

Direitos Indígenas no Brasil: o Julgamento do Caso da Raposa Serra do Sol e a Convenção 169 da OIT

Indigenous Rights in Brazil: the Judgment of Raposa Serra do Sol case and the ILO Convention 169

Leticia Marques Osorio

Resumo

Este artigo analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no caso da demarcação da terra indígena *Raposa Serra do Sol* em 2009, à luz da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais. A Convenção 169 estabelece que os direitos indígenas devem ser protegidos e efetivados com base no respeito a suas culturas, formas de vida, tradições e costumes próprios. Ademais, os povos indígenas têm direito a continuar existindo sem perda de sua própria identidade e com a faculdade de determinar sua própria forma e ritmo de seu desenvolvimento. Diversas salvaguardas institucionais, estabelecendo parâmetros para o exercício dos direitos indígenas frente a outros interesses e direitos, foram incluídas no julgamento final. Sua análise, à luz da Convenção 169 da OIT revela a imposição de extensas restrições ao exercício dos direitos dos povos indígenas na área demarcada, que contradizem normas internacionais ratificadas pelo Estado Brasileiro. Revela, também, que o STF, ao não utilizar a Convenção como instrumento interpretativo, definiu marcos regulatórios de exercício de direitos indígenas com base no direito nacional mas em desconformidade com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado. O artigo indica caminhos que podem ser adotados pelo STF para que contribua com a criação jurisprudencial e implementação do direito fundamental à consulta prévia e informado a favor dos povos indígenas, com vistas à efetiva aplicação dos dispositivos da Convenção 169 da OIT.

Palavras-chave: Direito constitucional, Direito dos Povos Indígenas, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Convenção 169 da OIT.

Abstract

This article analyses, through the lens of the 169 of the International Labour Organisation (ILO) on Indigenous and Tribal Peoples, the decision of the Supreme Court (STF) on the demarcation of the *Raposa Serra do Sol* indigenous land, in 2009. Convention 169 protects indigenous rights based on respect for their cultures, ways of life, traditions and customs. It also recognises their right to continue to exist without losing their own identity and to determine their own way and pace of

development. Several institutional safeguards were included in the final judgement, establishing parameters for the exercise of indigenous rights when in conflict with other rights and interests. Their analysis, in light of 169 ILO Convention, reveals the imposition of extensive restrictions on the exercise of such rights in their own territory, in contradiction with international norms ratified by the Brazilian State. It also reveals that the Supreme Court, by not using the Convention as an interpretative tool, has established regulatory frameworks on the exercise of indigenous peoples' rights that do not take into account the State's international obligations. The article provides recommendations as to how the Supreme Court should contribute to the legal interpretation and enforcement of the fundamental right to prior and informed consultation on behalf of indigenous peoples, so that the ILO Convention 169 devices to be effectively applied.

Keywords: Constitutional law, Indigenous rights, International Human Rights, ILO Convention 169.

I. Introdução

A demarcação da terra indígena da *Raposa Serra do Sol* (TIRSS) é um caso emblemático de demarcação de terra indígena e reafirmação de direitos indígenas que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009, após longos onze anos de controvérsias envolvendo distintas etnias indígenas, não índios residentes na área, a União Federal, e o Estado de Roraima.¹ A decisão revelou e consagrou o regime constitucional de demarcação de terras indígenas como o modelo contíguo, visando preservar o espaço físico de tradicional ocupação e autossuficiência econômica e afetar suas riquezas ao exclusivo desfrute de dada etnia indígena. Diversas salvaguardas institucionais foram incorporadas ao julgamento final, por maioria dos votos, estabelecendo parâmetros para o exercício dos direitos indígenas frente a outros interesses e direitos relacionados ao desenvolvimento, meio ambiente e defesa nacional. Entretanto, quando analisadas à luz da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, revelam extensas restrições impostas ao exercício dos direitos dos índios sobre a TIRSS. Este artigo analisa as salvaguardas institucionais contidas na decisão do STF sobre a demarcação da TIRSS, à luz da Convenção 169 da OIT, visando identifi-

car o alinhamento mútuo, possíveis contradições, e efeitos resultantes sobre os direitos indígenas a terra. O foco da atenção será as dezoito salvaguardas institucionais majoritariamente aprovadas pelo STF relativas à segurança nacional, à preservação do meio ambiente e a exploração das riquezas naturais presentes no solo e subsolo da TIRSS, as quais sujeitam o usufruto dos índios sobre suas terras.

II. Breve Histórico do Processo de Demarcação da Raposa Serra do Sol

A TIRSS, com área de 1.7 milhões de hectares, está localizada no nordeste do Estado de Roraima, na fronteira com a Guiana e a Venezuela, e é morada para cerca de dezenove mil índios das etnias Ingarikó, Makuxi, Taurepang, Wapixana e Patamona. O processo administrativo demarcatório da TI iniciou-se em 1993 com a publicação de um parecer conclusivo da Fundação Nacional do Índio (Funai) propondo o reconhecimento da extensão contínua de 1,67 milhão de hectares. A partir daí, a subsequente série de atos visando à demarcação definitiva da TIRSS por parte da União foi sendo sistematicamente contestada por não índios, principalmente produtores de arroz, vivendo no interior da terra indígena, e pelo

¹ BRASIL Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388/RR. Requerente: Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 30 mar. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760> Acesso em: 22 de abril de 2013.

