

**O DEVER DE CONSULTA AOS POVOS INDÍGENAS:
CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO E SOBRE O
PROVEITO DE UMA LEGISLAÇÃO INTERNA A PARTIR DA
EXPERIÊNCIA PERUANA**

*THE CONSULTATION DUTY TO INDIGENOUS PEOPLES: CONSIDERATIONS
ABOUT THE INSTITUTE AND THE ADVANTAGE OF A DOMESTIC LAW
FROM THE PERUVIAN EXPERIENCE*

Alessandra Quines Cruz¹

Defensora Pública Dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Gilberto Schäfer²

Professor do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter

Paulo Gilberto Cogo Leivas³

Professor do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos humanos.

RESUMO: No presente artigo analisamos, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, o instituto do dever de consulta aos povos indígenas. Observamos, para tanto, os marcos do direito internacional dos direitos humanos dos povos indígenas estabe-

lecidos pela normativa internacional vigente no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, da Organização das Nações Unidas e a partir da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A pesquisa visa, assim, a estabelecer, considerando o referencial teórico da interculturalidade, as características

¹ Mestra em Direitos Humanos (Uniritter/2015). *E-mail:* alessandraquines@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5175916153394355>.

² Juiz de Direito na Comarca de Porto Alegre, Doutor e Mestre em Direito público pela UFRGS, Professor da ESM/Ajuris. *E-mail:* schafer@via-rs.net. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5204288597170064>.

³ Procurador Regional da República. Professor da Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre (UFCSPA). *E-mail:* pgleivas@uol.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8903151502297215>.

comuns internacionalmente reconhecidas do instituto. A seguir, discutimos a experiência do Peru, um dos países latino-americanos que adotou uma lei interna de regulamentação do dever de consulta.

PALAVRAS-CHAVE: dever de consulta; povos indígenas; declaração universal dos direitos dos povos indígenas; Convenção nº 169 da OIT; lei de consulta do Peru.

ABSTRACT: *In this article we analyze, from bibliographical and documentary research, the duty to consult the institute to indigenous peoples. We note, therefore, the milestones of the international law of human rights of indigenous peoples established by existing international rules within the International Labour Organization, the United Nations and from the jurisprudence of the Inter-American Human Rights System. The research thus seeks to establish, considering the theoretical framework of multiculturalism, the common features internationally recognized institute. Next, we discuss the experience of Peru, one of Latin American countries adopted a national law to regulate the duty of consultation.*

KEYWORDS: *duty to consult; indigenous people; universal declaration of the rights of indigenous peoples; Convention 169 of the ILO; Peru consultation law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O dever de consultar segundo as Nações Unidas; 2 O dever de consultar segundo a Organização Internacional do Trabalho – OIT; 3 O dever de consultar segundo o sistema interamericano de direitos humanos; 4 A experiência no Peru; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The duty to consult according to the United Nations; 2 The duty to consult according to the International Labor Organization – ILO; 3 The duty to consult according to the inter-American human rights system; 4 Experience in Peru; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

No presente artigo, analisamos o instituto do dever de consulta aos povos indígenas, a partir da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, com o objetivo de delinear os contornos jurídicos do instituto, por meio dos documentos internacionais que regulam o tema, bem como a partir das considerações acrescidas pela jurisprudência especializada.

O objetivo da pesquisa expressa relevância no Brasil, assim como no Peru, outro país analisado, na medida em que consideramos como marco referencial teórico-normativo a interculturalidade, que rompe com o modelo colonial de subordinação dos povos indígenas à sociedade hegemônica dominante e propõe o intercâmbio entre culturas em condições de igualdade:

