

Jusdiversidade e autodeterminação: a força vinculante dos protocolos autônomos de consulta prévia¹

Liana Amin Lima da Silva (FADIR/UFMG)

A Convenção 169 da OIT representa no âmbito internacional um marco normativo que supera o paradigma do indigenismo integracionista. E, de forma inédita, consagra o direito ao autorreconhecimento, direitos de participação, consulta e consentimento livre, prévio e informado. Diante da inobservância pelo Estado Brasileiro na implementação do direito de consulta prévia, os processos de construção de protocolos autônomos de consulta por povos e comunidades tradicionais nos últimos anos, inspira a reflexão sobre a autodeterminação dos povos e a compreensão do direito de decidir as prioridades no processo de desenvolvimento que lhes afetem, respeitando os mecanismos próprios, instituições representativas e formas tradicionais de decisão. O presente artigo pretende abordar sobre a reivindicação do direito de consulta e consentimento livre prévio e informado, à partir do protagonismo dos diversos sujeitos da Convenção 169, povos e comunidades tradicionais, no Brasil e uma reflexão sobre o caráter vinculante dos protocolos autônomos de consulta, como expressão da jusdiversidade e autodeterminação.

1. Introdução

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, foi aprovada em 1989, em Genebra, no âmbito da OIT e ratificada pelo Brasil em 2002 (Decreto Legislativo n. 143/ 2002), sendo promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

A Convenção n. 169 da OIT, ao revisar a Convenção 107 (1957), inaugura o reconhecimento dos chamados “novos” direitos desses povos (YRIGOYEN FAJARDO, 2011), ao prever o critério da autoatribuição - autorreconhecimento da identidade étnica ou tribal-, enfatizando os direitos territoriais e direitos de participação, consulta e consentimento livre, prévio e informado.

Para Huaco Palomino (2015), o motivo fundamental para proceder a revisão era a

¹ VI ENADIR. GT.4 –**Consulta prévia, livre e informada e protocolos próprios de consulta: experiências de autonomia política e diálogo intercultural no Brasil**. Versão do artigo revisada com base em: SILVA, Liana Amin Lima da. Sujeitos da Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado. Segunda Parte. In: GLASS, Verena (org.). SILVA, Liana Amin Lima da. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (coord). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

constatação, por parte da OIT, da mudança de concepções filosóficas desde que se adotara a Convenção em 1957 e isso graças aos pontos de vista expressados pelas próprias organizações de povos indígenas a nível nacional e internacional, pois o enfoque integracionista já não podia seguir vigente como princípio norteador na relação entre os Estados e os povos indígenas.

Para a Relatora Especial das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, no processo de elaboração da Convenção n. 169, em sua verdadeira perspectiva histórica, um resultado fundamental é a superação dos enfoques paternalistas e integracionistas do passado, substituídos pela consideração dos povos indígenas como sujeitos do seu próprio destino, no sentido do que determina o dever dos Estados de adotar medidas especiais para terminar com séculos de discriminação.²

Como Huaco Palomino (2015, p. 54) observa, a definição do conteúdo do artigo 1º da Convenção 169 marcou uma das controversas internacionais mais importantes no que concerne aos direitos dos povos indígenas, com a abordagem da questão da subjetividade internacional enquanto povos, assim como o alcance de seu direito coletivo à livre determinação.

Os avanços da Convenção n. 169, foram consolidados com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007). Assim como, com a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, da Organização dos Estados Americanos (OEA, 2016).

Ressalta-se que a Convenção n. 169 é autoaplicável para os países que a ratificaram, ou seja, não depende de lei, decreto ou regulamentação complementar para que seja observada e cumprida pelos Estados.

2. Sujeitos da Convenção n. 169 no Brasil: povos indígenas, quilombolas e tradicionais

Os sujeitos coletivos da Convenção n. 169, conforme definido no artigo 1º, são os chamados povos indígenas e tribais, em países independentes. No Brasil, os sujeitos da Convenção n. 169 são identificados como povos indígenas e povos tradicionais, incluindo quilombolas e os diversos povos e comunidades tradicionais, grupos com identidade étnica e cultural diferenciada, modo de vida tradicional e territorialidade própria.

