

**A RESTRIÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL À CONSULTA:
UMA OFENSA AO DIREITO FUNDAMENTAL DO ÍNDIO À TERRA**
*LIMITATION OF WARRANTY BASIC CONSULTATION:
AN OFFENSE TO THE FUNDAMENTAL RIGHT OF INDIAN LAND*

Emmanuela Carvalho Cipriano Chaves
Mara Livia Moreira Damasceno

RESUMO

Garantir ao índio o direito à consulta protegendo assim sua terra e aos seus recursos naturais é garantir-lhes o direito a própria vida, pois a terra para a comunidade indígena se confunde com ele mesmo. Esse tema encontra-se na pauta de inúmeras discussões no cenário jurídico nacional e internacional, haja vista a complexa estrutura do direito à terra, que reflete diretamente em vários outros, como: a dignidade humana, a qualidade de vida, a subsistência, a diferença, entre outros, e o interesse das sociedades modernas por desenvolvimento. Objetiva-se, demonstrar que o estudo dos direitos territoriais indígenas exige uma cosmovisão para que não haja restrições no exercício de vários outros direitos que dele dependem, sendo necessária uma interpretação ampla, compreendendo o real sentido da terra para a comunidade indígena, posto que, é parte da sua vida. Nesse contexto, privando-os da terra, não se permite uma vida plena ao índio, marginalizando-o e descaracterizando-o, causando assim, danos irreparáveis. A terra indígena é insubstituível, e ao prejudicar essa relação que existe entre o índio e o seu território, toda a humanidade se prejudica direta ou indiretamente. Assim, o presente estudo, de abordagem qualitativa, utiliza-se de análise bibliográfica e documental, e propõe-se a estudar, sem pretender esgotar o tema, a amplitude e o sentido do direito à terra e a sua garantia por meio do direito à consulta. Analisa-se a garantia fundamental do índio à consulta e o seu direito à terra, na construção da Hidrelétrica de Belo Monte.

PALAVRAS CHAVE: Direito fundamental; Direito à terra; Direito à identidade cultural; Hidrelétrica de Belo Monte; Direito à consulta.

ABSTRACT

Ensuring the right to Indian consulting thereby protecting their land and its natural resources, is guaranteeing them the right to life itself, since the land for the indigenous community is confused with himself. This topic is on the agenda of many discussions on national and international legal scenario, given the complex structure of land rights, which directly reflects on several others as human dignity, quality of life, livelihoods, the difference , among others, and the interest for development of modern societies. It aims to demonstrate that the study of indigenous territorial rights requires a worldview that there be no restrictions on the exercise of many other rights that depend on it, requiring a broad interpretation, understanding the real meaning of land to the indigenous community, since, is part of your life. In this context, depriving them of land, does not allow a full life to the Indian, and marginalizing the descaracterizando him, causing thereby irreparable damage. The Indian land is irreplaceable, and the harm that relationship that exists between the Indians and their territory, all mankind will affect directly or indirectly. Thus, the present study, qualitative approach is used to analyze literature and documents, and proposes to study, without pretending to exhaust the subject, the amplitude and direction of the right to land and guarantee their right through to the query. We analyze the fundamental guarantee of the Indian consultation and their right to land, the construction of the Belo Monte Hydroelectric.

KEY-WORDS: *Fundamental right; Right to lan; Right to cultural identity; Belo Monte Dam; Right to consultation.*

A RESTRIÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL À CONSULTA: UMA OFENSA AO DIREITO FUNDAMENTAL DO ÍNDIO À TERRA

INTRODUÇÃO

A escolha da temática decorre do interesse da aluna no estudo acerca da mediação de conflitos que tem ampliado a sua visão para vários tipos de conflitos, inclusive os que envolvem etnias. A luta das comunidades indígenas pela preservação da sua terra é também a luta pela garantia de seus direitos fundamentais. Garantir-lhes o direito à consulta significa a possibilidade de diálogo, de respeito mútuo, de construção de consenso na busca pela paz social tão almejada em um Estado Democrático de Direitos.

O presente artigo discorre sobre a garantia fundamental à consulta como mecanismo de garantia do direito indígena à terra que é pressuposto para permitir ao índio uma vida digna, objetivando a análise da construção da Hidrelétrica de Belo Monte.

A construção da Hidrelétrica de Belo Monte que fica no rio Xingu, Pará, é um projeto antigo que data de 1970 e vem sendo debatido, sem que haja consenso. Devido à complexidade do tema que gira em torno do direito do índio à terra e do direito de desenvolvimento, e várias são as manifestações contrárias e favoráveis.

Desta forma, correm na justiça diversas ações, em sua maioria, contrárias a construção da hidrelétrica, pois não tem sido respeitadas requisitos que garantem à consulta, que é um direito fundamental. As comunidades indígenas dessa região tem sofrido um profundo impacto no que diz respeito à sua terra, e isso tem atraído a atenção de órgãos internacionais como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH.

Sem intenção de esgotar o tema, o presente trabalho pretende analisar que as comunidades indígenas possuem proteção nacional e internacional, que lhes garante o direito à terra, portanto, buscou-se dividir o trabalho da seguinte forma: 1) Direitos Fundamentais; 2) O Direito Fundamental indígena à terra; 3) Direito à Consulta; 4) A construção da Hidrelétrica de Belo Monte.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Brasil como Estado Democrático de Direito deve garantir a todos os seres humanos seus direitos fundamentais e excluir qualquer tipo de discriminação. Nas palavras da autora Ana Maria D'Ávila Lopes: “os direitos fundamentais são necessidades que precedem a dignidade humana”¹.

O autor Norberto Bobbio ao se referir à proteção dos direitos fundamentais do homem como essenciais ao Estado Democrático de Direito faz o seguinte comentário: “[...] sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica de conflitos” (BOBBIO, 1992, p.1).

Para Pérez Luño, os direitos humanos são “[...] el término “derechos humanos” aparece como um concepto de contornos más amplios y imprecisos que La noción de “los derechos fundamentales” (LUÑO, 1993, p.44).

Salienta-se, portanto, a importância da diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais que nas palavras de Alexy foi expressa como: “[...] direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo” (1999, p.73).

Conforme o preâmbulo da Declaração da ONU – Declaração dos Direitos dos Homens - de 1948, após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, percebeu-se a necessidade de afirmar que todos são titulares de direitos humanos. Além disso, o seu artigo 1º prevê que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (Declaração da ONU - 1948).

Os direitos fundamentais foram sendo garantidos e ampliados de acordo com a ordem do Estado. Os direitos fundamentais surgem e afirmam-se como direitos do indivíduo frente ao Estado (SARLET, 2009, p. 46). Assim, na primeira metade do século XVIII, no Estado Liberal, este se abstém e é individualista, tendo ocorrido a positivação dos primeiros direitos, houve, então, o reconhecimento do direito à vida, à liberdade, à igualdade formal² e à propriedade.

Desta forma, os direitos fundamentais de primeira geração protegiam o indivíduo do

¹ Aula ministrada pela professora Ana Maria D'Ávila Lopes na Universidade de Fortaleza, no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, na Disciplina de Direitos e Garantias Fundamentais. Em 03/03/2012.