Como señalé en el capítulo anterior, los términos multi, pluri e inter-culturalidad tienen genealogías y significados diferentes. Mientras que lo pluri y multicultural son términos descriptivos que sirven para caracterizar la situación diversa e indicar la existencia de múltiples culturas en un determinado lugar, planteando el reconocimiento, tolerancia y respeto entre ellas, la interculturalidad aún no existe. Es algo por construir. Ella va mucho más allá del respeto, la tolerancia y el reconocimiento de la diversidad; señala y alienta, más bien, un proceso y proyecto sociales y políticos que apuntan a la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida nuevas y distintas. Por lo tanto, la interculturalidad parte del problema de las relaciones y condiciones históricas y actuales –es decir, de la realidad en la cual sigue vigente un patrón de poder colonial –, de la dominación, exclusión, desigualdad e inequidad, como también de la conflictividad que estas relaciones y condiciones engendran. Así, sugiere un proceso activo y permanente de negociación e interrelación, donde lo propio y particular no pierdan su diferencia sino que tengan la oportunidad y capacidad para aportar, desde esta diferencia, a la creación de nuevas comprensiones, convivencias, colaboraciones y solidariedades. (Walsh, 2009)

Também os apontamentos de Clavero (2014)⁴ podem ser utilizados para compreender o motivo, por exemplo, da ausência de regulamentação do dever de consulta vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, o que possibilita a perpetuação de subordinação, dependência e invisibilidade de comunidades tradicionais indígenas perante o Estado. De acordo com Rios (2008), esta lógica poderia ser identificada como uma modalidade de discriminação indireta, que consiste justamente, neste caso, em uma prática do Poder Público, aparentemente

⁴ Neste sentido, ressalta-se que as comunidades indígenas nunca foram consultadas sobre seus direitos consuetudinários e os conflitos com o direito indigenista. Questões como o significado e a importância da terra e da natureza no direito indígena não dialogam com o direito indigenista, que os reduz ao conceito de propriedade. Estas construções históricas não representam uma lógica infeliz do Brasil. O autor Bartolomé Clavero discute as lacunas dos instrumentos de Direitos Humanos que têm o efeito de “exclusão mediante a inclusão”, principalmente em relação aos povos inferiorizados e culturalmente diferenciados. Ou seja, aponta os direitos humanos como um produto de lógicas liberais, voltados para o individualismo e etnocentrismo de Estados claramente influentes, portanto contraditórios e incapazes de compreender a lógica coletiva, como é o caso das comunidades indígenas.

inofensiva, sem que seja possível na maioria das vezes identificarmos, mas que, como resultado, gera violações e aprofunda as desigualdades.

Sobre o dever de consulta aos povos indígenas, é instituto previsto na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1989, e na Declaração Universal sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (ONU), de 2007. Trata-se, sinteticamente, do dever que incumbe aos Estados de consultar os povos indígenas sobre medidas de cunho legislativo e administrativo que os afetem. O instituto possui características e objetivos que analisaremos a seguir, conforme o entendimento dessas duas grandes organizações na interpretação das normas citadas. No mesmo sentido, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos revela que também o sistema interamericano de direitos humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), embora não disponha, em seu âmbito, de uma norma específica sobre os povos indígenas, reconhece o dever dos Estados-membros de observar a consulta, com seus princípios e suas características intrínsecas.

Dado que baseamos nosso conceito sobre o instituto da consulta aos povos indígenas nas definições presentes na Declaração Universal sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DUDPI) e na Convenção nº 169 da OIT (Convenção 169), convém pontuar as diferenças conceituais entre uma declaração e uma convenção, esta última espécie do gênero tratado⁵.

Na forma da definição legal constante da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969⁶, bem como na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986⁷, os tratados são acordos em que os signatários têm o poder de obrigar-se legalmente mediante sua ratificação. No que tange à Convenção nº 169, observa o procedimento de tratado, criando obrigação legal dos Estados-membros que a ratificaram no sentido de adequar sua legislação nacional e suas

⁵ Conforme a definição de Seitenfus (2000, p. 330): “Convenção é o tratado em que se criam normas gerais, por exemplo: Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984”.

⁶ Artigo 2º, 1, a: “‘Tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste em um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

⁷ Artigo 2º, 1, a: “‘Tratado’ significa um acordo internacional regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito: i) entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais; ou ii) entre as organizações internacionais, quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação específica”.

práticas internas, além de desenvolver ações visando ao cumprimento integral da Convenção.