A Convenção n. 169 da OIT define povos indígenas como aqueles que descendem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da

² “Si consideramos el proceso de elaboración del Convenio 169 en su verdadera perspectiva histórica, es decir, como una revisión del Convenio 107 de la OIT; un resultado fundamental, reflejado en la documentación recopilada por el autor, es la superación de los enfoques paternalistas e integracionistas del pasado, sustituidos por la consideración de los pueblos indígenas como sujetos de su propio destino, a la vez que se explicita el deber de los Estados de adoptar medidas especiales para terminar con siglos de discriminación y no reconocimiento.” (TAULI-CORPUZ, Victoria. **Prólogo**. In: HUACO PALOMINO, Marco Antonio. Op. cit., p. 23).

conquista ou 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 (artigo 1º - 1, b).

Os povos “tribais” ou tradicionais, sujeitos da Convenção n. 169 (art. 1º - 1, a), são aqueles “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”.

O Decreto n. 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), definiu os povos e comunidades tradicionais como:

Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.³

Tanto o Decreto n. 6.040 quanto o Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003 — que disciplina os procedimentos de titulação e demarcação de terras quilombolas —, na convergência com os direitos previstos na Convenção n. 169, reforçam o critério da autoatribuição (autorreconhecimento) dos povos e comunidades tradicionais, em consonância com o artigo 1º - 2 da Convenção n. 169.

Em 2016, foi instituído o Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT)⁴. Os grupos que compõem o CNPCT são: os povos indígenas, as comunidades quilombolas, povos e comunidades de terreiro, povos e comunidades de matriz africana, povos ciganos, pescadores artesanais, extrativistas, extrativistas costeiros e marinhos, caiçaras, faxinalenses, benzedeiros, ilhéus, raizeiros, geraizeiros, caatingueiros, vazanteiros, veredeiros, apanhadores de flores sempre-vivas, pantaneiros, morroquianos, povo pomerano, catadores de mangaba, quebradeiras de coco babaçu, retireiros do Araguaia, comunidades de fundos e fecho de pasto, ribeirinhos, cipozeiros, andirobeiros, caboclos.

Ressalta-se que, em 2006, havia sido criada a Comissão Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais (de mesma sigla CNPCT), para fins de construção e implementação da Política

³ BRASIL. **Decreto n. 6.040, de 07 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 20 de março de 2019.

⁴ Em 11 de abril de 2019, o CNPCT teve sua existência ameaçada, de forma autoritária, pelo governo do Presidente Bolsonaro (Decreto n. 9.759/ 2019), por meio de um decreto visivelmente inconstitucional, com uma tentativa de extinguir diversos órgãos colegiados que legitimavam o exercício da democracia participativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2019.

Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, que foi promulgada pelo Decreto 6.040/ 2007. Uma década depois, o decreto de criação da Comissão foi revogado pelo Decreto que instituiu o Conselho (CNPCT).⁵

O reconhecimento dos direitos dos povos e comunidades tradicionais pelo Estado brasileiro só tem sido possível com reivindicação e pressão dos próprios sujeitos, a partir de suas organizações representativas que, na grande maioria dos casos, se formam e se consolidam diante do enfrentamento de uma ameaça comum, diante de um conflito socioambiental que ameaça sua existência com a usurpação do território tradicional.

Diante de omissões do Estado brasileiro, a luta dos povos e comunidades para se efetivar a proteção jurídica garantida pela Convenção n. 169 não tem sido diferente. No caso dos quilombolas, em 2008 protocolaram a Comunicação Quilombola à Comissão de Especialistas na Aplicação das Convenções e Recomendações da OIT sobre o Cumprimento da Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais.

Em agosto de 2008 a Central Única dos Trabalhadores (CUT), com apoio da Confederação Sindical das Américas, protocolou perante a OIT duas comunicações, assinadas por organizações indígenas, organizações quilombolas e entidades da sociedade civil, denunciando o descumprimento pelo Brasil do direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas e tribais, assim como a morosidade nos processos de demarcação e titulação de terras.

A Comunicação Quilombola enfatizou sobre a aplicabilidade da Convenção n. 169 da OIT aos quilombolas, denunciando casos de violação ao critério da autoidentificação, consulta e participação e aos direitos territoriais, com a ausência e morosidade na titulação de terras quilombolas pelo Estado brasileiro. Entre os casos emblemáticos de violação, foi destacado o caso de deslocamento forçado ocorrido na década de 1980, atingindo 312 famílias e 31 povoados quilombolas do município de Alcântara (Maranhão), com a instalação do Centro de Lançamentos Espaciais do Ministério da Aeronáutica.⁶

Em resposta à reclamação do descumprimento de consulta prévia, as comunidades quilombolas foram incluídas na proposta de regulamentação dos procedimentos de consulta prévia

⁵ BRASIL. **Decreto n. 8.750, de 09 de maio de 2016.** Institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8750.htm#art20. Acesso em: 20 de março de 2019.