Estado de Roraima.² Questionavam as dimensões da terra demarcada para os índios e demandavam proteção aos títulos de posse e propriedade privadas sobre ela incidentes. As contestações ao parecer da Funai requerendo a demarcação foram rejeitadas pelo ministro da Justiça em 1996, o qual propôs a redução de cerca de 300 mil hectares de área objetivando a exclusão de núcleos urbanos, equipamentos e instalações federais e estaduais existentes, linhas de transmissão de energia elétrica e leitos de rodovias estaduais e federais. Em dezembro de 1998, o ministro da Justiça assina a Portaria 820 que declara a TIRSS posse permanente dos povos indígenas, em área contínua. Diversas ações são interpostas perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região por não índios e pelo estado de Roraima pedindo a suspensão e definitiva declaração de nulidade da Portaria, e contestadas pela Procuradoria-Geral da República perante o STF. Em 2004, o Procurador-geral da República requer ao STF a preservação da competência para julgar sobre a homologação da TIRSS, uma vez que se configura conflito entre a União e o estado de Roraima.³

Em 2005, o plenário do STF extingue todas as ações que contestavam a demarcação, e o Ministério da Justiça expede a Portaria 534 ratificando a declaração de posse permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang, Wapixana e Patamona sobre a TI, excluindo as áreas do 6º Pelotão Especial de Fronteira e de equipamentos e instalações públicas federais e estaduais então existentes, o núcleo urbano do município de Uiramutã, as linhas de transmissão de energia elétrica, os leitos das rodovias públicas federais e estaduais; determinando, ainda, a retirada dos ocupantes não-indígenas no prazo de um ano. Em seguida o Presidente assina decreto homologando a demarcação da TI e submetendo

o Parque Nacional do Monte Roraima, de propriedade da União, a regime jurídico de dupla afetação, destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos índios. O decreto assegura também a ação das Forças Armadas, para a defesa do território e da soberania nacionais, e da Polícia Federal, para garantir a segurança e a ordem pública e proteger os direitos constitucionais indígenas.

Uma sucessão de ações judiciais reivindicando o reconhecimento das posses de ocupantes não indígenas e a suspensão do processo de extrusão, bem como a suspensão da Portaria 534, veio a ser interposta por produtores de arroz, pecuaristas e senadores contrários à demarcação da TI. Dentre elas a ação popular contra a União, de autoria do Senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, impugnando o modelo contínuo de demarcação da TIRSS e demandando a declaração de nulidade da referida portaria. Os requerentes alegaram a existência de vícios no processo demarcatório, concernente à violação do princípio da ampla defesa e ao contraditório no processo de confecção do laudo antropológico, pleiteando a demarcação da TI em ilhas e visando preservar propriedades e posses de ocupantes não indígenas, sob o argumento de que a reserva em área contínua traria consequências desastrosas para o desenvolvimento econômico e social do estado de Roraima.

Em 2006, Funai e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), com apoio da polícia federal, começam a entrar nas fazendas dos arroteiros para fazer o levantamento das benfeitorias existentes visando à indenização de proprietários e sua retirada da TI. Em 2007, o STF denega mandado de segurança impetrado por produtores de arroz e pecuaristas que ocupam a Raposa Serra do Sol e derruba a liminar, ante-

² A cronologia detalhada dos eventos relacionados ao processo de demarcação da terra indígenas Raposa Serra do Sol pode ser encontrada de forma didática no site do Instituto Sócio-Ambiental (ISA) <http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=cronologia>

³ O instrumento utilizado é uma Reclamação (RCL 2833), visando à preservação da competência do STF com base no artigo 102, inciso I, alínea "f", da Constituição Federal.

riormente concedida, que lhes garantia a permanência na área. O avanço do processo de retirada de ocupantes não indígenas acirra os conflitos com o governo federal e lideranças indígenas, envolvendo batalhas jurídicas, bloqueio de estradas e prisões. O ápice dos confrontos ocorreu em 2008, com o ataque ao posto da polícia federal baseado no município de Pacairama, com ferimento e morte de índios, baleados por funcionários do principal produtor de arroz no interior da TI e Prefeito de Pacairama. Em 2008, o STF inicia o julgamento da Ação Popular ajuizada em 2005, concluindo seus trabalhos em março de 2009. Em junho de 2009 a Polícia Federal concluiu a retirada dos não índios da TIRSS.

III. Direitos Constitucionais dos Povos Indígenas

A Constituição Federal de 1988 contém um capítulo 'Dos Índios' que engloba os Arts. 231 e 232 e consiste num bloco constitucional de direito indígena. A Constituição reconhece aos índios "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens" (Art. 231). Como tal, não é o próprio processo de demarcação que cria uma posse imemorial, um habitat indígena, mas ele somente delimita a área ocupada pelos povos indígenas de acordo com os princípios constitucionais de aplicabilidade obrigatória⁴. A Constituição define as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas como "aquelas 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" (Art. 231 §1).

Terras indígenas pertencem à União (Art. 20, XI da Constituição), e às comunidades indígenas são concedidas a posse permanente e o usufruto exclusivo sobre as terras e das riquezas do solo, os rios e dos lagos nelas existentes (Art. 231, §2). As TIs são inalienáveis e imprescritíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (Art. 23, §4). A Constituição também reconhece os povos indígenas como parte da cultura brasileira e como povo brasileiro ao estabelecer que "o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo nacional" (Art. 215, I), sendo "patrimônio cultural brasileiro" os bens de natureza imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. (Art. 216, V).

Os direitos consagrados em tratados e convenções internacionais de direitos humanos são reconhecidos como parte integrante da Constituição, de acordo com o Artigo 5º §2º que estabelece que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Ademais, o Artigo 5º §1º estipula que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". O entendimento do STF em relação ao status dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos é de que eles possuem força infraconstitucional, ou seja, reconhece a supremacia da Constituição sobre os estes instrumentos internacionais ao passo que admite sua preponderância frente à legislação infraconstitucional. De acordo com esta tese, os tratados ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional 45/2004 – caso da Convenção 169 da OIT –, que introduziu a cláusula de equivalência dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com as emendas constitucionais, não gozariam de

⁴ A demarcação de TIs é regulamentada pela Constituição Federal, pela Lei nº 6.001/73 (Estatuto dos Povos Indígenas) e pelo Decreto nº 1.775/96.

hierarquia constitucional.⁵ Na prática, de acordo com a tese da supralegalidade, em caso de conflito entre a norma constitucional e a internacional, o texto constitucional “deixa de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria”.⁶ À luz do direito internacional, Art. 26 da Convenção de Viena, todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé, e, pois, o Estado não pode elidir suas responsabilidades no âmbito do direito internacional com base em legislação interna.⁷

Desta forma, as Cortes dos Estados que ratificaram instrumentos internacionais podem referir-se diretamente a eles na interpretação da aplicação de legislação nacional relevante relativa aos direitos indígenas sobre suas terras e recursos naturais, ou para o desenho de políticas públicas. No caso dos direitos indígenas, o Brasil ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em 25 de Julho de 2002⁸ e foi favorável à aprovação da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 13 de Setembro de 2007.⁹ A Convenção 169 da OIT é um instrumento jurídico internacional vinculante, sendo que após sua ratificação o país tem um ano para alinhar a sua legislação, políticas e programas ao conteúdo desta.¹⁰ Por ter ratificado a Convenção, o Brasil está sujeito à supervisão em termos de sua implementação.