As declarações de direitos da ONU, entre as quais está a DUDPI, são percebidas pela maioria da doutrina como instrumentos não vinculantes aos países. Diferentemente do que ocorre com as convenções, são consideradas como metas, objetivos a serem atingidos pelos Estados que as firmam, mas sem o valor obrigacional do tratado. No que pese essa constatação, tratando-se de instrumento que é firmado de maneira voluntária pelos países, e no caso da DUDPI, aprovada por um número expressivo de Estados-membros, assume, por essa condição, o teor de compromisso em implementar sua aplicação.

No que pese esse cenário de compromissos assumidos, a leitura da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o dever de consulta, especialmente em se considerando o número de casos que envolvem essa discussão⁸, demonstra que as principais violações de direitos humanos desses povos, assim como as principais dificuldades de cumprimento da Convenção n° 169 da OIT relacionam-se com a não aplicação ou a aplicação deficiente do instituto do dever de consulta. De outro lado, alguns países da América Latina – tomamos para fins dessa análise o exemplo do Peru – Estados-parte da ONU e signatários da Convenção n° 169 da OIT optaram por adotar uma legislação interna que regulamenta o instituto. No caso do Brasil, este ratificou a Convenção n° 169 em julho de 2002, por meio do Decreto Legislativo n° 143, em vigor desde 2003, não possuindo, contudo, uma legislação própria para a consulta.

Este artigo, portanto, tem o objetivo de analisar as principais características do dever de consulta, segundo o direito internacional dos direitos humanos dos povos indígenas, para, então, discutir a experiência legislativa do Peru.

1 O DEVER DE CONSULTAR SEGUNDO AS NAÇÕES UNIDAS

O reconhecimento de direitos indígenas no âmbito da ONU não se restringe à DUDPI. Ao contrário, o documento exsurge como corolário de princípios que já estavam postos no sistema internacional, decorrentes da interpretação de diversos tratados internacionais de direitos humanos. Reconhece-se que a DUDPI, no entanto

⁸ JURISPRUDÊNCIA da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direitos dos Povos Indígenas. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

[...] é o mais importante acontecimento internacional a esse respeito ao condensar o entendimento amplamente compartilhado a respeito dos direitos dos povos indígenas que se foram acumulando ao longo de decênios sobre a base das fontes existentes de normas internacionais em matéria de direitos humanos. (Nações Unidas, 2008)

Nos termos da DUDPI, o direito à livre determinação dos povos indígenas contém uma participação e uma interação com as estruturas sociais mais amplas nos países em que vivem. Os povos indígenas, portanto, têm o direito de participar, se assim o desejarem, na vida política, econômica, social e cultural do Estado, mas, principalmente, de ser consultados sobre as decisões que os afetam, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado. A declaração consigna, em seu art. 19, que

Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem. (Nações Unidas, 2007)

A interpretação da norma pode ser extraída de um dos principais mecanismos de controle da ONU, a sua Relatoria Especial sobre a Situação dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais dos Povos Indígenas. Os informes temáticos e informes de país, instrumentos de atuação da Relatoria, contêm relevantes apanhados sobre a aplicação do instituto da consulta nos Estados-membros. No Informe sobre o Chile (Nações Unidas, 2009), o Relator James Anaya aponta os princípios internacionais aplicáveis à consulta dos povos indígenas, a propósito da reforma constitucional chilena.

Podem-se identificar, então, pelo menos seis princípios aplicáveis à consulta, segundo a ONU. O primeiro, diz respeito ao fato de que a consulta deve realizar-se com caráter *prévio*, antes da ação estatal consultada. Quanto a esse ponto, não há maior discussão doutrinária, visto que as normas citadas não deixam dúvida a respeito. Em segundo lugar, a consulta *não se esgota com a mera informação*. Nesse sentido, na consulta sobre a reforma constitucional mexicana de 2001, sobre direitos dos povos indígenas, também a OIT expressou:

[...] as “audiências ante o Congresso”, se bem permitiram que representantes dos povos indígenas “se expressassem”, ditas audiências não constituíram “consultas sistemáticas com organizações representativas”. Nesse sentido, o Comitê considerou que ditas audiências não constituíram um processo no qual as pessoas ou organizações que tiveram a oportunidade de ser ouvidas puderam, ademais de serem ouvidas, instaurar um intercâmbio genuíno com continuidade e tempo para, ao menos ter a possibilidade de chegar a acordos. (OIT, 2001, § 103)