² Igualdade na lei.

Estado. Eram, então, direitos negativos que iniciaram com os direitos individuais e políticos, mas, na metade do século XIX, abrangiam direitos coletivos e políticos, como exemplo, os direitos de greve e de sufrágio.

Os direitos fundamentais de segunda geração, na segunda década do século XX, no Estado Social, era intervencionista, passa a proteger o indivíduo e a sociedade, havendo o reconhecimento dos direitos à saúde, à moradia, à educação, à cultura e ao lazer. São eles direitos positivos que compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais.

Atualmente, no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são os de terceira geração e, por seu turno, são tanto individuais quanto coletivos, possuindo um elemento caracterizador que é a solidariedade. São eles os direitos ao desenvolvimento, à paz, à livre determinação dos povos, a um meio ambiente sadio e economicamente equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade e ao progresso das ciências biológicas, a exemplo do direito da não manipulação genética. Para Ingo Sarlet a diferença entre tais gerações é só gradual e não substancial (2009, p. 45).

Segundo Lopes, por exemplo, os direitos fundamentais podem ser definidos como:

[...] normas constitucionais de caráter principiológico, que visam proteger diretamente a dignidade humana nas suas diferentes manifestações e objetivam legitimar a atuação do poder jurídico-estatal e dos particulares (LOPES, 2001).
Da definição pode-se inferir que os direitos fundamentais são normas positivas do mais alto nível hierárquico, visto a sua função de preservar a dignidade de todo ser humano, tarefa que deve ser centro e fim de todo agir (LOPES, p. 24, 2008).

Nestes termos, os direitos fundamentais são normas positivadas, que possuem nível hierárquico e que estão continuamente sendo construídas. Portanto, não são direitos naturais, mas sim direitos conquistados, por meio de lutas no decorrer dos séculos. Para Hannah Arendt, os direitos fundamentais estão em processo de construção e desconstrução, e, portanto, eles vêm sendo construídos ao longo dos séculos (LAFER, 1988, p. 134).

Ressalta-se que as garantias fundamentais são mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais:

Garantias fundamentais - tradicionalmente correspondiam ao direito que todo cidadão tinha de exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos. Na atualidade, salienta-se o seu caráter instrumental, na medida em que se identificam com os meios processuais adequados a defesa dos direitos fundamentais, com o que não se confundem com os próprios direitos.

Direitos Fundamentais - definidos como normas principiológicas defensoras da dignidade humana que fundamentam e legitimam o sistema jurídico de cada Estado, tiveram sua aparição com o surgimento do Estado Constitucional, no século XIX, como consequência da própria evolução da humanidade. A historicidade, característica dos direitos fundamentais evidencia que estes não são o resultado de um acontecimento histórico determinado, mas de todo um processo, o qual compreende as seguintes fases: antecedentes, declarações, positivação, generalização, universalização e especificação (grifos nossos) (LOPES, 2001, pp 45-46).

Sem ter a pretensão de esgotar o assunto, o presente ensaio limitar-se-á à garantia de consulta, mecanismo que garante o direito indígena à terra, vital para a sua dignidade, pois para os índios, o território é sagrado, faz parte da sua própria essência; o valor é cultural, o que difere do valor dessa mesma terra para os que não são índios e que vislumbram nela um valor comercial.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA À TERRA

Desde as Cartas de 1934, 1937, 1946, 1967 e da Emenda constitucional nº 1 de 1969, foram assegurados direitos fundamentais aos povos indígenas, reafirmados e, até ampliados, com a Constituição Federal de 1988 (LOPES, 2006, p. 222).

Devido à importância do direito fundamental à terra, cuja aplicação preserva vários outros direitos, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo VIII, os artigos 231 e 232, dedicados aos índios.

O texto da Constituição em seu artigo 231, *caput*, dispõe sobre os índios e a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além disso, prevê que a terra por eles ocupada é um direito originário, que deve ser protegido e demarcado pela União, fazendo respeitar todos os bens, a demarcação das terras indígenas tem o intuito de limitar o território ocupado tradicionalmente por eles.

O parágrafo 1º do artigo 231 trouxe o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, definidas como sendo: aquelas "por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições".

Portanto, a Constituição Federal de 1988 dispôs de um rol de artigos que protegem as comunidades indígenas, dentre os quais estão: o artigo 210, § 2º, que é o direito a educação na própria língua; o artigo 20, XI da CF, que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União; artigo 215, § 1º, que o estado garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, protegendo assim, as manifestações das culturas indígenas; artigo 231, § 4º, as suas terras são inalienáveis e indisponíveis, sendo os direitos sobre estas imprescritíveis.

O artigo 231, §5º veda a possibilidade de remoção dos grupos indígenas de suas terras, com exceção de casos de catástrofes ou epidemias, após autorização do Congresso

Nacional, que garantirá o retorno imediato cessado o risco. Já o parágrafo 4º do mesmo artigo, afirma serem nulos e extintos. Ou seja, não produzirão efeitos jurídicos, os atos que objetivem ocupar, ter domínio e posse da terra indígena, além da exploração da riqueza do solo, dos rios e dos lagos nela existentes.

O artigo 232 do mesmo Título dispõe que: “os índios, as suas comunidades e suas organizações, são partes, legítimas para ingressar em juízo, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

Em 1973 também foi criada a Lei 6001/73, Estatuto do índio, que não teve como prioridade a proteção ao índio, mas dar uma satisfação a nível internacional com relação às inúmeras denúncias de atrocidades contra comunidades indígenas, cuja revisão foi proposta no projeto de lei n. 2057/97 (COLAÇO, 2003, p. 87-88).

No artigo 4º da Lei 6001/73, os índios foram divididos em grupos, conforme contato com a “civilização”:

I – Isolados – Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II – Em vias de integração – Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para próprio sustento;

III – Integrados – Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Logo, apesar de garantias previstas constitucionalmente, ainda é necessário avançar muito, inclusive quanto às reais intenções das leis que resguardam os direitos indígenas, pois, por vezes, implicitamente, inclinam-se à não respeitar as diferenças; só assim os direitos das comunidades indígenas poderão ser efetivados.

Percebe-se que existe uma igualdade formal, mas é necessário que essa igualdade concretize-se materialmente; não são os índios que precisam se adaptar à uma cultura diferente, mas a sociedade é que deve respeitá-los como diferentes.

O conceito de igualdade material é dividido por Flávia Piovesan em dois momentos: um que corresponde ao ideal de justiça social e distributiva e um que corresponde ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (2005, p. 47).

Assim, o direito fundamental às terras indígenas merece um estudo mais dedicado, por ser a terra um elemento fundamental para a sobrevivência de qualquer sociedade indígena, por ser o espaço vital para a satisfação de suas diferentes necessidades (LOPES, 2001). O direito à terra permite ao índio a possibilidade de exercer vários outros direitos.

Destaca-se que o direito indígena às terras, pode ser um direito coletivo³, sendo, portanto, um direito fundamental de terceira geração, classificados por Lopes (2001, p. 64) como “em estado nascente”.