A Convenção 169 é o instrumento mais abrangente sobre direitos indígenas, que devem ser protegidos e efetivados com base no respeito a

suas culturas, formas de vida, tradições e costumes próprios e na convicção de que os povos indígenas têm direito a continuar existindo sem perda de sua própria identidade e com a faculdade de determinar sua própria forma e ritmo de seu desenvolvimento. Ademais, a Convenção dedica especial atenção à relação dos povos indígenas com a terra que ocupam ou utilizam, principalmente aos aspectos coletivos dessa relação. A seção seguinte identifica os pontos mais relevantes e controversos do julgamento do STF sobre a demarcação da TIRSS para, a seguir, avançar na análise da conformidade deste com a Convenção 169.

IV. O Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal

Três votos proferidos na votação da Ação Popular 3.388 de 2005 são relevantes para dar conteúdo à discussão sobre o alinhamento da decisão do STJ relativo à demarcação da TIRSS com a Convenção 169 da OIT: o do Relator, ministro Carlos Ayres Britto; o voto dissidente do ministro Marco Aurélio que, no mérito, declarou a ação popular inteiramente procedente; e o do ministro Menezes Direito, que estipulou as dezoito salvaguardas institucionais.

O principal resultado da decisão do STF para os direitos indígenas consistiu na declaração de constitucionalidade da demarcação contínua da TIRSS, substanciada pelo voto do Relator, estabelecendo que “o modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade [...] modelo mais bem serviente da

⁵ A Emenda Constitucional 45/2004 introduziu § 3º ao Art. 5º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁶ Supremo Tribunal Federal, Voto-vogal do ministro Gilmar Mendes, RE 466.343-1/2006, p. 28.

⁷ O Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo 496, de 17 de julho de 2009, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, com reserva aos Artigos 25 e 66, tendo sido promulgada pelo Decreto Presidencial 7030, de 14 de Dezembro de 2009.

⁸ A Convenção 169 foi aprovada pelo Decreto Legislativo 143/2002 e promulgada através do Decreto 5051/2004. O texto da Convenção 169 pode ser acessado, na versão em Português, em <http://www.oitbrasil.org.br/node/292>

⁹ Documentos oficiais da Assembleia Geral, sexagésimo primeiro período de sessões, Suplemento No. 53 (A/61/53), primeira parte, cap. II, secc. A.

¹⁰ Organização Internacional do Trabalho, <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>

ideia cultural e econômica de abertura de horizontes...”.¹¹ O Voto do ministro Ayres Brito estabeleceu a posição constitucional dos direitos indígenas quanto ao exercício de sua identidade cultural e usufruto das terras que tradicionalmente ocupam, e definiu o conteúdo normativo do ato de demarcação das TIs. O Relator, além de declarar a inexistência de vícios processuais na ação popular e no processo administrativo demarcatório, bem como a ilegitimidade passiva do estado de Roraima e a impossibilidade de seu ingresso na condição de autor, identificou, para atender aos aspectos substantivos da que-rela, as “coordenadas genuinamente constitucionais de irrecusável aplicabilidade” para o caso concreto da demarcação da TIRSS.¹²

Primeiramente definiu as TIs como categoria jurídico-constitucional de cunho sociocultural, que se inscrevem entre os bens da União e são “constitutivas de um patrimônio cuja titularidade não é partilhada com nenhum outro sujeito jurídico, seja de direito público interno, seja de direito público externo”. Isso não impede, todavia, os vínculos jurídicos entre os índios situados na TI com os Estados e municípios que a envolva.¹³ Para o ministro Ayres Brito, o regime jurídico das TIs é peculiar e especialíssimo – ainda que não se eleve à categoria de política de território – com finalidade “fraternal ou solidária”,¹⁴ ou seja, objetivando a compensação de desvantagens civis e morais experimentadas pelas minorias frente à discriminação racial, por meio de ações afirmativas a se viabilizar por mecanismos oficiais com vistas a alcançar a integração comunitária de todo o povo brasileiro. Dessa forma, a categoria de propriedade privada, sobretudo regulada pelo Código Civil e Código de Processo Civil, não cabe na definição do regime de apossamento e utili-

zação das TIs. Ademais, a competência da União para demarcar terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas deve ser exercitada, se necessário, também contra Estados e Municípios, e não só contra indivíduos não índios.¹⁵ O Relator também desvelou o falso antagonismo entre a questão indígena e desenvolvimento, ao estabelecer que a opção constitucional em favor dos povos indígenas constitui-se na base filosófica do reconhecimento do direito fundamental de cada índio e cada etnia de preservar sua identidade sem perder o status de brasileiro/a, e de interagir com não-índios por sua livre e consciente vontade e de exercer valores próprios à sua cultura, tais como a propriedade coletiva e o rechaço ao enriquecimento pessoal à custa do empobrecimento alheio.

Ademais, o Relator extraiu da Constituição o conteúdo normativo do processo demarcatório de TIs e estabeleceu seu marco regulatório. O primeiro marco refere-se à temporalidade da ocupação tradicional, a qual foi definida como a data da promulgação da Constituição, 5 de Outubro de 1988.¹⁶ Esse aspecto merece ser criticado, pois ao considerar a ocupação tradicional apenas como aquela que se verifica na data da promulgação da Constituição, é aberta uma lacuna para o não reconhecimento de direitos territoriais usurpados das comunidades indígenas, que foram expulsas e espoliadas de suas terras antes desta data por meio de violência física ou moral. Ao estipular tal marco temporal o STF ignora a situação atual de diversos grupos indígenas que reivindicam terras que não ocupam em virtude de terem sido outrora expulsos, o que não pode ser fato gerador da perda de seus direitos constitucionais sobre estas áreas. O voto do ministro Menezes Direito, por sua vez, buscou limitar ainda mais o direito

¹¹ Supremo Tribunal Federal, Ação Popular 3.388/2005, Roraima, Acórdão, 19 Março 2009, p. 237, para. 13.

