebrar la diferencia”- la que, en sí misma, no es ni buena ni mala-, sino para garantizar sus derechos humanos y

para lograr un mínimo de poder en la polis que les permita participar en condiciones de igualdad en la gobernación democrática de sus países.³⁰

Nos casos dos Estados multiculturais, o direito tem que esquecer a sua tradição de ser entendido como unicamente emanado do poder publico, já que as mesmas comunidades têm o seu próprio direito, assim como estabelece Souza Filho (2012, p, 78-79) “cada povo indígena tem seu próprio direito, não pode ser limitado o Direito Internacional aos ditames dos organismos criados pelos Estados, porque no seio de um povo indígena não se pode falar da vigência ou eficácia das normas estatais, nem das internacionais”.

2.3 O DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS.

A autodeterminação é um termo desenvolvido amplamente na literatura ao falar do direito internacional; na presente pesquisa tem se encontrado que existe, em relação a este termo, uma situação que provocou conflitos no momento de tentar entender como este é abordado. Na revisão da literatura e legislação, foram encontrados três termos: “direito de autodeterminação”, “principio de autodeterminação” e “direito de livre determinação dos povos”. Estes termos são utilizados indistintamente, mas no presente trabalho somente será utilizado direito de autodeterminação, ainda que sejam encontrados na legislação os outros termos referidos.

Encontramos então, que o primeiro termo “direito de autodeterminação” se encontra estabelecido na Carta das Nações Unidas, emitida no ano de 1945, no seu artigo primeiro, numeral dois, o qual estabelece literalmente como uns dos princípios que fundamentam a criação desta organização. Na versão em português da Carta, estabelece “(...) 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; (...)”. Como podemos observar o termo utilizado é “principio de autodeterminação”, e não direito como é reconhecido ao longo da literatura.

³⁰O pleno exercício dos direitos humanos dos povos indígenas procura o reconhecimento dos seus direitos como povos, é dizer, dos seus direitos coletivos, comunitários. A multiculturalidade não é, nos países americanos, uma nostalgia folclórica nem uma estratégia das empresas transnacionais para aumentar o consumo da suas marcas (...) Os povos oprimidos, explorados e discriminados que reclamam seus direitos culturais e coletivos não o fazem para “celebrar sua diferença” –a qual, em si mesma, não é nem boa nem ruim-, mas para garantir seus direitos humanos e para conseguir um mínimo de poder na polis que permita-lhes participar nas condições de igualdade na governança democrática dos seus países.

O direito de autodeterminação tem os seus inícios na revolução francesa e estadunidense, ainda que sua positivação tenha sido promulgada na Carta das Nações Unidas, depois da segunda guerra mundial, sendo reconhecida a livre determinação dos povos como uns dos princípios fundamentais nesta Carta. Num primeiro momento este procurava a descolonização dos Estados a nível internacional, apelando à soberania para isto, onde respeitaram-se os princípios do direito internacional. Sobre isto Lafer (1991, p. 131) explica como o direito de autodeterminação foi aceito por todos os Estados:

É o caso por excelência do direito à autodeterminação dos povos, expresso na Carta das Nações Unidas (art. 1.º, § 2.º, art. 55), e reivindicado com muita nitidez na prática da ONU em relação às potências colonialistas no processo de descolonização, a partir da Resolução 1514 (xv) da Assembleia Geral de dezembro de 1960. O direito à autodeterminação dos povos foi consagrado tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 1.º), quanto no sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 1.º), e é juridicamente concebido como um direito de titularidade coletiva, que se insere como um dos exemplos, pacificamente aceito por todos os Estados, de *jus cogens* no plano internacional.

Este direito de caráter internacional, tem seu fundamento no *jus gentium*, no direito romano, o qual era aplicado para os estrangeiros, e se baseava na natureza humana dos diversos povos que existiam, como afirma Ross (2000, p 82.):

(...) o *jus gentium* é direito positivo, é um ordenamento baseado na força e administrado pelos pretores romanos para os estrangeiros (*praetores peregrini*). Era, todavia, mais livre na forma e mais flexível que o *jus civile*. Sob a influência do estoicismo, foi interpretado como sendo, num grau mais alto do que o direito romano específico, determinado pela natureza humana comum aos diferentes povos e, viu-se nele, portanto, num grau mais elevado do que no *jus civile* a expressão dos princípios básicos do direito natural.

Se bem é certo que os princípios de igualdade e liberdade são reconhecidos como o fundamento do conceito atual da autodeterminação, os quais foram invocados na revolução estadunidense e francesa, estes não são exclusivos do sistema ocidental, reconhece-se que o direito de autodeterminação se fundamenta na igualdade, cujo princípio estava presente em outras duas correntes, numa corrente do pensamento greco-romano, e outra numa corrente asiática e africana, assim como estabelece Anaya (2005, p. 138):

La doctrina suele apuntar a los preceptos normativos de libertad e igualdad invocados en la revuelta americana contra la dominación británica y en el derrocamiento de la monarquía francesa como los progenitores del concepto moderno de autodeterminación. Sin embargo, los principales valores asociados a la autodeterminación no son obviamente patrimonio exclusivo de la historia del pensamiento occidental. En su voto individual concurrente en el caso de Namibia ante la Corte Internacional de Justicia, el Juez Ammoun considero que la igualdad era un elemento fundamental de la autodeterminación y la vínculo con <<[d]os

corrientes del pensamiento [...] establecidas a ambas orillas del Mediterráneo, una corriente grecorromana representada por Epicteto, Lucano, Cicerón y Marco Aurelio, y una corriente asiática y africana, que comprende a los mojes del Sinaí y san Juan Clímaco, Alejandría con Plotino y Filón el Judío, y Cartago, a la que san Agustín dio un nuevo esplendor>>.³¹

Temos então que o direito de autodeterminação no sentido internacional nasceu com a instauração do Estado moderno, com a criação de constituições, e o reconhecimento de direitos individuais, assim como afirma Souza Filho (2012, p. 77) que “A autodeterminação dos povos se converteu, a partir da criação dos Estados em autodeterminação dos próprios Estados. A vitória dos povos nos campos de batalha transformava-se em vitória do Estado e do Direito estatal.”; neste sentido o conceito de autodeterminação estará ligado à soberania, num determinado território, e como nenhum outro Estado pode interferir sobre as decisões internas deste, sempre estando sujeito ao direito internacional.

No entanto seja um direito reconhecido a partir do surgimento do Estado moderno, e se encontre interligado aos conceitos de soberania, no futuro isto representará um problema. Com o avanço das sociedades, das concepções de cultura, e as mudanças que temos sobre o conceito de soberania, imaginar que a autodeterminação não se pode afastar dos termos “Estado” e “território” tem gerado uma longo debate sobre o alcance deste direito, e os sujeitos sobre os quais se aplica.

O direito de autodeterminação também pode-se manifestar, além do caráter internacional dos Estados entre si, dentro dos próprios Estados. Continuando com a ideia que na América Latina, a população esta integrada por varias nações, encontra a sua razão de ser o direito de autodeterminação dos povos, a nível interno. Assim como estabelece Stavenhagen (1998, p. 73) o respeito pelo direito de autodeterminação é determinante no momento da construção do direito:

Por otra parte algunos países adoptan la forma unitaria de gobierno; otros, el régimen federal. La importancia de esto no es solo formal: como hemos venido observando, no existe en América Latina una coincidencia exacta entre Estado nación. De aquí que la mayoría de nuestros países sean estados “pluriculturales” o compuestos por una pluralidad de naciones, lo que dificulta la construcción abstracta

³¹ A doutrina aponta aos preceitos normativos da liberdade e igualdade invocados na revolta americana contra a dominação britânica e no derrocamento da monarquia francesa como os progenitores do conceito moderno da autodeterminação. No entanto, os principais valores associados à autodeterminação não são obviamente patrimônio exclusivo da história do pensamento ocidental. No seu voto individual concorrente no caso de Namíbia ante a Corte Internacional de Justiça, o juiz Ammoun considerou que a igualdade era um elemento fundamental da autodeterminação e a vinculou com <<[d]uas correntes do pensamento [...] estabelecidas a ambas orlas do Mediterraneo, uma corrente greco-romana representado por Epicteto, Lucano, Cicerón e Marco Aurelio, y una corriente asiática e africana, que comprende aos monjes do Sinaí e San Juan Clímaco, Alejandría com Plotino e Filón o Judeo, e Cartago, à que San Agustino deu um novo esplendor>>.

de la forma penal, si se quiere respetar el principio de autodeterminación interna de las comunidades, sus costumbres, hábitos y usos propios, lo cual desde luego ni siquiera es el caso en la mayoría de los países.³²

Para Souza Filho (2012, p. 77), a instauração destes Estados, supõe um intento de unificação nacional dentro do Estado, através do reconhecimento dos direitos cívicos, e que os integrantes dos povos indígenas tenham sido reconhecidos como cidadãos.

A partir da constituição do Estado livre e soberano, com uma Constituição que garante direitos individuais, não se poderia mais falar de povos integrantes deste Estado, mas somente de um povo, que corresponderia a toda a população daquele território, este é o dogma do Estado contemporâneo. Os povos minoritários passaram a ser oprimidos, ter suas manifestações culturais proibida, perderam seus direitos de povo e, no máximo, adquiriram direitos individuais de cidadania e de integração. É a versão constitucional da política integracionista.

Nesta mesma linha existe um aspecto de suma importância, o direito de autodeterminação dos povos tem que se entender em dois sentidos: o primeiro será a nível internacional, o qual é exercido pelos Estados nacionais, frente aos demais Estados que lhe reconhecem como tal, criando, portanto, constituições; em segundo lugar temos aquela autodeterminação a nível interno, que será o que ostentem os povos que integram um Estado nacional, mas este direito não suporá que o povo pretenda se conformar como um Estado, já que para Souza Filho (2012, p. 79) “a opção de não constituir-se em Estado e de viver sob outra organização estatal, é uma manifestação de sua autodeterminação.”

Afirmar que o direito de autodeterminação pretende que os povos que exigem o cumprimento deste direito, pretendam constituir-se como um Estado, representa um equívoco, já que em sentido amplo o respeito e efetivação deste direito não procuram a criação e imposição de seu próprio sistema de governo, de cultura, linguagem, determinação de fronteiras, etc., nem procura uma separação do sistema dominante, assim como também afirma Anaya (2005, p. 149):

En el fondo, la resistencia a reconocer que la autodeterminación implica derechos para literalmente todos los pueblos se base en el equívoco de que la autodeterminación en sentido amplio equivale al derecho a la formación de un estado independiente, a pesar de que este derecho no sea de ejercicio automático o se ejerza para lograr un estatuto alternativo distinto a la estatalidad. Por lo general, este equívoco se deriva de la experiencia de la descolonización, que supuso la

³² Por outra parte alguns países adotam a forma unitária de governo; outros, o regime federal. A importância disto não é só a forma: como temos observado, não existe na América Latina uma coincidência exata entre Estado nação. Daqui que a maioria dos nossos países sejam estados “pluriculturais” ou compostos por uma pluralidade de nações, o que dificulta a construção abstrata da forma penal, se quer-se respeitar o princípio de autodeterminação interna das comunidades, suas costumes, hábitos e usos próprios, o qual, desde já, não é caso da maioria dos países (tradução da autora).

transformación de los territorios coloniales en nuevos estados, precisamente con fundamento normativo en la autodeterminación.³³

O reconhecimento do direito de autodeterminação, no seu início, foi aplicado através de uma série de mecanismos e procedimentos que procuravam a reparação das circunstâncias em que se deu a dominação dos povos colonizados, assim como afirma Anaya (2005, p. 151), daqui se deriva a ideia que o respeito ao direito de autodeterminação procure a formação de novos estados:

Las prescripciones y los mecanismos reparativos desarrollados por la comunidad internacional benefician necesariamente solo a aquellos grupos que han sufrido violaciones de su derecho sustantivo a la autodeterminación. Los pueblos indígenas forman parte de esta categoría reducida de beneficiarios de la autodeterminación que incluye a grupos con derecho a medidas de reparación, pero el régimen de reparación que se está desarrollando en el contexto de los pueblos indígenas no fomenta la formación de nuevos estados.³⁴

A ideia que o direito à autodeterminação dos povos indígenas procura a separação ou segregação do Estado nacional, representa um equívoco difícil de mudar. Isto é utilizado pelos governos para negar o reconhecimento de vários direitos, entre estes se encontra o direito ao território; ao contrário, as lutas desenvolvidas pelos povos indígenas para reivindicar o direito de autodeterminação, procuram manter a integridade do grupo, a união da comunidade, assim como afirma Anaya (2005, p. 148), até nos casos de secessão, estas representam um passo dentro do processo mais amplo das relações globais:

(...) los retos planteados por la existencia de grupos diferenciados dentro de estructuras de poder más amplias no son tanto demandas de autonomía absoluta como esfuerzos por mantener la integridad del grupo, así como de plantear los términos del proceso de integración o de reorientar la dirección de este. Incluso cuando se alcanzan la secesión y la estatalidad independiente, estas son solo un paso dentro de un proceso más amplio de interrelación global.³⁵

³³ No fundo, a resistência a reconhecer que a autodeterminação implica direitos para literalmente todos os povos baseia-se no equívoco de que a autodeterminação em sentido amplo equivale ao direito à formação de um estado independente, apesar de que este direito não seja de exercício automático ou exerça-se para conseguir um estatuto alterno distinto à estatal. Pelo geral, este equívoco deriva-se da experiência da descolonização, que provocou a transformação dos territórios coloniais em novos estados, precisamente com fundamento normativo na autodeterminação (tradução da autora).

³⁴ As prescrições e os mecanismos reparadores desenvolvidos pela comunidade internacional beneficiam necessariamente só aqueles grupos que têm sofrido violações do seu direito substantivo à autodeterminação. Os povos indígenas formam parte dessa categorização reduzida de beneficiários da autodeterminação que incluiu aos povos com direito a medidas de reparação, mas o regime de reparação que está-se desenvolvendo no contexto dos povos indígenas não fomenta a formação de novos estados (tradução da autora).

³⁵ Os retos planteados pela existência de grupos diferenciados dentro de estruturas de poder mais amplas não são tanto demandas de autonomia absoluta como esforços por manter a integridade do grupo, assim como de plantear os termos do processo de integração ou de reorientar a direção de este. Inclusive quando alcança-se a secessão e a construção do Estado independente, estas são só um passo dentro de um processo mais amplo nas relações globais (tradução da autora).

A autodeterminação se vê também representada pelo princípio do autogoverno dos povos indígenas. Este é um aspecto importante, já que para que autodeterminação seja efetiva, existem uma série de princípios e mecanismos como, por exemplo, o autogoverno, a participação, e dentro deste último a Consulta Prévia, que permitem a efetivação de uma série de direitos dos povos indígenas, necessários para seu desenvolvimento.

As noções de democracia e integridade cultural, no contexto dos povos indígenas, estão unidas na norma especial de autogoverno, por meio do qual se materializa o direito de autodeterminação. O autogoverno incorpora-se em dois elementos distintos, embora relacionados. O primeiro deles reconhece a autonomia governamental ou administrativa para as comunidades indígenas. O segundo tem por objetivo garantir a participação efetiva das comunidades dentro das instituições gerais do Estado, na tomada de decisões que afetar-lhes diretamente. Neste último aspecto pode-se localizar a Consulta Prévia, que seria um mecanismo por meio do qual as comunidades participam diretamente, nas decisões estatais, sejam administrativas ou legislativas, que o governo procure emitir (ANAYA, 2005, p. 227).

Por último pode-se afirmar que o autogoverno tem por objetivo implícito que os povos indígenas alcancem uma medida significativa de autodeterminação através das instituições políticas e nas decisões dos processos consultivos, que procurem manifestar seus próprios padrões culturais, o qual lhes permitam estar vinculados com as decisões que afetar-lhes de forma contínua (ANAYA, 2005, pag. 241).

3.5 DIREITO ORIGINÁRIO, PROPRIEDADE COMUNAL E TERRA INDÍGENA.

Para as comunidades ancestrais os recursos naturais, a terra, tudo aquilo que compõe o meio ambiente não pertence ao homem, e sim o homem pertence ao meio ambiente. Esta forma de ver o mundo, como um sistema interligado é diferente da tradicional concepção ocidental, que implantou-se no território americano. O sistema de exploração ambiental, onde o mais importante é a produção excessiva e o consumo irracional, em que o homem é senhor da natureza, a usa, o transforma procurando um "desenvolvimento", foi rapidamente desenvolvido nos países da América Latina, ainda que com algumas resistências por parte das comunidades indígenas e tradicionais. Como consequência desta relação, ao violentar-se o direito ao território das comunidades, provocaria a violação de demais direitos fundamentais,

como o direito à saúde, à vida, liberdade religiosa entre outros, assim como afirma Noguez (2011, p. 17):

Es preciso señalar que la relación especial que tienen los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras dota de un carácter complejo a la violación del derecho a la propiedad comunal, ya que un cúmulo de violaciones a diversos derechos humanos se deriva de una vulneración inicial; por ejemplo, algunas consecuencias pueden constituirse como violaciones al derecho a la salud; a la vida digna; a los derechos económicos, sociales y culturales; a la libertad religiosa; a la libre determinación; a la integridad física y psicológica, y a otros.³⁶

Com o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, os Estados tentam devolver as terras que foram arrebatadas, através da força, assim como se afirma em Gediel (2015, p. 218-219); estas foram partilhadas aos particulares ficando com porções sobre o nome de “propriedade pública”, para depois serem transmitidas como propriedade privada:

Cumprir observar que o colonizador primeiro se apossou da América pela força das armas, transformou seu território em propriedade privada, distribuiu nessa condição lotes aos particulares não índios, ficando também com porções na forma de “propriedade pública” para depois, após longo e sangrento processo de reconhecimento, devolver aos mesmos povos indígenas as suas terras como se fosse um procedimento formal de transmissão da propriedade privada.

A relação que os povos indígenas guardam com seu território, representa muitas vezes, um conflito para o direito. Tendo em consideração o trato tradicional que o direito privado dá a terra, onde esta converteu-se em propriedade suscetível de apropriação individual, de ser dominada, esta concepção do território como um conjunto de elementos interligados e dependentes uns de outros, representa um problema no momento de reconhecer e efetivar o direito ao território indígena. Esta concepção é exposta por Santos (2006, p. 101) que a reconhece como fator fundamental para a resistência e luta dos povos indígenas pelo território:

Território é condição para a vida dos povos indígenas, não somente no sentido de um bem material ou fator de produção, mas como o ambiente em que se desenvolvem todas as formas de vida. Território, portanto, é o conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletiva. A terra é também um fator fundamental de resistência dos povos indígenas. É o tema que unifica, articula e mobiliza todos, as

³⁶ É preciso apontar que a relação especial que têm os povos e comunidades indígenas com suas terras outorga um caráter complexo à violação do direito de propriedade comunal, já que um conjunto de violações a diversos direitos humanos deriva-se de uma vulneração inicial; por exemplo, algumas consequências podem constituir-se como violações ao direito à saúde; à vida digna; aos direitos econômicos, sociais e culturais; à liberdade religiosa; à autodeterminação; à integridade física e psicológica, e a outros (tradução da autora).

aldeias, os povos e as organizações indígenas, em torno de uma bandeira de luta comum que é a defesa de seus territórios.

É por isto que ao falar sobre o direito ao território este não somente trata sobre a porção de terra que habitam as comunidades indígenas, e sim todos aqueles elementos que precisam para se desenvolver, incluindo os recursos naturais os quais interligam diversos grupos étnicos, sobre uma mesma finalidade que seria a conservação do grupo.

3 A CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA.

Para abordar propriamente o tema da Consulta Prévia, que é o foco principal da presente pesquisa, é necessário demarcar o âmbito de extensão da mesma. É importante ressaltar que a Consulta Prévia é uma instituição relativamente nova, foi reconhecida pela primeira vez na Convenção 169 da OIT no ano de 1989, a qual representa a pedra angular desta convenção. Além de ser recente a criação da Consulta Prévia, esta foi rapidamente adotada pelos povos indígenas como um mecanismo de defesa ante o abuso que os governos e as empresas cometem contra os recursos naturais e as terras que formam parte do meio em que se desenvolvem as comunidades indígenas ou tradicionais, assim como também contra aquelas resoluções administrativas ou legislativas que afeta-lhes diretamente.

A Consulta Prévia na atualidade provoca uma série de posicionamentos, alguns contrários categoricamente, e outros que poderiam encontrar um ponto de encontro; entre estes posicionamentos pode-se mencionar, que temos por um lado quem defende o direito que tem o Estado sobre seus recursos naturais, sobre o território que se encontra delimitado e reconhecido pelos demais Estados, o direito ao desenvolvimento e “avanço” que, através da exploração de minerais e em geral dos recursos naturais, poder-se-ia trazer para o Estado; depois temos quem defende o direito dos povos indígenas e comunidades tradicionais, cujo desenvolvimento, está ligado ao território e aos recursos naturais nele existentes, e que constantemente é vulnerado pelas decisões de governos que não atendem as necessidades destes povos; em terceiro lugar teríamos o posicionamento no qual deve existir um ponto de conexão entre o desenvolvimento nacional e os direitos dos povos sobre seus territórios, ou seja, se pode explorar sempre e quando se respeitem os direitos que têm os povos sobre as terras que habitam.

Também é importante separar dois aspectos fundamentais da Consulta Prévia, primeiro que a obrigatoriedade desta, ou seja, a sua realização (que um povo indígena seja consultado, sobre uma medida administrativa ou legislativa que lhe afetará diretamente), é independente do resultado que esta possa provocar; e em segundo lugar o relativo ao resultado, sobre se este deve ser de observância obrigatória para os Estados: o que acontece se um governo outorga uma licença de exploração quando a Consulta Prévia foi realizada, mas não se conseguiu o consentimento desta? Qual é o alcance da autodeterminação dos povos, nos casos de exploração de recursos naturais? É legítima uma decisão não ouvindo a uma comunidade que será afetada?

Devido a isto, no presente capítulo será abordado os conceitos gerais e específicos da Consulta Prévia, livre e informada, todos os aspectos legais e doutrinários no âmbito nacional e internacional, e o desenvolvimento destes no Brasil e na Guatemala.

A ideia preestabelecida é a de que neste conflito pelo território indígena somente estão envolvidos três atores, Governo, povos indígenas e empresas, ficou no passado. A luta pelo pleno cumprimento da legislação em matéria indígena tem tomado maior protagonismo, o qual permite que este tema fique além de paixões e interesses involucrados, e seja um tópico de discussão nas agendas políticas e no mundo acadêmico, ainda que de forma lenta.

Portanto, no presente capítulo se abordará propriamente o estudo comparativo da Consulta Prévia na Guatemala e no Brasil. Estes dois ordenamentos jurídicos que têm como raiz o direito romano-germânico, o qual se caracteriza pela codificação das leis, daqui a importância que exista um reconhecimento de instituições que vão surgindo com o tempo, como é o caso da Consulta Prévia.

3.1 CONCEITO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA.

A Consulta Prévia é uma instituição de recente criação, através desta procura-se a participação das comunidades indígenas nos assuntos relativos a seu viver, porém esta representa um mecanismo ou instrumento do direito de autodeterminação. Encontra-se estabelecida ao longo da Convenção 169 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989), especificamente no artigo 6, o qual estabelece:

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

Em base ao anterior, pode-se encontrar que a Consulta Prévia será aplicada quando aconteçam dois cenários: o primeiro seria quando o Estado pretenda implementar uma medida administrativa; e o segundo quando o Estado pretenda criar uma medida legislativa, em

ambos casos quando estas afetem a um povo indígena ou tribal, de forma direta. Assim mesmo pode-se extrair uma série de elementos como o momento em que esta terá que ser efetuada, os sujeitos legitimados para participar do processo da consulta, o objetivo da consulta, assim como afirma o Instituto Socioambiental (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2016):

A Consulta Prévia como direito dos povos e como princípio de relacionamento político destes com os Estados nacionais foi incluída em repetidas oportunidades no texto da Convenção 169 da OIT, como um princípio geral e transversal da atuação do Estado com relação aos povos interessados. Em seu artigo 6º, está definida o que podemos considerar a cláusula geral da consulta, que descreve de forma sucinta seus principais elementos: 1) os eventos nos quais a consulta deve ser cumprida (medidas administrativas e legislativas que afetam diretamente os povos indígenas e tribais); 2) a oportunidade para sua realização (antes da adoção de qualquer decisão); 3) os interlocutores legítimos para a execução da consulta (as instituições representativas dos povos interessados); 4) a qualificação do processo consultivo (mediante procedimentos adequados às circunstâncias e de boa-fé); e 5) o objetivo final da consulta (chegar a um consenso).

