

DIREITOS DOS POVOS TRADICIONAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO CASO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL

TRADITIONAL PEOPLES RIGHTS ON THE SUPREME COURT: A ANALYSIS OF CASE OF "TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL"

ELIANE PINTO MOREIRA

Professora Coordenadora do Grupo de Pesquisas "Direitos dos Povos Tradicionais", Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará, Mestre em Direito pela PUC/SP e Doutora pelo NAEA/UFPA, Professora UFPA e CESUPA. E-mail: moreiraeliane@hotmail.com.

ISABELA CANTO

Discente do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas "Direitos dos Povos Tradicionais". E-mail: bela_canto@hotmail.com.

LUIZA MELISSA PIMENTEL

Discente do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas "Direitos dos Povos Tradicionais". E-mail: melissa.cavalcante@gmail.com

PATRÍCIA AQUINO

Discente do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas "Direitos dos Povos Tradicionais". E-mail: patriciapaula_aquino@hotmail.com

RAYSA ALVES

Discente do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas "Direitos dos Povos Tradicionais". E-mail: raysaantoniaalves@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho técnico-científico possui a pretensão de analisar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro no que concerne aos direitos dos povos tradicionais. Esta análise tem a finalidade de observar se o Estado está promovendo uma política de afirmação e aplicação do acervo jurídico posto na Constituição de 1988 e nos tratados internacionais referentes ao tema, como, por exemplo, a Convenção 169 da OIT, da qual o país é signatário. Para realizar esta tarefa, tomou-se como referência o caso que discutiu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, uma decisão paradigmática, a qual demonstra que a aplicação dos direitos desses grupos ainda está em estágio de construção no Judiciário Brasileiro, o qual ainda resiste em garanti-los plenamente.

Palavras chave: Direitos; Povos Tradicionais; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This technical and scientific work aims to analyze the judgments given by the Brazilian Federal Supreme Court in regards to the rights of the traditional peoples. This analysis is intended to observe whether the State is promoting a politics to state and apply the juridical collection contained in the Constitution of 1988 and in the international treaties related to the theme, such as the Convention 169 of the OIT, from which the country is signatory. To this end, it has been taken as reference the case that has discussed the demarcation of the "Terra Indígena Raposa Serra do Sol", a pragmatic decision which demonstrates that the application of the rights of these groups is still in the stage of construction in the Brazilian Judiciary, which still resists to truly guarantee these rights.

Keywords: Rights; Traditional Peoples; Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 ANÁLISE DA INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO 169 NOS ARGUMENTOS DO S.T.F; 1.1 Autodeterminação e Autoidentificação; 1.2 Territorialidade; 1.3 Consulta Livre, Prévia e informada; 1.4 Pluralismo Jurídico; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) é um dos principais instrumentos jurídicos internacionais de proteção dos direitos dos povos tradicionais que constitui, na atualidade, a espinha dorsal do arsenal jurídico de proteção destes sujeitos de direitos.

A Constituição Federal absorve os ditames da Convenção n.º 169 da OIT e ao lado do Decreto nº 6.040/2007 que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, além de outros instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, permite reconhecer um regime jurídico de proteção aos direitos de povos tradicionais no país.

Todavia, apesar do complexo e rico regime jurídico vigente a violação de direitos é fato corrente, em especial quando se contrapõe a interesses hegemônicos, especialmente econômicos.

Vale ressaltar que a compatibilização entre a Convenção 169 e o direito interno ainda sofre muitas resistências no que diz respeito à observância dos direitos por ela garantidos.

Nesse sentido, importa referir o recente entendimento firmado pelo STF sobre a tese da supralegalidade dos tratados internacionais conduzindo à interpretação de que “os tratados de direitos humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante”¹. Desse modo, reforça o compromisso com a proteção dos direitos humanos e sua aplicação imediata no território nacional.

Sendo assim, é inequívoca a obrigatoriedade de observância da Convenção 169 bem como dos direitos estruturantes por ela previstos, tais como: o direito à autodeterminação, à autoidentificação, ao pluralismo jurídico, à territorialidade e à consulta prévia dos povos tradicionais que devem ser respeitados e aplicados no complexo espaço pluricultural brasileiro.