¹² Supremo Tribunal Federal, Ação Popular 3.388/2005, Roraima, Voto do ministro Relator Carlos Ayres Brito, p. 230, 231, 258 e 259, para. 2, 3 e 41.

¹³ Supremo Tribunal Federal, Ação Popular 3.388/2005, Roraima, Voto do ministro Relator Carlos Ayres Brito, p. 273-274, para. 59, 60 e 66.

¹⁴ *Ibid.*, p. 286, para. 74.

¹⁵ *Ibid.*, p. 277-278, para. 62.

¹⁶ *Ibid.*, p. 298, para. 80, I.

de restituição de terras indígenas usurpadas, ao propugnar que “a homologação tem mais uma importante consequência pelo bem da segurança jurídica: a impossibilidade de revisão dos limites da terra indígena fixados na Portaria do Ministério da Justiça”.¹⁷ A vedação à ampliação da terra indígena já demarcada acabou sendo incorporada na decisão final do STF como salvaguarda institucional da constitucionalidade do procedimento demarcatório da TIRSS. Sobre a possibilidade de ampliar os limites de outras TIs já homologadas, o STF posicionou-se recentemente sobre o tema na ação proposta pelo município de Amarante do Maranhão/MA contra portaria da Funai que determinou a realização de estudos para verificar eventual equívoco – e, por conseguinte, necessidade de ampliação – da área da TI Governador, demarcada em 1982.¹⁸ O município alegou desrespeito à decisão proferida pelo STF no caso da TIRSS, que estabelece o marco temporal de 5 de Outubro de 1988 para a aferição da ocupação territorial por determinada etnia indígena. O STF considerou que o acórdão relativo à demarcação da TIRSS apreciou, especificamente, o procedimento de demarcação daquela reserva indígena, não havendo o exposto estabelecimento de enunciado vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, atributo próprio dos procedimentos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, bem como das súmulas vinculantes, do qual não são dotadas as ações populares.¹⁹

O segundo marco regulatório refere-se à definição da originalidade da ocupação tradicional, a qual traduz uma “situação jurídico-subjetiva

mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios”.²⁰ Ao serem constitucionalmente reconhecidos os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, “o ato de demarcação se torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente”.²¹

O terceiro marco é o da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação, o qual diz respeito às quatro condições que conceituam as terras indígenas previstas no §1º do Art. 231 da Constituição. Para o ministro Ayres Brito da finalidade prática da ocupação tradicional decorre o “sobredireito ao desfrute das terras que se fizerem necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam, especificamente o bem-estar e a reprodução físico-cultural dos índios”.²² Neste sentido, a demarcação de TIs ganha, de acordo com o Relator, “conteúdo irrecusavelmente extensivo”, para garantir aos índios a reprodução de sua estrutura social e da dignidade das condições de vida material de suas gerações presentes e futuras.²³ Estas características, de acordo com o Relator, fazem com que a posse indígena sobre as terras tradicionais seja um instituto fundamentalmente diferente da posse civilista, porquanto naquela a terra deixa de ser mero objeto como é nesta, e ganha conotação de ente em que os indígenas desenvolvem seus usos, costumes, tradições culturais e religiosas.

O ministro Marco Aurélio Mello, por sua vez, foi o único que votou pela procedência da ação popular, declarando nulo o processo administrativo

¹⁷ Ibid, p. 394.

¹⁸ 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Reclamação 13769/DF.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal, 13769 DMS, ministro Ricardo Lewandowski, 23 Maio 2012. Disponível em <http://www.stfjus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28%2813769%2ENOME%2E+OU+13769%2EDMS%2E%29%28%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORL%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENPRO%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bvnnk5y>

²⁰ Supremo Tribunal Federal, Ação Popular 3.388/2005, Roraima, Acórdão, 19 Março 2009, p. 237, para. 12.

²¹ Ibid.

²² Supremo Tribunal Federal, Ação Popular 3.388/2005, Roraima, Voto do ministro Relator Carlos Ayres Brito, p. 301-302, para. 80, III.

²³ Ibid, para 80, IV, b.

demarcatório da TIRSS e fixando parâmetros para uma nova ação demarcatória. 'Muita terra para poucos índios' foi o principal argumento contido no voto, endossando a visão de que os povos indígenas devem ser integrados à sociedade para tornar-se parte da maioria nacional e questionando se apenas 18 mil índios justificam a demarcação contínua.²⁴ Em seu voto o ministro interpretou a Constituição de forma muito restrita, desconsiderando a identidade indígena distinta, a tradição e os valores que lhes dão direito às garantias constitucionais especiais, como resposta à sua condição de vulnerabilidade. Para o ministro Marco Mello a Constituição de 1988 não desconheceu os títulos de propriedade privada compreendidos em cadeia iniciada há mais de meio século, e vedou o retorno dos índios a terras ocupadas em período anterior. Para ele "é temerário falar em terras imemoráveis com o alcance que vem sendo atribuído à expressão, ou seja, de autorizar o desfazimento de uma gama de atos, desalojando-se tantos quantos confiaram na ordem jurídica em vigor e, portanto, na formalização das relações jurídicas que participaram".²⁵

O julgamento final confirmou a demarcação da *Raposa Serra do Sol* de forma contínua e determinou a retirada de todos os ocupantes não índios da TI, o que ocorreu de forma pacífica. Entretanto, o voto do Relator fez agregar aos respectivos fundamentos do julgamento dezenove salvaguardas institucionais sugeridas pelo ministro Menezes Direito, aprovadas pela maioria dos ministros, as quais limitam o exercício dos direitos indígenas sobre a TIRSS.²⁶

"A. O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma da lei complementar (Art. 231, § 6º, da Constituição);

B. O usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional;

C. O usufruto dos índios não alcança a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei;

D. O usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira;

E. O usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses 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 igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Funai;

F. 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;

G. 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;

H. O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental;

²⁴ Em alusão à material publicada no jornal Folha de São Paulo em 21 de Dezembro de 2008, por Ives Gandra Martins. Supremo Tribunal Federal, Ação Popular 3.388/2005, Roraima, Voto do ministro Marco Aurelio Mello, p. 607

²⁵ Ibid, p. 686.