O artigo antes citado estabelece as bases em que a Consulta Prévia, será executada, impondo uma série de obrigações para os Estados, com a finalidade de efetivar o direito de autodeterminação. Primeiro os Estados têm a obrigação de consultar aos povos indígenas ou tribais sobre uma medida administrativa ou legislativa que lhes afetarão diretamente, ou seja, realizar o processo da Consulta Prévia; segundo se estabelece que os Estados têm que criar mecanismos adequados, para que os povos indígenas ou tribais possam participar livremente nas decisões que lhes afetar; e terceiro obriga aos Estados a criar medidas que possam permitir o desenvolvimento das instituições e iniciativas que os povos procurem, segundo seus próprios costumes e tradições, e a concepção que tenham sobre desenvolvimento. A partir de isto podemos extrair uma série de elementos sobre a consulta que serão expostos mais adiante.

O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas trouxe uma série de conflitos para o direito, principalmente para a concepção tradicional do direito hegemônico nas sociedades da América Latina, o qual foi herdado pelos colonizadores. Um direito que trata à sociedade como homogênea, sem tomar em consideração as diferenças significativas que nela interajam.

Isto representa um conflito no momento de aplicar mecanismos como a Consulta Prévia, que significa um avanço na área dos direitos dos povos indígenas, mas na efetivação, significa um problema para os operadores do direito; isso fica evidenciado no momento de realizar o processo da consulta. Os profissionais e funcionários encarregados de fazer funcionar as instituições do Estado não sabem a forma em que esta deve ser aplicada, e muitas

vezes é considerada como uma formalidade desnecessária, assim como afirma Duprat (2015, p. 54):

Estratégias e praticas de homogeneização centenárias, homologadas pelo Direito e retransmitidas acriticamente pelos cursos universitários, colocam os seus profissionais, se não desconfiados, ao menos perplexos com as consequências de um modelo legal de sociedade plural na perspectiva étnico-cultural. O resultado é que, a despeito de uma disciplina bastante extensa e do endosso do direito constitucional interno, o instituto da consulta, disposto na Convenção 169, é considerado uma formalidade desnecessária, ou, quando muito, a ser rapidamente superada. Persiste assim, ainda que não declaradamente, a ideologia anterior de que, numa sociedade de iguais, o Estado esta habilitado, por si só, a dizer o que é o interesse comum e por ele orientar-se.

Assim, ao tentar abordar o tema dos direitos dos povos indígenas, com costumes, tradições e mecanismos de solução de conflitos diferentes aos estabelecidos pela sociedade dominante, é preciso fugir um pouco desta concepção do monismo jurídico imperante, para entrar num pluralismo jurídico, mas tomado não somente como um discurso politicamente correto, e sim como uma verdadeira opção para solucionar a problemática atual.

A utilização da discriminação como método para impedir o efetivo cumprimento dos direitos dos povos indígenas sobre as suas terras e recursos naturais, é uma constante nas nossas sociedades. A negação do respeito sobre os direitos ao território prejudica de sobremaneira o viver das comunidades. Esta problemática se manifesta através de mortes de líderes comunitários, manifestações violentas, bloqueio de estradas, e exigências que as comunidades indígenas fazem aos lideres políticos que esquecem sua obrigação de procurar o “bem comum”.

Um dos problemas que representa o denominador comum tanto na Guatemala como no Brasil, tem a ver com a regulamentação do processo da Consulta Prévia, o qual é um argumento utilizado em muitas ocasiões para negar ou evitar a obrigação do Estado de realizar a Consulta Prévia. Aliás, este seja um argumento fortemente criticado pela doutrina e pelos órgãos judiciários, é comum que a classe politica recorra a isto para justificar a negativa de realizar o processo de consulta.

A Consulta Prévia é reconhecida como um direito fundamental, sobre o qual pode ser exercido o direito de participação das comunidades. Também é reconhecida como um mecanismo através do qual os povos indígenas podem exercer os princípios de autonomia e participação a todos os níveis na adoção de decisões politicas dos Estados independentes dos quais formam parte.

Este direito de decisão sobre as próprias formas de viver e desenvolver-se, tem sido negado por mais de quinhentos anos de dominação; ainda quando foi reconhecido em papel, as comunidades indígenas enfrentam-se ante diversas formas de imposição de um sistema jurídico, político, social e cultural hegemônico, o qual utiliza diversos métodos para conseguir isto: o racismo e discriminação são somente os métodos mais comuns que a sociedade dominante tenta homogeneizar, e determinar o caminho em que as comunidades “incivilizadas” deveriam se desenvolver.

A luta pelo cumprimento da Consulta Prévia tomou maior protagonismo no cenário político na América Latina devido ao aumento das explorações de recursos naturais, principalmente no campo da mineração e na construção de hidroelétricas, que tem provocado uma série de conflitos socioambientais que os Estados não podem controlar mais.

A evolução do capitalismo tem provocado com que a criação dos produtos para consumo aumentasse, junto com o aumento da população, se reúnem as circunstancias para que a transformação da natureza seja numa velocidade desmedida e insustentável.

Contraditoriamente, os territórios onde são explorados os recursos naturais são aqueles que menos se beneficiam desta produção, não só porque o consumo destes bens se dá majoritariamente nos países “desenvolvidos”, mas também porque o impacto ambiental é sofrido pela população menos protegida dos Estados; comunidades que vivem em pobreza e pobreza extrema.

A solução do conflito pelo território, como já foi abordado no capítulo anterior, representa um desafio para os Estados nacionais. Um conflito que tem seus inícios desde o despoje que deu-se durante a invasão europeia, o qual tem ocorrido até a época atual.

Além destes conflitos pelo território, que não somente estão envolvidas as comunidades indígenas, mas também comunidades tradicionais (silvícolas, ribeirinhos, seringueiros, quilombolas, camponeses), encontram-se conflitos socioambientais, os quais no campo dos direitos humanos (e do direito ambiental) tem um debate de importante referência, assim como afirma Mazariegos (2014, p. 460-461):

La raíz de los conflictos socioambientales se encuentra en la tensión entre formas disímiles y mutuamente irreductibles de relación entre los seres humanos y la naturaleza, y en la intransigencia colonial por un modelo de desarrollo cuyos embates sobre la vida no logran ser paliados por los derechos humanos. Ni el reconocimiento, ni la redistribución (los dos grandes paradigmas que encabezan el principal debate sobre los derechos humanos desde los años setenta) someten el modelo a crítica. El primero ha fracasado porque el derecho a la consulta, en lugar de abrir un diálogo intercultural sobre el extractivismo, está siendo instrumentalizado por la gobernanza neoliberal para eclipsar el debate de fondo sobre las alternativas al desarrollo. El segundo, por su parte, pretende encuadrar

bienes que no se pueden tasar, en una racionalidad instrumental cuya mejor propuesta de “compensación” es la participación de las comunidades en las utilidades de las empresas, evadiendo no solo un daño sistemático presente que es innegociable, sino también un daño de carácter histórico, encubierto tras unas transacciones que omiten la memoria en nombre del desarrollo: en nombre de un “mirar hacia el futuro” que –obviamente- no nos incluye a todos³⁷.

Segundo o anterior os conflitos socioambientais ocasionados pelo desrespeito dos direitos ao território e a redistribuição deste, colocam o modelo de desenvolvimento em dúvida. A Consulta Prévia é utilizada pelo poder político para esquecer a realidade sobre a necessidade de implementar um novo sistema de desenvolvimento, já que o atual não é mais viável. Assim mesmo tem sido comprovado que o desenvolvimento que as empresas exploradoras de recursos naturais, prometem, não representa o conceito de desenvolvimento sustentável, que em base aos convênios internacionais e legislação interna estão obrigados a cumprir, nem representa o desenvolvimento para a comunidade que sofrera as consequências da degradação ambiental.

Temos então, que a correta aplicação da Consulta Prévia, poderia significar um avanço e prevenção de conflitos socioambientais que estão acontecendo na nossa região. Para isto existem pareceres da OIT sobre a aplicação da Consulta Prévia.

Agora se considera pertinente que se volte a atenção a um tema que representa uma problemática tanto jurídica como política: a construção de megaprojetos em terras ocupadas pelos povos indígenas. Que nos termos da Consulta Prévia seria especificamente quando o Estado pretende implementar uma medida administrativa, que transforma-se numa licença de exploração.

Retomando o princípio de subsidiariedade antes abordado, poder-se-ia afirmar que as comunidades indígenas, segundo o direito de autodeterminação no seu sentido continuado, têm a legitimidade para determinar os métodos os quais considerem adequados, para lograr seu próprio desenvolvimento, ainda isto signifique a não exploração de recursos naturais, porem a perda de ingressos para o Estado, recavados através dos tributos.

³⁷ A raiz dos conflitos socioambientais encontra-se na tensão entre as diferentes formas e mutuamente irreduzíveis da relação entre os seres humanos e a natureza, e a intransigência colonial pelo modelo de desenvolvimento cujos embates sobre a vida não conseguem ser resolvidos pelos direitos humanos. Nem o reconhecimento, nem a redistribuição (os dois grandes paradigmas que encabeçam o principal debate sobre os direitos humanos dos anos setenta) submetem o modelo a crítica. O primeiro tem fracassado porque o direito à consulta, em lugar de abrir um diálogo intercultural sobre o extrativismo, esta sendo instrumentalizado pela governança neoliberal para eclipsar o debate de fundo sobre as alternativas ao desenvolvimento. O segundo, por sua vez, pretende enquadrar bens que não podem-se inserir, numa racionalidade instrumental cuja melhor proposta de “compreensão” é a participação das comunidades nas utilidades das empresas, evadindo não só um dano sistemático existente que é inegociável, mas também um dano de carácter histórico, encoberto traz umas transações que omitem a memória em nome do desenvolvimento: no nome de um “olhar para o futuro” que – obviamente- não nós envolvi a todos (tradução da autora).

Diante este paradoxo, encontramos um debate que considera-se pertinente tratar nestas linhas. No momento em que a Consulta Prévia é efetivada, e as comunidades indígenas são consultadas sobre a criação de megaprojetos, como exploração de algum mineral, construção de hidroelétricas, e o parecer destas é a negativa de que isto seja realizado no seu território, o Estado poder-se-ia encontrar-se diante um conflito de direitos. O direito ao desenvolvimento (que seria o caso da construção da hidroelétrica, tendo em consideração o potencial energético que isto poderia significar, ou no caso da mineração as regalias percebidas pelo Estado, o qual se poderia traduzir em escolas, hospitais, melhoramento de infraestrutura das cidades, etc.), frente o direito de autodeterminação dos povos afetados. As consultas prévias, muitas das vezes não são realizadas da forma adequada, seja pelo desconhecimento ou pelo pouco interesse para que este direito seja respeitado, e quando são realizadas estas não tem efeitos vinculantes, isto representa um problema de efetivação da consulta, já que esta não pode representar um mero formalismo, esta representa um dispositivo da participação indígena, assim como estabelece Mazariegos (2014, p. 465):

(...) las licencias para operar son otorgadas por los Estados a las empresas sin consulta previa, libre e informada a las comunidades afectadas, violando una estructura de derechos indígenas y ambientales reconocidos desde los años noventa del siglo XX. Si la consulta llega, se lleva a cabo “mal y tarde”: sin efectos vinculantes (el derecho de veto está descartado a priori) y sin mecanismo que la doten de efectividad en términos reales o concretos, pues funge como un trámite expedito y protocolario. En el mejor de los casos se cuenta con reglamentos y protocolos con procedimientos pertinentes para llevar a cabo la consulta, pero que desvisten de poder para la toma de decisiones a la parte indígena. Se cumpla o no con la consulta, se produce una flagrante brecha de implementación al negar de facto de múltiples derechos respecto de los cuales esta opera como dispositivo de participación³⁸.

Ao abordar a Consulta Prévia é importante determinar seu âmbito de aplicação, pelo que é necessário explicar o que quer dizer “consulta” e “consentimento”. Estes são utilizados tanto na literatura como na legislação, e têm uma estreita relação entre si. Primeiro a palavra “consulta” é definida por Figueiredo (2010, p. 507) como um “ato de consultar. Conselho. Parecer. Conferência para deliberação. Reflexão, prudência”; e consultar significa “Pedir conselho, parecer”. Pelo que Consulta Prévia, quer dizer perguntar às comunidades indígenas,

³⁸ As licenças para operar são outorgadas pelos Estados às empresas sem consulta previa, livre e informada às comunidades afetadas, violentando uma estrutura de direitos indígenas e ambientais reconhecidos desde os anos noventa do século XX. Si a consulta chega, leva-se a cabo “mau e tarde”: sem efeitos vinculantes (o direito ao veto esta descartado *a priori*) e sem mecanismo que a invistam de efetividade em termos reais e concretos, já que funciona como um tramite ágil e protocolaria. No melhor dos casos conta-se com regulamentos e protocolos com procedimentos pertinentes para levar a cabo a consulta, mas que despojam de poder para a toma de decisões à parte indígena. Cumpra-se ou não com a consulta, produzem-se uma evidente fissura de implantação ao negar *de fato* de vários direitos respeito dos quais esta opera como dispositivo de participação (tradução da autora).

pedir seu parecer sobre um determinado tema, e que segundo as características desta, abrange mais que só perguntar.

Por outra parte temos que “consentimento” é um termo jurídico desenvolvido pelo direito civil, que se refere à manifestação da vontade, a qual representa um dos elementos do ato jurídico³⁹. Vontade é definida por Dos Santos (2001, p. 247) como a “a forma reflexiva e plenamente consciente da atividade: implica representação do fim e deliberação. No conceito jurídico, é a faculdade de querer, ou seja, um componente consciente encaminhado para uma determinada finalidade”. Temos então que consulta e consentimento são termos que determinam o âmbito de aplicação da Consulta Prévia.

Primeiro, o Estado está obrigado a perguntar as comunidades indígenas sobre uma medida legislativa ou administrativa que lhes afetará, cuja finalidade será conseguir o consentimento destas; sem este elemento essencial a Consulta Prévia só seria um mero requisito, um elemento de forma que não influiria na decisão. Daqui, que a palavra “consentimento” seja tão importante, já que determina o aspecto vinculante da consulta, um aspecto que tem representado um problema no momento de sua aplicação, mas isto será abordado mais adiante.

Através da Consulta Prévia, o Estado estaria reconhecendo a norma do autogoverno, que forma um dos aspectos do direito de autodeterminação. Daqui a importância da Consulta Prévia para efetivar outros direitos conexos. Para Anaya (2005, p. 229) o autogoverno pode ser entendido como uma forma de promoção da democracia, já que as comunidades indígenas constituem minorias dentro dos Estados nação, ainda tenham reconhecidos seus direitos fundamentais. Por isto, aponta que é preciso devolver às comunidades a autoridade, para diminuir a vulnerabilidade frente aos interesses da elite dominante:

El gobierno autónomo puede entenderse además como una forma de promoción de la democracia. Dada su posición no dominante dentro de los estados en los que viven, las comunidades indígenas y sus miembros se han visto privados frecuentemente de la participación completa y efectiva en los procesos políticos que han intentado gobernarlos. A pesar de que se ha reconocido plenos derechos de ciudadanía a las personas indígenas, y a pesar de que se han atajado las políticas abiertamente discriminatorias, los grupos indígenas todavía constituyen, en términos generales, minorías numéricas en posición de desventaja económica dentro de los estados en los que viven, circunstancias estas que los colocan en una posición de vulnerabilidad política. La devolución de autoridad a las comunidades indígenas disminuye su vulnerabilidad frente a los intereses de la mayoría o la elite dominante,

³⁹ Ato jurídico é definido por Dos Santos (2001, pag. 340) como “Ato cujo fim imediato é adquirir, resguardar, transferir, modificar, ou extinguir direitos, dentro do que é legalmente lícito, para que o mesmo produza efeitos jurídicos válidos”.

al tiempo que promueve la sensibilidad de las instituciones estatales hacia los intereses singulares de las comunidades indígenas y de sus miembros.⁴⁰

Podemos, então, observar a importância não só do reconhecimento do direito de autodeterminação, mas também de aqueles métodos necessários para sua efetivação, como a participação e o autogoverno, os quais procuram o desenvolvimento das comunidades, segundo suas próprias formas particulares de ver o mundo e vive-lo.

3.2 CONVENÇÃO 169 SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS EM PAISES INDEPENDENTES, DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

A Convenção 169 da OIT, reconhece pela primeira vez o direito de consulta aos povos indígenas e tribais; esta representa a pedra angular deste corpo normativo, sobre a qual serão reconhecidos uma série de direitos às comunidades.

Direitos como ao território, saúde, seguridade social, meios de comunicação, educação, trabalho, traslados do território de origem, exploração de recursos naturais, são reconhecidos para procurar o desenvolvimento destes povos; mas não numa concepção de desenvolvimento alheia, e sim numa concepção segundo os costumes e tradições, de cada povo, a forma de interagirem entre si e com o seu redor.

A Convenção 169 da OIT é emitida baseando-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos além de outros instrumentos que tenham por objetivo erradicar a discriminação.

Através das mudanças que foram conseguidas no campo dos povos indígenas esta convenção procura deixar para trás a teoria da assimilação que imperava, não só na Convenção 107 da OIT, que corresponde à convenção antecessora da Convenção 169 da OIT, mas também, como será abordado mais adiante, nas constituições do Brasil e da Guatemala (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989).

⁴⁰ O governo autónomo pode entender-se, também como uma forma de promoção da democracia. Esta suposição não dominante dentre os estados nos que vivem, as comunidades indígenas e seus membros tem-se encontrado privados frequentemente da participação completa e efetiva nos processos políticos que tem tentado governa-los. No entanto que tem se reconhecido os direitos de cidadania às pessoas indígenas, e embora têm-se conseguido reter as políticas abertamente discriminatórias, os grupos indígenas ainda constituem, em termos gerais, minorias numéricas em posição de desvantagem econômica dentro dos estados nos que vivem, circunstancias estas que os colocam em uma posição de vulnerabilidade política. A devolução da autoridade às comunidades indígenas diminuem sua vulnerabilidade frente aos interesses da maioria ou a elite dominante, ao tempo que promove a sensibilidade das instituições estatais para os interesses singulares das comunidades indígenas e seus membros (tradução da autora).

3.3 PRINCÍPIOS E CARACTERÍSTICAS DA CONSULTA PRÉVIA.

A Consulta Prévia tem-se caracterizado por reunir em si mesma uma série de elementos que permitem a participação dos povos indígenas na tomada de decisões que lhes afetem diretamente.

Assim como têm afirmado o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial e o Comitê de Direitos Humanos da ONU, a Consulta Prévia tem relação com os princípios da não discriminação e integridade cultural, e os governos estão obrigados a garantir aos povos indígenas o disfrute dos direitos em condições de igualdade em relação a sua participação no âmbito público, assim como também, estão obrigados a não tomar uma decisão sem o consentimento informado destes, já que esta norma tem seu fundamento nos princípios do autogoverno e autodeterminação (ANAYA, 2005, pag. 237).

As características e princípios da Consulta Prévia têm sido desenvolvidas tanto pela legislação, como pelos pareceres dos relatores da ONU, e pelas recomendações da OIT.

A consulta está baseada no princípio de autogoverno e no princípio de participação, que permitem a efetividade da autodeterminação. Através da Consulta Prévia, as comunidades indígenas além de encontrar efetivado o aspecto político do seu direito de autodeterminação, podem participar no panorama político, o qual permite a reivindicação das exigências pelo respeito dos direitos dos povos indígenas, assim como também a manifestação da sua cultura, compartilhamento dos seus conhecimentos tradicionais, e a existência de uma diversidade cultural esquecida por vários séculos.

Como as características da Consulta Prévia pode-se afirmar o seguinte:

A consulta é prévia: Determina-se que a consulta é prévia devido a que esta deve ser realizada antes de qualquer decisão pelo governo. Assim mesmo deve ser realizada antes de qualquer atividade, com o objetivo que exista a participação da comunidade em todo o processo da medida; esta não pode ser considerada como uma audiência ou uma atividade para cumprir com um requisito. Por exemplo, numa licença de exploração, a Consulta Prévia teria que ser realizada desde o primeiro ato administrativo que a empresa exploradora realize ante o órgão encarregado; isto não quer dizer que só será realizada neste momento, podem ser realizadas quantas audiências, atividades, seminários, conversas, conferências, ou qualquer tipo de atividade que seja precisa para que a comunidade emite seu consentimento.

Que a consulta seja realizada no momento oportuno, ou seja, prévio a qualquer atividade, não somente permite que as comunidades levem um melhor controle sobre as

decisões preliminares do projeto, mas também permite que exista um clima de confiabilidade entre a entidade exploradora e as comunidades.

A confiabilidade é um tema importante, já que tem sido uma prática comum, que as empresas de exploração, em sua maioria empresas mineradoras, comecem a realizar atividades de estudo sobre as áreas que pretendem explorar, sem ter um primeiro contato com as comunidades.

A característica que a consulta tem que ser prévia, encontra-se reconhecida no artigo 6 da Convenção 169 da OIT (SILVA, 2008, p. 56), já que regula que as consultas “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.”. As expressões “chegar a um acordo” e “medidas propostas” manifestam o espírito da consulta, que quando se trata de uma medida administrativa ou legislativa que afetará uma comunidade indígena, não pode existir uma imposição, tem que existir um diálogo, um consenso sobre as medidas propostas e não sobre medidas que já foram decididas unilateralmente.

A Convenção 169 da OIT (SILVA, 2008, p. 58), continua estabelecendo no artigo 16, numeral 2, de como a consulta tem que ser prévia, a qualquer ato administrativo, devido as possíveis prejuízos que possam acontecer no território indígena:

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

Assim mesmo, que a consulta seja prévia, permite que exista tempo suficiente para que as comunidades se informem e preparem para participar no processo de decisão da medida, assim como afirma Mazariegos (2014, p. 480):

Los procedimientos deben garantizar, entonces, que las comunidades y pueblos cuenten con suficiente anticipación para informarse y prepararse para participar. Esto implica que la consulta no debe llevarse a cabo, como sucede generalmente, cuando la licencia de exploración o explotación ya está concedida y necesita legitimarse la autorización por parte del Estado a través de un trámite expedito, sino desde el momento de la planeación al definir las reglas del juego⁴¹.

⁴¹ Os procedimentos devem garantir, então, que as comunidades e os povos contem com suficiente antecipação para se informar e preparar-se para participar. Isto implica que a consulta não deve se levar a cabo, como sucede geralmente, quando a licença de exploração já está outorgada e precisa legitimar-se a autorização por parte do Estado através de um trâmite ágil, e sim desde o momento do planejamento ao definir as regras do jogo.

Então temos que não é suficiente afirmar que a consulta tem que ser prévia à decisão final, tem que ser prévia a qualquer atividade que tenha por objetivo estabelecer uma medida administrativa ou legislativa, tomando em consideração que esta impactará de forma negativa ou positiva, o desenvolvimento de uma comunidade.

A consulta é livre: a liberdade da Consulta Prévia, determina que o processo que levar-se-á a cabo tem que dar-se sem pressões ou coações por parte das autoridades do estado ou das empresas exploradoras dos recursos, nem por qualquer outra entidade ou pessoa. Já que se pretende conseguir o consentimento da comunidade, e tendo em consideração que o direito a Consulta Prévia é um ato jurídico, e todo ato jurídico produz efeitos quando pouse as características de discernimento, intenção e liberdade, para que a decisão da comunidade seja legítima, não se pode permitir nenhum ato que violente a manifestação da vontade da comunidade.

Considera-se que a consulta tem que ser livre, segundo o direito à informação, que os interessados conheçam a detalhe as consequências que a medida trará, e segundo isto possam emitir ou não o seu consentimento. Assim mesmo o processo da consulta tem que ser uma negociação horizontal entre as comunidades e as empresas, respeitando os métodos de tomada de decisões tradicional, os quais são aceitos, conhecidos e legitimados pela comunidade. (MAZARIEGOS, 2014, p.430)

Esta característica encontra-se determinada no artigo 6 da Convenção 169 da OIT, (SILVA, 2008, p. 56) numeral 1, literal b, ao afirmar que é obrigação dos governos, “(...) 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 (...)”