Ao referir-se aos direitos fundamentais de terceira geração, o autor Celso Lafer esclarece:

Os direitos fundamentais da **terceira dimensão**, são também denominados de **direitos** de fraternidade ou **de solidariedade**, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, **destinando-se a proteção de grupos humanos (família, povo, nação)**, e caracterizando-se, conseqüentemente, como **direitos de titularidade coletiva** ou difusa (grifos nossos) (1991, p. 131).

Para a autora Lopes, os direitos de solidariedade são recentes e, na maioria dos países, são apenas justas aparições, portanto, ainda não tem seu reconhecimento pleno e nem são respeitados (LOPES, 2001, p. 62).

Como visto, a Constituição Federal de 1988 dispõe, por diversas vezes, sobre os direitos dos índios, porém, é necessária a sua efetividade. A comunidade indígena precisa ter suas terras protegidas pelo Estado de forma especial e efetiva, para que o uso e gozo de suas terras seja realmente permanente e lhes assegure essa relação intrínseca com a terra.

Verifica-se que existem leis que possibilitam efetivar, garantir e reconhecer os direitos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas, e isso pode ocorrer independente da sua demarcação física.

Contudo, a demarcação é fundamental e urgente como forma de reconhecimento por parte dos governantes, proporcionando a real dimensão da posse indígena, passando assim, na busca por segurança jurídica.

Esse ato governamental é de fundamental para a sobrevivência física e cultural dos vários povos indígenas que vivem no Brasil, por isso, esta tem sido a sua principal reivindicação.

Sabe-se que assegurar o direito à terra para os índios significa não só assegurar sua subsistência, mas também garantir o espaço cultural necessário à atualização de suas tradições.

³ Vale aqui salientar a diferença entre direito difuso e direito coletivo, conforme o CDC:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Vale salientar que, na Constituição Federal de 1988, o reconhecimento dos índios, enquanto indivíduos diferentes, estão intrinsecamente ligados à questão territorial, pois sua terra é fundamental para a sua reprodução econômica, ambiental, física e cultural destes.

As minorias étnicas possuem suas diferenças (crença, cultura, tradição) e devem ser respeitadas para que possam conviver pacificamente com a maioria, a coexistência entre os cidadãos não é o ideal e sim a convivência pacífica, sendo essa priorizada pela democracia.

Os direitos fundamentais dos índios brasileiros, que constituem uma minoria étnica, não tem sido respeitados, o que tem gerado uma imensa diminuição das comunidades indígenas no Brasil, que já foi de aproximadamente dez milhões de índios, hoje, reduziu-se a 817 mil, distribuídos em 688 terras indígenas, conforme censo de 2010 (FUNAI, *on line*).

O art. 231, § 3º, da Constituição Federal de 1988, ficou definido que “a competência para autorizar o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas”, **ouvidas as comunidades envolvidas**, sendo assegurada a elas a participação nos resultados da exploração. (grifos nossos). Já o § 2º, do mesmo artigo cabe aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes. Esse artigo viabiliza o direito de participação ao índio.

3 DIREITO À CONSULTA

O direito à consulta está expresso no art. 231, § 3º da Constituição Federal de 1988, que garante constitucionalmente a consulta prévia, livre e informada das comunidades afetadas.

Desta forma, o direito das comunidades indígenas de serem ouvidas quando da proposta de atividade econômica em suas terras, está preservado em face do que dispõe o artigo 231, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, no qual consta a previsão da necessidade do Congresso Nacional autorizar a exploração de recursos minerais e do potencial energético em terras dessas populações. A consulta deverá ser efetuada na forma da lei e anteceder a autorização.

O direito à consulta merece proteção a nível internacional, tendo o Brasil, ratificado em 19/06/2002, por meio do Decreto Legislativo n. 143/2002 e promulgada por meio do Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre povos indígenas, conforme segue:

Ratificação da Convenção 169 da OIT - O Brasil ratificou a Convenção nº 169 da OIT, em Genebra, em 25 de julho de 2002, mediante o Decreto Legislativo n.143, de 20- 6- 2002. Entrou em vigência em julho de 2003. Hierarquia das

Convenções da OIT no direito interno a Convenção 169 é equiparada à lei ordinária com hierarquia intermediária entre a Constituição Federal e as leis ordinárias comuns no sistema jurídico brasileiro (Consulta Livre, Prévia e Informada na Convenção n 169 da OIT).

A Emenda Constitucional 45, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos são equivalentes às emendas à constituição”, tendo o STF – Supremo Tribunal Federal por meio do HC 87585 – Pleno, DJE de 26/26/2009, conferido aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo às referidas convenções internacionais status constitucional:

Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), os tratados internacionais, mesmo aqueles que abordam matéria relativa a direitos humanos, são incorporados ao direito brasileiro como norma ordinária, sendo adicionalmente, fonte que auxilia a interpretação do texto constitucional. Sobre o valor dos tratados da OIT no sistema jurídico brasileiro ver a seguinte jurisprudência: ADI 1.675 – MC. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado 24.09.97, publicado no Diário da Justiça do dia 19.09.2003; ADI 1.480 MC Ministro Relator: Celso de Mello, julgado em 04.09.1997. publicado no Diário da Justiça o dia 18.05.2001; e o HC-88.420. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski Julgado 17.04.2007, publicado no Diário da Justiça do dia: 08.06.2007 (Consulta Livre, Prévia e Informada na Convenção n 169 da OIT).

E em três de dezembro de 2008, mediante decisão do RE 466.346-SP e HC 87.585-TO, o STF atribuiu status supraconstitucional para os tratados de direitos humanos, o que apenas ressalta que, sendo o Brasil signatário da Convenção 169 da OIT, que é a maior proteção em termos internacionais às comunidades indígenas, e, portanto, o artigo, 231, § 3º da Constituição Federal de 1988, deve ser interpretado combinando-o com a Convenção 169 da OIT.

O Direito Internacional no que se refere aos Direitos Humanos, vem se desenvolvendo muito em matéria de proteção às comunidades indígenas e tribais⁴, e a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes é o principal mecanismo internacional de proteção aos direitos dos povos indígenas e tribais.⁵

⁴ A presente convenção se aplica: a) **aos povos tribais** em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial. b) aos povos em países independentes, considerados **indígenas** pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas (grifos nossos) (Convenção 169 da OIT).

⁵ Em 1921, a OIT fez um trabalho de pesquisa sobre as condições das comunidades indígenas e tribais em diferentes países no que tange ao aspecto estritamente trabalhista. Em 1926, uma Comissão Permanente de Peritos esclareceu à OIT sobre as condições em que os trabalhadores indígenas e tribais no mundo viviam, por meio do estudo surgiu a Convenção 29 sobre Trabalho Forçado ou em Situação Análoga a de Escravo. BRASIL.Tribunal Regional Federal da 1ª região. Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA. Ministério Público

El Convenio núm. 169 revisa el núm. 107 y señala un cambio en la concepción de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales. Su protección continúa siendo el objetivo principal, pero basada en el respeto de sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias. Otro de sus fundamentos es la convicción de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a continuar existiendo sin pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo (Convenio n. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: un manual, p. 5).