Em terceiro, a consulta deve ser de *boa-fé*, o que significa que deve ser procedida de modo a gerar confiança entre as partes, tanto nos espaços governamentais como nos comunitários. Uma consulta gerada em um clima de enfrentamento não deve ser reconhecida como de boa-fé, pois não poderá produzir o diálogo necessário ao consenso. Em quarto lugar, a consulta deve ser *adequada* e por meio *das instituições representativas indígenas*. A representatividade dos povos indígenas, ademais, deve estar desprovida de oportunismos e cooptações empresariais e estatais que impeçam uma consulta adequada.

Em quinto lugar, a consulta deve ser *sistemática e transparente*, isto é, por meio de procedimentos formalizados, sistemáticos, replicáveis e transparentes. A sistematização dos procedimentos para levar a cabo às consultas deve ser consensual, também realizada por meio de processos consultivos, a fim de evitar a arbitrariedade e os conflitos desnecessários.

Por fim, vale referir o princípio atinente ao *alcance da consulta*. Este princípio se refere ao tão discutido caráter vinculante dos resultados de uma consulta. Os Estados têm a obrigação de “chegar a um acordo ou lograr o consentimento acerca das medidas propostas”, segundo o texto da DUDPI. Como máxima expressão da democracia e do princípio da não discriminação, isso deve significar que, sem um acordo entre as partes, não pode o Estado executar a ação. Do contrário, para nada serviria a consulta se, de qualquer forma, ao final, o Estado pudesse impor sua vontade. Quanto a esse requisito, o Relator Especial da ONU para os povos indígenas, em suas observações acerca do processo de revisão constitucional no Equador, fez-se a seguinte pergunta: “Mas o que ocorreria se não se chegasse ao consenso e ao consentimento indígena depois de um processo de boa-fé em que a parte indígena pôde participar plena e adequadamente?” (Nações Unidas, junho de 2008). O Relator responde que, com base na livre determinação dos

povos indígenas, e por razões práticas, o Estado não deveria executar o projeto unilateralmente, tal como destacou a Corte Interamericana no Caso *Saramaka versus Suriname*, mais à frente analisado: “deve o Estado abster-se de realizar atos [...] a menos que o Estado obtenha o consentimento livre, prévio e informado de dito povo” (Corte IDH, 2007, p. 65).

2 O DEVER DE CONSULTAR SEGUNDO A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT

De se destacar, no tópico, a razão pela qual a matéria indígena vem regulamentada principalmente em uma Convenção da OIT, que é uma organização destinada à emissão e ao controle de normas referentes ao direito dos trabalhadores no âmbito internacional. Nesse sentido, observa-se que “[...] o ponto de partida para que a OIT se ocupasse das populações indígenas foram reflexões econômicas [...]” (Kayser, 2000, p. 232). Isso porque, em muitos Estados-parte da OIT, os povos indígenas constituíram grande parte da força de trabalho, de modo que a melhoria das condições sociais desses grupos passou a ser alvo de grande preocupação internacional, movimento que deu causa à edição da Convenção nº 107 da OIT, de 26 de junho de 1957, sobre a proteção e a integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, a qual mais tarde foi revisada pelas normas da Convenção nº 169.

Prosseguindo na sistematização do acervo normativo e jurisprudencial quanto ao dever do Estado de consultar os povos indígenas, analisaremos importante publicação da OIT, formulada no marco dos 20 anos da Convenção nº 169. Trata-se do “Guia sobre o Convênio 169 dos direitos dos povos indígenas e tribais na prática” (OIT, 2009). No guia, a OIT deixa claro que a consulta aos povos indígenas é a pedra angular da Convenção nº 169, reconhecendo que se traduz em um dos seus principais desafios, sem dúvida, em razão do generalizado descumprimento. A OIT reafirma que sem consulta não há participação efetiva e, portanto, os arts. 6 e 7 da Convenção são os pilares sobre os quais repousa a aplicação da Convenção em seu conjunto.