Procura-se a participação livre das comunidades devido à desigualdade de condições entre os sujeitos; é impossível ignorar que dentro de todo processo de exploração de recursos naturais, principalmente como na mineração ou construção de hidroelétricas, os interesses pelos altos benefícios econômicos obtidos pelas empresas, e as vezes pelos governos, propiciam com a que a negociação não consiga se dar numa situação de igualdade, muitas vezes ocultando dados sobre as consequências socioambientais, que trará o empreendimento.

A consulta é informada: determina-se que a consulta tem que ser informada, já que, unida a característica da liberdade da consulta, é impossível conseguir o consentimento da

comunidade, sem outorgar todas as informações sobre os benefícios, custos, prejuízos e riscos, que trará a medida.

Que a consulta seja informada significa que tem que cumprirem-se alguns estudos precisos para informar as comunidades todo o panorama do que acontecerá com a medida. Assim, como afirma Mazariegos (2014, pag. 483) “Para llevar a cabo la consulta es imprescindible la puesta a disposición de información *oportuna, completa, transparente e inteligible* a las comunidades indígenas, con el fin de propiciar una decisión consciente y libre, basada en argumentos y no en suposiciones, prejuicios, engaños o errores”⁴².

. A construção deste ambiente de confiança na negociação é um caminho difícil; na prática os processos de consulta realizados tem-se caracterizados pela desconfiança constante por parte das comunidades indígenas, como por exemplo, na Guatemala onde a exploração mineral não só tem provocado a separação das comunidades entre quem está a favor ou contra a exploração, mas também a criminalização das lideranças indígenas, pelos meios de comunicação, empresas mineradoras e governo, mortes de membros da comunidade, ameaças, e ataques contra sua propriedade; isto será aprofundado no seu capítulo específico.

A consulta tem que ser realizada de boa fé: a característica que a consulta tem que ser realizada de boa fé encontra-se regulamentado no artigo 6 da Convenção 169 da OIT (SILVA, 2008, p. 56), no numeral 2, o qual dita literalmente que “(...) 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”; esta se refere que durante o processo da consulta a negociação entre comunidades, empresas e estado, tem que se guiar pela boa fé dos sujeitos; quer dizer que o atuar destes tem que estar livre de pressões, evitando qualquer ato que possa provocar que a manifestação da vontade da comunidade, seja afetada.

A confiança e o respeito durante a negociação são aspectos fundamentais durante a consulta, assim como estabelecem Mayen, Erazo e Lanegra (2014, p. 22) os intentos de confrontar aos membros da comunidade, negociações paralelas ou corrupção das lideranças, não são práticas que concordem com o espírito da consulta:

De conformidad con el párrafo 186 de la sentencia de la CIDH en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe responder al objetivo último de establecer un dialogo

⁴² Para levar a cabo a consulta é imprescindível colocar a disposição a informação *oportuna, completa, transparente e inteligível* às comunidades indígenas, com a finalidade de propiciar uma decisão consente e livre, baseada em argumentos e não em suposições, prejuízos, enganos e erros

entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas, siendo inherente al proceso el establecimiento de un clima de confianza mutua. Por ello, la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de sus agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. La buen fe en el proceso de consulta es incompatible con practicas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de sus líderes o mediante el establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociación con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales⁴³.

Segundo o anterior as negociações da consulta têm que estar dirigidas a conseguir o consentimento da comunidade, e não obrigar uma decisão numa determinada direção, pelo que o Estado está obrigado a velar pelo cumprimento, e adequado procedimento da consulta.

3.4 SUJEITOS DA CONSULTA PRÉVIA.

É importante ressaltar que se bem é certo, dentro do processo da Consulta Prévia, existe uma série de atores que serão beneficiados ou prejudicados pelo cumprimento da consulta, os únicos sujeitos que têm que chegar a um consenso são o Governo e as comunidades. As empresas exploradoras de recursos naturais têm a obrigação de outorgar todas aquelas informações que sejam precisas para que as comunidades emitam seu consentimento informado; é importante deixar claro que a palavra consentimento não se refere em sentido afirmativo ou negativo. Em direito o termo consentimento se refere a essa “exteriorização da vontade”, neste caso a exteriorização da vontade da comunidade em seu conjunto, não de seus líderes, nem de alguns membros desta, mas sim de todos os membros da comunidade, levando a cabo os procedimentos de tomada de decisões tradicionais destas.

Um dos conflitos que atravessa o direito à Consulta Prévia, na atualidade, é no tocante a sua obrigatoriedade. Tem sido uma pratica comum, que os Governos utilizem de “escusa” para não realizar as consultas, a falta de normativas internas que delimitem as terras indígenas, Ou seja que possuam-se títulos de propriedade ou declarações de posseção. Isto

⁴³ De conformidad con o paragrafo 186 da sentença da CIDH no caso Povo Indigena Kichwa de Saravaku vs. Equador, a consulta não deve ser realizada como um tramite formal, porem deve responder ao objetivo ultimo de estabelecer um dialogo entre as partes baseado e princípios de confiança e respeito mutuo, e com a finalidade de alcançar um consenso entre as mesmas, sendo inerente ao processo o estabelecimento de um clima de confiança mutua. Por isso, a boa-fé exige a ausência de qualquer tipo de coerção por parte do Estado ou de seus agentes ou terceiros que atuem com sua autorização ou aprovação. A boa-fé no processo de consulta é incompatível com practicas tais como os intentos de desintegração da coesão social das comunidades afetadas, seja através da corrupção dos seus líderes ou mediante o estabelecimento de lideranças paralelas, ou por meio de negociação com membros individuais das comunidades que são contrarias aos padrões internacionais (tradução da autora).

nunca poderia ser utilizado para negar o direito das comunidades a realizar a consulta assim como afirma Anaya (2010, p. 17):

El deber de celebrar consultas no está limitado a las circunstancias en que una medida propuesta pueda afectar o afecte en el futuro un derecho ya reconocido o derivado de un contrato. El Relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales.⁴⁴

A Convenção 169 da OIT, não estabelece especificamente os entes encarregados em realizar a Consulta Prévia com as comunidades, mas sim os titulares deste direito. Em primeiro lugar, segundo o artigo 1, da Convenção (SILVA, 2008, p. 37), estabelece-se os sujeitos que serão considerados como povos indígenas, e em consequência, os titulares dos direitos reconhecidos neste corpo normativo; serão considerados povos indígenas aquelas populações que encontram-se em países independentes“(…) cujas condições sociais culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial (...); portanto, como primeiro pressuposto, abarcam-se aqueles povos que tem uma forma diferenciada de viver, por exemplo, na Guatemala entram nesta classificação, os garifunas, e as comunidades tradicionais do Brasil, como por exemplo, ribeirinhos, quilombolas, seringueiros, castanheiros, entre outras, que são definidas segundo o Decreto No. 6040 (BRASIL, 2007) aqueles:

⁴⁴ O dever de celebrar as consultas não está limitado às circunstâncias em que uma medida proposta possa afetar o afete no futuro um direito já reconhecido ou derivado de um contrato. O Relator Especial observa com preocupação que alguns Estados, de fato ou de maneira deliberada, têm adotado o posicionamento de que as consultas diretas com os povos indígenas em relação com a atividade de exploração de recursos naturais ou com outros projetos de repercussões importantes sobre o meio ambiente, como as presas, só requerem-se quando as terras em que realizam-se as atividades em questão tem sido reconhecidas como terras indígenas pelo direito interno. Este posicionamento é infundado já que, da mesma forma que acontece com o direito à autodeterminação e com os princípios democráticos, e devido às condições geralmente vulneráveis dos povos indígenas, o dever de celebrar consultas com eles planteiam-se sempre que estão em jogo seus interesses particulares, inclusive sim ditos interesses não correspondem com o direito à terra reconhecido ou a outros direitos contratuais (tradução da autora).

(...) 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 (...).

Como segundo pressuposto, encontramos que a Consulta Prévia será aplicada a aqueles povos que habitam países independentes, considerados como indígenas por habitar uma região geográfica antes e durante a época da conquista, colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras, as quais conseguiram conservar suas próprias intuições sociais, políticas, culturais e econômicas, assim como se estabelece na literal b, do artigo 1, da Convenção 169 da OIT (SILVA, 2008, p. 55):

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

O direito à Consulta Prévia, é um direito coletivo dos povos indígenas, isto significa que para este ser exercido, é preciso da comunidade coletivamente, não pode-se exercitar individualmente pelos membros do povo indígena. Isto provoca que a representatividade seja um elemento fundamental na efetivação da Consulta Prévia. Segunda as costumes e tradições de cada povo, assim será a representatividade no processo da consulta. Isto não quer dizer que a decisão final será tomada pelos representantes, a característica essencial da Consulta Prévia, é a manifestação do consentimento da comunidade sobre uma medida administrativa ou legislativa que afetará a todos e todas, no seu diário viver.

Existem critérios diversos sobre a representatividade das comunidades indígenas no processo de Consulta Prévia; em alguns países como no caso da Bolívia, que representa a legislação mais protetora e completa no relativo ao direito à consulta, estabelece que as decisões adotadas pelos representantes locais sejam ratificadas por suas respectivas comunidades, com o objetivo de garantir que a decisão e o conteúdo dos acordos, representem verdadeiramente a vontade das pessoas que serão afetadas diretamente pelas medidas que se pretendem realizar (INSTITUTO SOCIAMBIENTAL, 2016).

Os órgãos estatais encarregados de representar as comunidades indígenas, que têm um protagonismo maior na relação que guardam estas com o governo, como por exemplo, nos processos de demarcação de terra, têm um papel secundário no processo da consulta, já que o espírito desta normativa, é que as comunidades participem diretamente, afastadas de

processos burocráticos, e mais próximas aos processos de tomada de decisões tradicionais, que tem utilizado seguindo seu próprio costume. Sobre isto o Instituto Socioambiental (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2016), estabelece, os casos do Equador e do Peru, onde no primeiro país, é proibida a participação destas organizações indígenas de caráter regional e nacional nos processos de Consulta Prévia, e no caso do Peru, a lei estabelece que os representantes dos povos que serão consultados, apresentem atas onde se justifique e legitime a representatividade e delegação de poderes, para tomar alguma decisão em nome da comunidade:

Nas regulamentações comparadas, as organizações regionais ou nacionais têm um papel secundário e, em alguns casos, sua participação é limitada ao acompanhamento das comunidades diretamente afetadas pelo empreendimento. Somente no caso equatoriano existem disposições explícitas no sentido de proibir a participação das organizações indígenas de caráter regional e nacional no processo de consulta. A principal preocupação comum de todas as regulamentações é garantir que sejam as pessoas diretamente envolvidas nos impactos das obras as que decidam sobre o objeto da consulta. Por exemplo, no caso peruano, a lei exige que os indivíduos que falem em nome dos povos apresentem atas, nas quais constem a delegação de poderes e o conteúdo da decisão que o representante está autorizado a discutir.

Temos então que no caso do Brasil, a representatividade da Consulta Prévia não seria da FUNAI, e sim de toda a comunidade sobre a qual se pretende obter o consentimento.

3.5 ASPECTO VINCULANTE DA CONSULTA PRÉVIA.

No relativo sobre o aspecto vinculante da Consulta Prévia, não existe legislação que estabeleça, claramente “o resultado da Consulta Prévia, deve ser de observância obrigatória para o Estado”, e os mesmos que alegam que o respeito ao direito de autodeterminação, é sinônimo de segregação, independência, etc., afirmariam que este aspecto vinculante da Consulta Prévia, atentaria contra a soberania do mesmo Estado.

Em direito administrativo se fala que uma medida é vinculante, quando esta é obrigatória para o sujeito, Ou seja, ao falar que a consulta é vinculante, se afirma que a decisão da comunidade, seja um sim ou um não, é obrigatória para o Estado.

Ao analisar o artigo 6 da Convenção 169 da OIT, no seu numeral dois, podemos subtrair um elemento importante, no momento de tentar argumentar se a consulta tem caráter vinculante ou não (SILVA, 2009, p. 56):

“Artigo 6:

(...) *omissis*

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.

Esta norma estabelece que as consultas prévias terão que ser realizadas de boa-fé, de forma adequada com as circunstâncias, e com o objetivo de alcançar um acordo ou consentimento sobre as medidas que pretendem implementar-se. A palavra consentimento, como já foi exposto anteriormente, envolve uma manifestação de vontade, neste caso da comunidade. O Estado não somente está obrigado a realizar conforme estabelece a Convenção 169 da OIT, respeitando suas características e princípios, senão que também está obrigado a procurar um consenso, onde as partes envolvidas possam participar efetivamente nas decisões sobre a medida, e onde prevaleça o respeito da vontade da comunidade. Sem o consentimento da comunidade, a Consulta Prévia, somente seria uma mera informação das decisões que lhes afetariam.

3.6 A CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL.

No Brasil, a exploração de recursos naturais, tem representado desde os tempos coloniais, uma das principais atividades em que se baseia sua economia. A mineração especificamente tem incrementado nos últimos anos, assim como afirma o Instituto Socioambiental (2013, p. 89), desde o ano de 2001 para o 2011 esta atividade aumentou sua participação no Produto Interno Bruto (PBI) um 550%, o qual provoca uma maior demanda de recursos naturais e flexibilização nas normas que regulam o acesso a estes recursos:

Com o crescente primarização da economia brasileira, o setor mineral vem ganhando cada vez mais espaço na economia nacional. Enquanto a indústria de transformação vem diminuindo aceleradamente sua participação no PBI (de 27,5% em 1985 para 14,6% em 2011), a mineração explode: de 2001 a 2011 experimentou um crescimento de 550% em valor de produção. Por essa razão, economistas de distintas tendências vem afirmando que estamos passando por um fenômeno de desindustrialização precoce.

Esse fenômeno gera, inexoravelmente, uma maior demanda por recursos naturais e, como consequência, uma flexibilização nas regras que controlam o acesso a esses recursos.

A legislação brasileira tanto no âmbito ambiental como especificamente nos povos indígenas, representa uma legislação inovadora, que serve de referencia para os demais países. Ainda assim, o Brasil não tem estabelecido nenhuma normativa específica do direito das comunidades a ser consultadas quando se pretende emitir uma medida legislativa ou

administrativa, Ou seja, a Convenção 169 da OIT tem sido ratificada, mas ainda a legislação nacional, não foi adaptada a este importante direito dos povos indígenas brasileiros.

Por enquanto, o direito a Consulta Prévia não está estabelecido na legislação interna do Brasil, inseriu a Convenção 169, como lei ordinária, isto provoca conflitos no momento de efetivá-la, assim como afirma o Instituto Socioambiental (2011, p. 64), o Estado nega realizar os processos de Consulta Prévia, devido a que não existem normas que regulem administrativamente este procedimento, ainda que os órgãos de justiça estabeleçam que a Consulta Prévia constitua um direito fundamental, o qual permite que esta seja autoaplicável, pelo que o governo está obrigado a celebrá-la:

Algumas das alegações pelas quais o Estado se nega a realizar processos de consulta sobre decisões concretas é porque considera que não existem orientações suficientes nas disposições legais sobre o tema para a implementação do direito, argumentando a necessidade de uma regulamentação administrativa para conversar com os índios sobre suas terras, seus recursos naturais, suas vidas. A falta de regulamentação é um dos argumentos mais corriqueiros para a negação desse direito por parte dos Estados, não obstante as respostas dos juízes, em todos os tipos de jurisdição, serem frequentemente as mesmas: o direito de consulta é um direito fundamental e, portanto, autoaplicável. Não cabe alegar falta de regulamentação para iludir a responsabilidade da sua aplicação.

Segundo Santos (2006, p. 101), o conceito de terra ou território indígena se diferencia da concepção tradicional que o entende como um espaço geográfico:

Deste modo podemos definir terra como o espaço geográfico que compõe o território, onde este é entendido como um espaço do cosmos, mais abrangente e completo. Para os povos indígenas, o território compreende a própria natureza dos seres naturais e sobrenaturais, onde o rio não é simplesmente o rio, mas inclui todos os seres, espíritos e deuses que nele habitam. No território, uma montanha não é somente uma montanha, ela tem significado e importância cosmológica sagrada. Terra e território para os índios não significam apenas o espaço físico e geográfico, mas sim toda a simbologia cosmológica que carrega como espaço primordial do mundo humano e do mundo dos deuses que povoam a natureza. Quando os índios se propõem a reflorestar uma área degradada, além de recuperarem espécies florestais, eles estão trazendo de volta os espíritos e os deuses que foram afugentados pela destruição. E esses espíritos e os deuses que foram afugentados pela destruição. E esses espíritos e deuses são fundamentais para o equilíbrio da vida na terra, evitando doenças e outras desgraças, como reação da própria natureza ameaçada ou destruída.

Sobre os sujeitos encarregados em realizar a Consulta Prévia no Brasil, ainda existe uma lacuna legal, já que, ao não existir legislação nacional que regule a consulta, a única normativa aplicável seria a Convenção 169 da OIT segundo a qual, os Estados terão que criar e adaptar a legislação para o cumprimento da consulta.

A ausência de um instrumento específico sobre o órgão encarregado em realizar a consulta, permite que sejam os mesmos órgãos responsáveis do projeto que pretende implementar a medida. Existe uma proposta da regulamentação da Consulta Prévia, onde o

governo quer promover que órgão ou entidade da Administração Pública Federal responsável pelo projeto, notifique à Fundação Cultural Palmares quando a medida afete a uma comunidade quilombola, ou à Fundação Nacional do Índio, quando a medida afete a comunidades indígenas, com o objetivo de criar uma Comissão de Consulta Prévia. Segundo esta proposta, a Comissão teria por objeto: a) elaborar e dar publicidade a Consulta Prévia; b) concordar o plano de Consulta Prévia com os interessados; c) solicitar informação aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal; e d) elaborar e dar publicidade o informe final das atividades da consulta e seus resultados (FUNACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO, 2015, p. 75).

Sobre a obrigação de realizar a Consulta Prévia, às comunidades que afetar uma medida legislativa ou administrativa, sobre seu território, deve existir um entendimento sobre a relação peculiar que os povos guardam com a natureza, assim como afirma Gediel (205, p. 236):

Não seria direito daqueles indígenas apontarem os recursos ambientais necessários ao seu bem estar, assim como aqueles necessários à sua reprodução física e cultural, definidos segundo seus usos costumes e tradições e nos termos do par. 3º, art. 231, da Constituição? – Consultar os povos indígenas antes de qualquer decisão administrativa e ainda que preparatória para o início das obras é um evidente sinal de respeito ao Texto Constitucional e principalmente ao olhar que eles têm sobre os recursos ambientais de que dependem umbilicalmente, não necessariamente levando em consideração somente o total de área alagada. De repente, a cosmovisão daqueles povos sobre a “Volta Grande do Xingu” comporte um simbolismo e sincretismo jamais imaginado por nós, civilização do ocidente, acostumados que somos a tratar os rios como meros reservatórios de água. O imaginário deles acerca daquele essencial recurso natural e o seu efeito na determinação dos seus desígnios deve, sim, ser considerado antes mesmo de eventual estudo de impacto ambiental. E como se descobre isso? – Perguntando para eles, desarmado de qualquer pré-juízo técnico, ou de pré-conceito ocidental/capitalista.

3.6.1 Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.

A Constituição da Republica Federativa do Brasil, foi emitida em 1988, representa uma das constituições mais avançadas no relativo a meio ambiente e povos indígenas. No entanto ser uma legislação que serve de referencia para outros Estados, Brasil tem enfrentado uma série de problemas enquanto à efetivação dos direitos reconhecidos aos povos indígenas.

Antes da promulgação da constituição de 1988, o tratamento jurídico para os povos indígenas seguia uma linha assimilacionista, o que quer dizer que o Estado pretendia, seguindo a ideia que somente tinha que existir uma sociedade homogênea, que os povos

indígenas, através de um processo “civilizatório”, se adaptaram e integraram à sociedade dominante, não índia.

Esta política assimilacionista, pode-se observar no longo da legislação brasileira, antes da promulgação da constituição de 1988. Por exemplo, no Código Civil de 1916, os indígenas eram equiparados às pessoas de idade entre 16 e 21 anos, assim como os pródigos⁴⁵, e eram nominados com o termo “silvícola”, que eram aqueles que moravam no mato, não humanos, devido a sua peculiar forma de viver. Tem que ser tomado em consideração, que na época de 1916, a política integracionista era a dominante, e a relação paternalista do Estado com os povos indígenas, a forma que se achava idônea para reconhecer alguns direitos destes (MARÉS e BERGOLD, 2013, p. 68).

Ainda que seja atacada na atualidade, a forma retrógrada que a legislação regulava as relações dos povos indígenas, é importante ressaltar que o Código Civil de 1916 trouxe avanços em relação à lei de 1831, que outorgava aos Juizes de órfãos a tutela dos indígenas, mas ainda estes eram tratados individualmente e não coletivamente. Assim mesmo, era preciso que fosse regulada esta relação por uma lei específica, o qual aconteceu em 27 de junho de 1928, onde se termina com esta tutela orfanológica (MARÉS e BERGOLD, 2013, p. 68). Sobre isto Marés e Bergold (2013, p. 68) ressaltam o avanço da lei de 1928, onde as relações dos indígenas com a sociedade deixam de ser privadas para tornar-se de natureza pública:

A época era necessária a criação de uma lei que regulamentasse a situação dos indígenas nascidos no Brasil, veio então o Decreto 5.484 de 1928. Todavia este pouco inovou, mantendo as linhas gerais do Código Civil. Mas houve mérito, porque trouxe a concepção de que as relações entre índios e sociedade organizada soa de natureza pública e não privada. Insta lembrar que naquele tempo o Brasil tinha pouco menos de dez milhões de habitantes e um milhão eram índios.

O tratamento jurídico dos povos indígenas continuava a política integracionista com a criação do Estatuto do Índio o 19 de dezembro de 1973 na lei 6.001, o qual regula a forma de integração harmoniosa e progressiva dos povos indígenas na comunidade nacional. Mas o Estatuto do Índio será abordado mais adiante.

⁴⁵ Pródigos que em palavras de Washington (pag. 120) tem a ver com a incapacidade relativa que é: Aquela que torna as pessoas dependentes de autorização de outra para que a pratica de seus atos sejam validas: os maiores de 16 e menores de 21 anos; as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal; os pródigos; os silvícolas (CC, art. 6º, 147, 154 a 156). Comentário: Pela Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, ficou alterado o dispositivo contido no CC, sobre a situação da mulher casada, suprimindo dele o referente às mulheres casadas. Não fala sobre o que venha ser prodigo. Entretanto, vamos encontrar o sentido de tal expressão nas Ordenações do Reino (Portugal) que dizia que pródigo era aquele que desordenadamente gastava e destruía a sua fortuna. Para estes, o juiz, após constatação judicial, nomeava um curador a esse “incapaz” (...).

Continuando com a Constituição de 1988, esta estabelece um marco jurídico avançado, outorgando um capítulo específico sobre os direitos indígenas, esquecendo por completo a política integracionista, e reconhecendo o direito de diferença, direitos coletivos e outorgando a capacidade de garantir estes direitos ao Ministério Público em processos judiciais, assim como afirma Araújo (2006, pag. 38):

Os Constituintes de 1988 não só consagraram, pela primeira vez em nossa história, um capítulo específico à proteção dos direitos indígenas, como afastaram definitivamente a perspectiva assimilacionista, assegurando aos índios o direito à diferença. A Constituição reconheceu aos povos indígenas direitos permanentes e coletivos e inovou também ao reconhecer a capacidade processual dos índios, de suas comunidades e organizações para a defesa dos seus próprios direitos e interesse. Além disso, a Constituição atribuiu ao Ministério Público o dever de garantir os direitos indígenas e de intervir em todos os processos judiciais que digam respeito a tais direitos e interesses, fixando, por fim, a competência da Justiça Federal para julgar as disputas sobre direitos indígenas.