⁶ Ressalta-se que as ameaças e violações de direitos às comunidades quilombolas de Alcântara - Maranhão, seguem atuais. Em 04 de abril de 2019, o Sindicato dos Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais de Alcântara (STTR) e o Sindicato dos Trabalhadores e Trabalhadoras da Agricultura Familiar de Alcântara (SINTRAF) protocolaram nova reclamação perante a OIT, contra o Estado brasileiro, pela implementação e expansão do Centro de Lançamentos de Alcântara (CLA) e o Centro Espacial de Alcântara (CEA), pela Agência Espacial Brasileira, em flagrante descumprimento dos dispositivos da Convenção n.169 da OIT, denunciando a morosidade no processo de titulação da propriedade coletiva do território étnico das comunidades quilombolas, o risco de novos deslocamentos forçados e a violação do direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado.

do Grupo de Trabalho Interministerial vinculado à Secretaria Geral da Presidência da República, mas excluídas as demais comunidades tradicionais desse processo.⁷

Os povos e comunidades tradicionais têm um histórico de luta por reconhecimento e políticas públicas a nível nacional. Em 2006, foi instituída a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), para coordenação da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), ao se definir “povos e comunidades tradicionais” (art. 3º, II), utilizou-se os critérios da Convenção n. 169 (art. 1º - 1, a; 2).

A jurisprudência é uníssona ao reconhecer, além dos povos indígenas e quilombolas, os demais povos tradicionais como sujeitos de direito da Convenção n. 169 da OIT, aplicando-se, portanto, o direito de consulta e consentimento livre, prévio e informado aos demais povos e comunidades tradicionais.

Das decisões de suspensão de procedimentos de licenciamento ambiental pelo descumprimento da efetiva realização da consulta livre, prévia e informada às comunidades tradicionais, destacam-se: (i) o caso envolvendo as comunidades de pescadores artesanais com território em área de sobreposição ao Parque Nacional do Superagui (Paraná) e o licenciamento ambiental para construção de empreendimento portuário;⁸ (ii) o caso do reconhecimento das comunidades tradicionais ribeirinhas afetadas pelo Polo Naval no Amazonas;⁹ (iii) o caso das comunidades quilombolas e tradicionais afetadas pelo projeto de terminal portuário na grande área do Maicá (Pará);¹⁰ (iv) o reconhecimento das comunidades tradicionais do Projeto de Assentamento Agroextrativista (PAE) Lago Grande, em Santarém (Pará) e a proibição de ingresso de empresas mineradoras sem a realização da consulta prévia, livre e informada e de concessão de licença ou autorização minerária;¹¹ (v) o reconhecimento dos ribeirinhos amazônicos, além dos povos indígenas Arara, Juruna, Parakanã, Xikrin, Xipiaia-Kuruáia, Kayapó e Araweté, como atingidos pela

⁷ A Secretaria-Geral da Presidência da República, no projeto de regulamentação do direito à consulta (2012), passa a reconhecer que os “povos interessados” no âmbito da aplicação da Convenção n. 169 da OIT no Brasil são os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Esse entendimento foi defendido pela Procuradora-Geral da República Deborah Duprat no momento em que o projeto de se implementar consultas para a regulamentação dos mecanismos de consulta prévia, livre e informada abrangia somente povos indígenas e quilombolas, excluindo as demais comunidades tradicionais. Ocorre que o processo de discussão sobre a regulamentação da consulta foi esvaziado, sem de fato ocorrer a convocação e participação das demais comunidades tradicionais.

⁸ Justiça Federal. 1a. Vara Federal de Paranaguá. Ação Civil Pública n. 5000742-88.2015.4.04.7008/PR. Decisão de 26 de maio de 2015.

⁹ Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1a. Região. Processo Nº 0006962-86.2014.4.01.3200. Decisão de 16 de maio de 2016.

¹⁰ Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1a. Região. Processo nº 0000377-75.2016.4.01.3902. Decisão de 24 de maio de 2016.

¹¹ Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1a. Região. Processo nº 1000362-21.2018.4.01.3902 – 2ª Vara da Justiça Federal em Santarém. Decisão de 29 de outubro de 2018.

UHE Belo Monte,¹² entre outros casos.

Destaca-se que a Convenção n. 169 traz o critério da autoatribuição (autorreconhecimento) ao prever, no artigo 1º - 2, que “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”.