Continua interpretando a OIT que a consulta tem o objetivo principal de garantir a participação efetiva dos povos indígenas em todos os níveis do Estado, políticos, legislativos e administrativos, naqueles processos que lhes afetem diretamente. Segundo a Convenção, a consulta é considerada uma forma-chave de diálogo para harmonizar interesses contrapostos, podendo evitar conflitos. A consulta é o mecanismo por meio do qual os povos têm o direito de decidir suas

prioridades, exercendo controle sobre seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural (OIT, 2009).

Questão importante que a interpretação da OIT estabelece é a referente ao fato de que a obrigação dos Estados de consultar aos povos indígenas tem um nível geral e um nível particular. Em um nível geral, devem consultar-se a todas as disposições da Convenção, e, no nível particular, devem consultar-se todo tipo de medidas que lhes afetem diretamente. Na Convenção, a obrigação dos governos de consultar adquire especial relevância em seis casos: (1) ao prever medidas legislativas ou administrativas (art. 6.1.a); (2) antes de proceder a prospecção ou exploração de recursos do subsolo (art. 15.2); (3) ao considerar a alienação das terras de povos indígenas ou a transmissão de seus direitos sobre essas terras a pessoas estranhas à sua comunidade (art. 17); (4) com anterioridade à retirada e reassentamento dos povos indígenas, que somente deverá efetuar-se com o consentimento dado livremente e plenamente informado (art. 16); (5) na organização e no funcionamento de programas especiais de formação profissional (art. 22), e (6) Nas medidas orientadas a ensinar a ler e escrever às crianças em seu próprio idioma indígena (art. 28) (OIT, 2009).

A OIT adverte que, dentro do contexto da Convenção nº 169, a obrigação de garantir que se efetuem as consultas adequadas recai nos governos e não em particulares ou empresas privadas. O Estado é o responsável de garantir que se tomem as medidas de consulta e participação necessárias. E, ainda, para garantir um processo consultivo adequado, a Convenção estabelece que uma consulta deve ser levada a efeito observando as seguintes características: (1) por meio de instituições representativas; (2) apoiando o desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias dos povos indígenas e, também, conforme o caso, fornecendo os recursos necessários; (3) com boa-fé; (4) por meio dos procedimentos adequados; (5) com o objetivo de alcançar um acordo ou consentimento; (6) com uma avaliação periódica do funcionamento dos mecanismos de consulta (OIT, 2009).

Em suma, o posicionamento da OIT quanto à interpretação de sua Convenção não diverge do que se extrai da leitura da DUDPI: que as consultas e a participação são componentes fundamentais de um processo de consentimento, que devem ser celebradas de boa-fé, e que as partes devem estabelecer um diálogo que lhes permita encontrar soluções adequadas em uma atmosfera de respeito recíproco e participação plena e equitativa. Sem dúvida, as consultas requerem tempo e um sistema eficaz de comunicação entre as partes interessadas. Por fim, esse processo pode incluir a opção de negar o consentimento (OIT, 2009).

3 O DEVER DE CONSULTAR SEGUNDO O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Em terceiro lugar, incumbe analisar o posicionamento do sistema interamericano na questão, dado que tanto o Peru – cuja legislação interna pretendemos abordar – como o Brasil fazem parte desse sistema, o que influencia diretamente o reconhecimento e a aplicação do instituto da consulta. Nesse passo, de se ressaltar que tanto a Comissão como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, têm desenvolvido um corpo jurisprudencial sobre os direitos coletivos dos povos indígenas. O fundamento é o art. 21 da Convenção, sobre o direito à propriedade, que a Corte interpreta como direito à propriedade coletiva dos povos indígenas. Um dos casos mais emblemáticos no tema é o caso “Povo Saramaka *versus* Suriname”, em que a Corte concretiza o dever do Estado de consultar os povos indígenas como parte das garantias fundamentais do direito internacional com vistas à subsistência do povo indígena como tal.