²⁶ Supremo Tribunal Federal, Ação Popular 3.388/2005, Roraima, Acórdão, 19 Março 2009, p. 241-243.

I. 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 aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, podendo para tanto contar com a consultoria da Funai, observada a legislação ambiental;

J. O trânsito de visitantes e pesquisadores não índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

L. Admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela Funai e os fundamentos desta decisão;

M. O ingresso, o trânsito e a permanência de não índios, respeitado o disposto na letra J, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

N. A cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação;

O. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei n. 6.001/1973);

P. É vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária, ou extrativista (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei n. 6.001/1973);

Q. As terras sob ocupação e posse 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 Constituição Federal, bem como a renda indígena (Art. 43 da Lei n. 6.001/1973), gozam de imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

R. É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

S. Os direitos dos índios sobre suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, §4º, Constituição Federal);

T. É assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.”

Julgado pelo plenário do STF em março de 2009,²⁷ o processo tem embargos de declaração interpostos por assistentes do Autor e por comunidades indígenas assistentes da União e da Funai, pendentes de julgamento por aguardar a definição de novo relator para o caso devido à aposentadoria do ministro Ayres Britto. Em 2012 a Advocacia Geral da União emitiu a Portaria 303/2012,²⁸ estabelecendo marco regulatório para a implementação de salvaguardas às terras indígenas, em conformidade com a decisão do STF.

²⁷ Acórdão publicado no DJE em 25/09/2009 - Ata 29/2009. DJE nº 181, republicado no DJE 01/07/2010. DJE nº 120.

²⁸ A Portaria 303/12, da Advocacia-Geral da União, fixa a interpretação das salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observe o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Pet. 3388-Roraima, na forma de condicionantes. A Portaria relativiza, reduz e estabelece como deve ser o direito dos povos indígenas ao usufruto das riquezas naturais existentes nas suas terras, ignora o direito de consulta assegurado na Convenção 169 da OIT, e fere o direito de autonomia desses povos. A Funai, a Associação Brasileira de Antropologia e o Conselho Indigenista Missionário manifestaram repúdio à Portaria, a qual está sendo questionada na Justiça pelo Ministério Público Federal. Por meio da Portaria 415/2012, a entrada em vigor foi postergada para o dia seguinte ao da publicação do acórdão do julgamento dos embargos declaratórios da Pet 3388.

V. As restrições impostas pelo STF sobre os direitos indígenas em face da Convenção 169 da OIT

Embora o julgamento adotado pelo STF esteja em conformidade com o conceito de terra consagrada na Convenção 169, muitas das condições impostas pelo voto do ministro Menezes Direito, se implementadas, violarão direitos indígenas nela consagrados. O conceito contido na Convenção refere-se ao “de territórios, que abrange todo o ambiente das áreas que esses povos ocupam ou usam para outros fins”.²⁹ Neste sentido, a decisão do STF de afirmar constitucionalidade da demarcação contínua da TIRSS e do procedimento administrativo-demarcatório, está em consonância com a legislação internacional sobre direitos indígenas.

O direito das comunidades indígenas à terra constitui direito fundamental, tendo em vista sua relevância para a promoção da dignidade da pessoa humana de cada pessoa indígena, sua reprodução física, econômica, social, cultural e espiritual. O sistema constitucional brasileiro reconhece a transcendente importância do direito a terra dos povos indígenas, o qual não pode ser desproporcionalmente reduzido quando confrontado com outros direitos e interesses legítimos. A Convenção 169 da OIT também reconhece a importância especial da terra para as culturas e valores espirituais dos povos indígenas, determinando aos Estados-parte que a) respeitar essa especial importância, particularmente o aspecto coletivo desta relação; ³⁰ b) salvaguardar o direito dos povos interessados de usar terras não exclusivamente ocupadas por eles às quais tenham tido acesso para desenvolver atividades tradicionais e

de subsistência;³¹ c) tomar medidas para identificar terras tradicionalmente ocupadas por estes povos e garantir a proteção de seus direitos de propriedade e posse;³² d) estabelecer procedimentos para solucionar controvérsias decorrentes de reivindicações por Tis;³³ e) reconhecer aos povos indígenas seus direitos utilizar, administrar e conservar os recursos naturais existentes em suas terras;³⁴ f) a não retirada de povos indígenas das terras que ocupam, salvo como uma medida excepcional que só poderá ser realizada com seu livre consentimento e conhecimento.³⁵

Sem embargo, as salvaguardas institucionais estabelecidas pelo STF reduzem desproporcionalmente os direitos indígenas a terra consagrados pela Convenção 169 da OIT e pela própria Constituição, na ponderação com outros bens jurídicos como segurança nacional, desenvolvimento econômico e meio ambiente. Ademais, estes comandos gerais e abstratos foram inseridos sem nenhuma discussão prévia na sociedade, em tema extremamente complexo e relevante, sendo que a maior parte das salvaguardas institucionais não guarda relação com o objeto da lide – qual seja, a impugnação do procedimento administrativo de demarcação e a demanda pelo reconhecimento e validação de ocupação de não índios no interior da TI – e, portanto, não concedeu aos diversos grupos e instituições afetadas a possibilidade de contraditar e influir na elaboração das referidas salvaguardas.

Por exemplo, as salvaguardas ‘a’ e ‘c’ colocam o direito das comunidades indígenas da TIRSS em manifesta inferioridade frente ao ‘relevante interesse público da União’ no que se refere à exploração, utilização e gestão de recursos hídricos

²⁹ Convenção 169 da OIT sobre Comunidades Indígenas e Tribais, 1989 (n. 169) – Um Manual. Organização Internacional do Trabalho, Genebra, 2003, p. 29

³⁰ Convenção 169 da OIT, Art. 13(1).

³¹ *Ibid.*, Art. 14(1).

³² *Ibid.*, Art. 14(2).

³³ *Ibid.*, Art. 14(3).

³⁴ *Ibid.*, Art. 15(1).