3. Direito de consulta e consentimento livre, prévio e informado e sua concretização por meio dos Protocolos Autônomos

O direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado está previsto no artigo 6º. da Convenção n. 169 e nos artigos 19 e 32 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, mas não somente nesses dispositivos.

Considerado pedra angular da Convenção n. 169, o direito à consulta prévia é um direito fundamental dos povos indígenas, quilombolas e tradicionais e está intrinsecamente ligado ao direito ao consentimento prévio, livre e informado e ao direito à livre determinação. A consulta é dever do Estado, deve ser de boa-fé e prévia às medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetar os povos indígenas, quilombolas e tradicionais. O direito ao consentimento integra o direito de consulta prévia. Não existe um sem o outro.

Quem deve realizar e conduzir a consulta é sempre o Estado e os povos deverão ser consultados, mediante procedimentos apropriados, por meio das instituições representativas dos próprios povos. Quem vai dizer quem tem legitimidade na representatividade coletiva são os próprios povos, por isso a importância dos protocolos autônomos de consulta, para mostrar para o Estado como deve ser um processo de consulta apropriado, em cada caso, com cada povo.

Quais direitos têm os povos indígenas e tradicionais nas decisões de assuntos que lhes afetem?

Raquel Yrigoyen Fajardo, ao fazer este questionamento, demonstra que: (1) o primeiro direito se refere à atribuição de decidir autonomamente ou determinar de modo livre seu modelo de desenvolvimento (direito à livre determinação do desenvolvimento); os demais direitos se referem a formas de relação entre o Estado e os povos indígenas e tribais/tradicionais, como: (2) participação em todo o ciclo de políticas; (3) consulta prévia nas medidas legislativas ou administrativas; e (4) consentimento prévio, livre e informado quando haja risco para os direitos fundamentais dos povos, como a integridade ou o modo de vida e desenvolvimento.¹³

¹² Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1a. Região. Decisão em Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA.

¹³ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. *El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la*

O direito de consulta prévia deve ser observado para todo e qualquer ato legislativo e/ou administrativo que venha a afetar os povos e comunidades tradicionais e seus territórios, ou seja, o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado deve ser considerado tanto no processo legislativo quanto na construção e implementação de políticas públicas e de projetos de grande escala de exploração econômica e de infraestrutura.

O âmbito de aplicação deve ser determinado frente a cada caso concreto, considerando-se a maneira como a decisão possa constituir-se em uma hipótese de afetação aos interesses dos povos e comunidades tradicionais, seja a nível local, regional ou nacional.

Nos parâmetros da Convenção n. 169, a consulta prévia é dever do Estado e possui sujeitos determinados; deve ser instalada como um processo de consulta — portanto, não se confunde com audiências ou consultas públicas, oitivas ou reuniões pontuais de caráter informativo-consultivo.

A consulta deve ser prévia em relação à medida legislativa ou administrativa. Trata-se de um critério basilar e que tem sido demasiadamente desrespeitado. Os povos e comunidades têm denunciado a má-fé do Estado e dos agentes particulares interessados em executar projetos em seus territórios.

Por isso, torna-se importante insistir que a primeira etapa de um processo consultivo deve ser a etapa informativa, também chamada de “pré-consulta”, onde se conformarão os esforços conjuntos do Estado e dos povos e comunidades para estabelecer o plano de consulta prévia. Já um segundo momento da etapa informativa, onde se apresenta o projeto, deve ocorrer antes mesmo da fase em que se iniciam os estudos de impacto ambiental e social.

Na etapa dos estudos de impacto, é importante que os povos e comunidades possam participar e acompanhar, pois são eles os conhecedores do território e são eles que poderão apontar a importância de determinados locais — tanto a importância ambiental propriamente dita (nascentes de rios, por exemplo) quanto a importância cultural imaterial, a exemplo de lugares sagrados ou que representam a identidade e memória daquele povo, sua cosmologia e ancestralidade. Assim, a importância da conservação do ecossistema está intrinsecamente ligada à noção de territorialidade e manutenção dos recursos naturais necessários para a subsistência e modo de vida do povo ou comunidade afetada.

A consulta de boa-fé e bem informada deverá apresentar, na etapa informativa, os estudos contendo os impactos positivos e negativos, imediatos e futuros, pensando na subsistência da comunidade e nos direitos das gerações futuras de usufruírem do território. Tais estudos deverão ser

consulta y el consentimiento. Publicado en: Aparicio, Marco, ed. (2011): Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina, Icaria. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS), 2010. p.10.

apresentados aos povos não como algo acabado, elaborado por técnicos que subalternizam os conhecimentos das comunidades. A apresentação dos estudos de impacto é um momento oportuno para se iniciarem os diálogos interculturais, de igual para igual, ou seja, sem hierarquia entre os saberes — no sentido de que os conhecimentos ali apresentados são complementares e fundamentais.