É assim que encontramos no Capítulo VIII, no artigo 231, o reconhecimento dos direitos aos povos indígenas, relativos à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, direitos originários sobre as terras ocupadas tradicionalmente, este estabelece:

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.

§1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existente.

§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.

§4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174 §§3º e 4º.

Pode-se subtrair do artigo anterior uma série de questões que vale a pena analisar, já que estabelece-se o âmbito de aplicação da terra indígena, Ou seja o que tem que ser considerado como terra indígena.

Temos que encontra-se reconhecido o direito que as comunidades indígenas têm sobre as suas terras, o direito originário, Ou seja continua com o instituto do indigenato. O indigenato é uma instituição da época da colônia que pode se definir em palavras de Silva (2005, p. 856) como:

(...) velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o principio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria *sempre* reservado o *direito dos índios, primários e naturais senhores delas*.

Isto representa um avanço importante, já que aceitava-se que estes eram donos da terra por nestas se encontrarem antes da chegada dos europeus.

Em segundo lugar temos que o artigo antes citado, adiciona o elemento da tradicionalidade, não exigindo que as terras sejam ocupadas desde tempos imemoriais, nem que exista uma data de ocupação, assim como afirma Viegas (2015, p. 56):

A Constituição Federal de 1988 manteve o instituto constitucional brasileira do indigenato, reconhecendo aos povos indígenas o direito territorial sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Contudo, o texto constitucional foi além, desvinculou o direito das comunidades indígenas da perspectiva arqueológica e da linearidade temporal, não exigindo uma posse imemorial e nem a sua datação, mas a sua tradicionalidade.

O termo de “terras tradicionalmente ocupadas” que foi o produto de um embate político entre povos indígenas, organizações defensoras dos direitos dos povos indígenas e os constituintes, nos qual existia um grande conflito de interesses, representou uma vitória para os povos indígenas no reconhecimento seus direito ao território. Ao falar de tradicionalidade, a Constituição refere-se à forma em que os povos indígenas relacionam-se com a terra, não o tempo em que estes o habitam e sim os costumes e tradições que desenvolvem para habitá-la, assim como afirma Silva (2004, p. 856):

O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstancia temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relaciona com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam et. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições.

Além de reconhecer o direito originário, a tradicionalidade, se reconhece a posse permanente das terras. Segundo Silva (2005, p. 858), o sentido que a Constituição dá ao termo “posse permanente” é diferente ao tradicional sentido que o direito civil outorga-lhe. O termo “posse” refere-se não a uma relação material entre coisa e ser humano, e sim com um poder:

A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios *não é a simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, como ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio.*

No relativo à Consulta Prévia, esta não se encontra regulamentada na carta magna brasileira, mas no artigo 231 antes citado temos, no numeral 3, que se reconhece aos povos indígenas o direito a serem “ouvidos” no relativo ao “aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas” (FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO, 2008, p. 44). Este numeral estabelece que somente poderão ser aproveitados estes recursos em terras indígenas, quando exista autorização do Congresso Nacional, reconhecendo o direito das comunidades a ser ouvidas e respeitando a participação nos resultados da lavra.

No entanto este artigo não estabelece a Consulta Prévia, podemos encontrar como é reconhecido o âmbito político do direito de autodeterminação, ao segurar a participação das comunidades, o qual contribui na proteção do direito à Consulta Prévia.

A omissão da regulamentação da consulta no texto constitucional ou na legislação ordinária, emanada pelo Poder Legislativo, não teria que representar problema algum na efetivação desta, já que existe legislação internacional ratificado pelo Brasil, como a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Mas isto não acontece assim, como afirma a Fundación del debido Proceso (2015, p.8) que a esta omissão, representa um problema para funcionários, particulares e operadores de justiça:

Asimismo, desde un punto de vista práctico, es común encontrar funcionarios públicos, particulares y operadores de justicia que consideran que el derecho a la consulta se reduce a lo establecido en la legislación interna, aunque contenga aspectos que se apartan del estándar internacional, o simplemente que no es exigible, por no contar con una ley específica que lo establezca.

No Brasil a Convenção 169 da OIT entrou em vigor no ano de 2003, pelo decreto Legislativo no. 143, de 20/6/2002. No segundo parágrafo do artigo 5, da Constituição

brasileira, se estabelece que a hierarquia que um tratado ou convenção internacional terá na legislação nacional, dos quais o Brasil seja parte. No ano de 2004 a Emenda Constitucional Nº 45, adicionou um terceiro parágrafo o qual estabelece que todo tratado ou convenção que trate sobre direitos humanos que sejam aprovados, em cada câmara do Congresso Nacional, em duas sessões, por três quintos dos votos dos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, os tratados em direitos humanos ratificados pelo Brasil, são hierarquicamente superiores às leis ordinárias, mas inferiores à Constituição Federal. Somente aqueles tratados em direitos humanos que sejam ratificados pelo Congresso da República com um quórum qualificado de três quintos dos votos, no Senado e na Câmara de deputados terão a hierarquia constitucional.

3.6.2 Estatuto do índio.

No final da década de sessenta, o Serviço de Proteção aos Índios, que surgiu em 1910, não conseguia satisfazer as demandas dos povos indígenas, além de ser acusado de corrupção e gestão fraudulenta do patrimônio indígena, o Estado tenta resolver o problema através da criação de uma nova instituição, que seria construída sobre as bases do antigo Serviço de Proteção aos Índios, utilizando a mesma infraestrutura e mesmos funcionários, o qual provocaria que não existisse mudança alguma; isto provocou que o Estado se compromettesse a criar uma nova legislação sobre os povos indígenas, que seria o Estatuto do Índio (ARAÚJO, 2006, p. 31).

O Estatuto do Índio ou Lei 6.001, é um corpo normativo emitido em 1973 que tem por objetivo regular as relações entre os “índios” ou “silvícolas” e comunidades indígenas com o Estado, está composto por 68 artigos, e no seu primeiro artigo se estabelece o âmbito de aplicação da lei, o qual consiste em regular “(...) a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressivamente e harmoniosamente, à comunhão nacional. (...)” (FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO, 2008, p. 45).

Como antes dito, pode-se observar como a política integracionista continuava até a emissão da Constituição de 1988, momento no qual, as normas que entrem em contradição com a carta magna, fiquem sem efeito, ainda estas não sejam revogadas explicitamente. As tentativas de revogar o Estatuto, e emitir uma nova normativa não têm surtido efeito, devido

à falta de vontade política e existência de interesses contrários à demarcação de terras indígenas.

Este pensamento integracionista, e claramente discriminatório, era só a manifestação das políticas de Estado que eram redirecionadas aos povos indígenas, que pouco a pouco foram ganhando terreno no reconhecimento dos seus direitos. O Estatuto considerava os indígenas como pessoas com direitos temporários, já que procurar-se-ia sua integração com a sociedade dominante, assim como estabelece Araujo (2006, p. 32):

Baseado numa concepção que em nada se diferenciava daquela que existia desde o início da colonização, o Estatuto do Índio anunciava o seu propósito logo no primeiro artigo: “integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva”. Em outras palavras, o objetivo do Estatuto era fazer com que os índios paulatinamente deixassem de ser índios. Tratava-se, portanto, de uma lei cujos destinatários eram como “sujeitos em trânsito”, portadores, por isso mesmo, de direitos temporários, compatíveis com a sua condição e que durariam apenas e enquanto perdurasse essa mesma condição.

Além de servir como referência sobre as mudanças que foram conseguidas através da Constituição de 1988, o Estatuto do índio estabelece categorias importantes que vale a pena fazer menção. Primeiro estabelece uma divisão ou categorias dos indígenas em relação a sua situação dentro do Estado, assim estes podem ser integrados “(...) quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições características da sua cultura”, Ou seja que continuem praticando seus costumes, mas já adaptados na vida da sociedade dominante; em vias de integração “(...) quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservem menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceita algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores (...)”, Ou seja, que se encontram numa fase intermediária no processo de integração; e os indígenas isolados “(...) quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional” (FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO, 2008 p. 46).

Como podemos observar, esta categorização é feita a partir da política integracionista, onde não eram tidos em consideração elementos antropológicos e sociológicos como, por exemplo, a autoidentificação.

No longo do estatuto vão se desenvolvendo aspectos como a tutela dos indígenas, direitos sobre a saúde, educação, cultura, normas penais, e direitos sobre seu território. Sobre os direitos ao território o Estatuto desenvolve três categorias de terra indígena. Terra Ocupada

Tradicionalmente definida pela Constituição (FUNAI, 2008, p. 44), no seu artigo 231, numeral um, como as terras utilizadas pelos indígenas, tradicionalmente “(...) com caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural”; depois temos as Terras Reservadas, estabelecidas no artigo 22 do Estatuto do Índio, e definidas pela FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO (2016) como “(...) terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as terras de ocupação tradicional”; e por ultimo, as Terras de Domínio dos Índios, estabelecido no artigo 32 do Estatuto do Índio (FUNAI, 2008, p. 50), a sua definição como aquelas que “são de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil”.

Segundo o anterior as terras indígenas se classificaram dependendo a situação em que estas são habitadas pelos povos indígenas. Além da existência desta classificação das terras indígenas, é importante ressaltar que a demarcação é independente da existência do direito dos povos indígenas à posse do seu território, Ou seja, por meio da demarcação se consegue o reconhecimento de que um povo habita um determinado território, mas isto será abordado no seu capítulo específico.

3.6.3 Demarcação da terra indígena.

O reconhecimento do direito ao território dos povos indígenas, no Brasil tem recorrido um longo caminho, tanto na legislação como na efetivação desta. Depois da invasão dos europeus no território americano, a situação dos povos indígenas, tem-se caracterizado por uma vulneração sistemática das suas relações sociais e organizações culturais. Nos primeiros séculos, o território invadido foi considerado de domínio português, deixando a um lado, qualquer direito preexistente das populações que o habitavam, assim como afirma Araujo (2006, p. 24):

Como se sabe, nos idos de 1500, Portugal considerou todo o território brasileiro como parte integrante do seu domínio. Em razão disso, durante praticante os dois primeiros séculos da história do Brasil, não forma feitas sequer considerações sobre a necessidade de se assegurarem aos povos indígenas quaisquer direitos territoriais. Eram os tempos das tão arrojadas quanto arrogantes “conquistas”, em que simplesmente não se cogitava dar aos “conquistados” nenhum direito. Só com o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 é que Portugal reconheceu que se deveria

respeitar a posse dos índios sobre suas terras, por serem eles os seus primeiros ocupantes e donos naturais.

Pelo que é estabelecido no Alvará Régio emitido o 1º de abril de 1680 (FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO, 2016) que as populações “descobertas” eram as donas naturais das terras que habitavam, não estariam obrigados a pagar tributos, e teriam o direito a cultivar e trabalhar a terra, sem ser afastados destas. Ainda que isto não se efetivasse, e os povos indígenas continuassem sendo vulnerados, se reconhecia por primeira vez o direito originário sobre as terras indígenas:

E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.

Posteriormente este reconhecimento foi limitado pela Carta Regia emitida em 2 de dezembro de 1808, a qual estabelecia como terras devolutas aquelas que fossem “conquistadas” dos índios, nas “Guerras Justas”; com isto se permitiu que a Coroa Portuguesa outorgasse as terras a quem ela quisesse, já que ao ser terra devoluta esta seria de domínio publico (ARAUJO, 2006, p. 25-27).

Além que a Constituição continuasse com o indigenato, se estabeleceu no artigo 231, que as terras indígenas tradicionalmente ocupadas teriam que ser demarcadas pela União, isto com o objetivo de não somente de efetivar o direito ao território, mas também como um mecanismo de proteção ao meio ambiente.

A relação das comunidades indígenas com a natureza, permitiu que no Brasil a demarcação de terras indígenas tivesse um elemento de preservação sobre os recursos naturais, o qual representa uma vantagem mas também uma desvantagem para as comunidades, assim como afirma Araujo (2006, pag. 55):

(...) o crescente protagonismo indígena vem impulsionar a sociedade na direção do resgate de algum erros do passado, permitindo também que se lance um novo olhar sobre as Terras Indígenas, reconhecendo a sua importância para a preservação dos recursos naturais e da biodiversidade um dos maiores patrimônios do país. Imagens de satélite demonstram que hoje, na Amazônia, as áreas de florestas mais preservadas estão dentro dos limites de Terras Indígenas, colocando os índios uma vez mais, para o bem ou para o mal, no centro das atenções. Por um lado, as Terras Indígenas tornam-se grandes alvos da pressão econômica que pretende a exploração da floresta

a qualquer preço. Por outro, entretanto, sabe-se que a relação harmoniosa que esses povos mantiveram com o seu ambiente ao longo dos tempos responde pela preservação das florestas e de seus recursos, o que tem levado grande parte dos que buscam soluções sustentáveis para o futuro do país a estender os seus esforços às terras indígenas em promissórias parcerias com os povos que nelas habitam.

A demarcação de terra indígena é um procedimento administrativo, que compete à União, isto se encontra regulado tanto na Constituição como no Estatuto do Índio, este tem por objetivo garantir o direito indígena à terra, assim como estabelece o Instituto Sociambiental (2016):

A demarcação de uma Terra Indígena tem por objetivo garantir o direito indígena à terra. Ela deve estabelecer a real extensão da posse indígena, assegurando a proteção dos limites demarcados e impedindo a ocupação por terceiros. Desde a aprovação do Estatuto do Índio, em 1973, esse reconhecimento formal passou a obedecer a um procedimento administrativo, previsto no artigo 19 daquela lei. Tal procedimento, que estipula as etapas do longo processo de demarcação, é regulado por decreto do Executivo e, no decorrer dos anos, sofreu seguidas modificações.

O procedimento a seguir para demarcar terra indígena se encontra estabelecido no Decreto No 1.775, de 8 de Janeiro de 1996, é importante ressaltar que durante todo este processo de demarcação, a comunidade terá que participar.

O primeiro passo seria realizar os estudos de identificação: A Funai nomeia um antropólogo com qualificação reconhecida para elaborar estudo antropológico de identificação da terra indígena da qual procura-se demarcar, num prazo estabelecido na portaria onde este é nomeado. A Funai “designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação” (FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO, 2008 p. 43). Para realizar estes estudos o grupo de trabalho, poderá solicitar a colaboração dos membros da comunidade científica assim como de outros órgãos públicos.

Depois de realizado os estudos de identificação, prosseguirá a aprovação da Funai: O relatório tem que ser aprovado pelo Presidente da Funai, que, no prazo de 15 dias, fará com que seja publicado o seu resumo no DOU (Diário Oficial da União) e no Diário Oficial da unidade federada correspondente. A publicação deve ainda ser afixada na sede da Prefeitura local.

As contestações: A contar do início do procedimento até 90 dias após a publicação do relatório no Diário Oficial da União, todo interessado, inclusive estados e municípios, poderá manifestar-se, apresentando ao órgão indigenista suas razões, acompanhadas de todas as provas pertinentes, com o fim de pleitear indenização ou demonstrar vícios existentes no

relatório. A Funai tem, então, 60 dias, após os 90 mencionados no parágrafo anterior, para elaborar pareceres sobre as razões de todos os interessados e encaminhar o procedimento ao Ministro da Justiça.

As declarações dos limites da Terra Indígena: O Ministro da Justiça terá 30 dias para: (a) expedir portaria, declarando os limites da área e determinando a sua demarcação física; ou (b) prescrever diligências a serem cumpridas em mais 90 dias; ou ainda, (c) desaprovar a identificação, publicando decisão fundamentada no parágrafo 1º. do artigo 231 da Constituição.

A demarcação física: Declarados os limites da área, a Funai promove a sua demarcação física, enquanto o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, em caráter prioritário, procederá ao reassentamento de eventuais ocupantes não-índios.

A homologação: O procedimento de demarcação deve, por fim, ser submetido ao Presidente da República para homologação por decreto.

O registro: A terra demarcada e homologada será registrada, em até 30 dias após a homologação, no cartório de imóveis da comarca correspondente e na Secretaria de Patrimônio da União. (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2016),

3.6.4 Usufruto exclusivo da terra indígena.

Ao longo dos anos, a legislação sobre povos indígenas, tem experimentado uma série de mudanças, as mais importantes que tratam sobre território, línguas, educação e saúde. A colonização do Brasil durante o século XIV foi uma tentativa de extermínio da diversidade cultural que prevalece neste país, um elemento comum na maioria dos países latino-americanos, mas o reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas, através das constituições brasileiras tem sido referência em toda a região.

Como foi exposto anteriormente nas Constituições de 1934, 1937 e 1946 reconheceu-se o direito de posse das terras habitadas por povos indígenas, chamados de "selvagem", com certas limitações; na constituição de 1967, foi reconhecido pela primeira vez o direito de uso exclusivo dos recursos naturais da terra que as comunidades indígenas habitavam, e, finalmente, na Constituição de 1988 estabelece uma maior proteção do direito de usufruto exclusivo dos recursos naturais permitindo a exploração por terceiros em situações específicas e determinadas pela União.

O usufruto exclusivo das terras indígenas é uma instituição que nasceu a partir do reconhecimento do direito originário dos povos indígenas, o qual se fundamenta nos direitos territoriais das comunidades indígenas que viveram antes da colonização.

Terra indígena é uma instituição legal através da qual o Estado brasileiro reconhece o direito primário de um determinado povo indígena, sobre a parcela do território onde vivem desde os tempos antigos, e sem a qual a comunidade não poderia reproduzir-se tanto física quanto culturalmente; nesta o povo indígena pode desenvolver-se de acordo com suas tradições e costumes, ter uma relação direta com o ambiente que tem ao seu redor e da qual fazem parte (FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDÍO, 2016).

O usufruto das terras indígenas, e dos recursos naturais que nestas encontram-se, pertencem exclusivamente aos povos indígenas, assim como também é regulado no Estatuto do Índio (SILVA, 2008, p. 23), no seu artigo 22, o qual diz:

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes. Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União.

Com base no anterior, poder-se-ia determinar que não existe problema algum, as comunidades indígenas têm reconhecido seu direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas, e o Estado está obrigado a proteger este direito. No entanto no mesmo corpo normativo se estabelece no artigo 20 (SILVA, 2008, p. 48), uma série de exceções, casos nos quais o Estado poderá limitar o direito de usufruto das comunidades, o qual diz o seguinte:

Art. 20. Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada a providência por decreto do Presidente da República.

1º A intervenção poderá ser decretada:

- a) para pôr termo à luta entre grupos tribais;
- b) para combater graves surtos epidêmicos, que possam acarretar o extermínio da comunidade indígena, ou qualquer mal que ponha em risco a integridade do silvícola ou do grupo tribal;
- c) por imposição da segurança nacional;
- d) para a realização de obras públicas que interessem ao desenvolvimento nacional;
- e) para reprimir a turbação ou esbulho em larga escala;
- f) para a exploração de riquezas do subsolo de relevante interesse para a segurança e o desenvolvimento nacional.

2º A intervenção executar-se-á nas condições estipuladas no decreto e sempre por meios suasórios, dela podendo resultar, segundo a gravidade do fato, uma ou algumas das medidas seguintes:

- a) contenção de hostilidades, evitando-se o emprego de força contra os índios;
- b) deslocamento temporário de grupos tribais de uma para outra área;
- c) remoção de grupos tribais de uma para outra área.

3º Somente caberá a remoção de grupo tribal quando de todo impossível ou desaconselhável a sua permanência na área sob intervenção, destinando-se à comunidade indígena removida área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas.

4º A comunidade indígena removida será integralmente ressarcida dos prejuízos decorrentes da remoção.

5º O ato de intervenção terá a assistência direta do órgão federal que exercita a tutela do índio.

Segundo o artigo anterior, nas literais d e f, o Estado poderá intervir nas terras indígenas, e limitar o direito ao usufruto exclusivo destes, quando se pretenda realizar “obras públicas que interessem ao desenvolvimento nacional” e explorar “riquezas do subsolo de relevante interesses para a segurança e o desenvolvimento nacional”. Estes dois casos são relevantes na presente pesquisa já que tanto a mineração, como outras atividades que exploram recursos naturais, encontra seu fundamento ou legitimidade no “desenvolvimento econômico”, “desenvolvimento nacional”, para as comunidades e Estados onde realizam suas operações.

No momento em que se utiliza o termo "desenvolvimento nacional" se permite uma aplicação subjetiva dessas exceções, uma vez que as políticas de desenvolvimento nacional e desenvolvimento econômico dependem do governo, é este quem decide o que será desenvolvimento, obviamente, e na atualidade, baseado em aspectos morais e éticos, que agora são postos em dúvida. Entramos aqui ante uma difícil tarefa, o que seria desenvolvimento econômico? E, para quem? Na atualidade procuramos desenvolvimento econômico ou crescimento econômico?. Na realidade é difícil diferenciar os termos do desenvolvimento econômico e do crescimento econômico. Neste sentido Gallego (p. 50), afirma que:

(...) el desarrollo económico se concibe como el proceso de transformación social, de movimiento de tradiciones, de forma de pensar y de abordar los problemas de educación y salud; de cambio en los métodos de producción y la incorporación de formas modernas e innovadoras; de cambios institucionales, políticos y sociales.⁴⁶

A diferença fundamental entre o crescimento e desenvolvimento econômico está nas mudanças obtidas através destes; mudanças na ordem política, econômica, mas principalmente no âmbito social e humano. Por isso desenvolvimento económico seria o crescimento o qual é transformado para atender às necessidades básicas do ser humano, tais

⁴⁶ (...) o desenvolvimento econômico é concebido como um processo de transformação social, de movimento de tradições, modo de pensar e resolver os problemas da educação e da saúde; mudança nos métodos de produção e incorporação de formas modernas e inovadoras; mudanças institucionais, políticas e sociais.

como saúde, habitação, educação, transporte, etc. Enquanto o crescimento econômico só seria um aumento positivo que ocorre dentro de um Estado em relação ao que se produz e renda.

Em muitos casos é utilizado o termo "desenvolvimento econômico" para procurar somente o crescimento econômico; é uma prática comum utilizar o discurso político, que só através da exploração de recursos naturais, os países em vias de desenvolvimento, poderiam conseguir melhoras nas áreas de saúde, seguridade, educação, assim como geração de empregos, construção de infraestrutura, etc.; discursos que fuguem do cenário político, para se implantar na legislação, encontrando uma certa legitimidade.

Com isto não intenta-se satanizar os discursos ou políticas sobre desenvolvimento econômico, mas sim fazer uma crítica sobre a realidade que atravessam as comunidades menos favorecidas das nossas sociedades. Em primeiro lugar, os governos, na atualidade, através da implementação das políticas públicas, ficam em evidência que os objetivos não são conseguir o desenvolvimento econômico, e sim um crescimento econômico. É comum que esses dois termos, crescimento e desenvolvimento, sejam utilizados como sinônimos; neste sentido existem vários acadêmicos que tentam explicar a diferença, assim como Souza Filho (2012, p. 5), afirma que existem duas correntes econômicas que tratam dessa questão, uma que entende os dois termos como sinônimos, que é motivada por economistas teóricos, e a segunda corrente, que é defendida por economistas empíricos que entendem os dois termos complementares:

(...) a experiência tem demonstrado que o desenvolvimento econômico não pode ser confundido com crescimento, porque os frutos dessa expansão nem sempre beneficiam a economia como um todo e o conjunto da população. Mesmo que a economia cresça a taxas relativamente elevadas, o desemprego pode não estar diminuindo na rapidez necessária, tendo em vista a tendência contemporânea de robotização e de informatização do processo produtivo. (...)

A segunda corrente encara o crescimento econômico como uma simples variação quantitativa do produto, enquanto o desenvolvimento econômico envolve mudanças qualitativas no modo de vida das pessoas, das instituições e das estruturas produtivas. Nesse sentido, o desenvolvimento caracteriza-se pela transformação de uma economia arcaica em uma economia moderna, eficiente, juntamente com a melhoria do nível de vida do conjunto da população.

Ou seja, que ao falar de desenvolvimento econômico, necessariamente tem que existir uma melhora no âmbito social e não somente no âmbito econômico. No momento em que projetos que visam o desenvolvimento econômico, especificamente como a mineração, corte de árvores, construção de hidrelétrica, afetam diretamente as comunidades indígenas, eles deixam para trás os princípios promovidos em teoria, do desenvolvimento econômico, como a melhoria da qualidade de vida da população.