¹ MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos. v. 10, n. 18. São Paulo: Conectas, 2013. p. 219.

Com isso, faz se necessário uma análise crítica da atuação dos órgãos judiciários brasileiros, em especial, do Supremo Tribunal Federal (STF) a fim de aferir como tem ocorrido a efetivação desses direitos já reconhecidos no campo normativo.

O presente artigo objetiva investigar como tem se dado no Brasil a aplicação e efetivação da Convenção n.º 169 da OIT, tomando como referência o caso que discutiu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Necessário referir que este caso é multifacetário e dotado de complexidade ímpar, para que se tenha uma ideia, em pesquisa realizada no sítio eletrônico do STF², a partir da utilização da ferramenta “Pesquisa Livre”, e manejando o argumento de pesquisa “Raposa Serra do Sol” é possível acessar 17 acórdãos, 89 decisões monocráticas, 14 decisões da Presidência do STF e 02 decisões em questão de ordem, todos concernentes ao caso.

Dentre estas decisões destaca-se o julgamento de Ação Popular em 2010 (Pet 3388 - RR), tendo como Relator o Ministro Ayres Britto, no qual direitos estruturantes como autodeterminação e autoidentificação, territorialidade, consulta prévia e pluralismo jurídico são abordados, todavia cabe refletir se tal abordagem se deu em consonância com a Convenção 169 da OIT, estudo proposto no presente artigo.

1 ANÁLISE DA INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO 169 NOS ARGUMENTOS DO S.T.F.

1.1 Autodeterminação e Autoidentificação

O direito à autodeterminação consiste no entendimento que cabe às comunidades e povos tradicionais deliberar sobre as decisões que tenham impactos em suas vidas, por isso sua grande relevância, o que o faz integrar o rol de direitos basilares de tais povos. A Convenção 169 da OIT, relativo a esse entendimento, dispõe:

Artigo 7º- 1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da

² Disponível em: <[https:// www.stf.gov.br](https://www.stf.gov.br)> Acesso em: 04 /01/2014 a 25/01/2016.

formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.³

Muito vinculado ao direito à autodeterminação está o direito ao autoreconhecimento, o qual significa aceitar a previsão que os próprios povos tradicionais têm o direito de se autodefinir, de dizer quem são e como se concebem. A Convenção 169, já referida anteriormente, no art. 1º, item 2 estabelece:

Artigo 1º-2. A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a **definição dos grupos** aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção (grifos nossos).⁴

A partir disso observa-se uma mudança no método de identificação destes sujeitos de direitos que transita de “explicativo” (a partir de um referencial de um observador externo) para “consultivo” ou “atributivo” (os membros da própria comunidade dizem de forma ativa o que são e quem reconhecem como parte do grupo).

Essa relação umbilical do direito a autoidentificação com a autodeterminação foi tratada no Acórdão emanado pelo STF nos autos da Ação Popular (Pet 3.388/RR) de duas diferentes formas: primeiramente, de forma satisfatória e em seguida de forma prejudicial, principalmente em relação ao direito à autoidentificação, destoando das disposições da Convenção 169 da OIT.

No caso citado, os Ministros decidiram pela legalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol de forma contínua e para fundamentá-la recorreram ao reconhecimento de aspectos identitários dos povos indígenas.

A partir do reconhecimento identitário, concluíram que as populações indígenas por seu perfil coletivo e a necessidade de afirmação da sua autossuficiência econômica, garantida a partir de um modo de produção - o qual se baseia em um sistema rotativo de plantio - necessitavam de uma área territorial compatível, dessa maneira, o modelo contínuo de demarcação foi afirmado a fim de preservar usos e costumes tradicionais. Porém, uma discussão

³ BRASIL. Presidência da República (2004). Decreto n.º 5051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da União, 20/04/2004, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> Acesso em : 18 fev.2014.

⁴ BRASIL. Presidência da República (2004). Decreto n.º 5051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da União, 20/04/2004, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> Acesso em : 18 fev.2014.

sobre *tradição* foi travada, com base no argumento do requerente que entendia que os indígenas da área sofreram um processo de *aculturação*, como consequência do intenso intercâmbio deles com os não-índios.