O processo de consulta prévia, livre, informada e de boa-fé é compreendido como o processo consultivo livre de interferências externas, no sentido de não gerar coerção, intimidação ou manipulação sobre os procedimentos, dados e informações relevantes para a tomada de decisão, como as informações sobre impactos socioambientais.

No Tapajós, o povo indígena Munduruku, comunidades ribeirinhas e beiradeiras, que em 2016 discutiram o direito à consulta diante do projeto de implantação da Usina Hidrelétrica de São Luiz do Tapajós, denunciaram a postura arbitrária de militarização do licenciamento ambiental e dos procedimentos de consulta.¹⁴

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem advertido sobre processos de consulta que são levados a cabo em climas de assédio, intimidação e inclusive sobre situações de violência perpetradas contra os povos e comunidades indígenas por seguranças particulares contratados pelas empresas responsáveis pelos projetos, ou mesmo por forças de segurança pública.¹⁵

O artigo 6º da Convenção n. 169 dispõe sobre o dever dos Estados de “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”.

O artigo 7º da Convenção n. 169 dispõe que os povos interessados deverão ter o *direito de decidir*¹⁶ 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.

Há situações nas quais “o consentimento não é só o horizonte ou finalidade de um procedimento, mas requisito para que o Estado tome uma decisão”. Segundo Yrigoyen Fajardo, é o

¹⁴ MUNDURUKU, **Protocolo de Consulta Munduruku**, 2014. A propósito ver: OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de. **A ambição dos Pariwat**. Consulta prévia e conflito socioambiental. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, Pará: Universidade Federal do Pará, 2016.

¹⁵ CIDH, 2018.

¹⁶ Na versão oficial da Convenção n. 169 na língua inglesa: *the right to decide*. Na versão oficial em espanhol: *derecho de decidir*. Na versão internalizada no Brasil, por meio do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, não consta a expressão “direito de decidir”, equivocadamente traduzida para *direito de escolher*, o que pode gerar interpretações restritivas ao *direito de decidir* expressamente previsto na Convenção.

caso de situações previstas normativamente e outras nas quais se pode colocar em risco direitos fundamentais dos povos, como a integridade ou o modo de subsistência — como tem estabelecido a jurisprudência do sistema interamericano. Segundo a autora, são situações nas quais o direito internacional exige o consentimento prévio, livre e informado para que o Estado possa adotar uma decisão, ou seja, não bastaria a consulta ou participação.¹⁷

Além das hipóteses previstas na Convenção n. 169 e na Declaração de 2007, em que se deve obter o consentimento prévio, livre e informado, ressaltamos a existência de precedente pela admissibilidade do direito de consentir (e, conseqüentemente, direito de “veto” ou de “não consentir”).

Conforme jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), nos casos de megaprojetos que possam afetar o modo de vida dos povos (como ocorre nos supostos deslocamentos pela construção de represas e atividades extrativas), não basta a consulta aos povos, requerendo-se o consentimento livre, prévio e informado.¹⁸ O então Relator da ONU para os Povos Indígenas, James Anaya, determinou que “é essencial o consentimento livre, prévio e informado para a proteção dos direitos humanos dos povos indígenas na relação com grandes projetos de desenvolvimento”.¹⁹

Da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e de outras fontes internacionais — como a jurisprudência da Corte Interamericana, as comunicações do Comitê de Direitos Humanos, as recomendações sobre povos indígenas do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — deriva a regra geral de que não se devem realizar atividades extrativas dentro dos territórios dos povos indígenas, sem seu consentimento livre, prévio e informado.²⁰

O direito ao consentimento livre, prévio e informado, conforme Yrigoyen Fajardo define, é um direito reforçado de caráter específico que constitui um requisito adicional ao exercício de outros direitos (como a participação ou a consulta prévia) para que o Estado possa tomar uma decisão, quando a matéria em questão puder afetar direitos fundamentais dos povos indígenas e/ou colocar em risco sua integridade.²¹

¹⁷ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento**, op. cit., 2011.

¹⁸ Corte IDH. **Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam**. Sentença de 28 de novembro de 2007. Corte IDH. **Caso Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador**. Sentença de 27 de junho de 2012.