A Convenção n. 169 da OIT, define os elementos dos povos indígenas como sendo: “Elementos de los pueblos indígenas: estilos de vida tradicionales; cultura y manera de vivir diferentes de las de otros sectores de la población nacional, por ej., sus formas de vida, lenguas, costumbres, etc.; organización social propia y costumbres y leyes tradicionales; continuidad histórica de vida en una determinada región o antes de que otros la hayan “invadido” o llegado a ella” (Convenção 169 OIT, 2003, p.7).

A Convenção 169 da OIT, não outorga aos povos indígenas o direito de veto, ou seja, a consulta prévia, livre e informada objetiva descartar a possibilidade dos governos tomarem decisões contrárias ao desejo dos povos indígenas sem que antes haja a oportunidade de diálogo:

El Convenio especifica que no debe tomarse ninguna medida contraria al deseo de los pueblos indígenas y tribales, pero esto no significa que en caso de desacuerdo nada puedan hacer.

Si bien cinco comunidades Cree de Manitoba (Canadá), que habían sufrido daños ecológicos y despojo de tierras como consecuencia de un gran proyecto hidroeléctrico, se opusieron al mismo, no pudieron impedir su realización.

En 1977 negociaron con el gobierno federal un conjunto de compensaciones, conocido como el Acuerdo de las Aguas del Norte, en virtud del cual, además de tierras que compensaban las inundadas, los damnificados obtuvieron que la gestión de la fauna y la flora salvaje estuviese bajo la responsabilidad de los Cree, así como el control y la garantía de “suministrar disponibilidades continuas de agua potable (Convenção n. 169 da OIT, 2003, p. 16).

A Convenção também prevê algumas regras para as consultas, que além de serem efetuadas de boa-fé, respeitando as tradições dos povos indígenas devem seguir:

Pueblos interesados:

los que se verán afectados por una determinada medida. Por ejemplo, al planificar una carretera cuyo trazado atraviere aldeas indígenas, se las deberá consultar y dar la oportunidad de hacer saber a las autoridades lo que piensan al respecto. Tal vez tengan alternativas que sugerir.

Procedimientos adecuados:

la forma de consultar al pueblo interesado dependerá de las circunstancias. Para que sea “apropiada” deberá ajustarse a las exigencias propias de cada situación y ser útiles, sinceras y transparentes. Por ejemplo, en caso de ver alternativas al proyecto de carretera, no basta hablar con unos pocos habitantes de las aldeas. Una

reunião cerrada de uma seleção de pessoas que não representam a opinião de la mayoría no es una “verdadera” consulta.

Instituciones representativas:

pueden ser tanto tradicionales (consejos de ancianos, consejos de aldea, etc.) como estructuras contemporáneas (parlamentos de pueblos indígenas y tribales, dirigentes locales electos y reconocidos como genuinos representantes de la comunidad o del pueblo interesado). Será diferente en cada caso. (Convenção n169 OIT, 2003, p.17).

Conforme a Convenção n. 169 da OIT, os governos deverão aplicar as suas disposições e a consulta deverá ser feita mediante procedimento apropriado possibilitando-lhes a participação em todo o processo:

- Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin (Convenção n. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: um manual. p. 18-19).

O Decreto nº 4.463/ 2002, em seu art. 1º dispõe sobre a obrigatoriedade da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 e, sendo o Brasil signatário dessa convenção, estando vinculado às normas do CIDH e à jurisprudência da Corte IDH, faz-se importante verificar algumas decisões dessa corte relacionadas com o direito à consulta e ao direito à terra.

A respeito do direito indígena à terra, verifica-se que está vinculado a vários outros direitos, como por exemplo, a sentença da CIDH do caso dos Guarani-Kiowah, comunidade indígena do estado de Mato Grosso do Sul, onde índios entraram em depressão profunda, devido a perda de seu território e em consequência ocorreram vários casos de suicídios (CIDH informe sobre o Brasil 1997).

Outro caso emblemático com repercussão internacional é o decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Saramaka vs. Surinam, sobre supostos efeitos que a construção de uma represa hidrelétrica ocasionaria aos integrantes dessa comunidade tribal e deveriam ser tomadas medidas especiais para garantir-lhes o exercício de seus direitos, por meio da consulta prévia, respeitando as suas tradições e o seu modo de vida que

está diretamente associado ao território em que vive: “Las consultas deben realizar-se de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a um acordo” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Saramaka vs. Surinam. 28/11/2007, p. 42).

A CIDH no caso acima citado fez uma interpretação extensiva do artigo 21 da Convenção Americana, que dispõe sobre o direito à propriedade, e afirma que toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens, podendo a lei subordinar esse uso e gozo ao interesse social, que nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens por razões de utilidade pública ou interesse social, exceto mediante o pagamento de indenização justa, além disso, que tanto a usura como qualquer outra forma de exploração, do homem pelo homem, devem ser proibidas pela lei, deve ser analisado à luz do artigo 29.b que proíbe a interpretação de qualquer dispositivo limitando o exercício de direitos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Saramaka vs. Surinam. 28/11/2007, p. 28).

A sentença no Caso Awas Tingni, também interpretou o artigo 21 da Convenção Americana no sentido de considerar o termo “bens” como “elementos corporais e não corporais e qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter um valor”, assim, considera a relação especial que as comunidades indígenas têm com o seu território, ou seja, uma relação cultural, espiritual, ancestral, de sobrevivência e dignidade (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Awas Tingni, p. 144 à 149).

Portanto, a proteção ao direito indígena à terra é garantida pela consulta das comunidades indígenas, e reconhecida a nível internacional devendo ser eficaz, e é um instrumento necessário para evitar a insegurança dessas comunidades diante do desenvolvimento acelerado que gera as necessidades de construção de hidrelétricas. A consulta devendo, inclusive, respeitar as diferenças de cultura daquela comunidade indígena e seguir parâmetros que exigem acima de tudo a boa-fé.

4 A CONSTRUÇÃO DA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE

Como visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988, prevê direitos e garantias referentes aos povos indígenas, assegurando-lhes uma vida digna: em seus artigos, 231, caput, 242, § 1º e 255, § 1º, o direito à preservação da própria cultura; em seu artigo, 210, § 2º, o direito à educação na língua própria; em seu artigo 231, caput e § 2º, o direito à posse das suas terras e ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes e o artigo 232, que traz o Ministério Público como protetor direto na defesa desses direitos e interesse.

No Brasil, hoje, o Estado Democrático de Direito tem o dever de garantir à comunidade indígena uma vida digna. Porém, apesar da garantia desses direitos indígenas, ainda é necessário avançar muito para que eles sejam efetivados.

Para os índios o território é algo sagrado, faz parte da sua própria essência, o seu valor é cultural, diferente do valor dessa mesma terra para os que não são índios e que vislumbram nela um valor comercial, então devido ao avanço das geradoras de energéticas no Estado brasileiro é necessário sejam tomadas providências no sentido de garantir segurança jurídica as comunidades indígenas.