Sobre o tema pronunciou-se o Ministro Relator Ayres Britto:

Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.⁵

Nesse primeiro momento, então, satisfatoriamente observa-se que o entendimento do STF leva em consideração que o direito à autoidentificação é parte integrante do direito à autodeterminação e que essa previsão autoriza não apenas a identificação étnica do grupo por parte dos seus integrantes (autoidentificação), mas também se reflete no poder de disporem sobre o seu modo de vida, imprimindo-lhe mudanças, inclusive, se assim desejarem (autodeterminação). Dessa maneira, os povos tradicionais, possuem o direito de recriarem, reinventarem suas tradições, sem implicar em perda de sua identidade étnica, pois o contato e até absorção de traços culturais exógenos não conduz à perda dos elementos endógenos que os caracterizam.

O antropólogo Mércio Gomes em seu livro “Os índios e o Brasil”, versa sobre o deslocamento do chamado “paradigma aculturativo” para o “paradigma da multiplicidade cultural”, o que implica a compreensão “que a permanência da diversidade e da multiplicidade indígena é a base natural onde os processos de mudança se dão, a integração social pode ocorrer, sem que o processo descambe para a assimilação cultural”⁶. Nesse sentido ainda, Laraia conclui a ideia:

Concluindo, cada sistema cultural está sempre em mudança. Entender esta dinâmica é importante para atenuar o choque entre as gerações e evitar comportamentos preconceituosos. Da mesma forma que é fundamental para a humanidade a compreensão das diferenças entre povos de culturas diferentes, é necessário saber entender as diferenças que ocorrem dentro do mesmo sistema.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Petição nº 3888*. Augusto Affonso Botelho Neto contra União. Relator: Ministro Carlos Britto. 19 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>>. Acesso em: 5 jan. 2014.

⁶ GOMES, Mércio Pereira. *Índios e o Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1991. p.45-46

Este é o único procedimento que prepara o homem para enfrentar serenamente este constante e admirável mundo novo do porvir⁷

Desta forma, observa-se que o STF ao tratar sobre *aculturação* dispensa a interpretação de outrora, presente na Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), a qual em grande medida é norteadada pela lógica integracionista que muitas vezes toma por base visões desrespeitosas sobre a cultura indígena baseadas no assimilacionismo. Segundo Marés de Souza Filho: “Ao índio sobrou como direito a possibilidade de integração como indivíduo, como cidadão, ou juridicamente falando, como sujeito individual de direitos. Se ele ganhava direitos individuais, perdia o direito de ser povo.”⁸

Em um segundo momento, porém, o referido S.T.F. utiliza-se de determinadas construções textuais, que se mostram paradoxais diante das disposições da Convenção 169 (espinha dorsal dos direitos dos povos tradicionais) e ratificadores da visão assimilacionista que a Convenção busca extirpar, conforme se observa na ementa do Acórdão:

Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos *silvícolas*, estes, sim, *índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva*. (grifo nosso)⁹

Neste sentido, uma situação um tanto controversa se estabelece diante da garantia ao direito à autoidentificação dos indígenas no Caso Raposa Serra do sol, ora suscitado em vista do texto constitucional e dos tratados internacionais de Direitos Humanos, como a Convenção 169 da OIT, tal qual se observa no caso do novo tratamento dado ao vocábulo *aculturação*, ora agredido pelos resquícios da política integracionista que inspirou o Estatuto do índio, como se verifica diante da consideração que índios em seu estado natural são “*silvícolas em primitivo estágio de habitantes da selva*”¹⁰.

⁷ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura, um Conceito Antropológico*. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 52.

⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. “*Multiculturalismo e direitos coletivos*”, em Boaventura de Sousa Santos (org.), *Reconhecer para Libertar: Os caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 200.p. 77.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Petição nº 3888*. Augusto Affonso Botelho Neto contra União. Relator: Ministro Carlos Britto. 19 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20OPet%20/%203388>>. Acesso em: 5 jan.2014.

¹⁰ Ibidem

Como se vê são perceptíveis as deficiências da decisão no que diz respeito a salvaguarda dos direitos à autodeterminação e à autoidentificação, em razão de sua interpretação em desconformidade com a Convenção 169 da OIT.