A quantidade de projetos que exploram recursos naturais em terras indígenas, Instituto Socioambiental (2008, pag. 33), intitulado “Mineração em Terras Indígenas na Amazônia brasileira 2013”, aborda o relativo aos processos de mineração nas terras indígenas da Amazônia, tendo como resultado uma série de estatísticas dos projetos de mineração em dita região, para o qual determinam que:

Estes títulos, de 47 diferentes titulares (empresa ou pessoa física) somam hoje 104, e incidem em 29 Terras Indígenas, sendo: 88 autorizações de pesquisa; cinco concessões de lavra; oito requerimentos de lavra, uma lavra garimpeira e dois licenciamentos. Parte destes títulos foi concedida durante ou após o reconhecimento oficial das Terras Indígenas onde incidem.

Das 88 autorizações de pesquisa, 46 não registram nenhum evento no Cadastro Mineiro há mais de 20 anos, sendo que 11 delas têm registrado como último evento o documento de renúncia ao alvará, protocolados em 1975, sendo nove da Minérios e Metais do Norte Ltda e dois da Metalpo Ind. e Com. Ltda.

Como resultado dos dados fornecidos pelo ISA, é alarmante o número de terras indígenas que atualmente tem projetos de mineração, tendo em conta que, de acordo com a Constituição Federal, esses projetos, que buscam "desenvolvimento nacional" são determinados em casos especiais, levando para o efeito um processo administrativo muito completo e minucioso, escutando a vontade da comunidade indígena.

3.6.5 O Ministério Público Federal e a Ação Civil Pública na defesa dos direitos dos povos indígenas.

O papel que o Ministério Público Federal desenvolvera dentro dos processos onde fossem discutidos os direitos aos povos indígenas fica plasmado no artigo 232 da Constituição Federal do Brasil. Neste preceito legal se estabelece o seguinte: “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.” (BRASIL, 1988).

As atribuições do Ministério Público Federal para atuar no judiciário, velando pelos direitos dos povos indígenas, representou um avanço na reivindicação dos povos, já que a partir de isto, as comunidades contaram com um órgão independente dotado de profissionais qualificados para defender seus interesses, assim como afirma Araujo (2006, p. 39)

(...) com o advento da Constituição de 88, o Estado começou a estruturar, por meio do Ministério Público Federal (MPF), uma eficiente rede de atendimento às

demandas jurídicas dos povos indígenas. Por tanto, o MPF designou procuradores da República dedicados à defesa dos interesses indígenas em todos os estados da federação, lotados nas capitais e nas cidades do interior que sediavam varas da Justiça Federal. O MPF também estruturou um corpo de assessores técnicos em diversas áreas, como antropologia e engenharia florestal. A inserção do MPF no trato da questão indígena tem sido fundamental, permitindo aos índios afinal contarem com um órgão independente dotado de profissionais qualificados para a defesa de seus interesses.

Por sua parte a ação civil pública é uma instituição de caráter constitucional, de muita importância na proteção de direitos no Brasil. A constituição de 1988, O papel que o Ministério Público Federal desenvolve é fundamental na proteção de direitos coletivos, para poder iniciar uma ação civil pública é preciso que exista uma ameaça ou uma violação aos direitos dos povos indígenas.

A ação civil pública esta regulamentada pela constituição como uma das funções do Ministério Público Federal, esta pode ser utilizada para salvaguardar direitos do patrimônio público e social coletivos, difusos e do meio ambiente. O artigo 129 da Constituição (BRASIL, 1988) estabelece:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; (...).

O Estado do Brasil reconhece a importância da proteção e situação de vulnerabilidade das comunidades indígenas pelo que outorga ao Ministério Público Federal esta função.

A ação civil pública tem início, após seja levado um procedimento administrativo pelo mesmo Ministério Público Federal, denominado inquérito civil, que tem por objeto recavar todas aquelas informações para ter um indício da lesão ou ameaça de lesão de um direito coletivo ou difuso, constituindo-se este como um procedimento prejudicial. No sentido do inquérito civil, Mota, Moreira e Campos (2011, p. 40) afirmam:

O inquérito civil é um processo extra e pré-judicial, ou seja, anterior à uma eventual ação judicial, totalmente administrativo, onde inclusive, o MP poderá propor ao investigado um “Termo de Ajustamento de Conduta”. O TAC, como é comumente chamado, também muito utilizado na área de defesa de direitos do consumidor, é

uma proposta de acordo que o Ministério Público apresenta ao investigado para que ele se adeque frente a todas exigências legais e também pare imediatamente com suas atividades lesivas ao meio ambiente. Não há negociação, ou o investigado aceita tudo quanto for proposto pelo MP ou não aceita. Não há como o investigado negociar. O único compromisso do MP é a não propositura de ação judicial caso o acordo seja cumprido. O investigado se compromete a cumprir fielmente o acordo. Caso não haja TAC ou o investigado não cumpra com aquilo que foi acordado, o MP proporá ação judicial.

Pode-se determinar que a legitimidade para iniciar esta ação corresponde aos seguintes sujeitos: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, e outros órgãos legitimados.

A ação civil publica foi regulamentada, nos seus inícios, pela Lei numero 7.347 Lei da Ação Civil Pública, de 24 de julho de 1985; depois foi complementada pela Lei número 7.853 de 24 de outubro de 1989 que regulamentava os direitos dos deficientes físicos, depois foi estabelecida numa série de leis que regulamentavam direitos meta individuais como a Lei numero 7.913 de 7 de dezembro de 1989 que trata aos investidores no mercado de valores mobiliários; a Lei numero 8.069 de 13 de julho de 1990, que regula o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei numero 8.078 de 11 de outubro 10 de 1990 que estabelece o Código de Defesa do Consumidor; e o Decreto numero 1306 de 9 de novembro de 1994 que regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. A ação civil publica tem a característica de ser um procedimento ágil, rápido, que permite que a lesão ou ameaça de lesão cesse rápido, já que se trata de direitos de proteção especial, fundamentais.

3.6.6 Jurisprudência relativa à Consulta Prévia.

No relativo à jurisprudência sobre a Consulta Prévia no Brasil, encontramos que este é um tema relativamente novo. Existem decisões de primeira e segunda instancia, onde os tribunais federais têm emitido medidas cautelares com o objetivo de suspender megaprojetos que se autorizaram sem realizar a Consulta Prévia.

Segundo o artigo 109 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), no numeral XI, regula-se que os juízes federais terão a competência de conhecer e julgar o relativo à disputa dos direitos dos povos indígenas, o artigo estabelece literalmente: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) *omissis* XI – a disputa sobre direitos indígenas.”.

Sobre a jurisprudência emitida no relativo à Consulta Prévia, serão abordados dois casos, dos quais não pretende-se realizar um estudo sobre as historias complexas que rodeiam

estes empreendimentos, marcando a vida de varias comunidades indígenas e tradicionais no Brasil. Somente serão avaliadas as decisões jurisprudências do judiciário, realizando uma breve introdução sobre cada megaprojeto. No primeiro temos a Usina de Belo Monte, em segundo lugar o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

A Usina de Belo Monte, refere-se a uma das prioridades do projeto de desenvolvimento de industrialização brasileira iniciado na década de 70. Desde essa época têm sido realizada uma série de Estudos de Inventario Hidroelétrico da Bacia Hidrográfica do Rio Xingu. Estes com o objetivo de determinar os pontos mais favoráveis (Instituto Socioambiental, 2016).

Em julho do ano 2005 é promulgado o Decreto Legislativo nº 788/05, que permitia a construção da hidroelétrica, o qual gera um descontento tanto nas comunidades afetadas, como na sociedade civil e as organizações de defesa do meio ambiente. Ingressa-se uma Ação Direita de Inconstitucionalidade sobre este decreto devido a que existiam irregularidades na realização dos Estudos de Impacto Ambiental da obra. Esta ação não prospera por uma série de circunstancias políticas. É importante ressaltar que durante todo o processo, as comunidades desta região, nunca foram ouvidas, assim como estabelece a Constituição brasileira e o Convenio 169 da OIT; foram realizadas algumas audiências que estiveram caracterizadas pela falta de compromisso dos atores envolvidos, entregando em último momento os Estudos de Impacto Ambiental, ou não ouvindo a todas as comunidades que seriam afetadas (Instituto Socioambiental 2016).

As comunidades afetadas têm procurado o apoio das instituições defensoras de direitos humanos, e depois de uma luta incessante por meio de manifestações, medidas de fato, conseguiram levar ao judiciário este assunto. O papel do Ministério Público Federal tem sido fundamental na defesa do território das onze comunidades indígenas e vários municípios que estão sendo afetados pelo empreendimento.

No ano de 2012 foi emitida uma sentença, que foi elogiada por ser pioneira na defesa dos direitos dos povos indígenas, pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, através da qual determinava-se que o licenciamento da hidroelétrica tinha algumas anomalias e que as atividades tinham que ser imediatamente interrompidas. O relator foi o desembargador federal Souza Prudente, como embargante estava o Ministério Público Federal, com o Procurador Marco Antônio Delfino De Almeida, como embargados encontravam-se a Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás, a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte, e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Especificamente

na sentença as comunidades indígenas afetadas seriam Arara, Juruna, Parakanã, Xikrin, Xipaia-Kuruaiá, Kayapó e Araweté.

O Ministério Público Federal alegava que o decreto que deu origem a implantação da Usina de Belo Monte, gozava de vícios de ordem material por não ter cumprido obrigação de consultar as comunidades indígenas sobre a medida administrativa que representava o licenciamento da hidroelétrica.

O aspecto que interessa para esta análise trata sobre o momento que tem que ser realizada a consulta às comunidades. Nesta sentença, o juiz determinou que o Decreto Legislativo que estava sendo impugnado por vícios de ordem material, efetivamente os possuía, devido à inobservância dos preceitos da Convenção 169 da OIT que estabelecem que a Consulta Prévia tem que ser realizada antes de outorgar qualquer licenciamento que afetará suas terras:

No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos matéris, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um **estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas**. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades.

Como se pode observar, a consulta por seu caráter prévio, assim como determina a Convenção 169 da OIT, e a literatura, tem que ser realizada antes de qualquer atividade, neste caso, antes de ter emitido o Decreto Legislativo que permitiria o início da construção da hidroelétrica de Belo Monte, porque a consulta não é uma simples oitiva, através desta tem que chegar-se a um consenso, por meio da qual se consiga influir na decisão final de outorgar ou não o licenciamento.

No segundo caso uma das sentenças mais relevantes, sobre o direito das comunidades indígenas ou tradicionais, a ser consultadas, pode-se encontrar no ano de 2009, emitida pelo máximo tribunal constitucional, o Supremo Tribunal Federal, contra a Ação Popular No. 3388, impulsada pelo senador Augusto Alfonso Botelho Neto, que pretendia que fosse questionada a validade da Portaria No. 534/2005 do Ministério da Justiça e do Decreto Presidencial de 15/04/2005, e, por conseguinte declarada nula a demarcação da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, a qual se encontra localizada no Estado de Roraima. O peticionário alegava que a demarcação traria uma série de efeitos negativos na produção agropecuária, tais

como o impedimento de expansão de fronteira agrícola, traindo consequências na empregabilidade e na oferta de alimento no Estado de Roraima. As comunidades indígenas Socó, Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai ocupam a Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, em conjunto têm uma população aproximada de 19.078 indígenas, que conformam 194 comunidades, localizadas em quatro etnoregiões, Serras, Baixo Contigo, Raposa e Surumú. Estas comunidades contestaram a Ação Popular solicitando ao judiciário, declará-la improcedente, para que assim se pudesse confirmar a legalidade da Portaria e Decreto que declarava a demarcação da terra indígena (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2008).

Este foi um dos casos mais emblemáticos sobre a luta pela terra indígena, na referida resolução o Supremo Tribunal Federal estabeleceu improcedente a Ação popular, declarando constitucional a demarcação de Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, estabelecendo as seguintes condições:

(i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) **o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;** (vi) **a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;** (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) **o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;** (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de

não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

Segundo estas condições, que foram estabelecidas na sentença do Supremo Tribunal Federal, o direito ao usufruto exclusivo que possuem os povos que habitam a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, pode ser limitado sempre que exista “relevante interesse público da União”, isto sobre os recursos naturais como o solo, potenciais energéticos, rios e lagos, para que isto sejam explorados por terceiros, é preciso que exista autorização do Congresso Nacional. No entanto o direito ao território é protegido pelo Estado brasileiro, ao existir esta “condicionante” provoca-se que exista um conflito de direitos.

Na segunda condicionante ao afirmar que “o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional” entra em contraposição com o direito fundamental da Consulta Prévia, já que se bem como esta estabelecido na Convenção 169 da OIT assim como também no numeral três quando se afirma que “o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei”; a

Quando os recursos pertençam aos Estados estes têm a obrigação de consultar às comunidades que serão afetadas. É importante ressaltar que a consulta não representa uma limitante e muito menos tenta entrar em contradição com o direito interno dos Estados que ratificaram a Convenção, a finalidade última desta é ser um meio pelo qual os governos e as

comunidades, assim como outros atores envolvidos, cheguem a um consenso, não impondo os interesses de nenhuma das partes.

A obrigação de realizar a consulta às comunidades é independente da propriedade o regime que tenhas as terras ou os recursos naturais, ou se as atividades serão de interesse público. Para isto, tem que entender-se a relação das comunidades indígenas com seu meio ambiente, especificamente seu território. Ao momento de tratar o direito ao território das comunidades indígenas, existe um conflito de concepções; por um lado temos o governo, empresas exploradoras de recursos, que concebem a terra como um bem econômico, e por outro lado temos às comunidades, que concebem a terra desde uma perspectiva cosmológica, inerente a sua cultura, sem a qual não poderiam desenvolver-se.

3.7 A CONSULTA PRÉVIA NA GUATEMALA.

A Consulta Prévia na Guatemala tem sofrido mudanças nos últimos anos com as pressões exercidas pelos povos indígenas. A situação destes povos varia em relação aos demais países da América Latina, e em especial do Brasil devido a que os povos indígenas representam aproximadamente um quarenta por cento da população, Ou seja que estes não representam uma minoria, além que o tratamento jurídico e político que recebem estes povos seja deste tipo.

A historia guatemalteca tem sido caracterizada por ser excessivamente violenta contra os povos originários; não somente durante o processo de colonização, mas também durante o conflito armado interno que durou trinta e seis anos; além da violência física exercida pelo Estado como uma política para exterminar as etnias indígenas, ainda na atualidade, a procura dessa homogeneização da sociedade tem provocado uma série de violações aos direitos dos povos indígenas, relativos à cultura e especificamente ao direito a terra e território.

Guatemala está composta por quatro grupos étnicos, os maias, os xincas, os garifunas e os mestiços ou ladinos. Os povos indígenas encontram-se em todo o território guatemalteco, e nas zonas rurais constituem a maioria da população, assim como afirma Stavenhagen (2003, p. 2):

Guatemala es una sociedad multiétnica, pluricultural y multilingüe, donde alrededor de la mitad de la población de 12 millones de habitantes son pueblos indígenas maias, xincas y garifunas. En varias regiones del país, especialmente en las zonas rurales, los pueblos indígenas constituyen la mayoría de la población. La identidad

nacional guatemalteca está basada en gran medida en las culturas vivas de sus pueblos indígenas con sus tradiciones, valores comunitarios, lenguas y espiritualidad. Pero lejos de ser socios plenos e iguales con el resto de los habitantes, los indígenas han sido excluidos políticamente, discriminados culturalmente y marginados económicamente en la sociedad nacional.

Neste capítulo serão avaliados os aspectos legais da Consulta Prévia, mas seria impossível desenvolver um estudo responsável e consequente com os esforços das comunidades indígenas na Guatemala, esquecendo a realidade que atravessam estas comunidades, ante a exploração dos recursos naturais nas terras que habitam, pelas grandes empresas estrangeiras, as quais são protegidas, às vezes, pelos governos de turno, através de uma política de criminalização das lideranças indígenas. Por este motivo será preciso recorrer a relatos que fujam do âmbito jurídico, para entrar ao campo de tecidos sensíveis.

A exploração mineira na Guatemala era uma atividade pouco praticada antes dos anos noventa, devido ao conflito armado que atravessava o país; a partir da firma dos Acordos de Paz no ano de 1996, assim como a criação da lei sobre mineração, esta atividade teve as portas abertas para a inversão estrangeira.

O cenário político da década de noventa na Guatemala foi marcado pelo final do conflito armado interno, o início do período democrático, e pela implementação de políticas de privatização de instituições públicas como “Telgua” e criação de incentivos que procuraram a inversão estrangeira, como queda evidenciada através da criação da lei de mineração.

Na atualidade a exploração de recursos naturais, especificamente a mineração nas áreas rurais, onde estão concentradas a maioria da população indígena, tem intensificado os conflitos sociais. A atividade mineradora está dominada por quatro grandes empresas estrangeiras, por exemplo, a Goldcorp tem dezessete concessões de pesquisa mineral, e uma de exploração nos departamentos de San Marcos e Huehuetenango; Nichromet Guatemala, que tem oito concessões de pesquisa mineral nos departamentos de Izabal e Alta Verapaz; a HudBay Minerals tem duas concessões de pesquisa mineral, e uma de exploração também no departamento de Izabal; e a quarta empresa a BH/Billiton tem dezoito concessões de pesquisa mineral também nos departamentos de Izabal e Alta Verapaz; isto como afirma Sandt (2009, p. 7):

Cuatro grandes transnacionales mineras que operan en Guatemala bajo distintos nombres registrados, dominan la actividad minera en estas zonas. Tres de estas empresas son canadienses: Goldcorp (con domicilio en Vancouver) que opera 17 concesiones de exploración y 1 concesión de explotación en San Marcos y Huehuetenango, a través de sus subsidiarias de propiedad total Montana

Exploradora de Guatemala y Entre Mares de Guatemala; Nichromet Extractions (con domicilio en Montreal), representada por su subsidiaria Nichromet Guatemala, tiene 8 concesiones de exploración en Izabal y Alta Verapaz; y HudBay Minerals (con domicilio en Toronto), que a través de su subsidiaria CGN (Compañía Guatemalteca de Niquel) opera 2 concesiones de exploración y 1 concesión de explotación en Izabal. La cuarta compañía es australiana: BH/Billiton (con domicilio en Melbourne), que opera 18 concesiones de explotación en Izabal y Alta Verapaz (...).⁴⁷

O caso da Mina Marlin tem sido a problemática com maior cobertura nos últimos anos, tanto pelas consequências que trazia para a comunidade como pelos procedimentos utilizados para que a mina continuasse operando; este caso foi levado até a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Mina Marlin pertence à empresa canadense Goldcorp e subsidiariamente a Montana Exploradora. As suas operações se desenvolvem no altiplano da região guatemalteca, no departamento de San Marcos, entre os municípios de San Miguel Ixtahuacán e Sipacapa, onde existem comunidades indígenas Maia-Mam e Maia-Sipacapense. As proximidades da mina Marlin com comunidades destes municípios representa um risco para a saúde e bem-estar dos habitantes, já que 87% da área total da mina está contida dentro dos limites de quatro comunidades destes municípios, assim como afirma Zarsky e Stanley (2011, pag. 10):

Cerca del 87 por ciento del área de la mina Marlin está ubicada dentro de los límites de tres comunidades del municipio SMI; el resto está ubicado dentro de los límites de una comunidad de Sipacapa. La gente de la comunidad limítrofe vive literalmente sobre el borde de la mina o cerca de él. Una escuela primaria mira hacia el embalse de relaves de la mina.⁴⁸

A mina Marlin tem por objetivo explorar ouro e prata nesta região; os procedimentos para extrair este tipo de minerais são poluidores ao meio ambiente, já que são utilizados químicos tóxicos para extrair da rocha o mineral, provocando que esta expulse

⁴⁷ Quatro grandes transnacionais mineradoras operam na Guatemala através de diversos nomes registrados, dominam a atividade mineradora nestas regiões. Três destas empresas são canadenses: Goldcorp (com domicilio em Vancouver) que opera 17 concessões de pesquisa mineral e 1 concessão de exploração em San Marcos e Huehuetenango, através da sua subsidiária de propriedade total Montana Exploradora de Guatemala e Entre Mares de Guatemala; Nichromet Extractions (com domicilio em Montreal), representada pela sua subsidiária Nichromet Guatemala, tem 8 concessões de pesquisa mineral em Izabal e Alta Verapaz; e HudBay Minerals (com domicilio em Toronto), que através da sua subsidiária CGN (Companhia Guatemalteca de Niquel) opera 2 concessões de pesquisa mineral e 1 concessão de exploração em Izabal. A quarta empresa é australiana: BH/Billiton (com domicilio em Melbourne), que opera 18 concessões de pesquisa mineral em Izabal e Alta Verapaz (...) (tradução da autora).

⁴⁸ Aproximadamente um 87 por cento da área da mina Marlin está localizada entre os limites de três comunidades do município SMI; o resto está localizado dentro dos limites da comunidade de Sipacapa. A população da comunidade limítrofe vive literalmente sobre a beira da mina ou perto dela. Uma escola de ensino fundamental pode olhar para o reservatório da mina (tradução da autora).

metais pesados como o chumbo, arsênico e mercúrio, assim como continuam afirmando, Zarsky e Stanley (2011, p. 10):

La mina Marlin es una mina de oro y plata a cielo abierto y subterránea que actualmente cubre un área de cinco kilómetros cuadrados. El producto primario es el oro, con la plata como subproducto, aunque se estima que los depósitos de plata son altos. Las instalaciones de la mina incluyen dos excavaciones a cielo abierto, una mina en túnel subterráneo, un centro de procesamiento de menas que utiliza técnicas de lixiviación en cubas de cianuro, un fundidor, una zona de depósito de relaves que incluye una presa y un embalse, y un botadero de roca estéril. Como en todas las minas industriales modernas, los minerales son separados de las menas mediante el uso de químicos tóxicos (en este caso, cianuro), y la roca estéril plantea el riesgo de desprender metales pesados, tales como el plomo, el arsénico y el mercurio.⁴⁹

Os efeitos devastadores para as comunidades que se localizam nas cercanias desta mina iam desde a contaminação da água que provocava enfermidades, até a derrubada das casas como consequência das explosões da mina. Isto trouxe como consequência que as comunidades se opuseram aos trabalhos da mina Marlin.

Os efeitos da Mina Marlin, não somente estão sendo vividos pelas comunidades na atualidade, existe alta probabilidade que os efeitos a longo prazo sejam ainda piores que os atuais. Na Guatemala, a legislação ambiental não cumpre com as exigências da exploração mineradora. Diversos fatores como a pobreza extrema na qual vivem as comunidades no interior do país, a dependência da agricultura como única fonte de sobrevivência destas, e a inexistência de entidades e legislação que procurem a proteção ambiental, fazem desta atividade insustentável para o Estado, assim como afirmam Zarsky e Stanley (2011, p. 6):

El riesgo ambiental en Marlin es excepcionalmente alto y probablemente aumente durante el resto de la vida de la mina y durante la fase post-cierre. La minería de oro representa peligros genéricos relacionados con el cianuro y con la contaminación del agua con metales pesados a partir del drenaje ácido en las minas. Además de la proximidad con las comunidades locales, el riesgo ambiental en Marlin está exacerbado, y es probable que aumente con el tiempo, debido a la falta de una regulación y una supervisión ambiental adecuadas; la ausencia de un plan administrativo adecuado para el cierre de mina; la falta de aseguramiento financiero para las medidas de remediación y el monitoreo post-cierre; y el no tomar en cuenta los impactos proyectados del cambio climático a la hora del diseño de la mina y de la planificación post-cierre. El riesgo es también agudizado por la pobreza local y la dependencia en la agricultura, y la falta de protección legislativa o judicial de los derechos de los indígenas. Además del riesgo para la salud humana, el riesgo ambiental de más largo plazo de la mina es que la duradera y extendida

⁴⁹ A mina Marlin é uma mina de ouro e prata a céu aberto e subterrâneo que atualmente recobre uma área de cinco quilômetros quadrados. O produto primário é o ouro, com a prata como subproduto, embora estima-se que os depósitos de prata são altos. As instalações da mina incluem duas escavações a céu aberto, uma mina em túnel subterrâneo, um centro de processamento de minas que utiliza técnicas de lixiviação em cubas de cianeto, um fundidor, uma área de depósito de relevos que incluem uma presa e um embalse, e uma lixeira de roca estéril. Como em todas as minas indústrias modernas, os minerais são afastados das minas mediante a utilização de químicos tóxicos (neste caso o cianeto), e a roca estéril planeta o risco desprender metais pesados, tais como o chumbo, o arsênico e o mercúrio (tradução da autora).

contaminación del agua perjudicará el sustento que representa la agricultura, empobreciendo a las comunidades locales.⁵⁰

A situação destas comunidades fica mais crítica com a inexistência de legislação que procure evitar ou amortizar os riscos ambientais, e a falta de interesse pelas autoridades sobre os reclames dos efeitos devastadores da mineração dentro das comunidades.