¹⁹ ANAYA, James. **Una cuestión fundamental: el deber de celebrar consultas**. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. ONU. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 12º período de sesiones, Tema 3 de la agenda. 2009.

²⁰ ANAYA, James. Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. In: NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos, 24o período de sesiones, 1 de julio de 2013. A/HRC/24/41, p.09.

²¹ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la**

A Corte Interamericana avançou na interpretação e definição do direito ao consentimento livre, prévio e informado ao estabelecer uma espécie de “cláusula geral” de consentimento, que seria aplicável sempre que uma medida, de qualquer natureza, tiver impacto significativo e colocar em risco a integridade física e cultural do povo indígena ou tradicional. Ademais, a natureza indissociável do direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado tem respaldo no próprio direito à livre determinação dos povos.²²

4. Protocolos Autônomos de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado: Desafios para interculturalidade e o reconhecimento da jusdiversidade

Marés de Souza Filho (2010), em sua obra clássica "O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito", destaca que: " Os povos indígenas necessitam de um poder que tenha aplicabilidade interna enquanto povo, mas também eficácia externa para impedir a opressão". Souza Filho (2010, p. 191) denomina como jusdiversidade a liberdade de agir de cada povo segundo suas próprias leis, seu direito próprio e sua jurisdição.

Para Catherine Walsh (2009. p.40-41), interculturalidade significa, de forma geral, o contato e intercâmbio entre culturas em termos equitativos e condições de igualdade, onde as diferenças constitutivas da sociedade passam a ser vistas como elemento de complementaridade e unidade, mas não de divisão.

O direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado surge como um mecanismo participativo plural, sob a perspectiva de se construir o diálogo intercultural.

O direito à livre determinação é um direito humano sem o qual um povo não realiza e exerce os demais direitos, já que em virtude desse direito determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.²³

A liberdade de determinar-se enquanto povo, definindo os caminhos e o futuro de sua existência deve ser reconhecida e respeitada externamente. A autodeterminação conduz, portanto, à

consulta y el consentimiento. In: APARICIO, Marco, ed. Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina. Lima: Icaria, 2011. p.16-17. [original em espanhol].

²² Nesse sentido, ver: SILVA, Liana Amin Lima da. Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais: re-existir para co-existir. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2017; MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Justiça socioambiental e direitos humanos: uma análise à partir dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; ROJAS GARZÓN, Biviany; YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016.

²³ Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (artigo 3), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 1) e Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (artigo 1).

noção de jusdiversidade.

A autodeterminação abrange o conceito de autonomia territorial. A autonomia pode ser compreendida também em suas facetas cultural, epistemológica, linguística, política e econômica. A jusdiversidade, no nosso entendimento, se baseia na diversidade cultural, diversidade de sistemas jurídicos próprios, que, por sua vez, se vincula a determinado território (jurisdição indígena, tradicional ou ancestral).

Diante da inobservância do direito de consulta prévia, uma saída jurídica apontada pelos povos é a construção de protocolos comunitários, também chamado de protocolo próprio ou protocolo autônomo, como um instrumento em que as comunidades expressam sua voz e seu direito próprio, como exercício da jusdiversidade e autodeterminação.

Diante da conjuntura de ameaças e violações de direitos étnicos, os povos e comunidades tradicionais têm identificado no mecanismo da consulta e consentimento livre, prévio e informado um instrumento para garantia dos demais direitos coletivos fundamentais, sobretudo direitos territoriais e culturais.

Quando o Estado apresenta a intenção de realizar a consulta prévia, as tentativas de diálogo acabam sendo frustradas também pela imposição de um modelo que não condiz com a lógica dos povos, não se respeitando a regra básica de ser um procedimento apropriado com as instituições representativas tradicionais dos povos em questão. Processos de consulta prévia viciados pela lógica procedimental burocrática e pelo imediatismo que a velocidade do capital requer passam como um vendaval na vida dos povos e seus territórios tradicionais.

Nesse contexto, o protocolo autônomo de consulta e consentimento é um instrumento em que as comunidades expressam sua voz e seu direito próprio, como exercício da jusdiversidade e autodeterminação. Os protocolos próprios contêm as regras mínimas e fundamentais que os povos e comunidades estabelecem e exteriorizam para a sociedade envolvente e para o Estado, apontando como se deve respeitar o direito próprio, suas jurisdições próprias e formas de organização social em um processo de consulta prévia.

