

1. NOME: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 1.021 DE 2006 – LEI GERAL FLORESTAL DA COLÔMBIA

2. TRIBUNAL: CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DA COLÔMBIA – sentença C-030 de 2008.

3. DATA: 23.01.2008.

4. INTRODUÇÃO

O julgado em análise relaciona-se a precedente da Corte Constitucional da Colômbia em ação pública de inconstitucionalidade proposta por cidadãos colombianos, para o fim de assegurar declaração de inexistência integral da Lei nº 1.021 de 2006 que instituiu a Lei Geral Florestal¹.

A pretensão foi deduzida ao fundamento de inexecutabilidade da lei em razão da não observância do disposto no art. 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT², que estabelece a necessidade de prévia consulta das populações indígenas para a edição de medidas legislativas ou administrativas que possam afetá-las diretamente. Os autores sustentaram, em suma, que referida Convenção integra o sistema constitucional colombiano e protege os afrodescendentes, pelo que imprescindível a prévia consulta às comunidades indígenas e afrodescendentes para validade da Lei 1.021 de 2006 que instituiu a Lei Geral Florestal.

Argumentaram que a falta de prévia e efetiva consulta a comunidades indígenas e afrodescendentes exploradoras de recursos naturais no trâmite do processo de elaboração da lei importou violação ao disposto no art. 6º da convenção 169 da OIT, e aos arts. 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93 e 330, todos da Constituição da Colômbia. Observaram a existência de julgados da Corte onde foi estabelecida a plena integração da Convenção 169 da OIT ao sistema constitucional colombiano, reconhecendo o caráter fundamental da consulta prévia, de obrigatório cumprimento para manutenção da coesão nacional das comunidades indígenas e afrodescendentes (SU-383/2003 e T-382/2006).

Destacaram que as comunidades indígenas e afrodescendentes vivem do aproveitamento dos bosques e plantações de árvores, e que seus territórios representam 32% da área total do país. Assim, por se tratar a lei impugnada de norma limitativa da exploração e aproveitamento dos recursos naturais, era impositiva a realização de consulta prévia quando da propositura do projeto da lei.

Ressaltaram a importância da participação das comunidades afetadas durante a tramitação do projeto de lei no Parlamento, em vista da afetação direta do entorno natural das comunidades indígenas e afrodescendentes constituir ameaça as suas existências e integridade, dada a especial relação existente entre o direito à identidade

¹ Diário oficial nº 46.249 de 24.04.2006.

² Convenção 169-OIT, “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 envolvimento 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.”

cultural e os territórios por elas habitados. Durante a instrução ocorreram intervenções de órgãos do Poder Executivo da Colômbia, de Comissão de Juristas e de Universidades. Também tiveram oportunidade de intervir comunidades e associações representativas de comunidades e de diversos segmentos da sociedade interessados no resultado da demanda, órgãos não governamentais e do Estado.

O Procurador Geral da Nação posicionou-se pelo acolhimento do pleito, pela falta de observância do Estado colombiano ao dever constitucional de consultar os povos indígenas e tribais antes da iniciação do trâmite legislativo do projeto que resultou na lei florestal questionada, e diante do consagrado no julgado proferido na Sentença C-891 de 2002.

5. MARCO LEGAL

A decisão da Corte Constitucional baseia-se na contido na Lei nº 1.021 de 2006, que é a Lei Geral Florestal da Colômbia, no artigo 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT e na Constituição da República da Colômbia, arts. 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93 e 330.

6. AVANÇOS

O julgado proferido pela Corte Constitucional da Colômbia na Sentença nº C-030 de 2008 em análise, revela-se como importante paradigma para orientação acerca da eficaz aplicação do direito dos povos indígenas à participação efetiva no processo de elaboração de lei ou de ato administrativo capazes de afetá-los diretamente, direito esse consagrado no art. 6º da Convenção 169 da OIT.

Como o emblemático julgamento proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Mayagna Awas Tingni”³, a sentença em exame emerge como marco na aplicação do art. 6º da Convenção 169 da OIT, que vem recebendo tratamento com graus de intensidade de eficácia diversificados pelas Administrações e pelos órgãos do Poder Judiciário dos países que ratificaram o instrumento normativo internacional.