3.7.1 Constituição Política da Republica da Guatemala de 1986.

A situação dos povos indígenas na Guatemala, esta marcada pela exclusão e exploração da mão de obra indígena e campesina. Derivado dos conflitos da colonização espanhola, os povos indígenas, sofreram os destroços de instituições como as “encomendas” as quais dividiam física e juridicamente aos indígenas, para que estes fossem controlados e evangelizados pelos “encomenderos”. Assim como afirma Fajardo (1998, p. 1), a ideia que os indígenas eram preguiçosos e incapazes foi disseminada com rapidez, para tentar justificar este sistema de opressão:

Como en todos los países latinoamericanos, en Guatemala durante la Colonia se instauró un modelo de “segregación” por el cual se separaron física y jurídicamente los Pueblos de Indios de las Villas de Españoles. Los indios fueron sometidos a los encomenderos, quienes como “hermanos mayores” eran responsables de su evangelización y control. De su parte, los indios les debían su trabajo, base de la riqueza en una economía agrícola de uso intensivo de mano de obra. Para justificar este sometimiento se construyó la ideología de la inferioridad del indígena, cuya impronta se hereda hasta ahora. Se respetó algunas de las autoridades indígenas para poder organizar el trabajo, el tributo y la evangelización. También se permitió la conservación de sus “usos y costumbres” mientras no afectasen “la ley divina y natural”. Se permitió a los alcaldes indígenas administrar justicia en causas de indios pero sólo para casos menores pues los que merecían penas graves debían pasar al corregidor español, para no reconocerles tanto poder. Se justificó dicho modelo en la idea de que los indios eran escasos de entendimiento, flojos e incapaces de autogobernarse.⁵¹

⁵⁰ O risco ambiental em Marlin é excepcionalmente alto e provavelmente aumente durante o resto da vida da mina e durante a fase post-fechamento. A mineração de ouro representa perigos genéricos relacionados com o chumbo e com a contaminação da água com metais pesados a partir da drenagem ácido das minas. Além da proximidade com as comunidades locais, o risco ambiental em Marlin esta agravado, e é provável que aumente com o tempo, devido à falta de uma regulação e uma supervisão ambiental adequada; a ausência de um plano administrativo adequado para o fechamento da mina; a falta de garantias financeiras para as medidas de remediação e monitoração post-fechamento; e não tomar em consideração os impactos projetados das mudanças climáticas ao momento do empreender a mina e do planejamento post-fechamento. O risco é também agudizado pela pobreza local e a dependência da agricultura, e a falta de proteção legislativa ou judicial dos direitos dos indígenas. Além do risco para a saúde humana, o risco ambiental de mais longo prazo da mina é que a constante contaminação da água prejudica o sustento que representa à agricultura, empobrecimento à comunidades locais (tradução da autora).

⁵¹ Como em todos os países da América Latina, na Guatemala durante a Colônia instaurou-se um modelo de “segregação” pelo qual separaram-se física e juridicamente os Povos de Índios das Vilas de Espanhóis. Os índios foram sometidos aos encomenderos, que como “irmãos maiores” eram responsáveis da sua evangelização e

Posteriormente com a independência, e estabelecimento de Constituições, tentou-se impor sistemas jurídicos de sociedades homogêneas, esquecendo qualquer diversidade cultural que existisse no território. Assim como continua afirmando Fajardo (1998, p. 1), estas constituições da América Latina, com ideologia liberal, o sentido que davam ao Estado-nação, correspondia a uma nação, um só povo, uma cultura, um só idioma, assim como também um só sistema jurídico e político.

A raíz de la Independencia, todas las Constituciones de las nacientes repúblicas latinoamericanas abolieron la diferencia de regímenes jurídicos así como también los derechos que el derecho social indiano concedía a los pueblos de indios (como las tierras comunales) y se proscribió la palabra “indio” de dichas Constituciones. Se instituyó un modelo liberal de configuración estatal por la que los aparatos estatales debían monopolizar la producción jurídica y la violencia legítima. El supuesto de este monopolio era la idea del Estado-nación. El significado dado a Nación era el de un solo pueblo, una sola cultura, un solo idioma, y por ende un sólo sistema jurídico, de autoridades, de administración de justicia. El Estado, como orden jurídico político, en tal marco, representa un grupo social homogéneo. Tal es la base de la supuesta legitimidad de un Estado monocultural, monolingüe y donde sólo existe un sistema jurídico. Por ello, el modelo de Estado construido desde la Independencia es claramente un modelo de exclusión de la población indígena y su cultura. Explícitamente buscaba eliminar sus idiomas, su cultura, su espiritualidad y su derecho. El derecho indígena, a pesar de estar formalmente proscrito, sobrevivió de modo clandestino y marginado. Además, como las Constituciones facultaban a los alcaldes administrar justicia, tal fue una vía de sobrevivencia del derecho indígena pues en la mayor parte de aldeas y cantones alcaldes indígenas cumplían tal función.⁵²

A Constituição Política da República da Guatemala, é a carta magna emitida em 1985 que entrou em vigor em 1986, esta contém uma parte onde estão reconhecidos os

controle. Por sua parte, os índios deviam-lhes seu trabalho, base da riqueza em uma economia agrícola de uso intensivo de mão de obra. Para justificar esta opressão construiu-se a ideologia de inferioridade do indígena, cuja imposição foi legada até nossos dias. Respeitou-se alguma das autoridades indígenas para poder organizar o trabalho, o tributo e a evangelização. Também permitiu-se a conservação de seus “usos e costumes” no entanto não afetassem “a lei divina e natural”. Permitiu-se aos prefeitos indígenas administrar justiça em casos de índios, mas só para os menores já que os que mereciam penas graves deviam passar para o corregidor espanhol, para não reconhecer-lhes tanto poder. Justificou-se este modelo na ideia que os índios eram escassos de entendimento, preguiçosos e incapazes de autogovernar-se (tradução da autora).

⁵² A raíz da Independência, todas as Constituições das novas repúblicas da América Latina aboliram a diferença de regímenes jurídicos assim como também os direitos que o direito social indiano concedia aos povos de índios (como as terras comunais) e suprimiu-se a palavra “indio” de estas Constituições. Instituiu-se um modelo liberal de configuração estatal pela que os aparatos estatais deviam monopolizar a produção jurídica e a violência legítima. O suposto deste monopólio era a ideia do Estado-nação. O significado outorgado a Nação era o de um só povo, uma só cultura, uma só língua, e por conseguinte um só sistema jurídico político, o que representava um grupo social homogéneo. Tal é a base desta suposta legitimidade de um Estado monocultural, monolingüe e onde somente existe um sistema jurídico. Por isto, o modelo de Estado construído desde a Independência é claramente um modelo de exclusão da população indígena e sua cultura. Especificamente buscava eliminar suas línguas, sua cultura, sua espiritualidade e seu direito. O direito indígena, além de estar formalmente não aceito, sobreviveu de forma clandestina e marginado. Além, como as Constituições permitiam aos prefeitos administrar justiça, assim foi como sobreviveu o direito indígena, já que a maior parte das aldeias e cantões os prefeitos indígenas cumpriam esta função (tradução da autora).

direitos fundamentais, denominada parte dogmática, e uma parte orgânica de como será conformado o Estado e o funcionamento deste. Está composta por duzentos e oitenta e um artigos e vinte e sete disposições transitórias e finais.

Nesta reconhecem-se uma série de direitos aos povos indígenas, no capítulo II sobre direitos sociais, na secção III, relativo à cultura e terras indígenas, mas de uma forma geral e deficiente. No artigo 66, por exemplo, se faz menção ao reconhecimento e respeito dos grupos indígenas, as suas formas de viver, tradições, organizações sociais, costumes, idiomas e os trajes indígenas:

Artículo 66.- Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maia. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.⁵³

Segundo a Corte de Constitucionalidade (2002, p. 57), o artigo 66 tem como finalidade “mantener los factores que tienden a conservar su identidad, entendiéndose ésta como el conjunto de elementos que los definen y, a la vez, los hacen reconocerse como tal.”⁵⁴; Ou seja, que todos aqueles elementos próprios da sua cultura tem que ser conservados e promovidos para a preservação da identidade cultural destas comunidades.

Sobre este artigo, Mayen, Erazo e Lanegra (2014, p. 65), afirmam que, representa um avanço no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, no entanto, de forma limitada. Ao reconhecer a organização social das comunidades, a Constituição permite que este preceito legal sirva de fundamento para que uma série de instituições sejam aplicadas, tais como seu próprio sistema de justiça na resolução de conflitos, assim como também a consulta e o consentimento:

Dicho artículo evidencia, aunque limitado, un avance en el reconocimiento de derechos específicos de pueblos indígenas, reconoce específicamente la diversidad étnica y lingüística del país, y las formas de organización social. Este último aspecto se considera de gran importancia porque ha servido de sustento a los planteamientos reivindicatorios de los pueblos indígenas relativos a su derecho al acceso a la justicia dentro de su propio sistema jurídico del cual forma parte la consulta y el

⁵³ Artigo 66: Proteção a grupos étnicos. Guatemala esta conformada por diversos grupos étnicos entre os quais figuram os grupos indígenas de ascendência maia. O Estado reconhece, respeita e promove suas formas de vida, costumes, tradições, formas de organização social, a utilização da roupa indígena em homens e mulheres, idiomas e dialetos (tradução da autora).

⁵⁴ Manter os fatores que procuram conservar a sua identidade, entendendo esta como o conjunto de elementos que os definem, que fazem reconhecer-se como tais (tradução da autora).

consentimiento, así como la promulgación de algunas leyes en materia de pueblos indígenas.⁵⁵

No relativo ao direito sobre as terras indígenas, na Guatemala existe uma situação peculiar, que a diferencia do Brasil e provoca uma série de dificuldades no momento de efetivar este direito. No artigo 67 (GUATEMALA, 2002, p. 57), a Constituição reconhece o direito sobre o território das cooperativas, das comunidades indígenas e de qualquer outro tipo de tenência comunal ou coletiva de propriedade agrária:

Artículo 67.- Protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas. Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, de asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema.⁵⁶

No entanto se reconhece a existência deste direito sobre a terra indígena, e no artigo 68 (GUATEMALA, 2002, p. 58), estabeleça-se que “(...) Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo”⁵⁷, existe um vazio legal sobre o que teria que ser considerado como terra comunal, a situação jurídica desta, a criação de um assim como também um registro cadastral das terras ocupadas.

A extrema desigualdade da distribuição da terra, que não somente afeta as comunidades indígenas, e a titulação e registro de terras comunais, deliberado a terceiros, representa um dos maiores desafios enfrentados pelas comunidades indígenas, ante a incerteza jurídica das terras comunais, assim como afirma a CIDH (2016, p. 195):

⁵⁵ Fica evidenciado, ainda de forma limitada, um avanço ao reconhecimento dos direitos específicos dos povos indígenas, reconhece especificamente, a diversidade étnica e linguística do país, e as formas de organização social. Este último aspecto considera-se de muita importância porque tem servido de sustentação aos abordagens reivindicatórios dos povos indígenas relativos a seu direito ao acesso à justiça dentro de seu próprio sistema jurídico do qual forma parte a consulta e o consentimento prévio, assim como a promulgação de algumas leis em matéria de povos indígenas (tradução da autora).

⁵⁶ Artigo 67: Proteção às terras e as cooperativas agrícolas indígenas; As terras das cooperativas, comunidades indígenas ou qualquer outra forma de tenência comunal ou coletiva de propriedade agrária, assim como o patrimônio familiar e vivenda popular, gozaram de proteção especial do Estado, de assistência creditaria e de técnica preferencial, que garante sua proteção e desenvolvimento, com a finalidade de assegurar a todos os habitantes uma melhor qualidade de vida. As comunidades indígenas e outras que tenham terras que historicamente pertencem-lhes e que tradicionalmente tem administrado em forma especial, manterão esse sistema (tradução da autora)..

⁵⁷ (...) Mediante programas especiales e legislação adecuada, o Estado proverá de terra estatais às comunidades indígenas que as necessitem para seu desenvolvimento (tradução da autora).

El respeto y goce del derecho a la propiedad es uno de los desafíos fundamentales que enfrentan los pueblos y comunidades indígenas en Guatemala. En términos generales, la situación de la propiedad indígena se caracteriza por la falta de reconocimiento jurídico de las tierras y territorios históricamente ocupados; la extrema desigualdad en la distribución de la tierra; la inseguridad jurídica sobre su tenencia; la falta de un sistema catastral que reconozca el territorio ancestral y permita proteger las tierras pertenecientes a los pueblos indígenas; la titulación y registro de tierras comunitarias por terceros en forma anómala e ilegal; el hecho que el Estado considere que los recursos naturales son de su propiedad, entre otros.⁵⁸

Tendo em consideração as deficiências normativas no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na carta magna guatemalteca, a Convenção 169 da OIT, converte-se num instrumento legal por meio do qual as comunidades indígenas podem exigir ante o governo, a reivindicação de diversos direitos que nesta se reconhecem. Um destes é o relativo à Consulta Prévia.

3.7.2 Conflito armado interno e genocídio contra as comunidades indígenas.

Nesta seção será tratado o relativo à situação sofrida pelas comunidades indígenas na Guatemala, durante a guerra civil que durou 36 anos. Mais que uma caracterização do problema, este será um relato de todas as atrocidades cometidas contra os povos originários. Desaparições forçadas, deslocamento das suas terras, mortes e torturas, eram cometidas seguindo uma política sanguinária de Estado, cujo objetivo era não só exterminar ao grupo insurgente, e manter o poder na classe hegemônica tradicional, mas também homogeneizar à sociedade, negando existência de culturas milenárias com a suas próprias organizações sociais, políticas e econômicas.

Isto ficou evidenciado em vários documentos que relatam como a violência exercida pelo governo, através do exercito, era dirigida especificamente contra algumas comunidades indígenas no interior do país, com a justificativa que estas eram aliadas dos guerrilheiros.

Durante os últimos anos da década dos cinquenta, a Guatemala, como em outros países da América Latina, atravessava uma situação insustentável, no âmbito econômico, político e social, provocada pela extrema desigualdade imperante. A partir da revolução cubana, os Estados Unidos começou a criar programas de cooperação com América Latina,

⁵⁸ O respeito e disfrute do direito à propriedade é um dos desafios fundamentais que enfrentam os povos e comunidades indígenas em Guatemala. Em termos gerais, a situação da propriedade indígena caracteriza-se pela falta de reconhecimento jurídico das terras e territórios historicamente ocupados; a extrema desigualdade na distribuição da terra; a insegurança jurídica sobre a sua tenência; a falta de um sistema cadastral que reconheça o território ancestral e permita proteger as terras pertencentes aos povos indígenas; a titulação e registro das terras comunitárias por terceiros em forma anômala e ilegal; o fato que o Estado considere que os recursos naturais são da sua propriedade, entre outros (tradução da autora).

com a finalidade de permitir o crescimento econômico e a democratização política, pelo temor que a revolução cubana fosse recreada em toda a região. Ainda esta cooperação abriria ao debate a necessidade de reforma agrária e mudanças estruturais, também provocou a ajuda militar, que traria como consequência à criação de estruturas político-militares que atacariam aos insurgentes, e permitiriam o estabelecimento de governos extremamente repressivos que impediriam as verdadeiras reformas no sistema atual, assim como afirma Bethell (2001, p. 39):

Durante los últimos años del decenio de 1950 el conjunto de América Latina había experimentado un crecimiento lento. Indicio de la necesidad de abrir nuevos cauces de desarrollo por medio de la cooperación fue la creación del Banco Interamericano de Desarrollo en 1961. El interés por este asunto encontró expresión en Punta del Este, Uruguay, en marzo de 1961 inmediatamente después de que la administración de Kennedy creara la Alianza para el Progreso, cuya finalidad era estimular la cooperación entre Estados Unidos y América Latina por medio del crecimiento económico y la democratización política ante la amenaza que representaba la revolución cubana. Aunque la Alianza para el Progreso dio por resultado la concesión de más empréstitos a América Central y aumento la legitimidad de la idea de la reforma agraria y el cambio estructural, también dio lugar a un aumento de la ayuda militar, en particular para Guatemala y Nicaragua, e introdujo la doctrina de la seguridad nacional, el concepto del «enemigo interno». El resultado de esta combinación, cuyo objetivo era frenar la revolución en América Central, fue el fortalecimiento de las estructuras político-militares contra la insurrección y la falta total de verdaderas reformas. La consecuencia más concreta de esta serie de condiciones externas e internas en el campo político fue la aparición de gobiernos profundamente represivos.⁵⁹

Com a aparição destas estruturas políticas militares, em 1963 o coronel Peralta Azurdia é afastado do cargo de presidente por meio de um golpe de Estado, convoca-se a uma assembleia nacional constituinte, se emite uma nova constituição e dão-se eleições presidenciais. Com isto, é eleito Júlio César Méndez, que permanece no poder nos anos de 1966 - 1970, o qual não era militar, mas era líder de um governo militar que seria controlado posteriormente de forma direta pelo coronel Carlos Arana (1970-1974) e os generais Kjell Laugerud (1974-1978) e Jorge Lucas Garcia (1978-1982). Assim passaram dezesseis anos nos

⁵⁹ Durante os últimos anos do decênio de 1950 o conjunto da América Latina tem experimentado um crescimento lento. Indício da necessidade de abrir novas vertentes de desenvolvimento por meio da cooperação foi a criação do Banco Interamericano de Desenvolvimento em 1961. O interesse por este assunto encontrou expressão em Punta do Este, Uruguai, em março de 1961 imediatamente depois que a administração de Kennedy criara a Aliança para o Progresso, cuja finalidade era estimular a cooperação entre Estados Unidos e América Latina por meio do crescimento econômico e a democratização política ante a ameaça que representava a revolução cubana. Embora a Aliança para o Progresso deu por resultado a concessão de mais empréstitos a América Central e aumento a legitimidade da ideia da reforma agrária e mudanças estruturais, também deu lugar a um aumento da ajuda militar, em particular para Guatemala e Nicarágua, e introduziu a doutrina da segurança nacional, o conceito do «inimigo interno». O resultado desta combinação, cujo objetivo era frenar a revolução em América Central, foi o fortalecimento das estruturas político-militares contra a insurreição e a falta total de verdadeiras reformas. A consequência mais concreta desta série de condições externas e internas no campo político foi a aparição de governos profundamente repressores (tradução da autora).

quais o poder era exercido por militares, com governos que cumpriam das formalidades jurídicas, com uma oposição limitada, com o poder Legislativo dominado pelas forças políticas ligadas ao exercito, permitindo que fossem celebradas eleições periódicas nas quais os partidos políticos podiam eleger representantes, mas não presidentes. Durante este período foram características a desmobilização permanente da organização popular e a repressão brutal contra as forças políticas reformistas e radicais. Com isto os movimentos sindicais, os professores e estudantes da universidade, camponeses, setores da igreja, e alguns partidos políticos reformistas, foram atacados de modo permanente e sangrento (BETHELL, 2001, p. 40).

Estes governos militares não somente recebiam ajuda no aperfeiçoamento na área militar, e intervenção econômica dos Estados Unidos, também existia uma influencia significativa de inclusão de elementos culturais e ideológicos que tinham por objetivo a segurança contra a insurgência, ainda esta não tivesse surgido (BETHELL, 2001, p. 40-41).

Junto com a ajuda estadunidense, os governos militares tinham o apoio do setor empresarial guatemalteco, o qual foi formando-se como um setor político forte, que ainda na atualidade desenvolve um papel importante, exercendo pressões quando procuram-se reformas nas áreas sociais, principalmente, assim como tributárias, que afetam seus interesses. Assim como continua afirmando Bethell (2001, p. 41), outra consequência deste período militar foi a consolidação deste setor empresarial:

Otra consecuencia fue la consolidación corporativa de los grupos empresariales, que perfeccionaron sus asociaciones tan meticulosamente que se convirtieron no solo en un poderoso grupo de presión unido, sino también en una fuerza política con un nivel de agresividad mucho más alto con respecto a sus intereses económicos.⁶⁰

O 13 de novembro de 1960, um grupo de jovens militares se rebelaram denunciando tratamentos degradantes, e exigindo o cumprimento dos direitos humanos, assim como reformas na política exterior, e soluções para a situação que atravessava o país. Este movimento pretendia derrocar ao presidente atual, Ydígoras Fuentes, mas a organização deficiente, impediu o sucesso deste movimento, obrigando aos principais líderes Marco Antonio Yon Sosa e Luis Turcios Lima, a exilarem-se da Guatemala. Posteriormente, a consequência de uma série de medidas repressivas contra camponeses depois da queda do governo de Jacobo Arbenz Guzman, enganar os grupos reformistas, e uma série de golpes de Estado que impediam o

⁶⁰ Outra consequência foi a consolidação corporativa dos grupos empresariais que perfeçoaram suas associações tão meticulosamente que converteram-se não só em um poderoso grupo de pressão unido, mas também em uma força política com um nível de agressividade muito mais alto com respeito a seus interesses econômicos (tradução da autora).

nascimento do processo democratizador, manifestou-se o descontento popular, e nos anos de 1964 e 1968, um grupo de ex-militares e oficiais do exercito, liderados por Yon Sosa e Turcios Lima, iniciaram a guerra conformando a guerrilha da qual posteriormente uniram-se estudantes, trabalhadores urbanos, professores, assim como o Partido Guatemalteco do Trabalho (PGT). Este grupo se denominaria Movimento Treze de Novembro e das Forças Armadas Rebeldes (FAR) e encontrava-se ativo e organizado na sua maioria, no oriente do país (BETHELL, 2004, p. 41).

Este conflito que iniciou em 1960 e finalizou em 1996, com a assinatura dos Acordos de Paz, provocou quantidades de mortes, estupros, desaparecidos e comunidades completas deslocadas de suas terras, que somente podem ser comparadas com a vinda dos espanhóis. Como forma de ressarcimento, foram realizados uma série de informes os quais recompilavam relatos de vitimas do conflito.

Especificamente o REMHI, pelas siglas em espanhol de “Recuperación de la Memoria Histórica”, é um informe que recompila uma série de testemunhas das vitimas das violações de direitos humanos sofridas durante o conflito armado interno. Elaborado no ano de 1995 e finalizado em 1998, pela Oficina de Direitos Humanos do Arzobispado, este não somente represento um ressarcimento para as vitimas, mas também uma ferramenta para iniciar os processos penais de dedução de responsabilidades, nos casos paradigmáticos, que correspondiam a massacres de comunidades inteiras.

Assim como afirma Bethell (2004, p. 49), o período de 1981 para 1982, foi o mais sanguinário do conflito armado, através de politicas como “terra arrasada” ou “fuziles o frijoles” a população indígena ficou no meio do conflito. O exercito obrigou a guerrilha a fugir para as áreas rurais do país, aniquilando ao seu passo, na procura dos subversivos, aproximadamente 440 comunidades indígenas, matando 75.000 campesinos e provocando deslocamentos forçados. Uma série de operações como o plano “Sofia 82” e “Victoria 82”, foram políticas do Estado para exterminar especificamente as populações indígena:

Los resultados de las guerras civiles han sido diferentes. En ambos casos la guerra interna fue la consecuencia histórica de la «forma oligárquica de dirigir la política» y de las profundas divisiones clasistas en el seno de la sociedad. Las operaciones contra los insurrectos fueron dirigidas con «espíritu de cruzada» contra los infieles. La ofensiva del ejército guatemalteco (1981-1982) no aniquiló a los guerrilleros, pero les obligó a replegarse a sus zonas primeras al tiempo que destruía 440 poblados indígenas, daba muerte a 75.000 campesinos y provocaba un desplazamiento de población que afectó a entre 100.000 y 500.000 personas. La

operación «Victoria 82» fue un acto de genocidio que destruyó las bases materiales y sociales de la cultura indígena.⁶¹

Muitos setores da sociedade guatemalteca, que constituem o setor mais conservador, continuam negando os efeitos devastadores que teve a guerra para a população indígena, afirmando que existiram “excessos” o que é normal (sim, é possível chamar de normal todas as atrocidades cometidas durante o conflito armado) em toda guerra. A ideologização deste processo de reconstrução histórica, por meio do qual as populações, tentam sanar as feridas sofridas, através dos processos penais contra membros do exercito, teve seu auge no ano de 2014, quando se levou a cabo o processo contra o ex-chefe de Estado Efraim Rios Mont.