1.2 Territorialidade

O direito ao território ou direito à territorialidade dos povos e comunidades tradicionais também foi consagrado pela Convenção 169 da OIT. Desde então, representa essencial garantia para a afirmação do direito à dignidade dos sujeitos de direito em questão. Frente ao argumento fornecido pela Convenção 169, o STF posiciona-se no sentido do reconhecimento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, assegurando a unidade e integridade do território, uma vez que entendeu que a terra como o verdadeiro espaço de exercício da dignidade e de acesso às garantias fundamentais das comunidades indígenas ocupantes deste complexo geográfico.

O Direito ao Território é tratado, na Convenção 169, dentre aqueles cuja garantia é fundamental para o respeito pela integridade dos povos e comunidades tradicionais, sendo responsabilidade dos governos signatários da Convenção, como é o caso do Brasil, assumirem a responsabilidade de desenvolver ações protetivas destes direitos, tal como qualquer cidadão e o artigo 2ª da Convenção, deixa expresso tal compromisso:

Artigo 2º - 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) **que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população.**¹¹

Ainda elencando os direitos e garantias presentes na Convenção 169 da OIT, desponta como trecho expresso de proteção à territorialidade, estendida aos povos indígenas e a todos os povos e comunidades tradicionais, o parágrafo primeiro do art. 4º:

¹¹ BRASIL. Presidência da República (2004). Decreto n.º 5051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da União, 20/04/2004, p.1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm > Acesso em : 18 fev.2014.

“Artigo 4º - 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.”¹² (grifos nossos)

Imprescindível, portanto, para o curso desta análise, é a compreensão do termo territorialidade, que Paul E. Little define como “o esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, convertendo-a assim em seu ‘território’ ou *homeland*”¹³

O referido autor utiliza o conceito de cosmografia para afirmar a “relação particular que um grupo social mantém com seu respectivo território”¹⁴. Este engloba os saberes, ideologias e identidades utilizadas no estabelecimento e manutenção do território. Torna-se evidente, em face disto, que o conceito de território ultrapassa a concepção limitada da seara fundiária, a qual vê a terra como um mero espaço abstrato.

É, então, da relação com o território que nasce a complexidade de relações culturais, sociais e políticas travadas pelos povos tradicionais, sendo nestas que os mesmos conferem a marca da territorialidade ao espaço que habitam.

Para o S.T.F. no caso Raposa Serra do Sol, a demarcação das terras indígenas é abordada como um capítulo avançado do constitucionalismo fraternal, o qual corrobora para a efetivação de um novo tipo de igualdade material: a igualdade civil-moral de minorias.

Ressalta o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, na Petição 3.388, que a busca empreendida pela justiça brasileira rumo à compensação de desvantagens historicamente acumuladas seria viabilizada por meio de mecanismos oficiais de ações afirmativas de direitos, portanto, o reconhecimento do direito ao território às etnias indígenas habitantes da Raposa Serra do Sol, representa umas destas vias de afirmação, mas é importante refletir que na atualidade este direito tem vivido à sombra das chamadas “questões estratégicas do país”.

Os territórios indígenas, bem como aqueles ocupados por povos e comunidades tradicionais, fundamentam-se em décadas, em alguns casos, séculos de habitação efetiva. Deste modo, a longa duração dessas ocupações fornece um peso histórico incomensurável às suas reivindicações territoriais, sobretudo por que o direito a territorialidade representa para estes povos a possibilidade de concretização dos demais direitos fundamentais como: a

¹² Ibidem

¹³ LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. Série Antropologia: Brasília, 2002. p. 03 - 04.

¹⁴ Ibidem

autoidentificação e determinação; a consulta prévia, livre e informada; a implementação em seu território de programas de saúde, educação e infraestrutura básica que o Estado oferece, dentre outros. No que tange ao processo demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol o entendimento acima colocado guiou, sem dúvidas, a tomada de decisão do STF.

Todavia, lamentavelmente o STF se posicionou pela afirmação de *marcos* caracterizadores da ocupação das terras pelos indígenas, afirmando serem imprescindíveis à demarcação territorial, criando uma limitação descabida aos direitos existente e já afirmados pela Convenção 169 O STF entendeu que os marcos de ocupação a seguir explicitados dizem respeito ao conteúdo positivo do ato de demarcação continuada das terras indígenas no caso Raposa Serra do Sol. O marco temporal de ocupação fora contado a partir da CF/1988, a qual conferiu reconhecimento aos índios dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

Na decisão são listados os marcos: da tradicionalidade da ocupação, o qual consiste na ostentação do caráter de perdurabilidade da ocupação do território ocupado, em outras palavras, os indícios materiais e psíquicos da posse nativa nas terras que ocupam; e o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional.