Com efeito, em estudo disponível no sítio eletrônico brasileiro do Instituto Socioambiental⁴, onde há expressa menção ao julgado em exame e são disponibilizadas importantes informações sobre o tema como consulta prévia e políticas públicas, medidas legislativas e administrativas, colhem-se as precisas informações a seguir reproduzidas:

“(...) vários países na América do Sul têm tentado definir o conteúdo e alcance concreto da consulta sobre medidas legislativas e administrativas, que afetam diretamente os povos indígenas e tribais. Alguns casos, aparentemente, têm tido mais sucesso que outros, mas todos se deparam com grandes dificuldades em sua definição e implementação. A regulamentação do tema enfrenta vários desafios

³ Precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos disponível em <http://www.cejil.org/sentencias.cfm?id=162> (visitado em 29.10.2009), onde o Estado da Nicarágua foi condenado a obrigações de fazer e a sanções pecuniárias por não ter adotado medidas efetivas que assegurassem os direitos de propriedade de comunidade indígena às suas terras ancestrais e recursos naturais, e por ter outorgado uma concessão de terras indígenas sem prévio consentimento da comunidade e, ainda, por não ter ocorrido emprenho efetivo em responder às queixas da comunidade sobre seus direitos de propriedade.

⁴ http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=o-que-e/experiencia-america-do-sul (visitado em 29.10.2009).

que vão desde o tipo de instrumento legal a ser adotado (decreto ou lei, e entre elas se ordinária ou qualificada), até os procedimentos de consulta para sua própria criação, os quais obviamente não têm como estar regulamentados nesse primeiro momento. A edição do marco jurídico que internamente definirá o alcance e procedimento da aplicação do direito de consulta prévia é, claramente, o primeiro e mais importante arranjo político entre os povos e o Estado em relação ao tema.”

Neste item, apresentamos uma breve introdução do conteúdo das principais leis vigentes, das leis revogadas pelo Judiciário e das que estão em processo de criação, que constituem o debate atual sobre a definição do marco regulatório deste direito na América do Sul.

Colômbia, Equador, Venezuela, Bolívia e Peru vêm tentando regulamentar a aplicação do direito de consulta prévia principalmente no que se refere à exploração de recursos naturais em terras indígenas. No entanto, com exceção da Colômbia, nenhum país tem tentado criar uma regulamentação integral sobre consulta relativa a medidas administrativas e legislativas que afetam os povos interessados.

A maioria das regulamentações pertinentes ao assunto somente faz referência às medidas administrativas decorrentes de processos de licenciamento ambiental para exploração de recursos naturais nas terras dos povos interessados. Atualmente só na Bolívia, na Venezuela e no Peru as regulamentações estão plenamente em vigor, enquanto que na Colômbia e no Equador, apesar de formalmente em vigor, as regulamentações sobre consulta prévia são inaplicáveis, por conta dos questionamentos que os povos indígenas e tribais fazem, evitando que os governos possam aplicá-las.

No caso da Colômbia, o movimento indígena não obteve a declaratória de nulidade do decreto em questão perante o Tribunal Contencioso Administrativo, mas conseguiu que a Corte Constitucional, em repetidas oportunidades, o declarasse contrário à Constituição Política de 1991.

Já no Equador, o decreto continua em vigor e o movimento indígena se nega a participar de qualquer processo de consulta, por considerar ilegítima a regulamentação criada em 2002, sem que as comunidades indígenas fossem consultadas. É diante de tal impasse que atualmente os povos indígenas do Equador questionam o decreto perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

A totalidade das experiências mencionadas discute os processos de consulta prévia relativos a medidas administrativas decorrentes da exploração de recursos naturais que afetam povos indígenas e tribais, especialmente com relação à exploração de hidrocarbonetos na Colômbia, Bolívia, Venezuela e Equador. No Peru, a regulamentação trata parcialmente da consulta prévia em processos de licitação ambiental, políticas públicas sobre Educação e sobreposição de áreas protegidas com territórios indígenas, mas não existe um corpo jurídico para regular integralmente a matéria.

Na Colômbia, a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade do Código Florestal em janeiro de 2008, por falta de consulta prévia dentro do processo legislativo no Congresso Nacional, o que estimulou ao governo a promover rapidamente o debate com o movimento indígena e de afro-colombianos.

Independentemente das decisões legislativas ou administrativas a serem consultadas, a regulamentação sobre o processo de consulta prévia implica tomar decisões políticas sobre vários elementos que definirão o conteúdo e o alcance concreto deste direito em cada país.”

Em acréscimo às transcritas observações, cumpre salientar que o precedente em análise possui a peculiaridade de interpretar e aplicar de forma extensa e profunda a regra do art. 6º da Convenção 169 da OIT, cuja observância muitas vezes é relegada a segundo plano, não raro sob o frágil argumento de necessidade de assegurar o direito ao desenvolvimento, também contemplado em instrumento normativo internacional.