Um dos pontos importantes a serem citados é o art. 176, §1º da CF/88, que discorre sobre a competência para autorizar ou conceder a possibilidade de exploração e o aproveitamento dos potenciais de energia hidrelétrica:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

Porém, o artigo 176, §1º, deve ser analisado combinado com o artigo 231, § 3º, ambos da Constituição Federal de 1988, deixando claro que o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas só poderá ser efetivado com autorização do Congresso Nacional.

No caso da Hidrelétrica de Belo Monte, questiona-se se essa necessidade fora suprida com a edição do Decreto Legislativo 788/2005, sobre o qual passo a discorrer, verificando que a partir daí são suscitadas várias questões que demonstram como a Usina Hidrelétrica de Belo Monte atingirá as comunidades indígenas de Arara, Juruna, Parakanã, Xikrin, Xipaia-Kuruaia, Kayapó e Araweté, as quais poderão sofrer danos irreparáveis, pois o Direito à terra do índio é o direito a sua identidade cultural, e tem um sentido muito mais amplo do que simplesmente o lugar onde mora, é na realidade a sua vida, a sua dignidade, a sua sobrevivência.

Verifica-se, contudo que, o processo legislativo que antecedeu o decreto legislativo nº 788/2005, do Congresso Nacional contém vícios, dentre os quais está à violação aos artigos 170, VI e 231, § 3º, da Constituição Federal de 1988, pois as comunidades indígenas afetadas não foram consultadas; houve também modificação no texto do decreto legislativo pelo Senado Federal sem o devido retorno à Câmara dos Deputados, ofendendo assim, o art. 123 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Logo, o decreto pode ser considerado nulo,

diante da afronta à direitos e garantias constitucionalmente previstos.

Quanto à garantia constitucional da consulta prévia, livre e informada das comunidades afetadas, prevista no art. 231, § 3º da Constituição Federal de 1988, conforme segue:

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluído os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, **ouvidas as comunidades** afetadas ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

O artigo 231, § 2º da Constituição Federal de 1988, garante aos índios o direito exclusivo ao usufruto das riquezas do solo, rios e lagos, existentes nas terras tradicionalmente por eles ocupadas, tendo sido atribuído ao Congresso Nacional o poder de autorizar a concessão para aproveitamento de recursos hídricos, inclusive quando se tratar de energéticos.

Portanto, se quem tem o poder de autorizar a concessão para aproveitamento de recursos hídricos é o Congresso Nacional, as comunidades indígenas devem ser consultadas e como se vê, a consulta deve ser prévia a autorização e, portanto, o Decreto 788/2005 que autoriza a construção da hidrelétrica resta nulo, por não ter seguido os parâmetros necessários.

O direito à consulta tem a proteção da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre povos indígenas, assinada em 1989 e ratificada pelo Brasil em 19/06/2002, por meio do Decreto Legislativo n. 143/2002 e promulgada por meio do Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Tendo, portanto, status supraconstitucional.

Nestes termos, o artigo, 231, § 3º da Constituição Federal de 1988, deve ser interpretado combinando-o com a Convenção 169 da OIT, por ter status constitucional. E sendo, o Brasil é signatário da Convenção 169 da OIT, que é a maior proteção em termos internacionais às comunidades indígenas, sendo necessária a observância do que dispõe os artigos 6º e 7º da Convenção 169 da OIT que seguem:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) **consultar os povos interessados**, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
 - b) **estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente**, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
 - c) **estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos** e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.
2. **As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé** e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a

um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

Evidencia-se no caso de Belo Monte que o processo de consulta às comunidades indígenas daquela região não ocorreu respeitando as regras exigidas pelo artigo 6.2 da Convenção 169 da OIT, ou seja, de boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com a finalidade de chegar a um acordo ou lograr o consentimento acerca das medidas propostas.

As consultas devem ser realizadas de boa-fé, através de procedimentos culturalmente adequados e, devem ter como fim, chegar a um acordo, sendo que, no caso das comunidades indígenas de Belo Monte, foram feitas apenas audiências públicas e parte das comunidades sequer foram ouvidas, demonstrando, assim, um descompromisso com a seriedade e a total falta de interesse em uma consulta efetiva; o que se vê é uma consulta para constar, podendo, então, ser configurada como de má-fé.

Deve haver a consulta com os povos interessados em conformidade com suas próprias tradições, nas primeiras etapas do plano de desenvolvimento, ou de inversão e, não unicamente, quando surja necessidade de se obter a aprovação da comunidade;

O que se presencia é algo inusitado, onde houve uma autorização de licença prévia, para a construção da Hidrelétrica de Belo Monte, sem sequer ter havido uma consulta prévia efetiva. Então, questiona-se como pode ser autorizado e depois consultado, dessa forma, a consulta fica totalmente prejudicada.

O Estado deve assegurar-se que os membros do povo tenham conhecimento dos possíveis riscos, incluindo os riscos ambientais e de insalubridade, a fim de que aceitem o plano de desenvolvimento ou inversão proposto com conhecimento e de forma voluntária;

O seu objetivo é o de possibilitar a informação sobre possíveis impactos e análise das possibilidades de acordo. Um país que quer o título de desenvolvido, precisa ter entre suas prioridades o respeito às diferenças e ao meio ambiente.

A consulta possibilita o diálogo com as comunidades que são profundas conhecedoras da região e, portanto, dos possíveis impactos. Sendo assim, a possibilidade de minimizá-los seria bem maior o que refletiria inclusive na imagem de país desenvolvido que se preocupa com o meio ambiente.

A consulta deveria ter em conta os métodos tradicionais para a tomada das decisões. Cada tribo indígena possui suas tradições que devem ser respeitadas no processo de consulta para que sejam efetuadas na base da boa-fé e do respeito mútuo, no caso de Belo Monte não houve interesse algum que a consulta fosse realmente efetiva, por não terem sido respeitadas as tradições.

Mesmo sem ter havido uma consulta efetiva a Usina Hidrelétrica de Belo Monte avança sem levar em consideração os seus efeitos que já estão ocorrendo, dentre eles, estão os citados pelo EIA/RIMA (O Estudo e o Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA precisa ser completo e deve conter todas as questões técnicas envolvidas na construção da hidrelétrica), e apesar de tantas evidências nada está sendo feito no sentido de pelo menos minimizá-las.

Depara-se com uma colisão de direitos, entre o direito ao desenvolvimento e o direito à propriedade das comunidades indígenas, e para fazer a análise da importância do direito à consulta que é um procedimento garantidor do acesso efetivo ao direito indígena a terra, trago a baila Robert Alexy: “o legislador tem que zelar por determinados procedimentos e organizações em decorrência dos direitos fundamentais correspondem a direitos subjetivos dos titulares desses direitos” (2006, 475).

A Constituição possui direitos fundamentais que estão diretamente ligados a procedimentos e partindo desse pressuposto o autor acima citado dispõe que:

O ponto de partida desse desenvolvimento foi a constatação, na decisão acerca da legislação sobre diques, de que “de acordo com a concepção da Constituição alemã, uma proteção jurídica efetiva – que garanta a existência a propriedade – [é] um elemento essencial do próprio direito fundamental”.
(ALEXY, 2006, p.475).