³⁵ *Ibid.*, Art. 16(1)(2).

e naturais do solo, incluindo aí o direito de se beneficiarem de sua exploração mercantil, violando o disposto no artigo 15(1) da Convenção 169 da OIT. A Constituição por sua vez refere-se a 'ressalvar' o relevante interesse público da União em relação à exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas TIs, "segundo o que dispuser lei complementar" (Art. 231, §6º), sendo que tal legislação nunca foi aprovada pelo Congresso Nacional, enquanto que a decisão do STF coloca o interesse da União acima do direito indígena de usufruto das riquezas naturais. Há também franca violação do Art. 15(2) da Convenção 169, que estabelece a obrigação do governo de estabelecer e manter procedimentos pelos quais consultarão os povos indígenas para determinar se seus interesses seriam prejudicados antes de executar ou autorizar qualquer programa de exploração dos recursos naturais existentes em suas terras. Assim, não pode subsistir a assertiva de que somente cabe ao Congresso Nacional autorizar a exploração dos recursos hídricos e potenciais energéticos, ou a pesquisa e lavra das riquezas naturais pelos índios (salvaguarda 'c'), sendo necessária sua consulta e participação para que os direitos de uma minoria não sejam completamente dependentes da vontade política da maioria.

Já em 2005, a Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, em comunicação direta ao governo brasileiro sobre a implementação da Convenção 169, em especial o Art. 15, considerou que:

"[1] En cuanto a la exploración y explotación de minerales, la Comisión toma nota de las informaciones proporcionadas en la memoria sobre el monopolio de la Unión en la materia y nota que sólo se pueden explorar estas riquezas con auto-

rización del Congreso y oídas las comunidades afectadas."³⁶(grifo nosso)

Em 2011, a Comissão de Peritos da OIT, igualmente dirigiu-se ao governo brasileiro para fins de análise do seguimento das recomendações do Comitê Tripartite (reclamação apresentada com base no Art. 24 da Constituição da OIT), em relação à construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte³⁷

[] La Comisión recuerda que en virtud del artículo 15 del Convenio [169], el Gobierno está obligado a consultar a los pueblos indígenas antes de emprender o autorizar cualquier programa de explotación de los recursos existentes en sus tierras. La Comisión pone de relieve que el proyecto hidroeléctrico podría tener consecuencias tales como la alteración de la navegabilidad de los ríos, de la fauna y la flora así como del clima, que afectan a los pueblos que habitan los territorios en que se implantará el proyecto, y que van más allá de la inundación de las tierras o del desplazamiento de dichos pueblos. La Comisión recuerda asimismo que, de conformidad con el artículo 6, el Gobierno debe consultar a los pueblos concernidos, en particular a través de sus instituciones representativas y no a los individuos directamente. Asimismo, las consultas previstas en el Convenio deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Ademais, as salvaguardas 'e' e 'f' conferem primazia incondicional à política de defesa nacional em detrimento dos direitos indígenas. Ademais, "elas tornam a tutela dos direitos indígenas dependente das leituras sobre segurança nacional realizadas por órgãos próximos às Forças Armadas, que pelo seu perfil institucional tenderão muitas vezes a supervalorizar riscos e ameaças, em detrimentos dos interesses consti-

³⁶ Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2005, Publicación: 95ª reunión CIT (2006) Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) - C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Brasil (Ratificación: 2002), para. 5. Acessível em http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:13100:0:NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2256742

³⁷ Observación (CEACR) - Adopción: 2011, Publicación: 101ª reunión CIT (2012), Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) - C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Brasil (Ratificación:2002). http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:13100:0:NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2700476

tucionalmente protegidos das comunidades indígenas”.³⁸ Estes dispositivos, como aqueles enunciados nas salvaguardas institucionais ‘g’, ‘i’, ‘j’, ‘l’ e ‘m’, excluem o direito dos povos indígenas de serem ouvidos antes da adoção de decisão que lhes afetem, violando o Art. 6(1)(a) da OIT que estabelece que “na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão 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[...]”. Embora a Convenção não dê aos povos indígenas o direito de vetar a realização de empreendimentos ou de utilização de recursos naturais de interesse público da União, a consulta deve ser efetiva, ou seja, os povos indígenas devem ter a oportunidade de influir na decisão adotada desde os estágios mais iniciais do empreendimento.³⁹ Isso significa uma consulta genuína, informada e oportuna.⁴⁰ O principal objetivo da Convenção é “oferecer aos índios a oportunidade de participar em processos de tomada de decisão e de influenciar o seu resultado. Ela fornece o espaço para os povos indígenas negociar a proteger seus direitos”.⁴¹ As restrições inscritas nas salvaguardas ‘b’ e ‘c’ não permitem que as comunidades sejam ouvidas antes que a autorização para a exploração mineira seja autorizada pelo Congresso Nacional.⁴² Já as salvaguardas institucionais elencadas nos itens ‘e’, ‘f’, ‘h’, ‘i’, ‘j’, e ‘l’ da decisão do STF, violam o

direito à autodeterminação, que inclui a autogestão e o direito dos povos indígenas de decidir suas próprias prioridades. Isto inclui a gestão e controle de suas vidas e do seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.⁴³ No caso da adoção destas restrições ter por objetivo proteger as pessoas, instituições, propriedade, trabalho, cultura e o meio ambiente dos povos indígenas, elas não podem ser contrárias aos seus desejos expressos livremente (Art. 4(2) da Convenção 169).

Com relação ao direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas, a salvaguarda ‘g’ viola os Arts. 2(2) e 7(2) da Convenção 169, ao prever a possibilidade de autorização genérica para a instalação de equipamentos públicos e estradas, no interior de TIs, sem condicioná-las ao respeito ao exercício dos direitos indígenas e sem consulta prévia. Esta condicionante parece ir de encontro ao defendido pelo Relator Ayres Brito, que estabeleceu uma clara conexão entre a demarcação das TIs, apoiada pelo “capítulo avançado do constitucionalismo fraternal”, e desenvolvimento humanizado. Para ele, a demarcação das TIs consiste em ação de finalidade “[...] constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ação afirmativa (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral)” visando atingir o “superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro[que se dá] pelo modo mais altivo e respeitoso de protagonização dos segmentos minoritários. No caso, os índios a desfrutar de

³⁸ Memorial da Procuradoria-Geral da República à Ação Popular 3388/2005 de 16 de Março de 2009, p. 6.