Por outro alguns aspectos positivos surgiram quando do tratamento do direito territorial e o reconhecimento de seu reconhecimento como interdito à ações que busquem limitá-lo:

Terra indígenas, no imaginário coletivo [...], não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda a ancestralidade, toda a coeternidade e toda posteridade de uma etnia. **Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras ' são inalienáveis e indisponíveis' e os direitos sobre elas imprescritíveis (§4º do art. 231 da Constituição Federal).** O que termina por fazer deste tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto do Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil.¹⁵ (grifos nossos)

Entretanto, mesmo diante de tamanho avanço em prol do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e de todos os povos e comunidades tradicionais - os quais se relacionam umbilicalmente com as terras habitadas por eles e seus ancestrais - é profundamente lamentável

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Petição nº 3888**. Augusto Affonso Botelho Neto contra União. Relator: Ministro Carlos Britto. 19 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20OPet%20/%203388>>. Acesso em: 5 jan. 2014.

constatar a incoerência no sentido de que ao mesmo tempo em que é reconhecido o direito indígena à territorialidade, pautado a partir do critério identitário, a manutenção deste direito lhe é inviabilizada diante da “V” condicionante expressa na Petição 3.388 e regulada pela Portaria 303 da Advocacia Geral da União, a qual, inclusive, se confronta com outro direito edificante dos povos indígenas: a consulta livre, prévia e informada.

1.3 Consulta Livre, Prévia e Informada

O Direito à consulta Livre, Prévia e Informada está afirmado no artigo 6º da Convenção 169 da OIT.

Artigo 6º - 1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente [...] ¹⁶

A Convenção 169 da OIT, além de assegurar o direito à consulta, também orienta acerca do modo que este deve ser aplicado: de boa fé, mediante múltiplos encontros até que sejam sanadas todas as dúvidas da população afetada referente aos motivos, finalidades e impactos sociais e ambientais que podem advir do projeto a ser implementado, sempre de modo compatível à cultura do povo afetado.

Artigo 6º- 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. ¹⁷

Além disso, também existem precedentes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos que confirmam a importância de tal direito, como a decisão do caso Sarayaku vs Equador, que decidiu em favor dos índios em detrimento dos interesses de uma empresa petrolífera, visto que as atividades desta afetavam diretamente o modo de vida indígena.

¹⁶ BRASIL. Presidência da República (2004). Decreto n.º 5051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da União, 20/04/2004, p.1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm > Acesso em : 18 fev. 2014.

¹⁷ Ibidem

Segundo relatório da Anistia Internacional: “Diante desta sentença, nenhum país do continente pode negar que tem a obrigação de efetuar um processo de consulta adequado e participativo com os povos indígenas, de acordo com as práticas culturais dos mesmos”¹⁸.

Entretanto, apesar de ser signatário da convenção 169 da OIT, o Brasil não tem observado este direito e lamentavelmente a decisão do STF no caso ora analisado corrobora esta postura. Com efeito, o acórdão da Pet 3.388/RR, impõe condicionantes totalmente divergentes com o direito assegurado pela Convenção 169:

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.¹⁹

Com isso, nega-se o direito à consulta aos índios e abre espaço para uma discricionariedade-autoritária do Estado, visto que o termo “estratégico” é vago e pode ser interpretado de diversas maneiras. Segundo Raul do Valle, tal declaração é “claramente uma extrapolação e uma afronta ao Estado de Direito, na medida em que permite que decisões totalmente discricionárias possam impedir o exercício de um direito fundamental”²⁰. Deve-se ressaltar que em decisão posterior o S.T.F. restringiu esta condicionante ao presente caso não podendo aplicá-la à outras hipóteses o que em certa medida reduziu os danos causados.