Em 23 de junho de 2006, a Comissão apresentou à Corte uma demanda contra o Estado de Suriname por violações às garantias de propriedade e de proteção judicial do Povo Saramaka. Na sentença de fundo do caso, a Corte descreve sua jurisprudência em direitos indígenas sobre o direito de propriedade, garantido no art. 21 da Convenção Americana, concluindo que os Estados devem respeitar a relação especial que os povos têm com seu território para garantir sua sobrevivência social, cultural e econômica. Também, segundo a Corte, o art. 21 deve ser lido em conjunto com os arts. 1.1 e 2 da Convenção, os quais obrigam os Estados à adoção positiva de medidas especiais para garantir o pleno e igualitário exercício dos territórios que ocuparam tradicionalmente (Jurisprudência..., p. 257).

Os Estados-parte que ratificaram a Convenção Americana, portanto, estão obrigados a respeitar os territórios indígenas, compostos pelas terras e recursos naturais, segundo o art. 21 da Convenção; porém, este não é um direito absoluto, podendo o Estado autorizar restrições sempre que se cumpram com as cinco condições reconhecidas pela Corte: (1) que tenham sido previamente estabelecidas por lei; (2) que sejam necessárias; (3) que sejam proporcionais; (4) que tenham um objetivo democrático legítimo, e (5) que não impliquem a denegação da subsistência do povo indígena. A Corte, então, sentencia que, para assegurar que as restrições anteriores não impliquem uma denegação da subsistência dos povos indígenas, o Estado deve cumprir com três garantias: (1) direito do povo a ser consultado e a obrigação de obter o consentimento;

(2) que o povo indígena obtenha benefícios razoáveis, e (3) que sejam procedidos de estudos de impacto ambiental e social (Jurisprudência..., p. 289).

Com isso, a Corte estabeleceu que, para garantir a participação efetiva do povo Saramaka nos planos de desenvolvimento e investimento dentro de seu território, o Estado tem o dever de consultar ativamente essa comunidade, segundo seus costumes e tradições. Na esteira do entendimento da ONU e da OIT, anteriormente analisado, entendeu a Corte Interamericana que o Estado tem o dever de fornecer informações para manter uma comunicação constante entre as partes, e que a consulta deve realizar-se de boa-fé, por meio dos procedimentos culturalmente adequados, tendo por finalidade alcançar o acordo.

4 A EXPERIÊNCIA NO PERU

A partir da análise desse contexto de reconhecidas obrigações estatais, observamos a experiência específica de um país que promulgou uma legislação interna de consulta: o Peru. Nesse país, a vigência da Convenção nº 169 da OIT tem sido declarada pelo Tribunal Constitucional peruano em diversas sentenças, tais como nos precedentes STC 00022-2009-PI/TC, STC 06316-2008-PA/TC e STC 00025-2009-PI (Chávarri, 2011).

No Peru, reconhece-se que a Convenção nº 169 tem *status* normativo constitucional (Ruiz, 2012). Essa interpretação fundamenta-se nos arts. 3º e 55¹⁰ e da Quarta Disposição Final¹¹ e Transitória da Constituição Política de 1993 e no art. V do Título Preliminar do Código Processual Constitucional¹², conforme entendimento do Tribunal Constitucional peruano prolatado na Sentença nº 00022-2009-PI/TC.

⁹ “Artículo 3. Derechos Constitucionales. *Númerus Apertus*. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

¹⁰ “Artículo 55. Tratados Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

¹¹ “DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS [...] Cuarta.- Interpretación de los derechos fundamentales Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

¹² “Artículo V. Interpretación de los Derechos Constitucionales El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

No que pese, portanto, já haver a obrigação legal vigente a partir da Convenção nº 169 – e reconhecida jurisprudencialmente –, havia uma demanda histórica pela implementação da lei de consulta no Peru, a qual foi contemplada pela edição da Lei nº 29.785 e seu regulamento.