3.7.3 Acordo sobre identidade e direitos dos povos indígenas.

O Acordo sobre identidade e direitos dos povos indígenas foi assinado na cidade do México Distrito Federal, o 31 de março de 1995, formando parte dos doze acordos assinados entre o governo guatemalteco e a unidade revolucionaria nacional guatemalteca (URNG), com os quais davam fim ao conflito armado interno.

Este acordo sobre identidade e direitos dos povos indígenas reconhece a existência dos povos indígenas maia, xinca e garifuna, assim como sua situação de vulnerabilidade em relação ao resto da população. Sobre esta identidade o Acordo (GUATEMALA, 1995) reconhece os aspectos que fazem dos povos indígenas se reconhecer como tal, estabelecendo os elementos fundamentais desta identidade:

2. La identidad de los pueblos es un conjunto de elementos que los definen y, a su vez, los hacen reconocerse como tal. Tratándose de la identidad maia, que ha demostrado una capacidad de resistencia secular a la asimilación, son elementos fundamentales: a) La descendencia directa de los antiguos maias; b) Idiomas que provienen de una raíz maia común; c) Una cosmovisión que se basa en la relación armónica de todos los elementos del universo, en el que el ser humano es sólo un elemento más, la tierra es la madre que da la vida, y el maíz es un signo sagrado, eje de su cultura. Esta cosmovisión se ha transmitido de generación en generación a través de la producción material y escrita por medio de la tradición oral, en la que la mujer ha jugado un papel determinante; d) Una cultura común basada en los principios y estructuras del pensamiento maia, una filosofía, un legado de conocimientos científicos y tecnológicos, una concepción artística y estética propia, una memoria histórica colectiva propia, una organización comunitaria fundamentada

⁶¹ Os resultados das guerras civis têm sido muito diferentes. Em ambos casos a guerra interna foi a consequência histórica da «forma oligárquica de dirigir a política» e das profundas divisões classistas no seio da sociedade. As operações contra os insurretos foram dirigidas com «espírito de cruzada» contra os infiéis. A ofensiva do exercito guatemalteco (1981-1982) não aniquilou aos guerrilheiros, mas os obrigou a dirigir-se as suas zonas primeiras ao tempo que destruía 440 comunidades indígenas, dava morte a 75.000 campesinos e provocava um deslocamento da população que afetou a 100.000 e 500.000 pessoas. A operação «Vitoria 82» foi um ato de genocídio que destruiu as bases materiais e sociais da cultura indígena (tradução da autora).

en la solidaridad y el respeto a sus semejantes, y una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales; y e) La autoidentificación⁶².

Na seção específica sobre participação, acordou-se que o governo, com o objetivo de impulsionar a participação das comunidades indígenas no âmbito nacional, criaria mecanismos obrigatórios de consulta com os povos indígenas quando medidas legislativas ou administrativas pretendessem ser implementadas e afetassem os povos maia, garífuna ou xinca (GUATEMALA, 1996):

5. Sin limitar el mandato, la comisión podrá considerar reformas o medidas en los siguientes ámbitos: I) mecanismos obligatorios de consulta con los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar los pueblos maia, garífuna y xinca;

Como pode-se observar, este ponto do acordo baseia-se na Convenção 169 da OIT, no entanto, a Guatemala ainda não tinha ratificado este, logo também se estabeleceu a obrigação de ratificá-lo.

No relativo ao direito ao território, o Acordo estabelece uma série de compromissos que o Estado terá que cumprir para efetivar o direito às terras comunais e de cooperativas, reconhecido na Constituição de 1985 (GUATEMALA, 1996). Para isto reconhece-se a necessidade de criar medidas administrativas e legislativas que permitam a titulação, proteção, reivindicação, restituição e compensação dos direitos sobre a terra e recursos naturais.

Tenencia de la tierra y uso y administración de los recursos naturales
6. El Gobierno adoptará o promoverá las medidas siguientes: I) reconocer y garantizar el derecho de acceso a tierras y recursos que no estén exclusivamente ocupados por las comunidades, pero a las que estas hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (servidumbres, tales como paso, tala, acceso a manantiales, etc., y aprovechamiento de recursos naturales), así como para sus actividades espirituales; II) reconocer y garantizar el derecho de las comunidades de participar en el uso, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras; III) obtener la opinión favorable de las comunidades indígenas previa la realización de cualquier proyecto de explotación de recursos naturales que pueda afectar la subsistencia y el modo de vida de las comunidades. Las comunidades afectadas deberán percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir

⁶² 2. A identidade dos povos é um conjunto de elementos que os definem e, a sua vez, os fazem se reconhecer como tal. Tratando-se da identidade maia, que tem demonstrado uma capacidade de resistência secular às assimilações, são elementos fundamentais: a) A descendência direta dos antigos maias; b) Idiomas que provem de uma raiz maia comum; c) Uma cosmovisão que baseia-se na relação harmônica de todos os elementos do universo, no qual o ser humano é só um elemento mais, a terra é a mãe da vida, o milho é um signo sagrado, eixo da sua cultura. Esta cosmovisão tem-se transmitido de geração em geração, através da produção material e escrita por meio da tradição oral, na qual a mulher tem jogado um papel determinante; d) Uma cultura comum baseada nos princípios e estruturas do pensamento maia, uma filosofia, um legado de conhecimentos científicos e tecnológicos, uma concepção artística e estética própria, uma memória histórica coletiva própria, uma organização comunitária fundamentada na solidariedade e o respeito a seus semelhantes, e uma concepção da autoridade baseada em valores éticos e morais; e e) A autoidentificação (tradução da autora).

como resultado de estas actividades; y IV) adoptar, en cooperación con las comunidades, las medidas necesarias para proteger y preservar el medio ambiente. Restitución de tierras comunales y compensación de derechos.

7. Reconociendo la situación de particular vulnerabilidad de las comunidades indígenas, que han sido históricamente las víctimas de despojo de tierras, el Gobierno se compromete a instituir procedimientos para solucionar las reivindicaciones de tierras comunales formuladas por las comunidades, y para restituir o compensar dichas tierras. En particular, el Gobierno adoptará o promoverá las siguientes medidas: I) suspender las titulaciones supletorias para propiedades sobre las cuales hay reclamos de derechos por las comunidades indígenas; II) suspender los plazos de prescripción para cualquier acción de despojo a las comunidades indígenas; y III) sin embargo, cuando los plazos de prescripción hayan vencido anteriormente, establecer procedimientos para compensar a las comunidades despojadas con tierras que se adquieran para el efecto. Adquisición de tierras para el desarrollo de las comunidades indígenas.

8. El Gobierno tomará las medidas necesarias, sin afectar la pequeña propiedad campesina, para hacer efectivo el mandato constitucional de proveer de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo. Protección jurídica de los derechos de las comunidades indígenas

9. Para facilitar la defensa de los derechos arriba mencionados y proteger las comunidades eficazmente, el Gobierno se compromete a adoptar o promover las siguientes medidas: I) el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas la administración de sus tierras de acuerdo con sus normas consuetudinarias; II) promover el aumento del número de juzgados para atender los asuntos de tierras y agilizar procedimientos para la resolución de dichos asuntos; III) instar a las facultades de ciencias jurídicas y sociales al fortalecimiento del componente de derecho agrario en las currícula de estudio, incluyendo el conocimiento de las normas consuetudinarias en la materia; IV) crear servicios competentes de asesoría jurídica para los reclamos de tierras; V) proveer gratuitamente el servicio de intérpretes a las comunidades indígenas en asuntos legales; VI) promover la más amplia divulgación dentro de las comunidades indígenas de los derechos agrarios y los recursos legales disponibles; y VII) eliminar cualquier forma de discriminación de hecho o legal contra la mujer en cuanto a facilitar el acceso a la tierra, a la vivienda, a créditos y a participar en los proyectos de desarrollo.

10. El Gobierno se compromete a dar a la ejecución de los compromisos contenidos en este literal F la prioridad que amerita la situación de inseguridad y urgencia que caracteriza la problemática de la tierra de las comunidades indígenas. Para ello, el Gobierno establecerá, en consulta con los pueblos indígenas, una comisión paritaria sobre derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas, para estudiar, diseñar y proponer los procedimientos y arreglos institucionales más adecuados. Dicha comisión será integrada por representantes del Gobierno y de las organizaciones indígenas.

Como podemos observar existen uma série de acordos sobre o direito à terra indígena, os quais eram um dos principais focos de atenção, já que representavam os conflitos fundamentais pelos quais foi iniciado o conflito armado interno na Guatemala. Estes compromissos afirmam que o governo comprometera-se a criar procedimentos administrativos para demarcar a terra comunal que corresponde às comunidades indígenas. O descumprimento destes acordos provoca uma série de conflitos, já que não existe um compromisso por parte dos governos que tenham demonstrado interesse em solucionar a problemática do território na Guatemala.

3.7.4. Consultas comunitárias.

Guatemala tendo ratificado a Convenção 169 da OIT, está obrigada ao cumprimento da sua normativa, Ou seja, no momento em que pretenda emitir uma medida legislativa ou administrativa, está obrigada a consultar as comunidades indígenas que serão afetadas pela medida. Mas o Estado guatemalteco tem demonstrado pouco ou nulo interesse na realização da Consulta Prévia, é por isto que as comunidades organizadas tem realizado consultas organizadas pelos prefeitos municipais, com iniciativa dos próprios comunitários, assim como afirma Ameller (2012, p. 119):

Como reacción a dicha omisión, en las comunidades indígenas donde se llevan a cabo proyectos de exploración o explotación minera, se han realizado consultas promovidas por los propios pobladores, los alcaldes municipales e, incluso, algunas empresas han informado a las comunidades, en el marco del reglamento antes citado; a este tipo de consultas se las ha denominado “consultas comunitarias”.⁶³

Devido ao desinteresse da classe política guatemalteca sobre o respeito dos direitos das comunidades indígenas, a normativa nacional não tem-se adequado às obrigações em que a Guatemala comprometeu-se com a ratificação da Convenção 169 da OIT. Isto representou um problema com a implementação de megaprojetos que afetam as comunidades, tal é o caso já exposto da Mina Marlin. A comunidade manifestou seu descontentamento sobre a implantação da empresa no seu território, por que o governo omitiu a realização da Consulta Prévia ao outorgar a licença de exploração desta mineradora, e propuseram ao governo a realização da consulta baseando-se numa legislação interna que encontra-se no Código Municipal o qual permite realizar consultas comunitárias através da prefeitura dos municípios (MAZARIEGOS, 2014, p. 29)

Assim como afirma Anaya (2011, p. 9) a primeira consulta comunitária foi realizada no ano de 2005, a partir desta, foram desenvolvidas outras consultas comunitárias, quase sempre com o mesmo resultado, a negativa pela implantação de empresas mineradoras. Estas consultas comunitárias têm representado uma forma de se opor aos megaprojetos que afetam seus territórios, ante a indiferença do governo:

La primera de estas “consultas comunitarias” fue convocada y realizada por el Concejo Municipal de Sipacapa en 2005, en relación con la mina Marlin,

⁶³ Como reação a esta omissão, nas comunidades indígenas onde levam-se a cabo projetos de exploração mineira, tem-se realizado consultas promovidas pelos próprios povoadores, prefeitos municipais e, inclusive, algumas empresas tem informado às comunidades, no marco do regulamento antes citado; a este tipo de consultas tem-se denominado “consultas comunitárias” (tradução da autora).

expresando la oposición mayoritaria de los miembros de las comunidades consultadas a dicho proyecto. Desde entonces, se han sucedido casi medio centenar de consultas similares a las comunidades indígenas afectadas por distintos proyectos, que han contado con la participación amplia de los miembros de dichas comunidades. La gran mayoría de estas iniciativas han expresado una rotunda negativa a estos proyectos, llevando en algunos casos, como en Huehuetenango, a la declaración de “zonas libres de minería”.⁶⁴

Sobre estas consultas comunitárias continua afirmando Anaya (2013, p. 21-22):

En algunos casos, los pueblos indígenas han formalizado sus decisiones en contra de las medidas o proyectos impulsados por los Estados y de las consultas con los Estados, mediante procesos altamente participativos. En Guatemala, comunidades maia han organizado lo que han denominado “consultas comunitarias de buena fe”, al margen de las consultas con el Estado. Esta consiste básicamente, en una discusión entre los integrantes de una comunidad sobre un proyecto de minería o de otro tipo impulsado por el Estado, pero sin su presencia y seguido por un referéndum sobre el proyecto. En todos los proyectos de minería y de inversión, éstos han llevado a decisiones colectivas claras en su contra. Líderes maias han insistido en mantener posiciones en contra de los proyectos basados en estos procesos y generalmente han resistido entrar en diálogo con el Estado o las empresas promotoras de los proyectos, argumentando que la consulta debida ya se ha realizado y que su negativa a los proyectos es vinculante.⁶⁵

Como pode-se observar as comunidades indígenas da Guatemala, não somente encontraram uma forma de opor-se ante o estabelecimento de megaprojetos, através da realização destas consultas comunitárias, mas também afirmam que o resultado destas é vinculante para o governo. A realização destas consultas surgiu pela omissão do Estado em realizar a Consulta Prévia.

O conflito que provoca a não realização da Consulta Prévia é um denominador comum nas comunidades indígenas da Guatemala, é por isto que a realização destas consultas comunitárias, ainda não sendo nos termos que a Convenção 169 da OIT estabelece, representa

⁶⁴ A primeira destas “consultas comunitárias” foi convocada e realizada pelo Concejo Municipal de Sipacapa em 2005, em relação com a mina Marlin, expressando a oposição maioritária dos membros das comunidades consultadas a dito projeto. Desde este acontecimento, tem-se realizado quase meia centena de consultas similares às comunidades indígenas afetadas por distintos projetos, que tem contado com a participação ampla dos membros destas comunidades. A maioria destas iniciativas tem expressado uma negativa a estes projetos, levando em alguns casos, como em Huehuetenango, a declaração de “zonas livres de mineração” (tradução da autora).

⁶⁵ Em alguns casos, os povos indígenas têm formalizados suas decisões em contra das medidas e projetos impulsados pelos Estados e das consultas com os Estados, mediante processos altamente participativos. Na Guatemala, comunidades Maia têm organizado as denominadas “consultas comunitárias de boa fé”, à margem das consultas com o Estado. Esta consiste basicamente em uma discussão entre os integrantes da comunidade sobre um projeto de mineração ou de outro tipo promovido pelo Estado, mas sem sua presença e seguido por um referendun sobre o projeto. Em todos os casos os projetos de mineração e de investimento, etos tem levado a decisões coletivas claras em sua contra. Líderes maias tem insistido em manter posicionamentos em contra dos projetos baseados em estes processos e geralmente tem resistido entrar em dialogo com o Estado ou as empresas promotoras dos projetos, argumentando que a consulta já tem-se realizado e que sua negativa aos projetos é vinculante (tradução da autora).

um espaço de diálogo e participação para as comunidades que serão afetadas. Desde o ano de 2005 foram realizadas várias consultas comunitárias, e na sua maioria todas com o mesmo resultado, a negativa contra a mineração. Sobre isto Ameller (2012, p. 120) afirma:

En Guatemala, igual que en otros países de América, el tema de la consulta constituye el núcleo del conflicto en torno a la explotación minera, principalmente en las áreas ocupadas por comunidades indígenas. Desde 2004 a la fecha, se han realizado consultas comunitarias en distintos municipios del país y en su mayoría son no sólo una expresión de rechazo a la exploración y explotación minera y otros proyectos tales como hidroeléctricas, sino constituyen un reclamo al gobierno guatemalteco por la falta de cumplimiento a su responsabilidad de consultar a los pueblos indígenas.⁶⁶

A rápida aceitação destas consultas comunitárias fica evidenciado, já que a partir da realização da primeira começou a realizar-se com maior regularidade. No ano de 2004 e 2005 foram realizadas somente quatro, estas foram se incrementando nos anos de 2006 foram realizadas oito consultas, no 2007 foram realizadas treze, no ano de 2008 descíeis, que representa o ano em que maior número de consultas comunitárias foram realizadas. Já no ano de 2009 foram realizadas dez, no 2010 seis, e nos anos de 2011 a 2012 foram realizadas onze consultas. Estas consultas em sua maioria tiveram o resultado da negativa à mineração já que das 67 consultas realizadas 56 foram sobre o tema da implantação mineradora (AMALLER, 2012, p. 124).

Estas consultas comunitárias são realizadas baseando-se na norma estabelecida no Código Municipal (GUATEMALA, 2002) no artigo 17, no inciso k, que estabelece de um tipo de consulta que não é aos povos indígenas, mas sim para os municípios:

ARTICULO 17. Derechos y obligaciones de los vecinos. Son derechos y obligaciones de los vecinos:

omissis (...)

k) Pedir la consulta popular municipal en los asuntos de gran trascendencia para el municipio, en la forma prevista por este Código.⁶⁷

⁶⁶ Na Guatemala ao igual que nos países da América, o tema da consulta constitui o núcleo de conflito em torno a exploração de minerais, principalmente nas áreas ocupadas pelas comunidades indígenas. Desde 2004, têm-se realizado consultas comunitárias em distintos municípios do país e na sua maioria são não só uma expressão de rejeição à exploração mineradora e outros projetos tais como hidroeléctricas, mas também constituem um reclamo ao governo guatemalteco pela falta de cumprimento a sua responsabilidade de consultas aos povos indígenas (tradução da autora).

⁶⁷ Artigo 17. Direitos e obrigações dos vizinhos. São direitos e obrigações dos vizinhos:

omissis (,,)

k) Pedir a consulta popular municipal nos assuntos de grão transcendência para o município, na forma prevista por este Código (tradução da autora).

Este tipo de medidas das comunidades indígenas somente refletem a ausência de compromisso do Estado, e a organização das comunidades, é como os empreendimentos afetam suas vidas ao ponto de desenvolver elas mesmas, procedimentos de participação para se fazer ouvir. Outro fator importante a ressaltar corresponde sobre a inexistência de legislação ambiental que proteja às comunidades dos danos ambientais provocados pela mineração em suas terras.

3.7.5. Jurisprudência relativa à Consulta Prévia na Guatemala.

Além que a Consulta Prévia seja a instrumentalização do direito de autodeterminação, esta encontra a sua origem em toda uma teoria no direito internacional que fundamenta como as decisões que são tomadas devem ser dirigidas pelas entidades mais próximas ao problema, ou seja, o princípio de subsidiariedade que origina os conceitos de autogoverno, participação local, descentralização. Assim como afirma Anaya (2005, pag. 229):

El gobierno autónomo puede entenderse además como una forma de promoción de la democracia. Dada su posición no dominante dentro de los estados en los que viven, las comunidades indígenas y sus miembros se han visto privados frecuentemente de la participación completa y efectiva en los procesos políticos que han intentado gobernarlos. A pesar de que se ha reconocido plenos derechos de ciudadanía a las personas indígenas, y a pesar de que se han atajado las políticas abiertamente discriminatorias, los grupos indígenas todavía constituyen en términos generales, minorías numéricas en posición de desventaja económica dentro de los estados en los que viven, circunstancias estas que los coloca en una posición de vulnerabilidad política. La devolución de autoridad a las comunidades indígenas disminuye su vulnerabilidad frente a los intereses de la mayoría o la elite dominantes, al tiempo que promueve la sensibilidad de las instituciones estatales hacia los intereses singulares de las comunidades indígenas y de sus miembros.⁶⁸

No direito internacional os conceitos de participação e autogoverno, são relacionados às noções de democracia, e de como a administração pública de um Estado, enquanto mais centralizada seja, mais afasta-se da democracia e desenvolvimento da sociedade. Assim como afirma Anaya (2005, pag, 227):

⁶⁸ O governo autónomo pode entender-se como uma forma de promoção da democracia. Dada sua posição não dominante dentro dos Estados nos que vivem, as comunidades indígenas e seus membros tem-se visto privados frequentemente da participação completa e efetiva nos processos políticos que tem tentado governa-los. No entanto se reconheceu os direitos de cidadania às pessoas indígenas, e, no entanto tem-se atacado as políticas abertamente discriminatórias, os grupos indígenas ainda constituem em termos gerais, minorias numéricas em posição de desvantagem econômica dentro dos estados nos que vive, circunstancias estas que os colocam em uma posição de vulnerabilidade política. A devolução da autoridade às comunidades indígenas diminui sua vulnerabilidade frente aos interesses da maioria ou a elite dominante, ao tempo que promove a sensibilidades das instituições estatais para os interesses singulares das comunidades indígenas e seus membros (tradução da autora).

En el contexto particular de los pueblos indígenas, las nociones de democracia cultural se unen para crear una norma especial de autogobierno, Esta incorpora dos elementos distinto, aunque relacionados. El primero de ellos reconoce esferas de autonomía gubernamental o administrativa para las comunidades indígenas; el segundo aspira a garantizar la participación efectiva de estas comunidades en las instituciones generales de toma de decisiones en la medida en que estas decisiones les afecten directamente.⁶⁹

Guatemala ratificou a Convenção 169 da OIT, o cinco de junho de 1996 por meio do decreto No. 9-96 do Congresso da Republica; neste se estabelece que a aprovação da Convenção, se realiza seguindo o a noção que as disposições que encontram-se na Constituição prevaleceram sobre as estabelecidas em dita Convenção.

No enquanto no artigo 46 da Constituição guatemalteca estabelece-se que toda convenção ou tratado internacional que trate sobre direitos humanos, terá jerarquia superior em relação à legislação nacional: (GUATEMALA, 2002, p. 47) “Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

Ao estabelecer no referido artigo, que os tratados e convenções têm preeminência sobre o direito interno, poder-se-ia considerar que estes são superiores à própria Constituição, violentando assim o principio de autodeterminação do Estado.

Isto provocou que a Corte de Constitucionalidade, que é o órgão encarregado de manter a ordem constitucional assim como interpretar a Constituição, emitiesse uma série de sentenças para interpretar a jerarquia dos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos. Esta estabeleceu que a norma em questão, interpretando-a em harmonia com as demais normas constitucionais, tinha por objetivo reconhecer a evolução dos direitos humanos, por isto seu status de norma superior à legislação ordinária, ou seja, norma constitucional, mas nunca superior à constituição, já que isto representaria que a norma internacional tem caráter reformador, o qual somente o poder constituinte ou um referendun popular, está facultado para realizar. Assim como estabelece a Corte de Constitucionalidade (2002, 47-48):

⁶⁹ No contexto particular dos povos indígenas, as noções da democracia cultura unem-se para criar normas especiais de autogoverno. Esta incorpora dois elementos distintos, ainda que relacionados. O primeiro de eles reconhece esferas de autonomia governamental ou administrativa para as comunidades indígenas; o segundo aspira a garantir a participação efetiva destas comunidades nas instituições gerais da toma de decisões na medida em que estas decisões afetara-lhes diretamente (tradução da autora).

(...) esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto. En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino -en consonancia con el artículo 2 de la Convención- por la del primer párrafo del 44 constitucional...’ El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entran en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución (...)⁷⁰

Em base ao anterior, e tendo em consideração que a Convenção 169 da OIT, estabelece uma série de direitos que são considerados inerentes aos povos indígenas e tribais, direitos humanos, esta tem hierarquia superior ao ordenamento interno guatemalteco; esta encontra-se superior as normas ordinárias mas inferior a constituição, a Convenção tem o caráter de norma constitucional.