Vale ressaltar também que consulta e consentimento, apesar de estarem intimamente relacionados, não são sinônimos. O consentimento é um estágio após a consulta, no qual o povo afetado deve posicionar-se informando se aceita ou não as medidas discutidas durante o processo de consulta. Ou seja, ao negar o direito à consulta, o Estado Brasileiro nega a necessidade da oitiva e de qualquer diálogo com os indígenas afetados, que estarão

¹⁸ ANISTIA INTERNACIONAL. Comunicado de Imprensa de 27 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/ecuadorsentenciacorteinteramericana-victoria-pueblos-indigenas-2012-07-27>> Acesso em: 21 jan. 2014.

“Tras esta sentencia, ningún país del continente puede negar que tiene la obligación de efectuar un proceso de consulta adecuado y participativo con los pueblos indígenas de acuerdo a las propias prácticas culturales de éstos”

¹⁹ Ibidem

²⁰ VALLE, Raul do. “Decisão do STF é favorável a índios, mas mantém algumas contradições”. Instituto Socioambiental. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/decisao-do-stf-e-favoravel-a-indios-mas-mantem-algumas-contradicoes>> Acesso em: 13 nov. 2013.

completamente alheios a tudo aquilo que tomará forma em suas terras, fato que desrespeita claramente as disposições da Convenção 169, que neste ponto não foi observado.

1.4 Pluralismo Jurídico

O pluralismo jurídico é afirmado na Convenção 169, senão vejamos:

Artigo 8º- 1. Na aplicação da legislação nacional aos povos interessados, seus costumes ou leis consuetudinárias deverão ser levados na devida consideração.

2. Esses povos terão o direito de manter seus costumes e instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais previstos no sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para a solução de conflitos que possam ocorrer na aplicação desse princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1o e 2o deste artigo não impedirá que membros desses povos exercitem os direitos assegurados a todos os cidadãos e assumam as obrigações correspondentes.

Artigo 9º- 1. Desde que sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos tradicionalmente adotados por esses povos para lidar com delitos cometidos por seus membros deverão ser respeitados.

2. Os costumes desses povos, sobre matérias penais, deverão ser levados em consideração pelas autoridades e tribunais no processo de julgarem esses casos.²¹

Apesar de o pluralismo jurídico proporcionar uma maior compreensão da modernidade e seus diversos atores sociais, uma análise no caso Raposa Serra do Sol deve ser realizada de acordo com o posicionamento do STF sobre esse direito fundamental.

A História mostra que o fenômeno da ocidentalização era a única perspectiva na afirmação sobre o que era o Direito e gerou profundo desrespeito aos direitos das minorias étnicas com a adoção de um discurso que “pretendendo-se científico, mostra-se dogmático e fundamentalista”²²

De facto, durante muitos anos, após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos foram parte integrante da política da guerra-fria, e como tal foram considerados pelas forças políticas de esquerda. Duplos critérios na avaliação das

²¹ BRASIL. Presidência da República (2004). Decreto n.º 5051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da União, 20/04/2004, p.1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm > Acesso em : 18 fev.2014.

²² SANTOS, Rodrigo Miotto dos. **Pluralismo, Multiculturalismo e Reconhecimento: uma análise constitucional do Direito dos povos indígenas ao reconhecimento.** Mimeo Inédito. S/d, p. 3

violações dos direitos humanos, complacência para com ditadores amigos do Ocidente, defesa do sacrifício dos direitos humanos em nome dos objectivos do desenvolvimento - tudo isto tornou os direitos humanos suspeitos enquanto guião emancipatório.²³

Com a criação da Convenção 169 da OIT, a ratificação de tratados internacionais por diversos países e a inserção de dispositivos sobre os povos tradicionais na CF (1988), sendo que esta última surge com temas inovadores em seu conteúdo, como a criação de um capítulo específico e destinado aos índios, modificando a retrógrada concepção da falta de aprofundamento no assunto em constituições anteriores, igualmente houve o surgimento de teorias, como as pluralistas, que garantem o acesso desses povos aos seus direitos.