Para o autor Robert Alexy, o direito a proteção jurídica que em um primeiro momento é pressuposto apenas do direito fundamental a propriedade, passou a ter duas formas distintas:

De um lado, ele foi estendido cada vez mais a outros direitos fundamentais e, de outro, de um direito à proteção jurídica efetiva foi ele simplesmente estendido para um direito à proteção dos direitos fundamentais por meio de procedimentos (2006, p. 475-476).

A ausência de consulta efetiva aos povos indígenas contraria normas nacionais e internacionais, o texto constitucional que garante a oitiva, ou seja, a consulta, procedimento que assegura a possibilidade das comunidades indígenas se manifestarem, não deve ser sobrepujada pela hierarquia da maioria contra a minoria, é necessário garantir as comunidades indígenas a participação, como exercício de cidadania em um Estado Democrático de Direito.

Conforme a Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente Interamerican Association for Environmental Defense a garantia de consulta as comunidades indígenas não é efetiva:

Quando a legislação prevê algum tipo de processo, muitas vezes, o tempo para se apresentar observações é muito curto; as notificações, frequentemente, não são publicadas em meios de comunicação acessíveis às pessoas afetadas; as audiências ou reuniões são fechadas ao público em geral; os processos são meramente informativos, não incorporam as recomendações ou preocupações da população, e se realizam em etapas muito avançadas do projeto, quando carecem de eficácia; e a informação necessária, na maioria das vezes, não está disponível, é incompleta, ou carrega uma linguagem muito técnica (Relatório AIDA, *Grandes Represas en América, ¿Peor el Remedio que la Enfermedad?*, p.1).

Desta feita, confirma-se que apesar do impasse da consulta, na construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, verifica-se que por todos os dados acima que, a consulta que deve ser prévia e de competência do Congresso Nacional, e que deve ouvir diretamente as comunidades indígenas de forma a demonstrar a sua boa-fé, não está sendo cumprida na íntegra.

O desenvolvimento acelerado do Brasil tem exigido políticas voltadas para a construção de usinas hidrelétricas o que tem gerado insegurança para várias comunidades indígenas, porém é necessária a observância da Constituição Federal de 1988 e da Convenção 169 da OIT, para que se concretize a garantia de consulta.

O Decreto nº 4.463/ 2002, em seu art. 1º dispõe sobre a obrigatoriedade da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 e, sendo o Brasil signatário dessa convenção, está vinculado às normas do CIDH e à jurisprudência da Corte IDH. Desse modo, faz-se importante verificar a decisão

desta corte sobre a garantia da consulta:

Primeiro, la Corte ha manifestado que al garantizar la participacion efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka em los planes de desarrollo o inversion dentro de su territorio, **el Estado tiene el deber de consultar, activamente, com dicha comunidad, segun sus costumbres y tradiciones** (supra parr. 129). **Este deber requiere que e l Estado acepte y brinde información , e implica una comunicación constante entre las partes .** Las consultas deben realizar-se de buena fe, a traves de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo , se **debe consultar** con e l pueblo Saramaka , de conformidad com sus propias tradiciones , **en las primeras etapas de l pan de desarrollo o inversión y no unicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad , s i éste fuera e l caso .** E l aviso temprano proporciona un tiempo para la discusion interna dentro de las comunidades y para brindar una edecuada respuesta a l Estado . **E l Estado, asimismo, debe asegurar-se que los miembros de l pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos , incluido los riesgos ambientales y de salubridad , a fin de que acepten e l plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria .** Por ultimo, la consulta deberia tener en cuenta los métodos tradicionales el pueblo Saramaka para la toma de decisiones. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Saramaka vs. Surinam. 28/11/2007).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), já se manifestou e notificou o governo brasileiro, por duas vezes, solicitando esclarecimentos com relação à construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e as comunidades indígenas tradicionais da bacia do Rio Xingu, em abril de 2011 e, no mesmo mês, em 2012 (Movimento Xingu Vivo para sempre).

A MC 382/10 foi outorgada a favor dos membros das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu e das comunidades indígenas em isolamento voluntário, no Pará, Brasil. A decisão partiu de solicitação à Comissão alegando que “a vida e integridade pessoal dos beneficiários estariam em risco pelo impacto da construção da usina hidroelétrica Belo Monte”. A Comissão solicitou ao Governo Brasileiro que “suspenda imediatamente o processo de licenciamento do projeto da UHE de Belo Monte e impeça a realização de qualquer obra material de execução até que sejam observadas as seguintes condições mínimas [...]”. Tais condições seriam, em síntese: a garantia e a realização de consultas para cada uma das comunidades afetadas e a adoção de medidas para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros destes povos (MC 382/10).

Observa-se que entre os vícios do Decreto 788/ 2005, está o de não ter havido a consulta livre, prévia, e informada às comunidades indígenas, tendo havido apenas audiências públicas e um levantamento parcial de estudos realizados em algumas aldeias.

Várias são as manifestações das comunidades indígenas e da sociedade civil, como um todo, no sentido de proteger essa garantia fundamental a consulta, verifica-se abaixo uma das manifestações das comunidades indígenas atingidas:

[...] solicitamos que sejam providenciadas consultas prévias aos povos indígenas atingidos pelo empreendimento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no rio Xingu do Estado do Pará, nos seguintes termos: [...] 2. O processo de consulta seja executado com anterioridade a toda decisão administrativa do Governo Federal