Tal fundamento, no entanto, se mostra inconsistente e não pode ser admitido e prosperar, visto prevalecer na atualidade o socioambientalismo que, em suma, consiste na garantia de desenvolvimento com respeito ao meio ambiente e às minorias. Ao tratar do advento do socioambientalismo, na obra “Socioambientalismo e novos direitos proteção jurídica à diversidade biológica e cultural”, Juliana Santili faz referência às seguintes ponderações de Manuela Carneiro da Cunha e Mauro de Almeida:

“Até os anos oitenta, pobreza, exploração demográfica e degradação de recursos naturais eram vistos como parte de uma mesma síndrome típica de países atrasados. Atribuía-se à pobreza, nesse conjunto, um papel causal especial: a superpopulação gerava erosão da terra e a degradação da água, num efeito malthusiano em escala global. A prática corrente consistia então em ignorar qualquer papel ativo ou positivo das populações pobres, que nas políticas de conservação, quer nas políticas de desenvolvimento. Um novo paradigma ganhou corpo nos anos oitenta. Esse paradigma associava ‘povos tradicionais e indígenas’, ‘ambiente e recursos naturais’ e ‘desenvolvimento’, agora de uma maneira positiva. Em vez de ‘pobres’ genéricos, os povos tradicionais e indígenas passaram a surgir no discurso público como partes legitimamente interessadas nas políticas de desenvolvimento e de conservação; como atores coletivos e individuais dotados de conhecimentos importantes sobre o ambiente natural e sobre os meios de utilizá-lo, bem como detentores de instituições que em muitos casos haviam funcionado bem no passado. Esse paradigma ganhou rápida aceitação em organismos internacionais como as Nações Unidas, bancos multilaterais e organizações não-governamentais de conservação, e após a conferência da Rio-92 tornou-se parte integrante de programas como o Plano Piloto para a Conservação das florestas Tropicais”.⁵

Sobre o direito à participação, em específico acerca da consulta prévia às comunidades indígenas e tribais preconizada pelo art. 6º da Convenção 169 da OIT no sistema legal brasileiro, merece análise estudo de Luiz Fernando Villares⁶. Na jurisprudência das Cortes Federais do Brasil não há registro de enfrentamento do tema, talvez pelo pouco tempo de vigência da Convenção 169-OIT no país, que somente a ratificou em julho de 2002, ou pela prevalência da ultrapassada visão etnocêntrica imposta pelo colonizador europeu somada às atuais práticas da economia e do mercado.

Feitas estas breves considerações, em remate, ressalto a necessidade de reflexão à advertência de Fernando Antonio de Carvalhos Dantas⁷ no sentido de que:

⁵ SANTILI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. IEB-Instituto Internacional de Educação do Brasil e ISA- Instituto Socioambiental. São Paulo: 2005, Editora Fundação Peirópolis Ltda, p. 36.

⁶ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 89-94.

⁷ DANTAS, Fernando Antonio Carvalho. *As sociedades indígenas no Brasil e seus sistemas simbólicos de representação: os direitos de ser – Socioambientalismo uma realidade homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 80.

“A grande dificuldade dos sistemas jurídicos modernos em aceitar, reconhecer e abrir espaços públicos institucionalizados de participação, para as diferenças étnicas e culturais dos povos indígenas e as formas diferenciadas de organização social que lhes são inerentes reside na forma acabada, presumivelmente verdadeira e única de ver e interpretar o mundo desde um só ponto de vista, desde o olhar da cultura moderna ocidental.

A coexistência, a convivência com uma pluralidade de valores, de formas de vida e de expressões historicamente tratadas com o preconceito etnocentrista, em razão da arraigada racionalidade moderna, impõe determinadas conseqüências conflituosas para as quais a modernidade ocidental não apresenta respostas satisfatórias.”

7. ACÓRDÃO

O julgado em enfoque foi proferido pela Corte Constitucional da Colômbia em sede de ação pública de inconstitucionalidade proposta por cidadãos colombianos, para o fim de assegurar o reconhecimento da inexistência do instrumento normativo que instituiu a Lei Geral Floresta (Lei nº 1.021 de 2006), por falta de consulta às comunidades indígenas e afrodescendentes antes e durante a tramitação do processo legislativo, como previsto na Convenção 169 da OIT e na Constituição da Colômbia.

Do voto condutor extrai-se relevante informação acerca da predominância na Corte do entendimento acerca da aplicabilidade da Convenção 169-OIT como parte integrante de todo o sistema constitucional colombiano, e aplicabilidade de seus comandos, por conseguinte, às comunidades indígenas e afrodescendentes, cabendo destacar que as comunidades afrodescendentes são protegidas somente no âmbito da Constituição, ou seja, não são contempladas pelo instrumento normativo internacional.