No entanto, apesar da abertura para essa nova concepção pluricultural de integração entre os indivíduos, o Brasil ainda enfrenta seu passado colonizado. Isso é observado claramente na análise crítica do caso de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, como afirma César Augusto Baldio, alegando que o STF ignora o verdadeiro pluralismo jurídico, pois “manteve uma visão monista do direito, numa espécie de “multiculturalismo” soft, que reconhece a diversidade, desde que ela não seja problemática”.²⁴

O STF entendeu que a titulação de bens aos povos tradicionais não os torna isolados do poder da União sob as terras e os direitos dessas minorias, logo se observa o que foi exposto no parágrafo anterior, no qual as regras dos povos só são garantidas ou reconhecidas conforme o ordenamento jurídico brasileiro. Neste caso, termos como “soberania nacional” e “direitos dos povos” são utilizados em aparente contraposição por diferentes interlocutores.

[...] Em tema de índios, não há espaço constitucional para se falar de pólis, território, poder político, personalidade geográfica; quer a personalidade de direito público interno, quer, com muito mais razão, a de direito público externo. O que de pronto nos leva a, pessoalmente, estranhar o fato de agentes públicos brasileiros aderirem, formalmente, aos termos da recente “Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas” [...], porquanto são termos afirmativos de um suposto direito à autodeterminação política, a ser “exercido em conformidade com o direito internacional”. Declaração, essa, de que os índios brasileiros nem sequer precisam para ver a sua dignidade individual e coletiva juridicamente positivada, pois o nosso Magno Texto Federal os protege por um modo tão próprio quanto na medida certa. Bastando que ele, Magno Texto Brasileiro, saia do papel e passe a incorporar ao nosso cotidiano

²³ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 2.ed.. São Paulo: Cortez, 2008. p. 445.

²⁴ BALDI, César Augusto. *Interculturalidade, direitos humanos e pluralismo jurídico*. Porto Alegre: Renovar, 2004. p.6.

existencial, num itinerário que vai da melhor normatividade para a melhor experiência. É a nossa Constituição que os índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria no plano sócio-econômico e histórico-cultural, e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por bem intencionada que seja.²⁵

A explanação completa da citação encontra-se no voto do relator Ministro Carlos Ayres Britto, o qual destaca o uso de termos específicos para o Brasil como um todo e não apenas para uma parte da população, por exemplo, a palavra “nação” indígena que aponta como claramente equivocada. No final do tópico, afirma que a Constituição deve ser o único documento que rege os direitos dos povos tradicionais, logo qualquer tratado internacional ratificado pelo Brasil seria desnecessário comparado ao texto da Carta Magna brasileira...

Após essa análise sobre o caso no STF, constata-se que a proposta do pluralismo jurídico como “contestação da pretensão exclusivista do Estado”²⁶ é frequentemente relegada para segundo plano, pois ao longo do inteiro teor do acórdão se observa a afirmação de que a CF (1988) trouxe a “libertação” social, econômica, histórica e cultural, responsável pela integração dessas minorias com a sociedade, ou seja, os direitos dos povos tradicionais ainda são compreendidos de forma limitada. Esse posicionamento ofende diversos tratados internacionais, especificamente a Convenção 169, revelando retrocessos em uma decisão que se por um lado é paradigmática por outro não pode ser comemorada, posto que seria uma importante oportunidade de reconhecer os direitos dispostos na Convenção 169 em sua integralidade.

CONCLUSÃO

A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi, sem dúvida, um capítulo importante da afirmação dos direitos dos povos tradicionais no Brasil, pois reconhece, ao menos em parte, os direitos já consagrados em tratados internacionais, como a Convenção 169 da OIT, e os utiliza como princípios que regem a constituição. Segundo o professor Antonio Maués,

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Petição nº 3888**. Augusto Affonso Botelho Neto contra União. Relator: Ministro Carlos Britto. 19 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20OPet%20/%203388>>. Acesso em: 5 jan. 2014

²⁶ NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, Ijuí - RS, nº 5, Unijui, 1995. p. 07.

A utilização dos tratados de direitos humanos como parâmetros de interpretação constitucional também oferece respostas aos possíveis problemas de compatibilização entre as disposições constitucionais e internacionais, pois permite que o STF harmonize esses conjuntos normativos com base naquela interpretação que ofereça a melhor proteção dos direitos humanos.²⁷

Entretanto, apesar dos avanços ainda existem entraves para um pleno cumprimento dos direitos dos povos tradicionais direitos como territorialidade, Consulta Livre, Prévia e informada foram invocados, mas menoscabados diante do estabelecimento das dezenove condicionantes para a execução do projeto de demarcação contínua. Desta forma, verifica-se que a resolução do caso foi permeada de idas e vindas na afirmação de direitos uma vez que em determinados aspectos garante direitos e em outros os ignora.