³⁹ Convenção 169 da OIT sobre Comunidades Indígenas e Tribais, 1989 (n. 169) – Um Manual. Organização Internacional do Trabalho, Genebra, 2003, p. 39-40.

⁴⁰ O governo brasileiro, em Janeiro de 2012, publicou a Ordem Ministerial 35 da Secretaria-Geral da Presidência da República e do Ministério de Relações Exteriores, mediante a qual estabeleceu um grupo de trabalho interministerial para a elaboração de proposta de regulamentação do direito à consulta, que pretende ver concluída em 2014, após pressão exercida por organizações indígenas e quilombolas. Este processo está sendo monitorado pela OIT, conforme Relatório da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, publicado em 2013. Acessível em http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:13100:0:NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3079544

⁴¹ Convenção 169 da OIT sobre Comunidades Indígenas e Tribais, 1989 (n. 169) – Um Manual. Organização Internacional do Trabalho, Genebra, 2003, p. 15-16.

⁴² Por exemplo, a Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT manifestou-se sobre a construção do projeto da barragem Urrá na Colômbia, a qual inundou grande parte do território ocupado pela comunidade indígena Emberá-Katio. Como o projeto foi iniciado sem consulta prévia da comunidade indígena em causa, a Comissão concluiu que o governo colombiano violou o Art. 6º da Convenção 169 (comunicação apresentada pela Central Unitária de Trabalhadores (CUT) e pela Associação dos Sindicatos Médicos Colombianos de 1999, Documento n.º (ILOLEX): 161999COL169B).

⁴³ Convenção 169 da OIT sobre Comunidades Indígenas e Tribais, 1989 (n. 169) – Um Manual. Organização Internacional do Trabalho, Genebra, 2003, p. 9.

um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade.”⁴⁴ A preservação desta identidade e originalidade indígenas compõem como elemento identitário, individual e étnico, do território, constitui-se, de acordo com Ayres Brito, na propulsão para o desenvolvimento como categoria humanista, ecologicamente sustentável e equilibrado, não só enquanto categoria econômica ou material, mas também permeado por valores resultantes do modo indígena.⁴⁵ Este entendimento parece coadunar-se com o conteúdo da Convenção 169 em relação ao desenvolvimento indígena: ele consiste na eliminação das diferenças socioeconômicas em relação à comunidade nacional,⁴⁶ no melhoramento das suas condições de vida, trabalho, saúde e educação, bem como na sua participação e cooperação nos planos de desenvolvimento econômico global e das regiões onde habitam.⁴⁷ Atinente a esse processo está também o direito dos povos indígenas de “decidir suas próprias prioridades para o 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”.⁴⁸ Ademais, o processo de desenvolvimento engloba o direito de “participar na formulação, implementação e avaliação de planos e de desenvolvimento regional que possam afetá-los diretamente”.⁴⁹

A implementação de projetos pela União visando o desenvolvimento das redes de comunicação,

malha rodoviária e sistema de transportes no interior da TI, pode gerar impactos negativos para a vida das comunidades indígenas, afetando sua cultura e tradições e comprometendo suas subsistência e reprodução. Por isso a consulta prévia a estas comunidades é fundamental, para que possam aprofundar a discussão sobre estes impactos e as alternativas possíveis. Desta forma, a salvaguarda institucional aprovada pelo STF que permite a execução de obras públicas sem consultar os índios é contrária ao entendimento do Relator ministro Ayres Brito sobre direitos indígenas ao desenvolvimento, e viola a Convenção 169 ao denegar os seguintes direitos a estes povos: direito de acesso a estudos de avaliação de impacto ambiental a ser realizada antes que qualquer projeto de desenvolvimento planejado seja implementado,⁵⁰ direito a decidir sobre o modelo de desenvolvimento desejado, direito de participar em todas as etapas e níveis de decisão sobre planos de desenvolvimento econômico, social e cultural.⁵¹

A análise das salvaguardas institucionais impostas pelo STF aos indígenas da TIRSS à luz da Convenção 169 da OIT, aqui realizada, não se propõe a ser um estudo exaustivo, devido a limites de espaço. Além dos aspectos já analisados, fariam jus a um estudo mais detalhado as salvaguardas que atribuem prioridade à tutela do meio ambiente em detrimento dos direitos das comunidades indígenas, como por exemplo os itens ‘h’ e ‘i’. O STF não buscou a conciliação entre estes direitos fundamentais pela via da ponderação e dos princípios da proporcionalidade e igualdade, optando por tutelar o direito ao meio

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal, Ação Popular 3.388/2005, Roraima, Voto do ministro Relator Carlos Ayres Brito, para. 74 e 75.

⁴⁵ *Ibid.*, para. 77(I), 77(III) e 79.

⁴⁶ Convenção 169 da OIT, Art. 2(2).

⁴⁷ *Ibid.*, Art. 7(2).

⁴⁸ *Ibid.*, Art.7(1)

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Por exemplo, no caso da região do Vale do Ribeira, Brasil, onde quatro projetos hidrelétricos estavam sendo planejado, a Comissão de Peritos da OIT considerou que “os estudos dos efeitos destes projetos sobre os povos indígenas e tribais, bem como estudos de impacto ambiental, devem ser concluídos antes de [estes projetos hidrelétricos] poderem começar”. Comitê de Peritos da OIT sobre a Aplicação das Convenções e Recomendações. Genebra, 1999, pg. 440.

⁵¹ Convenção 169 da OIT sobre Comunidades Indígenas e Tribais, 1989 (n. 169) – Um Manual. Organização Internacional do Trabalho, Genebra, 2003, p. 23.

ambiente prioritariamente aos direitos indígenas ao meio ambiente.

Todas as salvaguardas impostas pelo STF a TIRSS devem ser objeto de consulta junto às populações indígenas, nos termos do Art. 6(1) Convenção 169, o que não ocorreu: “[...] os governos deverão consultar os povos interessados mediante procedimentos apropriados e em particular através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”.