Foi por impulso do movimento indígena que se gerou um processo social para obrigar o Estado peruano a reconhecer, desenhar e implementar o direito à consulta. Após o conflito de Bagua, em 2009¹³, tanto em razão do conflito como em razão do diálogo nacional, e em razão dos avanços de satisfação de demandas judiciais ante o Tribunal Constitucional peruano, o Congresso decidiu priorizar a adoção de um marco legal para o direito à consulta prévia. Esse processo permitiu um debate nacional sobre os direitos indígenas em relação ao que já estava definido pelo Tribunal Constitucional, mas especialmente sobre a controvérsia de posições existentes, naquele momento, entre o governo peruano e o movimento indígena.

Nos anos de 2009 e 2010 foram apresentadas várias propostas de lei para regular o direito à consulta¹⁴, as quais contribuíram para o “*Dictamen de Proyecto de Ley*”, que foi apresentado ao Congresso em maio de 2010. O projeto, depois de aprovado no Parlamento, foi submetido ao Poder Executivo, que, utilizando-se do poder de apontar observações, enviou propostas de mudança de texto para restringir direitos. Entretanto, foi aprovado o texto original.

A lei de consulta foi então aprovada em agosto de 2011 como parte de um processo político em que as organizações indígenas aceitaram um texto sem modificações, mas com certas ressalvas e críticas. Dos aspectos louvados, em consonância com os paradigmas internacionais, ressalta-se a identificação de um procedimento de consulta com etapas orientadoras e o estabelecimento do acordo entre Estado e povos indígenas como vinculante e obrigatório, dois elementos que já haviam sido destacados em diversos pronunciamentos do Tribunal Constitucional peruano.

Dos aspectos criticáveis, observa-se que não inclui expressamente as causas que obrigatoriamente demandam consentimento prévio e que estão

¹³ Violento conflito entre indígenas e policiais em Bagua, na região amazônica do Peru, após quase dois meses em que indígenas mantinham uma das principais estradas da região bloqueadas em protesto contra uma lei que permitia a exploração de madeira e minérios por empresas estrangeiras em suas terras.

¹⁴ Proposta da “*Defensoría Del Pueblo*” (junho de 2009); proposta da Mesa nº 03 de Consulta do “*Grupo Nacional de Desarrollo de la Amazonía*”, e proposta de organizações indígenas amazônicas e andinas, que se somou à proposta da Mesa nº 03 do “*Grupo de Diálogo Nacional Post Bagua*”.

contemplados na Convenção nº 169, por exemplo, o consentimento para a reassentamento voluntário (art. 16). Ademais, a lei não define um órgão técnico para sua implementação, função exercida pelo “Viceministerio de Interculturalidad”, órgão que não conta com participação indígena em sua conformação. Por fim, a lei exclui do seu âmbito de aplicação as medidas administrativas e legislativas anteriores à sua entrada em vigência.

Nota-se que as dificuldades apontadas decorrem do fato de que a consulta prévia aos povos indígenas não é somente um tema teórico, ou um debate de procedimento, mas produz consequências. No caso peruano, essas consequências se explicitam a partir das políticas estatais que promovem e facilitam o investimento privado em matéria de extração de recursos naturais sem que se estabeleça mecanismo de diálogo com as comunidades e povos indígenas.

Nesse sentido, um dos informes produzidos pela sociedade civil:

É por isso que a expectativa gerada pela Lei de Consulta Prévia vem significando, por ora, uma frustração e um reclamo justificado das principais organizações nacionais representativas dos povos indígenas. A forma pela qual os funcionários estatais especializados no tema manejaram os momentos seguintes à promulgação dessa Lei tem sido decepcionante e tem retirado rapidamente as esperanças que haviam gerado, provocando um incremento da desconfiança em face de um Estado que historicamente tem excluído e reprimido as demandas desses povos. (Gamboa; Snoeck, 2012, p. 8)

A crítica anterior expressa a constatação de que a mera promulgação de uma lei regulamentadora não necessariamente garante o cumprimento do dever de consulta segundo os parâmetros estabelecidos na legislação internacional, inclusive porque a falta de lei não deve ser obstáculo para a cumprimento dessas normas.