Os protocolos próprios de consulta constituem um marco de regras mínimas de interlocução entre o povo, ou comunidade interessada, e o Estado. A partir dos protocolos próprios, é possível construir o plano de consulta de cada processo. O plano de consulta constitui o primeiro acordo necessário entre as partes sobre as regras de cada consulta definidas conjuntamente entre o Estado e a comunidade consultada. No Plano de Consulta precisam ser acordados os interlocutores do processo, o local, a metodologia, o tempo e os recursos necessários para sua realização.²⁴

²⁴ ROJAS GARZÓN, Biviany; YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais**. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica - RCS; Washington, DPLf, 2016, p.38.

Os protocolos comunitários são instrumentos que constituem juridicidade ao estabelecer como deve ser conduzida a consulta prévia e suas etapas, como os povos e comunidades se organizam e como são os processos de decisão coletiva daqueles determinados povos e comunidades. Nos protocolos é possível encontrar os princípios, diretrizes, critérios e regras mínimas que deverão ser respeitados pelo Estado para que um processo de consulta prévia seja culturalmente adequado, respeitando-se as particularidades e o direito próprio dos povos em questão.

Povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais têm se dedicado a discutir e encontrado nos protocolos autônomos a maneira mais apropriada de se expressarem a fim de reivindicar o diálogo intercultural e a observância do Estado na implementação da consulta prévia.

Desde 2014, registra-se a construção de diversos protocolos autônomos de consulta e consentimento livre, prévio e informado no Brasil, seja de forma documental escrita, seja por registro documental audiovisual (caso do povo Kayapó-Menkrãgnoti, em 2019).

Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi	2014
Protocolo de Consulta Beiradeiros Montanha e Mangabal	2014
Protocolo de Consulta Munduruku	2014
Protocolo de Consulta Quilombola de Santarém	2016
Protocolo de Consulta dos Povos do Território Indígena do Xingu	2016
Protocolo de Consulta dos Povos Munduruku e Apiaká do Planalto Santareno	2017
Protocolo de Consulta aos Pescadores e Pescadoras do município de Santarém-PA	2017
Protocolo de Consulta Quilombolas de Abacatal/Aurá	2017
Protocolo de Consulta - Comunidade Tradicional da Ponta Oeste, Ilha do Mel, Paraná	2017
Protocolo de Consulta do Povo Krenak	2017
Protocolo de Consulta Juruna Yudjá da Terra Indígena Paquiçamba da Volta Grande do Rio Xingu	2017
Protocolo de Consulta das Comunidades Ribeirinhas Pimental e São Francisco	2017
Protocolo de Consulta ao Povo Waimiri Atroari	2018
Protocolo de Consulta Prévia, Livre e Informada da Comunidade Agroextrativista do Pirocaba/Abaetetuba – Pará	2018
Protocolo de Consulta e Consentimento da Associação das Comunidades Remanescentes de Quilombo do Alto Trombetas II	2018
Protocolo de Consulta Prévia da Tekoa Itaxi Mirim	2018
Protocolo de Consulta Comunidade Agroextrativista Pirocaba, Abaetetuba, Pará	2018
Protocolo Kayapó-Menkrãgnoti	2019
Protocolo de Consulta dos Povos do Oiapoque, Amapá	2019
Protocolo Comunitário de Consulta Prévia Apanhadoras e Apanhadores de Flores Sempre Vivas - Macacos, Pé de Serra e Lavras	2019
Protocolo Comunitário de Consulta Prévia Comunidades Quilombolas e Apanhadoras de Flores Sempre Vivas - Vargem do Inhaí, Mata dos Crioulos, Raiz e Braúnas	2019
Protocolo de Consulta e Consentimento Prévio, Livre e Informado Comunidades Quilombolas de Alcântara, Maranhão	2019

Fonte: Banco de dados do Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta Prévia, Livre e Informada: Direitos territoriais, autodeterminação e jusdiversidade (Projeto CNPq). Atualizado em 05 de agosto de 2019.

Os protocolos autônomos contêm as regras básicas e fundamentais que os povos e comunidades estabelecem e exteriorizam para o Estado e sociedade, em geral, apontando como se deve conduzir um processo de consulta prévia, respeitando o direito próprio, jurisdições indígenas,

formas de organização social e deliberação coletiva.