A decisão do STF de aprovar dezenove limitações ao exercício e efetivação dos direitos indígenas relativos à terra, aos recursos naturais, ao desenvolvimento e à participação democrática, sem efetuar uma consulta mais ampla à sociedade em geral e mais genuína, em relação às comunidades indígenas da TIRSS, parece ter rechaçado o voto do Relator Ayres Brito que propugna pelo benefício que as populações ditas civilizadas têm a ganhar com sua aproximação com os índios, das quais se exigiriam *humildade* e *solidariedade*. Ao aprovar salvaguardas restringindo direitos indígenas sem qualquer consulta aos povos diretamente interessados, parece ter faltado ao STF a humildade e a solidariedade propugnada pelo Relator.

VI. Conclusão

Em referência à Convenção 169 da OIT, o ministro Menezes Direito reconheceu que vários de seus dispositivos já haviam sido incorporados pela Constituição brasileira quando da sua ratificação.⁵² Neste sentido, caberia à Suprema Corte utilizá-la na interpretação e aplicação de normas constitucionais em demandas relacionadas aos

direitos indígenas, não fosse sua relutância em reconhecer a obrigatoriedade, relevância e atualidade das normas internacionais de direitos humanos para a proteção dos direitos indígenas, e a urgência de aplicá-las nas decisões do STF. Entretanto, o que se observa é efetivamente a não aplicação das disposições da Convenção 169, notadamente aquelas que trouxeram inovações em relação às leis existentes no Brasil, como é o caso do direito à consulta prévia.

Desde 2005 diversos relatórios alternativos preparados pela sociedade civil foram enviados à OIT questionando e reclamando da falta de aplicação da referida Convenção no Brasil. Diversas Cortes de países Latino-Americanos, como a Corte Constitucional da Colômbia e a Corte Suprema da Bolívia, além da Corte Interamericana de Direitos Humanos,⁵³ têm reconhecido e aplicado direitos previstos na Convenção 169 da OIT, tais como o direito de consulta prévia.⁵⁴ Uma das principais contribuições do STF para avançar a consciência nacional sobre os direitos dos povos indígenas, visando o reconhecimento destes como sujeitos de direito, seria interpretar e aplicar adequadamente a Convenção 169 da OIT aos casos em que a consulta prévia é obrigatória para a aprovação e adoção de medidas legislativas e administrativas, empreendimentos e políticas públicas que diretamente afetem os povos indígenas. Questão de extrema relevância para o Brasil é a regulamentação e realização da consulta obrigatória para exploração de recursos naturais pertencentes aos povos indígenas, mesmo quando estes recursos sejam de propriedade dos Estados, cujo uso por terceiros venha a afetar os povos indígenas e tribais.

⁵² Supremo Tribunal Federal, Ação Popular 3.388/2005, Roraima, Voto-Vista do ministro Menezes Direito, 19 Março 2009, p. 399.

⁵³ A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem interpretado a aplicação do Art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos para resolução de conflitos envolvendo propriedade indígena, de forma extensiva e ampla, à luz da Convenção 169 da OIT. Por meio desta interpretação geral, a Corte tem considerado que os laços estreitos que os membros das comunidades indígenas possuem com seus territórios tradicionais e recursos naturais associados à sua cultura, bem como os elementos incorpóreos deles decorrentes, devem ser protegidos nos termos do artigo 21 da Convenção Americana. Caso da Comunidade Indígena Yákye Axa v. Paraguai, Julgamento em 17 de Junho 2005. Series C No. 125, paras. 124-131, e Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paragua, Julgamento em 29 de Março de 2006, paras. 117-119.

⁵⁴ B R Garzón (Org.), *Oportunidades e desafios para a implementação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais*, Instituto Socioambiental, 2009.

Durante os últimos 17 anos, após a aprovação da Convenção 169, a OIT tem se manifestado sobre diferentes reclamações e demandas apresentadas pelos povos indígenas e suas entidades representativas ao redor do mundo com relação à sua aplicação, especialmente os artigos 6º, 7º e 15 que se referem ao direito de consulta prévia. A maioria dos pronunciamentos da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT para o Brasil, como indicado ao longo deste artigo, relaciona-se às práticas consideradas como inapropriadas na aplicação do direito de consulta prévia e à necessidade de sua regulamentação.⁵⁵ Frente à dificuldade de se referir positivamente sobre o conteúdo das práticas adequadas para a aplicação do direito à consulta, já que esta depende do contexto de cada povo, do objeto de cada consulta e das particularidades de cada Estado, o STF poderia contribuir para a criação jurisprudencial do direito

fundamental à consulta prévia a favor dos povos indígenas, e efetivamente aplicar os dispositivos da Convenção 169 da OIT. No caso da TIRSS, frente à constatação de que diversas salvaguardas institucionais impostas pelo STF violam direitos indígenas assegurados na Convenção 169, seria oportuno que a Corte revogasse aquelas que são incompatíveis com esta.

Bibliografia

Convenção 169 da OIT sobre Comunidades Indígenas e Tribais, 1989 (n. 169) – Um Manual. Organização Internacional do Trabalho, Genebra, 2003.

B R Garzón (Org.), Oportunidades e desafios para a implementação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, Instituto Socioambiental, 2009.

OIT. Informes de la Comisión de Expertos em Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (1º), para cada reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

⁵⁵ A Observação do Comitê de Peritos da OIT de 2010 se refere detalhadamente a cinco projetos sem participação nem consulta: 1) Hidroelétrica de Belo Monte, 2) Transposição do Rio São Francisco, 3) Projeto de Lei 2540/2006 que autoriza uma hidroelétrica na Cascata de Tamandú, no Rio Cotingo, no Território Indígena Raposa Terra del Sol, 4) Terra Indígena dos Guaraní-Kaiwoá, onde vivem 12 mil indígenas confinados em reservas como ade Dourados, em miséria total e se implementam projetos e políticas sem nenhuma consulta ou participação, 5) Mineração na Terra Indígena dos Cinta Larga, que terá forte impacto no projeto de lei sobre mineração, sem consulta a este povo. Observación (CEACR), Adopción: 2010, Publicación: 100ª reunión CIT (2011), Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) - C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Brasil (Ratificación: 2002). Acessível em http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:13100:0:NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2334442

Leticia Marques Osorio

Advogada, Urbanista e Doutora em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Essex, Reino Unido.