CONCLUSÕES

A aprovação de uma lei de consulta é, ao mesmo tempo, ponto de chegada e ponto de partida. No Peru, foi o ponto de chegada de um processo de esforço coletivo que demandava o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

Não obstante, em uma perspectiva de futuro, a aprovação da lei constituiu apenas um ponto de partida de um longo processo de implementação do direito à consulta. Com efeito, a obrigação estatal de garantir o direito à consulta não se esgota com a promulgação de uma norma. É, no entanto, reconhecidamente um passo importante, mas por si só insuficiente. Cada vez que o ordenamento reconhece um direito fundamental, estabelece tacitamente três obrigações ao Estado: desenvolver instituições, desenvolver procedimentos, e designar orçamento para a real implementação do direito reconhecido.

Sem dúvida, o processo de regulamentação da Convenção nº 169 da OIT é uma necessidade no trajeto da concretização da participação efetiva e democrática dos povos indígenas em assuntos e ações de interesse público que os envolvam direta ou indiretamente. Mas é fundamental reconhecer que a Convenção nº 169 da OIT é autoaplicável quando incorporada pelos países signatários, como é o caso do Brasil. Isso significa dizer que mais importante que a regulamentação em si é o seu cumprimento de fato, obrigação que já existe para o Estado. Isso significa também que deve ser avaliado se há condições políticas para a aprovação de uma lei que atenda a todos os parâmetros internacionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Secretaria Nacional de Articulação Social. Processo de regulamentação dos procedimentos de consulta prévia no Brasil Convenção nº 169 OIT. 2013. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/sistema/ck/files/consultapreviaOIT.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

_____. 2014. Secretaria Geral da Presidência da República. Grupo de Trabalho Interministerial sobre Convenção nº 169 promove última reunião. 14.02.2014. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2014/02/12-02-2014-grupo-de-trabalho-interministerial-sobre-convencao-169-promove-ultima-reuniao>. Acesso em: 30 mar. 2014.

CHÁVARRI, Abraham García. 2011. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: Una breve nota con ocasión de la STC 00024-2009-PI y la Ley 29785. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Lima. Setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.pcs-mfc.org/documentos/jurisprudencia/sentencias/Jurisprudencia-Tribunal-Constitucional-y-Derecho-a-la-Consulta.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. *Derecho Global: por una historia verosímil dos derechos humanos*. Ed. Trotta. 2014.

GAMBOA, César; SNOECK, Sébastien (Ed.). 2012. Análisis Crítico de La Consulta Previa en El Peru: Informes Sobre el Proceso de Reglamentación de la Ley de Consulta y del

Reglamento. Lima. Disponível em: <http://servindi.org/pdf/dar_consulta_previa.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2014.

JURISPRUDÊNCIA da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direitos dos Povos Indígenas. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico ao estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. 1994. Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Observação Geral nº 23 sobre o art. 27 do Pacto. Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.7 at 183.

_____. 1997. Comitê para Eliminação da Discriminação Racial. Recomendação geral nº XXIII relativa aos direitos dos Povos Indígenas. Doc. ONU CERD/C/51/Misc.13/Rev.4.

_____. Junho 2008. Relator Especial sobre a Situação dos Direitos Humanos e Liberdade Fundamentais dos Povos Indígenas. Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador. Doc. ONU A/HRC/9/9/Add.1.

_____. Agosto 2008. Relator Especial sobre a Situação dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais dos Povos Indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/9/9.

_____. 2009. Relator Especial sobre a Situação dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais dos Povos Indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6.

OIT. 2001. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.283/17/1; GB.289/17/3.

OIT. 2009. Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Un guía sobre el Convenio 169 de la OIT. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2014.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RUIZ, Juan Carlos Molleda. 2012. *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Lima, IDL. Disponível em: <<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo28022013-134431.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

_____. 2011. *Guía de interpretación de la Ley de consulta previa de los pueblos indígenas (Ley n° 29785): Análisis, comentarios y concordancias de cada uno de los artículos*. Lima, IDL. Disponível em: <<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo16022012-135533.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad, estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*. Quito: UASB/ Abya Yala, 2009.

Submissão em: 23.01.2016

Avaliado em: 18.02.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 31.01.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 01.03.2016 (Avaliador E)

Aceito em: 14.09.2016