O precedente também possui a marca de pontificar que a omissão ao dever de realização de prévia consulta às comunidades minoritárias afetadas pela lei ou ato administrativo vicia materialmente a lei, independentemente do alcance de suas disposições. O vício formal acaba por comprometer o conteúdo da matéria regulada, que carece da legitimidade derivada da necessária prévia consulta às comunidades, vale dizer, o vício formal pela não observância ao comando constitucional se projeta ao conteúdo da lei.

No julgado é reafirmado entendimento da Corte Constitucional na senda de que a Convenção 169 da OIT foi adotada com para o alcance de aproximação da situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo, e em sintonia com a orientação relacionada à necessidade de eliminação da cultura assimilacionista, com prestígio e imposição de eficácia ao princípio segundo o qual as estruturas e formas de vida dos povos indígenas e tribais são permanentes e perduráveis, e ser do interesse da comunidade internacional a salvaguarda do valor intrínseco dessas culturas.

O precedente sedimenta, ademais, orientação da Corte Constitucional da Colômbia na direção de o dever de consulta às minorias étnicas, previsto no art. 6º da Convenção 169 OIT, cuidar-se de expressão de um direito fundamental de participação, vinculado ao direito fundamental à integridade cultural, social e econômica, e desse modo a omissão à consulta em casos que a mesma se apresente imperativa à luz da Convenção tem conseqüências imediatas no sistema legal interno; o vício procedimental se projeta ao conteúdo material normatizado.

Em específico, a Sentença em análise concluiu que a lei atacada irradia efeitos sobre todo o território da Colômbia, e que previsões nela contidas com o fim de torná-la compatível com preceitos constitucionais que garantem autonomia às comunidades

tribais, revelam contradições em si mesmas difíceis de serem contornadas para correta e harmônica aplicação dos direitos envolvidos, e resulta em limitação à exploração de bosques, o que tem íntima relação com a identidade das comunidades indígenas e afrocolombianas e suas possibilidades de sobrevivência.

No julgado em comento restou assinalado, outrossim, que a Lei Geral Florestal hostilizada foi concebida com instituidora de um regime integral, motivo pelo qual não cabe excluir do seu âmbito a regulação dos bosques naturais, e tampouco o impacto que ele acarreta às comunidades tribais. A Corte observou o caráter específico da afetação que a lei impugnada, dado seu caráter geral, pode ter sobre as comunidades indígenas e tribais, em dimensão muito particular, qual seja a relação que as minorias étnicas em enfoque mantêm com os bosques.

Também foi consignado que um projeto da dimensão, complexidade e implicações como que resultou na Lei Geral Florestal, que visa a regulação de forma geral dos assuntos florestais, exigia para sua ratificação pelo Parlamento de prévia condição para o efetivo e preliminar exercício do direito de consulta às comunidades minoritárias possivelmente afetadas e que são protegidas pelo ordenamento constitucional colombiano, para possibilitar a identificação de dificuldades e o encontro de alternativas a aspectos que poderiam resultar problemáticos e de difícil solução.

A Corte Constitucional entendeu ao final que a Lei Geral Florestal se reveste de inegável interesse nacional, pois suas previsões afetam de maneira ampla a totalidade dos colombianos, e de maneira particular as comunidades indígenas e afrocolombianas, na medida em que define pautas e critérios que podem afetar as áreas onde se encontram as comunidades minoritárias, podendo repercutir em suas formas de vida e sobre a estreita relação que mantêm com os bosques.

A Corte alcançou a conclusão da inexecutabilidade da Lei Geral Florestal por não ter ocorrido o processo participativo de consulta às comunidades indígenas e afrodescendentes afetadas, o que somente seria verificado se previamente colocado o projeto de lei ao conhecimento das comunidades, por intermédio de instâncias representativas, com viabilização de alcance de soluções para afetações negativas às comunidades indígenas e afrodescendentes, sobre suas formas de vida e culturas próprias.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DANTAS, Fernando Antonio Carvalho. *As sociedades indígenas no Brasil e seus sistemas simbólicos de representação: os direitos de ser – Socioambientalismo uma realidade homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho*. Curitiba: Juruá, 2007.

SANTILI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. IEB-Instituto Internacional de Educação do Brasil e ISA- Instituto Socioambiental. São Paulo: Editora Fundação Peirópolis Ltda., 2005.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

Corte Interamericana de Direitos Humanos: <http://www.cejil.org/sentencias.cfm?id=162> (visitado em 29.10.2009).

Instituto Socioambiental: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=o-que-e/experiencia-america-do-sul (visitado em 29.10.2009).