Os protocolos autônomos, em geral, objetivam demonstrar como um processo de consulta deve ser realizado de forma legítima e apropriada, respeitando-se as particularidades culturais e as instituições representativas de cada povo ou comunidade. Trata-se, portanto, de um exercício de autodeterminação dos povos, que deve ser observado e respeitado pelo Estado.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH/ OEA), em relatório de visita *in loco* ao Brasil com objetivo de observar a situação dos direitos humanos no país, destacou que o Estado deverá garantir o direito à consulta prévia, livre e informada, com vistas à obtenção de consentimento, em conformidade com os padrões interamericanos na matéria e levando em conta as características, usos e costumes dos povos indígenas e comunidades envolvidas. A CIDH reconhece o uso de protocolos de consulta e a observância das formas próprias de organização dos quilombos e sua tomada de decisão, ao recomendar a regulamentação do direito à consulta prévia das comunidades quilombolas previstas na Convenção n. 169 da OIT, considerando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁵

Considerações finais

A consulta prévia deve ser compreendida como um processo participante legítimo que garante a vida, integridade física e cultural dos povos e de seus territórios, de modo a prevenir e superar conflitos socioambientais.

O consentimento livre prévio e informado compõe o direito de decidir as prioridades no que concerne ao modelo de desenvolvimento que afete os povos indígenas e tradicionais, configurando-se, portanto, uma expressão do direito à autodeterminação.

O direito de consulta e consentimento prévio, livre e informado (CLPI) deve ser implementado visando a um diálogo intercultural igualitário, com o objetivo salvaguardar e garantir os direitos coletivos dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

Os protocolos próprios (autônomos) de consulta revelam-se como instrumentos legítimos de autodeterminação, vinculantes aos Estados na observância e implementação da consulta prévia, livre e informada, por conterem as diretrizes que nortearão as etapas do processo de consulta, assim como as formas de representatividade, participação, organização social própria e deliberação coletiva e tradicional que deverão ser respeitadas no processo de consulta e consentimento livre, prévio e informado.

²⁵ CIDH [Comissão Interamericana de Direitos Humanos]/ OEA [Organização dos Estados Americanos]. Observações Preliminares da visita *in loco* da CIDH ao Brasil. 05 a 12 de novembro de 2018. p. 36-38.

Referências

- ANAYA, James. **Una cuestión fundamental: el deber de celebrar consultas**. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. ONU. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 12º período de sesiones, Tema 3 de la agenda. 2009.
- ANAYA, James. **Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. In: NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos, 24o período de sesiones, 1 de julio de 2013. A/HRC/24/41, p.09.
- CIDH [Comissão Interamericana de Direitos Humanos] / OEA [Organização dos Estados Americanos]. **Observações Preliminares da visita *in loco* da CIDH ao Brasil**. Rio de Janeiro, 05 a 12 de novembro de 2018.
- GLASS, Verena (org.). SILVA, Liana Amin Lima da. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (coord). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.
- GÓMEZ, Magdalena. **Derechos indígenas**. Lectura comentada del Convenio 169 da la Organización Internacional del Trabajo. 2.ed. Xochimilco, México, D.F.: Instituto Nacional Indigenista, 1995.
- DÍAZ-POLANCO, Héctor. **Autonomía regional**. La autodeterminación de los pueblos indios. Segunda edición aumentada, Mexico, D.F.: Siglo XXI editores, 2006.
- HUACO PALOMINO, Marco Antonio. **Los trabajos preparatorios del Convenio no. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**. Fundación Konrad Adenauer (KAS), Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) en América Latina. Lima, 2015.
- SILVA, Liana Amin Lima da. **Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: re-existir para co-existir**. Tese de Doutorado em Direito Socioambiental. Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba-PR, Brasil, 2017.
- WOLKMER, Antonio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.); TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Os direitos territoriais quilombolas: além do marco territorial**. Goiânia: Ed. da PUC Goiás, 2016.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.
- _____. Autodeterminação dos povos e jusdiversidade. In: ALMEIDA, Ileana; ARROBO RODAS, Nidia. (coord.). **En defensa del pluralismo y la igualdad**. Los derechos de los pueblos indios y el Estado. Fundación Pueblo Indio del Ecuador. Quito-Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 1998.
- TAULI-CORPUZ, Victoria. **Prólogo**. In: HUACO PALOMINO, Marco Antonio. **Los trabajos**

preparatorios del Convenio no. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Fundación Konrad Adenauer (KAS), Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) en América Latina. Lima, 2015.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento.** In: APARICIO, Marco (ed.). Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina. Lima-Perú: Icaria, 2011.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad crítica y (de)colonialidad.** Ensayos desde Abya Yala. Quito: Instituto Científico de Culturas Indígenas, 2012.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad, Estado, Sociedad:** Luchas (de)coloniales de nuestra época. Universidad Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala, Quito, marzo 2009.