encaminhada à implementação do citado empreendimento. [...] 4. O processo de consulta seja executado preferivelmente dentro do território indígena dos povos indígenas atingidos, respeitando os procedimentos e métodos de tomada de decisão tradicional de cada povo, e levando em consideração as particularidades linguísticas do processo, as quais implicam a presença permanente de intérpretes assim como a tradução dos principais documentos e acordos nas diferentes línguas dos povos envolvidos na consulta. [...] O propósito deste Requerimento consiste em viabilizar o cumprimento *[sic]* da obrigação legal que ordena ao governo a consultar os povos indígenas sempre que se tenha em vista decisões administrativas capazes de afetá-los diretamente. A mencionada previsão normativa está consignada no Decreto legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002 que incorpora à legislação nacional a Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais em países independentes. Ao ser esta obrigação oriunda de norma internacional relativa à dignidade humana é importante lembrar que a Constituição brasileira estabelece que os tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, equiparando-os à força de lei ordinária. [...] Consequentemente, “antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo, como é o caso da UH de Belo Monte deverão ser promovidas “consultas aos povos interessados”, que na hipótese em apreciação consistem em todos os povos indígenas atingidos pelo citado empreendimento segundo estudos de impacto ambiental e laudos antropológicos já realizados na avaliação preliminar do empreendimento. Importa esclarecer, por oportuno, que a consulta prévia cuja realização é objeto deste Requerimento, não se confunde com a celebração de audiências públicas a ser realizadas com povos indígenas no marco do processo de participação cidadã do licenciamento ambiental que vem sendo executado pelo IBAMA. [...] No mesmo sentido é possível diferenciar o processo de consulta prévia, o qual constitui um direito específico dos povos indígenas, processo de audiências públicas dentro do licenciamento ambiental, cujo principal objetivo é avaliar os impactos ambientais de um empreendimento que afeta *[sic]* todo tipo de população e que em nada atende as particularidades culturais, sociais, territoriais, linguísticas e organizativas dos povos indígenas. A aplicação do direito de consulta prévia, como direito fundamental dos povos indígenas é imediata e ao está condicionada à regulamentação interna que do mesmo se faça em cada país, já que a obrigação de consulta nasce diretamente da Convenção 169 [...]. Nessa ordem de ideias se faz necessário adaptar o procedimento administrativo à realização de consultas prévias com os povos indígenas chamados a opinar em decisões que lhes afetam antes da materialização de qualquer tipo de obra que impacta radicalmente seus territórios e formas de vida. Por jamais ter sido verificada a adoção destas medidas aqui requeridas para a implementação do direito de consulta assume relevância no contexto da AHE Belo Monte com impacto internacional. Assim as lideranças abaixo assinadas requerem que sejam realizadas OITIVAS INDÍGENAS em cada uma das terras indígenas aqui mencionadas garantindo, dessa forma, a preservação dos direitos humanos conforme determinado na convenção 169 da OIT da qual o Brasil é signatário (FUNAI, 2009, Anexo 6, p. 175-178).

Quando os índios buscam manter-se em suas terras, lutam pelo reconhecimento de sua tradição, de sua cultura, e isso significa ver a sua dignidade respeitada para que possam perpetuar-se no tempo mantendo-se distintos da sociedade como um todo.

Porém, para que essas consultas sejam válidas, são necessários padrões mínimos conforme a Convenção 169, quais sejam:

O artigo 6º define o conteúdo mínimo que deve ter um processo de consulta prévia para ser considerado como tal, o qual, segundo a OIT, pode ser resumido em cinco elementos básicos: 1) a oportunidade do processo de consulta, que deve ser sempre prévio à decisão final, 2) a legitimidade dos interlocutores, os quais somente podem

ser instituições representativas dos povos, sem ser possível realizar consultas com membros individualmente considerados, 3) deve ser realizada uma pré-consulta sobre o próprio processo de consulta, para definir os interlocutores legítimos e os procedimentos adequados para cada caso, 4) a informação do processo deve ser: prévia, completa e independente, sendo o princípio da boa-fé norteador do processo; e 5) os resultados e produtos das consultas devem estar refletidos na decisão final, sendo este último elemento o principal para qualificar o processo de consulta prévia e diferenciá-lo de qualquer outro tipo de encontro entre parlamentares e representantes indígenas.

A consulta também deve respeitar as tradições das comunidades indígenas afetadas:

[...]En relación con el deber estatal de desarrollar procesos de consulta con el pueblo Saramaka, la Corte Interamericana estableció que “los Saramaka deben determinar, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuáles miembros de la tribu estarán involucrados en dichas consultas”, [...] **la Corte reconoció que es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal**[...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Saramaka vs. Surinam. 28/11/2007).

O direito à terra indígena deve ser analisado amplamente de acordo com uma cosmovisão, e inclui o seu direito à diferença, pois esses possuem suas particularidades que estão diretamente ligados à terra em que vivem. Portanto, a sua relação com esse território que ocupam está vinculada às suas tradições e aos recursos necessários à sua sobrevivência física e cultural.

Nesse sentido, o artigo 7º da Convenção 169 da OIT determina aos governos dos Estados, onde existam territórios populações indígenas ou tribais, que procedam a consultas, para que esses povos tenham o direito de dizer o que compreendem do projeto e para que possam ter alguma influência no processo de tomada de decisões sobre medidas que os afetem. Para que as decisões sejam informadas e tomadas a partir de um consenso.

O Relator Especial da ONU determinou que: “é essencial el consentimiento libre, prévio e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas em relación com grandes proyectos de desarrollo”. (p. 43). A consulta deve ser efetivada na base da boa-fé, respeitando as tradições indígenas, porém não significa o direito de veto, mas sim um momento de diálogo para a construção de um consenso.

Em alguns momentos nas discussões e ações que foram ajuizadas relacionadas com a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, questiona-se quanto ao local da obra, e se parte dela está inserida em terras indígenas, se haverá perda territorial para a comunidade indígena e, por isso, não seria necessária a autorização do Congresso Nacional, porém esse questionamento não é plausível, pois direta ou indiretamente as comunidades indígenas daquela região sofrerão consequências irreparáveis.

O curso do Rio Xingu será modificado e isso afetará a pesca artesanal das

comunidades, a plantação e, portanto, a subsistência e os seus costumes indígenas. Além disso, o acesso de barco, pelo rio, para chegarem a ter contato com saúde e a educação ficará prejudicado e, isso, mais cedo ou mais tarde lhes excluirá ainda mais do direito a uma vida digna, dificultando ainda mais a sua permanência na terra, forçando-os, assim, a se retirarem, esfacelando a sua identidade, pois a terra indígena é insubstituível.

Os índios daquela região estão sofrendo um verdadeiro aniquilamento dos seus direitos humanos, com a autorização da construção da usina tem ocorrido uma verdadeira degradação de uma cultura que deveria está sendo preservada para gerações futuras e isso está estampado em várias matérias de jornais e revistas brasileiras.

A construção da hidrelétrica tem atraído migrantes em busca de trabalho o que tem gerado violência, tráfico de drogas, prostituição, ou seja, uma imposição de integração, pois não houve o livre consentimento. Violando assim os direitos humanos dos povos indígenas daquela comunidade.

A relação do índio com a natureza é vital e o reconhecimento do seu espaço confunde-se com o reconhecimento da sua identidade. Eles possuem uma organização social peculiar e desenvolvem uma relação intrínseca de espiritualidade com a terra que os liga aos seus antepassados, a sua história. O que seria desse povo sem a sua história?

O valor da terra indígena não é a terra pela terra, mas a terra pela sua própria existência. A proteção da sua terra é a proteção de si mesmo e das suas gerações futuras.

Ainda sobre a ameaça indireta, às terras indígenas, provenientes da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, colaciono abaixo a opinião da Relatora Desembargadora Federal Selene Almeida, na decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA, tendo como partes o Ministério Público Federal e a Eletrobrás/Eletronorte, em 17/10/2011, 5ª turma, voto vencido, em um das ações relacionadas a esta:

Se a área das terras indígenas não for inundada, mas a sobrevivência das comunidades restar ameaçada de forma direta, não é juridicamente possível se afastar a necessidade da exigência de autorização do Congresso Nacional para exploração de recursos hídricos, exploração esta que implicará na alteração radical do modo de vida na Volta Grande do Xingu.