Inclusive, as dezenove condicionantes, dentre as quais uma é um perfeito exemplo de desconsideração do direito a consulta, estiveram no cerne das discussões mais recentes envolvendo o caso Raposa Serra do Sol, o qual foi julgado a mais de quatro anos pelo STF. A polêmica consistiu na edição da Portaria nº 303, por parte da Advocacia Geral da União, que pretensamente buscava estender para todos os futuros processos de demarcação as condicionantes estipuladas pelo STF para o caso em questão.

Satisfatoriamente, porém, o STF no julgamento de Embargos de Declaração decidiu por não conceder efeito vinculante à decisão e por consequência as suas condicionantes, embasado no entendimento que o estabelecimento destas está intimamente ligado com as peculiaridades do caso, razão pela qual não seria prudente a sua extensão para outros casos substancialmente semelhantes.

Desta maneira, conclui-se que a aplicação dos direitos dos povos tradicionais no STF ainda está em estágio de construção, pois apesar dos avanços, a aplicação plena e efetiva se processa de modo lento. Razão pela qual questionamos a titulação da decisão como *um avanço*, visto que retrocessos, primordialmente referente ao Direito a Consulta Livre, Prévia e Informada - o qual está intimamente ligado a autoidentificação e autodeterminação, a territorialidade e ao pluralismo jurídico dos povos tradicionais, visto que os direitos destes sujeitos articulam-se no formato de uma complexa rede - são identificáveis.

²⁷ MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. v. 10, n. 18. São Paulo: Conectas, 2013. p. 220.

Em conclusão, entendemos que o STF deveria ter avançado mais quando do julgamento do caso, e o faria se tivesse de fato absorvido os ditames da Convenção 169 reconhecendo sua plena compatibilidade com a Constituição Federal e por via de consequência a inconstitucionalidade de qualquer previsão legal que com ela não esteja plenamente alinhada.

REFERÊNCIAS

- ANISTIA INTERNACIONAL. **Comunicado de Imprensa de 27 de julho de 2012**. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/ecuadorsentenciacorteinteramericana-victoria-pueblos-indigenas-2012-07-27>> Acesso em: 21 jan. 2014.
- BALDI, César Augusto. **Interculturalidade, direitos humanos e pluralismo jurídico**. Porto Alegre: Renovar, 2004, p.6.
- BRASIL. Presidência da República (2004). **Decreto n.º 5051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da União, 20/04/2004, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> Acesso em : 18 fev.2014
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Petição nº 3888**. Augusto Affonso Botelho Neto contra União. Relator: Ministro Carlos Britto. 19 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>>. Acesso em: 5 jan. 2014.
- GOMES, Mércio Pereira. **Índios e o Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1991. p.45-46.
- LARAIA, Roque de Barros. **Cultura, um Conceito Antropológico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 52.
- LITTLE, Paul E. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Série Antropologia: Brasília, 2002. p. 03 - 04.
- MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 10, n. 18. São Paulo: Conectas, 2013. p. 220.
- NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Revista Direito em Debate**, Ijuí - RS, nº 5, Unijui, 1995. p. 07.
- ROULAND, Norbert. **Nos Confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 158.
- SANTOS, Rodrigo Mito dos. **Pluralismo, Multiculturalismo e Reconhecimento: uma análise constitucional do Direito dos povos indígenas ao reconhecimento**. Mimeo inédito. S/d, p. 3.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. "Multiculturalismo e direitos coletivos", em Boaventura de Sousa Santos (org.), *Reconhecer para Libertar: Os caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 77.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 445.

VALLE, Raul do. "Decisão do STF é favorável a índios, mas mantém algumas contradições". Instituto Socioambiental. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/decisao-do-stf-e-favoravel-a-indios-mas-mantem-algumas-contradicoes>> Acesso em: 13 nov. 2013.

Recebido em: 26-01-2016 / Aprovado em: 27-06-2016