Portanto, ainda a Consulta Prévia não encontra-se estabelecida na Constituição, nem na legislação ordinária guatemalteca, esta encontra-se reconhecida na Convenção 169 da OIT, uma norma constitucional guatemalteca desde o momento da sua ratificação.

⁷⁰ (...) esta Corte estima conveniente definir sua posição ao respeito. Para isto parte do principio hermenéutico que a Constituição deve interpretar-se como um conjunto harmônico, no significado de que cada parte deve determinar-se em forma acorde com as restantes, que nenhuma disposição deve ser considerada isoladamente e que deve preferir-se a conclusão que harmonize e não a que coloque em pugna às diversas cláusulas do texto. Em primeiro termo, o fato de que a Constituição tenha estabelecido essa supremacia sobre o Direito interno deve entender-se como seu reconhecimento à evolução que em matéria de direitos humanos tem-se suscitado e tem que dar-se, mas sua hierarquização é a de ingressar ao ordenamento jurídico com caráter de norma constitucional que concorde com seu conjunto, mas nunca com potestade reformadora e menos ainda derogatória, de seus preceitos pela eventualidade de ingressar em contradição com normas da própria Constituição, e este ingresso dar-se-ia não pela via de seus artigos 46, mas –em concordância com o artigo 2 da Convenção- pela do primeiro paragrafo do 44 constitucional... O artigo 46 hierarquiza tais direitos humanos com rango superior à legislação ordinária ou derivada, mas não pode reconhece-lhe nenhuma superioridade sobre a Constituição, porque si tais direitos, no caso de sê-lo, guardam harmonia com a mesma, então seu ingresso ao sistema normativo ano tem problema, mas si entrarem em contradição com a Carta Magna, seu efeito seria modificador ou derogatório, o qual provocaria conflito com as cláusulas da mesma que garantem sua rigidez e superioridade e com a disposição que unicamente o poder constituinte ou o referendun popular, segundo o caso, têm facultade reformadora da Constituição (...) (tradução da autora).

3.8 SEMELHANÇAS DA CONSULTA PRÉVIA NA GUATEMALA E NO BRASIL.

Como primeira similitude pode-se estabelecer a deficiência significativa de legislação nacional que existe em relação à Consulta Prévia em ambos países. Tanto na Guatemala como no Brasil ainda não existe uma norma específica emitida pelo Congresso da República (na Guatemala) e pelo Congresso Nacional (no Brasil) que obrigue ao estado a realizar a consulta quando este pretende emitir uma medida legislativa ou administrativa que afetara uma comunidade indígena. Assim mesmo também não existe um procedimento a seguir, criado pelo Estado, para realizar as consultas.

No entanto ambos Estados ratificaram a Convenção 169 da OIT primeiro Guatemala e posteriormente Brasil; pelo que estão obrigados a consultar as comunidades indígenas e comunidades tradicionais, quando uma medida legislativa ou administrativa lhes afete diretamente, e adequar a legislação interna, através de procedimentos adequados com a realidade de nossos povos.

O processo de reconhecimento tem sido um caminho longo para os povos originários tanto na Guatemala como no Brasil; a luta por este reconhecimento tem conseguido que ambos Estados ratificassem a Convenção 169 da OIT que representa a normativa internacional mais importante sobre os direitos dos povos indígenas, contendo direitos sobre terra, saúde, cultura, trabalho, seguridade social e meios de comunicação. No entanto existe uma deficiência ante a efetivação do direito da Consulta Prévia.

3.9 DIFERENÇAS DA CONSULTA PRÉVIA NA GUATEMALA E NO BRASIL.

Como primeira diferença temos a posição legislativa que guarda a Convenção 169 da OIT dentro do ordenamento jurídico em cada país. Na Guatemala este instrumento internacional é reconhecido como legislação interna, hierarquicamente encontra-se entre a constituição e a legislação ordinária, ou seja, representa uma legislação constitucional; segundo a interpretação da Corte de Constitucionalidade, toda normativa relativa a direitos humanos considera-se como direito interno, e encontra-se ao mesmo nível da Constituição. No entanto no Brasil, segundo o artigo 5 da Constituição Federal, se estabelece que os tratados internacionais sobre direitos humanos, aprovados em cada câmara do Congresso Nacional, em duas sessões, por três quintos dos votos dos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais. Sobre isto o Supremo Tribunal Federal, afirma que os tratados

ratificados no Brasil em matéria de direitos humanos são hierarquicamente superiores às leis ordinárias, mas inferiores à Constituição Federal, e aqueles que tenham sido ratificados baixo quórum qualificado de três quintos dos votos tanto no Senado como na Câmara de Deputados, terão hierarquia constitucional (FUNDACIÓN DEL DEBIDO PROCESO, 2015, p. 10)

A situação jurídica que guardam os povos indígenas no Brasil e na Guatemala representa a principal diferença, já que, na Guatemala os povos indígenas representam aproximadamente a metade da população global, no Brasil os povos indígenas representam somente o 0.44 por cento. A proteção jurídica que o Brasil guarda com seus povos indígenas é de importante observância já que tem criado todo um sistema para prevenir e sanar possíveis violações aos direitos dos povos; a demarcação de terra indígena, a ação civil pública, o mandato constitucional que o Ministério Público Federal possui na defesa dos direitos dos povos indígenas e o meio ambiente são algumas instituições que poderiam ser adaptadas ao sistema jurídico guatemalteco. Na Guatemala a demarcação da terra indígena representa letra morta no ordenamento jurídico, devido aos interesses econômicos envolvidos.

CONCLUSÃO.

O caminho pelo reconhecimento dos direitos dos povos indígenas tem sido de difícil trajetória tanto no âmbito nacional como internacional. Depois de longos séculos em que as comunidades indígenas sofreram a negação de seus direitos originários sobre as terras por eles ocupadas, o desrespeito por suas culturas e formas particulares de viver e entender o mundo, os Estados nacionais, por diversas circunstâncias, reconheceram a importância do respeito e promoção destas características dos povos indígenas. No entanto é impossível negar a situação de desigualdade que sofrem na atualidade os povos indígenas, em relação aos outros setores da sociedade; por esta razão o direito cria mecanismos por meio dos quais as comunidades podem fazer valer princípios fundamentais de convivência dentro de sociedades não homogêneas, tais como a autodeterminação.

O direito de autodeterminação que nasce como uma forma de sanar feridas cometidas nos processos de colonização, ou seja, em um primeiro momento como uma forma de constituir-se em Estados; isto representa um problema na atualidade, devido ao temor dos Estados nacionais de que ao reconhecer o direito de autodeterminação estar-se-ia reconhecendo processos de secessão, e vulnerando a soberania dos mesmos. Devido a isto, é comum que os Estados neguem-se ao reconhecimento mais abrangente do direito de autodeterminação dos povos indígenas. Isto representa problemas para a efetivação de outros direitos humanos das comunidades indígenas, já que o direito de autodeterminação permite o cumprimento de direitos tais como à saúde, ao território, à cultura, ao emprego digno, meios de comunicação, participação e autogoverno, assim como também ao desenvolvimento.

O direito de autodeterminação é utilizado agora pelos povos indígenas como uma forma de procurar seu próprio desenvolvimento, ante Estados nacionais que ainda opõem-se à realidade de que num mesmo território podem existir diversas línguas, costumes e tradições que as vezes entram em conflito umas com outras ou ordenamentos jurídicos distintos.

A Consulta Prévia, livre e informada é um mecanismo por meio do qual, as comunidades indígenas têm o direito, e, por conseguinte o Estado, a obrigação de realizar consultas quando uma medida legislativa ou administrativa afetar-lhes diretamente nos seus direitos. No caso em que seja vulnerado o direito ao território indígena, provoca uma série de violações conexas a outros direitos humanos, tais como o direito à vida digna, à saúde, à

cultura, devido a que a propriedade comunal ou propriedade indígena, não é uma instituição como a propriedade privada do direito civil. A estreita relação que guardam os povos indígenas com seu entorno, e o fato que a propriedade pertença não ao indivíduo, mas sim a coletividade, provoca um desafio para os Estados, já que prevalece a concepção tradicional do único sentido de propriedade privada da cultura ocidental. É por isto que ao violentar o direito ao território, não se está violando somente o direito à propriedade, e sim direitos sem os quais a comunidade não poder-se-ia desenvolver nem subsistir.

Como foi exposto ao longo desta pesquisa, a Consulta Prévia representa mais que uma forma de efetivar o direito à autodeterminação dos povos indígenas, não somente representa o respeito a legislação que os Estados da Guatemala e do Brasil obrigaram-se a cumprir, mas também representa uma forma de reconhecimento de sociedades multiétnicas, pluriculturais e multilíngues que podem conviver sempre e quando seus direitos sejam respeitados. Através da Consulta Prévia se procura o cumprimento do direito das comunidades a decidir seu próprio desenvolvimento, o que elas consideram que trará benefícios e desvantagens para o coletivo.

Os Estados que têm ratificado a Convenção 169 da OIT, estão obrigados a realizar consultas prévias aos povos indígenas nos casos em que pretendam aplicar uma medida administrativa ou legislativa, que lhes afetar, já que esta representa um direito para as comunidades, e uma forma de efetivar o direito de autodeterminação, por meio do qual podem procurar seu próprio desenvolvimento. Os povos indígenas têm que ser considerados como unidades sociopolíticas diferenciadas e como partes de unidades mais amplas de interação social e política, sendo estas unidades federações indígenas, os Estados que habitam ou a mesma comunidade global. Em consequência tanto o Estado guatemalteco como o Estado brasileiro, estão obrigados não somente a realizar as consultas prévias nos termos que estabelece a Convenção 169 da OIT, ainda não tenham legislação interna que regule estas, mas também a adequar sua legislação para o efetivo cumprimento da convenção. Assim mesmo as decisões que sejam tomadas pelas comunidades indígenas devem ser de observância obrigatória para o governo, ou seja, o resultado da Consulta Prévia deve ser vinculante, seguindo os princípios que impulsaram sua criação. A Consulta Prévia não pode ser considerada como um simples requisito de forma, ou um ato prévio a tomada de decisão. Esta tem que estar legitimada pela comunidade, com o objetivo de evitar os conflitos sociais ocasionados pela ingerência de terceiros dentro de seus territórios.

Existem uma série de diferenças entre os sistemas jurídicos da Guatemala e do Brasil. A legislação brasileira, tanto na área ambiental como indígena, contem avanços maiores que na Guatemala; a demarcação de terras representa um procedimento o qual ainda não foi implementado em Guatemala, além de estar estabelecido na constituição e no acordo sobre identidade e direitos dos povos indígenas. Assim mesmo o papel que desenvolve o Ministério Público Federal através do seu mandato constitucional na proteção dos direitos dos povos indígenas e do meio ambiente, é fundamental no momento em que as consultas prévias não são realizadas. A redistribuição da terra na Guatemala é um dos maiores conflitos que se arrastam desde a época da colônia. A classe política e setores econômicos dominantes se negam a realizar reformas sobre temas agrários. Por meio do conflito armado interno que durou 36 anos, não somente intentou-se frear com os movimentos revolucionários impulsados em toda América Latina, mas também se expropriou ilegalmente a centenas de comunidades indígenas de seus territórios tradicionalmente ocupados.

A delicada situação da questão agrária na Guatemala torna o descumprimento da Consulta Prévia ainda mais perigoso, já que aumenta a magnitude do conflito ocasionado pela implementação de empresas mineradoras que são rejeitadas pela comunidade, criando um ambiente de violência e constante luta entre comunitários e trabalhadores das empresas.

A realização das consultas comunitárias por parte dos prefeitos municipais e líderes das comunidades, representa a única forma em que os povos indígenas podem expressar seu descontento sobre a implementação de megaprojetos nos seus territórios. Segundo a legislação analisada, o Estado está obrigado a criar estes espaços de dialogo e participação indígena, por meio do qual não somente se ouça as reclamações dos membros das comunidades, mas também intente-se chegar a um consenso sobre as medidas tomadas, onde tanto o governo, as empresas privadas como os comunitários cedam na medida do possível.

No Brasil a situação das consultas prévias não é mais alentadora. Se bem é certo, existe uma maior proteção jurídica das populações indígenas e comunidades tradicionais, os interesses econômicos prevalecem sobre o sentido comum, como ficou demonstrado no caso da Usina de Belo Monte, onde seriam afetadas comunidades inteiras, com o fim de criar energia para o resto do país, energia que não seria utilizada nas comunidades afetadas, mas com a justificativa do “desenvolvimento nacional”. Esta situação nos coloca numa situação incomoda, mas necessária para questionar o sistema de desenvolvimento atual imperante em nossos países. É justificável contaminar um rio que serve de subsistência para uma

comunidade inteira, que vive da pesca, e tem uma relação diferente da concebida tradicionalmente; é justificável desapropriar do seu território os donos originários deste, com o objetivo de explorar metais, para que esta atividade permita perceber pelo Estado tributos; é justificável a criminalização de lideranças indígenas porque estas se opõe à construção de megaprojetos que afetarão seus territórios, somente porque o “interesse nacional” ou “desenvolvimento” assim o demanda. Acredito que não.

Não existe nenhuma normativa específica que estabelece que as consultas prévias têm caráter vinculante. No entanto o espírito da consulta não é ser um mero ato de informação. Através desta tem que procurar-se um consenso entre as partes interessadas, com o objetivo de conseguir o consentimento da comunidade. Nenhuma medida do governo pode ser considerada como legítima se é contrária ao clamor de uma comunidade que será afetada diretamente por um empreendimento, já que a finalidade do Estado é procurar o bem comum.

REFERÊNCIAS.

ABREU, Ivy de Souza, BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **Antropocentrismo, ecocentrismo e holismo: uma breve análise das escolas de pensamento ambiental.** Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito a Saúde e Bioética da Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 01 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista034/escolas_de_pensamento_ambiental.pdf>. Acesso em: 10 de junho 2015.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terras de quilombos, terras indígenas “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pastos: TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS.** 2ª. Edição. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008. 192 p. ISBN 978-85-7401-402-9.

AMELLER, Vladimir, et al. **El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina.** La Paz-Bolivia: Fundación Konrad Adenauer (KAS) – Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI), 2012. 238 p.

ANAYA, James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional.** Tradução: Luis Rodríguez-Piñero Royo. Madrid. Editorial Trotta, S. A., 2005. 493 p.

_____. **Promoción y protección de todos los derecho humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.** Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Organización das Nações Unidas. Distr. General. Consejo de Derechos Humanos. 2009. 24 p. (Série Texto Técnico, A/HRC/12/34)

_____. **Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales.** Organización de las Naciones Unidas. Distr. General. Consejo de Derechos Humanos. 2011. 41 p. (Série Texto Técnico A/HRC/18/34/Add.3).

_____. **El derecho a la consulta previa en el derecho internacional.** In. Encuentro extraordinario de la Federación Iberoamericana del Ombudsman. El derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas. El rol de los ombudsman en América Latina. Lima, 2013. Defensoría del Pueblo, 2013. 117 p. 19-25 p.

ARAÚJO, Ana Valéria, et, al. **Povos indígenas e a Lei dos “Branços”:** o direito à diferença. Brasília: Edições MEC/UNESCO, 2006. 203 p.

ARISTOTELES. **Os pensadores. Aristóteles, Volume II.** São Paulo: Editora Nova Cultural, Ltda, 1991. 370 p.

BASTIDA, Francisco J., et al. **Teoría General de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978.** Madrid: Editorial Tecnos, 2004. 206 p.

BETHELL, Leslie. **Historia de América Latina. 1. América Latina colonial: La América precolombina y la conquista. Tomo I.** Tradução por Antônio Acosta. Barcelona: Editorial Crítica, 1990. 280 p.

_____. **Historia de América Latina. 14 América Central desde 1930.** Barcelona: Editorial Crítica, 2001. 347 p.

BECHIMOL, Samuel. **Amazônia. Formação social e cultural.** 3ª. Edição. Manaus: Editora Valer, 2009. 544 p.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Embargante: Ministério Público Federal, Procurador: Marco Antônio Delfino de Almeida; Embargados: Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRÁS, advogado: Marcelo Thompson Landgraf e outros (as), Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – ELETRONORTE, advogada: Carem Ribeiro de Souza e outros (as), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, procurador: Adriana Maia Venturini, União Federal, procurador: Manuel de Medeiros Dantas. Acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus/Elsevier. Rio de Janeiro, 2004. P. 97.

_____. **Estado governo sociedade. Para uma teoria geral da política.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 172 p.

_____. **Positivismo Jurídico. Lições de filosofia do direito.** Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Editora Cone. 1995. 239 p.

BURGA, Manuel. **Historia de América Andina. Vol. 2: Formación y apogeo del sistema colonial (siglos XVI-XVII).** Quito: Limbresa, 1999. 437 p.

CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoría general de los Derechos Humanos.** México:Universidad Autónoma de México, 1989. 444 p.

CARNEIRO, Edilton Borges. **A inconstitucionalidade da redução de terras indígenas no processo demarcatório por caracterizar remoção.** 2006. 156 f. Dissertação de Mestrado em Direito Ambiental - Universidade do Estado do Amazonas, Manaus.

Comissão Nacional para as Comemorações do 50.º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos

Humanos. Direitos Humanos. Compilação de instrumentos internacionais. Volume I. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado Procuradoria-Geral da República, 2008. 695 p.

DE FIGUEIREDO, Cândido. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2010. 2133 p. Dicionário da língua portuguesa digitalizado pelo projeto Gutemberg, em formato Ebook. Disponível em: < <http://dicionario-aberto.net>>. Acesso em: 15 abril 2016

DOS SANTOS, Washington. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey: 2001, 340 p.

DUPRAT, Deborah (Org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público. Brasília: ESMPU 2015. 344 p.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala**. América Indígena, Instituto Nacional Indigenista- INI e Instituto Indigenista Interamericano –III OEA. México, v. 58, n. 1-2, p. 1-22. Janeiro/Junho, 1998.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO (Brasil). **Direito originário**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-02>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO. **Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú**. Washington: Oxfam 2015. 104 p.

GARCÍA, Carlos Ochoa. **Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico**. Guatemala: Cholsamaj, 2002. 393 p.

GARCÍA, Pablo Ajpub', et all. **Raíz y espíritu del conocimiento maia**. Guatemala: Universidad Rafael Landívar, Instituto de Lingüística y Educación: Programa de Educación Intercultural Multilingüe de Centroamérica, 2009. 238 p.

GAYO. **La instituta de Gayo**. Madrid: Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, 1845. 336 p.

GEDIEL, José Antônio Peres (org), et all. **Direitos em conflito. Movimentos sociais, resistência e casos judicializados: estudos de casos, vol. 1**. Curitiba: Kairós Edições, 2015. 477 p.

GROCIO, Hugo. **Del Derecho de la Guerra y de la Paz**. Tradução de Jaiivie Torrubiano Ripoli. Madrid: Editorial Reus Cañizares, 1925. 313 p.

GUATEMALA. Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1986.

_____. Decreto Número 12-2002. Código Municipal. Congreso de la Republica de Guatemala. 2012.

HOBBS, Thomas. **Leviatã. Ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Tradução de Rosina D'angina. São Paulo Editora Cone. 2000. 487 p.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT.** Apresenta uma análises sobre a Consulta Prévia estabelecida na Convenção 169 da O. I. T., sobre povos indígenas e tribais em países independentes. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa>. Acesso em: 04 março 2016.

_____. **Demarcação de terras indígenas.** Apresenta o procedimento administrativo da demarcação de terra indígena. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/como-e-feita-a-demarcacao- hoje>>. Acesso em: 06 de março 2016.

_____. **Povos indígenas no Brasil 2006/2010.** São Paulo: Pancrom Indústria Gráfica, 2011. 763 p. ISBN 85994-85-3.

_____. **Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Polemica sobre demarcação, soberania e desenvolvimento na fronteira de Roraima.** Apresenta a contestação da Ação Popular No. 3388, relativa à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, interposta por Joenia Batista de Carvalho e Ana Paula Souto Maior. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/227>>. Acesso em: 20 março 2016. Publicação: 13/05/2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2000. 427 p.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Editora Schwarcz Ltda,1991. 406 p.

LAGO, André Aranha Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo o Brasil e as três conferencias ambientais das Nações Unidas.** Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão e Ministério das Relações Exteriores, 2006. 274 p.

LOCKE, Jonh. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 1994. 103 p.

- LUCIANO, Gersem dos Santos. **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de Hoje**. Brasília: Ministerio da Educacao, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetizacao e Diversidade; LACED Museu Nacional, 2006, p. 227.
- LUMBRERAS, Luis Guillermo. **Historia de América Andina. Vol. 1: Las Sociedades aborígenes**. Quito: Limbresa, 1999. 607 p.
- MARCOS, Alfredo. **Ética Ambiental**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2001. 165 p.
- MARÉS, Carlos Frederico de Souza Filho; BERGOLD, Raul Cezar. (Orgs.) **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013. P. 333.
- MAYÉN, Guisela; ERAZO, Daniela; LANEGRA, Ivan. **El Derecho a la consulta previa, libre e informada. Hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú**. NEGRAPATA S. A. C., Lima: 2014. 138 p.
- MAZARIEGOS, Monica. **Derecho a la consulta y disenso. Por el uso contrahegemónico del derecho**. 2014. 634 f. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”. Getafe.
- NOGUEZ, Alma Liliana Mata. **Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2011. 59 p.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 37/7 da Assembleia Geral. 1982**. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm>. Acesso em: 01 maio 2015.
- _____. **Poblaciones indígenas. Naciones Unidas**. Centro de información, México, Cuba y República Dominicana. Disponível em: http://www.cinu.org.mx/temas/p_ind.htm. Acesso em: 20 de setembro de 2015.
- RODRIGUES, Flávio Marcondes Soares. **A evolução histórico-legislativa da posse indígena**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2437, 4 mar. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14445>. Acesso em: 26 abr. 2016.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental: parte geral**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista do Tribunais.
- RORAIMA, Tribunal de justiça. Pet. 3388, Tribunal Pleno. Ação Popular, Ementa No. 2408 – 2. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Brito. Roraima, 19 de março de 2009. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. DJe no. 181. 881 p.

- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2000. São Paulo: Edições profissionais Ltda, 2000. 432 p.
- SANDT, Joris Van de. **Conflictos Mineros y Pueblos Indígenas en Guatemala**. Netherlands: Cordaid, 2009. 171 p.
- SANTO AGOSTINHO. **O livre-arbítrio**. São Paulo: Editora Paulus, 1995. 296 p.
- SELA, Pedro Luís López; NEGRETE, Alejandro Ferro. **Derecho Ambiental**. México: Iure Editores, 2006. 342 p.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 924.
- SILVA, Luiz Fernando Villares e. (Org.). **Coletânea da legislação indigenista brasileira**. Brasília: CGDTI/FUNAI, 2008. 818p.
- SIMÕES, Jonathas da Silva. **Infanticídio Indígena em Tribos Brasileiras**. Relatório do Centro de Investigação da UNICEF, em Florença, fevereiro de 2004. Acesso em: 20 de setembro de 2015. Disponível: <<http://oabpb.org.br/artigos/infanticidio-indigena-em-tribos-brasileiras/>>.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Jaruá Editora, 2012. 209 p.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. **Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina**. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México, 1988. 337 p.
- _____. **Los pueblos originarios: el debate necesario**. Buenos Aires: CTA Ediciones: CLACSO: Instituto de Estudios y Formación de la CTA, 2010. 175 p.
- TORRE, Ángel Sánchez de la. **Teoría y experiencia de los derechos humanos**. Madrid: Gregorio del Toro, 1968. 183 p.
- VIEGAS, Daniel Pinheiro. **A tradicionalidade da ocupação indígena e a Constituição de 1988: A territorialização como instituto jurídico-constitucional**. 2015. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental). Universidade do Estado de Amazonas. Programa Pós-graduação em Direito Ambiental. Manaus.
- VILABOY, Sergio Guerra. **Cuadernos de Trabajo. 2. Etapas y procesos en la historia de América Latina**. Veracruz: Instituto de Investigaciones Histórico-Sociales. Universidad Veracruzana, 1997. 63 p.

ZARSKY, Lyuba; STANLEY, Leonardo. **Buscando Oro en el Altiplano de Guatemala: Beneficios económicos y riesgos ambientales de la Mina Marlin.** Medford: Instituto de Desarrollo Global y Medio Ambiente. 2011, 53 p.