Com a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte estão em questão os interesses capitalistas que se fundamentam na necessidade de produção de energia elétrica para suprir necessidades de gerações presentes e futuras, são citados números que demonstram investimentos, gastos, lucros e benefícios que são sobrepostos de forma

esmagadora ao direito dos índios à terra que não pode ser visto de forma simples como algo substituível, pois a relação dessa comunidade com a terra incute uma diversidade de direitos que compõem a totalidade de sua vida digna.

O impacto da construção da usina de Belo Monte em terras indígenas ocorrerá e já tem ocorrido, pois independente do empreendimento ser diretamente em terras indígenas o desvio do Rio Xingu, provocará graves danos às comunidades indígenas.

Como haver progresso por meio de retrocesso? O desrespeito à qualidade de vida dos índios e o avanço desenfreado do capitalismo surti um efeito devastador que gera um gritante atraso social e dissemina culturas. Vale a pena um desenvolvimento a todo custo? O impacto da construção dessa hidrelétrica é tão negativo que jamais poderá ser revertido. Portanto, o dano será irreparável e por isso deve ser impedido.

Em agosto de 2011, a presidente Dilma Rousseff deu a seguinte declaração: “ Belo Monte será fundamental para o desenvolvimento da região e do País, e o reservatório não irá atingir nenhuma das dez terras indígenas da área. Os povos indígenas não serão removidos de suas aldeias” (Empresa Brasil de Comunicação, 2011).

Os avanços na construção da Hidrelétrica estão acontecendo mesmo com inúmeras ações em curso, justificada pela necessidade de avanço no desenvolvimento econômico do país, não estão sendo respeitadas as diferenças, o que é benefício para uma parcela da população pode não ser para outros.

Todavia, se multiplicam as declarações como a dada pelo ministro de Minas e Energia, Edison Lobão, que em setembro de 2009, afirmou que “forças demoníacas” estavam tentando impedir a construção da usina de Belo Monte, no Rio Xingu (Empresa Brasil de Comunicação, 2009).

Conforme Procópio: “A genealogia do conflito entre sociedades rotuladas de primitivas e a modernidade testemunha a cegueira das políticas públicas em diferentes etapas da conquista amazônica, o exercício da solidariedade humana, enquanto tal, não discrimina” (2008, p. 103).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte vem respeitando o direito à consulta, que garante o direito do índio à terra, o que tem ido de encontro à Constituição Federal Brasileira e aos instrumentos internacionais de proteção ao índio, dos quais o Brasil é signatário, como a exemplo da Convenção n. 169 da OIT e a jurisprudência da Corte

Interamericana de Direitos Humanos.

Diante das discussões sobre o tema, verificou-se que é necessário que sejam efetivados os direitos das comunidades indígenas à terra por meio da ressignificação de valores.

A terra para as comunidades indígenas se confunde com a sua própria vida e não tem valor comercial. Portanto, a Usina Hidrelétrica de Belo Monte não trará benefícios tão grandiosos que superem todos os direitos fundamentais que permeiam o direito indígena ao território. Por fim, que é necessária uma visão mais ampla quanto ao alcance do direito indígena à terra, como um direito fundamental.

REFERÊNCIAS

LIVROS E ARTIGOS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Tradução de Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, p. 73, jul./set. 1999.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENINCÁ, Dirceu. **Energia e Cidadania: a luta dos atingidos por barragens**. São Paulo: Cortez, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. **O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias: um olhar a partir do Sistema Interamericano**. Revista Internacional de Direitos Humanos. Número 5. Ano 3. Edição em Português. São Paulo, 2006.

COLAÇO, Thais Luiza. **Os “Novos” Direitos Indígenas**. Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. Org. Antônio Carlos **Wolkmer** e José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 75-97.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001, p. 35-80.

_____. **O Direito fundamental dos indígenas à terra: Do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun.

2006. p. 221-234.

_____. **Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a 45 n. 177 jan./mar. 2008. p. 19-29.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales.** 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1993.

MELO, Mario. **Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** Revista Internacional de Direitos Humanos. Número 4. Ano 3. Edição em Português. São Paulo, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos.** Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 47, jan./abr. 2005.

PROCÓPIO, Argemiro. **Povos indígenas, migrantes e garimpeiros nas relações internacionais.** Verba Juris. v.7, janeiro/dezembro 2008. João Pessoa: Editor Fredys Orlando Sorto.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thais Luzia. **Globalização, Direitos Humanos e Comunidades Indígenas Isoladas: A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Diálogo Intercultural.** Direitos Humanos: os 60 anos de Declaração Universal da ONU. Coord. Melissa Folmann e Danielle Annoni. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SITES/DOCUMENTOS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 de abril de 2012.

BRASIL. **Lei n. 6.001, de 17 de dezembro de 1973:** dispõe sobre o Estatuto do Índio.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm . Acesso em: 19 de abril de 2012.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª região. Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA.** Ministério Público Federal e Eletrobrás/Eletronorte. Relatora Desembargadora Federal Selene Almeida, 17/10/2011. 5ª turma. Voto vencido.

BRASIL. Decreto Legislativo 788/2005. Disponível em:

<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=252543> Acesso: 12/05/2012.

CIDH informe sobre o Brasil 1997. Disponível em:

http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/capitulo_4.htm Acesso em: 15/05/2012.

Consulta Livre, Prévia e Informada na Convenção n 169 da OIT. Disponível em :

http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=convencao-169-da-oit-no-brasil/a-convencao-169-da-oit Acesso em: 22/05/2012.

Convenio n. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: um manual, p. 5. Disponível em:

http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org/inst.esp.co nsulta_previa/files/manual_oit169.pdf. Acesso em: 10/05/2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Saramaka vs. Surinam. 28/11/2007,

p. 42. Disponível em: <http://www.alertanet.org/cidh-saramaka.pdf> Acesso em: 15/05/2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Awas Tingni, p. 144 à 149. Disponível

em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf Acesso em: 20/05/2012.

Declaração da ONU – Declaração Universal dos Direitos dos Homens - de 1948.

Disponível em: <http://afilosofia.no.sapo.pt/cidadania1.htm> Acesso em: 13/05/2012.

FUNAI. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/> Acesso em 20/05/2012.

Movimento Xingu Vivo para sempre. Disponível em:

<http://www.xinguvivo.org.br/2012/04/13/cidh-cobra-novas-explicacoes-do-brasil-sobre-violacoes-de-direitos-por-belo-monte/> Acesso em: 28/05/2012.

Movimento Xingu Vivo para sempre. Disponível em:

<http://www.xinguvivo.org.br/2012/04/13/cidh-cobra-novas-explicacoes-do-brasil-sobre-violacoes-de-direitos-por-belo-monte/> Acesso em: 28/05/2012.

Relatório AIDA, Grandes Represas en América, ¿Peor el Remedio que la Enfermedad?, p.1

.Disponível em: [\[americas.org/sites/default/files/Grandes_represas_direito_internacional_ambiental_direitos_humanos.pdf\]\(http://americas.org/sites/default/files/Grandes_represas_direito_internacional_ambiental_direitos_humanos.pdf\). Acesso em: 31/05/2012.](http://dev.aida-</p></div><div data-bbox=)

MC 382/10. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm> Acesso:

21/05/2012.